

MILANO, 8 ottobre 2010

Incontro sul tema:

L'ATTIVITÀ INTERPRETATIVA DEL GIUDICE CIVILE TRA NORME (NAZIONALI, SOVRANNAZIONALI E COMUNITARIE), DIRITTI FONDAMENTALI E VALORI: ANALISI DI ALCUNE PROBLEMATICHE.

GIUSEPPE ONDEI

SOMMARIO: Parte prima Questioni Generali; 1. Introduzione; 1.a Premessa; 1.b Brevi note storiche; 1.c Il contesto attuale; L'avvento delle Costituzioni, i diritti cd. "fondamentali" e la tendenza ad un fondamento etico del diritto; 2. I valori: recepimento nell'ordinamento; Le clausole generali; 3. La nuova funzione della giurisdizione; La profezia di Carl Schmitt; 3.a Ulteriori considerazioni sull'attività interpretativa del giudice; 4. Scrutinio di alcune problematiche generali conseguenti alla conformazione di una diversa attività interpretativa del giudice; 4.a Primo problema: la certezza del diritto; 4.b Secondo problema: la argomentazione mediante l'utilizzo di valori; 5. Individuazione di alcuni punti dai quali partire per una nuova proposta critica ermeneutica; Primo passaggio: il dato testuale; Secondo passaggio: interazione testo-valori; Terzo passaggio: la questione metodologica; 5.a La precomprensione ed il circolo ermeneutica; La scelta del valore; La scelta della decisione giusta; L'ambiente sociale in cui i valori sono diffusi; 6. Incidenza dell'argomento comunitario; 6.a Il problema del ruolo dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea; 6.b La famiglia ed il diritto europeo: cenni ermeneutica; 7. Incidenza dell'argomento giuridico con riferimento alla C.E.D.U.

Parte seconda Esame di alcuni casi giurisprudenziali paradigmatici con riguardo alle problematiche interpretative sopra illustrate; 1. Premessa; 2. La giurisprudenza "creativa"; 3. Il diritto fondamentale della dignità umana; 4. L'Amministrazione di sostegno ed i diritti fondamentali; 5. L'area del danno non patrimoniale; 5.a Prima delle sezioni unite; 5.b Le sentenze delle sezioni unite; 5.c Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.; 5.d La tipicità del risarcimento del danno non patrimoniale; Il danno da reato; Gli altri casi previsti dalla legge; 5.e La tipicità costituzionale: in particolare l'individuazione dei beni costituzionali inviolabili; 5.f Definizione di diritti inviolabili; 5.g Interpretazione evolutiva dell'art. 2 cost; La giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite; 5.h I danni bagatellari; Criticità; 6. L'abuso del diritto ed i diritti fondamentali; 6.a Breve profilo storico; Il diritto romano; L'exceptio doli nel diritto tedesco e francese; In particolare la giurisprudenza tedesca; L'ordinamento e la giurisprudenza comunitari; Lo sviluppo storico del concetto di abuso del diritto in Italia; 6.b Esame di un caso paradigmatico di applicazione del principio del divieto di abuso del diritto e delle problematiche di tipo ermeneutica; 6.c Conclusioni; 6.d Rapporto tra buona fede, abuso e norme imperative; 7. Inseminazione artificiale eterologa e disconoscimento di paternità; 8. Conclusione.

Parte prima

Questioni Generali

§ 1. – Introduzione

§1.a Premessa

Il punto di avvio della discussione raccoglie ormai un vasto consenso.

Non è più accettato il postulato mentale del positivismo legislativo che sta all'origine dell'orientamento metodologico tradizionale ossia l'appartenenza al legislatore di un monopolio nella formazione del diritto onde la funzione dell'interprete, ed in particolare del giudice, si ridurrebbe ad un'attività di mera riproduzione dei comandi legali attraverso un sillogismo logico.

L'ordinamento intero ha acquistato una capacità di allungarsi sulla realtà grazie ad una nuova consapevolezza dei giudici meno alieni di prima dal considerarsi partecipi della costruzione dell'ordinamento abbandonando i falsi pudori della natura dichiarativa dell'interpretazione.

§1.b - Brevi note storiche

Con Giustiniano il giudice non è un mediatore tra l'universale immobile della legge scritta ed il particolare mutevole dei casi ai quali deve essere applicata. La costituzione Tanta, premessa al Digesto, pretende, infatti, che la funzione del magistrato si limiti all'esegesi filologica e che sia rimessa all'imperatore la decisione sui dubbi prodotti dall'ambiguità o dalle lacune della legge e ciò perché si vuole evitare che "... *et voluntate iudicum magis quam legitima auctoritate lites dirimibantur...*" (§17 Tanta a. 533) .

In Francia nel periodo rivoluzionario si afferma la regola "*in claris non fit interpretatio*" intesa quale principio metodologico di preclusione del ricorso ad elementi esterni alla lettera della legge per interpretarne il significato (principio garantito dal cd. *referé legislatif* sancito dal decreto 16 agosto 1790 che imponeva ai giudici di rivolgersi al corpo legislativo tutte le volte che essi credessero necessario interpretare un legge ritenendo di trovarsi di fronte ad un caso non previsto o dubbio).

Il giudice, rileva Montesquieu, deve essere mera "bouche de la loi" e lo stesso Napoleone ritiene che il Code Civil sia talmente perfetto che non può conoscere l'opera distorsiva dei commenti.

A ciò si aggiunga che proprio l'etica formale di Kant produce una radicalizzazione del processo di secolarizzazione del diritto positivo il quale si libera da ogni istanza assiologica di controllo sia di ordine religioso sia di ordine filosofico. Il diritto si legittima esclusivamente in base alla sua positività.

Nella dottrina pandettistica, poi, il metodo sistematico si è formato nell'ambiente della logica wolffiana apprezzata da Kant e rispondente al programma illuministico di matematizzazione universale del pensiero. Winscheid afferma che la decisione applicativa al caso concreto è il risultato di un computo i cui fattori sono i concetti giuridici prendendo ad esempio della scienza giuridica il *calculus ratiocinator* di Leibniz.

L'interpretazione, pertanto, viene considerata come puro sillogismo nell'ambito di un sistema gerarchizzato e definito di norme¹.

Ciò presuppone ed esige una ipostatizzazione della codificazione come opus normativo in sé concluso capace di comprendere tutti i possibili casi giuridici trasformandoli in propri costrutti teoretici.

Il sistema, così, si legittimava dall'interno in virtù della propria razionalità formale ed era espressione, e insieme garanzia, di una società omogenea identificata da un blocco di valori assunti quali elementi incontestati e incontestabili dell'ordine sociale e rispondeva ad un'idea di progresso come sviluppo organico di strutture semplici e relativamente stabili dentro un orizzonte definito da una volontà normativa costante che assicurava le condizioni di ricostruzione spontanea degli equilibri sociali.

E pure nella dottrina francese del secolo scorso il postulato del positivismo era legato all'ottimismo della codificazione della quale si presupponeva la completezza e, quindi, la stabilità assicurata dalla capacità di adattamento all'evolversi dei rapporti sociali grazie alla forza di espansione logica (per mezzo dell'analogia) dei suoi contenuti normativi.

Lo Stato, in buona sostanza, si proponeva come il produttore necessario del diritto ed il giurista aveva il culto della legge al quale non poteva non accompagnarsi quella dimensione passiva, umile, servile, con il suo concentrarsi nell'esegesi.²

¹ Questa impostazione trova espressione nello stesso stile di esposizione della sentenza, che riflette la logica del processo giurisdizionale, e che viene strutturata come *sillogismo* (giudiziario). La *premessa maggiore* è la norma (*fattispecie astratta*), la *premessa minore* è il fatto (*fattispecie concreta*), la *conclusione* è formulata nel dispositivo. La soluzione della controversia segue il ragionamento di ricondurre il fatto (come *fattispecie concreta*) alla norma (*fattispecie astratta*). Il ragionamento è deduttivo: la norma è dedotta dalla legge.

² Paolo Grossi, con efficace espressione, ha sostenuto che “*nelle mani del civilista resta [solo] la minestra di lenticchie dell'esegesi*”. «La cultura del civilista italiano: un profilo storico» (Giuffrè, Milano 2002) e «Mitologie giuridiche della modernità» (Giuffrè, Milano 2001) –

La diversità culturale tra i due modelli, l'esegesi francese e la Pandettistica tedesca, era evidente: in Germania il giurista lavorava attraverso e su modelli prevalentemente logici, in Francia suo compito era quello di comprendere e d'interpretare le regole statuali.

Ma il positivismo legislativo e la giurisprudenza dei concetti – che è il suo pendant sul piano metodologico – sono entrati in crisi in Europa (in Germania in particolare) già alla fine del diciannovesimo mentre in Italia, paese a ritardato sviluppo capitalistico, si sono prolungati sino alla fine degli anni cinquanta del secolo scorso.

§ 1.c - Il contesto attuale

A) Oggi, in primo luogo, non è più credibile l'operazione di restringere il diritto alla sola dimensione linguistica qualificata dal soggetto emittente (legislatore) ed ai suoi enunciati assunti come originari.

L'esistenza di fenomeni semiotici quali la vaghezza e l'ambiguità che definiscono la stessa imprescindibile natura dell'atto linguistico in quanto tale esclude, invero, la possibilità di far coincidere il fronte della interpretazione pura e semplice con quello dell'interpretazione che è invenzione e selezione di un significato.

B) Né, in secondo luogo, è più possibile parlare, come fece Max Weber, di neutralità assiologica del ragionamento giuridico.

La neutralità etica nell'applicazione giuridica sopravvive solo nella rappresentazione retorica che parte del corpo giudiziario dà della propria funzione e nello stile argomentativo-persuasivo delle sentenze.

Infatti ci si è accorti che l'interprete non è soggetto isolato e secondario in questa rilevante opera di ascrizione di significati: egli agisce collocandosi dentro una comunità linguistica e dentro un universo giuridico.³

Vi deve essere, allora, un aspetto necessariamente cooperativo tra operatori, interpreti delle regole e tutti i soggetti a diverso titolo impegnati nel contesto applicativo delle regole.

L'interpretazione, infatti, consiste non solo nel "*rechtsfindung*" (rinvenimento) del senso più adatto alla coerenza logica ed assiologica del sistema giuridico ma anche in una "*rechtsforbildung*" che consiste nell'applicare in concreto norme in modo tale che si crei costitutivamente uno sviluppo o una riformulazione di quest'ultime con riferimento a porzioni sempre nuove di realtà individuate dal caso da regolare: una *rechtsforbildung*

³ Già Celso rilevava come la conoscenza delle legge travalichi senz'altro le parole comunemente intese per trasformarsi in un esercizio di senso.

che, però, non va confusa con la creazione di norme giuridiche per se stessa.

C) A ciò si aggiunga che anche il concetto positivista è stato consunto da vari fattori tra loro concatenati: in particolare,

I) l'avvento della società industriale di produzione di massa con la conseguente disintegrazione e reintegrazione delle strutture socio-economiche;

II) l'avvento della società pluralistica segnata dal conflitto tra gruppi di interesse organizzati portatori di opposte ideologie;

III) il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale;

IV) la crisi dei dogmi giuridici come depositi di valori indiscussi e stabili creata dalla società pluralistica ove le opinioni sono grandemente differenziate;

V) con specifico riguardo alla realtà italiana, l'inserimento nella comunità Europea che ha determinato una progressiva osmosi operativa tra i due formanti della civil law e della common law: la legge e l'attività giurisprudenziale.

Lo stesso legislatore comunitario, del resto, mostra una spiccata diffidenza nei confronti della mediazione politica dei conflitti privilegiando, per contro, la via della risoluzione giudiziale degli stessi spostando l'asse compositivo dai Parlamenti alle Corti; e, infine

VI) l'avvento delle Costituzioni le quali assoggettano il diritto positivo al controllo di valori meta-legislativi.

Segue – L'avvento delle Costituzioni, i diritti cd. "fondamentali" e la tendenza ad un fondamento etico del diritto.

In ordine all'ultimo punto sopra evidenziato va precisato che nella Costituzione di Weimar i diritti fondamentali erano considerati alla stregua di una rigorosa concezione positivista: diritti "*octroyées*" dallo Stato.

Nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, invece, le norme sui diritti fondamentali istituzionalizzano valori meta-legislativi riconosciuti dalla Costituzione quali istanze assiologiche di controllo delle scelte del diritto positivo: quest'ultimo, pertanto, non è più giustificato semplicemente in base alla sua positività ma in base alla conformità a criteri di misure di diritto giusto.

Perciò i diritti fondamentali non hanno più soltanto un funzione soggettiva individuale di garanzia del cittadino contro lo Stato – diritti sostantivi - ma svolgono anche una funzione di valenza ermeneutica nel

procedimento giudiziario⁴.

E tali valori meta-giuridici assunti come istanze superiori di controllo di legittimità del diritto positivo sono principi etico-giuridici sovraordinati alle norme positive – *imperativi di ottimizzazione* che rivendicano un’attuazione sempre più estesa (Alexy), principi insaturi che vivono nel costante movimento verso un’attuazione mai pienamente attingibile - e, quindi, sono **iustitia normans** e **non ius normatum**: essi oltre ad essere criteri direttivi dell’attività di formazione delle norme giuridiche impartiscono anche al giudice parametri di interpretazione teleologica della *lex lata* e linee direttrici per l’attività di integrazione delle lacune⁵. Viene, così, ripudiato sia il positivismo legislativo che esaurisce il concetto di diritto nella positività sia il suo correlato sul piano filosofico, ossia il positivismo scienziasta, che nega la possibilità di fondare scientificamente giudizi di valore.

Rinasce, invece, l’esigenza di una legittimazione meta-legislativa dell’ordinamento positivo che non significa, però, né un superamento della positività come carattere essenziale del diritto⁶ né un ritorno sulle posizioni del vecchio diritto naturale.

Va precisato, infatti, che i valori del diritto naturale appartenevano al mondo metafisico ed erano valori non solo metagiuridici ma anche metastorici organizzati in un sistema deduttivo fondato su un principio soprannaturale supremo, ossia Dio nella scolastica medievale e la ragione nel diritto del sec. XVII.

I valori cui rinvia la Costituzione come misura assiologica di controllo del diritto positivo, invece, sono punti di vista storicamente condizionati la cui validità dipende dal consenso sociopolitico fissato nel patto costituzionale: sono, per dirla con Heidegger, **un surrogato positivistico e**

⁴ Si tratta infatti di infrastrutture giuridiche, che possono assumere una valenza normativa e interpretativa; cioè, in questo secondo caso, di elementi di una griglia interpretativa della legislazione, alla quale si può riportare la precomprensione del giudice per la scelta delle norme e per la decisione del giudizio.

Come scrive Livio Paladin, con l’entrata in vigore della Costituzione “*svanisce l’idea del sistema normativo bello e fatto ontologicamente dato e, quindi, preesistente rispetto al momento interpretativo*”. Paladin “*Le fonti del diritto italiano*”, Bologna 1996 110.

⁵ E l’assidersi ai vertici dell’ordinamento di una tavola di valori morali muniti di forza cogente delle norme giuridiche impegna il diritto infracostituzionale in un’opera di costante adeguamento di sé ad un Sollen la cui vis conformativa è pressoché inesauribile – cfr. L. Ferrajoli, “La cultura giuridica dell’Italia nel Novecento” – Bari 1999 pag. 55).

⁶ Anche se, a ben vedere, la vocazione alla positività imprime al diritto naturale l’ambiguità del già e non ancora in quanto i diritti naturali sarebbero diritti ante litteram, valori giuridici materiali ma per sé non ancora dotati della qualità giuridica formale.

storicistico del metafisico.

valori, del resto, non sono per se stessi norme né principi di deduzione di norme, non esprimono una modalità deontica ma sono, in linguaggio kantiano, **condizioni della possibilità di norme aventi la qualità di diritto giusto.**

E la fondazione dei diritti fondamentali nell'etica materiale dei valori traspare chiaramente dall'art. 2 cost. italiana che lega i diritti inviolabili dell'uomo al dovere di solidarietà sociale così correggendo, tra l'altro, l'unilateralismo in cui era caduta la dottrina dei diritti umani una volta separata dal concetto di legge naturale. Secondo le filosofie giusnaturalistiche prerivoluzionarie all'interno dei diritti naturali dell'uomo era iscritta un'obbligazione verso Dio creatore della natura (o identificato con la natura come nella filosofia di Spinoza). Di questa obbligazione lasciata cadere dal pensiero postrivoluzionario il dovere di solidarietà sancito dall'ar. 2 cost è per così dire la laicizzazione.

§ 2. I valori: recepimento nell'ordinamento.

Ai valori è immanente la tendenza a darsi un'esistenza fenomenica, in quanto per realizzarsi essi devono avere la risorsa di una forma che si impegni per loro.

Pertanto i valori, nel senso sopra illustrato, o

a) sono istituzionalizzati in norme costituzionali (v. sopra laddove si è parlato di diritti fondamentali) oppure

b) sono il referente di clausole generali contenute nella stessa costituzione (clausole della solidarietà sociale, dell'uguaglianza, dell'utilità sociale) o, ancora,

c) in fonti di grado inferiore specialmente il codice civile (clausole generali dette anche "a vaghezza socialmente tipica" come la correttezza, la buona fede, i buoni costumi, l'ingiustizia del danno, l'ordinaria diligenza, ecc.).

Le ridotte capacità di analisi e comprensione della realtà sociale sono rimediate dal legislatore proprio con l'uso crescente della tecnica delle clausole generali sia come tecnica di definizione della fattispecie normativa sia come tecnica di integrazione o correzione giudiziale della legge: il giudice viene rinvio a standard sociali di valutazione sufficientemente consolidati (che sono peculiari modi in cui vengono conosciuti i valori - quali comportamenti, opinioni o aspettative sociali o di comportamento) che deve tradurre e concretizzare in un criterio di valutazione adeguato alle peculiarità

del caso.

- **segue. Le clausole generali**

-
Le clausole generali, dunque, sono norme nelle quali vi è un'eccedenza di valori, di contenuto assiologico, rispetto ai contenuti abituali delle regole: è tale eccedenza che comporta una delega al giudice affinché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono.

Tali clausole sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta. Da norme di rinvio quali inizialmente concepite sono diventate **norme di direttiva** che richiedono una previa integrazione valutativa ad opera del giudice.

Per Stefano Rodotà le clausole generali sono fattispecie aperte e intenzionalmente indeterminate: ed è proprio l'intenzionalità dell'indeterminatezza a caratterizzare le clausole generali.

Ma occorre porre attenzione al fatto che le clausole generali non sono, però, principi: in particolare non sono valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi. I principi costituiscono la base di una *koiné* che cementa i valori e, quindi, fondano sia le singole esperienze sia quelle sovranazionali (es. principi del diritto comunitario principi del commercio internazionale ecc.); nelle clausole generali, invece, il giudizio di fatto va espresso sulla base di parametri extralegali (es. principi dell'etica o standard sociali⁷) volti a riempire il contenuto e a concretizzare la clausola generale. Non descrivono una vera e propria fattispecie ed operano negli ambiti delle altre norme.

Qualche autore le ha definite “i polmoni vitali dell'ordinamento” che richiedono all'interprete di fare da mediatore tra testo normativo e realtà sociale. Qui ovviamente vi è una discrezionalità dell'interprete elevata.

L'utilizzo di clausole generali costituisce, per vero, una tendenza diffusa anche a livello europeo: a titolo di esempio si pensi che nel codice olandese il principio della colpa quale regola di imputazione al debitore dell'impossibilità sopravvenuta di adempiere è limitato da una clausola generale che autorizza il giudice ad adottare un criterio diverso (es. il criterio

⁷ Si può dire che gli standard rappresentano per il giudice chiamato a concretizzare una clausola generale quello che i dati linguistici rappresentano per il giudice chiamato a concretizzare la norma a fattispecie puntuale. Cfr. Luca Nivarra “Clausole generali e principi generali del diritto in Mengoni” in *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Cedam 2007, pag. 182, nota 56.

oggettivo del rischio) in conformità dell'opinione generalmente ammessa nel commercio per quel tipo di rapporto.

§ 3. - La nuova funzione della giurisdizione

I sopra illustrati mutamenti rendono sempre meno rispondente alla realtà la figura tradizionale del giudice politicamente irresponsabile vincolato ad una decisione già programmata da una specifica previsione normativa.

Emerge così una funzione che viene definita “nomo-poietica” della giurisdizione.

Si coglie il processo normativo come non esaurentesi nel momento della posizione ma inglobante al suo interno l'interpretazione/applicazione: si relegano in soffitta le crocefissioni di tanti giudici inchiodati alla tirannide di un testo invecchiato e forse anche iniquo rispetto alla mutata realtà sociale. Addirittura, a ben vedere, si diffonde la tesi che il tenore letterale ha un valore euristico ma non normativo: quest'ultimo valore è dato soltanto dal significato del testo.

Ciò comporta che il diritto è ragione e non più e solo volontà del sovrano.

Nel regime del pluralismo, del resto, la volontà appare come arbitraria e repressiva e l'autorità può essere giustificata solo dalla ragionevolezza.

L'autorità è sopportabile quando c'è la stabilità delle regole sociali ma quando i fatti sociali diventano complessi e di controversa interpretazione allora occorre ritornare al faticoso intreccio tra argomentare ed interpretare nell'ambito del fondamentale principio della ragionevolezza.

In tale contesto il Giudice non è più mero esegeta di un'immota volontà superiore bensì mediatore, pacificatore, provvisorio ma autentico di un società incerta e conflittuale che chiede al giudice di colmare d'autorità le sempre più ampie lacune del sistema e tuttavia rifiuta l'arbitrarietà e l'imposizione di valori soggettivi sprovvisti di adeguata motivazione da qualunque parte provengano.

Non esiste più un luogo della legge⁸: anzi, a dire il vero, la legge non è mai stata capace di produrre le sintesi sui valori e lo stesso Betti ebbe a dire che la legislazione non è mai stata capace di rappresentare fedelmente i principi etici socialmente condivisi e **si è sempre confidato nella capacità del processo interpretativo di adeguare la cornice legislativa offerta dalla legge alla realtà effettuale** attraverso il riferimento del giudice ai valori dominanti della coscienza sociale (Kelsen la chiamava “*indeterminatezza*”

⁸ Cfr. Denniger Erhard “*Diritti dell'uomo e legge fondamentale*” Giappichelli 1998.

intenzionale del grado inferiore”).

Il legislatore, pertanto, ricorre alla delega al giudice apertamente riconoscendogli un potere di sistemazione e di mediazione di interessi non mediati dai circuiti della rappresentanza⁹.

Il giudice, tra l'altro, è obbligato a decidere il caso sulla base delle norme contenute nell'ordinamento e non può cavarsela dicendo che non trova la norma (il non liquet era possibile nel periodo antecedente le codificazioni), altrimenti può venire accusato di “denegata giustizia” (es. v. art. 4 codice civile francese).¹⁰

Lo stesso superamento della struttura individualistica o soggettiva del processo, con il riconoscimento della legittimazione processuale a enti esponenziali di interessi collettivi o diffusi in quanto tende a riprodurre nel giudizio il conflitto di interessi superindividuali che è caratteristico del procedimento legislativo, enfatizza in fondo la situazione di mediazione sociale propria della giurisdizione.

Inoltre non può sfuggire la circostanza che il diritto di fonte politica per poter meglio integrarsi in ordinamenti sovranazionali o in sistemi a sovranità condivisa - che presiedono alla regolazione di ambiti crescenti della vita nazionale - deve assumere una struttura normativa meno rigidamente prescrittiva e più duttile, deve porsi come **diritto per principi** finendo, così,

⁹ Andrioli icasticamente diceva: “*Quello che non fa il legislatore lo fa il giudice, se è capace*”.

¹⁰ In punto va ricordato come nel famoso caso Welby il Tribunale di Roma ebbe a dichiarare l'inammissibilità del ricorso presentato da Piergiorgio Welby per l'interruzione delle terapie a cui era sottoposto con le seguenti motivazioni: “*In assenza della previsione normativa degli elementi concreti di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato 'accanimento terapeutico', va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito e, di conseguenza, ciò comporta la inammissibilità dell'azione cautelare, la sua finalità strumentale e anticipatoria degli effetti del futuro giudizio di merito ... solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine e alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari e alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina, anche sulla base di solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni” parlando di “**diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento**” e si riferise a "principi incerti ed evanescenti ove manca quindi una "definizione condivisa ed accettata" dei concetti di futilità del trattamento, "di quando l'insistere con trattamenti di sostegno vitale sia ingiustificato o sproporzionato, sugli stessi concetti di insostenibilità della qualità della vita o di degradazione della persona da soggetto ad oggetto e perché non esistono linee-guida di natura tecnica ed empirica di orientamento dei comportamenti dei medici che, in definitiva, riempiono di contenuti il 'divieto di accanimento terapeutico' ed il correlativo diritto a far cessare l'accanimento stesso con la richiesta di interruzione della terapia di sostentamento vitale". E' agevole qui osservare come il giudice si è limitato ad un non liquet in ossequio ad una erronea concezione dei compiti dell'interprete. E del resto la funzione giurisdizionale va esercitata in ogni caso e non può essere mai rifiutata: l'assenza o la crisi della legge non possono determinare un'assenza di tutela giurisdizionale.*

per lasciare alle istanze giurisdizionali un margine di apprezzamento discrezionale inevitabilmente più ampio.

Lo stesso codice civile secondo un'espressione di Stefano Rodotà è un "*codice di principi*"¹¹ - e non può più essere considerato miticamente come un codice fonte unica della legge.

Si richiede, quindi, alla scienza giuridica di farsi portatrice delle istanze ammodernatrici offrendosi come strumento di mediazione tra i particolarismi del nazionalismo giuridico e la nuova vocazione europeistica del diritto continentale.

In via riassuntiva, allora, si può predicare che ogni formulazione legislativa, anche la più rigorosa, ogni norma giuridica e l'intero sistema giuridico normativo sono connotati da un **generale principio di indeterminazione** costituente la porta attraverso la quale il flusso del divenire delle società umane, il continuo e mobile dell'esperienza giuridica penetra incessantemente nel discontinuo statico ed astratto del sistema.

L'indeterminazione è la via del processo di integrazione da cui tra origine e vita la norma giuridica mentre l'interpretazione è il mezzo di individuazione e fissazione il cui compito è quello di recuperare nella sua integralità pluralità e complessità – attraverso un'attività cognitiva e di ricerca oltre il testo dell'enunciato normativo - la giuridicità sommersa e diffusa consegnata e oggettivata nella effettiva, reale e storica dimensione di vita della comunità.

Ora mentre in un assetto sociale sostanzialmente omogeneo l'operazione giudiziale riveste i caratteri della ricognizione, nelle odierne società pluralistiche vi è un generale consenso sulle regole che definiscono i contenuti procedurali della democrazia e le garanzie formali delle libertà mentre sul terreno dei valori sostanziali regna un ampio e lacerante disaccordo.

E allora **si scarica sul giudice** l'onere di prendere posizione in un confronto che non è più tra opzioni ermeneutiche, ragioni di opportunità ed esigenze funzionali ma addirittura letteralmente tra visioni del mondo.

In tal contesto si affaccia il rischio di risolvere la teoria dei valori nella legittimazione del più arbitrario volontarismo casistico delle Corti o di propugnare l'irrealistico ritorno ad un'applicazione rigidamente deduttiva degli enunciati costituzionali che presupponeva un'unità di valori

¹¹ In tal senso si è, pure, espressa, a livello di obiter dictum, la sentenza cass. s.u. 17 maggio 2010 n. 11.930 definendo le norme codicistiche come norme aventi "*posizione di preminenza nelle fonti del diritto ... autorevolezza e dignità diverse rispetto a quelle contenute in testi specifici destinati a regolare singole materie ... anche per la loro funzione di precetti aventi portata generale volte ad adeguarsi alle diverse situazioni storico-giuridiche con le quali un corpus normativo organico e creato per durare nel tempo è, per sua natura, destinato a confrontarsi...*".

irrimediabilmente dispersa.

- ... segue **La profezia di Carl Schmitt**

-

Carl Schmitt in punto ha detto che la fine della neutralità assiologica della Costituzione avrebbe determinato la dissoluzione dello **Stato legislativo** e determinato l'approdo verso uno **Stato di giurisdizione**, uno Stato con una superlegalità apocrifia non più semplicemente correttiva o integrativa ma del tutto alternativa alla legalità formale generata nel processo politico –parlamentare.

I giudizi di valore, infatti, come insegna Max Weber, diventano totalmente soggettivi, frutto cioè dell'arbitrio di un individuo che si postula libero e capace di decidere. Sicché non è più pensabile, secondo Schmitt, un cosmo noetico di tipo platonico, un regno delle idee separato in cui le pure forme possono essere contemplate onde modellare il retto agire. Le decisioni sono in ultima analisi arbitrarie e possono scatenare un *bellum omnium contra omnes* ben peggiore di quello hobbesiano.

(E' il noto politeismo dei valori che diventa tirannia perché il valore non lascia spazio a mediazioni: ogni valore deve imporre se stesso).¹²

Non so se l'apocalittico vaticinio schmittiano si sia avverato o no ma non penso sia azzardato ritenere che il **costituzionalismo per valori** innestandosi su assetti sociali fortemente pluralizzati sul piano orale e religioso tende a traslare in misura crescente la funzione di innovazione normativa dal diritto di produzione legislativa al diritto di produzione di fonte giurisprudenziale e a ridurre sensibilmente lo scarto tra produzione ed applicazione del diritto **fino a corrodere un postulato del civil law ossia l'idea che la decisione collettiva pubblica esibisca una forza razionale e possieda un valore morale superiore rispetto alla scelta individuale concreta (la sentenza).**

¹² Carl Schmitt ha efficacemente spiegato la differenza tra valori e principi in questi termini: "I principi hanno una sorta di evidenza originaria indimostrabile ma perfettamente razionale perché, come insegna Aristotele, su di esso si basa qualsiasi dimostrazione (e quindi qualsiasi insieme di norme giuridice o etiche), mentre il valore ha una struttura di posizione tetico-ponente tale da richiedere l'imposizione della sua attuazione. I principi, ossia norme di rango superiore alla cui luce possono giustificarsi altre norme (Habermas), guidano, indirizzano orientano, mostrano e consigliano, i valori impongono. I valori difendono sempre e solo se stessi mentre i principi (axiomata) sono logicamente il fondamento della dimostrazione. Il valore è un surrogato della metafisica che l'epoca valutativa della tecnoscienza ha bisogno di introdurre per poter legittimare se stessa".

