

NUMERO 3 - 2016

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

GIOVANNI D'AMICO

Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

<i>Gli Autori di questo fascicolo . . . . .</i>	440
<b>GIOVANNI D'AMICO</b>	
<i>Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali) . . . . .</i>	443
<b>FRANCESCO MACARIO</b>	
<i>Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica . . . . .</i>	509
<b>ENRICO MOSCATI</b>	
<i>Note minime su pena e colpa nel diritto privato . . . . .</i>	547
<b>ROBERTA TISCINI</b>	
<i>Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica . . . . .</i>	571
<b>ROSARIA GIORDANO</b>	
<i>Note processuali sulla legge in tema di divorzio c.d. breve . . . . .</i>	605
<b>ROBERTO MARTINO</b>	
<i>Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale . . . . .</i>	623

## Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)

---

Il saggio analizza l'incidenza dei principi costituzionali sull'interpretazione e sull'applicazione delle regole di diritto privato, e affronta il tema delle condizioni e dei limiti di una loro "applicazione diretta" (*Drittwirkung*) nei rapporti tra privati.

Entrambi i profili costituiscono argomenti centrali dell'odierno dibattito sul ruolo del giudice nell'attuazione e nello sviluppo dell'ordinamento giuridico.

*In this essay we investigate the impact of constitutional principles on the interpretation and enforcement of private law rules and we deal with the issue of the conditions and limits under which they could be "immediately applied" (so-called "Drittwirkung").*

*Both aspects are central to contemporary debates on the role of judges in implementing and developing the system of law.*

Sommario: **Introduzione.** – 1. Oggetto e articolazione del presente contributo. – **Sezione I.** L'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato: uno sguardo alla storia del dibattito sulla c.d. *Drittwirkung* nella dottrina italiana. – 1. L'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato: dalla negazione alle prime "aperture". – 2. L'emergere (negli anni '60 del '900) di orientamenti favorevoli alla "diretta applicabilità" dei principi costituzionali nei rapporti interprivati. "Legalità costituzionale" e diritto civile. – 3. (*Segue*): "interpretazione conforme a Costituzione" e applicazione diretta dei principi costituzionali: problemi e limiti. – 4. Principi costituzionali e clausole generali. Cenni e rinvio. – **Sezione II.** La dottrina del c.d. "neo-costituzionalismo" come fondamento del nuovo ruolo attribuito ai principi costituzionali e della (conseguente) legittimazione di un maggiore spazio dell'attività della giurisprudenza nello sviluppo dell'ordinamento. – 1. Neo-costituzionalismo e ruolo dei principi costituzionali. – 2. La distinzione tra "principi" e "regole", e le conseguenze sul piano della loro "applicazione" giudiziale (rispettivamente attraverso la tecnica della "sussunzione" ovvero quella del "bilanciamento"). – 3. Le critiche alla distinzione tra "principi" e "regole", nella sua utilizzazione da parte della dottrina "neo-costituzionalistica". – **Sezione III.** L'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti contrattuali. Profili problematici emergenti nella prassi giurisprudenziale più recente. – 1. Applicazione diretta dei principi costituzionali e autonomia negoziale. – 2. (*Segue*): critica di alcune posizioni giurisprudenziali e dottrinali recenti. In particolare: la "prospettiva rimediabile" e il c.d. "superamento della fattispecie".

## Introduzione

### 1. - Oggetto e articolazione del presente contributo.

Come indicato dal titolo, il presente contributo si occuperà del problema della applicabilità diretta dei principi costituzionali nei rapporti interprivati (c.d. *Drittwirkung*), in particolare con riferimento ai rapporti contrattuali<sup>1</sup>. Sempre con riguardo a questi ultimi rapporti verrà affrontato, altresì, il tema dei limiti che possono prospettarsi nell'attività di

---

<sup>1</sup> Resterà quindi tendenzialmente fuori dalle riflessioni che svolgeremo il tema della tutela dei "diritti fondamentali" attraverso l'applicazione diretta delle norme costituzionali che tali diritti prevedono, con riferimento alle ipotesi (che sono poi le più frequenti) in cui la lesione di essi si profila al di fuori di una relazione "obbligatoria" tra i soggetti coinvolti.

Si tratta di una esclusione certamente rilevante, in quanto la discussione sulla c.d. *Drittwirkung* dei principi costituzionali si è, in larga misura, sviluppata (specie fuori dal nostro ambiente) proprio con riferimento al tema della tutela *aquiliana* dei diritti fondamentali. Ma è, al contempo, una esclusione resa necessaria dall'esigenza di non dilatare eccessivamente l'area già estremamente ampia della ricerca.

applicazione/concretizzazione delle clausole generali (il secondo termine richiamato nel titolo) <sup>2</sup>.

Le tematiche indicate si collocano (inevitabilmente) sullo sfondo di un problema più ampio (che – in qualche modo – le riassume), ossia quello del ruolo della “giurisdizione” nell’attuazione/sviluppo dell’ordinamento giuridico (in particolare, di un ordinamento giuridico “di diritto scritto”, qual è quello italiano): un ruolo che, negli ultimi tempi, è andato via via accrescendosi, anche (e, anzi, *proprio*) sulla base delle nuove visuali circa la rilevanza dei principi costituzionali nei rapporti interpretati.

La riflessione, data l’ampiezza dei temi richiamati, non potrà che essere sintetica (sebbene l’A. confidi che essa non risulti superficiale), e si articolerà in tre sezioni.

Nella prima sarà ripercorso (in chiave prevalentemente – ma non esclusivamente – *storica*) il dibattito che si è svolto nella dottrina italiana intorno alla questione della “applicabilità diretta” dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato.

Nella seconda sezione si richiameranno invece alcuni presupposti *teorici* (elaborati, in particolare, nell’ambito della dottrina del c.d. “neocostituzionalismo”), che sono alla base di alcune delle principali discussioni attuali sul ruolo (e sullo statuto normativo) dei “principi” (costituzionali), in funzione della legittimazione di un ampio potere “giudiziale” (concorrente con quello del legislatore ordinario) nella formazione (delle regole) dell’ordinamento giuridico.

Infine, nella sezione terza si discuterà di alcune conseguenze che l’uso (nella prassi giudiziaria sempre più diffuso, ma anche sempre meno controllato) di argomentazioni fondate sull’applicazione diretta di principi costituzionali, come pure l’utilizzazione sempre più pervasiva (ma anche sempre meno attenta alla coerenza “sistematica”) delle clausole generali (specie – ma non solo – di quella di buona fede), possono avere in termini

---

<sup>2</sup> Sotto quest’ultimo profilo l’indagine costituirà applicazione, con riferimento allo specifico campo dei rapporti contrattuali, di idee circa il modo di operare delle clausole generali che chi scrive ha in passato già avuto modo di illustrare in precedenti scritti: sia consentito il rinvio a G. D’AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, 427 s., spec. 454 ss.; Id., *Clausole generali e controllo del giudice*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss., spec. 1704 ss.

di trasformazione dell'attuale ordinamento giuridico (fondato sul diritto scritto) in un ordinamento di diritto giudiziale (*Richterrecht*).

## Sezione I

**L'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato: uno sguardo alla storia del dibattito sulla c.d. *Drittwirkung* nella dottrina italiana.**

### 1. - L'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato: dalla negazione alle prime "aperture".

Le discussioni sul tema dell'"applicazione diretta" dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato, in forme che nel tempo sono naturalmente cambiate, risalgono all'epoca stessa dell'entrata in vigore della Costituzione del 1948, la quale – com'è noto – appartiene al novero delle c.d. "Costituzioni *lunghe*", ossia a quel tipo di testi costituzionali che (da Weimar in poi) non si limitano semplicemente a dettare norme relative alla *organizzazione dello Stato* (oggetto "tipico" e tradizionale delle Carte costituzionali), ma contengono anche disposizioni che riguardano classici istituti "privatistici" (quali, ad es., matrimonio, filiazione, proprietà, impresa, e via enumerando: v. artt. 29, 30, 41, 42 Cost.): disposizioni il cui inserimento nel corpo della Costituzione repubblicana non costituì peraltro, al momento dell'approvazione della Carta, un dato scontato e incontestato<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. A. TARTAGLIA POLCINI, *L'avvento della Costituzione: la prima fase*, in A. TARTAGLIA POLCINI-P. PERLINGIERI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, 215 ss., spec. 217 e ss., dove si ricorda come il 23 aprile 1947 Vittorio Emanuele Orlando avesse sottoposto all'Assemblea costituente un o.d.g. che proponeva di eliminare (o relegare in un Preambolo) le disposizioni del Tit. II della Parte I, vale a dire i Rapporti etico-sociali (dedicati, fra l'altro, alla famiglia, alla salute, alla scuola, all'arte, alla scienza), osservando che queste norme avrebbero dovuto continuare ad avere la loro (esclusiva) *sedes materiae* nel codice civile (a V. E. Orlando replicò garbatamente Costantino Mortati, sottolineando l'impossibilità di definire *a priori* il carattere "assolutamente costituzionale" o "assolutamente legislativo" di una materia) (sull'episodio v. anche M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001, 776-777).

Né deve pensarsi che la posizione di V.E. Orlando fosse isolata. O. RANELLETTI (in un articolo apparso nella Parte IV del *Foro it.* del 1947, 81 e ss., col titolo *Note sul progetto di Costituzione presentato dalla Commissione dei 75 all'Assemblea costituente*) aveva, pochi mesi prima, posto un analogo problema sottolineando la "estraneità" di numerose disposizioni – specialmente tra quelle "generalì" della prima parte – rispetto ad una "costituzione" (da intendersi come

Ne è riprova la ben nota (e ormai superata) diatriba sul carattere (immediatamente) “precettivo” ovvero (solo) “programmatico” di *queste* norme costituzionali – ossia delle disposizioni raccolte nell’ambito dei “Rapporti etico-sociali”, o almeno di talune di esse – che a molti apparvero, più che vere e proprie norme giuridiche, meri «precetti morali, velleità, programmi, propositi, magari manifesti elettorali, magari sermoni (...)»<sup>4</sup>. Discussione, probabilmente, da tenere distinta dall’altra, che pure si svolse nei medesimi anni, tra chi – probabilmente non mettendo in dubbio il carattere “programmatico” di molte norme della Costituzione<sup>5</sup> – si batté perché esse ricevessero una pronta attuazione *da parte del legislatore* (visto, evidentemente, come il naturale destinatario di esse)<sup>6</sup>, e chi invece oppose

---

“legge” di “organizzazione fondamentale dello Stato”, con contenuti limitati alle «norme supreme di regolamentazione dell’ordinamento legislativo, governativo e giudiziale dello Stato». Le norme costituzionali sarebbero altresì abilitate – sempre secondo O. RANELLETTI – a stabilire «la posizione reciproca dei cittadini e cioè i loro diritti civili e politici e i loro obblighi *di fronte allo Stato*».

<sup>4</sup> Si veda la posizione espressa da P. CALAMANDREI nella seduta del 4 marzo 1947 (in *Atti dell’Assemblea costituente*, vol. I), evidenziata anch’essa da A. TARTAGLIA POLCINI, *op. cit.*, 219 nt. 8 (dove si ricorda – ancora una volta – la diversa posizione assunta da C. MORTATI, volta a riaffermare il «valore giuridico delle dichiarazioni di principio»).

<sup>5</sup> È bene precisare subito che parlare di carattere “programmatico”, di per sé, non significa affatto escludere (come nella posizione estrema, ricordata nella nota precedente) la “precettività” di queste disposizioni costituzionali, nel senso limpidamente chiarito nel noto contributo di V. CRISAFULLI su *La costituzione e le sue disposizioni di principio* (Milano, 1952), laddove l’illustre A. osserva che «Una costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo e perciò le sue disposizioni debbono essere intese di regola (e salvo rarissime eccezioni eventuali, nei casi in cui non sia onestamente possibile fare altrimenti) come disposizioni normative: enunciative, dunque, vere e proprie norme giuridiche, siano poi queste da annoverarsi tra le norme organizzative o tra le norme di scopo ovvero tra quelle disciplinanti rapporti tra soggetti esterni alla persona statale e via dicendo. In altre parole una costituzione deve essere intesa e interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati» (*ivi*, 189).

Detto altrimenti, il carattere “programmatico” di una norma costituzionale (salvo a stabilire a quali norme della Costituzione può effettivamente attribuirsi una tale qualifica) significa soltanto che la norma non è direttamente e immediatamente applicabile nei rapporti giuridici (se non come criterio “interpretativo” delle norme di legge che disciplinano tali rapporti: v. *infra*), ma abbisogna di una “attuazione” da parte del legislatore.

<sup>6</sup> P. CALAMANDREI (senza alcuna contraddizione con la posizione ricordata nella precedente nt. 4) fu uno dei maggiori sostenitori della necessità di dare *attuazione alla Costituzione*, e uno dei principali critici dell’inerzia del legislatore ordinario, che per lunghi anni in effetti lasciò che le disposizioni costituzionali rimanessero sostanzialmente lettera morta.

Coerentemente, pertanto, egli fu tra gli studiosi che il 2 giugno 1951 pubblicarono sul *Foro civ.* (III, 152 ss.) il famoso Appello/Manifesto “*In difesa della Costituzione*”, nel quale si invocava una reazione all’inattuazione legislativa della Carta fondamentale (il Manifesto ebbe tra i suoi

una sostanziale resistenza all'affermarsi – nella legislazione ordinaria – dei nuovi “principi” introdotti dalla Carta fondamentale <sup>7</sup>.

Siamo – come si vede – ancora lontani dalla affermazione di una «diretta applicabilità» dei principi costituzionali nei rapporti interprivati, almeno nel senso pregnante che a questa espressione («diretta applicabilità») può e deve darsi (e, comunque, verrà dato in queste pagine): ossia intendendola come affermazione della *idoneità* delle norme costituzionali – *anche quando esse siano (espresse in forma di) “principi”*<sup>8</sup> – a fornire *immediatamente e direttamente* la disciplina di un rapporto tra privati.

Il che non è smentito (a nostro avviso) neanche dall'esito della appassionata discussione che proprio negli anni '50 del secolo scorso si svolse, in particolare, intorno alla (c.d.) “immediata applicabilità” dell'art. 36 Cost. (nella parte in cui questa disposizione statuisce il diritto del lavoratore ad *una retribuzione sufficiente a garantire a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa*), discussione che portò in effetti ad una risposta affermativa, ma facendo transitare la c.d. “applicazione diretta” (ossia: *ad opera del giudice*) del precetto costituzionale attraverso il *medium* costituito dalle previsioni (in materia di retribuzione) contenute nei contratti collettivi, la cui applicabilità venne *di fatto* estesa *erga omnes* (nell'impossibilità – che

---

promotori S. PUGLIATTI, e tra i firmatari – oltre al già ricordato P. CALAMANDREI, W. CESARINI SFORZA, V. CRISAFULLI, F. DE MARTINO, A. FALZEA, M.S. GIANNINI, A.C. JEMOLO, U. NATOLI).

<sup>7</sup> Anzi – com'è noto – questa seconda prospettiva si tradusse, assai spesso, in un atteggiamento di difesa della legislazione esistente, prospettata come *conforme a Costituzione* (si pensi, ad es., alla “legittimazione” del potere “maritale” – consacrato in particolare nel testo originario dell'art. 144 c.c. – quale strumento per realizzare il valore dell' “unità familiare”, di cui all'art. 29, comma 2, Cost.; o delle discriminazioni dei figli naturali, giustificate con l'esigenza di tutelare i “diritti dei membri della famiglia legittima”, evocati nell'art. 30, comma 3, Cost.).

<sup>8</sup> Nessun dubbio può sussistere sulla “diretta applicabilità” delle disposizioni costituzionali quando esse sia formulate *in forma di “regole”*. Vedremo, peraltro, più avanti come sia a sua volta problematico stabilire quali sono i caratteri che contraddistinguono una “regola”, sicché anche la determinazione di quali disposizioni costituzionali possano qualificarsi come “regole” e quali invece costituiscano propriamente dei “principi”, può essere oggetto di dubbi e di controversie (tant'è che non pochi autori – tra cui L. FERRAJOLI – ritengono, in difformità da quella che sembrerebbe la *communis opinio*, che la maggior parte delle disposizioni costituzionali sia espressa, o quanto meno sia esprimibile, in forma di “regola”, e non di “principio”). Sulla rilevanza della distinzione tra “regole” e “principi” (soprattutto sotto il profilo dei diversi modi in cui avviene l'applicazione di questi tipi di norme giuridiche) ci soffermeremo più avanti (v. Sezione II), analizzando le conseguenze che i sostenitori di tale distinzione attribuiscono alla stessa.



poi si rivelerà definitiva – di funzionamento dell’analogo meccanismo *giuridico* a tal fine ipotizzato dall’art. 39 Cost.)<sup>9</sup>.

Per assistere al vero e proprio ingresso nel dibattito scientifico (ma anche di “politica del diritto”) del tema della “applicazione diretta” delle norme (*rectius*: dei “principi”) costituzionali bisognerà attendere la metà degli anni ‘60 del Novecento<sup>10</sup>.

È del 1964 la celebre voce *Diritto civile*, che R. Nicolò scrisse per il XII volume dell’*Enciclopedia del diritto*, nella quale il Maestro sottolineava l’importanza per il civilista moderno della considerazione delle norme costituzionali, osservando, in particolare, che i principi di solidarietà e di eguaglianza «hanno tale forza espansiva da incidere direttamente nell’ambito dei rapporti privati e da assumere la funzione, se gli operatori del diritto ne intenderanno la portata, di direttive fondamentali per la elaborazione e l’attuazione degli istituti civilistici»<sup>11</sup>.

E non è un caso, forse, che l’anno successivo, a conclusione del XII Congresso nazionale dell’ANM, svoltosi a Gardone Riviera il 25-28 settembre 1965, venga approvato all’unanimità un Manifesto nel quale si riven-

---

<sup>9</sup> Sulla vicenda richiamata nel testo – tra i vari interventi che hanno animato quel fondamentale dibattito – cfr.: S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949/50, I, 189; Id., *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, *ibidem*, 1951, II, 175; R. NICOLÒ, *L’art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, *ibidem*, 1951, II, 5 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Sull’applicabilità dell’art. 36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro civ.*, 1951, 352 ss.; U. NATOLI, *Ancora sull’art. 36 della Costituzione e sulla sua pratica applicazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, II, 9 ss.; Id., *Limiti costituzionali all’autonomia privata nel rapporto di lavoro, I. Introduzione*, Milano, 1955, 19 ss.

<sup>10</sup> Si tratta della fase che è stata variamente definita come (fase del) «disgelo costituzionale», o della «scoperta della Costituzione» (per il richiamo a queste formule v., ad es., C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 235 ss.). La “storia” di questa “scoperta” della Carta costituzionale da parte della dottrina privatistica è stata tante volte svolta: cfr. ad es. G. ALPA, *Il «diritto costituzionale» sotto la lente del giusprivatista*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, II, 15 ss., e in part. 23 ss. (dove si sottolinea il ruolo decisivo che ebbe in questo processo la Corte costituzionale, in funzione dal 1956, che con una serie di pronunce che toccano di volta in volta la famiglia, le successioni, la proprietà, il contratto, l’impresa, e così via, comincia ad aprire «breccie consistenti nella barriera che separa le due aree [della Costituzione e del diritto privato], di cui i cultori del diritto privato non possono non tener conto»); e, più di recente, con interessanti notazioni, M. MACARIO-F. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, cap. V (*Diritto civile e Costituzione*), 109 ss.

<sup>11</sup> Indicazione che verrà subito raccolta, ad es., da S. RODOTÀ, che nello stesso anno pubblica la monografia su *Il problema della responsabilità civile* (Milano, 1964), che reinterpreta la clausola generale del «danno ingiusto» e il suo ruolo nell’ambito della fattispecie di responsabilità aquiliana proprio alla luce dei principi costituzionali (e, in particolare, del principio di solidarietà).

dica(va) il ruolo politico-costituzionale dell'interprete-magistrato, e si invoca(va) la precettività immediata delle norme costituzionali. Nella mozione conclusiva del Congresso <sup>12</sup> si legge espressamente che «è dovere del giudice: 1) *applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso*; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, *le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale*; 3) *interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione*, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale».

Quello che negli anni seguenti sarà chiamato «*diritto civile costituzionale*» (o anche – secondo un'altra notissima formula – «*diritto civile nella legalità costituzionale*») è (o, almeno, sembrerebbe essere) già racchiuso nelle proposizioni sopra riportate.

Val la pena, peraltro, di osservare come la prima delle risoluzioni del Manifesto di Gardone Riviera non si limitasse ad enunciare, puramente e semplicemente, l'indicazione di «applicare direttamente le norme della Costituzione», ma aggiungesse significativamente l'inciso «...quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso».

In realtà, la (finalmente) acquisita “sensibilità costituzionale” si manifesterà – nel periodo in questione – (non tanto nello sviluppo dell'idea di una “applicazione diretta” delle norme costituzionali nei rapporti interprivati, quanto) soprattutto in un poderoso movimento rivolto a “modernizzare” la legislazione civile adeguandola ai principi e ai valori costituzionali <sup>13</sup>. Dunque, ancora una volta <sup>14</sup>, collocandosi nella prospettiva di *una attuazione della Costituzione affidata all'opera “riformatrice” del legislatore*: basti pensare,

---

<sup>12</sup> La mozione del Congresso si legge in E. BRUTI LIBERATI-L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione Magistrati*, s.l., s.d. (ma 2009).

<sup>13</sup> Si veda, per una recente ricostruzione del “clima” di quegli anni (ripercorso anche dal punto di vista dell'evoluzione politico-sociale: «...si veniva costruendo, in qualche modo, un'altra società: i governi di centro-sinistra ponevano mano a riforme dell'economia e dei rapporti di lavoro; la Costituzione repubblicana offriva criteri e indicazioni di leggi attuative; si scorgevano, ancora remoti e stranieri, i primi bagliori della contestazione studentesca...») N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in P. PERLINGIERI- A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico. I civilisti*, Napoli, 2013, 333 ss., 342.

<sup>14</sup> E sia pure in un contesto storico-politico e culturale diverso da quello degli inizi degli anni '50, ai quali risale il già ricordato Manifesto pubblicato sul *Foro civile*.

al riguardo, all'avvio della discussione che porterà (sia pure a distanza di un decennio) alla riforma del diritto di famiglia (1975), o al movimento che porterà all'approvazione nel 1970 dello Statuto dei lavoratori<sup>15</sup>, per non parlare di altre riforme (solo relativamente) "minori" (quali – per ricordarne qualcuna – le varie leggi in materia di contratti agrari<sup>16</sup>).

Sarà, piuttosto, in proposte radicali – rimaste peraltro del tutto minoritarie – che l'applicazione diretta dei principi costituzionali da parte del giudice verrà indicata come strumento per realizzare quello che venne (allora) chiamato "uso alternativo del diritto", "uso" da realizzarsi (fra l'altro) anche attraverso l'ammissione di un c.d. «sindacato di costituzionalità» degli atti di autonomia contrattuale<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> E nel 1966 era stata approvata la l. 15 luglio 1966, n. 604, recante norme sui licenziamenti individuali.

<sup>16</sup> Dalla l. 12 giugno 1962, n. 567 recante norme in materia di affitto di fondi rustici, alla l. 15 settembre 1964, n. 756 recante norme in materia di contratti agrari, alla l. 26 maggio 1965, n. 590 recante disposizioni per lo sviluppo della proprietà coltivatrice, alla l. 22 luglio 1966, n. 606 contenente disposizioni in materia di affitto a conduttori non coltivatori diretti, alla l. 11 febbraio 1971, n. 11, recate nuova disciplina dell'affitto di fondi rustici. La disciplina dei contratti agrari si "completerà" poi con la regolamentazione organica contenuta nella l. 3 maggio 1982, n. 203 (*Norme sui contratti agrari*).

<sup>17</sup> Si veda, ad es., la proposta di applicare direttamente il limite della "utilità sociale" di cui all'art. 41 Cost., riconoscendo al giudice ordinario il potere di ottenere, tramite la nullità della contrattazione "vessatoria", lo stesso risultato che avrebbe potuto conseguire il legislatore ordinario, impedendo il ricorso a detta contrattazione in quanto costituzionalmente illegittima (cfr. A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, 141 ss., richiamato da E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologia e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 2014, 609 e nt. 14, la quale evidenzia altresì come lo stesso A. LISERRE accusasse di scarsa sensibilità nei confronti dei principi costituzionali un Autore come P. PERLINGIERI, che nello scritto *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 22, aveva bensì prospettato una rilevanza dei principi costituzionali, ma "mediata" da una categoria civilistica, come quella della "meritevolezza"; posizione che l'A. supererà nell'evoluzione successiva del suo pensiero: v. *infra*).

Sempre A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., 24 ss., osservava che riconoscere la precettività delle norme costituzionali «servirebbe a legittimare un vero e proprio sindacato di costituzionalità espresso giudizialmente su atti di autonomia contrattuale così da impedire i sempre possibili abusi di un pericoloso prepotere privato nei confronti di contraenti operanti in situazione di inferiorità» (corsivo aggiunto). Il brano appena trascritto è, significativamente, citato da M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Novecento giuridico. I civilisti*, cit., 282 e nt. 126, come anticipatorio di analoga tesi che sarà poi sostenuta da P. PERLINGIERI (*Norme costituzionali e rapporti di diritto civile* (1980), ripubblicato successivamente in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 111 ss.; nonché Ib., *Per una ermeneutica rinnovata*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008,

Questa prospettiva, invece, resterà estranea alla maggior parte della dottrina civilistica, anche (si badi) a quella maggiormente sensibile alla “dimensione costituzionale”. E così, un autore come P. Rescigno<sup>18</sup>, di fronte al problema della «rilevanza, nelle relazioni interprivate, dei diritti garantiti dalla Costituzione» (ossia, detto altrimenti, al «problema dell'efficacia rispetto ai terzi, la *Drittwirkung* di cui parlano i giuristi tedeschi»<sup>19</sup>), scrive esplicitamente che «deve respingersi una generale risposta positiva», e aggiunge che «gli strumenti tradizionali del diritto privato appaiono generalmente sufficienti al controllo delle manifestazioni della stessa autonomia anche nei termini del conflitto coi valori sanciti dal testo costituzionale. In particolare, il principio dell'ordine pubblico si presenta idoneo al controllo delle manifestazioni dell'autonomia negoziale che vengano ad urtare contro principi costituzionali»<sup>20</sup>.