§ 3.a - Ulteriori considerazioni sull'attività interpretativa del giudice

Come sopra visto le norme costituzionali si caratterizzano come diritto prevalentemente per principi (che non hanno fattispecie) in contrapposizione al diritto prevalentemente per regole.

Ora le regole sono norme giuridiche che non ammettono se non l'alternativa dell'osservanza o dell'inosservanza e il loro modo di applicazione è la tecnica logico-formale della sussunzione (logica del tutto o niente). I principi, invece, sono valori metagiuridici oggettivati in standard morali culturali vigenti nell'ambiente sociale e giuridicamente rilevanti come starting points argomentativi per la determinazione della regola di decisione di conflitti di interessi coinvolgenti diritti individuali non previsti dalle legge.

I principi, insomma sono a struttura normativa aperta che deve essere integrata da una regola di decisione formata dal giudice in stretta aderenza al caso concreto comparando e soppesando gli interessi in gioco.¹³

La conseguenza del costituzionalismo per valori - laddove il precetto costituzionale prima ancora che come parametro di legittimità delle fonti deve ritenersi fonte diretta di regolamentazione dei rapporti giuridici (cass. s.u. 15783/2005¹⁴) - è che quest'ultimo ha complicato le logiche dei processi di applicazione giuridica rendendoli permeabili ad apprezzamenti che non sono suscettibili di un rigoroso riscontro in termini logici ma al più sono valutabili in termini di **persuasività, plausibilità, verosimiglianza e ragionevolezza**¹⁵.

E del resto la ragione esprime un misura di razionalità rispetto allo scopo mentre la ragionevolezza rispetto al valore.

Con enfasi si potrebbe dire che mentre la funzionalità dei principi di struttura dello **Stato di diritto formale** (legalità, riserva di legge, divisione dei poteri) era affidata prevalentemente al legislatore e agli apparati di

¹³ Va ricordato che da ultimo Dworkin ha superato tale distinzione considerando le tutte norme alla stregua di principi. Il diritto non è solo fatto ma fatto e valore e i concetti giuridici a loro volta non avrebbero carattere convenzionale ma interpretativo.

¹⁴ Si noti che la costituzione viene attuata non soltanto per via di misure legislative ma anche per via di prassi applicativa ossia attraverso la formazione di un diritto vivente costituzionalmente orientato: l'interpretazione costituzionalmente orientata è una delle due modalità di **inveramento del Sollen costituzionale**.

¹⁵ Secondo Luigi Ferrajoli la distinzione tra principi e regole propugnata da Dworkin (i principi si bilanciano ma non si applicano mentre le norme si sussumono) indebolisce la forza vincolante dei principi presupponendo la stessa una scelta soggettiva di valori: per Ferrajoli, invece, anche i principi per lo più si applicano, senza che intervengano bilanciamenti e laddove vi siano conflitti gli stessi si risolvono con il criterio della specialità come per le norme. L. Ferrajoli – Principia Iuris vol I pag. 585 nota 47.

governo, al contrario i valori di riferimento dello **Stato costituzionale contemporaneo multilivello (proporzionalità e ragionevolezza** come generale istanza di adeguatezza concreta della norma al fatto regolato; la **sussidiarietà** come regola dei rapporti tra autorità e libertà e al contempo come criterio di organizzazione dinamica delle funzioni pubbliche che supera la rigidità del criterio di competenza; la **dignità umana** come formula riassuntiva e fondante dei diritti della persona) sembrano rimettere principalmente alle istanze giurisdizionali la chance di una loro effettiva attuazione e ne sollecitano, pertanto, un coinvolgimento più diretto nell'attività di elaborazione creativa del diritto.

Corollario delle conclusioni raggiunte é che la più estesa realizzazione dei valori riassumibili nei diritti della persona umana può compiersi solo a spese della legge e della certezza del diritto.

Nella prospettiva di una più efficace protezione dei diritti fondamentali può essere necessario lasciare agli organi dell'esecuzione e dell'applicazione quei margini di apprezzamento davanti ai quali l'istanza di razionalità formale assicurata dalla generalità, astrattezza e chiarezza della previsione legale cede all'esigenza di assicurare la razionalità materiale della legge.

La appagante tutela dei diritti richiede prontezza di interventi e flessibilità delle regole sostantive sì da adattarsi ai casi e la stessa interpretazione "*conforme a costituzione*" è la spia più indicativa di una generale tendenza volta a responsabilizzare i giudici nel compito quotidianamente assolto al servizio della collettività.

La giurisprudenza, per usare un'espressione di Tullio Ascarelli, diventa, così, un'ara privilegiata in cui quotidianamente si celebra il rinnovamento del tessuto normativo.

E la presenza di una struttura normativa aperta all'integrazione giudiziale lungi dal costituire un difetto della legge può divenire, in quest'ottica, una delle più apprezzate virtù. Addirittura si spiega perché disposizioni le quali per la loro inequivoca chiarezza o per la presenza di automatismi legali sottraggono ogni apprezzamento alle Autorità dell'applicazione sono state sovente colpite da declaratorie di illegittimità costituzionale (es. sent. 44 del 1990 ove si è autorizzato il giudice ad apprezzare le circostanze del caso e ad accordare una ragionevole riduzione dell'intervallo di 18 anni che deve sussistere tra adottante e adottato maggiorenne al fine di realizzare il valore costituzionale dell'unità della famiglia). Oppure si pensi alla giurisprudenza dichiarativa dell'incostituzionalità di presunzioni legali assolute: sent. corte cost. 144/2005 che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 3, del

decreto-legge 22 febbraio 2002, n. 12 (Disposizioni urgenti per il completamento delle operazioni di emersione di attività detenute all'estero e di lavoro irregolare), convertito in legge dall'art. 1 della legge 23 aprile 2002, n. 73, nella parte in cui non ammette la possibilità di provare che il rapporto di lavoro irregolare ha avuto inizio successivamente al primo gennaio dell'anno in cui è stata constatata la violazione); sent. n. 41/1999 che *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 26, comma primo, del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro), nella parte in cui esclude la prova contraria diretta a superare la presunzione di liberalità dei trasferimenti immobiliari) n. 283/1999 che *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore); n. 401 del 1999; n. 195/1998 che *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 57, lettera d) della legge 1 aprile 1981, n. 121 (Nuovo ordinamento dell'Amministrazione di pubblica sicurezza), nella parte in cui non consente all'Amministrazione di ammettere ad un altro corso successivo i commissari in prova che siano stati assenti per più di novanta giorni per infermità contratta durante il corso ed abbiano nel frattempo recuperato l'idoneità psicofisica; n. 239/1998 che *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, quarto comma, della legge 18 marzo 1968, n. 313 (Riordinamento della legislazione pensionistica di guerra), e dell'art. 37, quinto comma, del d.P.R. 23 dicembre 1978, n. 915 (Testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra), come modificato dall'art. 20 della legge 6 ottobre 1986, n. 656 (Modifiche ed integrazioni alla normativa sulle pensioni di guerra), nella parte in cui non prevedono che il diritto a pensione può essere riconosciuto anche se lo stato di preesistente convivenza abbia avuto, a causa della guerra, durata inferiore ad un anno, purché sia accompagnato da altri elementi e circostanze che dimostrino in modo non equivoco la volontà del militare di contrarre matrimonio; n. 1/1997 che *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 301, primo comma, del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale), come modificato dall'art. 11 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, nella parte in cui non consente alle persone estranee al reato di provare di avere acquistato la proprietà delle cose ignorando senza colpa l'illecita immissione di esse sul mercato del 1997) o di

automatismi sanzionatori rigidi che non permettono una valutazione caso per caso della gravità dell'addebito e perciò impediscono al giudice di ritagliare la sanzione giusta e appropriata alla fattispecie (sent. corte cost. 367/2004 che *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 del codice penale (*Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza*), nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale, sent. n. 253/2003 che *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 del codice penale (*Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario*), nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale, e sent. n. 2/1999 che *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 38 del d.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1068 (Ordinamento della professione di ragioniere e perito commerciale), nella parte in cui prevede la radiazione di diritto dall'albo dei ragionieri e periti commerciali che abbiano riportato condanna penale per i reati indicati nel secondo comma dello stesso articolo).

Recentemente anche nel settore penale la corte costituzionale con la sentenza n. 21 luglio 2001 n. 265 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure: e ciò proprio sul presupposto che “... Secondo la giurisprudenza di questa Corte, «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti

reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa” e “...Ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minore sacrificio necessario”, anche quando sussistano – come nei casi oggetto dei procedimenti a quibus, secondo quanto riferiscono i giudici rimettenti – specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere”.

In ogni caso va rilevato che bisogna sempre diffidare di una teoria apertamente discrezionalista dell’interpretazione in funzione della massima promozione giudiziale dei diritti idealizzando il potere giudiziario in quanto:

a) tale riedizione del realismo giuridico americano postula una organizzazione della funzione giudiziaria diversa da quella prevista dalla Costituzione repubblicana imperniata sul giudice burocrate.

b) l’idea che il giudice sia chiamato ad ergersi ad unico paladino della giustizia e difensore dei soggetti deboli si è dimostrata storicamente inefficace.

§ 4. – Scrutinio di alcune problematiche generali conseguenti alla conformazione di una diversa attività interpretativa del giudice.

§ 4.a - Primo problema: la certezza del diritto

La struttura normativamente aperta indebolisce la certezza del diritto¹⁶. Anche se, a ben vedere, i due valori della certezza e dell’equità non possono mai essere pienamente realizzati. Bisogna sacrificare un po’ di certezza per ottenere l’equità e viceversa.

E ciò senza necessariamente diventare “*scettici delle norme*” secondo la felice espressione di H.L.Hart il quale ha precisato che lo scettico delle norme é talvolta un assolutista deluso cioè una persona che essendosi resa conto che la certezza assoluta nel campo dell’interpretazione non esiste a causa della struttura aperta del diritto, si butta nell’esagerazione opposta e finisce con il negare l’esistenza stessa delle norme al di fuori delle decisioni giudiziali¹⁷.

E del resto un sistema di decisioni in cui il giudice non fa altro che

¹⁶ Il Vico sosteneva che “*il certo viene dalla Autorità come il vero dalla ragione*” nell’opera *De Universis Iuris uno principio et fine uno*. Da qui è agevole riscontrare come più l’Autorità si “*ritrae*” più la certezza si attenua.

¹⁷ V. L.H. Hart “*Il concetto di diritto*” - Torino 1965.

applicare meccanicamente la legge avrebbe dei costi altissimi in termini di equità.¹⁸

La certezza, inoltre, va vista anche sulla base della stabilità o meno degli indirizzi giurisprudenziali del grado di antinomicità tra i diversi contributi che vari organi dell'ordinamento danno alla produzione di una medesima norma estesa.

In buona sostanza il principio dell'esigenza di certezza dell'applicazione del diritto in una società complessa ed in costante movimento si deve convertire nel principio della sussistenza di un grado tollerabile di incertezza.

Attualmente, a dire il vero, la contrapposizione del modello continentale del rule decision making che privilegia la certezza del diritto e quello anglosassone del case decision making che assicura la giustizia del caso concreto non ha più ragione d'essere oltre una sommaria semplificazione teorica utile al più sotto il profilo docimologico.

In ogni caso, oggi, il problema della certezza del diritto non può essere trattato assumendo come ramo di indagine unicamente quello del diritto legislativamente creato perché ciò vuol dire non tener in alcun conto di quella che è l'attuale complessità degli ordinamenti e, soprattutto, del delicato gioco d'interazione che lega strettamente creatività giuridica e conoscibilità del diritto vigente, normativismo ed aspetti dinamici dei sistemi giuridici positivi: con la precisazione che superare il positivismo legislativo non significa abbandonare il principio di positività del diritto.

A ciò si aggiunga che nel caso in cui il dovere di un convenuto nei confronti di un attore non derivi da un precedente ed esplicito atto legislativo ma a seguito di un'interpretazione "creativa" del giudice mediante l'uso di argomentazioni per principi non per questo può parlarsi di violazione della certezza del diritto. Infatti ovviamente se il dovere fosse derivato da un atto legislativo il convenuto sarebbe stato avvertito in modo più esplicito di quel dovere e avremmo potuto ragionevolmente aspettarci che si sarebbe comportato in modo da prevedere le conseguenze delle sue azioni; ma l'argomento di principio ci porta a considerare sotto una nuova luce l'affermazione del convenuto secondo cui egli è stato colto ingiustamente di

¹⁸ Anche nel **penale** il principio di legalità si sta trasformando da garanzia di contenuto a mera garanzia di procedimento. Palazzo, infatti, parla di **legalità non tanto con riguardo alla fonte da cui promana un'incriminazione quanto la sua conoscibilità e la conseguente prevedibilità della decisione giuridizaria** sicché l'attività ermeneutica del giudice penale cesserà di essere interpretazione per sconfinare nel campo a lui interdetto ogni qualvolta la norma, *rectius* la sanzione comminata da quella norma, venga applicata a fini eterogenei quanto a disvalore.

sopresa. Infatti se l'attore ha il diritto ad una decisione giudiziale in proprio favore allora è legittimato a fare affidamento su quel diritto. Se appare ovvio e incontrovertibile che egli abbia quel diritto, il convenuto non è nella posizione di affermare che si tratti di un'ingiustizia sorpresa solo perché tale diritto non è sorto in seguito alla sua pubblicazione in un atto legislativo. Se, d'altra parte, la pretesa dell'attore è dubbia, allora il giudice dovrà in qualche modo sorprendere una delle parti. E nel caso in cui decida dopo aver soppesato i due argomenti che quello dell'attore risulta migliore di quello del convenuto, allora stabilirà anche che le aspettative dell'attore risultavano più giustificate.¹⁹

§ 4.b - Secondo problema: la argomentazione mediante l'utilizzo di valori

Quando si utilizzano i valori in sede ermeneutica vi è il rischio che le argomentazioni dei giudizi siano semplici razionalizzazioni di decisioni fondamentalmente arazionali.

Nei conflitti interpretativi, poi, i principi sembrano un rimedio peggiore del male perché ogni giudice può invocarne uno diverso.

La rinata esigenza di una legittimazione meta-legislativa dell'ordinamento ripropone il problema della fondazione dei valori inasprito dalla frammentazione della coscienza morale nella società pluralistica.

Il modo di essere dei valori non è il dover essere né i giudizi di valore equivalgono a proposizioni normative: essi sono giudizi logici analogamente ai giudizi di fatto ma con la differenza che non disponiamo di metodi sicuri che ci consentano di stabilirne con certezza la verità o la falsità.

Come sopra visto, i valori meta-positivi ai quali rinvia la Costituzione sono punti di vista storicamente condizionati la cui validità dipende dal consenso politico sociale fissato nel patto costituzionale. E poiché nella società pluralistica caratterizzata dal conflitto tra gruppi organizzati portatori di contrapposte ideologie il consenso è fondamentalmente frutto di un compromesso i valori riconosciuti dalla Costituzione non sono componibili in un sistema coerente ma formano un complesso non omogeneo percorso da frequenti antinomie.

In questo contesto si pone indifferibilmente il problema principe della conoscenza dei valori.

Ora, tramontata la fiducia giusnaturalistica in una fondabilità in via deduttiva con l'evidenza delle verità assiologiche, i valori sono diventati

¹⁹ In tal senso v. R. Dworkin in *"I diritti presi sul serio"* pagg. 135 e 136.

cose in sé non conoscibili direttamente.

Essi possono essere conosciuti solo indirettamente per analogia con l'ausilio del secondo metodo o tragitto indicato da Socrate a coloro ai quali non è dato di apprenderli direttamente grazie a una divina rivelazione, cioè il metodo del dialogo con cui si mettono a confronto i vari punti di vista, i ragionamenti che da essi si conducono procedendo - per ricordare un verso di Dante - provando e riprovando - e accogliendo, infine, il ragionamento che appaia il migliore o meno confutabile e quindi il più verosimile. Il comprendere, invero, è sempre un aprirsi, un rapportarsi.

Il problema, secondo Luigi Mengoni, può trovare soluzione accedendo ad una teoria cognitivica moderata (corrispondente ad una concezione ermeneutica della verità connessa con la logica della probabilità) la quale pur intendendo i valori come oggettività ideali non riducibili a ciò che si esaurisce nell'esperienza immediata, riconosce però che essi non sono suscettibili se non di una conoscenza mediata dalle idee di valore che si formano nello spirito umano e si manifestano in forme sociali tipiche di comportamento o di valutazione.

Certo se non si accetta il postulato della oggettività ideale dei valori - il cui modo di essere non è l'esistenza ma la possibilità - si perde la base comune di discussione e si scade nel soggettivismo o nel relativismo empirico dei valori (valori come essenzialmente storici e relativi, molteplici e caduchi).

Se si nega l'oggettività dei valori ed il loro aspetto di prototipi si finisce con l'ipostatizzare al loro posto il valore medio della coscienza o senso comune (Adorno).²⁰ Ma il consenso della maggioranza non è sufficiente per fondare con il carattere dell'evidenza la verosimiglianza di un giudizio di valore: non basta da solo a giustificare l'imposizione di certe scelte normative alle minoranze (es. testimoni di Geova). **Questo deficit sul piano gnoseologico può essere coperto sul piano della prassi soltanto dall'intervento di un'Autorità che istituzionalizzi il principio maggioritario quale criterio di determinazione delle preferenze assiologiche ma così si ricadrebbe nella concezione positivista che è entrata in crisi proprio in conseguenza della teoria che eleva il consenso**

²⁰ Adam Haslett, giovane giurista americano, sostiene che se i diritti fondamentali umani esistono materialmente in un mondo in cui li si fa rispettare allora per continuare a credere in questi diritti ci serve qualcosa di più che la legge e le esortazioni: ci serve qualcosa di più vicino alla fede. Ciò perché la struttura retorica e l'asserzione ontologica che stanno dietro alla nostra idea moderna dei diritti umani è di tipo religioso e più precisamente cristiano (es. l'idea kantiana di uguaglianza ha origini pietiste protestanti). Vi è omologia tra la retorica dei diritti umani e la teologia cristiana.

della maggioranza criterio necessario e sufficiente della verità.²¹

Occorre, allora, ribadire che la consapevolezza assiologica è condizionata dal divenire della storia, è una conoscenza prospettica che mai riesce a cogliere interamente l'oggetto: ma altro è attribuire alla storia un portata ontologica in ordine ai valori, un significato costitutivo di essi ed altro è riconoscere la storicità come modo di essere della conoscenza dei valori. Intesa come condizione positiva della verità la storicità cessa di evocare lo spirito del relativismo storico.

In tal modo si pone ineludibilmente anche la domanda se i valori possono essere oggetto soltanto di fede, di opinioni o è possibile una conoscenza razionale degli stessi.

Orbene oltre ai due gradi della conoscenza insegnati dalla logica tradizionale moderna – la dimostrazione e l'intuizione (Locke) si dà un'altra specie di conoscenza razionale non fondata empiricamente: **i giudizi di verosimiglianza** i quali pure meritano il nome di conoscenza perché possiedono nel loro grado appunto, quello del verosimile, il carattere di evidenza proprio del sapere in senso stretto.

La logica del verosimile comprende non solo la verosimiglianza matematica ma anche nei campi dell'etica e del diritto la verosimiglianza dimostrata mediante ragionamento. La grande regola della probabilità è l'analogia.

Adottando tale logica è agevole verificare come al posto della ricerca della certezza vi è quello della saggezza, al posto della razionalità la ragionevolezza e al posto dell'epistème la phronesis.

La ragionevolezza, del resto, è valore ordinatore di valori (dare loro un senso relativo in considerazione di tutte le circostanze del caso) e la sua diffusione tende a riassorbire la sintomatologia dell'eccesso di potere nel diritto amministrativo mentre nel diritto civile e nel processo penale diventa lo stile deliberativo più caratteristico del ragionamento moderno.

E ciò senza arrivare alla logica "fuzzy" o alla retorica di Perelman, ossia a scelte logiche deboli post- moderne.

In conclusione si può affermare che l'esperienza fenomenica dei valori applicata ai dati della situazione problematica fornisce punti di vista argomentativi di un processo ermeneutico il cui oggetto è la ricerca del grado di verosimiglianza delle scelte corrispondenti e la cui conclusione è la definizione di una verità provvisoria sempre soggetta alla dimostrazione del

²¹ Aristotele diceva che l'endòxon, cioè l'opinione della maggioranza o dei più autorevoli, è una delle cose che possono contribuire a rendere verosimile un'opinione ma non è certo ciò che ne definisce completamente tutta la verosimiglianza.

contrario.

§ 5. – Individuazione di alcuni punti dai quali partire per una nuova proposta critica ermeneutica

Immerso nel contesto giuridico sopra rappresentato il giudice civile nello svolgimento della propria attività si trova in difficoltà ad utilizzare le vecchie categorie ermeneutiche e sorge l'esigenza di rielaborare criteri orientativi dell'attività ermeneutica.

A tal fine appare utile indicare, in via del tutto limitata, alcuni punti fondamentali dai quali partire.

... segue - Primo passaggio: il dato testuale

Anzitutto deve sempre ripetersi con gli esegeti francesi del secolo XIX° “*les testes avant toutes*”.

Il linguaggio non è soltanto un mezzo di comunicazione di un contenuto logico o psichico già formato ma è lo strumento con cui questo contenuto si costituisce e si determina compiutamente. I simboli linguistici non sono un rivestimento meramente accidentale del pensiero bensì la sua forma necessaria e inseparabile anche se non può ignorarsi che il testo fornisce un significato e non senso (cioè una dimensione semantica e non semplicemente semiologica) soltanto se fatto reagire con un caso concreto. Alla polisemia delle parole è correlativo il ruolo selettivo dei contesti nel cui ambito sono usate.

Tuttavia deve essere chiaro che “*sensus non est inferendus sed efferendus*” dal momento che una coscienza ermeneutica educata – cioè preliminarmente sensibile all'alterità del testo - deve mettere l'interprete in ascolto del testo.

Non bisogna, del resto, dimenticare che il principio dello Stato di diritto nasce dalla volontà dei consociati di vivere non *sub homine* ma *sub lege*.

A ciò si aggiunga che la scienza giuridica è essenzialmente una scienza ermeneutica come tale dominata dal primato del testo.

Non si può, pertanto, attribuire il primato al problema perché ciò significherebbe negare il primato del vincolo dell'interprete alla legge. E parte della giurisprudenza, purtroppo, mostra una certa *hybris* insofferente al vincolo della legge.

Il tenore letterale svolge una importante funzione euristica,
** sia scartando progetti di senso che con le parole della legge non hanno alcuna congruenza

** sia sollecitando la forza evocativa o figurativa del linguaggio e così contribuendo alla formazione di ipotesi di soluzione oggettivamente fornite di senso.

I concetti esposti si possono riassumere nella massima pindarica “*Nomos Basileus*”: la legge è l’unico re mentre l’interprete resta una funzione della legge circoscritta dal vincolo di congruenza con le parole del testo e la razionalità complessiva in cui la decisione deve integrarsi.

Certo, quanto detto va, poi, coordinato con il fatto che il procedimento interpretativo, in quanto operazione conoscitiva e valutativa complessa, può essere solamente orientato ma non rigorosamente disciplinato dal legislatore: sicché se si vuol tenere ferma la finalità che ispira il vincolo della legge, l’affrancamento dai vari retaggi del positivismo deve accompagnarsi ad un’interpretazione estensiva del termine legge utilizzato **dall’art. 101 cost.** facendo riferimento al **diritto vigente comprensivo del diritto di formazione extralegislativa.**

In punto sia Ascarelli che Mengoni hanno chiaramente spiegato che ad un vincolo derivante dalla costruzione linguistica del testo va aggiunto il più debole vincolo del diritto vivente che impone a chi intende rompere la continuità giurisprudenziale di argomentare in tal senso²².

La resistenza del dato scritto rispetto a letture eccessivamente forzate serve a smussare i toni di una polemica che troppo spesso hanno visto demonizzato il ruolo del magistrato come interprete creativo della norma quasi che il naturale corollario della sua attività diventasse piuttosto il mezzo di un illegittimo sovvertimento delle gerarchie costituzionali.

... segue - Secondo passaggio: interazione testo-valori

Il testo normativo, però, non si lascia comprendere con i soli strumenti dell’analisi del linguaggio ma solo quando l’interprete in relazione ad un caso di applicazione pratica sia riuscito a capire la questione cui il testo risponde e a formularla adeguatamente.

La *norma* è, dunque, la volontà della legge come pensata da colui che in concreto decide, influenzato dal contesto sociale e giuridico in cui si trova ad operare.

Comprendere è già applicare: vi è un legame indissolubile tra comprendere ed applicare determinato dal carattere di **struttura linguistica**

²² Recentemente le S.U. della Suprema Corte ha statuito con l’ordinanza 19051/2010 che “... va sempre respinto perché infondato il ricorso in cassazione contro pronunce di merito conformi alla giurisprudenza consolidata di legittimità se la difesa non ha prospettato nuovi argomenti”.

aperta proprio degli enunciati normativi: **il loro significato non può essere compreso pienamente se non quando il testo sia evocato per la soluzione di un caso concreto e messo in relazione con i dati di fatto extratestuali** emergenti dal suo ambito normativo definito dal segmento di realtà sociale individuato come campo di applicazione della norma.

Il senso di un testo può mutare non solo diacronicamente in via di interpretazione evolutiva determinata dalle trasformazioni sociali e della storicità del nostro modo di intendere i valori ma anche sincronicamente sia secondo i diversi punti di vista degli interpreti sia anche del medesimo interprete in diversi contesti applicativi secondo le varie modalità e le mutevoli esigenze delle situazioni che volta a volta vengono a concretarsi nell'ambito normativo del testo (es. varie interpretazioni dell'art. 36 cost).

L'interprete, però, non può accedere al significato della legge se non elabora il suo orizzonte ermeneutico assumendo punti di vista valorativi che il modello positivistico della sussunzione vorrebbe escludere siccome pertinenti alla competenza esclusiva del legislatore e non suscettibili di analisi scientifica. Se non include i punti di vista extrasistematici tra i referenti della sua riflessione il giudice non è in grado di intendere il problema in funzione del quale il testo deve essere interpellato o al quale deve commisurarsi affinché sia assicurata l'oggettività del risultato interpretativo.

Occorre, allora, una precisa coscienza in capo al giudice delle proprie presupposizioni, dei propri pregiudizi per assoggettarli al controllo della riflessione critica. L'ermeneutica è, infatti, la riflessione critica dell'esegesi.

E in tal modo la variabile della "discrezionalità del giudice" viene depurata da ogni scoria irrazionalistica o eversiva rappresentandosi come una modalità del tutto normale di funzionamento degli ordinamenti anche di civil law.

... segue - Terzo passaggio: la questione metodologica

Anzitutto occorre la giustificazione razionale dell'interpretazione, ossia **giustificazione esplicita perché controllabile: solo così si sconta il deficit di legittimazione che il giudice ha perché non ha un'investitura democratica.**

§ 5.a - La precomprensione ed il circolo ermeneutico.

Le scienze dello spirito non sono dispensate dalla questione metodologica ma vi è un mutamento di prospettiva: non vi è più la pretesa di dominio universale della metodologia scientifica (intesa come metodo che conduce a certezze empiriche) quale unica misura della verità anche perché la scienza contemporanea è consapevole della provvisorietà dei suoi schemi di spiegazione della realtà ed è significativo che la fisica, la più esatta delle scienze dipende, in fondo, dall'angolo visuale dell'osservatore (principio di indeterminatezza di Heisenberg).

Nello schema espositivo del sillogismo la definizione delle premesse non è oggetto di semplice constatazione, al pari dei dati che interessano le scienze naturali, non è rilevazione di dati esistenti (la legge - i fatti), ma è il risultato di un sofisticato ragionamento sulle fonti del diritto e sugli elementi della vicenda concreta, ragionamento che necessariamente coinvolge la personalità di chi è chiamato a decidere. Invero il sillogismo nulla dice sull'effettivo ragionamento seguito dal giudice per giungere alla conclusione: la conclusione è già contenuta nelle premesse, e da esse dipende, nel senso che avrà necessariamente lo stesso grado di verità e di attendibilità delle stesse.

Il procedimento di interpretazione giuridica, infatti, si snoda sempre a partire da un fondo non indagato di supposizioni, da un retroterra di conoscenza implicitamente usato sulla cui incidenza il pensiero giuridico non aveva mai in passato sufficientemente riflettuto.

Da Kant a Popper e ad Horkheimer si è acquisito che non sono possibili osservazioni al di fuori di una qualche precedente conoscenza: la precomprensione.

La precomprensione quale pregiudizio sul contenuto del testo che spinge l'interpretazione verso esiti segnati dall'arbitrio soggettivo - non è un concetto metodologico bensì un concetto analitico-descrittivo che pone un problema metodologico.

La precomprensione va intesa non come atto della soggettività - ché anzi la sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a rompere il cerchio delle proprie private presupposizioni - ma come fatto che si determina in base alla partecipazione a un senso comune rappresentato da giudizi e concetti da cui l'interprete è in larga misura influenzato.

Se non assume consapevolezza delle proprie precomprensioni è molto difficile per il giurista introdurre e riconoscere una salutare presa di distanza dai propri convincimenti soggettivi e delle limitazioni derivanti dalle

inconsapevoli abitudini mentali.

I pregiudizi conducono l'interprete ad avere determinate aspettative nei confronti del significato e del testo

A questo si aggiunga che l'interprete non è un osservatore esterno come lo scienziato né è mera passività e che l'attività del medesimo contribuisce in certo qual modo a formare il significato del testo.