---

2231 ss., spec. 2249 ss., e Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 317 ss., spec. 332 ss.).

---

452

<sup>18</sup> Il quale, in anni risalenti, aveva avuto il merito di introdurre nel dibattito dottrinale anche italiano il tema dell'efficacia “orizzontale” del principio di eguaglianza, recensendo nel 1959 il libro di G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, München-Berlin, 1959 (cfr. P. RESCIGNO, *Principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515 ss., ora in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 335 e ss.; e v. anche Id., *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato*, 1960, ivi, 362 e ss.). Dallo stesso P. RESCIGNO, anni dopo, proverrà del resto la sollecitazione *Per una rilettura del codice civile* (in *Giur. it.*, 1968, IV, 205 ss.), attenta ai principi e ai valori costituzionali: indicazione che troverà, di lì a poco, esemplare realizzazione nel *Manuale di diritto privato*, la cui prima edizione risale al 1973.

<sup>19</sup> «Il problema – scrive P. RESCIGNO – si riassume in ciò: tra i privati i diritti costituzionali possono essere invocati per misurare l'esercizio delle libertà, per controllare le manifestazioni di potere, per giudicare della stessa validità delle esplicazioni dell'autonomia negoziale?»: P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 2001 (I ed., 1991), 62.

<sup>20</sup> P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, cit., 63 (ove si afferma che «Il modo di intendere l'ordine pubblico è destinato ad arricchirsi poiché nel costruirlo egli [il giusprivatista] dovrà muovere dalla considerazione di un ordine che parte dai valori costituzionali»); cfr. anche Id., *Diritti civili e diritto privato*, in Aa.Vv., *Attualità ed attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 242 ss., nonché Id., *Rilettura del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano, 1993, 9 ss. (ove si legge che «Il diritto privato del codice non era e non è insensibile ai principi costituzionali ma, dove l'autonomia privata ne sia immediatamente incisa, dispone di strumenti come l'ordine pubblico (...), attraverso i quali è possibile “filtrare” l'ingresso, sul terreno degli interessi privati, di regol e principi costituzionali invalicabili»).

Ma v. contra P. PERLINGIERI-A. FEDERICO, *Illiceità e immeritevolezza della causa*, in A. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, VII ed. riveduta, Napoli, 2014, 590, ove si legge che «l'applicazione diretta delle norme costituzionali, e la loro qualità di norme imperative sposta il punto di riferimento dall'ordine pubblico, nel quale tradizionalmente i principi costituzionali sono contenuti, alle norme imperative, dovendosi qualificare come tali le norme costituzionali». In

Un'altra autorevolissima opinione, anch'essa nel senso dell'esclusione di una diretta applicabilità delle norme costituzionali nei rapporti di diritto privato, è quella di A. Falzea, il quale ritiene che occorre comunque tenere separato il sistema costituzionale da quello delle leggi ordinarie, con la conseguenza che l'interpretazione adeguatrice a Costituzione delle fonti ordinarie resta confinata negli spazi segnati dagli artt. 12 e 14 disp. prel.<sup>21</sup>. Prima di tentare un approfondimento sul piano teorico del fondamento di queste posizioni, è opportuno esaminare ed illustrare le argomentazioni della dottrina che si è maggiormente impegnata nella dimostrazione della tesi opposta (a quella sin qui rappresentata): ossia della tesi secondo la quale i principi costituzionali *possono e devono trovare sempre* diretta applicazione nei rapporti tra privati.

## 2. - L'emergere (negli anni '60 del '900) di orientamenti favorevoli alla "diretta applicabilità" dei principi costituzionali nei rapporti interpretati. "Legalità costituzionale" e diritto civile.

L'autore che – nella dottrina privatistica italiana – ha maggiormente insistito sull'affermazione della «diretta applicabilità» *sempre*, nei rapporti tra privati, delle norme costituzionali è certamente P. Perlingieri<sup>22</sup>.

La posizione di questa dottrina va al di là della tesi della c.d. «rilettura del diritto civile alla luce della Costituzione», tesi che attribuisce ai principi

---

quest'ultima prospettiva, dunque, i principi costituzionali (in quanto norme imperative) tornano ad essere parametro *diretto* di validità degli atti di autonomia privata.

<sup>21</sup> A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 261 ss. (e, ora, in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 453 ss.).

<sup>22</sup> Il riferimento specifico al pensiero di questo autore si giustifica sia in considerazione del fatto che nella sua opera si assiste alla tematizzazione *diretta* (e diffusa in una serie molteplice di contributi) del problema della "applicazione diretta" dei principi costituzionali, sia in considerazione della circostanza che al medesimo autore risale una "Scuola" (cui aderiscono numerosi studiosi) che si caratterizza proprio e principalmente per muovere dalla premessa di codesta "applicazione diretta", e della necessità di ricostruire il sistema del diritto privato e i suoi singoli istituti sulla base della "legalità costituzionale".

Sul pensiero di P. PERLINGIERI cfr. M. PENNASILICO, *op. cit.*, 254 ss., e P. FEMIA, in A. PAVANI (a cura di), *Enciclopedia della persona nel XX secolo*, Napoli, 2009, *ad vocem*, Perlingieri Pietro.

costituzionali una valenza essenzialmente “interpretativa” delle norme ordinarie<sup>23</sup>, che P. considera affermazione insufficiente.

La portata “precettiva” dei principi costituzionali – secondo P. – fa sì che essi *non* abbisognino, per essere applicati, di una attuazione/concretizzazione attraverso la legge ordinaria. Per altro verso, *anche quando una legge ordinaria vi sia*, la presenza di quest’ultima non esclude l’applicazione (diretta) del principio costituzionale, con il quale la norma ordinaria deve comunque “coordinarsi” (secondo la tecnica del “combinato disposto”). E non si tratta, appunto, semplicemente di *interpretare* la norma ordinaria “alla luce della Costituzione” (o di propugnare una interpretazione – come si dice – «*costituzionalmente orientata*») – formule che vengono considerate “ambigue”<sup>24</sup> –, bensì di individuare la normativa applicabile al caso concreto *tenendo conto sia della norma ordinaria sia del*

<sup>23</sup> Anche se non si tratta soltanto di questo. Come vedremo, infatti, oltre che “contrastare” interpretazioni *contrarie* a principi costituzionali (propugnando una interpretazione *conforme a Costituzione*), la rilettura degli istituti privatistici “alla luce della Costituzione”, implica almeno altre due conseguenze (anch’esse, peraltro, collocabili nell’ambito della “interpretazione”, *lato sensu* intesa): *a*) la possibilità di non considerare “eccezionali” disposizioni di legge ordinaria che appaiano “attuative” di principi costituzionali; *b*) la possibilità di “riempire” le clausole generali presenti nella legislazione ordinaria di contenuti conformi a principi e valori costituzionali. Su entrambi questi aspetti cfr., sin da ora, C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato*, cit., 235 ss. (si tratta della Relazione tenuta dall’A. nel corso del Seminario di Studi in onore di S. Rodotà, svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università “La Sapienza” di Roma il 6-7 giugno 2003).

Più in generale – come sottolinea molto bene, ancora una volta, C. SALVI, *op. cit.*, 243, il richiamo ai principi costituzionali (sul presupposto della *rilevanza* della normativa costituzionale nei rapporti di diritto privato) è servita a favorire «una interpretazione fortemente innovativa del dato legislativo» e ad «inquadrare in termini culturalmente nuovi gli istituti fondamentali del diritto civile: la dislocazione della responsabilità civile dalla teoria dell’illecito e da una dimensione quasi esclusivamente patrimoniale alla logica della riparazione dei danni e all’attenzione ai profili attinenti alla persona; l’individuazione della funzione sociale come elemento strutturale di una moderna teoria del diritto di proprietà; una concezione del contratto che sappia preservarne la logica di atto di autonomia, senza tuttavia espungere dall’ambito della rilevanza giuridica la dimensione sociale (in ipotesi) sottostante al rapporto, e l’esigenza di tutelare i diritti fondamentali che possano esserne coinvolti».

<sup>24</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, cit., 120 ss.; Id., *Applicazione e controllo*, cit., 332 ss. (ed *ivi*, alla nota 40, lo specifico richiamo alla posizione di Rescigno), dove si dice apertamente che la ragione dell’ambiguità sta nel fatto che siffatte formule postulano che «oggetto dell’interpretazione sia esclusivamente la disposizione di rango ordinario, attribuendosi alle norme costituzionali il solo ruolo di criteri ermeneutici, se mai suppletivi, da utilizzare per risolvere i casi dubbi».

*principio costituzionale pertinente*<sup>25</sup>. In questo senso l'interpretazione «secondo Costituzione» è null'altro che un'interpretazione (*recte*: un'applicazione) «sistemica», nel significato *pregnante* secondo il quale il singolo caso concreto deve ritenersi regolato *sia* dalla norma ordinaria *sia* dal principio costituzionale<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Secondo la logica del «combinato disposto», che – in effetti – sposta il problema *dal piano dell'interpretazione a quello dell'applicazione*. Infatti, delle due l'una: se in base alle regole ermeneutiche è possibile attribuire alla disposizione di legge ordinaria un significato conforme a (*recte*: non contrastante con la) Costituzione, si applicherà la norma di legge ordinaria (secondo il significato ricostruito nel modo anzidetto); se invece la semplice interpretazione non sia sufficiente ad operare (*recte*: ad accertare) la “conformità” (possibile) della disposizione di legge ordinaria al principio costituzionale, allora non resterà altro (seguendo l'impostazione in esame) che *disapplicare la norma di legge ordinaria* e ritenere applicabile al caso concreto una *disciplina direttamente ricavata dal principio costituzionale*.

Sennonché, nel nostro ordinamento non è prevista la «disapplicazione» (immediata) da parte del singolo giudice della disposizione di legge (ritenuta) contrastante con la Costituzione (così C. SALVI, *op. cit.*, 241). E l'affermazione (pur autorevole), secondo cui la «continua compenetrazione fra interpretazione della Costituzione, sindacato sulla costituzionalità delle leggi e interpretazione delle leggi stesse, realizza in definitiva un sostanziale accostamento, sotto questo profilo – nella logica e nei risultati – del sistema incidentale accentrato di sindacato sulle leggi ai sistemi di sindacato “diffuso”» (così V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 514) può essere considerata vera, ma a condizione che la si intenda nel senso che compete a ciascun giudice (ordinario) il potere di controllare che le norme ordinarie non siano in contrasto con la Costituzione, non certo nel senso che, riscontrato tale contrasto, egli possa senz'altro *disapplicare* la disposizione da lui sospettata di illegittimità costituzionale.

Il meccanismo, da questo punto di vista, è diverso da quello che opera nei rapporti tra norme “comunitarie” e norme “interne”. Ma, d'altra parte, bisogna anche considerare – e lo vedremo meglio più avanti – che le norme “comunitarie” che prevalgono su quelle “interne”, determinandone la “disapplicabilità” (ad opera dei giudici ordinari), non sono norme di “principio”, ma consistono piuttosto in disposizioni (sufficientemente) “dettagliate” (siano esse contenute in regolamenti o in direttive o parti di direttive c.d. *self executing*), e appunto per questo idonee a regolare direttamente il rapporto tra privati (c.d. efficacia orizzontale).

<sup>26</sup> È quest'ultimo aspetto – come vedremo meglio più avanti – a costituire, in definitiva, il punto maggiormente critico nella impostazione perlingheriana.

Affermare che la disposizione costituzionale è *direttamente idonea* a dettare la regola del caso concreto, e che la sua applicazione “diretta” non è messa fuori gioco dall'esistenza di una disposizione di legge ordinaria riferibile al medesimo caso, è fortemente problematico. Se esiste una norma di legge ordinaria che regola una determinata fattispecie si può bensì porre un problema di “compatibilità” (=ossia di *non contrasto*) di tale norma con uno o più principi costituzionali, e si può bensì escludere l'applicabilità di tale disposizione al caso concreto (sospendendo il giudizio in attesa che sulla legittimità della norma si pronunci la Corte) se vi sia il dubbio della incompatibilità, ma non si può invece – se è praticabile un'interpretazione che attribuisca alla norma un significato *non in contrasto con la Costituzione* (se pur tale da non “massimizzare” l'attuazione del valore coinvolto) – escludere l'applicazione della norma ordinaria, e applicare *al suo posto* una (diversa) “regola” ricavata direttamente dal giudice sulla base della (sua personale) “concretizzazione” del principio costituzionale. Non si può –

A questa conclusione induce – secondo P. Perlingieri<sup>27</sup> – anche la ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>28</sup> che si pronuncia

insomma – pensare che un “principio” possa aspirare a ricevere sempre la “massima attuazione” possibile, anche in contrasto con il “bilanciamento” operato dal legislatore.

P. PERLINGIERI sembra voler legittimare quest'ultimo esito sulla base della premessa che la «norma» è sempre «norma del caso concreto (o singolo)», e non esiste prima di essere individuata con riferimento (appunto) ad una fattispecie concreta. Ma anche questa affermazione rischia di essere quanto mai pericolosa, perché introduce una “strutturale” incertezza, atteso che nessuno potrà stabilire *a priori* se un comportamento è oppur no «conforme a diritto» (al più potendosi formulare una vaga e generica previsione su quello che potrà essere il trattamento giudiziale che sarà riservato a quel caso).

<sup>27</sup> Si veda, in part., P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in AA.VV., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale* (nella collana «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana»), Napoli, 2006, spec. 60 ss.

<sup>28</sup> È con la sentenza n. 356 del 1996 (su cui si vedano le considerazioni di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, § 15, 466 ss.) che la Corte costituzionale ha formulato esplicitamente il principio secondo il quale «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (principio, poi, più volte ribadito in successive pronunce: v., ad es., sent. n. 263 del 2009).

Da tale principio discende il canone dell'“interpretazione adeguatrice” o “costituzionalmente conforme” (v. anche subito *infra*, nel testo), il quale «impone (...) all'interprete di optare, tra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che renda la disposizione conforme alla Costituzione» (così, fra le tante, Corte cost., sent. n. 113 del 2000; e v. *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale nel 2008* del Presidente G.M. FLICK, in [www.Cortecostituzionale.it](http://www.Cortecostituzionale.it), 40 e segg., dove si esplicita il contenuto del principio nel senso che «di fronte a più possibili interpretazioni, allorché su nessuna di esse si sia formato il diritto vivente, il giudice rimettente deve far uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare, preventivamente, se esiste la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso un'interpretazione adeguatrice della disposizione denunciata, che la renda conforme ai principi costituzionali»).

Sul tema della interpretazione c.d. “adeguatrice” (o “interpretazione conforme a Costituzione”), esiste una letteratura vastissima (da ultimo richiamata nella importante voce di M. LUCIANI, sopra citata). Tra i lavori monografici cfr. in particolare G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006 (nonché ID., *Corte costituzionale, giudici e interpretazione ovvero (...) l'insostenibile leggerezza della legge*, in AA.VV., A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 465 ss.), la quale riprende alcune osservazioni critiche che sin dall'inizio una parte della dottrina aveva rivolto a questa tecnica interpretativa (cfr. ad es. A. PACE, *I limiti dell'interpretazione “adeguatrice”*, in *Giur. cost.*, 1963, 1006 ss.).

Definisce “serie ed argomentate” queste riserve, A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Atti del II Convegno nazionale SISDiC, I, Napoli, 2008, 230 e nt. 28 (ove si sottolinea altresì come la tecnica della “interpretazione adeguatrice” sia da molti considerata «indicativa di una generale [ma discutibile e discussa: per tutti v. E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002] tendenza alla “diffusione” del nostro sistema di giustizia costituzionale...»; e v. anche, per una posizione simile, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale a oggi, e l'interpretazione “conforme”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), V, 2007, par. 8.1., ove si manifesta preoccupazione per un pos-



da tempo nel senso della inammissibilità della questione di legittimità costituzionale quando sia stata omessa dal giudice *a quo* l'attività di interpretazione c.d. adeguatrice<sup>29</sup>.

---

sibile inaridimento del canale incidentale per l'accesso alla Corte; su questo e sugli ulteriori problemi che pongono alcuni sviluppi della dottrina della "interpretazione adeguatrice", quest'ultimo A. è tornato nella voce citata, con considerazioni di grande equilibrio ed acutezza). Ritiene che la dottrina della «interpretazione costituzionalmente conforme» sia sostanzialmente da condividere in quanto contribuisce al superamento dell'idea che la Costituzione e la legislazione costituiscano due mondi separati e incomunicabili (o comunicanti solo attraverso il controllo accentratore), F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giur.it.*, 2010, V, 1961 ss., il quale scrive testualmente che «la prassi della interpretazione conforme o adeguatrice – che può ritenersi ormai consolidata – rappresenta (...) il mezzo più idoneo per evitare (o superare), già sul piano interpretativo-applicativo, l'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità, come metodi distinti e incomunicabili, ossia di un livello costituzionale separato dal legislativo, secondo una risalente contrapposizione, forse immaginata dal Costituente, ma giustamente criticata per tempo in nome dell'unità dell'ordinamento e della pervasività e superiorità della Costituzione...». Secondo questa autorevole opinione, il dovere del giudice di «interpretare la legge in senso conforme alla Costituzione» è solo apparentemente in contrasto con il principio per cui il giudice è soggetto alla legge (anche a quella ordinaria): l'apparente antinomia si risolve, infatti, «alla luce del principio (genericamente ma pervasivamente) enunciato dall'art. 54 al. 1 Cost. secondo il quale "tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi"». <sup>29</sup> Un cenno particolare merita l'ipotesi in cui l'interpretazione "adeguatrice" provenga dalla stessa Corte costituzionale, la quale respinga la questione di legittimità sollevata dal giudice *a quo* emettendo una sentenza «interpretativa di rigetto». Al pari dell'interpretazione "adeguatrice" del giudice "comune", anche quella della Corte costituzionale (a parere, almeno, della prevalente dottrina) non è (in senso stretto) "vincolante" per i giudici "comuni" (ad eccezione del giudice *a quo*). Cionondimeno non sembra dubbio che, in questo caso, il giudice (comune) che volesse distaccarsi dall'interpretazione "conforme a Costituzione" formulata dalla Corte avrebbe l'onere o di individuare un'ulteriore (possibile) interpretazione "conforme", oppure di risollevarne nuovamente la questione di legittimità costituzionale.

Un (altro) problema specifico si ritiene che sussista quando l'«interpretazione conforme» suggerita dalla Corte si distacchi dal c.d. «diritto vivente» (che dunque risulti attestato su una interpretazione che la Corte ritiene non conforme a Costituzione): in tal caso infatti (secondo l'opinione prevalente) la Corte non dovrebbe limitarsi ad emanare semplicemente una «sentenza interpretativa» (di rigetto), ma dovrebbe invece senz'altro accogliere la questione di legittimità sollevata. In tal senso, fra gli altri, A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, 1083 ss., e, più di recente, A. PACE, *Sul dovere della Corte costituzionale di adottare sentenze di accoglimento (se del caso, "interpretative" e "additive") quando l'incostituzionalità stia nella "lettera" della disposizione* (nota a Corte cost. 19 ottobre 2006, n. 333), in *Giur. cost.*, 2006, 3428), e M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 465 (il quale afferma che «in presenza di diritto vivente ritenuto illegittimo la via maestra è la declaratoria di incostituzionalità»). *Contra*, invece, F. MODUGNO, *op. cit.*, par. 3, dove si legge il seguente brano: «In ogni modo, a fronte di una persistente e comunque predominante (specie a livello delle giurisdizioni "superiori") interpretazione-applicazione di normativa ritenuta costituzionalmente non adeguabile (c.d. "diritto vivente", ma ritenuto incostituzionale) e sulla quale i giudici sollevino la *quaestio*, la Corte potrà sempre (e dovrà) pronunciare l'incostituzionalità, ovvero anche adottare una decisione di accoglimento aggiuntiva o sostitutiva. In particolare, se la giuri-

Sennonché – osserviamo – potrebbe replicarsi che da questa giurisprudenza si può, a rigore, desumere soltanto l'obbligo per il giudice di prescegliere, tra più possibili interpretazioni di cui un testo sia suscettibile, quella che *non contrasti* (o – se si vuole – quella che risulti *conforme*, o *maggiormente vicina*) al principio o ai principi costituzionali che possano eventualmente rilevare con riferimento alla fattispecie in esame. Ma si tratterebbe – pur sempre – di un significato *proprio della disposizione di legge ordinaria*, e non del “principio” costituzionale<sup>30</sup>, il quale, come tale (ossia come “principio”),

---

sprudenza comune non ritiene di poter fornire un'interpretazione costituzionalmente conforme di un dettato legislativo ritenuto suscettibile di sola interpretazione letterale o dichiarativa, è perfettamente ammissibile che la Corte suggerisca (tramite decisioni interpretative di rigetto) o imponga essa stessa – anche anticipatamente – l'interpretazione adeguatrice necessaria, sia pure in una decisione aggiuntiva, escludendo che il giudice possa optare per una insufficiente incostituzionale interpretazione letterale. Proprio perché la soluzione interpretativa non è mai univoca, la Corte può anticipatamente scegliere se suggerirla semplicemente con un'interpretativa di rigetto (...), ovvero (ma fino a un certo punto...) imporla (con un'additiva, meglio se “di principio”).

Un esempio in cui la Corte ha utilizzato lo strumento della sentenza “additiva” è la pronuncia con la quale la Corte costituzionale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 1052, secondo comma, del codice civile «nella parte in cui non prevede che il passaggio coattivo di cui al primo comma possa essere concesso dall'autorità giudiziaria quando questa riconosca che la domanda risponde alle esigenze di accessibilità – di cui alla legislazione relativa ai portatori di handicap – degli edifici destinati ad uso abitativo» (Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167 – Pres. Granata, rel. Marini, su cui v. ad es. P. PERLINGIERI, *Principio «personalista», «funzione sociale» della proprietà e servitù coattiva di passaggio*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 688 ss.; nonché F. GAZZONI, *Disabili e tutela reale*, in *Riv. not.*, 1999, 973 ss.). Nella motivazione della sentenza si legge che «L'omessa previsione della esigenza di accessibilità della casa di abitazione, accanto a quelle, produttivistiche, dell'agricoltura e dell'industria rende la norma denunciata in contrasto sia con l'art. 3 che con l'art. 2 Cost, ledendo più in generale il principio personalista che ispira la Carta costituzionale e che pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana».

<sup>30</sup> Quanto detto nel testo non intende negare che, in concreto, possa apparire molto difficile tracciare una linea netta di demarcazione tra i significati (e, dunque, le interpretazioni) consentiti dalla “elasticità semantica” del testo di legge, e significati che vengano in qualche modo “costruiti” *ab extra*, “facendo dire” alla disposizione normativa (in vista del suo “adeguamento” alla Costituzione) qualcosa (in sostanza) di *diverso* da ciò che la disposizione, secondo la sua portata “oggettiva” (quale risultante, oltre che dalla lettera, anche dalla *ratio* della stessa), potrebbe significare.

Sul punto, occorrerebbe meditare – comunque – su quanto si legge in una puntuale pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG 16 giugno 2009, 1 BvR 2269 del 2007, cit. in M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 439 e nt. 379), che, nel definire i limiti dell'interpretazione conforme a costituzione, ha affermato che «l'interpretazione conforme a Costituzione di una norma è imposta quando (...) sono possibili più letture, delle quali non tutte, ma almeno una conduca ad un risultato armonico con la Costituzione. *Attraverso il tenore testuale, la storia e lo scopo della legge sono posti limiti all'interpretazione conforme a Costituzione. Un'interpretazione che si ponesse in contrasto con la volontà del legislatore chiaramente riconoscibile non potrebbe essere giustificata neppure per la via dell'interpretazione conforme a*

si pone su un piano diverso rispetto alla singola norma (ordinaria), tant'è che esso potrebbe astrattamente ricevere attuazione *in modi alternativi* (e – magari – *maggiormente attuativi del “valore”*<sup>31</sup> di cui il principio stesso appare portatore o col quale esso si identifica)<sup>32</sup>. Modi alternativi che non possono tuttavia avere ingresso sulla base di una *disapplicazione* della norma di legge esistente (in ipotesi ritenuta dal giudice insuscettibile – anche a seguito di interpretazione “adeguatrice” – di dare “*congrua*” o “*sufficiente*” attuazione al principio costituzionale, ma rispetto alla quale egli non abbia sollevato questione di legittimità costituzionale<sup>33</sup>) e di una diretta applicazione, in sua vece, del principio costituzionale stesso (o meglio: di una “regola” ricavata da esso, diversa da quella della legge ordinaria, e *maggiormente rispondente* all'attuazione del principio)<sup>34</sup>.

---

*Costituzione.* Un'interpretazione conforme a Costituzione non può essenzialmente rideterminare il contenuto normativo della disposizione interpretanda, lo scopo del legislatore non può essere perduto o tradito in un punto essenziale» (corsivi nostri).

<sup>31</sup> Sui “principi” come «mandati di ottimizzazione di un valore» (secondo la nota definizione di R. ALEXY v. *infra*, quanto sarà detto nella Sezione II.

<sup>32</sup> Il rischio – diversamente ragionando – è quello non tanto di “adeguare” la norma di legge ordinaria al principio (o ai principi) costituzionale, bensì (almeno in alcuni casi) di “appiattire” il principio costituzionale sul significato della disposizione di legge ordinaria attualmente esistente, che potrebbe (in ipotesi) consentire bensì una attuazione del principio, ma secondo una misura “minima” (e non massima) di realizzazione del “valore” di cui il principio stesso è espressione.

In tal senso (e paradossalmente) l'interpretazione (della legge ordinaria) in senso conforme alla Costituzione, rischia di trasformarsi in una interpretazione/attuazione della Costituzione *in senso conforme alla legge ordinaria* (attualmente vigente).

<sup>33</sup> Vedremo più avanti come la q.l.c. si prospetti in particolare quando l'interprete ritenga che la norma di legge ordinaria non consenta l'attuazione del principio costituzionale neanche nella misura “minima” (secondo la valutazione dell'interprete) necessaria perché il principio possa dirsi rispettato (o non violato).

<sup>34</sup> V. quanto già osservato *supra*, nella nota 29, in ordine al meccanismo delle sentenze c.d. “additive” (di principio).