Il comprendere giuridico consiste nell'analisi, nella penetrazione e revisione di uno schema progettuale di significato che è all'origine dell'accostamento al testo e che è rettificabile se nel corso del processo di comprensione si riveli inadeguato.

Si tratta, per dirla con Habermas, di tematizzare tale precomprensione ossia di trasformarla in elemento rintracciabile e comunicabile del procedimento interpretativo.

L'analisi fenomenologica del "comprendere" compiuta dalla filosofia esistenzialistica ha messo in luce l'insufficienza dell'ermeneutica classica impostata sull'idea che lo scritto, di per sé, basti a guidare e determinare la comprensione così da essere il coglimento di un senso già compiutamente definito secondo la celebre definizione di August Bochk.

... segue. La scelta del valore

La comprensione non si forma secondo una progressione lineare: il circolo ermeneutico imprime al processo interpretativo la struttura dialogica della domanda e della risposta. Punto di partenza non è il testo bensì il fatto della vita sui quali il testo viene interrogato.

Occorre elaborare un sistema di regole di valutazione degli argomenti e dei loro nessi che garantiscano il prodotto del processo argomentativo cioè la trasformazione delle opinioni in sapere, in asserti di preferenza giustificati e, quindi, nelle circostanze date, validi come norme generali di condotta.

Non bisogna abbandonarsi alle conclusioni pessimistiche di Natalino Irti circa la radicale perdita di ogni possibilità di costituzione dogmatica della scienza giuridica.

Particolare valore assume a tal proposito l'etica dialogica di Erlanger e quella discorsiva di Habermas che sono caratterizzate dalla comune convinzione che le questioni pratiche debbano essere risolte in un contesto dialogico-comunicativo solo però alla condizione di superare le strutture tipiche della retorica classica.

Ciò importa:

in primo luogo, l'abbandono del topos ossia del valore vincolante

attribuito all'opinione tradizionale;

in secondo luogo, l'elaborazione di una logica dell'argomentazione e, in terzo luogo, l'individuazione di un principio fondamentale sulla cui base, quella logica dell'argomentazione, possa operare.

E sempre partendo dal principio che il diritto è un luogo di senso.

Quando la ponderazione degli interessi in gioco elaborata dal pensiero problematico nei termini di una ricerca dialettica conclude con un giudizio di preferenza in favore di un progetto argomentato da un punto di vista extrasistemico, portatore di nuove esigenze o nuovi bisogni espressi dall'ambiente sociale, la decisione è adottata dal giudice in condizioni di obiettiva incertezza.

Infatti in difetto di adeguate specificazioni regolative come di stabili ordinazioni gerarchiche l'attività interpretativa si presta alla più ampia manipolazione interpretativa e l'ordine di priorità in cui sono disposti i valori è il risultato di preferenze soggettive, intuizioni emozionali.

E il problema non riguarda solo il giudice costituzionale che ha una funzione di compartecipazione all'attività di conformazione dei valori costituzionali è istituzionalmente chiamato e tecnicamente attrezzato, **ma tocca, anche, in misura crescente, al giudice comune: è, infatti, dal giudice comune che in prima battuta gli individui pretendono l'immediata protezione di diritti e valori costituzionali.**

Laddove, poi, l'attività interpretativa coinvolge i valori o i principi allora solo tramite l'argomentazione dialettica si può trasformare l'opinione in sapere (Habermas), precisandosi che la persuasione deve poggiare sempre su argomenti fondati sulla ragione e non sulla *seduzione* dal momento che l'abilità oratoria non deve valere più della forza stessa degli argomenti (si scade altrimenti nella c.d. *eristica*).

L'intrinseca struttura dialogica dell'ermeneutica, invero, non può restare estranea alla questione fondativa del diritto in termini di verità e di giustizia: ma la assume su di sé come compito essenziale e ineludibile. L'ermeneutica è la naturale ed irrinunciabile dimora del civilista il quale non può permettersi di restare testimone dovendosi fare egli stesso appunto dicatore di verità e artefice di giustizia.

Il criterio da utilizzare in sede ermeneutica è quello del **bilanciamento** tra principi confliggenti²³: tale attività preserva da

²³ In verità il concetto di bilanciamento o altro simile non è una realtà recente ma accompagna il pensiero relativo alla deliberazione pratica sin dall'inizio della filosofia occidentale. Ne parlava già Platone quando considerava la *symploké*, l'intreccio o il contemperamento come la via verso la virtù, verso il "giusto mezzo". Tuttavia la prima vera teoria risale ad Aristotele il quale nell'*Etica Nicomachea* collega il discorso morale alle "virtù" applicando il concetto di "mésotes" quale modalità pratica della decisione morale tra "virtù" contendenti e collegando il medesimo

precipitose realizzazioni di un valore a scapito di altri e dispone la decisione al controllo critico di razionalità mediante il test di universalizzabilità²⁴.

Non è possibile fissare in norme astratte le relazioni tra valori ma è possibile almeno elaborare un sistema di regole di collisione ricavate dall'analisi e dal vaglio critico delle decisioni giurisprudenziali risolutive di antinomie di valori utilizzando anche l'esperienza del diritto comparato per vari aspetti più ricca della nostra.

Tra l'altro anche i singoli valori costituzionali non sono fissati in un ordine piramidale bensì con modello reticolare nel senso che la Costituzione fissa diverse gerarchie di valori con riferimento a specifici campi di azione per poi annodarle in modo da far capo ad alcuni valori supremi dotati di assoluta e generale priorità. In una democrazia libeale come quella italiana valori quali la vita e la pari dignità (art. 2 cost), o quello del libero sviluppo della personalità umana in un contesto di pari opportunità (artt. 2 e 3 cost.) sono valori assoluti e incondizionati posti a fondamento di più particolari libertà "negative" o "positive" disciplinate nelle norme successive della Carta Costituzionale. Tuttavia la Costituzione seppur forma un sistema normativo

alla virtù della temperanza, della moderazione e della razionalità intesa quest'ultima come dominio sulle passioni o imparzialità: "sophrosyne". Nonostante la sua importanza la teoria aristotelica ha subito un lungo sonno nei secoli successivi poiché è stata ripresa solo di recente – poco meno di un secolo fa – da Max Scheler e Nicolai Hartmann. Costoro, però, l'hanno riferita ai valori concepiti come principi - ridotti alla loro essenza ideale - di carattere eidetico e perciò collocati non sul piano ontologico delle differenze o più precisamente delle disposizioni soggettive – come aveva fatto Aristotele – bensì su quello assiologico vale a dire sul piano ideale del dover essere, del normativo.

²⁴ In punto merita menzione la recente sentenza della sezione lavoro della corte di cassazione 5 agosto 2010 n. 18279 nella quale si è precisato che "Non si è mancato di osservare in **dottrina** – proprio in una materia attinente al diritto di riservatezza– che l'operazione di bilanciamento può condurre ad un arretramento di tutela dei dati personali tutte le volte in cui nel conflitto di interessi il grado di lesione della dignità dell'interessato sia di ridotta portata rispetto a quella che subirebbe il diritto antagonista, non potendo consentirsi all'interessato di trincerarsi dietro l'astratta qualificazione del suo diritto sì da limitare in maniera rilevante il diritto di difesa della controparte. *Nelle controversie in cui configura una **contrapposizione tra due diritti**, aventi ciascuno di essi **copertura costituzionale**, e cioè tra valori ugualmente protetti, va applicato il **c.d. criterio di "gerarchia mobile"**, dovendo il giudice procedere di volta in volta ed in considerazione dello specifico "thema decidendum" alla individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di una equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico. Ne consegue che il richiamo ad opera di una parte processuale al doveroso rispetto del diritto (suo o di un terzo) alla "privacy" –cui il legislatore assicura in ogni sede adeguati strumenti di garanzia– non può legittimare una violazione del diritto di difesa che, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24, comma 2, Cost.), non può incontrare nel suo esercizio ostacoli ed impedimenti nell'accertamento della verità materiale a fronte di gravi addebiti suscettibili di determinare ricadute pregiudizievoli alla controparte in termini di un irreparabile "vulnus" alla sua onorabilità e, talvolta anche alla perdita di altri diritti fondamentali, come quello al posto di lavoro".*

ai cui vertici sono collocati alcuni valori non è strutturata, nella sua totalità come una rigida piramide i cui principi sono dislocati in ordine scalare: al di sotto dei principi assoluti vi sono reticoli di valori o costellazioni di valori ove in taluni casi è la stessa costituzione a disciplinare la gerarchia (es. art. 17 cost. in tema di riunioni) mentre in altri casi la gerarchia è implicita e la sua esistenza va determinata in base ad una complessa attività di interpretazione del sistema di valori costituzionali. (es. art. 13 cost.. rapporto tra libertà personale e sicurezza sociale intesa quale tutela di valori come vita, salute e proprietà privata).

In questo caso il potere ermeneutico è veramente ampio ma non arbitrario in quanto l'interprete deve pur sempre tener conto oltre che della "elevatezza" del valore così come stabilita dalla costituzione anche del "peso" del valore nel caso concreto e ciò nel senso che una volta che si è misurato il sacrificio imposto per la salvaguardia del valore in conflitto la gravità del sacrificio va verificata, al fine di giustificarne proporzionalmente la stessa con la gerarchia dei valori costituzionalmente rilevanti sicché se il sacrificio imposto nella fattispecie scrutinata è tale da colpire eccessivamente il valore preferito la disciplina normativa è da ritenersi incostituzionale.

La questione di preminenza di uno o altro dei valori che si propongono come criteri di decisione può essere individuata anche come una questione circa la maggiore o minore adeguatezza sociale delle conseguenze derivanti.

Aristotele, del resto, raccomandava il metodo della valutazione dei valori in base alle conseguenze sociali in quanto in tal modo è più agevole il controllo della razionalità della scelta. La congruenza assiologica di una scelta valutativa diventa funzione della sua giustificazione in base alle conseguenze sui comportamenti sociali.

L'argomento consequenzialista, tuttavia, introduce il ragionamento politico teleologicamente orientato nel discorso dei giuristi con il rischio di soggettivizzazione e politicizzazione dei criteri decisionali: ma in punto va ricordato che l'argomento consequenzialista oltre che alle regole metodiche dell'argomentazione in generale è soggetto anche a specifiche regole di metodo e a vincoli normativi.

Certo l'argomentazione pragmatica richiede doti elevate di cultura e equilibrio valutativo che è l'opposto di un giudice politicizzato: perché sia garantita la qualità del discorso giuridico, dunque, è importante che il valore della argomentazione sia riscoperto e praticato nelle diverse espressioni della società civile: nell'ambiente professionale, politico, accademico.

... segue. La scelta della decisione giusta

Ma una volta individuate le decisioni razionalmente fondate (ossia

ragioni dotate di accettabilità razionale)²⁵ occorre verificare la giustezza delle stesse ed il **contrassegno della giustezza del giudizio non è l'evidenza apodittica ma l'evidenza preferenziale o evidenza del verosimile**. In tale evidenza il requisito dell'oggettività (intesa nel senso debole della intersoggettività – Popper) - non è soddisfatto dalle scelte argomentate ma attraverso il sistema dogmatico.

Infatti è il pensiero dogmatico che permette la verifica di integrabilità nel sistema giuridico ossia di universalizzabilità. La trasformazione del valore in precetto normativo o regola del caso concreto, del resto, implica il doppio test di coerenza assiologica e dogmatica.

E tale idoneità a stabilizzarsi in vista dell'applicazione di casi futuri è una condizione essenziale di razionalità della decisione.

I dogmi giuridici, però, non sono verità assolute e immutabili autoritativamente sottratte al dubbio scientifico ma soltanto principi euristici, formule saggiatorie, (starting points), punti di vista pratici dotati di particolare forza di persuasione perché consolidati dalla tradizione del pensiero giuridico: come tali essi sono sempre aperti alla critica ed alla correzione o alla sostituzione ma si chiamano dogmi in quanto assolvono al compito di relativa stabilizzazione di giudizi di valore (le valutazioni assunte dall'ordinamento giuridico in un determinato momento storico) mediante la trasformazione di essi in concetti conoscitivi che forniscono punti fermi di riferimento per la comprensione del caso da decidere. In questo senso l'apparato concettuale fornito dalla dogmatica costituisce uno strumento indispensabile di garanzia della certezza del diritto o almeno in una società complessa e altamente dinamica un grado tollerabile di incertezza.

Quali le conclusioni da trarre?

La razionalità pratica del diritto, un tempo intesa come valore ordinamentale, viene ormai ricercata non a livello del sistema ma delle singole manifestazioni normative ²⁶ **mente il pensiero giuridico non è metodicamente omogeneo ma si svolge sia nei modi del pensiero dialettico sia nei modi del pensiero sistematico**.

E inevitabilmente l'utile prevale sul certo in un inarrestabile processo di moltiplicazione polimorfa dei formanti normativi.

²⁵ Si noti che Galgano parla di ragione come fonte del diritto

²⁶ Un esempio di interpretazione secondo il metodo illustrato è quello dell'art 2043 c.c. e del superamento della colpa come criterio di imputazione. Nel capitalismo maturo il pensiero problematico individua una soluzione diversa che accolla il danno all'impresa indipendentemente dalla colpa. Per rendere operativo tale giudizio di valore occorre l'analisi dogmatica e reperire nell'ordinamento indici normativi dai quali sia possibile derivare per una costellazione di casi un nuovo criterio di imputazione.

... segue. L'ambiente sociale in cui i valori sono diffusi

Basta un superficiale sguardo alle sentenze per rendersi conto che il giudice deve sempre più valutare anche fonti normative sovraordinate rispetto alla legge nazionale (norme comunitarie e costituzionali) con una 'interferenza' senz'altro importante poiché rende ragione proprio della complessità estrema del rapporto che intercorre tra la genesi del diritto e la sua applicazione²⁷. La sentenza cioè non può mai considerarsi la semplice traduzione in concreto della sola norma direttamente applicabile quanto il momento in cui viene messo in opera l'intero ordinamento tradotto nelle sue molteplici espressioni.

Anzi il grado di omologazione sociale che è stato raggiunto in Europa ha sostanzialmente appiattito le forti differenze di modi di valutare che secoli di isolamento linguistico hanno apparecchiato. Ciò comporta che ogni volta che il giudice sia chiamato a compiere una operazione ermeneutica orientata ai giudizi di valore diffusi nell'ambiente sociale esso possa rivolgersi non solo e tanto all'ambiente sociale nazionale ma possa anche fare riferimento alle tendenze che si riscontrano in Europa e nel mondo occidentale in genere.²⁸

In tal senso si possono citare due esempi in parte contrastanti:

A) Attribuzione del cognome paterno al figlio nato in costanza di matrimonio

Problema dell'attribuzione del cognome paterno al figlio nato in costanza di matrimonio (cass. ord. 22 settembre 2008 n. 23.934): la corte cost. con sent. 6/2006 dichiara la questione inammissibile perché sostiene che la soluzione richiesta avrebbe comportato un'operazione manipolativa esorbitante dai propri poteri. La Corte di Cassazione con l'ordinanza succitata spiega come tal norma inespresa dell'ordinamento italiano che

²⁷ Si consideri, in punto, che recentemente la corte di cassazione s.u. 1 giugno 2010 n. 13332 per giustificare la illegittimità del riferimento all'etnia dell'adottando nel procedimento di adozione da parte degli adottanti ha richiamato attraverso gli artt. 10 e 117 cost ossia agli obblighi assunti dallo Stato Italiano con la stipulazione di Convenzioni internazionali: la Conv. europea dei diritti dell'uomo, l' art. 14 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo - art. 2; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea di Nizza art. 21 e ha fatto riferimento a numerose sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

²⁸ Già nel 1878, però, la corte di cassazione romana precisava che "non eccede i limiti del suo potere il magistrato che trae gli elementi di interpretazione di una legge e dello scopo di un istituto anche dalla dottrina di autori stranieri e dallo spirito di legislazioni straniere in materia del tutto consona colle nostre leggi e i nostri istituti". Cass. Roma 9.5.1878 in Foro it. III I 456.

attribuisce automaticamente al figlio il cognome del padre sia in contrasto con numerose norme internazionali e raccomandazioni del Consiglio di Europa nonché varie Convenzioni e alcune sentenze della Corte E.D.U. che hanno mostrato di considerare il nome patronimico socialmente rilevante in quell'ambito sicché poiché la soluzione italiana appare ormai del tutto isolata a livello europeo ha sollecitato la corte costituzionale ad intervenire nuovamente. Ma la corte costituzionale ha già indicato una netta preferenza per la via legislativa.

L'argomentazione complessivamente svolta dalla Corte di Cassazione è attinente alla sfera della cultura sociale diffusa e quindi ai valori generalmente sentiti e non alla sfera delle fonti in senso formale. In tal senso i dati citati sono indicativi di un sentimento diffuso in Europa circa la insopportabilità di ogni forma di discriminazione a sfavore delle donne. In questa direzione certamente un criterio teleologico forte come quello adottato dalla Corte di Giustizia che venisse finalizzato allo scopo di adeguare il nostro ordinamento alle convergenti indicazioni della nostra carta costituzionale e dei sistemi giuridici europei e comunitario potrebbe costituire uno strumento assai potente (in punto v., però, oltre).

B) Matrimonio omosessuali

Qui i riferimenti giurisprudenziali sono due: la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 (confermata dall'ordinanza 22 luglio 2010 n. 265) e la sentenza della Corte di Giustizia 24.6.2010 nella causa Schalk and Kopf vs. Austria n. 30141/04.

Premessa.

Nella sentenza della corte costituzionale si osserva che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata. Il precetto costituzionale, pertanto, non può essere superato in via ermeneutica perché non si tratterebbe di semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa bensì di procedere ad un'interpretazione creativa.

Tanto più che le unioni omosessuali non possono ritenersi omogenee al matrimonio.

Ma la corte, a ben vedere, in altre sentenze ha già preso in

considerazione fenomeni estranei all'originaria intenzione del legislatore ritenendo connaturata alle costituzioni in quanto fonti destinate a durare nel tempo la capacità di rispondere ad esigenze neppure ipotizzabili da coloro che le hanno un tempo elaborate (si pensi al danno non patrimoniale da lesione di diritto costituzionalmente tutelato).

La lettura della sentenza sembra condurre, allora, alla conclusione che l'interpretazione evolutiva deve essere ammessa solo laddove abbia riguardo a fatti inimmaginabili ab origine mentre la stessa non può essere consentita ove abbia ad oggetto situazioni già conosciute e perciò implicitamente escluse.

Riferimenti alle tendenze europee.

Sugli artt. 8 (vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della C.E.D.U. la Corte evoca la Carta di Nizza, in particolare gli artt. 7 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 9 (diritto a sposarsi e a costituire una famiglia) nonché l'art. 21 (diritto a non essere discriminati), menziona varie risoluzioni delle istituzioni europee e segnala che nell'ordinamento di molti Stati aventi civiltà giuridica affine a quella italiana si sta delineando una nozione di relazioni familiari tale da includere le coppie omosessuali.

Ma infine rileva come anche l'art. 9 della Carta nell'affermare il diritto a sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

La sentenza della Corte EDU, a sua volta, come è stato sia per il crocifisso che per la fecondazione eterologa fa costante riferimento alla dottrina del consenso e al margine di apprezzamento degli Stati.

In particolare la sentenza della Corte di Strasburgo prende avvio da una coppia omosessuale austriaca che nel 2002 si è vista negare dalle autorità austriache la possibilità di contrarre matrimonio. La Corte Costituzionale austriaca, investita della questione, rigettava la domanda ritenendo che la negazione del matrimonio non costituisse violazione della vita privata e familiare e del principio di non discriminazione.

Nel 2004 la coppia ricorreva alla Corte europea dei diritti dell'Uomo lamentando la violazione dell'articolo relativo al matrimonio (art. 29) e quello relativo alla protezione della vita privata e familiare in relazione al principio di non discriminazione (artt. 12,8,14). Nel frattempo in Austria entrava in vigore la legge sulla registrazione civile delle unioni omosessuali che garantisce piena equiparazione di queste coppie a quelle unite in matrimonio quanto a diritti sociali e a gran parte dei rapporti civili salvo alcune condizioni (es. acquisizione del cognome e diritto alla genitorialità).

La Corte E.D.U. ha rigettato all'unanimità la violazione dell'art. 12 il quale prevede espressamente che i titolari del diritto di matrimonio siano

uomini e donne rispetto alla richiesta di interpretazione evolutiva della locuzione “uomini e donne”.

A tal proposito la Corte spiega che si è optato prima di tutto per un'interpretazione sistematica - quella che in realtà è l'interpretazione principe dei Trattati Internazionali delle Carte dei Valori – per trarre la conclusione che la locuzione “uomini e donne” è stata deliberatamente utilizzata al posto di altre espressioni ricorrenti nella Convenzione come la parola “tutti” e che tale conclusione è confermata dall'interpretazione storica-comparativa.²⁹ Peraltro l'unica opinione concorrente alla sentenza in esame si distanzia dalle motivazioni di maggioranza proprio sul presupposto che anche utilizzando l'interpretazione letterale l'espressione “uomini e donne” non può far riferimento a coppie dello stesso sesso.

Ora dalle superiori osservazioni possono evidenziarsi alcuni spunti critici.

Anzitutto va osservato che seguendo le tecniche interpretative sistematiche letterali è consentita un'indipendenza dell'argomentazione del giudice rispetto a condizioni pregiudiziali e prepolitiche come appunto il concetto di cultura e consenso sociale. Invece la scelta della Corte di appoggiare le sue conclusioni anche su un'indagine comparata con gli Stati membri della Convenzione rende il discorso giuridico estremamente fluido. I giudici, infatti, notano che pur nell'evoluzione sociale del concetto di matrimonio non c'è un consenso europeo sul matrimonio omosessuale. Il matrimonio, infatti, ha profonde radici sociali e culturali che possono cambiare da un contesto all'altro e, quindi, non bisogna affrettarsi a sostituire il giudizio della Corte rispetto a quello delle autorità nazionali che meglio sono in grado di riflettere e rispondere ai bisogni della società.

Pertanto l'art. 12 rappresentando un livello minimo di garanzia consente ad ogni Stato di disciplinare il matrimonio omosessuale in maniera discrezionale senza che nessuno lo possa obbligare a riconoscere il matrimonio omosessuale.

Da tale spunto argomentativo può trarsi la conclusione che il giudice deve pur sempre tenere in considerazione il sentire sociale del contesto nazionale in cui vive e non certo di quello europeo.

Anche se, a dire il vero, in questo passaggio la scelta della Corte Edu può essere accostata a quella della nostra Corte Costituzionale nell'assumere un atteggiamento di self-restraint a favore del legislatore più adatto a riflettere la volontà popolare rispetto a una manciata di giudici che deliberano

²⁹ Si noti come tale criterio interpretativo si accosti perfettamente all'argomentazione utilizzata dalla nostra Corte Costituzionale nella sent. n. 148/2010.

in camera di consiglio. **Videant Consules.**³⁰

Più controversa, invece, la decisione sulla violazione dell'art. 8 in connessione con l'art. 14 relativo alla vita privata e familiare.

Innanzitutto, qui, lo stesso criterio del consenso e dell'evoluzione sociale viene utilizzato dalla Corte non in senso conservativo ma in senso innovativo. Come già accaduto per la definizione del genere sessuale la Corte cambia orientamento quanto al riconoscimento del diritto alla vita familiare, e non solo di quella privata, alle coppie omosessuali. E la Corte cambia opinione sulla scorta dell'evoluzione sociale dimostrata ancora una volta dal trend giuridico europeo estendendo agli omosessuali il diritto alla vita familiare e non solo alla riservatezza familiare.

Chiarito questo importante passaggio la Corte, con 4 voti a 3, rigetta la lamentele dei ricorrenti con argomentazioni relative allo *ius superveniens* austriaco.

Volendo ora trarre le conclusioni non può non osservarsi che la sentenza dimostra la difficoltà del discorso giuridico di essere indipendente e autarchico rispetto al discorso sociale e culturale.

Il che non è affatto ovvio per quegli ordinamenti di natura positivista come il nostro ed introduce importanti sfide alle teorie giuridiche contemporanee.

Il riferimento ai numeri fatto dalla Corte (quanti Stati consentono il matrimonio agli omosessuali, quanti Stati hanno adottato una disciplina specifica e quanti non sono ancora intervenuti) tradisce in realtà l'esigenza e l'intrinseca difficoltà di "misurare" quello che la Corte chiama genericamente il "*consenso europeo*" e che peraltro nella sua giurisprudenza utilizza in maniera non univoca e coerente.

Ma vi è allora da chiedersi che cosa la Corte dovrebbe decidere se si trovasse a giudicare un ordinamento come il nostro in cui, invece, la lacuna legislativa potrebbe agevolmente far dedurre la violazione dell'art. 8.

Infine la corte non esclude in base al trend giuridico ed al consenso sociale un mutamento di orientamento e sembra voler opportunamente accordare le proprie scelte a quelle nazionali intervenendo in via definitiva solo e laddove lo sviluppo delle legislazioni nazionali farà concludere che i temi sono ormai maturi per un epocale mutamento del concetto linguistico

³⁰ Va ricordato, però, che Corte Cost. 14.11.1997 n. 329 ha precisato che il richiamo alla cosiddetta coscienza sociale se può valere come argomento di apprezzamento delle scelte del legislatore sotto il profilo della loro ragionevolezza è viceversa vietato espressamente nel campo delle discipline differenziate in base a determinati elementi distintivi tra i quali appunto sta la religione. Diversamente ragionando si finirebbe per rendere cedevole la garanzia costituzionale dell'uguaglianza rispetto a mutevoli e imprevedibili atteggiamenti della società sminuendo, in tal modo, la protezione delle minoranze.

prima che giuridico di matrimonio.

§ 6. - Incidenza dell'argomento comunitario

L'attività ermeneutica del giudice civile deve tenere conto anche della novità dell'argomento ermeneutico comunitario.

L'argomento ermeneutico prevalentemente utilizzato dalla Corte di Giustizia è l'argomento teleologico: tale argomento non è bilanciato dal criterio sistematico formale che invece è il vero protagonista della ermeneutica italiana classica. E non esiste nemmeno un criterio letterale.

La ragione di ciò risiede nel fatto che il diritto comunitario legislativo non è ordinato a sistema e che a rigore non esiste nemmeno un testo, posto che la formazione comunitaria si trova in un metatesto composto della diversa versione linguistica delle medesime disposizioni. Inoltre l'argomento teleologico è orientato ad imporre l'uniforme effettività del diritto comunitario e, quindi, si colora di particolare tonalità che si trae dal realismo giuridico e non dal finalismo assiologico che è inteso da noi.

Esiste una cultura degli effetti e non dei presupposti (v. Claudio Scognamiglio³¹).³²

Questa specifica curvatura dell'argomento teleologico sembra trascurata dal nostro ambiente giuridico: addirittura le difese svolte dalla Repubblica Italiana avanti alla Corte di Lussemburgo sembrano fare più affidamento ad argomenti logico- formali che ad argomenti teleologici (es. causa Traghetti del Mediterraneo ove era discusso il profilo della responsabilità dello Stato per errata applicazione del diritto comunitario in cui l'argomento era costituito dall'intangibilità del giudicato interno. Tale argomento, tuttavia, appariva in contrasto con la effettività dell'ordinamento comunitario che è la stella polare la quale guida la costante interpretazione della corte di Giustizia ed infatti in una decisione 18.7.2007 c. 119/2005 Lucchini la corte ha chiarito che *“Il diritto comunitario osta all'applicazione*

³¹ Secondo il filosofo tedesco Ernst Cassirer nel moderno si è prodotta quella “desostanzializzazione” del mondo che ha spogliato le cose delle loro “essenza individua” e le ha ridotte a funzioni. Si è passati dal concetto di sostanza a quello di funzione. Le cose hanno cominciato a valere non per il loro essere o per la loro propria ragione ma per gli effetti che producono – Cassirer : *“Sostanza e funzione”* ; trad. Firenze La Nuova Italia 1973.

³² Si consideri che a livello generale le funzioni di governo disegnano lo spazio della politica i cui parametri di valutazione sono l'efficienza e l'utilità dei risultati ottenuti mentre le funzioni di garanzia corrispondono allo spazio della giurisdizione i cui criteri di valutazione dovrebbero essere la correttezza e l'accertamento dei loro presupposti legali nonché l'effettività degli adempimenti richiesti: requisiti dai quali, all'evidenza, si allontana la metodologia operativa della Corte di Giustizia.

di una disposizione del diritto nazionale come l'art. 2909 c.c. volta a sancire il principio dell'autorità della cosa giudicata nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione dalla Commissione delle Comunità Europee ed è diventata definitiva".)

Vi è, dunque, una tendenza della giurisprudenza comunitaria a relativizzare il giudicato nazionale e a distinguere le controversie di diritto comunitario aventi esclusivamente ad oggetto diritti disponibili delle parti per le quali sono operanti gli strumenti processuali apprestati dall'ordinamento nazionale (con i soli limiti dei principi di equivalenza e di effettività) dalle controversie che coinvolgono il rispetto da parte dello Stato membro di norme comunitarie imperative, quali i principi e le disposizioni in materia di tributi armonizzati con riguardo alle controversie in cui risultino coinvolti obblighi che incombono allo Stato e, quindi, a tutti i suoi organi, inclusi quelli giudiziari.

La Corte di Giustizia, più volte ha affermato non solo l'obbligo delle autorità nazionali di conformarsi al diritto comunitario ma anche il dovere di eliminare violazioni precedentemente commesse benché realizzate attraverso atti dotati di carattere definitivo alla stregua dell'ordinamento nazionale.

Ha pure proclamato l'esistenza del principio della cosa giudicata comune agli ordinamenti degli Stati Membri quale strumento idoneo a garantire la certezza del diritto ma nel contempo ha escluso che lo stesso principio possa impedire la piena applicazione del diritto comunitario in materie di particolare rilevanza per l'ordinamento comunitario (cfr. Corte di Giustizia 3 settembre 2009 in causa C-2/08). Per tali pretese la Corte di Giustizia appare volersi riportare alla limitazione del giudicato alla cd. pretesa processuale propria della tradizione giuridica continentale secondo la quale non sono assistite da efficacia di giudicato tutte le affermazioni giuridiche e fattuali estranee allo specifico oggetto della lite. In tema fiscale le s.u. 13916/06 hanno superato il principio della frammentazione dei giudicati in base al quale ogni annualità fiscale conserva la propria autonomia perché tale principio è stato ritenuto dalla Corte di Giustizia contrastante con la normativa comunitaria.