Fermo quanto detto nel testo, bisogna – peraltro – prendere atto che l'estremo rigore della giurisprudenza della Corte costituzionale in ordine alla manifesta inammissibilità delle questioni sollevate senza aver prima esperito la via dell'interpretazione conforme, «per un verso, ha deresponsabilizzato la Corte, per l'altro ha implicitamente spinto i giudici comuni sulla via del “creativismo” e di un uso assai incisivo (per non dire eccessivo) di quel paradigma, che ha messo in crisi l'incidentalità e ha colorato di forti elementi di diffusione il nostro sistema di sindacato (volutamente) accentrato» (così, lucidamente, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 469; e, poco più avanti, l'A. – aggiungendo una notazione di carattere psicologico – osserva che i giudici, «quando la “loro” questione di costituzionalità è liquidata da una pronuncia di (manifesta) inammissibilità, vi leggono un apprezzamento molto negativo del proprio operato e tendono – dunque – a evitare il rischio d'essere

Tornando alla illustrazione del pensiero di P. Perlingieri, dalla premessa secondo cui «le norme costituzionali vincolano (non soltanto il potere legislativo, bensì) qualsiasi potere legittimato a dettare regole che concorrono a comporre l'ordinamento del caso concreto, compresa quindi l'autoregolamentazione riconosciuta e garantita all'autonomia dei privati e più ampiamente all'autonomia negoziale», l'Autore ricava la conseguenza che sia possibile un "sindacato di costituzionalità" anche della regola "negoziale"<sup>35</sup>, idea che in effetti sembra affiorare negli ultimi anni anche nella giurisprudenza della Cassazione<sup>36</sup>, e che ha trovato una recente eco nelle due recenti e ormai famose "ordinanze" della Corte costituzionale in materia di eccessività della caparra confirmatoria<sup>37</sup>.

### 3. - (Segue): "interpretazione conforme a Costituzione" e applicazione diretta dei principi costituzionali: problemi e limiti.

Abbiamo già in altre occasioni sottoposto a critica l'esito indicato alla fine del paragrafo precedente<sup>38</sup>. E anche in questa sede, ci sembra di dover ribadire che non si può ritenere esistente *in generale* un potere del giudice di decidere una controversia a lui sottoposta facendo diretta applicazione di un principio costituzionale, *anche quando non si sia in presenza di una lacuna* (e

---

nuovamente trattati da "scolari che non abbiano ripassato la lezione", procedendo direttamente alla riconduzione delle fonti primarie a costituzionalità, anche quando i margini interpretativi per farlo sono, in realtà, assai ridotti»: *op. cit.*, 470, dove si evidenzia anche la conseguenza dell'«inaridimento» progressivo del giudizio incidentale, e 472 nt. 601, dove si forniscono alcuni esempi significativi di ipotesi in cui è stata presentata come interpretazione conforme quella che era una vera e propria "disapplicazione" della legge).

<sup>35</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo*, cit., 326-327, ove si legge che «Il controllo di legittimità degli atti aventi forza di legge e il controllo di meritevolezza degli atti negoziali hanno le stesse radici e gli stessi principi normativi di riferimento», e viene citato P. FEMIA (*Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata*, in Aa.Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno nazionale della S.I.S.Di.C., Napoli, 2006, 195), il quale a sua volta osserva che «il controllo di validità investe tanto la regola di provenienza statale tanto quella privata. La validità normativa e la validità contrattuale, nella sostanza, si identificano».

<sup>36</sup> Lo stesso P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 327 nt. 28, cita in proposito Cass. 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not.*, 2009, 1441 ss. (sentenza sulla quale torneremo più avanti).

<sup>37</sup> Cfr. Corte cost., ordd. 13 ottobre 2013, n. 248 e 26 marzo 2014 n. 77, sulle quali v. *infra*, sez. III.

<sup>38</sup> Cfr. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, 927 ss.

cioè *quando esista una normativa di legge applicabile al caso* <sup>39</sup>, a meno che questa normativa non sia formulata attraverso una clausola generale).

Il che trova spiegazione nel fatto che il “bilanciamento” (del principio) effettuato dal giudice (“pesando” il principio stesso con altri “principi” che con esso appaiono interferenti) finirebbe inevitabilmente per sovrapporsi a quello contenuto nella disposizione di legge (e operato dal legislatore), *senza peraltro poter prevalere su questo*.

Si dirà che quest’ultima affermazione non è accettabile (proprio) nell’ipotesi che stiamo considerando, e cioè nel caso in cui il giudice ravvisi nella norma di legge ordinaria un contrasto con un principio costituzionale (contrasto che egli rimuoverebbe applicando direttamente il principio in questione). Senonché l’obiezione non è persuasiva: qui non si tratta di mettere in discussione la “superiorità” del principio costituzionale rispetto alla “regola” ordinaria, ma di ribadire che la “prevalenza” del primo sulla seconda (ove sia stato accertato il contrasto) deve essere sancita da una pronuncia della Corte costituzionale (che darà anche l’interpretazione qualificata del principio costituzionale e del “bilanciamento” cui esso deve essere sottoposto in confronto con altri principi) <sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Salva, ovviamente, la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale di tale normativa.

<sup>40</sup> Con ciò non si intende accreditare l’idea (che sarebbe certamente infondata) che la Corte costituzionale abbia il monopolio dell’interpretazione della Costituzione (secondo la vecchia convinzione espressa dalla formula “la Costituzione alla Corte costituzionale, la legge al giudice”).

È chiaro che l’interpretazione della Costituzione è attività che può (e deve) essere svolta anche dal giudice “comune”, senza di che non sarebbe neanche immaginabile il meccanismo della questione incidentale di legittimità costituzionale (che presuppone – con tutta evidenza – che il giudice individui un significato di un principio costituzionale, rispetto al quale egli ritenga non manifestamente infondato il dubbio che vi sia contrasto con quanto stabilito dalla norma di legge ordinaria).

Ma è, al contempo, evidente che il potere-dovere del giudice “comune” di interpretare le leggi in conformità con la Costituzione non può spingersi sino al punto di “eludere” il meccanismo del controllo “accentrato” della legittimità costituzionale, previsto nel nostro ordinamento. Aggiungendo che – come è stato lucidamente osservato – la crisi della “incidentalità”, di fronte alla quale oggi indubbiamente ci troviamo, «non interessa tanto perché testimonia di una difficoltà del giudice costituzionale, quanto perché determina un malfunzionamento generale dell’ordinamento e un costo molto alto nella prospettiva di quel valore della certezza che è la stessa ragion d’essere dello Stato, di diritto o meno che sia» (così M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 473).

Beninteso: fintanto che il giudice riesca ad argomentare che il “bilanciamento” di interessi da lui ritenuto “conforme a Costituzione” è realizzabile attraverso una o più regole che la disposizione di legge ordinaria consente di ricavare *in via interpretativa, nulla quaestio*.

Ma se invece questo non sia *oggettivamente* <sup>41</sup> possibile, e dunque la norma ordinaria (secondo il significato che le si può attribuire all'esito del ricorso *a tutti i criteri di interpretazione*: letterale, storico, logico, assiologico, sistematico) rimanga *contrastante* con il principio costituzionale (come interpretato dal giudice), il giudice stesso (che percepisca tale contrasto) non ha altra strada che quella di chiamare in causa la Corte costituzionale.

Non varrebbe a contestare questa conclusione l'obiezione (cui già, peraltro, abbiamo sopra avuto modo di accennare <sup>42</sup>) secondo la quale la considerazione dei principi costituzionali è una delle forme (e, anzi, la più importante) attraverso cui si realizza la interpretazione «sistematica» (con la conseguenza che non si potrebbe attestare un “significato” della disposizione di legge ordinaria, *prima e indipendentemente* dalla messa in rapporto di questa disposizione con uno o più principi costituzionali).

L'obiezione – a nostro avviso – non regge. È vero sì, infatti, che la norma costituzionale fa parte del “sistema”, ma è vero anche che il rapporto che nel sistema si instaura tra essa e le norme di legge ordinarie è un rapporto *unidirezionale*, segnato dal principio di gerarchia (la norma ordinaria non può essere in contrasto con la norma costituzionale), sicché dire che la norma ordinaria va *interpretata* “sistematicamente” insieme con la norma costituzionale, è dire da un lato *troppo poco* ma dall'altro (e contestualmente) dire *troppo* <sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> L'avverbio intende evidenziare che ciò che rileva non è – come del resto è ovvio – la “soggettiva” percezione del singolo giudice di poter “adattare” il testo di legge ad un significato, bensì conforme a Costituzione, ma *estraneo* alla “oggettiva” portata della disposizione normativa, quale risulta ad es. dall'interpretazione che correntemente viene di essa data dagli altri giudici (c.d. “diritto vivente”).

È a questa “oggettività” ermeneutica (nel senso appena chiarito) che, correttamente, aveva fatto riferimento il giudice di Tivoli, risolvendosi a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385 c.c., poi dichiarata “inammissibile” dalle ordinanze della Corte costituzionale sopra ricordate.

<sup>42</sup> Cfr. *supra*, testo e nt. 26.

<sup>43</sup> Quanto diciamo subito *infra* nel testo ribalta l'idea che la Costituzione si possa considerare alla stregua di un “criterio interpretativo” delle leggi ordinarie. Ma la ribalta in un senso

È dire *troppo poco* perché la norma costituzionale è qualcosa di più di una semplice norma che *soccorre* nell'interpretazione di un'altra norma, atteso che essa si pone piuttosto (anche) come *criterio di validità* della legge, onde per ciò solo si colloca su un piano che non è omogeneo a quello della "legge", ma è per così dire "esterno" rispetto a questa (e non destinato necessariamente a "saldarsi" con essa).

È dire, al contempo, *troppo* perché dall'interpretazione «sistematica» di due (o più norme) dovrebbe scaturire <sup>44</sup> una "regola" *comune*, che costituisca il significato (reciprocamente compatibile) che può essere dato sia all'una che all'altra delle norme considerate "in sistema" <sup>45</sup>. Senonché

---

diverso da quello in cui perviene a questa conclusione, ad es. R. Bix, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge* (testo provvisorio della relazione svolta al convegno AIC 2006), laddove l'a. osserva: «...È vero perciò – almeno a mio modo di vedere – che indicare la costituzione come un ulteriore "criterio interpretativo" delle leggi sia fuorviante, *ma ciò perché la costituzione non è un "criterio esterno", ma entra a pieno titolo nel "materiale legislativo" su cui l'interprete deve lavorare con i tradizionali criteri dell'interpretazione letterale, storica, sistematica ecc.*» (corsivo aggiunto), per poi concludere: «Ecco perché l'applicazione diretta della costituzione è probabilmente un evento molto più frequente di quanto possa apparire».

<sup>44</sup> Quando, ovviamente, l'interprete non riscontri un'antinomia insuperabile tra le due norme.  
<sup>45</sup> Si consideri quanto acutamente evidenzia P. CHESSA, *op. cit.*, 424-425 (in parte ripreso da R. Bix, nel brano citato nella penultima nota): «...Azzardo una tesi: il concetto di "interpretazione adeguatrice" o "conforme a Costituzione" deve essere radicalmente ripensato, se non proprio definitivamente abbandonato (...) Essa infatti non descrive ma fraintende la razionalità del processo formativo della decisione giudiziale. L'idea dell'interpretazione adeguatrice o conforme a costituzione si regge sull'equivoco che la Costituzione possa fungere da "criterio interpretativo". Criteri interpretativi sono quello "storico", "letterale" "sistematico", ecc.: la Costituzione è invece un testo che va a sua volta interpretato e da cui si ricavano norme diverse in relazione agli oggetti cui si applica e ai criteri in base ai quali viene letta. Non è un "dato inerte", che possa assumersi come criterio fisso per determinare un punto esatto dentro la banda di oscillazione dei significati normativi possibili di una disposizione legislativa. In altre parole, interpretare una disposizione normativa in base ad un'altra significa eseguire un'interpretazione sistematica, cioè costruire una norma che sia compatibile con entrambe: non c'è gerarchia, nel momento della "saldatura". Se l'applicazione/interpretazione della disposizione A produce tre significati normativi possibili (A<sub>1</sub>, A<sub>2</sub>, A<sub>3</sub>), interpretare questa disposizione alla luce della disposizione B non significa semplicemente prescegliere quel significato (tra A<sub>1</sub>, A<sub>2</sub>, A<sub>3</sub>) che non sia incompatibile col significato della disposizione B: anche questa infatti è potenziale fonte di più interpretazioni (B<sub>1</sub>, B<sub>2</sub>, B<sub>3</sub>). Il problema, in altri termini, non è stabilire quale tra A<sub>1</sub>, A<sub>2</sub>, A<sub>3</sub> sia non incompatibile (logicamente) con B, proprio perché, scusate il gioco di parole, B non è solo B, ma B<sub>1</sub>, B<sub>2</sub>, B<sub>3</sub>, ecc. – A mio avviso, in questi casi, il ragionamento decisorio del giudice non consiste tanto nell'interpretare disposizioni legislative in senso conforme a Costituzione, quanto nell'elaborare una "nuova" norma – nuova cioè rispetto a quelle che si ricavano da distinti elenchi di interpretazioni possibili delle due disposizioni A e B – che si ponga come punto di confluenza

non sembra che sia questo ciò che avviene quando una norma ordinaria viene interpretata “in conformità alla Costituzione”: non solo perché la stessa espressione in questione sembra postulare che sia il significato di una delle due norme a doversi adeguare (necessariamente) a quello dell'altra <sup>46</sup>, ma anche perché (ed è questo il punto che intendiamo adesso sottolineare) nemmeno può dirsi che l'“incontro” con quella specifica norma ordinaria consenta di attribuire al principio costituzionale (che viene interpretato “sistematicamente” con quella norma) il significato che in quella materia la norma ordinaria contempla (quasi che il principio costituzionale possa – sempre nella materia in questione – ricevere *quella sola* modalità di attuazione, e non anche altre).

Rimane, in conclusione, vero che non è possibile eliminare l'*alterità* tra il livello costituzionale e quello ordinario <sup>47</sup> (senza peraltro che, dicendo ciò, si intenda in alcun modo – è appena il caso di evidenziarlo – affermare che si tratti di livelli “incomunicanti”).

#### 4. - Principi costituzionali e clausole generali. Cenni e rinvio.

Il principio (costituzionale) della separazione dei poteri – dal quale discende tendenzialmente l'esclusione di un potere giudiziale di “creazione” (nel senso rigoroso del termine) di norme giuridiche – non è messo in discussione dalla dottrina della «interpretazione conforme alla Costituzione» <sup>48</sup>, nella misura in cui l'esito al quale detta interpretazione approda si consideri quello, non di una produzione di regole di fonte giudiziale (direttamente attuative di principi costituzionali, e) *sostitutive* di quelle

---

tra le due disposizioni e come condizione di una loro reciproca compatibilità. La “saldatura” si realizza quindi mediante l'elaborazione di un precetto che non era compreso tra le norme ricavabili da ciascuna delle due disposizioni isolatamente prese (...).

<sup>46</sup> Il che – oltretutto –, ove portato alle sue logiche conseguenze, dovrebbe indurre alla conclusione che *mai* l'interpretazione/applicazione di una (norma di) legge, se correttamente effettuata (alla luce del criterio sistematico), potrebbe portare ad un risultato in contrasto con la Costituzione. Ma ciò eliminerebbe radicalmente la necessità (e la stessa possibilità) di un controllo della Corte costituzionale sulla l.c. delle leggi ordinarie, perché un simile controllo sarebbe interamente demandato al giudice comune.

<sup>47</sup> Cfr., in part., A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, cit. spec. 476 ss.

<sup>48</sup> Cfr. in argomento G. SORRENTI, *La “manifesta infondatezza”*, cit., 101. E v. anche M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, 2004, 1 e ss.



emanate dal legislatore (che il singolo giudice sarebbe pertanto autorizzato a *disapplicare*, sia pure al fine di realizzare un valore costituzionale preminente), bensì quello di una applicazione pur sempre delle disposizioni di legge, attribuendo alle stesse un significato (compatibile con il loro tenore, ma altresì) “*adeguato*” ai principi costituzionali che vengono in rilievo nel caso di specie.

Detto altrimenti: interpretazione conforme alla Costituzione (consentita, e, anzi, doverosa) e “applicazione diretta” dei principi costituzionali (tendenzialmente esclusa, *in presenza della specifica disciplina legislativa di una fattispecie* <sup>49</sup>) rimangono operazioni distinte e distinguibili, anche se bisogna riconoscere che – almeno in alcuni casi – è difficile stabilire se l’attività giudiziale rimanga nell’ambito di una (mera) *verfassungskonforme Auslegung* ovvero si risolva in una applicazione diretta di un principio costituzionale (insuscettibile – in ipotesi – di trovare attuazione, neppure minima, attraverso il testo di legge considerato nella sua oggettività) <sup>50</sup>.

L’applicazione diretta dei principi costituzionali (pertinenti) deve invece ritenersi possibile – e su questo concorda la dottrina prevalente – *quando manchi una regolamentazione legislativa* (e non soccorrano gli ordinari procedimenti di integrazione analogica <sup>51</sup> dell’ordinamento), e soprattutto

---

<sup>49</sup> Salva ovviamente – non è superfluo ribadirlo ancora una volta – la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, ove il giudice ritenga che ne sussistano i presupposti.

<sup>50</sup> Un esempio, a nostro avviso, emblematico è rappresentato dall’esito giurisprudenziale (ormai risalente e consolidato) che ha condotto a “interpretare” l’art. 2059 c.c. nel senso che in tale disposizione trovi fondamento la risarcibilità del c.d. “danno biologico” (o danno alla salute). Senza entrare nel merito della questione se un tale esito si possa ritenere frutto di una “interpretazione costituzionalmente orientata” della disposizione in esame, o piuttosto costituisca l’applicazione diretta dell’art. 32 Cost. (ed eventualmente di altre norme della Costituzione), quel che ci sembra significativo è appunto il percorso (non poco faticoso) che ha dovuto esser seguito sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza per pervenire a tale esito, proprio nella consapevolezza che non sia possibile (nel nostro sistema) ragionare *tout court* in termini di “applicazione diretta” della Costituzione, laddove esista (e fintantoché non sia dichiarato incostituzionale, cosa che – con riferimento all’art. 2059 c.c. – è stata ripetutamente chiesta) un testo di legge ordinaria che regoli una determinata fattispecie.

In argomento cfr., comunque, l’attenta analisi di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 81 ss.

<sup>51</sup> Va peraltro detto che i “principi” costituzionali possono venire in rilievo anche nello svolgimento del procedimento analogico. Infatti – come si è fatto giustamente notare – quando la norma da applicare analogicamente è espressiva di un principio costituzionale, il procedimento analogico finisce per costituire un modo per dare “applicazione” (se si vuole: *diretta*) a quel principio (v. G. SORRENTI, *La “manifesta infondatezza”*, cit., 109).

quando il giudice si trovi a fare applicazione di “clausole generali”<sup>52</sup> (contenendo queste ultime – per riprendere una formula abbastanza ricorrente – una sorta di “delega”, che legittima il giudice a individuare, senza la mediazione di una norma legislativa, la regola da applicare alla fattispecie da giudicare)<sup>53</sup>.

Tuttavia – come si è visto nelle pagine precedenti (e come si documenterà anche nell’ultima Sezione del presente contributo) – una parte (ancora minoritaria, ma) sempre più ampia della dottrina privatistica e della giurisprudenza civile tende ad ammettere (più o meno consapevolmente) modelli di argomentazione e di soluzione delle controversie (in particolare – per quel che qui specificamente rileva – in materia contrattuale) basate su un uso dei principi (costituzionali) viepiù pervasivo, che “pratica” (o, comunque, presuppone la possibilità di) una applicazione diretta di tali principi, ben al di là di quanto possa ritenersi ammissibile, secondo l’impostazione or ora ribadita.

Abbiamo già evidenziato come queste nuove “visuali” si alimentino (e non poteva essere diversamente) di un dibattito<sup>54</sup> che trascende (come tale) l’ambito del diritto privato e riguarda più ampiamente i rapporti tra normativa costituzionale e normativa ordinaria (rapporti che interessano na-

---

<sup>52</sup> Il che corrisponde alla tesi – affermata come prevalente nella dottrina tedesca del secondo dopoguerra – secondo la quale i principi costituzionali «non si possono applicare che *indirettamente* ai rapporti tra privati, cioè facendo ricorso a clausole generali contenute nella normativa di rango inferiore – ma applicabile alle pattuizioni private da parte del giudice ordinario – quali in particolare le clausole di ordine pubblico, buon costume e buona fede, di cui al B.G.B.» (riassume in questi termini la teoria della c.d. *mittelbare Drittwirkung*, elaborata da G. DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in *Festschrift Nawiaski*, 1956, in contrapposizione a H. C. NIPPERDEY, G. ALPA, *Il diritto costituzionale sotto la lente del giusprivatista*, cit., 38; più di recente, la tesi secondo cui i diritti fondamentali operano, nei rapporti tra privati, solo in via mediata, e con l’ausilio delle clausole generali, si legge – ad es. – in C.W. CANARIS, *L’incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*, in *Studium iuris*, 1999, 359 ss.). Riafferma con decisione la tesi della “*Drittwirkung* mediata”, di recente, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., spec. 37 ss., 42 ss.

<sup>53</sup> Come scrive C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato*, cit., 240, «...È la clausola generale lo strumento che consente di intendere come i principi costituzionali operano non sovrapponendosi alle norme del Codice e in genere della legislazione ordinaria (giacché ove contrasto vi sia tra i primi e le seconde la via per risolverlo è nell’invalidazione di queste attraverso il giudizio di legittimità costituzionale), ma nell’ambito della sfera discrezionale che ogni applicazione di norme, di qualsivoglia norma giuridica, consente, anzi richiede, all’interprete (...)».

<sup>54</sup> Che coinvolge soprattutto – com’è ovvio – la dottrina e la giurisprudenza costituzionalistiche (v. già *supra*, i riferimenti alla dottrina della *verfassungskonforme Auslegung*).

turalmente qualunque settore dell'ordinamento) e, più in generale, i fondamenti e le implicazioni del moderno "costituzionalismo giuridico".

La Sezione successiva sarà dedicata, appunto, ad uno sguardo a questo dibattito più generale, che – come si vedrà – ha uno dei suoi temi centrali nella (discussa) distinzione tra "principi" e "regole" (sia in ordine al fondamento della stessa, sia in ordine alle conseguenze che da essa si possono legittimamente fare discendere).

## Sezione II

**La dottrina del c.d. "neocostituzionalismo" come fondamento del nuovo ruolo attribuito ai principi costituzionali e della (conseguente) legittimazione di un maggiore spazio dell'attività della giurisprudenza nello sviluppo dell'ordinamento.**

### 1. - Neo-costituzionalismo e ruolo dei principi costituzionali.

Con l'espressione "neocostituzionalismo"<sup>55</sup> si designa – com'è noto – una (particolare) dottrina, costruita sulla base dell'esperienza delle moderne democrazie costituzionali, in quanto caratterizzate dall'esistenza di costituzioni "rigide" e, conseguentemente, dalla perdita di centralità della "legge" (ordinaria), destinata ormai a riconoscere la preminenza di una *lex superior*, rappresentata dalla Costituzione<sup>56</sup>.

La dottrina del c.d. "neocostituzionalismo" – locuzione diffusa, ma da

---

<sup>55</sup> La letteratura sul tema è vastissima. Nell'impossibilità, in questa sede, di darne – anche solo approssimativamente – conto, ci limitiamo a rinviare alla ricca bibliografia in calce alla "voce" di G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 749 ss., cui *adde* C.R. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche, dottrine*, Torino, 2016, spec. Cap. IV (*Dalla catena alla bilancia*), 299 ss., 311 ss.

<sup>56</sup> Indica il dato evidenziato nel testo come quello caratterizzante il passaggio dalla "modernità giuridica" alla "posmodernità", P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, ora in *Id.*, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 51 e ss., spec. § 4, dove si legge il seguente brano: «...La modernità ammette una sola legalità, ed è quella corrispondente alla volontà del detentore del supremo potere politico, sia esso il monarca assoluto settecentesco o un Parlamento dell'Otto/Novecento. È che il secolo pos-moderno ha sconvolto questa monocrazia incrinando in modo penetrante la solidità della vecchia legalità mediante – in sintesi – la sovrapposizione alla ordinaria legalità (esercitata, oggi, in via normale, dal Parlamento) di quella corrispondente alle Costituzioni del momento costituzionalistico novecentesco (che, per intenderci, potremo chiamare pos-weimariano)».

alcuni autori contestata (in quanto ritenuta “equivoca e fuorviante”) <sup>57</sup> – si caratterizza in particolare (così distinguendosi da altre concezioni, che pur

<sup>57</sup> In particolare, secondo L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771 ss., spec. 2773 ss. l'espressione “neocostituzionalismo” (nel suo uso corrente) è ambigua, in quanto la concezione che essa designa nasce non tanto in opposizione al “costituzionalismo” *in senso giuridico* (che si riallaccia anch'esso all'esperienza delle costituzioni “rigide” novecentesche), quanto piuttosto ad una accezione *politico-ideologica* del “costituzionalismo” (il cui superamento giustificerebbe, appunto, l'espressione “neo-costituzionalismo”), quale «pratica e concezione dei pubblici poteri diretti alla loro limitazione a garanzia di determinati ambiti di libertà», intesi però questi limiti e queste garanzie «come limiti e garanzie *politiche esterne* ai sistemi giuridici, e non come limiti e garanzie *giuridiche* ad essi *interne*».

Se, invece si intende il termine “costituzionalismo” *in senso giuridico*, l'opposizione è piuttosto tra un “costituzionalismo” (cui si può attribuire, convenzionalmente, la qualifica di “neo”, come vuole l'uso corrente) che propugna un superamento del “positivismo giuridico” tradizionale (per tale intendendo la dottrina ottocentesca, costruita intorno al “primato della legge”) *in senso giusnaturalista o comunque etico-oggettivista* (non tutti i “neocostituzionalisti”, infatti, accetterebbero di essere considerati “giusnaturalisti”), e un costituzionalismo che non rinneghi la concezione *giuspositivista* («inteso sommariamente con “positivismo giuridico” una concezione e/o un modello di diritto che riconoscano come “diritto” qualunque insieme di norme poste o prodotte da chi è abilitato a produrle, indipendentemente dai loro contenuti e quindi dalla loro eventuale ingiustizia») ma semplicemente la integri e la completi alla luce della novità costituita dal sopravvenuto primato delle norme costituzionali in un sistema a Costituzione rigida (e superando pertanto una concezione che identifichi il “positivismo giuridico”, nella sua portata attuale, con il «modello paleo-giuspositivista dello Stato legislativo di diritto»).