La prevalenza del diritto comunitario sul giudicato formatosi tra privati è la prova principe che la Corte comunitaria non intende affatto arretrare dal ruolo di giudice dei diritti comunitari anche se ciò dovesse provocare delle rotture di sistema a livello nazionale.

Ancora una volta l'esigenza di una tutela effettiva diventa il baricentro dell'interesse della Corte anche a costo di ridiscutere il pilastro rappresentato

dalla certezza del diritto e dal suo primo strumento di tutela ossia il giudicato. Insomma il principio del giudicato non è assoluto e deve essere conciliato con altri valori meritevoli di tutela quali i principi dello stato di diritto e del primato del diritto comunitario nonché il principio di effettività. Secondo la Corte comunitaria occorre bilanciare la certezza del diritto, perseguita attraverso il giudicato, con l'imperativo della legalità comunitaria. In tal modo il principio della certezza del diritto non dovrebbe emergere come indebolito ma solo come riproporzionato, ridimensionato dalla nuova realtà europea e globale di cui entra a fare parte.

Addirittura recentemente la Corte di Giustizia con la sentenza 8 settembre 2010 nel § 61 ha ritenuto “*inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione*” citando in senso conforme, la propria sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Racc. pag. 1125, punto 3).

Il compito oneroso che, allora, attende i giudici è proprio quello di realizzare quel delicatissimo bilanciamento tra principi e valori provenienti da plurimi ordini che compongono il sistema di tutela multilivello dei diritti.

La diversa modalità ermeneutica utilizzata dalla Corte di Giustizia si può riscontrare in un altro caso: quello della decorenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno in caso di pregiudizio subito dal singolo per il fatto di non aver acquistato la titolarità di un diritto in conseguenza della violazione dell'ordinamento comunitario da parte dello Stato che non ha recepito una direttiva comunitaria non self-executive.

La sentenza Emmot (25 luglio 1991 c. 208/90) sostiene che finché la direttiva non è correttamente trasposta nel diritto nazionale i singoli non sono stati posti in grado di avere piena conoscenza dei loro diritti. Tale situazione d'incertezza per i singoli sussiste anche dopo una sentenza con la quale la Corte ha dichiarato che lo Stato membro non ha soddisfatto gli obblighi che ad esso incombono ai sensi della Direttiva. Solo la corretta trasposizione porrà fine allo stato di incertezza e solo al momento della trasposizione si è creata la certezza giuridica necessaria per pretendere dai singoli che essi facciano valere i loro diritti.

La sentenza Danske Slagterier (24.3.2009 causa C-445/06), invece, sostiene che il termine di prescrizione decorre dal momento in cui si sono verificati i primi effetti lesivi di detta scorretta o omessa attuazione.

La differenza tra le due decisioni è giustificata con la circostanza che nel caso Emmott l'esistenza del termine controverso ha privato totalmente i soggetti lesi della possibilità di far valere i loro diritti dinnanzi ai giudici nazionali mentre nel caso Danske Slagterier non si sarebbe determinata tale

privazione.

Ancora una volta l'interpretazione del giudice comunitaria ha risvolti marcatamente equitativi ed è finalisticamente orientata.

E tale metodologia interpretativa sta conformando anche l'attività della Suprema Corte di Cassazione.

Bastino due esempi.

** Con la sentenza 7 luglio 2010 n. 16.037, infatti, le Sezioni Unite hanno statuito che l'effettività del principio di garanzia della durata ragionevole del processo (come previsto dall'art. 111 II° comma Cost.) impone al giudice (anche nell'interpretazione dei rimedi processuali) di evitare comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso traducendosi, per converso, in un inutile dispendio di attività processuali non giustificate, in particolare né dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.) né da effettive garanzie di difesa (art. 24 cost): principio già ribadito dalle s.u. con sentenza 27 aprile 2010 n. 9962 - in tema di nullità ove si è affermato che le norme di rito devono essere interpretate in modo razionale in correlazione con il principio del giusto processo in guida da rapportare gli oneri di ogni parte alla tutela degli interessi della controparte dovendosi escludere che l'ordinamento imponga nullità non ricollegabili con la tutela di alcun ragionevole interesse processuale delle stesse (art. 156 c.p.) - nonché nella sentenza s.u. 16 marzo 2010 n. 6325 (ove si è escluso che possa essere sanzionato con l'estinzione del processo il mancato compimento di adempimenti processuali che si siano appalesati del tutto superflui quali la rinnovazione della notificazione di un atto da una parte la cui attività processuale dimostri che essa ne abbia già avuto conoscenza: essenziale è che siano stati rispettati il principio del contraddittorio e del diritto di difesa).

** Il secondo esempio si può trarre dall'ordinanza cass. sez. II ord 17.6.2010 n. 14627 in tema di d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115 riguardante la liquidazione dell'onorario del difensore di soggetto ammesso al gratuito patrocinio³³.

Il 3 settembre 2009 con la sentenza n. 19.161 le S.U. hanno risolto il contrasto innovando il precedente orientamento statuendo, in particolare, che spetta sempre al giudice civile la competenza a decidere sulle opposizioni nei confronti dei provvedimenti di liquidazione dell'onorario del difensore di soggetto ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato e il ricorso per cassazione va proposto nel rispetto dei termini e delle forme del codice di rito civile dinanzi alla sezioni civili. Il nuovo orientamento dovrebbe condurre all'inammissibilità del ricorso per cassazione avverso ordinanza resa in sede di

³³ Ordinanza confermata dalla successiva ordinanza cass. 2 luglio 2010 n. 15811.

opposizione ad un giudice penale con le regole procedurali proprie del rito penale. La cassazione spiega che l'interpretazione consolidata è mutata e il ricorrente non ha tenuto una condotta imputabile a sua colpa sicché in attuazione del principio del giusto processo – la cui portata non si esaurisce nella sommatoria delle garanzie strutturali formalmente enumerate nel secondo comma dell'art. 111 cost (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo ed imparziale, ragionevole durata di ogni processo) ma rappresenta una sintesi qualitativa di esse (nel loro coordinamento reciproco e nel collegamento con le garanzie del diritto di azione e di difesa) la quale risente dell'effetto dell'art. 6 Conv. per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della corrispondente giurisprudenza di Strasburgo. Da ciò la corte fa derivare che la parte la quale abbia perseguito la tutela di un diritto con un'iniziativa processuale conforme alla legge del tempo – nel reale significato da questa assunto nella dinamica operativa per effetto dell'attività concretizzatrice della giurisprudenza di legittimità ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di giurisprudenza - deve essere rimessa in termini con l'applicazione del disposto dell'art. 184 bis c.p.c. che deve essere interpretato non in maniera restrittiva come relativo solo alle decadenze istruttorie ma con riguardo anche a situazioni esterne al giudizio in ottemperanza al principio delle esigenze di certezza ed efficacia delle garanzie difensive nel processo civile.

Aggiunge la corte che il soggetto che subisce una decadenza per fatto estraneo alla sfera di disponibilità della parte (corte cost. 447/2002) deve essere rimesso in termini così valorizzandosi la tecnica di assumere il precetto costituzionale quale fonte diretta di regolamentazione dei rapporti giuridici (cass. S.u. 28.7.2005 n. 15783) al fine di non addebitare alla parte incolpevole le conseguenze di atti del procedimento che siano di ostacolo all'esercizio dei poteri processuali esterni .

L'rt. 184 bis c.p.c., dunque, viene in considerazione non già come regola di dettaglio pensata per le inattività derivanti dagli impedimenti tipici di natura materiale ed oggettiva ma nella sua portata di precitato normativo espressione di un principio generale di superiore giustizia – coesistente alla garanzia costituzionale dell'effettività della tutela processuale - che vede nel rimedio restitutorio il mezzo rivolto a non far sopportare alla parte le conseguenze di fatti a lei non imputabili.

La corte, poi, risolve anche la problematica della mancanza dell'istanza di rimessione in termini assumendo che la necessità di apposita istanza si giustifica con la necessità che la parte profili i fatti che integrano il presupposto della causa non imputabile dimostrando che la decadenza è dipesa da impedimento non evitabile con il grado di diligenza a cui essa è

tenuta e nella fattispecie l'impedimento (ossia l'affidamento nella giurisprudenza consolidata) era conosciuto dallo stesso giudice³⁴.

** Ma l'influenza del diritto comunitario si esplica anche in altro modo.

Infatti il nostro diritto giurisprudenziale o richiama le nozioni create dalla giurisprudenza comunitaria (es. corte cost. 272/2004 ove si fa riferimento alla nozione di concorrenza comunitaria traendola dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia “*dal punto di vista interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario*”) determinando la cd. “circolazione dei modelli giuridici” o

recepisce principi che enucleano un valore il quale deve poi essere inserito in un bilanciamento tra valori ordinamentali alcuni dei quali possono essere di origine comunitaria ed altri tratti dalla sfera di legalità costituzionale del diritto interno.

In questa attività di bilanciamento viene, però, necessariamente meno la gerarchia delle fonti imposta dal principio di supremazia del diritto comunitario (es. il principio di tutela del legittimo affidamento utilizzato come parametro di valutazione del corretto svolgimento dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadini è di origine comunitaria ma ormai dispiega i suoi effetti nell'ambito del procedimento amministrativo in generale).

³⁴ Proprio applicando i principi esposti nell'ordinanza in commento i giudici di merito dovranno affrontare nei prossimi mesi le problematiche intertemporali che sorgeranno dopo la sentenza cass. s.u. 9 settembre 2010 n. 19.246, la quale modificando un consolidato e costante orientamento giurisprudenziale (ultraventennale), ha statuito che la sola proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo, ex art. 645 c.p.c., comporta automaticamente la dimidiazione dei termini di costituzione indipendentemente dalla concessione di termini di comparizione regolari o ridotti. In tal caso, infatti, molte parti opponenti confidando nel pregresso costante orientamento ultraventennale, dopo aver concesso termini di legge di comparizione (concedendo i quali per la giurisprudenza del supremo collegio potevano costituirsi entro 10 giorni dall'avvenuta notifica), si sono costituite entro i dieci giorni dalla notifica e non entro il termine dimidiato di gg. 5 (come ora richiesto dalle Sezioni Unite) e ciò comporta l'improcedibilità della azione con conseguente definitiva esecutorietà del decreto ingiuntivo: improcedibilità rilevabile anche dal giudice d'ufficio.

Ora nel caso in esame è evidente che le parti opponenti hanno perseguito la tutela di un diritto con attività processuale conforme alla legge del tempo nel reale significato da questa assunto nella dinamica operativa per effetto dell'attività concretizzatrice della giurisprudenza di legittimità ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di giurisprudenza e non per condotta imputabile a colpa degli stessi opponenti. Sicché l'unica soluzione costituzionalmente orientata in ottemperanza al principio del giusto processo - ex art. 111 cost, così come richiamato dall'ordinanza della Cassazione in commento - appare, nella fattispecie, quella di ritenere tempestivamente costituite nei 10 gg. successivi alla notifica tutte le parti che hanno operato in data anteriore al deposito della sentenza delle sezioni unite.

§ 6.a - Il problema del ruolo dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea³⁵.

Un'ulteriore problematica che incide fortemente e direttamente sull'attività interpretativa del giudice civile è quella dell'interpretazione conforme al diritto della U.E..

In merito, preliminarmente, si impone una precisazione: la U.E. ha competenza esclusiva in cinque settori: unione doganale, definizione delle regole della concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca, politica commerciale comune: trattasi di indicazioni esaustive. Poi vi è una competenza U.E. concorrente ove l'indicazione delle materie è esemplificativa (es. trasporti, mercato interno, energia, sicurezza e giustizia, cultura, turismo, istruzione, formazione professionale ecc). Infine vi sono competenze esclusive degli Stati quali: a) il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna (art. 72 T.F.U.E.), b) la delimitazione geografica delle frontiere nazionali conforme al diritto internazionale; l'applicazione di misure coecitive; in materia di immigrazione la deteminazione del volume di ingresso nel territorio nazionale di cittadini di paesi terzi allo scopo di cercare lavoro; la materia processuale (principio dell'autonomia processuale pur nei limiti del rispetto dei principi generali dell'effettività e dell'equivalenza); la materia di

³⁵ Per completezza va ricordato che in tema di interpretazione conforme esistono tre tipologie: interpretazione conforme al diritto comunitario, interpretazione conforme al giurisprudenza C.E.D.U. e interpretazione conforme al dettato costituzionale. In punto si creano problemi circa la gerarchia di tali interpretazioni. Si danno due prospettive metodico-teoriche che possono essere in astratto adottate: quella della possibile ordinazione gerarchica tra le interpretazioni conformi e l'altra, opposta, della loro impossibile sistemazione secondo una scala di priorità. La prima parrebbe avere un suo fondamento assai solido che le viene dalla teoria delle fonti ma tale affermazione non persuade del tutto se non altro in ragione della differenza di fondo, di ordine strutturale-funzionale intercorrente tra la teoria dell'interpretazione, che è per sua indeclinabile vocazione di stampo circolare, e la teoria delle fonti che- nelle sue più diffuse rappresentazioni di chiara matrice kelseniana – è di stampo verticale. Sta di fatto che facendosi dipendere l'una dall'altra teoria, la ragion d'essere dell'interpretazione conforme viene usualmente vista nella disposizione a scala della fonte-oggetto e della fonte parametro dell'interpretazione. E poiché dall'angolo visuale del diritto interno il punto più alto di unificazione-integrazione dell'ordinamento è la Costituzione se ne ha che l'interpretazione conforme a Costituzione dovrebbe avere sempre la precedenza, in ogni caso, sulle altre interpretazioni conformi. Qualche autore, però (v. Ruggieri) per chiarezza propugna l'introduzione in Costituzione di una "Europaklausel".

imposizione fiscale diretta; la determinazione delle condizioni di acquisto e di perdita della cittadinanza.

La Corte di Giustizia, tuttavia, sottolinea che anche nelle materie di competenza esclusiva gli Stati devono rispettare i principi generali quali quelli di non discriminazione, sull'orientamento sessuale e di libera circolazione e soggiorno.

Tenendo conto delle limitate competenze della U.E. si passa, ora, ad analizzare la problematica dell'interpretazione conforme.

L'esigenza di interpretazione conforme consegue generalmente all'esistenza di rapporti di sovra e sotto ordinazione tra norme giuridiche. Laddove si prospetti un apparente contrasto tra regole di diverso rango operanti nello stesso ordinamento giuridico spetta all'interprete che deve applicare la norma di rango inferiore cercare di attribuire alla stessa un significato tale da armonizzarla con il contenuto e l'obiettivo delle regole di rango superiore.

L'interpretazione conforme trova applicazione sia nei rapporti tra norme interne (es. per il principio di supremazia costituzionale tra più soluzioni astrattamente possibili va scelta quella che rende la disposizione più conforme a Costituzione) o tra norme discendenti da ordinamenti diversi ma tra loro connessi.

L'interpretazione conforme opera come criterio previsto ed imposto dal diritto dell'Unione Europea sia come strumento per conseguire il risultato previsto dalle direttive sia come attuazione del principio di leale collaborazione (art. 10 T.C.E.)³⁶.

La formula standard utilizzata dalla Corte di Giustizia è quella che *“l'obbligo degli Stati membri derivante da una direttiva di conseguire il risultato da questa contemplato come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del Trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo valgono per tutti gli organi degli*

³⁶ Principio ribadito anche recentemente dalla Sezione Grande della Corte di Giustizia con la sentenza 8 settembre 2010 nella causa C-409/06 ove al § 58 si è precisato che *“... in conformità di una giurisprudenza costante, il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è stato ribadito anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e che, a tale riguardo, è compito dei giudici degli Stati membri, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 10 CE, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione (sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet, Racc. pag. I-2271, punti 37 e 38 e la giurisprudenza ivi citata)”*.

Stati membri ivi compresi quelli giurisdizionali”.

Inoltre nella sentenza Pfeiffer del 2004 la Corte al tradizionale richiamo all’art. 10 T.C.E. ha aggiunto che l’esigenza di interpretazione conforme è inerente al Trattato in quanto permette al giudice nazionale di assicurare nel contesto delle sue competenze la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta. Emerge in questo modo il legame funzionale esistente tra la tecnica dell’interpretazione conforme ed il principio della effettività delle norme U.E. e della tutela da esse apprestata. (inerenza per vero già sottolineata nella sentenza Francovich con riferimento alla tutela risarcitoria).

Ovviamente l’interpretazione conforme opera solo qualora sia impossibile consentire alla norma U.E. di spiegare effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri. Se la norma U.E. è, infatti, insuscettibile di produrre effetti diretti perché incompleta o non incondizionata – eventualità cui per le sole direttive inattuata deve aggiungersi l’ipotesi dei rapporti orizzontali - allora la tutela deve essere garantita in modo “indiretto” interpretando appunto la normativa interna in funzione della lettera ma soprattutto dello scopo perseguito dalla norma sovranazionale. Ove, invece, tutto manchi, ossia anche l’interpretazione conforme si riveli impossibile per contrasto insanabile tra la norma nazionale e quella sovranazionale l’ultimo rimedio messo a disposizione per garantire l’efficacia di quest’ultima consiste nella possibilità per il privato di chiedere ed ottenere dallo Stato inadempiente tutela risarcitoria (sentenza Faccini Dori 14 luglio 1994 c 91/92).

Si noti come logicamente l’interpretazione conforme è subordinata all’assenza di effetto diretto mentre logicamente l’attività ermeneutica dovrebbe risolvere il conflitto apparente con la norma U.E. e dovrebbe escludere il presupposto dell’effetto diretto ossia l’inadempimento dell’obbligo o il mancato raggiungimento dello scopo della norma U.E. che l’effetto diretto tenderebbe a sanzionare.

Infatti in altre sentenze la Corte di Giustizia (es. sent. 27.2.2003 causa C32/2000 Santex - Unità sociosanitaria locale n. 42 di Pavia – ma anche recentemente Corte Giustizia sentenza 15 luglio 2010 pres. Rodriguez - rel. Rosas in tema di disposizioni di cui agli artt. 21 e ss regolamento 2201/2003 relativo al riconoscimento ed all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale) ha specificato che il giudice procede ad applicare direttamente il diritto comunitario eventualmente disapplicando le disposizioni nazionali che condurrebbero ad un risultato ad esso contrario solo qualora non riesca a conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un’interpretazione per quanto possibile conforme ai

precetti del diritto comunitario.

Ma una volta chiarito il ruolo dell'interpretazione conforme nel quadro delle diverse tecniche attraverso cui il giudice interno può garantire l'effettività del diritto U.E. occorre ora guardare brevemente quale è il concreto ambito nel quale la tecnica in esame opera.

Ambito temporale:

Direttive inattuatae. Il problema non si pone a seconda che il tempo per l'attuazione della direttiva sia o no scaduto (sentenza Nijmegen Corte Giustizia 8 ottobre 1987 causa 80/86 Kolpinghuis Nijmegen). Ma la sentenza Centrosteeel (13 luglio 2000 causa C456/98) limita l'obbligo d'interpretazione conforme a controversie riguardanti fatti successivi alla scadenza del periodo di trasposizione della direttiva (sentenza confermata dalla sent. 4 luglio 2006 cus C212/04 Adeneler),

Quali sono le norme interne da interpretare in modo conforme?

Premesso che il dovere di interpretazione conforme sussiste a prescindere dalla qualità della norma comunitaria che funge da parametro (cioè dalla sua precisione o carattere incondizionato) e che, pertanto, nei rapporti sia verticali che orizzontali si tratta di vedere se l'interpretazione conforme riguarda norme interne anche antecedenti, successive o funzionalmente collegate alla direttiva de qua.

La sentenza Marleasing ha precisato che l'interpretazione conforme deve riguardare tutte le norme siano esse precedenti o successive alla direttiva. Con la sentenza Pfeiffer, poi, si è statuito che l'interpretazione deve riguardare l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale. In altri termini si è voluto dire che i giudici nazionali si devono adoperare al meglio nei limiti della loro competenza prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo al fine di garantire la piena effettività della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima.

Quali sono i limiti che incontra l'interpretazione conforme?

Sono essenzialmente due: il rispetto dei principi generali di diritto, in particolare in materia penale, e l'interpretazione contra legem.

Primo limite

Il primo limite è costituito dai principi giuridici generali che fanno parte del diritto comunitario ed in particolare quello della certezza del diritto e della irretroattività.

L'irretroattività riguarda non solo l'ambito penale ma anche quello civile perché nella sentenza Arcaro si è sostenuto che l'interpretazione non deve comportare che ad un singolo venga opposto un obbligo previsto da un

direttiva non trasposta anche se nella sentenza Wells la Corte ha distinto tra imposizione di obblighi a carico delle parti - effetto che non può essere realizzato in virtù del principio della certezza del diritto - e mere ripercussioni negative sui diritti dei terzi che invece non escludono l'invocazione delle disposizioni di una direttiva.

Secondo limite

L'altro limite é quello che l'interpretazione conforme non può mai essere *contra legem*.

La corte afferma tale principio ma in più casi incoraggia i giudici a porre in essere operazioni di disapplicazione mascherata del diritto interno contrastante con quello comunitario in modo da garantire, in ogni caso, l'ottenimento del risultato contemplato dalla norma U.E.

Esempio: sentenza Maerleasing. In tale arresto la Corte segnala al giudice spagnolo che era tenuto ad interpretare il proprio diritto interno alla luce delle lettera e dello scopo della direttiva 68/151/CE non trasposta al fine di impedire la dichiarazione di nullità di una società per azioni per un causa diversa da quelle elencate nell'art. 11 della stessa direttiva.

E ancora: nella sentenza Pfeiffer la corte ha affermato che il giudice del rinvio deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale per garantire la piena efficacia della direttiva 93/104 e ciò al fine di evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6 punto 2 della direttiva. In quel caso la normativa tedesca di recepimento della direttiva aveva dato puntuale attuazione al divieto di superamento delle 48 ore settimanali introducendo, però un'eccezione non prevista dalla direttiva stessa in base alla quale a certe condizioni si consentiva ai contratti collettivi di derogare alla regola generale prolungando l'orario di lavoro oltre il limite fissato – contratto Croce Rossa –. La Corte di Giustizia ha rivolto al giudice interno un appello affinché si prendesse in considerazione tutto il diritto nazionale e non solo la norma immediatamente applicabile invitando il giudice a scartare la norma speciale contenente l'eccezione non prevista dalla direttiva e ad applicare in suo luogo la norma generale di recepimento del limite delle 48 ore di lavoro settimanali.

Eguale nella sentenza Centrosteeel il risultato finale indicato dalla Corte invitando il giudice all'interpretazione conforme è consistito nel dar seguito alla giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana che modificando il suo iniziale indirizzo in considerazione della precedente sentenza della Corte di Giustizia Bellone aveva preso a statuire che l'omessa iscrizione all'albo degli agenti di commercio non implicasse la nullità del contratto di agenzia. Per tale via, però, si finiva per disapplicare quanto

previsto dagli artt. 2 e 9 della l. 204/1985 che, invece, rendeva obbligatoria l'iscrizione per ogni agente e nullo il contratto di agenzia stipulato da persona non iscritta.

E si noti come la Corte di Giustizia di fronte all'evidente incompatibilità tra la norma nazionale applicabile e il contenuto o il risultato perseguito dalla normativa comunitaria non si limita a prendere atto dell'impossibilità di eseguire un'interpretazione conforme rinviando il privato alla protezione offerta in via sussidiaria dall'azione risarcitoria, ma invita il giudice interno a disapplicare la norma. In altri termini una volta scartata la norma speciale perché inidonea a garantire il conseguimento del risultato voluto dalla norma U.E. spetta al giudice prendere in considerazione tutto il diritto nazionale e tutti gli strumenti ermeneutici dallo stesso contemplati per ricostruire una regola applicabile al caso di specie che permetta di raggiungere il risultato contemplato dalla normativa. La tecnica della interpretazione conforme permette, quindi, alla norma sovranazionale di incunearsi tra norme speciali e generali scartando le prime e riattivando le seconde o altrimenti attivando i principi generali dell'ordinamento.

Riassuntivamente si può dire che nel riaffermare il divieto di interpretazione *contra legem* la corte fa riferimento non alla singola regola che governa il caso ma all'intero ordinamento nazionale. Lo spazio dell'interpretazione conforme, così, resta aperto finché all'interno dell'ordinamento sia rintracciabile materiale normativo utilizzabile per assecondare il risultato alla direttiva. Solo se questo materiale non sussiste del tutto e se è impossibile dare applicazione diretta alla norma U.E. come fonte in sé di situazioni giuridiche soggettive, allora è fatto divieto al giudice di crearlo *ex novo* e, quindi, si giustifica il ricorso al rimedio sussidiario dell'azione risarcitoria.

E si veda come il vuoto aperto dalla non applicazione della regola interna incompatibile non è colmato dall'applicazione sostitutiva e diretta della normativa comunitaria – come avviene nei casi in cui è corretto parlare di effetto diretto – ma dall'applicazione di altri materiali normativi o giurisprudenziali facenti parte dell'ordinamento interno per come essi sono ricostruiti dal giudice nel caso di specie.

Per questa via si delinea una distinzione tra possibilità per i privati di invocare direttamente la norma U.E. come fonte di nuovi diritti (effetto della norma come spada) e la possibilità di invocarla al diverso effetto di difendersi da una normativa interna incompatibile (effetto scudo). Nei rapporti verticali i privati potrebbero invocare la direttiva tanto come spada che come scudo, in quelli orizzontali solo come scudo.

Il giudice interno, pertanto, dovrà ricordare che la interpretazione

conforme è una tecnica prevista dall'ordinamento U.E. e che, quindi, il relativo obbligo può operare anche al di là dei limiti entro cui si è soliti concepirlo ed attuarla nell'ordinamento nazionale.

La stessa Corte costituzionale dopo l'entrata in vigore dell'art. 117 cost., nuovo testo, con la sent. 28/2010 del 25 gennaio 2010 ha affermato che laddove non è possibile per il giudice di merito applicare la norma sovranazionale in luogo della norma interna difforme poiché la prima è incapace di produrre effetti diretti (orizzontali nel caso di specie) il primo compito del giudice di merito è verificare la possibilità di operare un'interpretazione conforme. Tuttavia qualora tale interpretazione si riveli impossibile perché sussiste un contrasto irrisolvibile allora il giudice non potrà applicare la norma interna incompatibile scaricando la tutela sul rimedio risarcitorio ma sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione degli art. 11 e 117 I° comma cost. E se il giudice ha sollevato una questione di legittimità costituzionale senza valutare la possibilità di un'interpretazione conforme al parametro di costituzionalità - (in questo caso la norma U.E.) si deve concludere per la manifesta inammissibilità della questione.³⁷

Infine non può non evidenziarsi, ancora un volta, che per un verso il rinnovato ruolo di eminenza della giurisdizione mette in crisi la certezza del diritto e la natura della conoscenza giuridica ma che, per altro verso, la proliferazione di ordinamenti paralleli e trasversali rispetto allo Stato Nazione o, comunque, irriducibili alla sua logica verticale e unitaria, è un fatto con il quale occorre misurarsi pena una sterile riproduzione di categorie ambientate in altre epoche e oggi non più convincenti.

Senza dubbio la dilatazione della dimensione giudiziaria pervasiva e ubiquitaria ma anche instabile e frammentaria sembra essere il sintomo di una fase storica per la quale gli strumenti interpretativi disponibili risultano ancora inadeguati.

§ 6.b - La famiglia ed il diritto europeo: cenni ermeneutici

L'U.E. non è dotata di competenze in materia di armonizzazione del diritto di

³⁷ Ma sul punto va ricordato che il 2 giugno 2010 presso la Corte di Giustizia si è svolta la trattazione orale su due domande di pronunzia pregiudiziale proposte dal Tribunale di Liegi e dalla Corte di Cassazione francese le quali hanno domandato se l'art. 267 del Trattato osta ad una regolamentazione che imponga ai giudici di ultima istanza di sottoporre ai giudici costituzionali la questione di legittimità costituzionale loro trasmessa dai giudici inferiori nella misura in cui la non conformità a diritti garantiti dalla Costituzione discenda dal suo conflitto con diritto tutelati nell'ordinamento dell'Unione .

famiglia tuttavia l'applicazione quanto mai ampia dei principi relativi alla libertà di circolazione economiche previste dal Trattato e l'attribuzione all'U.E. della competenza in materia di cooperazione giudiziaria civile hanno influito molto sul diritto della famiglia.

La corte di Lussemburgo ha adottato un atteggiamento contraddittorio: da un lato sottolinea con chiarezza come lo status di persone ed il diritto di famiglia siano materie di competenza degli Stati Membri e, dall'altro, di fatto incide con la propria giurisprudenza sugli ordinamenti degli Stati membri in tale settore e ciò attraverso una lettura sicuramente espansiva delle competenze comunitarie che potrebbe anche non risultare gradita agli Stati membri perché così procedendo si viene a creare una sorta di *grundrechtsgemeinschaft* esorbitante dalle attribuzioni proprie dell'Unione Europea.

E, così, per esempio, nella sentenza Garcia-Avello del 2003 relativa al cognome di soggetti aventi due cittadinanze, mette in luce come le norme che disciplinano il cognome rientrino nella competenza degli Stati e non delle Istituzioni dell'Unione ma contemporaneamente questo non le impedisce di affermare che le modalità di esercizio di questa competenza statale devono rispettare i principi di diritto dell'Unione Europea e, dunque, di fatto di intervenire anche nei suddetti settori.