In particolare L. FERRAJOLI (*op. cit.*, 2776 ss.) propone di denominare come “costituzionalismo principialista” (o anche “costituzionalismo *argomentativo*”) la prima concezione del “costituzionalismo” giuridico (quella identificata correntemente col termine “neocostituzionalismo”), caratterizzata da una serie di assunti tra cui il *superamento della distinzione tra diritto e morale* e l'affermazione dell'esistenza di una *differenza di struttura* tra “*principi*” e “*regole*”, e un “costituzionalismo *garantista*” o “*normativo*” (di cui lo stesso Ferrajoli si dichiara sostenitore), basato tutt'all'opposto sia sul *mantenimento della distinzione tra diritto e morale* (vista come espressione definitiva della modernità giuridica) sia sulla *svalutazione della (pretesa) differenza tra “principi” e “regole”* (distinzione che, a parere dell'illustre A. finirebbe per “depotenziare” il primato delle norme costituzionali, in quanto considerate come norme-principi e affidate per la loro attuazione al “bilanciamento” giudiziale, quale tecnica che caratterizzerebbe appunto l'applicazione dei “principi”, in contrapposto alla “sussunzione” che connoterebbe invece l'applicazione delle “regole”). Detto altrimenti, «il primo orientamento è caratterizzato dalla configurazione dei diritti fondamentali come valori o principi morali strutturalmente diversi dalle regole perché dotati di una normatività più debole, affidata non già alla sussunzione ma alla ponderazione legislativa e giudiziale. Il secondo orientamento è caratterizzato invece da una normatività forte, di tipo regolativo, cioè dalla tesi che la maggior parte dei (anche se non tutti i) principi costituzionali, e in particolare i diritti fondamentali, si comportano come regole, dato che implicano l'esistenza o impongono l'introduzione delle regole consistenti nei divieti di lesione o negli obblighi di prestazione che ne sono le relative garanzie» (*ivi*, 2777).

Nel prosieguo della nostra trattazione useremo indifferentemente il termine “neocostituzionalismo” (diffuso nel linguaggio corrente) e quello di “costituzionalismo *principialista*” (adoperato da L. FERRAJOLI per indicare la medesima concezione).

muovono dallo stesso presupposto, e cioè dalla “superiorità” delle norme costituzionali) per il fatto di predicare il superamento della distinzione tra diritto e morale (le moderne costituzioni avrebbero prodotto un tale effetto, in conseguenza della “assunzione” al loro interno di istanze di natura etico-politica, in particolare in tema di libertà e di diritti fondamentali <sup>58</sup>) e di affermare l’esistenza di una distinzione (per alcuni autori, di tipo “forte”, ossia qualitativa <sup>59</sup>; per altri, invece, da intendersi in senso “debole”, e cioè come distinzione semplicemente “quantitativa”) tra (il modo di applicazione dei) “principi” e (il modo di applicazione delle) “regole”. Ad entrambi i profili indicati (ossia: l’attacco al positivismo giuridico e alla tesi della separazione tra diritto e morale, e l’idea che i diritti costituzio-

---

<sup>58</sup> In altri termini, «avendo le costituzioni incorporato principi di giustizia di carattere etico-politico, come l’uguaglianza, la dignità delle persone e i diritti fondamentali, sarebbe venuto meno il principale tratto distintivo del positivismo giuridico: la separazione tra diritto e morale, ovvero tra validità e giustizia» (così riassume questo aspetto della dottrina “neoco-stituzionalistica”, L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 2778, ove si evidenzia che, secondo tale concezione, «La morale, che nel vecchio paradigma positivista corrispondeva a un punto di vista esterno al diritto, sarebbe ora entrata a far parte del suo punto di vista giuridico o interno»).

Per contro L. FERRAJOLI ribadisce con decisione il principio (“positivistico”) della separazione tra diritto e morale, pur precisando che tale principio «non vuol dire affatto che le norme giuridiche non abbiano un contenuto morale o una qualche “pretesa di giustizia”. Questa sarebbe una tesi senza senso; così come non avrebbe senso negare che, nell’esercizio della discrezionalità interpretativa generata dall’indeterminatezza del linguaggio legale, l’interprete è spesso guidato da scelte di carattere morale» (*op. cit.*, 2786).

“Separazione”, invece, significa che «l’esistenza e la validità di una norma non ne implicano affatto la giustizia e la sua giustizia non ne implica affatto la validità»: in forza della prima negazione «neppure le costituzioni (...) possono pretendersi giuste solo perché tali: possono ben darsi norme costituzionali (che taluni di noi reputano) ingiuste – per esempio il diritto di «tenere e portare armi» previsto dal secondo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, o l’art. 7 della Costituzione italiana sulla regolazione mediante concordato dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica – e che come tali vanno (secondo taluni di noi) moralmente e politicamente contestate»; e inversamente, in forza della seconda negazione, «una soluzione (ritenuta) giusta di un caso difficile, se non è basata su norme di diritto positivo ma solo su principi morali, non è una soluzione giuridicamente valida» (*ivi*, 2790-91).

<sup>59</sup> È la posizione assunta da autori come R. DWORKIN, R. ALEXI, M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO E G. ZAGREBELSKY (v. citazioni *infra*), mentre secondo altri (ad es.: L. PRIETO SANCHÍS, R. GUASTINI, P. COMANDUCCI, L. GIANFORMAGGIO, A. PINTORE, E. DICIOTTI, M. BARBERIS, G. PINO) la distinzione non avrebbe carattere “ontologico” ed esprimerebbe solo una differenza di grado.

A quanto afferma L. FERRAJOLI, se da un lato tutti i (neo-costituzionalisti) “giusnaturalisti” sono sostenitori di una concezione “forte” della distinzione (sul piano applicativo) tra “principi” e “regole”, dall’altro è vero anche che una simile concezione è sostenuta talora (ma meno frequentemente) anche da autori “giuspositivisti” (che, peraltro, sono in larga prevalenza sostenitori di una concezione “debole” della distinzione) (*op. cit.*, 2776), il che dimostra che non vi è una connessione concettuale tra concezione “forte” della distinzione tra “principi” e “regole” e “giusnaturalismo”.

nalmente stabiliti non sono regole ma principi tra loro in virtuale conflitto e perciò oggetto di ponderazione anziché di sussunzione) si ricollegerebbe – secondo la prospettazione di una dottrina fortemente critica – una concezione del diritto come «una pratica giuridica affidata soprattutto all'attività dei giudici»<sup>60</sup>, che caratterizzerebbe questo “costituzionalismo *principialista*” (come si è proposto di chiamarlo, in alternativa alla più nota denominazione di “neo-costituzionalismo”).

Prima di sottoporre a un vaglio critico l'idea che l'accoglimento della distinzione tra “principi” e “regole” apra *di per sé* le porte ad un ampliamento degli spazi della “giurisdizione” (in direzione della trasformazione tendenziale della giurisprudenza in una vera e propria “fonte del diritto”) è opportuno dar conto dei termini in cui viene prospettata la distinzione in questione.

## 2. - La distinzione tra “principi” e “regole”, e le conseguenze sul piano della loro “applicazione” giudiziale (rispettivamente attraverso la tecnica della “sussunzione” ovvero quella del “bilanciamento”)<sup>61</sup>.

---

470

La distinzione tra “principi” e “regole” si è affermata, senza dubbio, come uno dei temi centrali della moderna teoria delle norme<sup>62</sup>.

Secondo una delle più accreditate e note prospettazioni di tale distin-

---

<sup>60</sup> Cfr., per questo rilievo, L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 2780, ove si osserva ulteriormente che «sotto quest'(ultimo) aspetto può registrarsi una singolare convergenza del costituzionalismo principialista o argomentativo con il realismo e con quello che possiamo chiamare “neopandettismo” (formula con la quale F. evoca posizioni, come quella di P. Grossi, che esaltano il ruolo dei giuristi, criticando la “legolatria illuministica”) nel minare la normatività del diritto nei confronti degli operatori giuridici: il diritto, secondo tutti e tre questi orientamenti, è in realtà ciò che fanno i Tribunali, e più in generale gli operatori giuridici, consistendo in ultima analisi nelle loro pratiche interpretative e argomentative».

<sup>61</sup> Riprendiamo, quasi testualmente, in questo paragrafo, il contenuto dei §§ 3-5 del nostro scritto *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 247 ss.

<sup>62</sup> Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 9-10, dove – pur ricordandosi che la distinzione è stata sottoposta (soprattutto dai filosofi del diritto) a svariate critiche – si riconosce che essa ha una indubbia «validità operativa».

zione<sup>63</sup>, i «principi» sono «precetti di ottimizzazione di un valore», ossia precetti che richiedono che un valore sia realizzato *nella misura più ampia possibile* compatibilmente con le possibilità giuridiche (cioè con gli altri principi e regole presenti nell'ordinamento), e di fatto<sup>64</sup>. Come tali, i

---

<sup>63</sup> Il riferimento è alla impostazione di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1986), *passim*, e spec. 75 e ss. (sulla struttura di principi si veda poi, specificamente, Id., *On the Structure of legal Principles*, in *Ratio Juris*, 13 (2000), n. 3, 294 ss.).

Non meno nota (e, ai fini che qui interessano, non particolarmente distante dalla concezione di R. ALEXY, alla quale quindi faremo esclusivamente riferimento) è la concezione di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, traduzione italiana F. ORIANA-G. REBUFFA (a cura di), *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982. Sulla dottrina dei principi di quest'ultimo autore cfr., tra i molti contributi esistenti, almeno: S. BARTOLE, *In margine a "Taking Rights Seriously" di Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, X, 1980, 185 ss.; A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, 1982; B. PASTORE, *I principi ritrovati. Saggio su Ronald Dworkin*, Palermo, 1985; A. SCHIAVELLO, *Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell'opera di Ronald Dworkin*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1995, 159 ss.; P. COMANDUCCI, *Su Dworkin*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (ed.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, 356 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 865 ss.

<sup>64</sup> Per R. ALEXY «principi» e «valori» sono sostanzialmente equivalenti, dal punto di vista della struttura («i principi sono sempre principi di una qualche morale»). L'unica differenza è che i primi hanno un carattere «deontologico» (cioè stabiliscono *cosa è dovuto*), i secondi invece hanno una dimensione «assiologica» (stabiliscono *cosa è bene*) (a proposito della «interfaccia principi/valori» nel pensiero di R. ALEXY si veda A. COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, in *Ars interpretandi*, 2005, 225 ss.).

Sui «principi» quali «forme giuridicamente espressive dei valori», ossia quali emergenze «positive» di entità che di per sé hanno una natura «pregiuridica», cfr. A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, cit., 239, e v. anche, più avanti, a pag. 241, l'affermazione secondo la quale «i principi tendono verso i valori, allo stesso tempo in cui i valori orientano l'intendimento dei principi, vale a dire la ricostruzione delle forme peculiari di cui si rivestono al momento della loro positivizzazione».

Sostiene, invece, una (netta) distinzione tra «principi» e «valori», fondata sull'idea che i «valori» non possono essere «trattenuti in significati» (quali sono quelli in cui si sostanziano anche i principi), in quanto essi trascendono costantemente l'esistente, nel tentativo del suo superamento (l'essenza del valore è perciò «l'invisibilità, l'essere nome di qualcosa che non si dà se non nell'assenza», il «divenire della dissoluzione»; i valori non sono né dentro né fuori dalle norme: essi sono «l'altro del sistema», un «altro» che è «sempre *altrove*», donde l'"allotopia" dei valori come cifra che ne determina «la funzione di contestazione dell'esistente», e l'affermazione che «la forma di esistenza del valore è la rivolta») P. FEMIA, *Segni di valore*, in AA.VV., L. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2012, 83-156, da cui sono tratte le citazioni). Dall'idea della irriducibilità dei «valori» alle norme (anche a quelle ricavabili dai «principi») l'A. ricava la conclusione che «non sono segni di valore (...) le parole con le quali sono fatte le norme», e aggiunge che tutto ciò impone «un atteggiamento di radicale sovversione del feticismo della legge, feticismo della parola scritta», riprendendo il movimento di liberazione della scienza giuridica iniziato cento anni fa» (*op. cit.*, 104).

Questa posizione «radicale» porta l'A. a contestare anche quello che egli chiama «il positivismo costituzionale»: «Il costituzionalismo del positivismo costituzionale – egli scrive – non ha alcuna differenza strutturale con il diritto precostituzionale, essendone diverse soltanto le

«principi» hanno una dimensione deontica “aperta”, *che si determina (solo) in sede di applicazione degli stessi nei singoli casi concreti*, attraverso l’adattamento al fatto specifico, e soprattutto attraverso il “bilanciamento” con (gli) altri principi che possono venire in rilievo in relazione ad esso. I principi ammettono, dunque, per definizione una realizzazione graduale o parziale, in conseguenza del suddetto bilanciamento con altri principi, che possono risultare occasionalmente prevalenti sui primi. La prevalenza di un principio non determina (pertanto) l’invalidità dell’altro, che resta comunque valido, e potrebbe – rispetto a casi diversi – divenire esso stesso prevalente. Le «regole» sono, invece, «precetti definitivi», ossia implicano (fin quando sono vigenti) una conseguenza giuridica definitiva, in quanto ordinano, vietano, permettono o autorizzano qualcosa in modo risolutivo (*in esse il “bilanciamento” è già stato operato*)<sup>65</sup>. Il loro contenuto prescrittivo non ammette una realizzazione graduale o parziale (l’applicazione delle regole avviene secondo la logica del «tutto o niente»); e i conflitti tra regole si

funzioni regolative. Interpretazione sistematica, evolutiva, ricostruzione della soluzione a partire dalla *ratio* e persino il bilanciamento (prima nella forma di *Interessenabwägung*, poi secondo direttive che vedono nelle norme sempre più astrazioni di valori) sono tutti anteriori alla Costituzione. L’istituzione delle corti costituzionali è stata effettivamente una rivoluzione, ma sul piano del concetto di legalità (da statale a costituzionale) non su quello delle categorie: queste ultime hanno cominciato a soffrire davvero quando non bastava più adeguarle (cioè piegare la stessa struttura a nuove funzioni, come sempre accade ad ogni cambio di regime), ma si rendeva necessario confrontarle, ibridarle o sovvertirle, al contatto con strutture categoriali aliene (altri diritti europei, diritti imposti dagli operatori economici imperiali, mercantilismi di ogni genere)» (*op. cit.*, 114).

Orbene, si può anche ammettere che i “principi” siano epifanie transitorie dei valori, destinate ad essere “superate” dall’inesausta “allotopia” dei valori medesimi; ma ciò non dovrebbe, comunque, condurre a trascurare queste forme storicamente determinate (di attuazione dei valori), in nome di una “assolutezza”, per definizione mai raggiungibile. Né quest’atteggiamento può essere stigmatizzato come «feticismo della legge». La (giusta) critica al “positivismo legalista” non implica necessariamente l’approdo all’ideale di una “rivoluzione permanente”, incompatibile con le esigenze di stabilità e di certezza, di cui pure si deve fare portatore un ordinamento giuridico (pur nella tensione continua ad una sempre maggiore attuazione dei “valori”).

<sup>65</sup> Il principio, invece – isolatamente considerato – è solo un comando *prima facie*, non «definitivo». I principi «sono fondamenti della decisione che non ne determinano direttamente l’esito in quanto richiedono [ancora] la ponderazione con altri principi e la scelta tra diverse prospettive di valore» (così G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme. Interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e in Habermas*, in *Ars interpretandi*, 10 (2005) (numero monografico intitolato *Valori, principi e regole*), 177 e ss., 181.



risolvono o attraverso la “soppressione” di una di esse, oppure configurando una di esse come “eccezione” rispetto all’altra <sup>66</sup>.

La distinzione, nei termini appena riferiti, tra “regole” e “principi” trova – com’è noto – uno dei profili di rilevanza più significativi sul terreno (che qui particolarmente interessa analizzare) del(le modalità attraverso le quali avviene) l’applicazione, rispettivamente, delle prime e dei secondi: le “regole”, infatti, si applicano – secondo la visuale che stiamo esponendo – tipicamente attraverso un meccanismo di «sussunzione» (del fatto nella norma astratta) <sup>67</sup>, i “principi” invece si applicano (come già accennato) attraverso un procedimento c.d. di «bilanciamento» <sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Cfr. C.R. LUZZATI, *Del giurista interprete*, cit., 323, il quale osserva che «il bilanciamento (...) si basa sull’idea che non è possibile, o, per lo meno, che non vale la pena, utilizzare una scala di valori fissa (...)», e che mentre «il modello sillogistico presuppone un ordine lineare in sé concluso, che non ammette ritorni», la ponderazione, invece, «aspira ad un equilibrio riflessivo, fatto tutto di tentativi ed errori, di ripensamenti, di andirivieni, di feedback, di successive messe a fuoco, aggiustamenti e precisazioni».

<sup>67</sup> Una posizione “intermedia” tra “regole” e “principi” è quella che può riconoscersi alle “clausole generali”, che si differenziano (quanto al meccanismo della loro applicazione – sia dalle prime che dai secondi).

Nel caso delle “regole”, infatti – sebbene anche queste possano ben implicare (e sovente implicano), nel corso del procedimento della loro interpretazione/applicazione, la formulazione di giudizi “valutativi” (che testimoniano l’esistenza di un più o meno ampio – ma, comunque, ineliminabile - margine di discrezionalità che deve essere riconosciuto all’attività giudiziaria, anche quando essa si svolge secondo il meccanismo della c.d. “sussunzione”) – la “norma” è comunque individuata/individuabile (prima e) indipendentemente dalla considerazione del caso concreto (la valutazione del caso concreto serve – in questo caso – a stabilire quale disposizione normativa dovrà trovare applicazione, ma non anche quale sia il “contenuto” della disposizione in questione, contenuto che è invece, essenzialmente, già dato per quel che riguarda il “bilanciamento” degli interessi in conflitto); ed è proprio per questo che si può parlare di “sussunzione” in essa del caso concreto che si tratta di decidere. Viceversa la regolamentazione in base ad una “clausola generale” non consente di individuare la “regola” (che dovrà essere applicata), prima e indipendentemente dalla considerazione del caso concreto, e dell’accertamento e della valutazione delle sue “caratteristiche”. Sotto questo profilo le clausole generali potrebbero essere accostate ai “principi” (quando questi debbano trovare applicazione “diretta” da parte del giudice). Semmonché – a differenza di quel che si riscontra nell’applicazione dei principi – la tecnica di “concretizzazione” delle clausole generali non è (necessariamente) quella del “bilanciamento”, e comunque non implica la possibilità che il “valore” di cui la clausola generale è espressione sia suscettibile di una attuazione “graduata” (e, dunque, variabile) in relazione alla presenza di altri principi (o regole) che risultano rilevanti.

<sup>68</sup> Cfr. T. DE DOMINGO PEREZ, *Perché ottimizzare? Sulla base normativa del concetto di principio di Robert Alexy*, in *Ars interpretandi*, 2005, 199 ss., 200.

Sulla distinzione tra «sussunzione» e «bilanciamento» v. R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption*, in *Ratio iuris*, 4 (2003), 433 ss.

Allorché viene in gioco l'applicazione giudiziale (diretta)<sup>69</sup> di un "principio", la norma (ossia, la regola di condotta sulla base della quale verrà individuata la disciplina della fattispecie oggetto del giudizio) non può dirsi *preesistente* alla considerazione del caso concreto da decidere<sup>70</sup>,

---

<sup>69</sup> Anche le "regole" sono, in definitiva, espressione di principi; dal che discende che anche quando si applicano regole, si finisce per fare applicazione di uno o più principi, ma si tratta (dal punto di vista del giudice che la effettua) di una applicazione *indiretta* perché, in questo caso, l'operazione di "bilanciamento" è stata già effettuata (direttamente) dal legislatore, e l'interprete deve solo verificare (all'esito, naturalmente, dell'attività di "interpretazione" della disposizione legislativa, e di "ricostruzione" del fatto concreto) se la fattispecie sottoposta al suo giudizio rientri o meno nella fattispecie astratta delineata dalla legge (e per la quale, la disposizione legislativa che si ritiene applicabile ha previsto quella determinata "regola", conseguente al bilanciamento di interessi e di principi effettuato dal legislatore). Che si debba rapportare la regola "astratta" al caso "concreto" (per verificare la riconducibilità di quest'ultimo alla prima, e viceversa), e che questo processo non sia affatto un processo "meccanico" (frutto di operazioni meramente logico-deduttive, o di rilevazioni meramente storico-fattuali) non vuol dire che la regola astratta debba essere *adattata* al caso concreto, ed essere ricostruita *in funzione* delle particolarità di esso, come se fosse il "fatto" a produrre la "norma", e non questa a essere posta per regolare i "fatti" giuridicamente rilevanti (ma v. *contra* G. ZAGREBELSKY, il quale, premesso che l'interpretazione giudiziale è «ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto», afferma che «nel conflitto tra il diritto e il caso, cioè le esigenze del caso, l'ordinamento sceglie queste ultime»: così in *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2009, 179, 184).

Immaginare un procedimento siffatto (o, almeno, immaginarlo nei termini di una aderenza tendenzialmente *assoluta* della norma al caso concreto) significa smentire l'idea stessa della norma generale e astratta, e significa anche smarrire i vantaggi che questa tecnica possiede rispetto a quella opposta di individuazione della regola *caso per caso*. La regola individuata *caso per caso* è – per definizione – una regola che può stabilirsi solo *ex post*, e che sarà inevitabilmente diversa da quella che potrà applicarsi ad un altro caso che, per quanto simile al primo, non potrà mai essere ad esso identico. Senonché una tecnica di regolazione della vita associata che si basasse su "regole" da individuare caso per caso genererebbe una *incertezza assoluta e ingovernabile* e darebbe vita a un *contenzioso continuo ed incompatibile con qualsiasi ipotesi di ordinato svolgimento dei rapporti sociali*. La maggiore "giustizia" che, magari, sarebbe possibile in tal modo raggiungere (occasionalmente) nella decisione di una singola controversia sarebbe pagata al prezzo di una "imprevedibilità" (assoluta) circa il modo in cui sarà valutato questo o quel comportamento, con la conseguente restrizione della *libertà* generale dei consociati.

<sup>70</sup> La "preesistenza" di cui si parla nel testo è (per così dire) *relativa*, e non è in contrasto con l'idea del c.d. "circolo ermeneutico", su cui insiste l'ermeneutica giuridica. Per una sintetica descrizione di questo aspetto v. G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, 694 ss., spec. 700, dove si legge il seguente brano: «...L'ermeneutica giuridica ha fornito, del circolo ermeneutico, una concettualizzazione capace di innovare radicalmente la tradizionale rappresentazione della *quaestio iuris* e del momento della *quaestio facti*, introducendo l'idea della loro strutturale connessione, proprio nel processo interpretativo. L'assegnazione del significato alla disposizione e la qualificazione giuridica dei fatti (costruzione del caso) si danno all'interno del processo interpretativo, sintetizzato dall'idea del circolo ermeneutico e raffigurato plasticamente dall'immagine della "spirale ermeneutica". Ogni passaggio dalla disposizione ai fatti, e dai fatti alla disposizione, contribuisce all'ampliamento

perché essa sarà individuabile soltanto all'esito del "bilanciamento" di quel principio con gli altri principi *rilevanti in relazione a quello specifico caso*<sup>71</sup>. Con due importanti precisazioni, che (a nostro avviso) dovrebbero accompagnare l'affermazione appena fatta.

La prima è che l'applicazione di un principio presuppone comunque che il giudice abbia (anche solo implicitamente) stabilito che il principio *può essere riferito* al caso da decidere. L'affermazione potrebbe sembrare ovvia, ma in realtà non lo è, se si considera l'idea, alquanto diffusa<sup>72</sup>, che i

---

del movimento interpretativo, che include sia la determinazione del significato della disposizione, sia la comprensione del caso (...).

<sup>71</sup> Decidere attraverso principi significa dunque *produrre norme* attraverso un "metodo casistico" (come avviene nella c.d. concretizzazione delle clausole generali), in quanto l'incompatibilità di un principio rispetto ad un altro non si mostra prima del momento della "applicazione" (cfr. T. DE DOMINGO PEREZ, *op.cit.*, 203). Ciò non esclude, naturalmente, che – come avviene per le clausole generali – si formino una o più "fattispecie giurisprudenziali", idonee a fungere da "precedenti", cioè da "regole" suscettibili di essere nuovamente applicate in presenza di un (successivo) caso simile o addirittura identico al primo.

<sup>72</sup> Cfr., ad es., C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 30 («le norme costituzionali sono in linea di massima nient'altro che principi, e cioè regole prive di fattispecie»), nonché N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit. § 3, testo e nt. 30, ove l'affermazione secondo cui «è ormai riconosciuto, che le norme della Costituzione sono norme senza fattispecie», viene in particolare formulata anche per coonestare l'idea secondo cui «la prospettiva della Costituzione ha rotto uno dei fondamenti essenziali della tradizione civilistica, (...): la logica della fattispecie (...)» (sul punto v. anche *infra*, quanto osserviamo alla nota 150).

Sul tema del superamento (o "oltrepassamento") della "fattispecie" (fenomeno che, peraltro, viene ricollegato anche a cause diverse da quella or ora indicata), ci sarebbe molto da dire (volendo fornire un primo ragguaglio "bibliografico", si possono indicare, sia pure con impostazioni tra loro alquanto diverse, e con esiti anch'essi non coincidenti: V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 843 ss.; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 41 ss. Id., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 36 ss.; Id., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.; A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss.; G. FILANTI, *Valori, principi, fattispecie*, in *Juscivile*, rivista online, 2015, 720 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1103 ss.; A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eu. e dir. priv.*, 2015, pp. 703 ss.).