Ma anche la sentenza Grunkin Paul del 2008 è paradigmatica: la vicenda riguarda un minore di cittadinanza tedesca, figlio di cittadini tedeschi e residente in Danimarca dalla nascita. Secondo la legge tedesca i cittadini tedeschi possono portare il cognome comune dei genitori se questi ne hanno scelto uno, o il cognome del padre o della madre, ma non possono portare il doppio cognome composto dai cognomi di entrambi i genitori. Le norme di diritto internazionale privato danesi stabilivano, invece, che il cognome fosse regolato dalla legge del luogo del domicilio del soggetto e, dunque, in casu dal diritto danese che prevede l'attribuzione ad entrambi i cognomi dei genitori. Di fronte al rifiuto delle autorità tedesche di registrare il minore con il doppio cognome la Corte afferma ancora una volta che il mancato riconoscimento del cognome registrato in Danimarca ostacolerebbe la libertà di circolazione del soggetto e violerebbe il suo diritto all'identità personale.

Il principio del riconoscimento degli status affermato in relazione al cognome non si è per il momento esteso a un altro settore che sta assumendo sempre più rilevanza e cioè quello delle unioni non matrimoniali ossia delle forme di unione non coniugale tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso, dei matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Il problema, a dire il vero, si è posto per l'istituto del ricongiungimento ove la direttiva 2004/38 all'art. 2 punto 2 prevede che la nozione di familiare,

cioè di soggetto che gode del ricongiungimento comprende il coniuge e il partner che abbia contratto con il cittadino dell'U.E. un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro e sempre che la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio.

Ma è stato con la comunitarizzazione del diritto internazionale europeo ed in particolare con i regolamenti in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (reg. n. 44/2001), riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (reg. n. 2201/2003 che ha abrogato il reg. n. 1347/2000) che il diritto comunitario ha inciso sugli istituti sostanziali. Infatti l'influenza del meccanismo del forum shopping sul diritto di famiglia degli Stati membri è che l'obbligo di riconoscimento delle decisioni induca gli Stati con legislazioni più restrittive in materia ad adeguarsi alla tendenza contraria e cioè quella volta a facilitare e a rendere veloci divorzi, separazioni e annullamenti. In ultima analisi il mantenimento di una legislazione che rende difficoltoso l'ottenimento di tali decisioni non farebbe altro che spingere i soggetti del rapporto a radicare la controversia dinnanzi ai giudici di un ordinamento differente e a chiedere poi il riconoscimento della decisione nello Stato in questione.

Solo con una piena armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato si potrà superare il forum shopping: e il cd. regolamento Roma III procede in tal senso (trattasi di proposta di regolamento che modifica il regolamento C.E. 2201/2003).

Altro esempio tipico di influenza del regolamento n. 2201/2003 sul piano interpretativo, ovverossia di come taluni istituti configurati e concepiti nel regolamento incidono sulla interpretazione dei medesimi istituti a livello nazionale è quello della nozione di responsabilità genitoriale. Il reg. n. 2201/2003 nel riferirsi al rapporto genitori e figli non utilizza l'espressione "potestà" ma l'espressione "responsabilità" sottolineando come questa vada esercitata nell'interesse del minore e costituisca uno strumento di tutela dello stesso.

Non solo: il regolamento citato prevede come causa di non riconoscibilità delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale il fatto che il minore non abbia la possibilità di essere ascoltato in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato richiesto. L'eventualità che una decisione dei nostri giudici emanata senza aver ascoltato il minore non possa circolare negli altri Stati membri potrebbe portare a garantire tale diritto con maggior decisione nel nostro ordinamento: ed infatti cass. s.u. 21 ottobre 2009 n. 22.238 lo ha previsto espressamente. (coì statuisce la corte

“L’audizione dei minori, già prevista nell’art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano, ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell’art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003, e dell’art. 155-sexies cod. civ., introdotto dalla legge n. 54 del 2006, salvo che l’ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore. Costituisce, pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto che non sia sorretto da espressa motivazione sull’assenza di discernimento che ne può giustificare l’omissione, in quanto il minore è portatore d’interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale”).

L’ultimo esempio riguarda la recente sentenza della Corte di Giustizia 1 luglio 2010 pre. Lenaerts rel. Juhász ove in sede di interpretazione dell’art. 10 lett. B) reg. C.E 2201/2003 in tema di provvedimenti provvisori sull’affidamento dei minori. La corte è giunta ad elaborare il principio di diritto sostanziale che uno dei diritti fondamentali del bambino è quello sancito dall’art. 24 n. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori e il rispetto di tale diritto si identifica innegabilmente con un interesse superiore di qualsiasi bambino e ha tratto la conseguenza che il più delle volte un trasferimento illecito del minore a seguito di una decisione presa unilateralmente da uno dei suoi genitori priva il bambino della possibilità di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con l’altro genitore.

§ 7. - Incidenza dell’argomento giuridico con riferimento alla C.E.D.U.

Infine nella veloce panoramica dei nuovi elementi che incidono sull’attività ermeneutica del giudice civile occorre citare l’argomento giuridico con riferimento alla Corte E.D.U. dal momento che la Convenzione europea dei diritti dell’uomo ha stabilito un nuovo jus commune europeum in tema di diritti fondamentali.

Con l’avvertimento, però, che la scelta della norma C.E.D.U., non deve essere una giustificazione ad una soluzione già maturata in capo al giudice secondo una struttura convergenziale (e mai lineare) di opzioni innanzitutto sui risultati desiderabili: il giudice, insomma, non deve percorrere l’elenco dei risultati possibili, scegliere il migliore e motivare

sulla base delle norme e dei metodi che conducono a quel risultato.

Precisato quanto sopra, tre sono i punti fermi in tema di norme C.E.D.U.:

** il divieto di disapplicazione o di non applicazione della legge interna contrastante con l'obbligo internazionale,

** il carattere vincolante della giurisprudenza di Strasburgo con la conseguente necessità di operare un'interpretazione “*convenzionalmente conforme*” e

** la subordinazione delle norme della Convenzione Europea così come vivono nella giurisprudenza di Strasburgo all'intera Costituzione (supremazia costituzionale).

Ma va rilevato che il principio della supremazia costituzionale comporta che la necessaria conformità della Costituzione alla norma internazionale non implica soltanto che la norma del Trattato Internazionale non si trovi in puntuale contrasto con una qualsiasi norma costituzionale, piuttosto esige da parte della Corte costituzionale, perlomeno quando viene in rilievo la Convenzione Europea o un qualsiasi altro Trattato sui diritti umani, una valutazione più complessa e cioè un bilanciamento con altre norme costituzionali che a loro volta garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Un simile bilanciamento è volto ad accertare che l'impatto sul nostro ordinamento del diritto fondamentale proveniente dall'esterno determini sempre un plus e mai un minus rispetto alla complessiva tutela dei diritti fondamentali già garantita dal sistema costituzionale.

Se l'impatto del diritto fondamentale proveniente dall'esterno conduce ad un risultato finale complessivo di segno negativo così facendo diminuire nel loro complesso le garanzie già assicurate, spetta alla Corte costituzionale esercitare il proprio margine di apprezzamento non facendo operare la norma internazionale come norma interposta.

In punto, però, va fatta una precisazione: in tema di vincolo interpretativo alla giurisprudenza di Strasburgo non si distingue tra giurisprudenza consolidata e non consolidata, tra le pronunce rese da una Camera e dalla Grande Camera, tra pronunce rese all'unanimità e pronunce che presentano opinioni dissenzianti, sentenze di condanna e sentenze di accertamento di non violazione; sentenze nei confronti dell'Italia e nei confronti di altri Paesi.

Ora la Corte Costituzionale ritiene che siano vincolanti anche le sentenze della Corte di Strasburgo seppur relative ad altri Paesi. Tale concessione sembra, però, frutto di un'intelligente e probabilmente necessaria operazione di politica giudiziaria della nostra Corte

Costituzionale, la quale non avrebbe potuto far altro che valorizzare al massimo il ruolo della Corte di Strasburgo di interprete unico della Convenzione nel momento in cui assumeva posizioni molto poco gradite a quel giudice sovranazionale e cioè da una parte vietava ai giudici di provvedere alla diretta applicazione della Convenzione Europea al posto delle norme interne contrastanti e, dall'altra parte, affermava la inequivocabile subordinazione della Convenzione all'intera Costituzione Italiana e la conseguente sua sottoposizione al controllo di costituzionalità.

Ma a questo punto non può ignorarsi il problema che le sentenze di Strasburgo vincolano anche la Corte Costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità in quanto ex art. 46 della Convenzione Europea tutti gli organi dello Stato condannato, ciascuno nell'esercizio delle sue competenze, ad adottare le misure generali necessarie a prevenire il ripetersi della violazione.

Tuttavia va segnalato che ogni volta che la Corte Costituzionale si è trovata ad essere interprete/applicatore della pronunce di Strasburgo **ha abbandonato il metodo del giurista continentale** che guarda alla giurisprudenza precedente solo per evincerne le massime che enunziano astrattamente il principio di diritto e si è sforzata di agire piuttosto come giudice di common law che guarda al precedente innanzitutto valutando la sua sovrapposibilità al caso oggetto del suo giudizio con il caso deciso nel passato utilizzando il potente strumento del **distinguishing** che permette al giudice di common law di sottrarsi alla soggezione da un determinato precedente vincolante recuperando così ampi spazi di discrezionalità. Sicché è pervenuta a dichiarare l'illegittimità costituzionale solo in quei casi identici in tutti gli elementi a quelli considerati dalla Corte di Strasburgo (es. ord 143/2009 in tema di testimoni nel processo civile³⁸ o sent. 239/2009 in tema

³⁸ Il punto che qui interessa della motivazione della corte così recita: “...che, infine, con riferimento alla asserita violazione del principio della «parità delle armi» fra le parti, anche sotto il profilo della ridotta possibilità di esercitare il diritto a difendersi provando, non è dato riscontrare alcuna violazione degli artt. 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo nella parte in cui vincola il legislatore nazionale al rispetto delle norme dell'ordinamento comunitario, nel caso rappresentate dall'art. 6, primo comma, della CEDU, come interpretato dalla Corte europea per i diritti dell'uomo di Strasburgo; che, in particolare, con riguardo alla pretesa violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione – oltre a doversi rilevare che nell'occasione richiamata dal rimettente (si tratta della sentenza 27 ottobre 1993, Serie A n. 274, *Dombo Beheer BV contro Paesi Bassi*) in cui la Corte EDU ha affermato il contrasto di una disposizione processuale dell'ordinamento olandese con la Convenzione, la fattispecie era riferibile ad un'ipotesi di testimonianza diretta della parte in giudizio, esulante, per come sopra dimostrato, da quella ora all'esame di questa Corte – va, altresì, precisato che la medesima Corte EDU ha chiarito che il contrasto si verifica allorché una delle due parti in causa sia posta dalla norma processuale in posizione di svantaggio nei confronti dell'altra; che, invece, cosa che il rimettente sembra trascurare, l'art. 246 cod. proc. civ. è disposizione che si applica

di confisca dei terreni e delle opere abusive in presenza di lottizzazione abusiva³⁹).

Ma in tema di argomentazione C.E.D.U. sorgono problemi anche con riguardo al c.d. “margine di apprezzamento”.

Infatti mentre la Corte di Strasburgo lo interpreta come criterio tutto interno alla norma convenzionale al fine di evitare il pericolo di una piatta omologazione dei sistemi nazionali di tutela dei diritti di quella che è stata efficacemente chiamata la meravigliosa ricchezza delle diversità e la grande varietà delle tradizioni giuridiche e culturali dei Paesi Europei, invece la Corte Costituzionale la interpreta all’italiana con implicazione di bilanciamento coinvolgente dall’esterno una norma convenzionale dal contenuto già predeterminato dalla Corte di Strasburgo mettendola a confronto con esigenze proprie dell’ordinamento costituzionale nazionale giungendo anche al risultato ultimo di sacrificare il rispetto delle norma convenzionale in nome di altre preponderanti esigenze costituzionali nazionali.

In tal modo la Corte Costituzionale sembra voler reagire ad ogni possibile colonialismo giurisdizionale da parte della Corte di Strasburgo qualora la stessa Corte Costituzionale ritenesse necessario resistere alla stessa Corte di Strasburgo: e tale resistenza può esser anche a fronte di una sentenza di condanna dell’Italia per violazione strutturale della Convenzione Europea

evidentemente a tutte le parti del giudizio, escludendo, per ciascuna di esse e nella stessa maniera, la possibilità di indicare come testi le persone che sarebbero legittimate a partecipare al giudizio in corso; che, pertanto, il principio di «parità delle armi» non appare affatto vulnerato dalla disposizione censurata; che è circostanza legata alla particolarità delle singole fattispecie concrete, e pertanto non riconducibile ai vincoli dettati dall’art. 246 cod. proc. civ., l’esistenza di disposizioni di carattere sostanziale che, come nella specie, prevedendo ipotesi di presunzioni juris tantum, comportano una ripartizione ineguale dell’onere probatorio, così rendendo la posizione processuale di una delle parti più gravosa di quella dell’altra”.

³⁹ Questo è il testo della sentenza nella parte rilevante: “... A tali rilievi, si aggiunga che la Corte rimettente, al fine di considerare quale misura di natura penale la confisca di cui all’art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, in difformità dalla dominante giurisprudenza di legittimità, ha utilizzato come fondamentale elemento interpretativo il contenuto della già ricordata decisione del 30 agosto 2007 della Corte europea dei diritti dell’uomo e, in particolare, la riconduzione ivi operata della confisca in parola ad una “pena”, ai sensi dell’art. 7 della Convenzione. Anche volendosi prescindere dal carattere autonomo dei criteri di qualificazione utilizzati dalla Corte di Strasburgo rispetto a quelli degli ordinamenti giuridici nazionali, deve notarsi che la specifica decisione cui il giudice a quo si riferisce è stata adottata con riguardo ad un caso nel quale non solo gli imputati non erano stati condannati, ma neppure era stato possibile determinarne in sede giurisdizionale una intenzionalità o colpa; pertanto, la Corte remittente, per giustificare l’extrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un principio di diritto che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la analogia fra quel caso specifico e quello, non necessariamente identico, su cui era chiamata a giudicare”.

derivante da un testo di legge o da una pronunzia della Corte E.D.U..

Nella metodologia utilizzata alla Corte Costituzionale, quindi, si deve utilizzare il metodo casistico per valutare la pertinenza del precedente e l'interpretazione della Corte E.D.U. potrà essere utilizzata autonomamente dall'Autorità giurisdizionale per assegnare un significato e una portata coerente alle disposizioni della Carta ritenute dotate di effetti diretti.

A fronte di ciò, però, si pone impellente la domanda se quel bilanciamento tra diritti fondamentali che può portare al rifiuto ad adeguarsi al vincolo discendente dalla giurisprudenza di Strasburgo possa essere esercitato oltre che dalla Corte costituzionale anche e prima ancora dai giudici comuni in sede di valutazione della non manifesta infondatezza del dubbio di costituzionalità relativa alla legge interna contrastante con la giurisprudenza di Strasburgo al fine di evitare di sollevare questioni davanti alla Corte Costituzionale.

Orbene i giudici oggi si sentono abilitati a procedere a un simile bilanciamento, la dottrina, invece, è molto dubbia⁴⁰.

Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, però, nelle aree nelle quali il diritto della U.E. ha ingresso i giudici comuni sono tenuti a dare applicazione diretta alle previsioni della Carta dei diritti fondamentali (Carta di Nizza) nel significato chiarito dalla Corte di Strasburgo senza poter procedere ad alcun bilanciamento.

In tal caso l'unico strumento per i giudici comuni per smarcarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo è la tecnica del *distinguishing* oppure il vecchio e arrugginito strumento dei "*contro limiti*"⁴¹ e cioè la possibilità di attivare il controllo di costituzionalità sulla legge di esecuzione del trattato di Lisbona nella parte in cui consente l'ingresso nel nostro ordinamento una norma dotata di effetti diretti ritenuta lesiva dei principi fondamentali o di diritti inviolabili della persona umana tutelati dalla nostra Costituzione.

Parimenti nel giudizio di legittimità di una legge interna per violazione di una disposizione della carta priva di effetti diretti la Corte Costituzionale

⁴⁰ Secondo taluni autori laddove i giudici ordinari dovessero procedere ad un sindacato diffuso sulla portata delle norme C.E.D.U. si avrebbe un'entropia del sistema con una pressoché totale impossibilità di governare, in termini di minima certezza ed essenziale affidamento delle decisioni giudiziali, l'enorme mole di materiale giurisprudenziale originato dalla Convenzione E.D.U. Ma precludere ai giudici l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme CEDU significa introdurre un caso eccezionale di preclusione al giudice comune di un'interpretazione costituzionalmente orientata di norma priva di rango costituzionale. D'altra parte sarebbe davvero singolare che il giudice nazionale potesse, per un favor Constitutionis, sabotare un intero sistema di obblighi internazionali fondato su di una Convenzione a giurisdizione unica ed accentrata (La Corte Europea): e tutto ciò, peraltro, in assenza di un meccanismo di "pregiudiziale convenzionale" simile a quella che l'art. 234 del Trattato riserva al diritto comunitario.

⁴¹ I *controlimiti* sono stati definiti come il ponte levatoio della sovranità nazionale.

non potrebbe più far valere il principio di supremazia costituzionale sul parametro interposto ma solo eventualmente la violazione dei controlimiti.

Insomma tutte le procedure appena illustrate partono dalla preoccupazione - recepita dalla stessa Corte Costituzionale - di evitare che un norma introdotta nell'ordinamento italiano, norma di origine giurisprudenziale - in quanto dettata dalle pronunce della Corte di Strasburgo - che interferendo con i bilanciamenti tra diritti propri dell'ordinamento italiano interno abbia come esito ultimo quello di incidere negativamente sui diritti fondamentali e inalienabili della persona umana già garantiti dall'ordinamento costituzionale italiano.

E si noti, per inciso, che con l'introduzione dei diritti previsti dalla Carta di Nizza più che con le ordinarie norme di diritto derivato che l'U.E. è oggi capace di minacciare la garanzia dei diritti fondamentali propri della tradizione costituzionale italiana vulnerando la stessa ispirazione personalista e pluralista della nostra Costituzione.

Il controlimite così non avrà più solo la funzione negativa di argine all'ingresso nell'ordinamento nazionale di alcune norme europee ma piuttosto una funzione positiva quelle cioè di fornire al giudice costituzionale l'unica preziosa occasione per partecipare da una posizione di forza al processo di costruzione in via giudiziale oltre che normativa di quello ius comune dei diritti fondamentali verso cui in Europa si sta a grandi passi procedendo.

Parte seconda

Esame di alcuni casi giurisprudenziali paradigmatici con riguardo alle problematiche interpretative sopra illustrate

§ 1 - Premessa

Si visto sopra che le tensioni sociali generate dal dinamismo della struttura pluralistica nella misura in cui non sono assorbite mediante strumenti politici produttivi di nuovo diritto – legislazione o contrattazione collettiva – si trasformano in domande di giustizia indirizzate agli organi del potere giuriziaro sicché il giudice viene chiamato a compiti quali per esempio:

- a) compiti di supplenza del potere legislativo o di concretizzazione di direttive generiche del legislatore;
- b) compiti di differenziazione o di rielaborazione di istituti giuridici quali il contratto e la responsabilità civile in funzione delle esigenze del conflitto collettivo o di esigenze di tutela della collettività connesse alla produzione di massa o al sistema di distribuzione dei prodotti;
- c) c) compiti di tutela della funzione di certi istituti contro possibili distorsioni (condizioni generali di contratto)
- d) e, più in generale, il compito di integrare nel sistema del diritto positivo, rivedendone le strutture dogmatiche, i nuovi punti di vista e i nuovi valori costituzionale mediando tra il principio individualistico che sta all'origine del sistema con i principi dello Stato solidaristico contemporaneo e dell'efficienza e dell'utilità del diritto comunitario.
- e)

§ 2. – La Giurisprudenza “creativa”

Se nel tempo vi è stato il graduale e definitivo superamento dell'idea che l'intepretazione sia un sillogismo giuridico e si è ampliato l'ambito ove la discrezionalità del giudice è chiamata a riempire l'assenza di certezza, la sentenza finisce con il rappresentare un ideale fuoco prospettico a cui demandare l'intrinseca coerenza del sistema e diviene essa stessa fonte in un'accezione anfibolica: anfibia data cioè dal fatto che essa possa intendersi come autorità creativa di un dato principio di diritto quanto meramente dichiarativa del precetto scoperto in altra fonte la cui forza nomopoietica sia stata riconosciuta e regolata dall'ordinamento stesso.

Come innanzi speigato (v. sopra) progressivamente si è andato

affermando il convincimento che la decisione giurisdizionale sia non solo la riduzione in termini concreti della volontà legislativa ma il risultato di un'operazione intellettuale complessa e sofisticata nella quale interagiscono scelte e valutazioni autonome degli stessi giudici: nella misura in cui questi si trovano a decidere sulla base di disposizioni legislative ambigue o in presenza di lacune nei fatti anche la giurisdizione viene a configurarsi come una funzione, almeno parzialmente, produttiva di diritto, poiché non integralmente vincolata.

Si sostiene che in presenza di lacune del testo legislativo l'interprete estende il testo analogicamente ma non può derogarlo in favore di un intervento creativo.

E, in effetti, nella sua fondamentale e critica opera di mediazione tra universalità della norma ed attualità dei valori la creatività giurisprudenziale si estrinseca del resto più frequentemente non tanto come fonte di una regola autonoma quanto come riformulazione di una già data. Attraverso l'interpretazione giudiziale non a caso si definisce progressivamente una stabilizzazione autoritativa del significato suscettibile di definire un legittimo affidamento tra le parti.

Si tratta, allora, di **creatività derivata** e non originaria in quanto il legame dell'interprete al testo non può esser rescisso. Affermare la natura creativa della giurisprudenza, allora, significa ammettere che anche i giudici nei limiti e nelle forme fissati dall'ordinamento, concorrono alla produzione del diritto e ciò soprattutto laddove i giudici si trovano spesso a dover decidere sulla base di disposizioni legislative ambigue o in presenza di vuoti normativi.⁴²

In ogni caso si può riassuntivamente rilevare che:

a) si parla di funzione suppletiva in presenza di lacunosità, indeterminatezza o tenore di clausola generale del detto normativo.

b) si parla di interpretazione evolutiva quando si accerta la vetustà della norma rispetto ai nuovi contesti sociali ed economici.

c) si parla di interpretazione creativa quando l'interpretazione dei dati normativi esistenti supera la lettera della legge. In tal senso, viene ad esempio letta la sentenza cass sez. II 4554/1995 che ha desunto una regola di ultrattività dei contratti collettivi dall'art. 36 cost.

A livello europeo dopo l'ingresso nella comunità europea del Regno Unito e dell'Irlanda la distinzione tra *Recth* e *Gesetz* si è incrinata lasciando filtrare l'immagine di un assetto ordinamentale dualistico in cui le fonti del diritto sono sia la legislazione che il diritto giurisprudenziale.

In Italia recentemente la corte di cassazione sia civile che penale ha

⁴² In tal senso v. Bartole *Il potere giudiziario* - Bologna 2008 pag. 15.

richiamato espressamente il concetto di giurisprudenza normativa in alcuni suoi arresti soprattutto con riferimento ai diritti fondamentali.

A livello civile va ricordata la sentenza cass. 11 maggio 2009 n. 10.741 della quale si riporta per comodità di lettura il testo nella parte che qui interessa.

*(“...ritiene, infatti, la Corte che, limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti, vada affermata la soggettività giuridica del nascituro, e, in via consequenziale, il nesso di causalità tra il comportamento dei medici (di omessa informazione e di prescrizione dei farmaci dannosi) e le malformazioni dello stesso nascituro che, con la nascita, acquista l'ulteriore diritto patrimoniale al risarcimento. L'asserzione della configurabilità del nascituro quale soggetto giuridico comporta lo sviluppo di due ineludibili premesse argomentative: l'attuale modo di essere e di strutturarsi del nostro ordinamento, in particolare civilistico, quale basato su una pluralità di fonti, con conseguente attuazione di cd. principi di decodificazione e depatrimonializzazione e la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione **della cd. giurisprudenza-normativa**, quale autonoma fonte di diritto.*

È indubbio che il vigente codice civile, contrariamente alle sue origini stanche sulla scia delle codificazioni europee ottocentesche che videro nel code napoleon la più evidente manifestazione, non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla c.d. centralità della persona), oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria, ed alla stessa giurisprudenza normativa; tale pluralità di fonti (civilistiche) ha determinato i due suddetti fenomeni, tra loro connessi, della decodificazione e della depatrimonializzazione, intendendosi la prima come il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti, e la seconda nell'attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale ma nell'ambito delle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme dei valori di cui è espressione) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (per quanto esplicitamente previsto, tra l'altro, nello stesso testo costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 2 e 32).

In tale assetto ordinamentale rapporto della giurisprudenza, in specie

di legittimità nell'espletamento della funzione di “nomofilachia” (vale a dire di indirizzo ai fini di un'uniforme interpretazione delle norme) della Corte di Cassazione, assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di civil law e, quindi, non basato su soli principi generati come avviene nei paesi di common law (Inghilterra, Stati Uniti ed altri), caratterizzati dal vincolo che una determinata pronuncia giurisprudenziale assume per le decisioni successive, si configura come semi-aperto perché fondata non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generali, e cioè su indicazioni di “valori” ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di “attualizzare” il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi.

In tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della Interessenjurisprudenz (c.d. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla Begriffsjurisprudenz o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata.

La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua vis expansiva sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal Rule of law (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice”.

Ora la sentenza utilizza un apparato argomentativo di particolare attenzione e senz'altro originale per mettere fine ad una complessa vicenda in materia di responsabilità sanitaria per omessa o insufficiente informazione fornita alla gestante circa le proprietà teratogene del farmaco alla stessa somministrato per stimolarne l'ovulazione. In breve la causa concerne la pretesa risarcitoria promossa dai genitori, anche nell'interesse del bambino,

nato con gravi patologie ricollegabili all'utilizzazione del farmaco i quali lamentano di non essere stati adeguatamente informati dei potenziali rischi derivanti dall'uso del farmaco in questione e, dunque, di non aver potuto assumere una scelta consapevole circa il trattamento sanitario cui la donna voleva sottoporsi per superare la sua sterilità. Prima di cimentarsi con la delicata questione della configurabilità nel nostro ordinamento della danno da nascita indesiderata la Corte illustra due ineludibili premesse argomentative che sono una incentrata sull'attuale modo di essere e strutturarsi del nostro ordinamento, in particolare civilistico quale basato su una pluralità di fonti con conseguente attuazioni dei cd. principi di decodificazione e depatrimonializzazione; l'altra relativa alla funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della cd. giurisprudenza normativa quale autonoma fonte di diritto. La giurisprudenza normativa secondo la corte è in linea con la consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di civil law e, quindi, non basato su soli principi generali, si configura come semiaperto perché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti dettagliate e settoriali discipline anche su clausole generali che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli di aggiornare il diritto mediante l'individuazione (là dove consentito come nel caso dei diritti personali non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi. La Corte afferma, altresì, che il nostro ordinamento è caratterizzato dal principio di legalità ma che in tale assetto il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice: come dire che il giudice è soggetto, come ogni altro cittadino, alla legge ma è il giudice che decide quale sia la legge elevando la tutela degli interessi a valore assoluto.

Partendo da tali principi la corte giunge a riconoscere la soggettività giuridica in capo al nascituro utilizzando il seguente ragionamento:

“...Pertanto, proprio in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti e, nel caso in esame, sulla clausola generale della centralità della persona, si addiviene a ritenere il nascituro soggetto giuridico. Tale tesi trova conforto in numerose disposizioni di legge, oltre che in precedenti giurisprudenziali di questa Corte e della Corte Costituzionale. Ed, infatti, l'art. 1 della legge n. 40/2004, nell'indicare le finalità della procreazione medicalmente assistita statuisce la tutela dei diritti “di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito” (tra l'altro, la Corte costituzionale ha dichiarato con sentenza n. 45/2005 inammissibile la richiesta di sottoporre a referendum abrogativo della intera legge perché “costituzionalmente necessaria” in relazione agli interessi tutelati, anche a livello internazionale, con particolare riferimento alla Convenzione di

Oviedo del 4-4-1997); l'art. 1 della legge n. 194/1978 prevede testualmente che “lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio”; l'art. 254, 1 comma, c.c. prevede che il riconoscimento del figlio naturale può effettuarsi non solo a favore di chi è già nato ma anche dopo il solo concepimento; la legge n. 405/1975, nel disciplinare l'istituzione dei consultori familiari, afferma esplicitamente l'esigenza di protezione della salute del “prodotto del concepimento”; l'art. 32 Cost. (che oltre a prevedere come fondamentale il diritto alla salute e che ha costituito norma primaria di riferimento per l'interprete in relazione all'evoluzione dei diritti della persona), riferendosi all'individuo quale destinatario della relativa tutela, contempla implicitamente la protezione del nascituro; “il diritto alla vita”, quale spettante ad “ogni individuo”, è esplicitamente previsto non solo dall'art. 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 (approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10-11-1948) ma anche dall'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7-12-2000 (poi inglobata nella Costituzione europea), alla quale il recente Trattato di Lisbona (con il quale in data 13-12-2007 i capi dei governi europei hanno deciso di dotare l'Unione europea di nuovo assetto istituzionale) ha riconosciuto l'efficacia, negli ordinamenti degli Stati-membri, propria dei Trattati dell'Unione europea; la Corte Costituzionale con la sentenza n. 35/1997 attribuisce al concepito il diritto alla vita, dando atto che il principio della tutela della vita umana è stato oggetto anche di un riconoscimento nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo (approvata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York e nel cui preambolo è previsto che “il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita”).

Deve, quindi, oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1, 1° comma, c.p.c.), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica (con riferimento agli enti riconosciuti, dotati conseguentemente di autonomia “perfetta” sul piano patrimoniale): sono soggetti giuridici, infatti, i titolari di interessi protetti, a vario titolo, anche sul piano personale, nonché gli enti non riconosciuti (che pur dotati di autonomia patrimoniale “imperfetta” sono idonei a essere titolari di diritti ed a esercitarli a mezzo dei propri organi rappresentativi; sul punto, Cass. N. 8239/2000). In tale contesto, il

nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, rispetto ai quali l'avverarsi della condicio iuris della nascita ex art. 1, 2 comma, c.c. (sulla base dei due presupposti della fuoriuscita del feto dall'alveo materno ed il compimento di un atto respiratorio, fatta eccezione per la rilevanza giuridica del concepito, anche sul piano patrimoniale, in relazione alla successione mortis causa ex art. 462 c.c. ed alla donazione ex art. 784 c.c.) è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori; su tale punto non può non rilevarsi come la questione della soggettività del concepito sia stata già posta più volte all'attenzione del legislatore italiano con alcuni disegni e proposte di legge (tra cui in particolare il disegno di legge n. 1436/1996, di iniziativa di alcuni senatori e la proposta di legge n. 2965/1997 di iniziativa di alcuni deputati)”.

Nel settore penale va ricordata Cass. s.u. penali 13 maggio 2010 n. 18288.

(per comodità di riporta la parte della sentenza che qui interessa: ... *La Corte europea ha saputo “distillare dalla disposizione dell’art. 7 il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea”, conciliando, all’interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi.*

In considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di common law e quelli di civil law, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso “allargato”.

*Per effetto dell’esplicito riferimento al “**diritto**” (“law”) –e non soltanto alla “**legge**”– contenuto nell’art. 7, la **giurisprudenza** di Strasburgo, infatti, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell’esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo 24/4/1990, caso *Kruslin c/ Francia*; 12/2/2008, caso *Kafkaris c/ Cipro*; 15/11/1996, caso *Cantoni c/ Francia*; 25/5/1993, caso *Kokkinakis c/ Grecia*).*

*Tale **visione sostanziale del principio di legalità** si confronta peraltro, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con particolari*

condizioni qualitative, quali l'accessibilità della norma penale e la ragionevole prevedibilità delle sue conseguenze (cfr. sentenze Corte europea Cantoni c/ Francia succitata; 22/11/1995, caso S.W. e C.R. c/ Regno Unito; 29/3/2006, caso Achour c/ Francia).

Con le recenti sentenze 17/9/2009 (caso Scoppola c/ Italia) e 8/12/2009 (caso Previti c/ Italia), la Corte europea, dopo avere ribadito i principi consolidati in merito alla **nozione di diritto**, ha affermato che “a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste... non può presentare una precisione assoluta”, posto che si serve di “formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria...; del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza...contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale”.

Né va sottaciuto che la Corte di Strasburgo, in relazione agli obblighi imposti agli Stati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha ravvisato: a) la violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza, tutelato dall'art. 5 della stessa Convenzione, per la ritardata liberazione di un detenuto, al quale solo con notevole ritardo era stato concesso l'indulto, a causa di dubbi interpretativi circa la sua applicabilità (cfr. sentenza 10/7/2003, caso Grava c/ Italia); b) la violazione del diritto al processo equo, tutelato dall'art. 6 della Convenzione, in caso di divergenze profonde e persistenti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla interpretazione di una determinata disposizione legislativa, senza la previsione di meccanismi idonei a rimediare a tale situazione (cfr. sentenza 2/7/2009, caso Jordan Jordanov c/ Bulgaria). E' evidente, l'implicito rilievo allegato, anche in tali casi concreti, al c.d. “**diritto giurisprudenziale**”, evocato anche dalla **sentenza 8/2/2007 della Corte di giustizia** (caso Groupe Danone c/ Commissione delle Comunità europee), che ha delineato una **dimensione innovativa del principio di irretroattività**, ritenendolo applicabile anche alla nuova interpretazione in senso sfavorevole di una norma, interpretazione non ragionevolmente prevedibile nel momento della commissione dell'infrazione.

7- Riassuntivamente deve, quindi, affermarsi che, secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il **processo di conoscenza di una norma** presuppone, per così dire, “**una relazione di tipo concorrenziale**” tra **potere legislativo** e **potere giudiziario**, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente

dalla mera analisi del dato positivo, ma da **un più complesso unicum**, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. **La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza.**

In definitiva, il sistema convenzionale, pur dando grande risalto al principio di legalità, "non ne assolutizza l'ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato formale su quello propriamente giurisprudenziale", ma, nella prospettiva di salvaguardare la specificità delle tradizioni costituzionali all'interno di un sistema di diritto comune tendenziale, ritiene complementari i due dati, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma "vivente", risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici.

8- La posizione della Corte europea sulla portata e sui margini di legittimità del c.d. "**diritto vivente**" non sembra, d'altra parte, discostarsi molto da quanto in proposito affermato dalla Corte Costituzionale.

Il **Giudice delle leggi**, con la sentenza n. 276/1974, aveva fatto ricorso per la prima volta al sintagma "**diritto vivente**", per focalizzare, con incisiva sintesi lessicale, una figura già elaborata in precedenti decisioni, e più esattamente quella della "norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici" (sent. n. 3/1956) e "come vive nella realtà concreta" (sent. n. 198/1972). E' al "**diritto vivente**", infatti, che il Giudice delle leggi fa riferimento, per definire propriamente l'oggetto del sindacato di costituzionalità, rinunciando a imporre la propria libertà interpretativa e ritenendosi vincolato all'esegesi dei giudici ordinari.

La **nozione di "diritto vivente"** è correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di **nomofilachia** alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario. Tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire "quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini". Per le decisioni di legittimità predomina sul "criterio quantitativo" quello "qualitativo del grado" e della funzione rivestiti dall'Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta

interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente “anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite”, posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all’affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (cfr. C. Cost. sentenze n. 317/2009, n. 260/1992, n. 292/1985, n. 34/1977).

Il diritto vivente postula, quindi, la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente “creativa” della interpretazione, la quale, senza varcare la “linea di rottura” col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima.

*Come acutamente osserva l’ordinanza di rimessione della prima sezione penale, “un segnale del valore che la giurisprudenza finisce per assumere nella stessa produzione legislativa potrebbe cogliersi infine nella **legge n. 69 del 2009**, che fa dei principi giurisprudenziali criteri di delega allorché prevede ad esempio (**art. 44**) che <il Governo è delegato ad adottare... uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori>”.*

9- Le considerazioni sin qui svolte legittimano la conclusione che l’obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo impone di includere nel concetto di nuovo “elemento di diritto”, idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell’art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il “diritto vivente”.

Tale operazione ermeneutica si rende necessaria ed è doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione, che –come si è detto– ha natura e funzione diverse dal giudicato, non può che essere recessiva.

Nel caso concreto, la sentenza “Napoletano” delle Sezioni Unite, dando applicazione a norme internazionali pattizie che lo Stato s’era impegnato a rispettare e coordinando con queste la normativa interna, ha

privilegiato, modificando così il precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità, la scelta interpretativa dell'applicabilità dell'indulto anche alle persone condannate all'estero e trasferite in Italia per l'espiazione della relativa pena.

L'intervento delle Sezioni Unite, chiarendo il contenuto del messaggio normativo e offrendo stabilità al medesimo, legittimamente può essere evocato a fondamento di una nuova richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata.

La fase esecutiva di una condanna, invero, è disciplinata da regole, per così dire, flessibili, che tengono conto della dinamica connessa alla funzione rieducativa della pena e alla risocializzazione del condannato (si pensi all'accesso alle misure alternative alla detenzione), con l'effetto che deve escludersi qualunque preclusione in una situazione in cui una precedente decisione negativa di applicazione dell'indulto, non coperta da giudicato in senso proprio, riposi su una lettura della corrispondente normativa, riconosciuta, in seguito, non in linea con norme internazionali pattizie, nonché lesiva – come nella specie – del diritto fondamentale della persona alla libertà. In tale ipotesi s'impone, alla luce del novum interpretativo, diventato “diritto vivente”, la rivalutazione della posizione del condannato.

Diversamente opinando, si negherebbe, come icasticamente si esprime, nella sua requisitoria scritta, il P.G. presso questa Corte, il “minimo etico” del processo penale: si violerebbe cioè il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, perché si determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra condannati per reati dello stesso tipo, commessi tutti prima della data di operatività dell'indulto. Può, inoltre, aggiungersi che il mancato ossequio alla normativa comunitaria richiamata dalla sentenza “Napoletano” delle Sezioni Unite e all'art. 7 della Convenzione europea sui diritti umani, così come interpretato dalla giurisprudenza europea, comporterebbe anche la violazione dell'art. 117/1^o della Costituzione, che, sebbene formalmente indirizzato al legislatore, enuncia un principio generale di fedeltà del nostro Paese agli impegni internazionali validamente assunti, da cui deriva sia l'esigenza di una interpretazione delle norme interne conforme agli obblighi internazionali, sia l'esigenza di prevenire eventuali giudizi di responsabilità a carico dello Stato italiano per violazione di quegli obblighi, assicurando tempestivamente, in tal modo, la tutela dei diritti e delle libertà all'interno del proprio sistema giuridico.

10- *E' il caso, tuttavia, di precisare che, tenuto conto dei principi generali che ispirano il sistema penale, non qualsiasi mutamento*

giurisprudenziale, che attribuisce carattere di novità ad una determinata quaestio iuris, legittima, come puntualmente rilevato dal P.G. presso questa Corte, il superamento della preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p..

*Non lo consente certamente una diversa e nuova interpretazione contra reum di norme sostanziali, considerato che tanto la legge nazionale (artt. 25 Cost. e 2 c.p.) quanto l'art. 7 della Convenzione europea sanciscono il **principio della irretroattività delle norme sfavorevoli al reo** (e, per quanto detto, della **mutata interpretazione più sfavorevole**).*

In detta sentenza si è esplicitamente statuito che:

a) per effetto dell'esplicito riferimento al “**diritto**” (“law”) –e non soltanto alla “**legge**”– contenuto nell'art. 7, la **giurisprudenza** di Strasburgo ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo 24/4/1990, caso *Kruslin c/ Francia*; 12/2/2008, caso *Kafkaris c/ Cipro*; 15/11/1996, caso *Cantoni c/ Francia*; 25/5/1993, caso *Kokkinakis c/ Grecia*) e,

b) Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività “concretizzatrice” della giurisprudenza.

c) La nozione di “diritto vivente” è correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario. Tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire “quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini”. Il diritto vivente postula, quindi, la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente “creativa” della interpretazione, la quale, senza varcare la “linea di rottura” col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima.

Principi forti dei quali ogni giudice non potrà più non tenerne conto nella sua attività ermeneutica.

Ma talvolta la giurisprudenza è “creativa” nel senso che non applica il testo legislativo che disciplina espressamente la materia e introduce una nuova regola iuris.

In tal senso è paradigmatica la sentenza cass. 15 maggio 2010 n. 15.520 in tema di condominio e distanze.

Tale arresto dopo aver ribadito il principio giurisprudenziale cui in materia condominiale le norme relative ai rapporti di vicinato, tra cui quella dell'art. 889 cod. civ., trovano applicazione rispetto alle singole unità immobiliari soltanto in quanto compatibili con la concreta struttura dell'edificio e con la particolare natura dei diritti e delle facoltà dei singoli proprietari ha espressamente rilevato che qualora le norme sulle distanze “...siano invocate in un giudizio tra condomini, il giudice di merito è tenuto ad accertare *se la loro rigorosa osservanza non sia nel caso irragionevole, considerando che la coesistenza di più appartamenti in un unico edificio implica di per sé il temperamento dei vari interessi al fine dell'ordinato svolgersi di quella convivenza che è propria dei rapporti condominiali...*”.

E' evidente qui come invece di essere l'applicazione del diritto a creare la regola (secondo l'avvertimento di Paolo: non ex regula ius sumatur sed ex iure quod regula fiat) sia la regola a creare diritto.

Altro esempio eloquente, in senso negativo, lo si può trarre dalla sentenza del **T.A.R. Toscana sez. III 9 giugno 2010 n. 1151**.

Nella fattispecie si trattava di un diniego opposto da un piccolo Comune alla richiesta di concessione edilizia per la realizzazione al piano terreno di un fabbricato urbano di un alloggio costituito da servizi igienici e piccola palestra finalizzato ad accogliere una persona affetta da invalidità totale. Il collegio esamina la legge n. 104/1992 concernente l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili e rileva l'assenza di una norma ad hoc che autorizzi il bene progettato dal ricorrente e dopo aver sottolineato che il provvedimento amministrativo è ineccepibile giunge attraverso un'interpretazione logico-sistematica della normativa in materia che si impernia sull'art. 1 della legge cit. - ove si statuisce che la Repubblica garantisce il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia delle persone disabili - ad interpretare la normativa nel senso che appare ragionevole che tale normativa non vieta il tipo di intervento programmato dagli interessati.

In tal caso appare chiaramente l'erroneità del percorso ermeneutico del giudice il quale attraverso un'interpretazione teleologica-assiologica ha creato addirittura la norma ad hoc attraverso l'uso strumentale di un

principio: trattasi di esempio di giurisprudenza normativa originaria svincolata da qualsiasi testo di legge.

Ma anche la tecnica dell'interpretazione conforme per il modo in cui è sollecitata a mettere al servizio dei diritti può talvolta dar luogo a sostanziali innovazioni del dettato legislativo. Tali riletture dei testi di legge, affermatasi nelle aule di giustizia, non hanno nulla di meno rispetto alle più ardite manipolazioni dei testi stessi per mano della giurisprudenza costituzionale. Sono diversi gli effetti (particolari ovvero generali) ma non il modo di trattare la sostanza normativa riplasmandola in ragione dei casi. In punto va ricordato che in una recente occasione – relativa ad una questione di costituzionalità circa la mancata previsione del rilascio del permesso di soggiorno, al compimento della maggiore età, per i minori stranieri sottoposti a tutela, quando ciò era invece previsto per i minori dati in affidamento – la Corte costituzionale ha rilevato che l'interpretazione letterale della disposizione impugnata poneva la stessa in sicuro contrasto con il principio personalista della costituzione ed ha suggerito al giudice, attraverso una pronuncia di infondatezza, un'integrazione della disposizione in via analogica sulla base della comparazione tra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento concludendo che, nonostante la diversa previsione normativa, la disposizione impugnata doveva ritenersi riferita anche ai minori stranieri sottoposti a tutela (Corte costituzionale 5 giugno 2003 n. 138).

Infine, per completezza, un'ulteriore domanda va affrontata quando si introduce il concetto di "giurisprudenza normativa".

E' compatibile la constatazione che i giudici producono norme giuridiche con quel valore che tutti stimano e che è quello della separazione dei poteri?

La risposta - anche laddove si dovesse ritenere una creatività originale e non derivata - è positiva tenuto conto che tale separazione per cui il giudice applica la legge ed il legislatore è l'unico produttore di norme è un frutto delle ideologie giuridiche degli inizi dell'Ottocento che non hanno nulla a che vedere con l'ideologia della separazione dei poteri di Montesquieu che sta alla base dell'idea liberale dello Stato di diritto. La separazione dei poteri in Montesquieu, infatti, significa semplicemente che i poteri non devono stare tutti nelle mani di uno solo, devono essere frazionati ma non che necessariamente un potere debba essere esclusivo di un organo ed un altro potere esclusivo di un altro organo. Il potere normativo può essere frazionato nel senso che non lo esercita solo il legislatore ma potrebbe teoricamente essere svolto in una certa e limitata misura anche dai giudici.

§ 3. - Il diritto fondamentale della dignità umana

Un settore del diritto civile nel quale vi è un intreccio rilevante tra diritto, valori e principi giuridici nazionali e internazionali è quello relativo all'applicazione giuridica della nozione di dignità umana.

Sebbene le specifiche disposizioni costituzionali che alla dignità fanno testuale riferimento (art. 3 primo comma, art. 41 secondo comma, art. 6 primo comma) sembrerebbero non offrire lo spunto per conferirle la posizione centrale che occupa in alcune Carte Costituzionali oltre che in importanti documenti internazionali (Preambolo Carta Nazioni Unite, Statuto Unesco, ecc.), la dottrina e la giurisprudenza costituzionale considerano la dignità umana la base assiologica del sistema delle libertà: la Corte costituzionale la considera valore costituzionale supremo inviolabile che permea di sé l'intero diritto positivo (corte cost. 293/2000): la bilancia su cui si dispongono i beni bisognosi di ponderazione.

Senonché questo valore che in astratto si presta ad accordare il razionalismo etico kantiano - che pone l'uomo come fine in sé - con l'umanesimo plenario cattolico - che ricava l'idea di dignità dalla filiazione divina - quando dai cieli della teoria discende sulla terra e si pone in rapporto con il diritto alla vita è in grado di fornire eguale sostegno alle ragioni di chi proclama l'indisponibilità di questo diritto, la sua assoluta non bilanciabilità o, all'opposto, di chi sempre in nome della dignità umana rivendica il diritto dell'essere di sopprimersi e di farsi somministrare una dignitosa morte (principio di autodeterminazione).⁴³

Ne abbiamo avuto una rappresentazione tragica nella vicenda Englaro. Da un lato la Corte di Appello di Milano nella decisione del 16 dicembre 2006 si è ispirata a una concezione assolutistica o oggettiva alla stregua della quale la dignità è un valore che presuppone come sua base ontologica il diritto alla vita e in quanto attributo della vita non può contrapporsi ad essa per annullarla se non annichilendo se stessa.

Dal lato opposto la Corte di Cassazione con sentenza 16 ottobre 2007 ha fatto propria una visione soggettiva della dignità come percezione individuale la quale può tradursi anche nel convincimento che la mera sopravvivenza del corpo artificialmente procurata quando siano

⁴³ Si può qui citare San Tommaso I, 11 q. 94 a. 4 , per l'interesse che riveste a proposito del problema succitato. San Tommaso se da un lato afferma l'analogia tra intelletto speculativo e intelletto pratico, dall'altro ne ricorda anche le specifiche diversità. In particolare mentre nelle conclusioni che l'intelletto speculativo ricava dai principi generali si ritrova la medesima necessità (veritas) di questi principi non così è per l'intelletto pratico: infatti in questo caso quanto più ci si allontana dai primi principi comuni per scendere al concreto, la rigorosa universalità della norma viene meno per lasciare il posto ad una validità più o meno generale (ut in pluribus) non solo per quanto riguarda la sua conoscenza di fatto da parte degli uomini (notitia) ma proprio relativamente alla sua verità intrinseca (rectitudo).

irreversibilmente cessata la percezione del mondo esterno non integri più una vita degna di essere vissuta sicché in nome della dignità si possa interrompere una vita disumana e ridotta a puro processo vitale.

L'attuazione diretta in via giudiziaria del valore della dignità ha coperto tutto lo spazio giuridico che separa il diritto alla vita al diritto ad una prestazione mortifera irrogata ex lege.

Addirittura nella giurisprudenza tedesca e francese il valore della dignità inteso come valore comunitario e non individuale ha trovato limiti imperativi alla disponibilità delle libertà fondamentali anche contro il consenso dell'interessato (es. attività di esibizione del corpo femminile nei peepshow in Germania - o il famoso lancio del nano in Francia).

Insomma la clausola della dignità può costituire uno strumento estremamente incisivo nelle mani del giudice al fine di rimodellare assetti disciplinari anche consolidati e quindi di spostare a suo favore gli equilibri con il formante legale: c'è il rischio concreto che in tale settore la giurisprudenza si trasformi in un "*ostinato campo di battaglia*" per dirla con una felice espressione usata da Ludovico Muratori nel suo famoso trattato sui difetti della giurisprudenza.⁴⁴

§ 4. – L'Amministrazione di sostegno ed i diritti fondamentali

L'Amministrazione di sostegno è un settore del diritto dove quotidianamente il giudice esercita il bilanciamento dei valori.

La legge n. 6/2004 ha dettato una normativa, completamente nuova per la realtà giuridica e sociale italiana, volta alla effettiva protezione delle "persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana", prevedendo, nel quadro di un programma con valenza giuridica da determinarsi caso per caso (progetto di sostegno), "interventi di sostegno temporaneo o permanente" a favore del disabile (art. 1).

Questa nuova forma di **protezione è a "spettro ampio"**, finalmente rifiutando la logica ghezzante dell'infermità mentale tipica dell'interdizione (rimasta solo per casi che già l'art. 414 C.C. prevede, nella nuova formulazione, come eccezionali, tanto da collegarne l'applicabilità alla constatazione dell'impossibilità di assicurare con l'amministrazione di

⁴⁴ L.A. Muratori "Dei difetti della Giurisprudenza" ed. a cura di A. Solmi - Roma 1993 - p. 43

sostegno una “adeguata protezione”) a favore di quella del sostegno ad ogni persona che per qualsiasi patologia (“per effetto di ogni infermità ovvero menomazione fisica o psichica”) si trovi “anche” parzialmente o temporaneamente (e pertanto pure quando l’infermità sia totale e/o permanente) nell’impossibilità di provvedere ai propri interessi (art. 404 C.C.).

Orbene, restringendo l’analisi alle questioni che qui interessano, vi sono casi nei quali il giudice tutelare nel decidere se aprire o no un’amministrazione di sostegno a favore di una persona deve operare con ampia discrezionalità – peraltro concessagli dalla legge - scelte assiologiche delle quali dovrà dapprima verificare la ragionevolezza e poi la integrabilità delle stesse nel sistema.

Per esempio con riguardo alle persone prodighe le scelte involgono questioni attinenti la teoria generale del diritto quale l’identificazione del limite invalicabile per l’attività del giudice di volontaria giurisdizione e dei confini tra patologia e comportamento difforme da quello collettivamente considerato “normale”.

Recentemente è stata avanzata la domanda di nomina di amministratore di sostegno a favore di donna che essendosi trovata a gestire dopo la morte dei genitori una notevole ricchezza ha disperso gran parte del patrimonio attraverso operazioni speculative avventate. La donna si è opposta rivendicando una personale libertà di gestione del denaro improntata al distaccato rapporto con lo stesso cui è stata educata dalla sua famiglia estremamente facoltosa e, dunque, del diritto di permettersi il lusso di essere stravagante e eccentrica agli occhi dei più ma non per questo bisognosa di amministrazione di sostegno anche perché le operazioni immobiliari speculative si sono rivelate sbagliate ma erano pur sempre espressione delle facoltà rientranti nel suo diritto di proprietà.

Ma il problema può essere esteso a tutti quegli atteggiamenti anomali rispetto a quelli correnti nel contesto sociale. Infatti spesso il giudizio negativo dell’anomalia in diverse epoche storiche è stato funzionale all’emarginazione della diversità non soltanto per ragioni di conservazione del potere ma anche e più **semplicemente per conformistico ossequio a regole seguite per lo più acriticamente nel vivere comune.**

Nel caso sopra esposto della signora prodiga il giudice tutelare Modena ha optato per una amministrazione di sostegno motivando la decisione sul presupposto che se la donna fosse stata sola vi era il serio dubbio del potere di limitare la capacità di agire ma avendo ella scientemente messo al mondo due figlie aveva assunto forti responsabilità nei confronti delle stesse che le imponevano comportamenti rispettosi delle aspettative di

coloro con cui ha inteso stabilmente relazionarsi.

La soluzione non appare condivisibile dal momento che seppur dotata di una certa ragionevolezza tuttavia non trova alcuna integrazione nel sistema - sol che si consideri che le figlie erano maggiorenni e già economicamente indipendenti, non vi è alcuna norma generale nel sistema che prevede la tutela giuridica di aspettative future di possibili eredi maggiorenni – né nella stessa ratio della legge istitutiva della amministrazione di sostegno - per la quale non ha alcun rilievo il rapportarsi alle aspettative altrui ma resta solo da valutare se le cd. condotte “devianti” rientrano in una alterazione dello stato di salute o patologia (prodigalità) o in una serie di circostanze sfavorevoli e sfortunate.

** Ancor più delicata – perché coinvolge i diritti fondamentali del soggetto - è la scelta di aprire un’amministrazione di sostegno nei confronti di persona che riesce ad esprimere una determinazione ma viziata dalla patologia che l’affligge

In questo caso la problematica principe è quella della sottoposizione coattiva dell’amministrato a terapia sia essa di recupero che riabilitativa: la legge in punto nulla dice e l’interpretazione del giudice anche qui non può per un verso essere assiologicamente neutra e per altro verso non può non integrarsi nel sistema.

Alcuni ritengono sia possibile procedere al ricovero coatto.

In tal senso si è espresso il tribunale di Bari che dopo averla indicata come unica soluzione percorribile ha conferito all’amministratore di sostegno di esprimere il consenso all’inserimento coatto in struttura sanitaria ospedaliera o residenziale con divieto di contatti telefonici con i componenti del suo nucleo familiare e, ex art. 344 c.c., ha disposto che i carabinieri prestino prontamente ogni opportuna collaborazione all’amministratore di sostegno per l’inserimento coatto in idonea struttura di accoglienza della beneficiaria la quale ultima in caso di allontanamento non autorizzato dall’amministratore di sostegno e/o dai sanitari responsabili sarà ivi prontamente ricondotta a cura dei Carabinieri (Trib Bari 27.12.2006 ma anche Trib. Cosenza 28 ottobre 2004).

Taluni autori e arresti giurisprudenziali, invece, ritengono che nel caso di attitudine del soggetto protetto a porre in discussione i risultati dell’attività di sostegno nei suoi confronti si deve procedere all’interdizione: senonché resta sempre il problema.

Occorre rilevare che, peraltro, una attribuzione al tutore/amministratore di sostegno del potere di esprimere il consenso informato - in nome e per conto dell’incapace affetto da patologia psichiatrica - al fine di conseguire coattivamente il ricovero o la

somministrazione del trattamento farmacologico sembra trovare insormontabile ostacolo nell'art. 32 cost. e nei ristretti limiti previsti per l'applicazione del trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O. art. 34 l. 833/1978) nei confronti di persone affette da malattie mentali (Trib. Roma 10.3.2009 g.t. Olivieri; nonché Tribunale di Catanzaro 9 aprile 2009 g.t. dott.ssa Gioia con riferimento al caso di sottoposizione a cure mediche coatte di un alcolista che esponeva il nucleo familiare a seri pregiudizi): le misure di amministrazione, infatti, si osserva devono essere fruite e non subite e, in ogni caso, l'autodeterminazione terapeutica dell'incapace non sarebbe soltanto compresa ma addirittura espropriata.

Anche Tribunale di Torino 26 febbraio 2007, (in Famiglia e Diritto, 2007, pag. 721), ha precisato che *"..., pena un'evidente violazione dei principi costituzionali indicati in materia di libertà personale e volontarietà della cura e dei trattamenti sanitari, la non estensione all'amministratore di sostegno del disposto di cui agli artt. 357, 358, 371 c.c. comporta l'impossibilità non solo per l'amministratore, ma anche per il giudice tutelare (in quanto non legittimato dalla norma) di autorizzare atti invasivi della sfera personale senza il consenso del beneficiario, sia in ordine alla collocazione (es. residenziale) sia in ordine al consenso ad interventi e trattamenti sanitari..."*

E ciò in ossequio a quel principio liberale che Stuart Mill ha ben espresso *"Su se stesso. Sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano"*.

Ma la Convenzione di Oviedo statuisce che il coinvolgimento del disabile nel consenso informato deve essere nei limiti del possibile (*l'art 6 comma terzo così recita: - Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso - 3. Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione"*).

E il consenso va dato nell'esclusivo e diretto beneficio della persona autonoma sicché nella concreta e quotidiana esperienza giurisprudenziale le soluzioni sono state meno rigorose e forse più consonanti con il Tribunale di Bari perché laddove il soggetto non è in condizioni di esprimere una valutazione critica della situazione patologica e di percepire le conseguenze che deriverebbero dal non prestare il consenso sarebbe eccessivamente rigoroso e formale escludere che l'amministratore di sostegno possa essere

autorizzato a prestare il consenso informato al trattamento terapeutico o a stipulare il contratto di ricovero in struttura sanitaria, casa di riposo o di cura scegliendo il luogo più idoneo alle condizioni del beneficiario secondo il best interest oggettivo (v. sopra e, in senso conforme, cass. 18 dicembre 1989 n. 5652 in Nuova Giur. Civ. comm. 1990, 512).

Ovviamente laddove il beneficiario dovesse dissentire l'intervento del giudice garantirebbe quelle condizioni di protezione previste dalla Convenzione di Oviedo laddove in caso di persona che soffre di grave disturbo mentale si prevede la possibilità, quando l'assenza di un trattamento sanitario rischia di essere gravemente pregiudizievole alla salute della persona, di sottoporre la stessa persona a intervento sanitario *“sotto riserva delle condizioni di protezione previste dalla legge e comprendenti le procedure di sorveglianza e di controllo e le vie di ricorso”*. (contra, secondo taluni autori – cfr. Rossi Rita in Famiglia e Diritto 3/2010 la Convenzione di Oviedo sembrerebbe escludere il ricovero coatto diverso dal ricovero ospedaliero ex art. 34 L. 833/1978: ma trattasi di posizione fondata sulla miope e strenua difesa di un principio di autodeterminazione inteso in modo formale e assolutista che conduce a conseguenze esiziali per il malato psichico).

L'attualità della problematica emerge dal semplice riferimento di alcuni casi pratici.

Giudice tutelare Brescia 5 novembre 2008 giudice Ondei:

Giovane incosciente della sua malattia che passava da un T.S.O. all'altro e bastava una cura specifica per tranquillizzarlo e permettergli un'esistenza meno afflittiva. Si è tentato in tutti i modi sia con le lusinghe che con le minacce e con l'ausilio di un c.t.u. di indurlo a seguire la cura prescrittagli ma persisteva nel rifiuto dando giustificazioni deliranti.

Alla fine, di fronte alla disperazione dei genitori e alle rassicurazioni dei medici dopo che per un anno si è tentato di fare capire la situazione al giovane il giudice tutelare ha utilizzato la categoria del best interest e ha autorizzato l'amministratore di sostegno a dare il consenso al ricovero coatto ed alle cure coatte. Il giovane successivamente dopo tre mesi ha migliorato la sua vita, ora si sottopone alle cure con maggior docilità e da un anno non subisce più T.S.O. Il nucleo familiare si è ricompattato nel prestare le cure e l'affetto al giovane.