Per il momento, evidenziamo soltanto che ci sembra da condividere l'osservazione di chi, dopo aver premesso che è difficile negare la crisi odierna della fattispecie, ha soggiunto che comunque «la fuga da essa *non è un esodo* e – tutto sommato – è un bene che sia così» (le parole tra virgolette sono di G. GRISI, *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in *Persona e mercato*, rivista online, 2015, 147). Osservazione alla quale aggiungeremmo altresì la raccomandazione a non generalizzare i casi in cui la tecnica normativa è effettivamente tale da determinare un allontanamento (più o meno marcato) dalla "regolamentazione analitica" o, se si vuole, dalla regolamentazione per "fattispecie" (v. le ipotesi dei «principi», delle «clausole generali», dei «concetti indeterminati»), dimenticando le ipotesi – che continuano a rappresentare la *stragrande maggioranza* delle norme che compongono l'ordinamento giuridico, e la *stragrande maggioranza* di quelle che quotidianamente trovano applicazione con riferimento ai più sva-

principi (e in particolare quelli “espresi”<sup>73</sup>, categoria alla quale appartengono i principi costituzionali) siano «norme senza fattispecie»<sup>74</sup>. Idea che, tuttavia, non è condivisibile, per lo meno se della locuzione “*norme senza fattispecie*” si accolga l’accezione (più) rigorosa, secondo la quale possono dirsi tali solo quelle norme che hanno come unico presupposto di fatto la mera esistenza del soggetto<sup>75</sup>. Quel che può riconoscersi è soltanto che i principi consistono in norme il cui ambito di applicazione è (di regola) alquanto ampio e indeterminato<sup>76</sup> (in correlazione all’ampiezza e alla indeterminatezza dell’ambito al quale può essere riferito il *valore* di cui la

---

riati settori e istituti dell’ordinamento medesimo – in cui la norma giuridica continua ad essere “veicolata” da disposizioni formulate dal legislatore attraverso la tecnica della “fattispecie”.

<sup>73</sup> Discorso diverso sembrerebbe doversi fare per i principi *inespressi*, ossia per quei principi che si ricavano *induttivamente* da un insieme di “regole” specifiche, che ne costituiscono espressione (ad es. il «principio dell’affidamento» in materia contrattuale; o il principio secondo il quale «nessun può trarre vantaggio dal proprio illecito»; e così via). È vero che il «principio» va – anche in questo caso – al di là delle singole regole, dalle quali esso viene ricavato, e proprio per questa sua (maggiore) generalità è idoneo ad essere applicato (attraverso il procedimento analogico) anche a «casi non regolati», ma è anche vero che l’analogia (*legis*) presuppone che vi sia una similitudine tra il caso regolato e quello non regolato, il che vuol dire che il caso non regolato deve presentare almeno alcuni degli elementi che individuano (la fattispecie de)l caso regolato.

Se invece non è individuabile la “similitudine” con un caso (già regolato), si dovrà far ricorso alla c.d. *analogia iuris*: ma, allora, è *difficile* che i «principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato», ai quali si attingerà per la decisione, possano essere principi “inespressi” (se così fosse si sarebbero potuti e dovuti rinvenire dei «casi regolati» – da cui quei principi fossero ricavati – *simili* a quello “non regolato”), e si tratterà pertanto verisimilmente di principi *espresi*.

<sup>74</sup> Probabilmente ciò che si intende esprimere, ricorrendo a questa formula, è semplicemente che la “fattispecie” in presenza della quale un “principio” è applicabile non è determinata/determinabile *in maniera precisa e analitica* (ossia predeterminando con esattezza gli elementi di fatto di cui essa si deve comporre, perché possa farsi luogo all’affermazione degli “effetti giuridici”, discendenti dall’applicazione del principio). V. anche quanto diciamo subito *infra*, nel testo.

<sup>75</sup> Si pensi alle disposizioni che enunciano i «diritti dell’uomo», attribuiti all’individuo per il solo fatto di esistere. Cfr. sul punto A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 ss., e ora in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 3 ss., 98 ss. (ove si parla di “norme incondizionate”).

<sup>76</sup> A volte, l’ambito di applicazione di un principio è (almeno apparentemente) delimitato in maniera precisa (per quanto ampia) dallo stesso legislatore: basti pensare, ad es., al principio della “funzione sociale” che l’art. 42 Cost. riferisce alla «proprietà privata».

Bisogna, peraltro, considerare che si potrebbe considerare il principio di cui al comma 2 dell’art. 42 Cost. come una mera specificazione (con riferimento alla proprietà) di un più generale e ampio «principio di socialità» (o di «solidarietà sociale»), rispetto al quale ultimo tornerebbe pertinente il rilievo circa l’estensione (tendenzialmente vastissima) dell’ambito di applicazione del principio.

«norma-principio» è espressione)<sup>77</sup>. Ma ciò non significa, per l'appunto, che manchi in assoluto una “fattispecie” (se così fosse, *qualunque* principio sarebbe applicabile a *qualunque* situazione di fatto), e che la ricorrenza di tale “fattispecie”<sup>78</sup> sia condizione per poter ritenere corretta (l'invocazione e) l'applicazione di quel principio<sup>79</sup>.

La seconda osservazione (non meno importante, dal punto di vista che qui interessa)<sup>80</sup> consente, all'opposto, di ridimensionare una opinione (largamente diffusa), secondo cui, mentre «dalle regole è possibile risalire al principio normativo presupposto (come pure da un principio può estrarsene uno di più ampia portata)», non sarebbe invece «ordinariamente possibile desumere da un principio le regole che lo concretizzano», e ciò perché (così, almeno, si afferma) un simile procedimento apparterrebbe al genere delle «inferenze *riduttive*», che sono *certe* solo quando dall'antecedente sia desumibile *un unico conseguente*<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Riprendendo – a titolo esemplificativo – l'analisi svolta da un autore con riferimento alla giuridificazione del valore «solidarietà» (cfr. A. COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, cit., 226 ss.) si può così immaginare che il valore in questione (e il relativo principio normativo) possa essere invocato (poniamo) a fondamento e giustificazione di una regola che, *in materia di trapianti*, preveda la possibilità di prelievo di organi anche da un soggetto che non abbia prestato indubitabile assenso alla “donazione”; come pure che esso dia contenuto (come afferma da tempo la giurisprudenza) ad una «regola generale» di comportamento che, *nelle relazioni contrattuali*, imponga di comportarsi secondo correttezza e buona fede (nel senso di un «dovere per ciascuna parte di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali, o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge»); o, ancora, che il medesimo principio costituisca la *base (e il fondamento) di quella particolare figura di reato che è l'«omissione di soccorso»* (art. 593 c.p.); e così via.

Così argomentando, si individuano altrettante “fattispecie” o ambiti “materiali” – sia pure molteplici e assai diversi l'uno dall'altro (trapianti e donazioni di organi, esecuzione del contratto, soccorso privato, ecc. ecc.) – rispetto ai quali risulta “pertinente” invocare l'applicazione del principio considerato (nella specie: «solidarietà»).

<sup>78</sup> Per quanto ampia possa essere l'area da essa circoscritta, e/o per quanto essa possa scindersi in una pluralità di “situazioni” (o *sub-fattispecie*), ciascuna delle quali idonea a “richiamare” l'applicazione di quel principio (v. la nota precedente).

<sup>79</sup> Vedremo, nella Sezione successiva, alcune implicazioni di tale affermazione, specie con riferimento al richiamo non sempre “appropriato” (almeno a parere di chi scrive) ad alcuni principi costituzionali, ritenuti rilevanti con riferimento all'autonomia contrattuale.

<sup>80</sup> Mentre la precedente osservazione riguarda l'ampiezza dei principi *dal punto di vista del loro ambito di applicazione*, e dunque sotto il profilo della (loro) “fattispecie” (se si ritiene di poter usare – anche qui – tale termine), il carattere al quale si riferisce questa seconda osservazione riguarda invece l'ampiezza (e l'indeterminatezza, quanto meno sotto il profilo delle alternative possibili, riconducibili al medesimo principio) dell'*effetto giuridico* attraverso il quale si concretizza l'applicazione di un “principio”.

<sup>81</sup> Così A. COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, cit., 222.

Non è difficile accorgersi che una simile conclusione – seppure serva ad evidenziare (o, se si vuole, a ribadire) che l'applicazione di un principio può aprire la strada a una *pluralità di "regole"* (nel che risiede quel carattere di "eccedenza deontologica" che ogni principio presenta rispetto alla singola regola che da esso sia occasionalmente ricavata) – non può cionondimeno non apparire eccessiva, laddove postula che regola "*valida*" sia solo quella ricavabile da un principio *in via "necessitata"* (e perciò priva, per definizione, di alternative)<sup>82</sup>. L'importante invece – così, almeno, a noi sembra – è soltanto che la "regola" sia *riconducibile* (ragionevolmente) al "principio"<sup>83</sup> dal quale essa si afferma ricavata, non che essa possa dirsi *conseguenza necessaria* (o necessitata) del principio in questione<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Si potrebbe obiettare, infatti, che la *certezza* che si può pretendere non è tanto quella che la "regola" che viene individuata sia *l'unica* che può essere tratta dal principio (ciò che contraddirebbe, oltre tutto, lo stesso concetto di "principio" come norma "aperta" ad una varietà di applicazioni, ossia di regole che attuano – in relazione ai vari casi concreti – in miseramente variamente "graduata" il principio di cui trattasi), ma piuttosto che essa sia *una delle regole che possono* (con sicurezza, appunto) *ricondersi all'ambito semantico ed assiologico del principio*.

L'individuazione, poi, di questa "regola" avverrà con gli ordinari metodi di "bilanciamento" dei principi, e controllando (quindi) la "coerenza" del risultato raggiunto con tutti i valori integrati nel sistema (attraverso principi e regole esistenti: problema della "possibilità giuridica" dell'applicazione del principio: v. *retro*).

<sup>83</sup> La formula «riconducibile ragionevolmente al principio» è (per il momento) volutamente generica: per qualche indicazione meno vaga si vedano le considerazioni che svolgiamo alla fine del paragrafo seguente.

<sup>84</sup> Su quest'aspetto dei "principi" insiste particolarmente C.R. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012, *passim*.

Premesso che per "principi" l'A. propone di intendere (secondo un uso, del resto, alquanto diffuso) norme che (sono "importanti", in quanto) costituiscono il "fondamento" di altre norme (*op. cit.*, 37, 126), secondo la tesi sostenuta da L. la caratteristica essenziale dei principi sarebbe rappresentata dalla "genericità" (nozione da tenersi distinta da quella di "generalità") di tali norme, la quale implicherebbe l'idea della "fungibilità" e "intersostituibilità" delle condotte che attuano un principio (*op. cit.*, 16, 71; e v. anche 110, ove si legge che «quando una disposizione è generica (...) vi sono molte condotte alternative, tutte egualmente legittime (...), nonché 131: «I principi dicono qual è lo scopo da raggiungere, l'obiettivo da conseguire, il valore da difendere, la ragione per vincolare i comportamenti, ma *poco o nulla dicono sui mezzi per raggiungere una simile finalità*. In realtà è *come se* si prescrivesse di *fare qualcosa [non importa molto cosa] per realizzare uno scopo (...)*. Con buona pace di R. DWORKIN, i principi non prospettano *la* soluzione migliore, la più adatta, ma disegnano semplicemente un largo ventaglio di possibilità equivalenti, su cui l'ordinamento giuridico è *indifferente*»).

Appare chiaro in questa impostazione (che non coincide – per lo meno non del tutto – con quella fatta propria nel presente contributo) il rifiuto (da un lato) della definizione dei principi come "precetti di ottimizzazione di un valore" (rifiuto che si esprime nella negazione di una "natura etica" dei principi: v. ad es., *op. cit.* 15, e 136 ss.), il che – di per sé – porta

### 3. - Le critiche alla distinzione tra “principi” e “regole”, nella sua utilizzazione da parte della dottrina “neo-costituzionalistica”.

Come già accennato (v. *supra*, § 1 di questa Sezione), secondo un'autorevole dottrina la distinzione tra “principi” e “regole”<sup>85</sup> (in particolare, nella sua versione “forte”<sup>86</sup>) aprirebbe la strada ad una concezione del diritto come «una pratica giuridica affidata soprattutto all'attività dei giudici». Infatti, considerare nel modo descritto i “principi” costituzionali (e, in particolare, i diritti fondamentali<sup>87</sup>), significherebbe affidare al necessario bilanciamento giudiziale l'attuazione di tali diritti (supposti, oltre tutto, come *virtualmente* configgenti l'uno con l'altro). *Non solo*: vorrebbe dire anche affidare a tale *bilanciamento giudiziale* la funzione di “sindacare” la conformità a Costituzione della legislazione ordinaria (non solo con riferimento alle norme di cui essa si compone, ma anche con riguardo alle “lacune” che essa manifesta nella realizzazione delle norme costituzionali). Sotto il primo profilo si determinerebbe un indebolimento della “normatività” della Costituzione; sotto il secondo profilo si alimenterebbe l'«attivismo giudiziale» nell'attuazione dei “principi” (costituzionali).

Per contrastare entrambe queste conseguenze (che discenderebbero – a suo dire – dai postulati del costituzionalismo “principalista”), L. Ferrajoli sostiene (e cerca di dimostrare) che la maggior parte dei “principi” costituzionali (e, in particolare, quelli che enunciano i c.d. “diritti fondamentali”) «si comporta come una “regola”», nel senso che non ha (a ben vedere) una struttura diversa dalle “regole”<sup>88</sup> e si applica pertanto attraverso la ordinaria

---

(d'altro canto, e conseguentemente) a svalutare anche l'idea del “bilanciamento” (con altri principi) quale meccanismo di applicazione di questo tipo di norme.

<sup>85</sup> Che – come già detto – l'A. considera uno dei tratti fondamentali della dottrina “neocostituzionalistica” (ovvero di quello che egli chiama “costituzionalismo principalistico” o “costituzionalismo argomentativo”).

<sup>86</sup> V. *retro*, testo e nt. 63.

<sup>87</sup> R. ALEXI considera in particolare la distinzione in esame come «uno dei pilastri fondamentali dell'edificio della teoria dei diritti fondamentali» (v. *Theorie der Grundrechte*, cit., cap. III, § 1).

<sup>88</sup> Tant'è che L. Ferrajoli propone di chiamare questi principi «principi regolativi».

Giova evidenziare che “regola” – secondo la concezione della dottrina in esame – è una norma dalla quale discendono «aspettative specifiche e determinate, cui corrispondono limiti o vincoli, cioè garanzie, consistenti nei relativi divieti di lesione e obblighi di prestazione». Ciò premesso, l'A. sostiene che la maggior parte dei “principi” della Costituzione (e in particolare – come già ricordato – quelli che prevedono i c.d. diritti fondamentali) rispondono a questa

tecnica della “sussunzione”, mentre solo in limitati casi (cui l’A. riserva la denominazione di «*principi direttivi*») ci si trova effettivamente di fronte a norme che contemplan «aspettative generiche e indeterminate, non di atti ma di risultati»<sup>89</sup>, e solo per questi (ultimi) “principi” varrebbe la definizione *alexiana* che li individua come «mandati di ottimizzazione che possono essere soddisfatti in gradi diversi», e quella che li considera «norme prive di fattispecie» che ne configurino l’inosservanza (G. Zagrebelsky).

Una collocazione intermedia tra i principi direttivi e i principi regolativi – sempre secondo L. Ferrajoli – occupano i c.d. “diritti sociali”, che «impongono al legislatore la produzione di leggi di attuazione che ne introducano le garanzie primarie – come le norme sulla scuola pubblica, sul servizio sanitario gratuito e simili –, senza ovviamente poterne precisare le forme, la qualità e il grado di tutela: principi regolativi inderogabili, dunque, per quanto riguarda l’*an* della loro attuazione legislativa, ma al tempo stesso

nozione, se solo si ha cura di non farsi ingannare dalla formulazione della disposizione, che anziché prevedere la (fattispecie della) *violazione* (come avviene normalmente per le regole) enuncia la necessità del loro *rispetto*.

Prova ne sia che, allo stesso modo in cui una “regola” (ad es. la disposizione penale che punisce l’omicidio, stabilendo che chi uccide una persona è punito con la pena di...) può essere formulata – se si guarda alla sua osservanza, anziché alla sua violazione – *sub specie* di un corrispondente “principio” (nell’esempio, il principio del “rispetto della vita”), così (e inversamente) un “principio” può essere tradotto in una corrispondente “regola” (ad es. il principio di eguaglianza – se si guarda al profilo della sua violazione, anziché a quello del suo rispetto – si traduce nella “regola” che proibisce le discriminazioni. «E le discriminazioni – osserva F. – sono sicuramente fattispecie del relativo divieto, il cui accertamento non consiste certo in un bilanciamento, ma in una sussunzione»: affermazione che è diretta sia contro l’idea che i principi consistano in «norme senza fattispecie», sia contro l’idea che i principi siano oggetto di bilanciamento e non di sussunzione).

«Perfino principi vaghi e imprecisi – scrive ancora Ferrajoli – come la dignità della persona o i principi penali della determinatezza o dell’offensività, ove siano violati da comportamenti lesivi della dignità o da leggi penali che configurano come reati fatti indeterminati o inoffensivi, vengono in rilievo come regole, la cui violazione è in queste sussunta, non diversamente da quanto accade per qualunque atto illecito o invalido; e l’opinabilità della sussunzione non dipende, in questi casi, dalla formulazione delle relative norme in principi, ma solo, come accade anche per le regole, dall’uso di parole vaghe o imprecise come “dignità”, “determinatezza” e “offensività”».

<sup>89</sup> Sono “principi direttivi” – nell’esemplificazione che ne fornisce F. – principi come quello contenuto nell’art. 1 Cost. («l’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro»), o nell’art. 9 («la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione»), o nell’art. 47 («la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme»).



direttivi per quanto riguarda il *quomodo* e il *quantum*, cioè le forme e la misura dell'attuazione medesima»<sup>90</sup>.

Riguardo all'impostazione così sintetizzata, ci sembra possano svolgersi alcune considerazioni critiche.

Osserviamo, anzitutto, che anche secondo la dottrina in esame ci sono comunque disposizioni costituzionali che rivestono la forma di "principi" – nel senso *specifico* sopra visto, di norme cioè che per essere applicate richiedono l'effettuazione di operazioni di "bilanciamento"<sup>91</sup> (e, dunque, di norme che non sono idonee a *comportarsi come "regole"*<sup>92</sup>) – sebbene si tratterebbe (a suo dire) di un numero di disposizioni assai più esiguo rispetto a quello cui l'opinione corrente riserva la denominazione di "principio", e sebbene la natura di tali disposizioni (quali vengono concretamente individuate da F.) sia tale da escludere altresì qualsiasi possibilità di una "applicazione diretta" da parte del giudice (così sottraendosi a questa "conseguenza" dell'impostazione "principialista", che l'A. in esame – come visto – tende a contrastare).

Ma è in particolare con riferimento a quelli che F. chiama "principi *regolativi*" che si profilano (a nostro avviso) alcune aporie della tesi in esame, e alcune perplessità che conseguentemente la stessa suscita.

A ben vedere, infatti, non tanto è vero – come asserisce F. – che la maggior parte dei principi costituzionali (e in particolare quelli che prevedono i diritti fondamentali) «*si comporta come regole*»<sup>93</sup>, quanto piuttosto sembra da riconoscere *esclusivamente* ciò: che esiste una "zona" (o un profilo) della tutela dei "beni" contemplati in detti "principi" che è sostanzialmente

---

<sup>90</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.* 2799.

<sup>91</sup> Si tratta di quelli che L. FERRAJOLI chiama "principi *direttivi*".

<sup>92</sup> Benché non manchi qualche opinione (ma del tutto isolata), che ritiene che anche l'applicazione delle "regole" avvenga attraverso la tecnica del "bilanciamento" (v. FIGUEROA, *cit.* da L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, *cit.*, testo e nota 51).

<sup>93</sup> In apparenza, potrebbe sembrare effettivamente che alcuni "principi" (ad es. il principio di eguaglianza) si comportino come "regole" *nel senso che* essi possono essere attuati o non attuati, ma non realizzati in maniera "graduata" o "bilanciata" (l'eguaglianza di trattamento o c'è o non c'è, e il relativo principio o è rispettato o è violato). Senonché l'equivoco che si nasconde in questo ragionamento è che il "principio" (di eguaglianza) si trasforma in "regola" (non discriminazione) solo *dopo* che è stato effettuato il bilanciamento: prima di aver effettuato questa operazione, non è possibile stabilire se due casi sono meritevoli di essere trattati allo stesso modo (o meglio: se il bilanciamento di interessi applicato ad un caso meriti di essere replicato anche all'altro).

*indiscussa* (si potrebbe parlare di una sorta di “nucleo duro” o “essenziale” della tutela, tale da non potere essere messo in discussione, e, di fatto, non oggetto di contestazione); e *in quest’ambito* può affermarsi effettivamente che il “principio” *si comporta come* una “regola”<sup>94</sup>, e il giudice che lo applica non fa altro che “sussumere” la fattispecie concreta in quella astratta, inclusa *certamente* nel principio<sup>95</sup>. Ma non meno vero è – però – che, accanto a questa “zona certa” in cui il “principio” può (e deve) trovare applicazione (secondo le modalità proprie delle “regole”), vi è una “virtualità (o potenzialità) deontologica” del principio, che è costituita dalla zona di attuazione *possibile* (ma non ancora, in ipotesi, esplicita): attuazione affidata (normalmente) all’opera del legislatore, ma idonea (astrattamente) ad essere realizzata anche a mezzo dell’attività del giudice.

E, invero – come scrive lo stesso L. Ferrajoli – «quasi tutti i diritti fondamentali» (*e, dunque, non soltanto i c.d. diritti sociali*) «richiedono leggi di attuazione idonee ad assicurarne a tutti le garanzie primarie: (...) perfino il diritto alla vita rimarrebbe ineffettivo, in forza del principio di legalità penale, senza la previsione dell’omicidio come reato (...)»<sup>96</sup>.

E, se pure è vero che, per queste «lacune *strutturali*» (come le chiama la dottrina in esame)<sup>97</sup> non sarebbe possibile (o sarebbe illusorio) immaginare in concreto un’attuazione diretta (ad opera del giudice) del “principio

---

<sup>94</sup> Espressione (usata dallo stesso L. FERRAJOLI) che presuppone, comunque, che esso *non sia* comunque una “regola”.

<sup>95</sup> E così, ad es., un provvedimento che dovesse disporre lo scioglimento di un’associazione religiosa, o che dovesse vietare la professione in pubblico di una fede religiosa (anche se essa avvenga in forme non contrarie al buon costume) viola senza dubbio il diritto fondamentale sancito dall’art. 19 Cost. it., e va considerato pertanto certamente illegittimo, applicando la norma in questione (che consacra il “principio” della libertà di religione) non diversamente da come si applicherebbe una qualsiasi “regola”.

Analogamente un provvedimento amministrativo che sottoponesse a censura la stampa, contrasterebbe certamente con l’art. 21, comma 2, Cost., norma la cui applicazione – ancora una volta – avverrebbe con modalità non diverse da quelle che riguardano l’applicazione di una qualsiasi “regola” (tecnica della fattispecie, sussunzione, ecc.).

E l’esemplificazione potrebbe, ovviamente, continuare.

<sup>96</sup> Così L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 2793-94. Il brano citato sembra far intendere (se non ci inganniamo) che, in assenza di queste *leggi* di attuazione, il “diritto fondamentale” non risulterebbe tutelato neanche sotto il profilo delle “garanzie primarie” della sua realizzazione: il che significa che la disposizione costituzionale (“di principio”) che contempla il diritto in questione, non costituisce la “fattispecie” (neanche) di queste “garanzie primarie”.

<sup>97</sup> Lacune “strutturali” – comunque non colmabili attraverso l’attività del giudice – sono anche (e, forse, soprattutto) quelle volte ad assicurare le garanzie “*primarie*” dei diritti sociali («(...) i

costituzionale” interessato <sup>98</sup>, altrettanto vero è che vi sono “lacune” *non* strutturali, che ben si prestano ad una attuazione diretta (del principio) ad opera del giudice, quando ciò serva a garantire la tutela del diritto fondamentale (e il legislatore non vi abbia provveduto) <sup>99</sup>.

È la stessa dottrina in esame, del resto, a sottolineare che l’area del «diritto costituzionalmente *illegittimo*» comprende tanto le ipotesi di «antinomie provocate dall’indebita produzione di norme invalide perché in contrasto con la costituzione», quanto «*le lacune provocate dall’omessa produzione, parimenti indebita, delle leggi di attuazione delle norme costituzionali e in particolare (delle garanzie) dei diritti sociali*» <sup>100</sup>.

Ed è appunto con riferimento a quest’ultima ipotesi (quella delle “lacune” legislative nell’attuazione dei principi costituzionali) che si può profilare (quando venga in gioco la necessità di tutelare diritti fondamentali) la possibilità di una “applicazione diretta” da parte dell’autorità giudiziaria, fermi restando i limiti generalmente ritenuti sussistenti in materia di c.d. «diritti finanziariamente condizionati» <sup>101</sup>, e fatte salve le ipotesi in cui esista una “riserva di legge” a tutela delle posizioni giuridiche che verrebbero ad essere incise dall’attuazione “giudiziale” di (altri) diritti, pur “fondamentali” <sup>102</sup>.

È chiaro, poi, che – nei casi in cui è possibile – l’“applicazione diretta” di cui si parla non potrà che realizzarsi (non già mediante un meccanismo di “sussunzione”, bensì) attraverso il “bilanciamento” (dell’interesse che si intende

---

diritti all’istruzione e alla salute rimarrebbero sulla carta – osserva F. – senza l’introduzione *per via legislativa* della scuola pubblica e dell’assistenza sanitaria (...): corsivo aggiunto).

<sup>98</sup> La situazione è – in un certo senso – speculare a quella in cui è, all’opposto, certa la possibilità di dare attuazione diretta al principio : qui, infatti, è “certa” la *impossibilità* di questa attuazione.

<sup>99</sup> Un esempio abbastanza significativo potrebbe essere quello del riconoscimento di un diritto al rimborso delle spese mediche sostenute all’estero (senza una preventiva autorizzazione da parte del SSN) quando tali spese siano state poste in essere per sottoporsi (in situazioni di urgenza ed indifferibilità) a cure necessarie per salvare la vita.

<sup>100</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 2783 (corsivo aggiunto).

<sup>101</sup> Il tema è, naturalmente, vastissimo e tale da non consentire (in questa sede) alcuna possibilità di approfondimento.