Giudice tutelare Brescia 7 ottobre 2009 giudice Ondei

Persona anziana sola e delirante che non voleva essere ricoverata e sottoporsi alle cure ritenute dai medici necessarie per ristabilire quantomeno una sorta di serenità di vita e per curare il grave diabete che aveva: tale persona voleva a tutti i costi vivere da sola promettendo che avrebbe assunto

i medicinali e avrebbe seguito una dieta compatibile con il suo grave stato di salute.

I familiari – un fratello e la cognata – non venivano ascoltati dal beneficiario e gli stessi medici segnalavano la pericolosità della situazione nel caso in cui lo stesso fosse andato a vivere da solo anche perché tra l'altro non avrebbe nemmeno assunto i medicinali come era già capitato.

In un primo tempo il giudice tutelare ha monitorato la situazione convincendo il beneficiario a provare a vivere in una struttura protetta ma all'udienza di verifica lo stesso riferiva di non voler più rimanere in quella struttura e voleva andare a vivere da solo. Il beneficiario è stato trasferito in altra struttura ma si è ripetuta la scena.

Anche in questo caso il giudice tutelare ha autorizzato il fratello – nominato amministratore di sostegno - a dare il consenso al ricovero coatto.

Giudice tutelare Piacenza

E' stato autorizzato l'amministratore di sostegno a disporre un ricovero coatto di giovane tossicodipendente incinta attesa la sua attuale impossibilità di effettuare scelte consapevoli alla salute propria e del nascituro e ciò fino alla nascita del concepito.

Giudice tutelare Modena 26.11.2008 giudice Stanzani.

Nel caso di soggetto delirante cronico affetto da una forma grave di diabete l'amministratore di sostegno è stato autorizzato a porre in essere in nome e per conto del beneficiario tutte le iniziative necessarie al fine di attuare l'inserimento dello stesso in un struttura protetta ove il medesimo possa proseguire le cure e le terapie anche alimentari e ad esprimere il consenso ai trattamenti medici e terapeutici proposti da medici.

Giudice tutelare Perugia.

Ha autorizzato l'amministratore di sostegno a presentare, in luogo del beneficiario tossicodipendente refrattario, la richiesta di ricovero in comunità terapeutica ed a prestare il consenso ai trattamenti medico sanitari ritenuti necessari dai medici.

Giudice tutelare Modena 26.1.2009 giudice Stanzani.

Caso di una sig.ra di 43 anni, laureata, che negli ultimi anni si dedicava in modo maniacale alla alimentazione macrobiotica e che nel frattempo aveva una forma ingravesciente di sclerosi multipla con comportamenti al limite di incontrollati deliri. Tale signora non voleva sottoporsi ad alcuna cura: il giudice tutelare ha aperto la amministrazione di sostegno per 12 mesi dando all'amministratore di sostegno i poteri di individuare e scegliere le terapie ritenute più idonee per la tutela e la cura della salute sia fisica che psichica e a chiedere con proposte motivate ex art. 371 c.c. autorizzazioni per la collocazione in strutture ove vengono praticate le terapie prescelte.

§ 5. L'area del danno non patrimoniale

Un'altra materia nella quale vi è una forte sinergia e compenetrazione tra teoria generale del diritto, ermeneutica, diritti fondamentali e sistema plurilivello è quella del risarcimento del danno non patrimoniale.

Come noto con quattro sentenze (11 novembre 2008 nn. 26972, 26973, 26974 e 26975) le S.U. hanno chiarito il proprio pensiero sul punto del danno non patrimoniale cercando di porre fine ad un confronto che dal formante dottrinario si era spostato su quello giurisprudenziale generando disorientamento tra gli operatori per le risposte spesso dissonanti fornite dalla stessa Cassazione.

Nel caso di **lesioni personali** taluni organi giudiziari ritenevano di liquidare il danno biologico, quello morale, altri invece liquidavano tre voci di danno cioè quello biologico e quello morale e quello esistenziale.

Analogamente, nel **caso di morte** della vittima alcune corti liquidavano ai prossimi congiunti, iure proprio, il danno non patrimoniale inteso in modo omnicomprensivo, altre ritenevano all'opposto di dover liquidare sia il danno morale sia quello esistenziale, altri giudici ancora, ed infine, statuivano che nell'ipotesi di **lesioni con esito letale** i congiunti della vittima avessero diritto al ristoro addirittura di altre voci di danno: quello morale, quello esistenziale e quello da perdita del rapporto parentale.

Il testo base di tutte e quattro le sentenze è composto da una parte di tipo ricognitivo dello stato dell'arte e da una successiva parte costruttiva.

I casi trattati dalle sezioni unite appartengono al folklore della materia.

a) un intervento chirurgico per ernia inguinale alla base di una progressiva atrofizzazione del testicolo sinistro asportato qualche tempo dopo in seguito ad inutili terapia antalgiche e l'incidenza dell'evento sulla sfera sessuale del paziente (sent. n. 26972);

b) la vittima primaria di un sinistro che agonizza per undici ore ma rimane lucida nell'attesa della morte in conseguenze delle gravissime ferite e delle devastanti ustioni e quelle di rimbalzo che reclamano il pregiudizio alle aspettative di mantenimento futuro del rapporto parentale (sent. 26.973);

c) un grappolo di pretese analoghe a quelle appena esposte da parte dei congiunti di una vittima di sinistro stradale ed un pregiudizio esistenziale correlato all'aver dovuto vivere in condizione di indigenza: rinunce e afflizioni per la perdita dell'unica fonte di reddito (sent. n. 26.974);

d) il pregiudizio da immissioni acustiche intollerabili liquidato in prime cure senza l'ausilio di una c.t.u. assumendo che il danno era in re ipsa (danno psichico temporaneo ossia biologico temporaneo) in caso di perdita

del riposo notturno rivalutato in sede di appello ma solo per riformare la sentenza di primo grado come danno esistenziale (sent. 26.975).

§5.a - Prima delle sezioni unite

Con le sentenze del 2003 nel quadro del sistema bipolare del danno patr. e non patr. vi era un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patr. derivante dalla lesione di **valori inerenti alla persona** e dunque:

- 1) il danno morale soggettivo inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima;
- 2) il danno biologico in senso stretto inteso come lesione dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità psichica-fisica della persona conseguente ad accertamento medico (art. 32 cost)
- 3) il danno (spesso definito esistenziale) derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

§ 5.b - Le sentenze delle sezioni unite

In primo luogo nel § 2.1 di tali sentenze vengono riassunti sinteticamente gli attuali caratteri assunti dal danno non patrimoniale in **quattro** punti:

a) cospicuo incremento nella legislazione ordinaria di casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale anche al di fuori dell'ipotesi di reato;

b) riconoscimento della peculiare figura di danno non patrimoniale, diverso da quello morale soggettivo, che è il danno biologico: formula con la quale si designa la lesione dell'integrità fisica e psichica della persona;

c) estensione giurisprudenziale del risarcimento del danno non patrimoniale, evidentemente inteso come pregiudizio diverso dal danno morale soggettivo, anche in favore delle persone giuridiche;

d) esigenza di assicurare il risarcimento del danno non patrimoniale anche in assenza di reato nel caso di lesione di interessi di rango costituzionale perché in tal caso il risarcimento costituisce la forma minima di tutela ed una tutela minima non è assoggettabile a limiti specifici perché si risolve in rifiuto di tutela: il riconoscimento nella Costituzione dei **diritti inviolabili** inerenti la persona non aventi natura economica implicitamente ma necessariamente ne esige la tutela.

§ 5.c - Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.

Nei §§ da 2. a 2.14 le sezioni unite ripercorrono la vicenda del danno non patrimoniale anche alla luce della rilettura effettuata con le sentenze del 2003.

Il punto qualificante è dato dal senso del rinvio di legge dell'art. 2059 c.c.

L'art. 2059 non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale ma consente la riparazione anche di danni non patrimoniali nei casi determinati dalla legge nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile che si ricavano dall'art. 2043 c.c. ed anche i casi di responsabilità oggettiva. **In altri termini il sistema bipolare prefigurato dal codificatore non comporta la nascita di una duplicità degli illeciti**: l'illecito aquiliano è unitario (e Cass. S.U. n. 500/1999 ci ha detto che la lesione di qualunque interesse che non sia di mero fatto consente la giustiziabilità sul piano risarcitorio): bipolare è il conseguente danno risarcibile ripartito tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

Il danno non patrimoniale si dice, pertanto, tipico per la presenza del rinvio ai casi determinati dalla legge.

L'illecito è sempre il medesimo nei suoi elementi costitutivi: non importa se da esso discendano per la vittima deminutiones di poste patrimoniali o riflessi negativi su valori privi di rilevanza economica ovvero entrambe le conseguenze. La differenza va colta a livello dell'ingiustizia del danno. Finché si tratta di reintegrare la consistenza patrimoniale del danneggiato è sufficiente accertare l'avvenuta lesione di un qualsiasi interesse rilevante per l'ordinamento giuridico a prescindere dalla sua qualificazione formale, quando si passa a considerare il danno non patrimoniale impera, per contro, il principio della tipicità articolato in una pluralità di criteri.

Da qui le sezioni unite traggono l'inconsistenza dogmatica del danno esistenziale laddove con lo stesso si intenda riferirsi al fare non economicamente rilevante trasponendo sul piano dell'agire quanto attiene all'essere della persona e perciò a quello che da sempre costituisce il danno non patrimoniale come lo concepì il legislatore del 1942.

Infatti con il danno esistenziale (limitazione delle attività realizzatrici della persona umana obbligandola ad adottare nella vita di tutti i giorni comportamenti diversi da quelli passati diversa dal danno morale soggettivo e dal danno biologico) si descriveva un pregiudizio non accompagnato dalla

necessaria individuazione ai fini del requisito dell'ingiustizia di quale fosse l'interesse giuridicamente rilevante ai fini del fatto illecito.

Un pregiudizio del tipo definito esistenziale causato da condotte che non siano lesive di specifici diritti della persona costituzionalmente garantiti, dicono le s.u., sarà irrisarcibile giusta le limitazioni di cui all'art. 2059 c.c.. Infatti l'affermazione che con il danno esistenziale automaticamente venga lesa un interesse o offeso un valore di rango costituzionale comporta l'abrogazione dell'ingiustizia del danno perché la prova del danno sarebbe automatica dimostrazione della lesione dell'interesse.

Inoltre, sempre secondo le s.u., la generica categoria del danno esistenziale porta il danno non patrimoniale nell'atipicità sia pure attraverso l'individuazione della apparente figura tipica categoria del danno esistenziale in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale danno.

§ 5.d - La tipicità del risarcimento del danno non patrimoniale

Come sopra illustrato le S.U. fanno propria la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. fornita dalle sentenze 8828 e 8828 del 2003 e viene ribadito il carattere della tipicità di questa disposizione.

Vediamo quali sono i casi di risarcimento del danno non patrimoniale:

I danni non patrimoniali sono i risarcibili solo in due ipotesi:

a) Rinvio: leggi ordinarie -185 c.p.

e

b) rinvio a norme di rilievo costituzionale dettate a presidio di beni e interessi inviolabili della persona: ingiustizia costituzionalmente qualificata non essendo sufficiente il *contra ius* di cui all'art. 2043 c.c..

Né è possibile ipotizzare una questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c. in quanto non ammette il risarcimento, al di fuori dei casi previsti dalla legge, di pregiudizi non patrimoniali conseguenti alla lesione di interessi genericamente rilevanti **poiché la tutela risarcitoria minima ed insopprimibile vale soltanto per la lesione dei diritti inviolabili.**

... segue. **Il danno da reato.**

Quanto al danno a reato va ricordato, per completezza, che il rinvio all'art. 185 c.p. – prevede il cd. danno morale soggettivo. Tuttavia nell'ambito della categoria del danno non patrimoniale la formula **danno morale** non individua più una autonoma sottocategoria di danno ma descrive,

tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo costituito dalla sofferenza cagionata dal reato in sé considerata: sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini dell'esistenza del danno ma solo della quantificazione del risarcimento.

In presenza di un reato, in ragione dell'ampia accezione del danno non patrimoniale è risarcibile non soltanto il danno non patrimoniale conseguente alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili ma anche quello conseguente alla lesione di interessi alla persona non presidiati da siffatti diritti ma meritevoli di tutela in base all'ordinamento (secondo il criterio di ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c) poiché la **tipicità** in questo caso non è determinata solo dal rango dell'interesse protetto ma **in ragione della scelta del legislatore di dire risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato**.

Il reato, allora, innesta una risarcibilità illimitata che non trova riscontro altrove.

E del resto quando il rinvio ai casi determinati dalla legge è pieno l'interprete non è chiamato a svolgere nessun'altra indagine ossia il giudice non è chiamato a riconoscere una tutela ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione.

In tal caso, però, uno sconvolgimento della quotidianità, quantunque difetti l'offesa ad un diritto inviolabile finisce con l'essere monetizzato se il suo sorgere legato alla commissione di un reato che pregiudichi gli interessi del singolo (si pensi a cass. su 21.2.2002 n. 2515 - nubi tossiche di Seveso - che in caso di disastro colposo ha riconosciuto il risarcimento del danno da turbamento psichico di natura transitoria).

... segue. - Gli altri casi previsti dalla legge.

Con riguardo, poi ai cc.dd. "altri casi previsti dalla legge" – diversi dal reato – va precisato che non tutti i danni non patrimoniali comunque lamentati dalla vittima o dal danneggiato sono risarcibili ma solo quelli derivanti dalla lesione degli interessi che il legislatore ha inteso proteggere attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento del danno.

§ 5.e - La tipicità costituzionale: in particolare l'individuazione dei beni costituzionali inviolabili

Passando, ora, ad affrontare nello specifico il caso del risarcimento del danno da lesioni di diritti inviolabili della persona, va, in primis, rilevato che le S.U. nel 2008 hanno dato indicazioni che sostituiscono la troppo porosa definizione di diritti fondamentali costituzionali o interessi di rango

costituzionale impiegata dalle pronunzie del 2003 ossia “interesse costituzionalmente protetto”: nelle sentenze del 2008 si parla, infatti, di diritti inviolabili della persona costituzionalmente tutelati.

In tal modo le Sezioni Unite ribadiscono l’idea che in virtù del principio della minima tutela risarcitoria, quella cioè monetaria, la riserva di legge deve cedere di fronte alla lesione di diritti inviolabili, i quali sono però sostanzialmente, ma anche formalmente, innominati, non essendo essi tipizzati **dall’art. 2 Cost.**

Orbene in punto con riguardo al richiamo ai diritti costituzionalmente tutelati va ricordato che un grande Maestro del diritto (SATTA) a proposito di coloro i quali richiamano ad ogni piè sospinto le norme costituzionali ebbe a dire: «La Costituzione fa in molti giuristi l’effetto che su Don Chisciotte facevano i libri di cavalleria»

L’art. 2 cost., del resto, dice Gazzoni, presuppone tali diritti, solo riconoscendoli, quasi essi fossero scritti chissà dove, magari sulle stelle.

Gli stessi costituzionalisti non riescono a mettersi d’accordo nemmeno sul criterio con il quale individuarli.

Secondo Cordero c’è chi li dispone in ordine geometrico e che li lascia fluttuare come figure di acquario; uno li intuisce e un altro li deduce; questo li vede eterni e immobili e quello soggetti ad un ciclo di nascita e morte.⁴⁵

Qualcuno addirittura li affianca a quegli àgrafoi nomoi in ottemperanza ai quali ebbe ad agire l’eroina Antigone.

§ 5.f – Definizione di diritti inviolabili.

Proprio perché i diritti inviolabili sono dotati di una straordinaria flessibilità e riflettono astrattamente il valore dell’uomo si impone la necessità di individuarne l’essenza giuridica.

Quali sono i diritti inviolabili? Come si individua un diritto inviolabile?

Va considerato, prima di affrontare questa questione, che la dottrina dei diritti inviolabili è sorta in un ambito di rapporti diverso da quello della responsabilità civile.

È nata come dottrina dei diritti che il cittadino può invocare nei confronti dei pubblici poteri.

Qui è utilizzata, invece, come dottrina dei diritti che il cittadino può opporre ad altro cittadino, sulla scorta della idea che le norme della Costituzione, che prevedono i diritti inviolabili, hanno applicazione diretta

⁴⁵ CORDERO FRANCO, “Gli osservanti. Fenomenologia delle norme”, Milano, 1967, p.124-125.

nei rapporti tra i privati.

Sarebbe subito da scartare la proposta di identificare i diritti inviolabili soltanto in quelli che la Costituzione indica espressamente come tali, e che poi sono da ridursi essenzialmente alla libertà personale (art. 13), di domicilio (art. 14), di comunicazione (art. 15), ed al diritto di difesa (art. 24). Ma sarebbe anche da scartare l'idea che essi coincidano, comunque, solo con quelli contenuti nel titolo primo della Costituzione, così da costituire un numero chiuso. Ciò non perché si tratti di teorie infondate. Ma perché la Corte di cassazione, nella ormai nota decisione a sezioni unite, ha precisato che: «la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale, indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona».

La giurisprudenza successiva alle s.u. non è compendiabile.

Di volta in volta essa ha ritenuto inviolabile il diritto alla retribuzione del lavoratore, il diritto del lavoratore alla conservazione delle mansioni (dunque a non subire demansionamento), il diritto all'onore ed alla reputazione, mentre ha escluso che possa trattarsi di diritto inviolabile l'interesse ad avere un sollecito annullamento di una cartella esattoriale, così come l'interesse a non subire una pubblicità ingannevole.

Però, presa alla lettera, l'espressione utilizzata dalla Corte di Cassazione può intanto significare una cosa, ossia che è escluso che l'art. 2 Cost. possa costituire una norma di rinvio al diritto naturale quale criterio extralegale di individuazione dei diritti inviolabili.

La questione è nota.

I lavori preparatori testimoniano dell'interesse della componente cattolica verso il recepimento dei "diritti naturali". Pur dopo la promulgazione si continuò a sostenere che l'art. 2 è norma che ai quei diritti rinvia, in quanto si limita a predicarne il recepimento, come testimonia il fatto che la norma contiene l'espressione «riconosce e garantisce».

È conosciuta l'obiezione a questa tesi. Si è infatti in modo convincente fatto presente che il verbo "riconoscere" è usato nella Costituzione nel significato di «considerare lecito o legittimo». Non è ovviamente questa la sede per una critica della teoria giusnaturalistica dei diritti inviolabili. Ciò che può apparire dalla decisione della Corte è che essa autorizza l'interprete a ricavare nuovi diritti inviolabili non già riferendosi ad un sistema di diritto naturale, o ad un qualche *apriori* storico o metafisico. Piuttosto essa dice che

i diritti inviolabili vanno individuati interrogando il «complessivo sistema costituzionale», dal quale trarre indice di rilevanza dei nuovi interessi emersi nella realtà sociale.

Una prima approssimazione si può dunque trarre. Davanti ad un interesse che sorge nella realtà sociale per la prima volta, l'interprete non deve limitarsi a registrarne la novità e la rilevanza, deve piuttosto verificare se nella Costituzione è rinvenibile un indice in base al quale si possa dire che quell'interesse corrisponde ad un diritto inviolabile.

L'individuazione dei diritti inviolabili si fa, pertanto, all'interno del «complessivo sistema costituzionale». Non esistono diritti inviolabili "posti" fuori dalla Costituzione. È dunque tra le norme costituzionali che vanno ricercati quei diritti.

Solo se un interesse è riconducibile ad una norma costituzionale, che prevede un diritto come inviolabile, esso è aquilianamente rilevante nel senso che ci occupa, anche se non tutti i diritti garantiti dalla Costituzione sono da considerarsi per ciò stesso inviolabili.

Tuttavia, questo è soltanto un primo passo. Porta a ritenere che i diritti inviolabili coincidono con quelli positivi ma tali diritti sono consacrati in formulazioni che richiamano la tecnica espositiva di principi più che di norme con una conseguente elasticità e vaghezza che necessariamente rimette all'interprete il compito di dare concreta attuazione ed individuazione rispetto al caso concreto scrutinato traendo spunto dal nucleo di valori che ispirano il contesto sociale nel quale opera l'interprete (v. sopra).

Ma quali tra i diritti che la Costituzione garantisce sono inviolabili? Si può in questa sede soltanto ipotizzare una soluzione.

Taluni diritti sono qualificati dalla stessa Costituzione come inviolabili ma vi sono diritti non qualificati espressamente con l'attributo inviolabili che debbono però essere considerati tali attinendo all'essenza della persona umana come ad esempio il diritto alla salute, il diritto a professare una fede religiosa che si intenda scegliere (art. 19) e il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21).⁴⁶

⁴⁶ Un attento studioso, Giustino D'Orazio, in un volume specificamente dedicato al tema, ha diligentemente elencato i vari diritti qualificabili come «inviolabili», desumendoli dalle pronunce della Corte costituzionale, sia pur relative a cittadini italiani, e dalle eventuali normative internazionali. Questo l'elenco: il diritto alla vita (sent. n. 54 del 1979), il diritto alla salute e all'integrità psico-fisica (sentt. nn. 88 del 1979, 561 del 1987, 455 del 1990); il correlativo diritto al risarcimento dei danni subiti (sent. n. 132 del 1985), il diritto al proprio decoro, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione (sentt. nn. 38 del 1973 e 1150 del 1988), la libertà di manifestazione anche con riguardo alle opinioni politiche (sentt. nn. 85 del 1965, 122 del 1970, 168 del 1971), il diritto di agire e difendersi in giudizio (sentt. nn. 11 del 1956, 29 del 1962, 98 del 1965, 37 del 1969, 122 del 1970, 11 del 1971, 177 del 1974, 125 del 1979, 18 del 1982, 50 del 1972, 188 del 1980), il diritto alla riparazione degli errori giudiziari (sent. n. 1 del 1969), il diritto

Tra i diritti dell'individuo che la Costituzione contempla solo quelli che attengono alla persona *in quanto tale* possono dirsi inviolabili. Non lo sono i diritti che la persona ha sulle cose o sui beni del mondo esterno, o su beni che siano il prodotto della sua attività. I valori personali vanno distinti dai valori monetari. Questi ultimi, giusta l'accezione di Luhmann, sono «valori cosali», ossia sono misura non già del valore dell'uomo, ma del valore delle cose. Il diritto inviolabile, allora, è da intendere come il diritto della persona.

Appartiene a certe suggestioni filosofiche l'idea che l'Io si estende sulle cose di cui si appropria, e che proprietà e possesso ci mettono nelle condizioni di espandere il nostro essere⁴⁷. E, del resto, si avverte ancora l'eco dell'idea lockiana che vede nella proprietà il frutto del lavoro umano e della libertà della persona, e dunque un diritto dell'uomo.

Anche su questo punto è impossibile riferire compiutamente.

Basti però considerare che l'idea che la proprietà sia un diritto inviolabile è oggi non solo rifiutata dalla netta maggioranza della dottrina, ma anche dalla stessa Corte costituzionale (Corte cost. 11 febbraio 1971, n. 22, nell'ambito del giudizio di costituzionalità sulla pena edittale del reato di furto; Corte cost. 9 maggio 1968, n. 55, nell'ambito del giudizio di costituzionalità sulla indennizzabilità dei vincoli alla proprietà privata). Quest'ultima si orienta oggi verso l'idea di ricomprendere nel novero dei diritti inviolabili i soli diritti personali ed in aggiunta quelli sociali, ma non i diritti sui beni, materiali o immateriali che siano.

Oltre al criterio già accennato (non è inviolabile il diritto sulle cose), un altro può soccorrere per la selezione dei diritti inviolabili. Essi non possono che consistere in quei diritti di cui la persona è *esclusiva* titolare. La protezione fornita dalla inviolabilità è dovuta al fatto che quei diritti caratterizzano la persona in quanto tale. Esulano, pertanto, da questo ambito quei diritti che, allo stesso modo o nella stessa misura in cui spettano alla persona, appartengono altresì ad altri soggetti. E tale è il caso, per l'appunto,

alla revisione del giudicato penale (sent. n. 28 del 1969), il rispetto della dignità umana (sent. n. 159 del 1973); la presunzione di non colpevolezza nel processo penale (sent. n. 120 del 1977); la libertà di contrarre matrimonio (sentt. nn. 27 del 1969 e 587 del 1988); i diritti della famiglia (ivi incluso il diritto alla riunificazione del gruppo familiare) (sentt. nn. 181 del 1976 e 132 del 1985), la libertà personale (sent. n. 766 del 1988), la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (sentt. nn. 77 del 1982, 122 del 1970, 366 del 1991), la libertà di circolazione quale proiezione della libertà personale (sent. n. 6 del 1962), la libertà di associazione (sentt. nn. 40 del 1982, 239 del 1984), il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa (sentt. nn. 14 del 1973, 188 del 1975, 239 del 1984), il diritto di libertà sessuale (sent. n. 561 del 1987), il diritto sociale all'abitazione (sent. n. 404 del 1988).

⁴⁷ È la nota tesi di G. Simmel, "Filosofia del denaro" (trad. it.), Torino, 1989, part. Cap. IV.)

della proprietà (essa spetta anche alle persone giuridiche, pubbliche o private), nonché quello della libertà negoziale e della iniziativa economica. Del resto è agevole verificare come i diritti sui beni non costituiscono a priori logici della persona, condizioni della sua identificazione. E della proprietà, come del credito, si può dire la stessa cosa, indipendentemente dal soggetto cui appartengono.

In questa ottica appare evidente l'erroneità di quelle decisioni nelle quali l'interesse la cui lesione avrebbe prodotto danno non patrimoniale è individuato in quello della libertà negoziale.

Quello della individuazione dei diritti inviolabili è forse un tema sul quale almeno alcuni punti fermi, in riferimento agli scopi propri della responsabilità civile, potrebbero porsi.

Ed essi sono:

a) l'art. 2 Cost. è norma che rinvia ad altre norme della Costituzione, e non a diritti preesistenti alla legge positiva. Tuttavia non ogni norma della Costituzione, che prevede una libertà o un diritto, si riferisce perciò stesso ad un diritto inviolabile;

b) tale dovrebbe considerarsi solo quel diritto (o quella libertà) che appartiene alla persona in quanto tale, ed esclusivamente ad essa.

Più in particolare l'essenza dell'art. 2 cost. potrebbe identificarsi con:

- a) **la dignità e con il libero sviluppo della personalità**
- b) **la dimensione sociale dell'uomo e dunque, la coesistenza pluralistica di libertà e diritti.**

Da tempo emerge chiara la scelta della centralità della persona umana; ma la scelta assiologica della Costituzione italiana deve essere ora ulteriormente meditata alla luce del contenuto della Carta Europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo la quale sulla base dell'art. 6 del Trattato istitutivo dell'Unione europea così come modificato dall'art. 1 del Trattato di Lisbona ha ormai lo stesso valore giuridico dei trattati e dunque nel disegno delle fonti del diritto superate ormai le incertezze sul suo statuto normativo che ne avevano seguito l'originaria adozione nel 2000 su un piano di equiordinazione con la Costituzione del 1948.

Il titolo I della Carta "Dignità" si apre all'art. 1 con l'enunciazione secondo la quale "*la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere sempre rispettata e tutelata*" cui fanno seguito gli art. 2 – 5 che riconoscono il diritto all'integrità psico-fisica, la proibizione della tortura e la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato.

L'assetto normativo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea induce a formulare la conclusione secondo la quale debbono

considerarsi inviolabili tutti i diritti della persona che attengono al nucleo essenziale della sua dignità.

La corte di cassazione non fa un elenco ma possiamo indicare il diritto alla salute, alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, il diritto di un minore all'istruzione ed all'educazione ossia tutti quei diritti che incidono sulla dignità della persona preservata dagli artt. 2 e 3 cost., nonché il diritto al consenso informato (artt. 2, 32 e 13 cost. 23.12.2008 n. 438)

Non sono tali i beni o gli interessi tutelati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo (L.88/1955) in quanto, seppur diritti fondamentali, non sono diritti di rango costituzionale e non assumono in forza dell'art. 11 il rango di fonte costituzionale né possono essere parificati all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno (v. corte cost. 24.10.2007 n. 348). Sono, in buona sostanza norme che non vengono incorporate nell'ordinamento giuridico italiano.

E ciò anche dopo il Trattato di Lisbona.

Infatti l'art. 6 de T.U.E. recita che *“l'Unione aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali ... I diritti fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*.

Ora il Consiglio di Stato con sentenza 2 marzo 2010 n. 1220 ritiene che le norme C.E.D.U. vengano a beneficiare del medesimo statuto di garanzia delle norme comunitarie non più pertanto come internazionali e parametro interposto di legittimità costituzionale di norme domestiche (art 177 cost) bensì come norme comunitarie in quanto comunitarizzate con il Trattato di Lisbona le quali in virtù del primauté del diritto comunitario legittimano la non applicazione di norme inerenti con esse contrastanti.

Ma la tesi del Consiglio di Stato non è condivisibile per plurime ragioni.

L'adesione non è ancor avvenuta ma anche quando avverrà non vi sarà l'equiparazione dei diritti C.E.D.U. al diritto comunitario bensì semplicemente la loro utilizzabilità quali principi generali del diritto dell'Unione al pari di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. La C.E.D.U. resta per l'Italia un obbligo internazionale tanto più che l'Unione ha personalità giuridica ex art. 47 del Trattato e l'adesione alla C.E.D.U. è effettuata dalla U.E.: è la U.E. che si auto-vincola ad aderire alla C.E.D.U. in rappresentanza di se stessa. L'assenso alle cessioni di sovranità ex art. 11 Cost. non sembra delegabile al legislatore comunitario il quale se può aderire alla C.E.D.U. quale soggetto internazionale non può, però, disporre quale soggetto internazionale della sovranità dei rispettivi Stati membri.