<sup>102</sup> Si pensi, ad es., al “principio” della “funzione sociale” della proprietà privata. La “riserva di legge” contenuta nell’art. 42 Cost. («La proprietà privata è riconosciuta e garantita *dalla legge*, che ne determina i modi di acquisto di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale (...)») fa sì che eventuali limitazioni della proprietà (giustificabili con la “funzione sociale” di tale diritto, e) in vista della realizzazione di (altri) “diritti fondamentali” (in ispecie, di diritti della persona) possano essere introdotte solo dal legislatore (e non certamente dal giudice).

tutelare con gli altri che rilevano nella vicenda oggetto di giudizio), non diversamente da quanto avverrebbe se fosse il legislatore a “regolare” (ossia, a *dettare una “regola”* per risolvere) il conflitto di interessi di cui si tratta. Ammettere ciò non significa, peraltro, abbracciare (come paventa L. Ferrajoli, imputando questa conseguenza all'accoglimento dei postulati del “costituzionalismo principialista”, e in particolare della distinzione tra “principi” e “regole”) una concezione del diritto come «una pratica giuridica affidata soprattutto all'attività dei giudici». Resta, infatti, acclarato che la parte più importante dell'attuazione dei “principi costituzionali” è (e – sotto un certo profilo – *non può che essere*) affidata all'intervento del legislatore: <sup>103</sup> e, in quest'ambito (ossia, nella misura in cui il legislatore abbia dato attuazione, sia pure imperfetta, ai principi in questione) non potrà ammettersi una “applicazione diretta” dei principi da parte del giudice “comune” (e ciò anche quando una tale “applicazione diretta” non sia radicalmente da escludere per l'esistenza di una “riserva di legge”), perché essa si risolverebbe nell'affermazione di un potere giudiziale di “creazione” di norme giuridiche (indebitamente) concorrente con quello del legislatore. Fermo restando – naturalmente – che, ove la norma di legge esistente risulti, secondo l'opinione del giudice, in contrasto con la Costituzione, egli potrà sollevare la questione di legittimità costituzionale, e chiedere che quella disposizione sia espunta dall'ordinamento <sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Il che, peraltro, conferma quanto già detto, ossia che anche le “regole” (legislative) sono (quasi sempre, se non sempre) applicative di “principi”, sicché – *sotto questo profilo* – la contrapposizione tra “regole” e “principi” è fallace e fuorviante, perché essa sussiste semmai tra “regole” diverse che possono essere individuate *in attuazione di un medesimo principio* (ad es. dal legislatore e dal giudice, oppure da due giudici che applichino in maniera diversa il principio di buona fede, desumendo da esso regole di comportamento non coincidenti, se non addirittura opposte).

<sup>104</sup> Di talché risulta confermato (secondo – in definitiva – il postulato del «positivismo giuridico») che la validità delle disposizioni di legge non è subordinata ad un punto di vista (morale) *esterno* all'ordinamento (che farebbe della “giustizia”, così come interpretata dal giudice, il parametro di legittimità della legge), ma è invece soggetta ad un controllo pur sempre di *legalità* (sebbene si tratti, adesso, della “legalità *costituzionale*”, e dunque di una “legalità” – superiore a quella della legge ordinaria – che sconta la ormai avvenuta assunzione di istanze etiche da parte dei ordinamenti giuridici delle moderne democrazie).

Ma per giungere a ribadire quest'ultima (condivisibile) conclusione<sup>105</sup> non c'è bisogno di negare che esista (e che sia rilevante) una differenza tra i "principi" (in particolare, costituzionali), da un lato, e le "regole", dall'altro<sup>106</sup>. Né può condividersi l'idea che l'esclusione di una "applicazione diretta" (giudiziale) dei principi costituzionali possa valere, in via assoluta, *anche quando si sia in presenza di una "lacuna legislativa"*<sup>107</sup>, soprattutto laddove la questione riguardi «diritti fondamentali» (intesi nel senso di diritti inviolabili)<sup>108</sup>. Certo, occorre evitare il rischio che il giudice, in base ad una visione meramente "soggettiva" (e/o "emotiva"), si induca (argomentando sulla base dei principi costituzionali) a creare "diritti" nuovi (o ad affermare nuove forme di tutela per quelli esistenti) sostituendosi alla "politica", e "anticipando" soluzioni, la cui mancata adozione da parte del legislatore non sia tanto dovuta ad una colpevole inerzia, quanto piuttosto alla circostanza che (secondo il pensiero della maggioranza) quelle soluzioni non sono ancora "mature" (o, comunque, sono oggetto di forti contrapposizioni nell'ambito dell'opinione pubblica). Il che dovrebbe indurre a ritenere che solo quando la "lacuna" (legislativa) comporti una *macroscopica* (ed evidente) violazione di un "diritto fondamentale"<sup>109</sup> – magari

---

<sup>105</sup> Per la quale v. L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 2793.

<sup>106</sup> Differenza che non esclude peraltro – come si è visto – che, *per una parte del loro operare*, anche i "principi" (o, almeno, la maggior parte di essi) possano *comportarsi come "regole"*.

<sup>107</sup> Fatto salvo – come già detto – il caso dell'esistenza di una "riserva di legge", ed escluse altresì le ipotesi dei c.d. diritti (sociali) "finanziariamente condizionati".

<sup>108</sup> In tal caso non possono valere le tradizionali distinzioni (che si fanno ad es. in materia di analogia) tra lacune "intenzionali" e lacune "involontarie", perché – anzi – le lacune "intenzionali" che si concretino in una "omessa attuazione" di precetti costituzionali sono senza dubbio da considerare "indebite", come riconosce lo stesso L. FERRAJOLI (*op. cit.*, 2783), il quale tuttavia ritiene che «nel modello del costituzionalismo giuspositivista, la riparazione delle lacune (...) non è affidata all'attivismo interpretativo dei giudici, ma solo alla legislazione, e perciò alla politica» (*ivi*, 2793). In senso contrario a quest'ultima affermazione, merita di essere ricordata la disposizione dell'art. 1, sez. 3, del *Grundgesetz* tedesco, il quale stabilisce che i diritti fondamentali regolati dalla Carta «vincolano la legislazione, l'amministrazione e la giurisdizione come diritto immediatamente efficace» (*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht*).

Sul tema, nella nostra dottrina, cfr., di recente, l'importante contributo di A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 183 ss.

<sup>109</sup> Occorre, cioè, che l'inerzia del legislatore (e la conseguente "lacuna" che essa determina nell'attuazione dei diritti fondamentali) si atteggi come una forma di "estrema ingiustizia".

previsto a livello sovranazionale o internazionale (v. ora l'art. 117 Cost.) – il giudice possa considerarsi autorizzato, nell'inerzia del legislatore, a dare diretta applicazione al relativo “principio” (di rango costituzionale). E in tal caso non potrebbe valere – evidentemente – invocare la volontà della “maggioranza”.

Si tocca, in tal modo, il profilo forse più delicato della questione qui affrontata, anche perché affidare ad una soluzione di tipo giudiziale l'attuazione di un principio costituzionale, quando la “regola” che si vorrebbe trarre da tale principio sia *incerta e controversa*, potrebbe finire per violare lo stesso principio di eguaglianza.

D'altra parte è indubbio che i moderni ordinamenti giuridici, propri dello “Stato costituzionale”, evolvono *anche* per l'impulso che all'attuazione dei principi della Costituzione viene impresso dalla esperienza giurisprudenziale (che è quella nella quale, il più delle volte, emergono le nuove esigenze di tutela, o – il che è lo stesso – si palesa l'insufficienza di quelle esistenti). L'importante è, tuttavia, che vi sia consapevolezza delle operazioni che si compiono (o che dovrebbero compiersi) quando si procede all'applicazione (diretta) di un “principio” <sup>110</sup>, e soprattutto che il giudice tenga presenti i “limiti” che sussistono – e che si oppongono a detta applicazione – quando non si sia in presenza di una ipotesi di lacuna legislativa.

---

Limite che riecheggia (con riferimento all'ipotesi dell'assenza di una disciplina legislativa) l'analogo criterio cui allude, ad es., R. ALEXY, quando scrive che «norme singole conformi all'ordinamento perdono validità giuridica (...) se sono *estremamente ingiuste*» (così R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit., 132-33, citato da L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 2787 e nt. 30, ove viene ricordata l'analoga formula di G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Rechts*, 1946 secondo la quale la legge positiva perde validità allorquando la sua ingiustizia raggiunga una «misura intollerabile»).

<sup>110</sup> Esempio è, in tal senso, il tentativo sviluppato da R. ALEXY di formalizzare alcune regole per operare il “bilanciamento” tra i principi.

### Sezione III

**L'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti contrattuali. Profili problematici emergenti nella prassi giurisprudenziale più recente.**

#### 1. - Applicazione diretta dei principi costituzionali e autonomia negoziale.

Dopo averlo analizzato nei suoi profili generali, il tema dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato deve adesso essere esaminato – per completare il programma indicato all'inizio del presente contributo – in relazione, più specificamente, al settore dell'autonomia contrattuale, saggiando su questo importante terreno la bontà delle considerazioni svolte nelle due precedenti Sezioni.

Giova, anzitutto, evidenziare ancora una volta – per eliminare subito una possibile fonte di equivoco – che il problema che si intende affrontare *non* è quello dell'applicazione “diretta” di qualsivoglia «norma costituzionale», bensì soltanto di quelle disposizioni che contengono (o che consistono in) “principi”. È evidente, infatti, che l'applicabilità diretta delle norme costituzionali espresse in forma di “regole” (ad es. art. 36 Cost., nella parte in cui stabilisce che «il lavoratore ha diritto al riposo settimanale» e «a ferie annuali retribuite») non è in discussione <sup>111</sup>.

Chiarito ciò, un primo dato che merita di essere subito ribadito è quello per cui anche nella materia contrattuale la rilevanza dei principi costituzionali viene solitamente riconosciuta (dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti), non tanto in virtù di una (asserita) loro “diretta” applicabilità al contratto, quanto piuttosto per il tramite (*indiretto*) della incidenza che i principi costituzionali svolgerebbero nel processo di c.d. “concretizzazione” delle “clausole generali” e dei “concetti indeterminati”, che sono presenti nella disciplina del contratto.

---

<sup>111</sup> Sicché, per restare all'esempio fatto, non c'è dubbio che il giudice potrebbe (applicando direttamente l'art. 36 Cost.) dichiarare la nullità della clausola di un contratto di lavoro che escluda l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere al lavoratore la retribuzione (anche) nel periodo delle ferie.

Tale incidenza opera anzitutto (ma – a nostro avviso – dovrebbe meglio dirsi: *soprattutto*) come “limite” al potere che il giudice esercita quando “dà contenuto” alle clausole generali, di cui egli si trovi a fare applicazione. Sotto questo profilo, è evidente – invero – che le “regole” che il giudice individua, “concretizzando” (ossia rapportando e applicando al caso concreto) le “direttive” espresse nelle diverse clausole generali, non possono giammai risultare contrastanti con i principi costituzionali <sup>112</sup>.

Già più problematico è, invece, supporre che detti principi (ammesso che non siano essi stessi a poter trovare applicazione *diretta* <sup>113</sup>) possano rilevare anche *in positivo* nella determinazione del contenuto delle clausole generali. Per la verità proprio questo – secondo l’opinione corrente – accadrebbe, per es., con riferimento alla clausola generale di “buona fede” (che è senza dubbio quella di maggiore portata ed incidenza nella materia del contratto) <sup>114</sup>, la quale consisterebbe (come recita la nozione più diffusa, e divenuta quasi *tralatizia*) nell’«atteggiamento di cooperazione e di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di tenere, al di là degli specifici obblighi scaturenti dal vincolo contrattuale e dal dovere del *neminem laedere*, quei comportamenti che senza comportare apprezzabile sacrificio a suo carico risultino idonei a salvaguardare gli interessi dell’altra parte» <sup>115</sup>. In tale nozione, infatti, si legge solitamente la traduzione del «dovere di solidarietà economica e sociale» che l’art. 2 della Cost. enuncia

---

<sup>112</sup> E così, ad es., non potrà mai considerarsi rientrante nell’obbligo di eseguire un contratto di locazione “*in buona fede*” (e nel correlativo diritto che controparte ha ad una esecuzione *corretta e leale* del contratto) non ospitare nell’appartamento locato persone che per le loro idee politiche o religiose, per le loro “condizioni personali” o “sociali”, per le tendenze sessuali, e così via, possano urtare la “sensibilità” del proprietario/locatore.

Analogamente, il giudice non potrebbe mai ritenere che nell’obbligo del debitore di eseguire “*diligentemente*” la prestazione dovuta rientri un qualsivoglia comportamento che risulti contrastante con un diritto fondamentale di terzi (come, del resto, non vi rientrerebbe qualsiasi altro comportamento suscettibile di essere qualificato come “illecito”).

<sup>113</sup> Come nell’esempio – già richiamato (v. *supra*, la Sezione I) – del “principio” (contenuto sempre nell’art. 36 Cost.) secondo il quale la retribuzione del lavoratore deve essere tale da garantire a lui e alla sua famiglia una esistenza “*libera e dignitosa*”.

<sup>114</sup> Sul tema della buona fede in materia contrattuale si veda il recentissimo contributo di F. PIRAINO, *La buona fede oggettiva*, Torino, 2016, *passim*, dove sono affrontate in maniera approfondita e con piena consapevolezza tutte le problematiche che, ancor oggi, si agitano intorno a questo fondamentale istituto.

<sup>115</sup> Cfr., ad es., Cass. 22 novembre 2000, n. 15066; Cass. 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e resp.*, 2003, 174 ss.; Cass. 11 gennaio 2006, n. 264; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345).



come “principio” fondamentale al quale deve ispirarsi la convivenza civile nel nostro ordinamento.

Senonché, anche a prescindere da altre considerazioni circa la “pertinenza” del richiamo al principio di “solidarietà economica e sociale” con riferimento alla materia dei contratti <sup>116</sup>, non può non condividersi l’opinione di chi ha autorevolmente osservato che la clausola di buona fede non ha bisogno di “stampelle costituzionali” (e in particolare della stampella dell’art. 2 Cost.) <sup>117</sup>. Affermazione indubitabilmente corretta: forse che la nozione della “buona fede”, che abbiamo poc’anzi riportato, sarebbe diversa, se la si volesse argomentare e ricavare (al di là di qualsiasi richiamo costituzionale) esclusivamente dalla “direttiva” di un comportamento *corretto e leale*, ossia dalla direttiva che normalmente viene associata alla clausola generale in questione? <sup>118</sup>

La c.d. “costituzionalizzazione” della clausola generale di buona fede <sup>119</sup> non solo non è necessaria, ma è fonte – oltre tutto – di un possibile equivoco (che non ha tardato, difatti, a materializzarsi). Poiché i principi costituzionali hanno carattere “cogente” (in quanto norme fondamentali

---

<sup>116</sup> Si vedano le osservazioni svolte in G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., *Giustizia Civile*, 2015, 247 ss., spec. 263 ss.

Ma, soprattutto, cfr. L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell’uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, 1997, ora in C. CASTRONOVO-A. ALBANESE-A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, 139 ss., spec. 143, dove si legge testualmente: «(...) Nemmeno alla nozione costituzionale di solidarietà può essere avvicinato il concetto civilistico di buona fede (o correttezza) come usa la Cassazione in materia di contratti, probabilmente ricordando l’originario riferimento dell’art. 1175 c.c. alla “solidarietà corporativa”. La buona fede (oggettiva) è un criterio regolatore di rapporti paritari tra soggetti portatori di interessi (individuali) simmetrici, mentre la solidarietà è un criterio regolatore di interessi che non si contrappongono su un medesimo piano: essa ha una dimensione collettiva, significa “farsi carico”, nell’esercizio di un diritto individuale di libertà, anche del bene comune, almeno nel senso minimale – spiegato dall’art. 41, comma 2, con riguardo all’esercizio della libertà di iniziativa economica – di non perseguire il proprio interesse individuale in contrasto con l’utilità sociale e con l’interesse generale al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana (...)».

<sup>117</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 1-20, e, ora, in, *Scritti, I*, cit., 101 ss., 111.

<sup>118</sup> Anzi, c’è da evidenziare che il riferimento ai canoni della “correttezza” e della “lealtà” (piuttosto che al principio costituzionale di “solidarietà sociale”) appare maggiormente corrispondente al tenore di una nozione che – come visto – “circoscrive” (secondo il pensiero della giurisprudenza) l’obbligo di buona fede a quei comportamenti che *non comportino un apprezzabile sacrificio dell’interesse proprio* (limite che risulta, invero, poco comprensibile, se nella “buona fede” si voglia veramente vedere un’epifania del dovere di cui all’art. 2 Cost.).

<sup>119</sup> Come di qualsiasi altra clausola generale.

dell'ordinamento), è apparso invero naturale svolgere l'ulteriore "passaggio", consistente nell'affermazione del carattere "imperativo" anche della clausola generale (di buona fede) <sup>120</sup> in quanto espressione del principio costituzionale di solidarietà.

La "buona fede" è così potuta divenire – nel pensiero di non pochi autori e di qualche (sia pure ancora isolata, almeno per il momento) pronuncia giurisprudenziale – un *limite generale dell'autonomia privata*, finendo per essere trasformata in una "regola di validità" (*ex art. 1418, comma 1, c.c.*), laddove invece essa è chiaramente configurata (almeno nel nostro ordinamento) come una "regola di responsabilità": responsabilità precontrattuale, se ad essere violata sia la buona fede *in contrahendo* (artt. 1337 e 1338 c.c.); responsabilità contrattuale, se ad essere violata sia la buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.) <sup>121</sup>.

Ultimamente, peraltro, la conclusione qui contestata (ossia la considerazione della buona fede come criterio di validità del contratto, o di specifiche sue clausole), è stata affermata sostenendosi che sarebbe *direttamente* il contrasto con il principio costituzionale di solidarietà (sotteso anche alla clausola di buona fede) a consentire di affermare la nullità delle clausole contrattuali che (ad avviso del giudice) tale contrasto realizzano.

L'affermazione ha trovato spazio in due recenti ordinanze della Corte costituzionale <sup>122</sup> occasionate dalla rimessione alla Consulta (da parte del

---

<sup>120</sup> Carattere sul quale si può anche convenire, ma precisando che esso significa soltanto che non è consentito ai contraenti *derogare* alla regola della buona fede, nel senso di escluderne l'applicazione nel loro rapporto (e, con essa, la soggezione alle sanzioni che conseguono alla violazione della b.f.).

<sup>121</sup> Cnf. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giur. it.*, 2008, I, 353 ss. E v'è da dire che è proprio la presenza degli artt. 1337 e 1375 c.c. a mettere "fuori gioco" la (tesi della) nullità virtuale, atteso che – per esplicita indicazione dello stesso art. 1418, comma 1, il contrasto con una norma "imperativa" determina la nullità del contratto solo *se la legge non dispone diversamente*.

<sup>122</sup> Corte Cost., ordd. 13 ottobre 2013, n. 248 e 26 marzo 2014 n. 77, già citate.

Le due ordinanze sono state oggetto di numerosi commenti: cfr. 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.*, 2013, 3770 ss.; F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 685 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, ivi, 927 ss.; E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, I,

Tribunale di Tivoli) della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385 c.c., «nella parte in cui questa norma non dispone che (...) il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove (...) sussistano giustificati motivi». Le ordinanze – come già ricordato – non accolgono la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice (questione che viene considerata inammissibile per difetto di motivazione in ordine alla sua rilevanza e non manifesta infondatezza), ma cionondimeno “suggeriscono” che il giudice “comune” avrebbe potuto (e dovuto?) risolvere il problema facendo applicazione diretta dell'art. 2 Cost. (e del principio di solidarietà in esso consacrato), il contrasto con il quale – a detta dei giudici della Consulta – determinerebbe (ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.) la nullità della clausola contrattuale che preveda una caparra confirmatoria “eccessiva”, ancorché l'art. 1385 c.c. non contempli alcun potere giudiziale di riduzione della caparra (a differenza di quanto si dispone, invece, nell'articolo precedente, a proposito della clausola penale). Non si tratterebbe – si badi – di una “interpretazione costituzionalmente orientata” di quest'ultima disposizione: la possibilità di pattuire una caparra confirmatoria, prevista in questa norma, infatti, non potrebbe (secondo i giudici costituzionali) che ritenersi sussistente nei limiti della *validità* di una clausola siffatta, e tale validità non ricorre (in base alle ordinanze in esame) se la clausola (in quanto eccessiva) risulti in concreto contrastante con il principio costituzionale (di solidarietà) <sup>123</sup>.

Senonché, non ci vuol molto per comprendere che un potere del giudice di sancire la nullità del contratto (o di singole sue clausole) sulla base, *direttamente*, di un rilevato contrasto con uno o più principi costituzio-

---

2036 ss.; R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, ivi, 2039 ss.; G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, ivi, 2042 ss.

<sup>123</sup> Le ordinanze “Morelli” sembrano affermare (lo si è già detto) che il contrasto sussisterebbe direttamente tra la clausola contrattuale (prevedente la caparra eccessiva) e il principio costituzionale di solidarietà. Se si ragionasse nel senso che il contrasto in questione sia “mediato” dalla clausola di buona fede, la conseguenza sarebbe che la buona fede (riempita di contenuto mediante il principio di solidarietà) si atterrebbe, essa, come norma imperativa, la cui violazione determina la nullità del contratto o di una sua clausola (regola di validità).

nali <sup>124</sup> (o – il che è lo stesso – di una clausola generale che di esso si

---

<sup>124</sup> Talora il ricorso ai “principi” (costituzionali) apre la porta ad esiti discutibili non tanto sotto il profilo della decisione del caso concreto (che appare, sostanzialmente, condivisibile), quanto piuttosto per il modo in cui essa viene motivata.

Da una recentissima sentenza della Cassazione (Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900, Pres. Di Palma, rel. Acierno) si trae la seguente massima: «L'interesse perseguito mediante un contratto atipico, fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dell'utenza da parte di operatori professionali ed avente ad oggetto il compimento di operazioni negoziali complesse relative alla gestione di fondi comuni che comprendano anche titoli di dubbia redditività, il cui rischio sia unilateralmente trasmesso sul cliente, al quale, invece, il prodotto venga presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, a basso rischio e con libera possibilità di disinvestimento senza oneri, non è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., comma 2, ponendosi in contrasto con i principi desumibili dagli artt. 38 e 47 Cost., sulla tutela del risparmio e l'incentivo delle forme di previdenza, anche privata, sicché è inefficace ove si traduca nella concessione, all'investitore, di un mutuo, di durata ragguardevole, finalizzato all'acquisto di prodotti finanziari della finanziatrice, e nel contestuale mandato conferito a quest'ultima per l'acquisto dei prodotti anche in situazione di potenziale conflitto di interessi».

Il caso riguardava un'ennesima fattispecie di contratto di investimento finanziario *For You* (questa la denominazione data al contratto dalla banca che lo proponeva alla propria clientela), che prevedeva la stipulazione di un mutuo (da rimborsare in rate mensili, e) da utilizzarsi per l'acquisto di strumenti finanziari (nella specie: fondi azionari e obbligazioni) con costituzione di un pegno a favore della banca mutuante sui titoli acquistati. La finalità che il contratto avrebbe dovuto conseguire per il cliente viene prospettata come una finalità di tipo previdenziale, ma la banca omette informazioni su aspetti rilevanti dell'operazione (ad es.: rischio collegato all'investimento in fondi azionari, prezzo di acquisto delle obbligazioni al fine di poterne calcolare il rendimento, ecc.), e risulta all'esito della disposta CTU che il rendimento medio dei titoli obbligazionari era inferiore agli interessi sul mutuo posti a carico del cliente (sicché l'operazione sotto questo profilo si sarebbe presentata comunque in perdita) e che analogo risultato si era di fatto verificato anche sul versante del rendimento delle quote dei fondi azionari (rendimento che aveva scontato un periodo di flessione delle borse, e quindi era stato anch'esso negativo). La Corte di Cassazione rileva la violazione di molteplici «norme di condotta» alla cui osservanza sarebbe stato tenuto l'intermediario finanziario, violazione che – seguendo l'indirizzo ormai consolidato, espresso dalle Sezioni Unite con la sent. 26724 del 2007 (cd. “sentenze Rordorf”) – avrebbe dovuto essere sanzionata con la responsabilità, e non con la nullità del contratto. Insoddisfatta di questo risultato, la Cassazione sviluppa un ragionamento, secondo il quale – premesso che il c.d. “contratto di investimento” è un contratto *atipico* – prima ancora di stabilire quale sia la disciplina applicabile al contratto, occorre aver ritenuto superato il vaglio del *giudizio di meritevolezza* di cui all'art. 1322, comma 2, c.c.; superamento che – nella specie – dovrebbe escludersi in quanto (affermano i giudici) il contratto esaminato «non è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., comma 2, ponendosi in contrasto con i principi desumibili dagli artt. 38 e 47 Cost., sulla tutela del risparmio e l'incentivo delle forme di previdenza, anche privata».

Orbene, la soluzione “sostanziale” – come si è già anticipato – pare senz'altro da condividere (con riferimento, almeno, al concreto contratto oggetto del giudizio). Meno persuasiva è, invece, la scelta del mezzo tecnico per raggiungerla. Prescindiamo da un rilievo preliminare, che riguarda la qualificazione stessa come “atipico” del contratto di investimento in strumenti finanziari, che è invece un contratto per il quale il legislatore detta una disciplina anche abbastanza articolata (contenuta nel TUF), suscettibile certamente di essere applicata a fattispecie tra loro diverse, ma comunque esistente. Ammettiamo pure, dunque, che di un

consideri *diretta emanazione* <sup>125</sup>, si risolverebbe nell'ammissione di una generale facoltà (del giudice stesso) di intervenire sul contenuto dell'atto

---

vero contratto "atipico" (ossia privo di una disciplina legislativa) si tratti. La critica, cionon-  
dimeno – pur accettata in via di ipotesi questa premessa – si appunta intanto sul modo in cui  
la Corte applica il "giudizio di meritevolezza" *ex art. 1322*, comma 2, c.c. L'art. 1322 c.c.,  
infatti, concepisce tale giudizio come riferito ad uno "schema astratto" di contratto ideato  
dall'autonomia privata per raggiungere determinati *interessi* (ai quali specificamente viene  
riferito il requisito in esame, ossia la meritevolezza). Certo, anche il *modo* in cui i contraenti  
hanno previsto la realizzazione di codesti interessi (in ipotesi, da considerarsi – supponiamo  
– *ex se* "meritevoli") viene in considerazione, ma tuttavia sono altri gli strumenti ai quali deve  
allora ritenersi affidato il compito di verificare se il *concreto contratto* posto in essere contenga  
*single clauses "nulle"* (ad es. perché vessatorie; oppure perché in contrasto con "norme  
imperative" contenute nella disciplina del contratto "tipico" al quale la fattispecie "atipica"  
può essere accostata). E qualora, invece, sia la *struttura complessiva* del contratto ad apparire  
confligente con il diritto contrattuale cogente (considerato sia nelle previsioni imperative  
della c.d. "parte generale" del contratto, sia nelle previsioni specifiche di singoli "tipi con-  
trattuali" individuati come "simili" a quello da regolare), allora si potrà esprimere un giudizio  
di *immeritevolezza/illiceità*, che sarà *motivato* per l'appunto *con il contrasto con le specifiche norme  
imperative in questione*. Il fatto di motivare il giudizio di *immeritevolezza* richiamando *generi-  
camente* alcuni "principi" (dal contenuto assai ampio e indeterminato) con i quali contraste-  
rebbe il contratto di cui trattasi, appare una specie di *scorciatoia*, che esonera l'interprete da  
un più analitico ed articolato onere di motivazione. Percorso, quest'ultimo – e sta qui il  
profilo che si intende in particolare evidenziare – che presenterebbe il vantaggio, eventual-  
mente, di non travolgere per intero l'operazione ideata dall'autonomia privata (sempreché –  
ben si intende – gli interessi ad essa sottesi appaiano, in quanto tali, "meritevoli" di tutela),  
facendo cadere soltanto gli aspetti del regolamento che si presentino come vessatori o  
comunque contrari a specifiche norme imperative (il che – ad es. – è quanto è successo con  
il contratto di *leasing*, che – dopo l'iniziale riconoscimento, in generale, di meritevolezza – ha  
visto la giurisprudenza impegnata nel vaglio di "liceità" delle singole clausole, che erano  
presenti nei "formulari" adottati dalle società di *leasing*, senza che l'eventuale dichiarazione  
di nullità di questa o quella di tali clausole abbia mai messo in discussione la riconosciuta  
"meritevolezza" dell'operazione in esame).

La soluzione adottata dalla Cassazione nel caso del contratto *For You*, sembra allora dettata,  
più che altro, dall'obiettivo di "eludere" (se ci si può così esprimere) la "sentenza-Rordorf",  
aggirando attraverso lo spostamento del discorso sul terreno del giudizio di meritevolezza  
(applicato però – come visto – in maniera discutibile) la preclusione della declaratoria di  
nullità per violazione di mere «regole di condotta». Non si avvedono, tuttavia, i giudici che  
sarebbe stato ben possibile, nel caso di specie – e senza esprimere una generale valutazione  
di immeritevolezza del contratto (che rischia di apparire eccessiva, nella misura in cui sembra  
precludere all'autonomia privata tutta una serie di operazioni che in astratto potrebbero  
essere meritevoli di tutela) – considerare nullo il contratto per mancanza di causa (in con-  
creto<sup>9</sup>), o per impossibilità dell'oggetto (cioè per difetto di un requisito strutturale).

Comunque – e per tornare al profilo che maggiormente interessa evidenziare in questa sede  
– si conferma come l'applicazione diretta dei "principi" (pur quando porta a soluzioni  
*sostanzialmente* condivisibili) rischi di risolversi in una drastica "semplificazione" del ragio-  
namento giuridico, a volte innocua, ma altre volte foriera di conseguenze pratiche da valu-  
tarsi negativamente.

<sup>125</sup> Nel qual caso il principio costituzionale non tanto sarà considerato come un modo per  
orientare la scelta del contenuto *ex se* (ossia autonomamente) attribuibile alla clausola gene-  
rale (che, come tutte le disposizioni di legge ordinaria, deve essere interpretata in maniera

di autonomia negoziale (una sorta di facoltà di “riscrivere” il contratto in luogo delle parti), laddove un siffatto potere – quando non è legato all’esigenza di tutelare un particolare “contraente debole” (e, pertanto, ancora una volta senza che se ne possa comunque predicare una valenza generale: si veda in tal senso, ad es., la disciplina delle clausole vessatorie, *riservata ai «contratti dei consumatori»*) – è chiaramente prospettato dall’ordinamento come eccezionale (v. ad es., le norme degli artt. 1384 c.c., 1526 c.c.).

Il che, del resto, si spiega agevolmente. Ammettere un potere *generale* siffatto significherebbe, infatti, introdurre un principio antagonista rispetto a quello della libertà contrattuale, un elemento che finirebbe inevitabilmente per portare alla negazione di tale libertà, la quale non subirebbe più soltanto limiti (magari penetranti, ma comunque) specifici e *predeterminati* (o, in ogni caso, ragionevolmente predeterminabili e prevedibili), ma si vedrebbe assoggettata ad un generale potere di controllo, senza che alcuno degli ambiti in cui tale libertà normalmente si esplica possa in partenza considerarsi “garantito”<sup>126</sup>.

---

*verfassungskonforme*), quanto risulterà ancora una volta applicato *in via diretta* (perché la clausola generale sarà soltanto una *denominazione diversa* del principio).

È evidente, invece, che il ragionamento può essere differente se si immagina che la clausola di buona fede sia idonea (come diceva Mengoni) ad esprimere *un proprio ed autonomo contenuto normativo (o deontologico)*, che va naturalmente raccordato con tutte le altre regole e gli altri principi che riguardano il contratto (sia per quanto riguarda la sua formazione, che per quel che concerne la sua interpretazione ed esecuzione), contenuto normativo che va evidentemente raccordato con i principi costituzionali pertinenti (ad es. il principio della “funzione sociale della proprietà”, se ci si trovi di fronte ad atti di disposizione di beni di rilievo sociale; oppure il principio della utilità sociale al quale deve conformarsi lo svolgimento dell’iniziativa economica privata, anche per quel che riguarda i profili che attengono alla *contrattazione* che viene posta in essere nell’esercizio dell’impresa; o il principio della tutela del risparmio di cui all’art. 47, specie al comma 2; e così via).

<sup>126</sup> Per un più ampio sviluppo di questo ordine di idee, si veda il ns. *Commento* alle due ordinanze della Corte costituzionale in materia di caparra confirmatoria eccessiva (ord. 21 ottobre 2013, n. 248 e ord. 26 marzo 2014, n. 77), già sopra citato.

Riprendendo lo stesso argomento, in uno scritto successivo (cfr. *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., 253) osservavamo analogamente che «i contratti – sottoposti (per intero o in singole loro parti o clausole) ad una valutazione di validità operata *direttamente* sulla base di un parametro così ampio quale quello offerto da un “principio” costituzionale – sarebbero costantemente esposti (anche in considerazione della normale imprescrittibilità dell’azione di nullità) ad una incertezza destabilizzante, ben oltre il limite (fisiologico) entro il quale un effetto (in parte) simile possa discendere dalla sottoposizione (del contratto) al vaglio di validità sulla base di clausole generali, come il “buon costume” (che “copre”, almeno nel nostro ordinamento, un ventaglio di ipotesi alquanto circoscritto) o l’“ordine pubblico” (che si compone di “principi” desumibili da complessi più o meno ampi di norme imperative, già dettate dal legislatore), per citare due clausole generali

Queste conclusioni non divergono da quelle cui è pervenuta nel tempo anche la dottrina privatistica più sensibile ai principi costituzionali (con riferimento al diritto privato in generale, e specificamente in relazione all'autonomia contrattuale) <sup>127</sup>.

Esse, del resto, non possono in alcun modo essere viste come una difesa dell'autonomia del «diritto privato» rispetto alla (logica della) Costituzione e delle norme costituzionali. Non si tratta affatto di difendere una pretesa “purezza” del metodo (privatistico), o una (indifendibile) natura “tecnica” delle regole giuridiche di diritto privato necessaria per preservare le stesse da (indebite) influenze di tipo “politico” <sup>128</sup>.

Piuttosto quel che è in gioco – come in altra occasione osservavamo – è qualcosa di molto più importante (non foss'altro perché tocca, anch'essa, un principio costituzionale).

Il rischio che si annida nell'idea di una “applicabilità diretta” dei principi costituzionali da parte dei giudici – *fuori dai casi* <sup>129</sup> e *dai limiti in cui essa può ritenersi ammessa* (secondo quanto si è visto nelle sezioni precedenti) – è quello di «trasformare un ordinamento “di diritto scritto”, quale formal-

---

che costituiscono sicuramente parametro di validità degli atti di autonomia privata (*ex art. 1418, comma 2, c.c.*)» (sulla impossibilità, invece, di attribuire anche alla clausola di buona fede il ruolo di criterio di validità del contratto, v. *infra*).

<sup>127</sup> Ecco come C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato*, cit., 242 riferisce, ad es., il pensiero di S. RODOTÀ con riferimento al volume su *Le fonti di integrazione del contratto*: «(...) Ciò non vuol dire (...) prospettare una retorica “socializzazione” degli istituti di diritto privato. Ancora una volta si impone l'esigenza di distinguere e specificare: così, ai fini dell'integrazione del contenuto del contratto, il principio generale – e torno qui a citare S. RODOTÀ – non può non essere «quello che fa capo all'intenzione delle parti, richiamandosi criteri diversi solo là dove non soccorre un regolamento contrattuale adeguato al fine che le parti private si proponevano»; mentre l'eventuale prevalere di interessi pubblici legati al cosiddetto ordine pubblico economico, ovvero di interessi privati del cosiddetto contraente debole, avviene non tramite l'applicazione diretta da parte del giudice delle norme costituzionali, bensì per la via della specifica norma imperativa, secondo i percorsi del resto puntualmente indicati nel codice civile da norme diverse, rispetto a quelle che prevedono clausole generali» (corsivo aggiunto). Sul tema del rapporto tra autonomia privata e *Drittwirkung* delle norme costituzionali cfr. anche G. GRISL, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 145 ss.

<sup>128</sup> Anche se merita di essere ricordato che proprio all'argomento della natura “tecnica” degli istituti privatistici e ad una «geometria di forme concettuali legate in un elaborato sistema» – come ricorda S. PUGLIATTI *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, 50 ss., e, poi, in *Id.*, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 101 ss., 104 – fu affidata, dai giuristi più sensibili, la “difesa” del diritto privato dai tentativi di far penetrare in esso i “principi” dell'ideologia corporativa (e v. anche, di recente, N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1116).

<sup>129</sup> Del resto, tutt'altro che marginali.

mente continua ad essere il nostro, in qualcosa di diverso. Detto altrimenti, il rischio è quello di affiancare – senza che ciò trovi supporto in una modificazione formale del sistema delle fonti – al diritto “scritto” (basato sulla legge) un diritto di fonte “giurisprudenziale” (fondato sull’equità), considerato idoneo a derogare al primo ogni qualvolta le caratteristiche del caso concreto segnalino come “ingiusto” l’esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito»<sup>130</sup>.

## 2. - (Segue): critica di alcune posizioni giurisprudenziali e dottrinali recenti. In particolare: la “prospettiva rimediale” e il c.d. “superamento della fattispecie”.

Se si condividono le osservazioni svolte nel paragrafo precedente, non possono non destare perplessità alcune posizioni (a parte quelle già esaminate) assunte nei tempi recenti dalla giurisprudenza, e avallate da una parte della dottrina.

Non ci si intende riferire tanto ad alcune pronunce che possono agevolmente essere ricondotte al novero delle interpretazioni «costituzionalmente orientate» di norme di legge ordinaria<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Cfr. *amplius* G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, cit., 936-937.

È implicita, in quanto qui sostenuto, la convinzione che il “bilanciamento” (degli interessi e dei valori), che è sotteso a qualsiasi decisione “*per principi*”, implichi un ineliminabile margine di “soggettivismo”, essendo evidente che «il maggior o minor peso di un principio, o la sua forza, se desideriamo usare un'altra metafora, dipende in larga misura dalle preferenze o dai valori guida dei soggetti interessati» (C.R. LUZZATI, *Del giurista interprete*, cit., 335).

<sup>131</sup> Un esempio è offerto da Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19 (su cui v. G. ROMANO, *Equilibrio e meritevolezza nel rapporto obbligatorio (A proposito della inesigibilità della prestazione)*, in AA.Vv., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Iniziativa economica e impresa*, III, Atti del II Convegno nazionale S.I.S.Di.C., Napoli 2007, 31). Nella specie la Corte ha rigettato (con una “sentenza interpretativa”) la questione di l.c. sollevata con riferimento ad una legge della Provincia autonoma di Bolzano (la n. 2 del 1962), nella parte in cui tale legge (secondo la prospettazione del giudice *a quo*) prevederebbe come condizione per continuare a godere del contributo provinciale su un mutuo edilizio, l'occupazione effettiva permanente e stabile dell'abitazione da parte del beneficiario, senza ammettere eccezioni, pur se consistenti in spostamenti di dimora temporanei (e comunque non definitivi) giustificati da gravi esigenze di famiglia (nella specie: l'esigenza di assistere familiari gravemente malati). La Corte ricorda che già in precedenza (v. Corte cost., 1 aprile 1992, n. 149) essa aveva riconosciuto «l'esistenza di un *principio di inesigibilità* come limite superiore alle pretese creditorie», affermando che «l'interesse del debitore all'adempimento degli obblighi dedotti in obbligazione deve essere inquadrato nell'ambito della gerarchia dei valori comportata dalle norme, di rango costituzionale e ordinario, che regolano la materia in considerazione.



Lasciano invece perplessi altre pronunce recenti che utilizzano i principi costituzionali per effettuare “bilanciamenti di interessi” diversi da (e contrastanti con) quelli sottesi alle disposizioni di legge ordinaria, che nella specie risultavano applicabili.

Di alcune di queste sentenze ci siamo già occupati in altre occasioni, e rimandiamo per esse alle osservazioni altrove svolte<sup>132</sup>. Qui si vuole invece – sempre a titolo esemplificativo – prendere in rapido esame una pronuncia resa anni fa dalla Cassazione, e nella quale è stata dichiarata la nullità della clausola di un contratto di locazione che disponeva (oltre il divieto di concedere in sublocazione l’immobile, anche) il divieto di ospitare stabilmente soggetti estranei al nucleo familiare del conduttore<sup>133</sup>. L’estensore della motivazione della sentenza – dopo aver premesso che «la disciplina della fattispecie per cui è causa va ricercata nell’ordinamento unitariamente considerato, quale insieme di fonti eterogenee ma reciprocamente armonizzate seppur non in senso paritario bensì secondo un rigoroso rapporto gerarchico al cui vertice è la costituzione che, in modo diretto o

---

E quando, in relazione ad un determinato adempimento, l’interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall’ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, allora l’inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all’interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato» (nella specie, il valore “preminente” è individuato nel principio di solidarietà sociale e familiare, di cui agli artt. 2 e 29 Cost.).

La pronuncia attua una tipica interpretazione/concretizzazione “conforme a Costituzione” della clausola generale della «impossibilità (non imputabile) della prestazione», come causa di esonero dalla responsabilità debitoria, pervenendo ad un risultato al quale comunque (non è inopportuno sottolinearlo) approdava anche la dottrina “precostituzionale”, financo nelle versioni più rigorose in ordine alla ricostruzione del concetto di “impossibilità sopravvenuta” (cfr. G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull’impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, e ora in *Scritti*, I, 3 ss., spec. 13 ss.). Onde non può dirsi che nella specie esistesse contrasto tra le norme di legge (ordinaria) applicabili nel caso di specie e i principi costituzionali (il che è appunto quanto riconosciuto dalla Corte costituzionale).

<sup>132</sup> Ci si riferisce, in particolare, a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 (Pres. Varrone, Est. Vivaldi), pubblicata – fra l’altro – in *Contratti*, 2010, 22 ss. *Commento* di G. D’Amico dal titolo *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*.

<sup>133</sup> Il riferimento è a Cass. 19 giugno 2009, n. 14343 (Pres. Vittoria, est. P. D’Amico), in *Corr. giur.*, 2010, 58, con *Commento* critico di N. Izzo, *Il dovere di solidarietà sociale e l’ospitalità del conduttore* (la pronuncia è riportata anche nella raccolta a cura di G. Perlingieri-G. Carapezza Figlia, *L’interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, II, Napoli, 2012, 372 ss., con una Nota di I. Prisco).

Su questa pronuncia v. anche C. Scognamiglio, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell’autonomia privata*, in A. D’Angelo-V. Roppo, *Annuario del contratto 2010*, Torino, 2011, 45 e ss.; e G. Vettori, *Dialogo tra le Corti e tecnica rimediabile*, in *Persona e mercato*, 2010, 287 ss.

indiretto, assegna a ciascuna di esse la propria funzione normativa», ed aggiunto che «in tale struttura gerarchica una posizione preminente hanno quelle norme che attengono ai valori inviolabili della persona umana *ed il cui dettato non si esaurisce in formule meramente programmatiche, ma è dotato di un valore precettivo che le rende direttamente applicabili anche ai rapporti intersoggettivi*» – osserva che i controlli di meritevolezza e di liceità (artt. 1322 e 2343 c.c.) che la legge richiede al giudice di effettuare sugli atti di autonomia privata «devono essere condotti alla stregua, per quanto qui interessa, dell'art. 2 Cost., il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà», per poi concludere che il divieto (previsto nel contratto di locazione) di ospitare stabilmente soggetti estranei al nucleo familiare del conduttore deve considerarsi *nullo* in quanto «confliggente proprio con l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà (...)».

Come nel caso delle due ordinanze della Corte costituzionale (in materia di caparra confirmatoria), esaminate nel paragrafo precedente, anche questa “applicazione diretta” del principio costituzionale di solidarietà sociale e la giustificazione teorica che la supporta <sup>134</sup> non possono non suscitare perplessità. A parte l'estensione e la pervasività che vengono attribuite al dovere di solidarietà sociale (sino al punto da imporre al soggetto [in questo caso al locatore] l'obbligo, non tanto o non solo di adempiere *in proprio* a tale dovere <sup>135</sup>, bensì anche di favorire o di non ostacolare l'adempimento di esso *da parte di altri* [in questo caso il conduttore], anche a costo di dover sopportare [in conseguenza, appunto, di scelte altrui] un pregiudizio nella propria sfera patrimoniale <sup>136</sup>), si è giustamente osservato come nella specie i giudici non abbiano tenuto in alcun conto la *presun-*

---

<sup>134</sup> Evidente è l'adesione alle concezioni dottrinali, già analizzate *supra*, Sez. I, §2.

<sup>135</sup> Il che potrebbe concepirsi (al più) *sub specie* di adempimento dell'obbligo di buona fede, (ma) *nei confronti della controparte contrattuale*, non certo di soggetti estranei alla relazione contrattuale.

<sup>136</sup> Oltre tutto – come ha osservato C. SCOGNAMIGLIO (*op. lc. cit.*) – si omette, così ragionando, di controllare se la scelta contrattuale potesse essere considerata razionale, secondo una valutazione di buona fede, in vista dell'interesse del locatore ad evitare modalità di uso dell'immobile tali da comprometterne la buona conservazione (o – aggiungiamo – da comportare una utilizzazione suscettibile di aumentare e/o accelerare il processo di usura del bene, nel suo complesso o in singole sue parti).

zione legale di sublocazione che, per casi del genere, è stabilita dall'art. 21 l. 23 maggio 1950, n. 253 e dall'art. 5, n. 7, l. 392 del 1978<sup>137</sup>. In tal modo essi hanno finito per sovrapporre un proprio "bilanciamento" (degli interessi coinvolti nel rapporto locativo) a quello compiuto dal legislatore<sup>138</sup>, il quale – si noti – nemmeno esclude(va) *in via assoluta* la possibilità per il locatario di dare "ospitalità" *anche stabile* a soggetti estranei al suo nucleo familiare<sup>139</sup>, ma solo gli addossa(va) l'onere di provare che questa situazione non nasconde un rapporto di sublocazione. E ciò sulla base di un "bilanciamento" degli interessi in gioco, che viene completamente travolto dalla diversa valutazione dei giudici.

Anche l'esame di questa pronuncia finisce, allora, per confermare che occorre usare grande cautela nel ritenere che i principi costituzionali possano trovare *sempre* (e, in particolare, anche nel caso in cui – come nell'esempio appena fatto – esista una disciplina legislativa specifica della materia)<sup>140</sup> *diretta applicazione* da parte del giudice, e fungere comunque *immediatamente* (ossia: *senza mediazioni*, e in particolare senza la mediazione di una clausola generale) da parametri di validità degli atti di autonomia privata<sup>141</sup>, secondo l'idea che abbiamo visto emergere (ma rima-

---

<sup>137</sup> Così N. Izzo, *op. loc. cit.*

<sup>138</sup> Il quale ha, evidentemente, considerato la "stabile ospitalità" di persone non familiari come indizio non di un "atto di solidarietà", bensì dell'esistenza di un rapporto oneroso di sublocazione (questo invece senza dubbio escludibile in via convenzionale), onerando il locatario della prova contraria.

Giova evidenziare che le caratteristiche del caso di specie erano tali da confermare esemplarmente le ragioni sottese alla *presunzione legale* (peraltro meramente *relativa*). Si trattava infatti di un caso in cui il conduttore, per sua esplicita ammissione, per impegni lavorativi e familiari, frequentava solo in maniera discontinua l'appartamento, che invece era occupato stabilmente solo dal c.d. "ospite".

<sup>139</sup> Anche in nome, eventualmente, di uno spirito di solidarietà "sociale".

<sup>140</sup> Resta salva – naturalmente – la possibilità, per il giudice, di sollevare la questione di legittimità costituzionale della normativa di legge, che egli ritenga in contrasto con uno o più principi costituzionali.

<sup>141</sup> Ciò può avvenire – a nostro avviso – solo *indirettamente*, e comunque non (tanto) attraverso la clausola generale di "buona fede" (atteso che essa esprime una "regola di responsabilità" e non una "regola di validità"), bensì attraverso quella dell'«ordine pubblico», parametro al quale l'art. 1343 c.c. esplicitamente assegna il ruolo di "criterio di validità" del contratto. Concetti diversi si leggono, invece, in una (recente) Relazione predisposta dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione (n. 116 del 10 settembre 2010) e intitolata *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto* (in [www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione%20116\\_2010.pdf](http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione%20116_2010.pdf), 19), dalla quale estraiano il seguente passaggio: «(...) I principi costituzionali ed in particolare quelli di solidarietà sociale, espressi dall'art. 2 Cost., impongono di considerare l'autonomia privata non più

nere altresì isolata) tra gli anni '60 e gli anni '70 del secolo scorso in alcune posizioni del c.d. "uso alternativo del diritto"<sup>142</sup>.

Epperò l'orientamento giurisprudenziale (ancora relativamente isolato), qui contestato, trova sempre più eco (e adesioni) anche nella dottrina.

Senza prendere in considerazione tutte le posizioni (molte delle quali, del resto, si riducono spesso ad affermazioni apodittiche e non particolarmente motivate) che convergono, anche partendo da premesse differenti, sull'idea di ritenere condivisibile questo allargamento (secondo noi, indebito) degli spazi della "iurisdictio", ci limiteremo – in queste pagine conclusive – ad analizzarne due, che ci sembrano particolarmente significative, anche se nessuna di esse (è bene avvertirlo) basa questa conclusione esclusivamente sul maggior peso acquisito nella disciplina degli istituti privatistici dall'argomento "costituzionale" (*anche* – ma non solo – nella forma della c.d. applicazione diretta dei principi della Costituzione), che è invece il profilo sul quale si è concentrata l'attenzione in questo saggio. Cionondimeno, anche l'accenno a queste concezioni può risultare opportuno, sia perché serve a rafforzare le conclusioni a cui siamo sopra pervenuti, sia perché riemergono in esse elementi che, da altro angolo visuale, abbiamo già avuto modo di esaminare criticamente.

La prima delle concezioni cui si intende accennare è nota come "prospettiva rimediale", ed ha di recente ricevuto una delle sue più compiute formulazioni ad opera di un autorevole scrittore<sup>143</sup>, alla cui impostazione faremo dunque riferimento.

---

come un valore in sé ma come uno strumento per il perseguimento di interessi conformi ai valori di fondo cui l'ordinamento si ispira. I principi di correttezza e buona fede intesi in senso costituzionalmente orientato consentono infatti al giudice di intervenire sempre più incisivamente sul governo del contratto, sindacando l'assetto degli interessi definito dai contraenti» (corsivo aggiunto).

<sup>142</sup> Cfr. *retro*, Sez. I, §1.

<sup>143</sup> Il riferimento è, in particolare, al recente contributo di A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eu. e dir. priv.*, 2015, 703 ss., che costituisce (fra l'altro) una replica alle osservazioni (sostanzialmente critiche nei confronti della "prospettiva rimediale") svolte da L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, *ibidem*, 583 ss. (la cui analisi perviene alla conclusione che la prospettiva rimediale sia più che altro evocativa di una "impressione", che è generata «dalla diffusione di costrutti normativi [le clausole generali] o dottrinali [l'abuso del diritto] che sollecitano al massimo la discrezionalità dell'interprete»; come si vede tornano i temi – come quello delle clausole generali – che, sotto altri profili, abbiamo visto intrecciarsi con la problematica dell'applicazione diretta dei principi costituzionali, sebbene la prima delle repliche che A. DI MAJO rivolge a L. NIVARRA sia nel senso che la circostanza che la prospettiva rimediale «possa aver trovato sul proprio cammino alleanze, più o meno appropriate, in

Si afferma, da parte di questa dottrina, che obiettivo della “prospettiva rimediabile” è quello di promuovere l’attuazione del principio di “effettività” della tutela, riannodando il dispositivo di tutela *al bisogno espresso dagli interessi sostanziali*, «e ciò anche al di là delle regole formali che segnano il perimetro della fattispecie e dei suoi effetti»<sup>144</sup>.

Senonché, proprio alcune delle ipotesi utilizzate da questa dottrina a scopo esemplificativo mostrano – a tacere di altri aspetti critici<sup>145</sup> –, gli equivoci che possono nascondersi dietro la formula (oggi di moda, e che – non a caso – abbiamo trovato utilizzata anche con riferimento agli effetti dell’applicazione dei “principi”, e in particolare di quelli costituzionali) del c.d. “superamento della fattispecie”, che si sostiene costituire l’essenza della “prospettiva rimediabile”.

Va, anzitutto evidenziato che – come mostrano chiaramente alcuni degli esempi che vengono proposti – con la locazione in esame (“superamento della fattispecie”) si allude (più che alla “fattispecie *legale*”) ad un

---

“costrutti normativi”, del tipo “clausole generali” o “abuso del diritto”, (...) non implica che [essa] possa definirsi (...) semplice “ombra” di essi».

Sulla “prospettiva rimediabile” si vedano altresì (senza alcuna pretesa di completezza, e avvertendo altresì che sovente ci si trova di fronte a declinazioni della formula, da parte dei diversi autori, alquanto diverse tra di loro): AA.VV., *Forme e tecniche di tutela. Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989 (volume che A. DI MAJO definisce «il “manifesto” del tema dei Rimedi»); S. MAZZAMUTO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eu. e dir. priv.*, 2005, 341 ss.; Id., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, ibidem, 2007, 585 ss.; AA.VV., G. VETTORI (a cura di), *Remedies in contract*, Padova, 2008; G. SMORTO, *Sul significato di “rimedi”*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 159 ss.; P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 1 ss.

<sup>144</sup> Così A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., 706 (corsivo aggiunto). Particolarmente severo (anche se non riferito specificamente all’a. in questione) è il giudizio, sul punto, che si legge in C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto*, cit., 31, il quale osserva che «(...) superare e abbandonare la “teorica della fattispecie”, colpevole di “regolamentare gli interessi programmati in modo astratto, indifferenziato e neutrale”, ha bensì significato andare più vicino al “concreto atteggiarsi dell’assetto di interessi perseguito (...) alla particolare posizione dei soggetti coinvolti, alla effettiva natura dei beni e servizi dedotti”, ma l’approdo è stato il rimedialismo, cioè l’attenzione sbilanciata ai rimedi come situazioni giuridiche di bisogni spesso ancora non scanditi dall’indistinto...».

<sup>145</sup> In particolare sotto il profilo della (migliore) realizzazione del principio della effettività della tutela, che esse asseritamente assicurerebbero. Basti dire, ad es., che può dubitarsi (e si è da più parti dubitato) che realizzi una tutela “effettiva” dell’acquirente di un bene di consumo, che lamenti la “differmità” del bene acquistato, il rimedio della “riparazione” (in luogo di quello della sostituzione del bene, o addirittura della risoluzione del contratto), che appare piuttosto posto a tutela dell’interesse dell’altra parte a mantenere in vita il contratto, e a non vedere vanificata la collocazione sul mercato anche dell’unità di merce rivelatasi difettosa.

“concetto”/“idea” *a priori* della “fattispecie”<sup>146</sup> secondo la quale un certo fenomeno dovrebbe essere regolato (se si seguissero considerazioni di ordine meramente “formale”), “concetto” in ipotesi *disatteso* dal legislatore (ecco il “superamento” della fattispecie, a cui si fa riferimento), che così adotterebbe (asseritamente) una prospettiva “rimediale” quale modo per recepire istanze “sostanziali” di tutela degli interessi in gioco (conformando alla stregua di tali istanze le corrispondenti “fattispecie” legali e i loro effetti)<sup>147</sup>. Dopodiché è chiaro che – così intesa, e sino a quando si

<sup>146</sup> Termine che – oltre tutto – comprende, nel contesto di discorso che stiamo esaminando, anche gli “effetti” che ad un determinato “fatto” vengono (o dovrebbero essere) ricollegati.

<sup>147</sup> Gli esempi che A. DI MAJO prende in considerazione sono, in particolare, quello (già ricordato nella nota precedente) del rimedio della riparazione e/o sostituzione del bene “difforme” previsto dalla disciplina della vendita di beni di consumo, e quello del c.d. “recesso di pentimento” (parimenti previsto dalla legislazione consumeristica).

In entrambi i casi si tratta non solo di rimedi “legali”, ma altresì di rimedi che il legislatore prevede in corrispondenza di ben precise “fattispecie” che egli delinea. In che senso, allora – vien da chiedersi – A. DI MAJO può affermare che tali rimedi si pongono al di là della “fattispecie”? O, per porre la domanda diversamente: di quale “fattispecie” si sta discorrendo?

Quanto all’ipotesi della riparazione e/o sostituzione del bene difforme, A. DI MAJO osserva che tali rimedi non trovano collocazione «nel tradizionale circuito della fattispecie e del suo effetto (*a parte venditoris*) e cioè nell’obbligo di *dare e/o trasferire e consegnare*, ma in una figura (...) che (...) si colloca a stretto ridosso del bisogno di tutela espresso dall’interesse-base che fa capo al contraente-acquirente alla effettiva realizzazione dei termini di scambio e cioè al conseguimento del valore d’uso del bene acquistato» (*op. cit.*, 707). Al che sembra possibile replicare che la fattispecie (e il correlativo effetto) non è più identificata oggi dal legislatore nei termini di un mero obbligo di dare e/o trasferire e consegnare, bensì piuttosto di un obbligo di «dare e/o trasferire e consegnare *un bene conforme al contratto*», sicché il rimedio (della riparazione e/o sostituzione) previsto dal legislatore per la violazione di codesto obbligo *non è estraneo* ad un obbligo così concepito, ma si colloca perfettamente (per usare la terminologia di A. DI MAJO) «nel circuito della fattispecie e del suo effetto», secondo le modalità (nuove) in base alle quali il legislatore oggi configura l’una e l’altro. Certo, se si muove (come sembra implicitamente fare A. DI MAJO) dall’idea (non interessa qui stabilire se condivisibile o meno) che l’*assenza di vizi della cosa* (e così la sua “conformità al contratto”) non può propriamente formare oggetto di obbligazione – e, dunque, se si parte da una “fattispecie” (o, piuttosto, da un “concetto”) diversa da quella formulata dal legislatore –, il rimedio in esame può anche apparire estraneo alla “fattispecie”. E, tuttavia, così ragionando si sovrappone – in un certo senso – un “concetto” (assunto *a priori*) di un certo fenomeno (qui, il “concetto” di cosa possa formare o meno oggetto di obbligazione, o, se si preferisce, il concetto di cosa sia una “obbligazione”, e di cosa pertanto ne possa costituire l’oggetto) alla *disciplina positiva*.

Discorso analogo – *mutatis mutandis* – può farsi con riferimento al secondo esempio prospettato da A. DI MAJO, ossia il c.d. “recesso di pentimento”. Qui la “fattispecie” (col suo correlato “effetto”) da cui A. DI MAJO prende le mosse è «(la fattispecie che enuncia) la regola *pacta sunt servanda*», e, siccome il recesso di pentimento è una forma di tutela che si colloca fuori da tale fattispecie/regola, ecco profilarsi (secondo la dottrina in esame) la possibilità di vedere in esso l’espressione ancora una volta della “logica rimediale” (intesa – come già sappiamo – quale prospettiva volta a far aderire la tutela agli interessi “sostanziali” che vengono in gioco. Sennonché, anche in questo caso è evidente che la “fattispecie” di cui si parla (e rispetto alla

rimanga a questa prima serie di esempi –, la formula “superamento della fattispecie” ha un significato ben diverso da quello nel quale essa viene solitamente utilizzata (nei discorsi dei giuristi), perché essa serve qui per descrivere un’evoluzione che ha indotto *il legislatore* a recepire istanze “sostanziali” di tutela di determinati interessi, sostituendo una nuova “fattispecie legale” (coerente con queste istanze) a quella precedente, che si basava invece su criteri di valutazione (sia del “fatto” che degli “effetti”) di tipo formale <sup>148</sup>.

Ma anche con riferimento ad altre ipotesi che vengono analizzate – rispetto alle quali la “prospettiva rimediale” sembrerebbe in effetti porsi come fondamento e giustificazione di una tutela che va *oltre la fattispecie (questa volta, sì) legale*, e nell’ambito della quale «il rimedio ha esso stesso una forza normativa» (di cui si fa veicolo, in questo caso, *l’interprete*) – non tardano a profilarsi perplessità, sia pure di tipo diverso rispetto a quelle ora evidenziate <sup>149</sup>.

---

quale sarebbe “antagonista” la “logica rimediale”) non è quella fatta propria dal legislatore, bensì quella ipotizzata *a priori* dall’interprete. Se si suppone, invece, che il legislatore si sia rappresentato una *fattispecie* di “accordo” che non sarebbe ancora completo (o, se si vuole, definitivo) sino a quando non sia trascorso un certo lasso di tempo dalla manifestazione della volontà (nel corso del quale il contraente debole possa meglio ponderare la propria decisione), e che solo dopo trascorso tale lasso di tempo l’accordo “provvisorio” raggiunto diventi definitivamente vincolante, allora il “recesso di pentimento” non apparirà affatto estraneo a questa “*fattispecie*” (il che sembra anche il senso della osservazione di S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio*, cit., 795 ss., laddove questo A. rileva che il potere di scioglimento unilaterale dal “contratto”, accordato al consumatore, «si colloca nella struttura della fattispecie» – quella, beninteso, delineata dal legislatore –, che risolve in partenza il conflitto di interesse). Dopodiché, dire (come fa A. DI MAIO, *op. cit.*, 710) che la «positivizzazione» del rimedio (attraverso il suo recepimento nella disciplina legislativa) «non deve portare a negarne l’origine», è una conferma che – almeno sin quando venga intesa in questi termini – la «prospettiva rimediale» ha un valore solo *descrittivo* dell’evoluzione della disciplina legislativa in direzione della sua c.d. «sostanzializzazione» (cioè della sua sempre maggiore aderenza agli interessi “sostanziali” da regolare), anche quando ciò debba avvenire con l’abbandono *da parte del legislatore* di principi e regole in precedenza seguiti, ovvero con la deroga ad essi. Ma non significa che a detti principi e regole (*quando non derogati dal legislatore*) possa non prestare ossequio l’interprete, sulla base di un proprio “bilanciamento degli interessi in conflitto”.

<sup>148</sup> E va da sé che, di fronte alla *nuova* “fattispecie legale”, l’atteggiamento dell’interprete – secondo la dottrina in esame – deve essere volto ad *assecondare*, non già a *superare* (o *oltrepassare*) la “fattispecie”.

<sup>149</sup> Per alcune considerazioni generali v. G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, cit., il quale richiama così i termini essenziali del problema: «(...) Tutto ciò che si toglie alla previsione, propria della fattispecie, si deve concedere al (o, se volete, si carica sul) giudice. Ma questi è in grado di assolvere il compito? Quali sono i pericoli? È bene avvertire che non è questione germogliata ora sul terreno della prospettiva rimediale. È problema antico (...)

E, invero, anche con riferimento a questa seconda serie di ipotesi e di esemplificazioni (che, per il discorso che si sta conducendo in queste pagine, sono particolarmente significative, in quanto coinvolgono più da vicino l'“argomento costituzionale”, e la sua incidenza sull'applicazione degli istituti privatistici) le osservazioni della dottrina in esame non riescono ad essere realmente persuasive.

E, così, si fa riferimento – quale esempio di riconosciuta rilevanza di una “ragione di danno” «non coperto dalle regole della fattispecie [di responsabilità civile], secondo la normale sequenza di *evento e conseguenza* (...) ma ancorato *al solo bisogno di tutela derivante dalla persona e dai valori di cui essa è espressione*» – alla generale evoluzione in tema di risarcibilità del “danno non patrimoniale”<sup>150</sup>, e poi, più specificamente, alla giurisprudenza che si è (recentemente) pronunciata in termini affermativi sulla risarcibilità del danno da “perdita della vita” (c.d. “danno tanatologico”)<sup>151</sup>. Ma può repli-

---

Già Aristotele (Retorica), in poche battute, pone il problema proprio sul piano politico. Solo la citazione di brevi passi: “(...) conviene che le leggi stabilite correttamente, per quanto possibile, si pronuncino di per sé stesse riguardo a tutti i casi e lascino il meno possibile ai giudici”. Motiva con due ordini di ragioni, di tipo soggettivo: “In primo luogo perché individuare uno o pochi uomini assennati e capaci di legiferare è più facile che trovare molti”; in secondo luogo, “le legislazioni derivano da individui che hanno a lungo riflettuto, mentre i verdetti sono emanati nell'immediato”...».

Il problema indicato traspare anche dalle parole di C.R. LUZZATI, *Del giurista interprete*, cit., 317, laddove – discorrendo del “paradigma neocostituzionalistico” – l'A. afferma che «Guardando a questa tendenza da una prospettiva disincantata, si deve osservare che essa implica uno spostamento di potere dal parlamento alle corti, con tutti i paradossi che tale spostamento suscita (a partire dal classico interrogativo: *Quis custodiet ipsos custodes?* applicato ai giudici, costituzionali e non)».

<sup>150</sup> Abbiamo già accennato (sia pure solo di sfuggita) all'evoluzione del tema del risarcimento dei danni non patrimoniali, evidenziando come si sia avuta al riguardo una delle più significative espressioni della c.d. *verfassungskonforme Auslegung*, se non addirittura un esempio di applicazione diretta di principi costituzionali (v. *retro*, la nota 50).

La ricostruzione della vicenda, operata da A. Di Majo in termini di adozione (da parte degli giudici, e degli interpreti in genere) della c.d. “prospettiva rimediabile”, da un lato non è se non un ulteriore modo di concettualizzare questo importante capitolo della responsabilità civile, dall'altro dimostra come vi siano indubbi nessi che corrono tra prospettive metodologiche che sono certamente diverse, ma che convergono comunque nel risultato finale di ampliare (a volte opportunamente, altre volte meno) i poteri dell'interprete.

<sup>151</sup> Cfr. Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, 719 ss., rispetto alla quale A. Di Majo osserva che tale giurisprudenza testimonia come «a fronte della più grave lesione che si può arrecare alla persona (come la perdita della vita), l'allegazione di un danno risarcibile *ex art. 2043* quale *conseguenza* (sia di carattere patrimoniale che non patrimoniale) dell'attentato arrecato alla persona, sarebbe priva di senso, non essendovi più un soggetto al quale riferire la perdita. Ma il vero è che, come si è detto, il bisogno di tutela qui rinviene dal valore della persona di per sé, nella sua *oggettività*, a prescindere dalla ricaduta della perdita (della vita) sul



carsi che l'esito di quest'ultima giurisprudenza è stato disatteso di lì a poco da una ben nota pronuncia delle Sezioni unite <sup>152</sup>, che (al di là della condivisibilità o meno della soluzione prescelta, corrispondente peraltro – va pure detto – all'orientamento sicuramente più diffuso) dimostra quanto meno la concepibilità di una argomentazione che affronti (anche) tale problema *partendo dalla "fattispecie" della responsabilità* e dagli elementi che la compongono, senza peraltro che ciò significhi "prescindere" dal bisogno di tutela dell'interesse da soddisfare (solo prevedendone modalità diverse di soddisfazione) <sup>153</sup>.

Il terreno della responsabilità civile è quello al quale fa riferimento anche un'altra dottrina <sup>154</sup> – e così veniamo all'esame della seconda delle posi-

---

terreno, materiale o immateriale, giacché è al valore della persona, colpita nel suo "essere", che occorre rispondere sul terreno della tutela. Non vi è dunque altra risposta che quella di un "rimedio", chiamato a soddisfare un bisogno di tutela che la regola di fattispecie non è in grado di pre-vedere, perché tributaria del termine medio della "perdita" ...» (*op. cit.*, 720).

<sup>152</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, 2690 ss., con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno da morte immediata. L'arrocco delle Sezioni Unite e le regole (civili) del delitto perfetto*, nonché in *Danno resp.*, 2015, 889 ss., con note di V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*, di M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no...*, e di G. PONZANELLI, *Le sezioni unite sul danno tanatologico*; in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1416 ss., con note di E. NAVARRETTA, *La "vera" giustizia e il "giusto" responso delle s.u. sul danno tanatologico iure hereditario*; di C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*; e di P. ZIVIZ, *Illusioni perdute*; e in *Corr. giur.*, 2015, 1203 ss., con nota di F. BUSNELLI, *Tanto tuonò che... non piove. Le Sezioni unite sigillano il "sistema"*.

<sup>153</sup> Lo stesso si dica con riferimento all'altro esempio che la dottrina in esame prospetta (quello della vicenda Cir-Fininvest risolta dalla notissima Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, 3121), rispetto al quale – piuttosto che giustificare la soluzione in termini "rimediali" (discorrendo precisamente di un «risarcimento che si comporta quale "rimedio", strettamente a ridosso del bisogno di tutela che la situazione manifesta e non più condizionato da "regole di fattispecie" [sia sostanziali che processuali] che tenderebbero invece a negarlo»), ciò che può apparire estremamente generico (e, per così dire, autoreferenziale) nel richiamo a un "bisogno di tutela" come fondamento del rimedio medesimo – sembra preferibile la strada (seguita dall'estensore della pronuncia in questione) di esperire il tentativo di una interpretazione delle norme (*e delle corrispondenti "fattispecie"*, sia sostanziali che processuali) che ne ridefinisca gli ambiti applicativi alla luce del singolare "caso" che si trattava nella specie di decidere (e non importa stabilire qui se il tentativo suddetto possa dirsi o meno riuscito).

<sup>154</sup> Il riferimento è alle considerazioni di recente svolte da M. NUZZO, *Regolamento sul diritto comune europeo della vendita ed evoluzione del diritto interno*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2013, 615 ss., spec. 621 ss. (e ora anche, con un titolo leggermente diverso, *Il diritto europeo dei contratti e l'evoluzione del diritto interno*, in *AA.VV.*, P. PERLINGIERI-A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, 303 ss.).

L'incipit di tali considerazioni muove da alcune sentenze in materia di buona fede (in part. Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2159 ss., con nota di M. 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*, relativa

zioni prescelte per illustrare le nuove concezioni circa il rapporto tra *iurisdictio* e *legislatio*<sup>155</sup> –, ha preso spunto dalla famosissima sentenza n. 500 del 1999, con cui la Cassazione ha ammesso la risarcibilità aquiliana della lesione degli interessi legittimi<sup>156</sup>, sottolineandone soprattutto l'affermazione secondo cui rientra tra i compiti del giudice *procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti*, attraverso un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, «al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza»<sup>157</sup>. Affermazione che sarebbe appunto espressione di questo nuovo ruolo che deve riconoscersi alla giurisprudenza, da considerarsi ormai investita di un compito che sinora si riteneva riservato al legislatore<sup>158</sup>.

Non è chi non veda, tuttavia, come *generalizzare* l'affermazione poc'anzi citata, che si legge nella sentenza n. 500 (e che, di per sé, è riferita – esclusivamente e specificamente – al giudizio di responsabilità civile, e alla nota formula che risolve la «ingiustizia del danno» di cui all'art. 2043 c.c. nell'accertamento di un pregiudizio che deve risultare provocato *contra ius* e *non iure*), non possa non considerarsi improprio, come pure eccessivo sia vedere sancito in quella affermazione addirittura il superamento del tra-

---

al c.d. “caso Fiuggi”; e la più recente, ma non meno nota, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 in materia di recesso dal contratto, nella famosa vicenda che ha visto contrapposti la Renault e la quasi totalità dei suoi concessionari italiani), dalle quali emergerebbe – secondo l'A. – una più convinta propensione del giudice a «raccolgere la delega del legislatore a compiere scelte di valore» (espressione, quest'ultima, che Nuzzo mutua dal contributo or ora citato di Morelli, nel quale tuttavia essa era riferita specificamente all'ipotesi in cui il giudice debba applicare una “clausola generale”, nella specie – appunto – quella di buona fede).

<sup>155</sup> Nuove concezioni che, nel presente saggio (e, soprattutto, in questa terza sezione) sono state esaminate, prescegliendo come terreno di verifica quello del contratto.

<sup>156</sup> Si tratta della notissima Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500.

<sup>157</sup> Così la sentenza n. 500 del 1999 (citata nella nota precedente).

<sup>158</sup> Anche A. DI MAJO (*Rimedi e dintorni*, cit., 714 ss.) richiama la «storica sentenza» della Cassazione n. 500/1999 e svolge, partendo da essa, un ragionamento non dissimile da quello di Nuzzo. In questa pronuncia – osserva l'A. – la regola dell'art. 2043 c.c. «riceve chiaramente una curvatura rimediale, perché è all'esito di un bilanciamento tra interessi, entrambi giuridicamente rilevanti, che si pone “rimedio” ad un bisogno di tutela derivante «dalla rottura di un giusto equilibrio intersoggettivo». E anche Di Majo ritiene che «siffatto *modus procedendi* va generalizzato anche ad altri comparti e non si scorge ragione per cui esso non debba essere suscettibile di applicazione, ogni qualvolta si trovino in conflitto, *sub specie damni*, “interessi giuridicamente rilevanti”...». Valgono, quindi, anche per la posizione dell'illustre a. le considerazioni che svolgiamo subito *infra* nel testo.

dizionale riparto di competenze tra “legislazione” e “giurisdizione” (riparto – come ricorda la dottrina in esame – «che assegna in via esclusiva al legislatore il compito di selezionare gli interessi giuridicamente rilevanti, graduandoli in relazione alla loro qualificazione formale e di stabilire a) quale di essi deve ritenersi prevalente in relazione alle ipotesi di fatto disciplinate e b) qual è la sanzione per il caso di sua inosservanza») in favore di «una nuova costruzione in cui spetta al legislatore individuare gli interessi giuridicamente rilevanti e al giudice operare la valutazione comparativa e il bilanciamento di questi interessi (...)»<sup>159</sup>.

Evidente ci sembra la incompatibilità di questo modo di intendere la “giurisdizione” con alcuni fondamentali cardini (“principi”?) del nostro ordinamento<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> Così M. NUZZO, *op. cit.*, 622. Di più: la dottrina in esame aggiunge che «compito del giudice che in chiave funzionale ha effettuato la valutazione comparativa degli interessi in gioco al fine di stabilire quale di essi è in concreto meritevole di protezione, diviene anche quello di individuare le tecniche di protezione adeguate all'effettiva attuazione dell'interesse protetto, scegliendo il rimedio a tal fine più efficiente che egli è autorizzato a selezionare all'interno dell'intero strumentario concettuale del diritto sostanziale, sulla scorta di valutazioni che toccano l'adeguatezza, la proporzionalità e la ragionevolezza dei rimedi» (*op. cit.*, 626; e v. anche, poco più avanti, a pag. 627, l'affermazione secondo cui ragionando in tal modo il giurista si fa «interprete dello spirito del suo tempo per operare le scelte tecniche più coerenti al diritto vivente del periodo storico in cui opera»).

<sup>160</sup> Con riferimento alla proposta di una «legislazione per principi» (cui sarebbe inevitabile accedere se si immaginasse veramente di realizzare un modello ordinamentale basato sui rapporti tra “legislazione” e “giurisdizione” ipotizzati da M. Nuzzo), va ricordato l'autorevolissimo monito di un giurista come L. MENGONI (il quale sottolineò «il rischio che una legislazione di tal fatta porti lo Stato di diritto a degenerare in uno Stato giustizialista»: *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 1 ss., 5), come pure va meditata l'osservazione di C. CASTRONOVO (*L'avventura delle clausole generali*, *ibidem*, 26-27) secondo il quale l'accoglimento di una siffatta proposta avrebbe trasformato «un sistema di legge scritta in un sistema di diritto giudiziale o in uno comunque che pone il giudice in veste di partecipe alla creazione delle norme», implicando così «un mutamento degli equilibri tra i poteri dello Stato» ed «esigendo allora una riforma istituzionale», trascendente di gran lunga il profilo “apparente” – quello della mera “tecnica legislativa” – sotto il quale la proposta stessa era stata formulata.

Non meno severa era stata, riguardo alla proposta in questione (formulata – a metà degli anni '60 del secolo scorso – da S. Rodotà, in una famosa prolusione maceratese) la posizione espressa da A. FALZEA nella Relazione su *Dogmatica giuridica e diritto civile*, che il Maestro svolse al Convegno veneziano del 23-26 giugno 1989 su «*La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*» (il testo della Relazione, oltre che negli Atti congressuali [Padova, 1991], si legge in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 735-775, e, corredato da un corposo apparato di note, anche in A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 221-311, da cui sono tratte le citazioni), ove, nel contrastare (fra l'altro) quegli orientamenti che – preso atto del carattere disorganico e mutevole della odierna realtà giuridica – «suggeriscono di passare da una regolamentazione per fattispecie (...) a una regolamentazione per principi», F. non esita a parlare di «un carattere,

Nessuno – lo abbiamo più volte ripetuto, anche in questa sede – può immaginare di riproporre una (pretesa) “a-valutatività” delle operazioni nelle quali si concreta l’interpretazione e l’applicazione della legge; né si può pensare di riesumare un modello di “giudizio” che riduca la funzione del giudice ad una dimensione meramente “dichiarativa” (il giudice come “bocca della legge”), e, con esso, l’idea di una “certezza del diritto” che – affidata a questo illusorio strumento – non può non apparire uno degli «arnesi mitologici di cui la modernità giuridica è straordinariamente doviziosa»<sup>161</sup>. Ma, riconoscere che l’enunciato (*linguistico*) legislativo – prima dell’interpretazione che gli attribuisce *significato* – è *mutò*, non significa (né può significare) che esso sia (anche) “vuoto”, vale a dire che non contenga già il *criterio* attraverso il quale dovranno giudicarsi le fattispecie concrete che si ritengono riconducibili all’ipotesi astratta presa in considerazione dal legislatore, e che questo compito sia invece rimesso (anche in questo caso) al giudice<sup>162</sup>.

---

più che riduttivo, involutivo delle teorie metodologiche proposte», le quali «quando riconducono il diritto al fatto – o, che è lo stesso, lo rimettono ai giudici – fanno tornare indietro culturalmente il pensiero giuridico, riportandolo sulla via senza sbocco del realismo giuridico». Per una (ri-)valutazione di quella proposta si veda, comunque, la recente analisi di A. JANNARELLI, *Dall’età delle regole all’età dei principi, e oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, 991 ss.

<sup>161</sup> Così nella bella pagina di P. GROSSI, *Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto*, ora in Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 51 e ss., spec. § 2.

<sup>162</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 432, ove si legge che, se è vero che «nessuno può più dar credito all’illusione positivisticò-ottocentesca dell’“unica” possibile interpretazione del testo», questo, però, «non significa che l’attività interpretativa coincida con l’attività produttiva (creativa) del diritto (delle norme), né autorizza a motivare l’indirizzo neoermeneutico o quello realistico con la critica a un positivismo di comodo – quello che riduce l’ordinamento giuridico “alla volontà autocratica del Legislatore” –, che non esiste più da tempo».