Il Trattato, del resto, non equipara le norme C.E.D.U. al valore giuridico dei Trattati come ha fatto per la Carta dei Diritti fondamentali dell'U.E. del 7 dicembre 2000: la Carta di Nizza.

Diversa conclusione va, invece, presa, con riguardo alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona (1 dicembre 2009) la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (di Nizza), invero, si è inserita interamente nell'ambito del diritto comunitario e si propone di integrarlo sotto il profilo dei principi e dei valori fondamentali disegnando una sorta di *ius commune* in materia valevole anche per l'attività interna degli Stati. La Carta è una sorta di sintesi di valori costituzionali comuni all'Unione anche al di là dell'esercizio delle sue competenze. Alla Carta di Nizza è assegnato lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6). Le clausole della Carta cessano di rappresentare principi generali del diritto comunitario da ricavarci in via interpretativa e diventano diritto positivo cogente la cui violazione da parte delle istituzioni comunitarie determina l'invalidità dei relativi atti e, se del caso, la responsabilità dell'Unione, mentre la loro violazione da parte degli Stati può determinare la procedura di inadempimento dinnanzi alla Corte di Giustizia o la sospensione dello Stato che li abbia violati nei casi più gravi. Il tutto, però, con la precisazione che l'applicabilità è limitata alle competenze dell'Unione.

La presenza della Carta dei diritti fondamentali e della C.E.D.U. comporta una tutela multilivello dei diritti nel contesto europeo che ben ammette una pluralità di standard o livelli di garanzia a seconda che la materia rientri o non rientri nel diritto dell'Unione: fatta salva la tutela a livello nazionale-costituzionale ben possono coesistere standard di diritto dell'Unione e di diritto CEDU. Le differenze, peraltro, possono essere colmate dalla giurisprudenza dinamica di entrambe le corti e dal dialogo tra le stesse.⁴⁸

⁴⁸ In punto si riporta quanto già illustrato nella nota n. 32 “In tema di interpretazione conforme esistono tre tipologie: interpretazione conforme al diritto comunitario, interpretazione conforme al giurisprudenza C.E.D.U. e interpretazione conforme al dettato costituzionale. In punto si creano problemi circa la gerarchia di tali interpretazioni. Si danno due prospettive metodico-teoriche che possono essere in astratto adottate: quella della possibile ordinazione gerarchica tra le interpretazioni conformi e l'altra, opposta, della loro impossibile sistemazione secondo una scala di priorità. La prima parrebbe avere un suo fondamento assai solido che le viene dalla teoria delle fonti ma tale affermazione non persuade del tutto se non altro in ragione della differenza di fondo, di ordine strutturale-funzionale intercorrente tra la teoria dell'interpretazione che è per sua indeclinabile vocazione di stampo circolare e la teoria delle fonti che nelle sue più diffuse rappresentazioni di chiara matrice kelseniana – è di stampo verticale. Sta di fatto che facendosi dipendere l'una dall'altra teoria, la ragion d'essere dell'interpretazione conforme viene usualmente vista nella disposizione a scala della fonte-oggetto e della fonte parametro dell'interpretazione. E poiché dall'angolo visuale del diritto interno il punto più alto di unificazione-integrazione dell'ordinamento è la Costituzione se ne ha che l'interpretazione conforme a Costituzione

In ogni caso si noti che in tema di risarcimento del danno non si fa alcun riferimento da parte delle S.U. al diritto comunitario tanto che si è parlato di euroscetticismo dei giudici.

Ma riportando, ora, l'analisi all'individuazione dei diritti inviolabili, una volta escluso il diritto di proprietà ed i diritti "cosali" va ricordato che per le S.U. neppure il diritto alla libera circolazione di cui all'art. 16 cost. può essere ritenuto inviolabile perché può essere limitato per varie ragioni (cfr. cass. s.u. §3.10).

Su quest'ultimo punto, però, occorre rilevare che anche il criterio che le S.U. sembrano suggerire (e cioè la possibilità contemplata dalla stessa norma costituzionale di limitazioni all'esercizio dello stesso dettato da vari motivi) non sempre conduce a risultati pienamente attendibili (es. limiti di manifestazione del proprio pensiero previsti dall'art. 21 cost. non possono condurre a ritenere tale diritto come inviolabile).

§ 5.g - Interpretazione evolutiva dell'art. 2 cost.

Come sopra visto se per un verso le S.U. prendono una netta **posizione contraria ad ogni degenerazione di pregiudizi** esistenziali privi di reali agganci costituzionali, per altro verso si esprimono in maniera chiaramente **favorevole ad una lettura dinamica della Costituzione** adottando una nozione ampia del suddetto requisito dell'ingiustizia

Si legge, infatti, che **la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuto dalla Costituzione nel presente momento** ma in virtù dell'apertura dell'art. 2 cost. ad un processo evolutivo deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire – nel complesso sistema costituzionale – indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano non genericamente rilevanti per l'ordinamento ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana. In questo modo assumendo quale norma cardine l'art. 2 cost. le S.U. rimandano ad una realtà in continua evoluzione ed hanno più o meno consapevolmente ampliato il significato della tipicità di cui all'art. 2059 c.c. **aprendo il varco ad una tipicità elastica o tipicità evolutiva.**

In buon sostanza deve consentirsi all'interprete di rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano non genericamente rilevanti per l'ordinamento ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili

dovrebbe avere sempre la precedenza, in ogni caso, sulle altre interpretazioni conformi. Qualche autore, però (v. Ruggieri) per chiarezza propugna l'introduzione in Costituzione di una "Europaklausel".

per la persona umana⁴⁹.

Certo è un passaggio molto delicato perché non si può ignorare che parecchie sentenze di merito avevano rinvenuto nell'art. 2 cost. un pallido aggancio a valori costituzionali consentendo risarcimenti di presunti pregiudizi esistenziali privi della benché minima serietà.

E se, da un lato, appare apprezzabile il richiamo all'art. 2 cost come strumento idoneo a consentire l'ingresso nel nostro ordinamento anche a diritti fondamentali non esplicitamente menzionati nella carta costituzionale ma comunque desumibili dal nostro ordinamento costituzionale complessivamente considerato, dall'altro lato, non può ignorarsi che le Sezioni unite hanno di nuovo rimesso ai giudici la valutazione volta per volta delle ipotesi in cui ricorra la lesione di un diritto fondamentale della persona suscettibile di risarcimento.

Le S.U., del resto, invece di fare un catalogo di tali diritti hanno compiuto una sintesi di cosa non potrebbe essere tutelato con frasi generiche come i diritti immaginari, il diritto allo stato di benessere, il diritto ad essere felici: una frase evocativa del tutto e del nulla.

Vi è, però, il concreto rischio che l'art. 2 cost possa essere interpretato come norma in bianco spalancata all'ingresso di nuovi ed improbabili diritti alla persona.

Il fatto è che la società occidentale, nel suo edonismo, considera un diritto quello non già alla illuministica ricerca della felicità, predicata dalla *Dichiarazione di indipendenza americana*, ma addirittura ad essere felici o almeno a non essere infelici con conseguente ingiustizia del danno se ciò è impedito da terzi. Del resto è la stessa O.M.S. a definire la salute psichica come uno stato di completo benessere emotivo e psicologico in cui l'individuo è in grado di sfruttare le sue capacità anche emozionali, sicché, a ben vedere, il malessere esistenziale finirebbe per configurare una forma di pregiudizio alla integrità biologica.⁵⁰

⁴⁹ Salvatore Pugliatti nel 1948, in seno al XV° Congresso Nazionale di Filosofia, ebbe a parlare di "Crisi della scienza giuridica", dichiarando che "se il divenire venga a creare un dissidio tra vita sociale e ordine giuridico, questo dovrà conformarsi a quella magari rinunciando a magnifiche architetture consolidate".

⁵⁰ Fondamentale è la lettura del saggio di BRUCKNER, *L'euforia perpetua. Il dovere di essere felici*, Milano, 2001, il quale così scrive: «Ai nostri giorni circola una favola assai strana: quella di una società interamente dedita all'edonismo, per la quale tutto diventa motivo di irritazione e fastidio. L'infelicità non è semplicemente infelicità: è, peggio ancora, la sconfitta della felicità. [...] Morale e felicità, un tempo irriducibili nemiche, oggi sono la stessa cosa. Oggi è immorale non essere felici: il Super-io, insediato nella cittadella della felicità, la governa con pugno di ferro. [...] Le nostre società nella categoria del patologico includono ciò che le altre culture considerano come cosa normale, la preponderanza del dolore, e nella categoria del normale, cioè del necessario, includono ciò che gli altri vivono come cosa eccezionale, cioè il sentimento della

E' diventato compito del giudice ordinario individuare i diritti di rango costituzionale e farne il bilanciamento e ciò con l'avallo della Corte Costituzionale (sent. 233/2003) mentre la regola dovrebbe essere che è il legislatore a individuare tali diritti sotto il controllo della Corte Costituzionale.

La molteplicità di riferimenti interpretativi di cui gli organi giurisdizionali interessati dovranno tenere conto per ricostruire la consistenza normativa dei diversi diritti apre, dunque, ad essi scenari nuovi ed estesi orizzonti onde il tentativo risultante dalle modifiche della Carta nella versione adottata a Strasburgo nel 2007 di imbrigliare attraverso dettagliate spiegazioni quei diritti ed ancorarli rigidamente ai diritti C.E.D.U. ed alle tradizioni costituzionali degli Stati membri appare nel nuovo quadro del tutto sterile e destinato ad essere largamente superato dai nuovi equilibri che si determineranno tra le Corti.

... segue. La giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite

L'elaborazione giurisprudenziale della Suprema Corte successiva alle sezioni Unite ci mostra esempi suggestivi di moduli argomentativi che si muovono dalla qualificazione come diritto inviolabile della dignità umana laddove si tratti in particolare di procedere al risarcimento del danno morale.

E così s.u. 15.1.2009 n. 794 in tema di pubblicità ingannevole ha ravvisato un diritto inviolabile del consumatore alla libera determinazione intorno ad una scelta ed uso del prodotto (art. 21 co. 2 cod. cons.).

Ma nella elaborazione giurisprudenziale recentissima della Suprema Corte il parametro del diritto inviolabile sembra scolorare rifluendo sovente e semplicemente nell'accertamento circa la configurabilità della lesione di un diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito (es. cass. 8.3.2010 n. 5564 ha individuato il diritto alla tranquillità domestica come diritto fondamentale della persona).

Modulo argomentativo analogo si rinviene in Cass. 10.11.2009 n. 23734 ove si parla solo di valori costituzionalmente protetti.

Di più: la tecnica argomentativa fondata sull'individuazione di un diritto inviolabile appare largamente recessiva se si pensa che cass. 15.10.2009 n. 21925 ha, addirittura, cassato la sentenza di merito che aveva negato la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla violazione

felicità. [...] Noi costruiamo forse le prime società nella storia che rendono le persone infelici per il fatto di non essere felici» (pp.12, 48, 61, 60).

del dovere di informazione del mediatore che aveva vanificato la possibilità di acquistare un bene immobile: la sentenza evoca il modello argomentativo del diritto inviolabile pur prescindendo completamente dallo specificare quale fosse nel caso di specie, il diritto inviolabile violato.

E pure Consiglio di Stato, sez. IV, 10 febbraio 2009, pres. Vacirca, rel. Maruotti ha utilizzato la suddetta tecnica argomentativa confermando una pronuncia del TAR Lazio con la quale era stata liquidata la somma di € 25.000,00 a titolo di **danno non patrimoniale** in favore di un magistrato illegittimamente “scavalcato” da un collega.

Nel motivare la propria decisione il Consiglio ha affermato che il sereno svolgimento delle funzioni da parte dei magistrati e la loro aspirazione a conseguire incarichi direttivi hanno un sicuro **rilievo costituzionale** (ex artt. 104 e 105 Cost.) ed ha osservato che analoghi principi sono desumibili dalla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo.

Rilevata la sussistenza di un’ingiustizia costituzionalmente qualificata, i giudici hanno precisato che la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 26.972/2008 consente la risarcibilità dei pregiudizi **di tipo esistenziale** non solo quando l’illecito costituisca reato o comporti la violazione di un diritto inviolabile della persona, ma in ogni caso in cui sia ravvisabile la lesione di un bene costituzionalmente protetto.

Ma appare, qui, evidente l’erronea interpretazione del dettato delle s.u. da parte del Consiglio di Stato: le s.u., infatti, hanno fatto riferimento alla lesione dei soli diritti costituzionali inviolabili e non alla lesione di ogni bene costituzionale .

Il giudice amministrativo, poi, ha ritenuto di dover tenere conto dell’incidenza dell’illecito sul **sereno svolgimento** delle funzioni da parte di un magistrato e delle conseguenze di tipo esistenziale derivanti dal mancato conferimento di un incarico previsto dalla legge.

Nella fattispecie il Consiglio di Stato ha ritenuto provati gli stress ed i patemi d’animo conseguenti all’atto illegittimo, alla mancata nomina ed al conferimento dell’incarico spettante al danneggiato ad un collega del medesimo ufficio.

La conclusione è che su questo primo snodo fondamentale dello sforzo argomentativo delle S.U. le motivazioni utilizzano raramente il criterio argomentativo della ingiustizia costituzionalmente qualificata per dare ingresso al risarcimento del danno non patrimoniale ed anche quando lo utilizzano si tratta di ipotesi di divaricazione tra ratio decidendi e massima nel senso che l’evocazione della sussistenza nel caso di specie di un diritto inviolabile rappresenta solo il rivestimento di una decisione che rinviene altrove il proprio reale fondamento.

In buona sostanza c'è la tendenza a dilatare la categoria dei diritti inviolabili riconnettendola ex art 2 cost al valore onnicomprensivo della persona. E così la cassazione qualifica la vacanza rovinata come la lesione ingiusta di un valore inerente la persona costituzionalmente garantito (cass. 13.11.2009 n. 24044): qui qualsiasi pregiudizio esistenziale alla libertà individuale viene corazzato da un copertura costituzionale tanto da rendere legittimo il sagace rilievo di Gazzoni che ipotizza per violazione degli art. 33 e 34 cost. un danno non patrimoniale da contratto per l'allievo che non riceva un'istruzione adeguata dal docente asino in esito al contatto sociale se l'istruzione è pubblica.

§ 5.h - I danni bagatellari

Nel tentativo di ridimensionare l'espansione dei diritti risarcibili le S.U. predicano come non meritevoli di tutela risarcitoria a titoli di danno esistenziale i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie e ogni tipo di insoddisfazione concernenti gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale.

Il supremo collegio afferma espressamente che per certi fastidi della vita quotidiana non vale per dirli risarcibili invocare diritti del tutto immaginari come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità in definitiva il diritto ad essere felici.

Così per esempio le S.U. indicano come caso di rigetto:

a) i diritti immaginari ossia, per usare un'espressione di un grande civilista del XIX secolo, "diritti inventati dalla fantasia con i panni del ragionamento"⁵¹

b) i danni futili o irrisori quando pur essendo oggettivamente seri non raggiungono la soglia della rilevanza secondo la coscienza sociale

Il ragionamento è condotto su un **duplice fronte**:

** quello della mancanza dell'ingiustizia

** quello della mancanza di vere e proprie conseguenze che possano legittimare un risarcimento secondo la comune considerazione: mancanza di offensività.

Ecco allora profilarsi la nuova e conclusiva tecnica di selezione.

La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona **conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili.**

⁵¹ P. Cogliolo "Filosofia del diritto privato" pag. 66

Due sono le voci:

** serietà della lesione

** gravità del danno.

Con tali due voci si punta a sbarrare la strada a danni poco seri; infatti secondo le s.u. i pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del principio della solidarietà.

E, del resto, in un contesto nel quale manca il filtro oggettivo del mercato e nel quale domina la sensibilità soggettiva l'accertamento di una minima serietà dell'offesa consente la tutela della persona senza comprimere le libertà degli altri e di coniugare le esigenze del pluralismo sottese alla nozione di inviolabilità.

In buona sostanza la serietà della lesione attiene all'ingiustizia (viene allegato un pregiudizio esistenziale futile: non poter più urlare allo stadio o bere alcoolici – il pregiudizio deve essere meritevole di tutela) **mentre la gravità al danno conseguenza** per non essere inciso il diritto oltre la soglia minima (mal di testa per una sola mattinata, lievissimo graffio all'epidermide).

Qui si può notare come il discorso scivola verso il piano del pregiudizio stabilendo una soglia di tollerabilità oltre la quale non scatta la tutela risarcitoria. Ma allora si sposta il discorso dalla lesione dell'interesse al pregiudizio utilizzando un metodo dichiarato metodologicamente scorretto (§3.6).

Pertanto la pretesa di eccettuare i pregiudizi non gravi implica che i diritti costituzionalmente inviolabili possono essere violati se il pregiudizio è contenuto (nonostante l'ingiustizia della lesione): si apre la strada all'ammissibilità della lesioni di un diritto inviolabile non risarcibile

Secondo una parte della dottrina i diritti inviolabili se violati devono essere sempre risarciti (anche con un piccolo risarcimento nel caso si trattasse di danno serio). La gravità dell'offesa deve operare come criterio di risarcimento del danno non già come metro di selezione dei danni non patrimoniali. Per contro altra parte della dottrina invoca l'applicabilità al settore civile del principio dell'offensività ormai diffusamente applicato nel settore penale e riconosciuto pure dalla corte costituzionale.

In tema di esempi di danni bagatellari le S.U. citano quello della perdita di un animale incidendo la lesione su un rapporto tra l'uomo e l'animale privo nell'attuale assetto dell'ordinamento di copertura costituzionale (§3.9).

Nella fattispecie si trattava di cavallo da corsa e quindi era agevole il

riferimento al diritto di proprietà: dubbi potrebbero sorgere nel caso del cane di un cieco rispetto al quale si può ipotizzare uno scenario più possibilista anche alla luce della gravità delle lesioni.

Volendo ora riassumere la questione si può così ragionare:

a) la convivenza tra le persone chiama in causa il dovere di solidarietà secondo l'art. 2 cost. sennonché la solidarietà impone anche il dovere di tollerare fatti o comportamenti altrui;

b) la solidarietà sociale della Costituzione viene impiegata come criterio per riempire di contenuto l'ingiustizia del danno e, quindi, per incrementare le ipotesi di risarcimento.

Ma la solidarietà può essere impiegata anche come criterio per bilanciare opposte pretese e per negare il risarcimento o perché non sussiste la lesione di un certo interesse (art. 2043 c.c.) o perché i doveri derivanti dalla convivenza tra soggetti impediscono di apprezzare come pregiudizievoli certe conseguenze di comportamenti attribuibili alla condotta altrui (1226 – 2059 c.c.).

Insomma la gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali della persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili.

La lesione, allora, deve eccedere una certa soglia di offensività rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza.

I pregiudizi connotati da futilità devono essere accettati da ogni persona in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone.

Sarà, ad esempio, la serietà dell'offesa a separare la banalità di possibili attriti quotidiani nel mondo del lavoro dal mobbing che offende la dignità ed il libero svolgimento della personalità.

Sulla scorta del ragionamento suddetto le sezioni unite hanno sviluppato alcuni esempi di liti bagatellari:

A) cause in cui il pregiudizio è futile o irrisorio (non poter bere alcoolici non poter gridare allo stadio).

B) cause in cui il pregiudizio è oggettivamente serio ma secondo la coscienza sociale insignificante o irrilevante per il livello raggiunto (v. sopra): es. in caso di graffio superficiale dell'epidermide, mal di testa per una sola mattinata conseguente a fumi emessi da una fabbrica e nel caso di disagio di poche ore cagionato dall'impossibilità di uscire di casa.

Ora se il diritto deve eccedere una certa soglia di offensività rendendo il pregiudizio serio da essere meritevole di tutelare in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza ciò significa che il filtro della serietà della lesione e della gravità del danno attua il bilanciamento tra il principio di

solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza e l'accertamento di entrambi i requisiti va rapportato al parametro costituito dalla coscienza sociale in un dato momento storico.

... segue - Criticità

Con l'endiadi serietà-gravità la corte vuole affermare il bilanciamento tra principio di solidarietà e dovere di tolleranza. La formula affascina: richiama il disposto di cui all'art. 844 c.c.c in tema delle immissioni ove se non si supera la soglia minima di normale tollerabilità non c'è danno.

Anche in Francia dopo la difesa strenua di un uguale trattamento tra danni patrimoniali e non patrimoniali dinnanzi al dilagare incontrollato dei cd. pregiudizi morali è stata invocata una tolleranza reciproca che induce a ritenere risarcibile il danno soltanto se *“la perturbation excède le seuil du supportable”*.

Ma allora:

A) perché tale soglia vale solo per la violazione dei diritti inviolabili della persona? E non per ogni tipo di lesione che comporta un danno non patrimoniale legislativamente risarcibile (violazione diritto di autore – danno da reato – danno da vacanza rovinata)?

Se la suddetta soglia vale solo per i diritti inviolabili si sta creando una frattura tra la **giurisprudenza italiana e quella della corte di Strasburgo** che invece ammette risarcimenti per disagi, ansie, frustrazioni (es. ritardo dei servizi sociali inglesi nell'assegnare la casa ad un disabile).

Non solo: la soglia minima di tolleranza per i danni non patrimoniali è stata introdotta anche in Germania (§253) e in tutti i modelli di regolamentazione unitaria della materia nel diritto privato europeo e ciò rappresenta la necessità di permettere al diritto di esplicitare la funzione relazionale che gli è propria evitando di refluire nell'ambito di una idiosincratia soggettività.

B) non è ben chiaro perché quando una lesione determini pregiudizio economico di poco conto non ci sia argine alla pretesa di ristoro che spunta invece quando si lede un diritto costituzionalmente inviolabile. Sembra in contrasto con il principio costituzionale di primazia della persona sul patrimonio.

Una giustificazione può trovarsi nel fatto che nel caso di pregiudizio economico c'è un limite oggettivo del mercato che, invece, non può esservi in sede di danno non patrimoniale dove impera una forte soggettività nella determinazione

C) Infine va rilevato che la stessa distinzione tra fastidio e danno è dominata dalla sensibilità soggettiva che sconfinava nell'arbitrio come può verificarsi dal semplice esame di alcuni casi giurisprudenziali.

E così:

I) tre solleciti di pagamento del canone Rai per le S.U. sono solo un fastidio mentre per il giudice di Pace li aveva ritenuti una violazione di un diritto inviolabile;

II) Cass. 12 dicembre 2008 n. 29211 ha affrontato il caso di un ricevimento che non si è potuto svolgere per mancanza di energia elettrica: inviti revocati e mancata serata in compagnia degli amici.

Che cosa è?

Per la cassazione è mero disagio e non danno alle relazioni sociali: infatti la revoca dell'invito, secondo il supremo collegio non comporta alcun danno non patrimoniale esistenziale giuridicamente rilevante attenendo alla sfera dei rapporti di rilievo meramente sociali.

III) cass. 9 aprile 2009 n. 8.703

In tale arresto il Supremo collegio ha deliberato l'irrisarcibilità del danno esistenziale da stress per troppa burocrazia.

Sulla questione la Corte sottolinea come: *"la peculiarità del danno non patrimoniale viene individuata nella sua tipicità, quale norma di rinvio ai casi previsti dalla legge (e, quindi, ai fatti costituenti reato o agli altri fatti illeciti riconosciuti dal legislatore ordinario produttivi di tale tipo di danno) ovvero ai diritti costituzionali inviolabili, presieduti dalla tutela minima risarcitoria, con la precisione, in quest'ultimo caso, che la rilevanza costituzionale deve riguardare l'interesse leso e non il pregiudizio consequenzialmente sofferto e che la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale presuppone, altresì, che la lesione sia grave (e cioè che superi la soglia minima di tollerabilità, imposto dai doveri di solidarietà sociale) e che il danno non sia futile."*

Nel caso di specie il contribuente chiedeva il risarcimento dei danni da stress subiti a seguito della presentazione di istanza per l'annullamento della cartella esattoriale presso l'amministrazione finanziaria. L'ente ne certificava l'accoglimento solo a sei mesi di distanza dalla presentazione e solo dopo numerose richieste e reiterati solleciti, visite allo sportello e ingiustificati rinvii e dinieghi.

E ancora: la corte di cassazione con la sentenza 31 marzo 2009 n. 7875 ha introdotto la violazione del diritto del modo di vivere la casa dei danneggiati nel caso di condomini che hanno dovuto subire le immissioni di fumo di sigarette dal sottostante bar ed il Consiglio di Stato con la sentenza 8.9.2009 n. 5266 ha ritenuto che la revoca dell'autorizzazione di polizia per

la gestione di un istituto di vigilanza privata con conseguente cessazione dell'azienda cagiona all'imprenditore un danno risarcibile identificabile nella compressione dell'autostima, del benessere e della sfera relazionale del soggetto.

§ 6. - L'abuso del diritto ed i diritti fondamentali

Il divieto dell'abuso del diritto è stato definito come elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto; il concetto in esame è frutto di elaborazione giurisprudenziale che, sulla scorta dei principi generali dell'ordinamento, e ancor più di quelli costituzionali, ha superato la rigidità del brocardo *qui jure suo utitur, neminem laedit*, riprendendo invece il concetto secondo cui *non omne quod licet, honestum est* ovvero *summum jus est summa iniuria*.

L'istituto in scrutinio è di prevalente elaborazione giurisprudenziale, intesa quale applicazione del cosiddetto “*diritto vivente*”.

La formula “abuso del diritto” è uno dei correttivi più noti presenti negli ordinamenti giuridici contemporanei per rimediare ai fallimenti della formazione generale ed astratta (v. sopra).

Il concetto di abuso in senso ampio è strettamente correlato al principio generale di buona fede e correttezza che è un principio presente oggi in maniera pervasiva negli ordinamenti privatistici dell'Europa continentale e che si può ritenere principio essenziale e fondatore del diritto privato europeo.

Dal concetto di abuso in cui le modalità di esercizio della prerogativa privata appaiono formalmente conformi alle previsioni della norma si distinguono le situazioni qualificabili come **eccesso del diritto** in relazione alle quali la disapprovazione del sistema cade propriamente sulle forme di esercizio del diritto che già in termini esteriori o astratti rivelano profili di manifesta estraneità ai limiti positivamente imposti dall'autonomia privata.

In breve la dimensione illecita dell'eccesso si esprime secondo forme che potrebbero qualificarsi in termini quantitativamente esorbitanti rispetto ai confini positivamente delineati dal legislatore, l'apprezzamento dell'abuso, viceversa, cade all'interno della fattispecie formalmente prevista spettando sempre all'interprete il compito di ricavare nel quadro di una più insidiosa fenomenologia le circostanze esteriori, le più singolari occorrenze, i criteri e le relative fonti sociali che valgono a qualificare l'abuso.

§ 6.a - Breve profilo storico

Già con l'equità romana e la *epieikeia* greca si conferisce superiorità

allo spirito sulla lettera e si indica sia ciò che è corretto o secondo coscienza.

Ma proprio come l'*epieikeia* greca non aveva un ruolo definito nella pratica concreta delle corti ateniesi così pure l'*equitas* non indicò un principio che il sistema giuridico romano riconoscesse come capace di correggere il diritto.

L'*equitas* è un formante interno del *ius*: un criterio con il quale si conferisce preminanza all'interprete sul legislatore.

... Segue - Il diritto romano

Tale principio trova le radici nella *bona fides* del diritto romano ed in particolare scaturisce dalla conformazione del principio "*Qui iure suo utitur neminem laedit*" mediante il principio della *bona fides* che emerge

- a) nel sistema contrattuale, dai *bonae fidei iudicia*
- b) nel processo formulare, attraverso l'*exceptio doli*.

Come noto nel diritto romano la *exceptio doli generalis* si riferisce non già ad un vero dolo commesso in danno del convenuto nel momento in cui è sorto l'atto giuridico sul quale la domanda si fonda (*exceptio doli preteriti*) ma ad un dolo impropriamente detto, imputato all'attore allorché chiede una condanna che, sebbene conforme allo stretto diritto, tuttavia, tenuto conto delle varie relazioni ed affidamenti sorti tra le parti, riuscirebbe iniqua (*exceptio doli presenti*).

In buona sostanza nel processo formulare l'*exceptio doli* veniva concessa ogni qualvolta l'esercizio dell'azione da parte dell'avente diritto rappresentasse un'evidente iniquità.

Veniva così accordata ad esempio:

- I) contro colui che faceva valere un credito malgrado un informale *pactum de non petendo* o
- II) rivendicava una cosa anteriormente alienata non rispettando le forme del *ius civile*.

Questa figura giuridica è strettamente legata, quindi, nel suo significato originario, alla struttura processuale dell'ordinamento romano e cioè al dualismo tra *ius civile* e *ius praetorium*. Con l'inserimento della formula dell'*exceptio doli* ("*si in ea re nihil dolo malo Auli Ageri factum fit neque fiat*") si esplicava nel processo la funzione creativa del pretore volta a correggere, nella concretizzazione dei canoni della *bona fide* e dell'*aequitas*, i risultati della formale applicazione del *ius civile*.

L'*exceptio doli*, poi, nel tempo si era venuta concretizzando in una serie di eccezioni tipiche quali, per esempio, *exceptio pacti*, *la exceptio rei*

venditae et traditae.

Così non era naturalmente nei *bonae fidei iudicia* ove l'*exceptio* si considerava naturalmente inerente con la conseguenza che in materia di contratti consensuali la *bona fides* era immanente e che la *exceptio pacti* non doveva essere espressamente sollevata.

Venuto meno il processo formulare classico viene meno la duplicità *ius civile - ius honorarium* e l'*exceptio* si riduce ad uno strumento processuale a difesa del convenuto venendo meno la antitesi caratteristica del diritto classico tra soluzioni sostanziali e soluzioni processuali.

Nella compilazione giustiniana si impone definitivamente il principio generale “*dolo facit quicumque id quod qua exceptione elidi potest petit*” e tutte le eccezioni vengono ricondotte all'*exceptio doli*.

L'*actio doli generalis*, pertanto, rimane vivente nella tradizione dottrinale e giurisprudenziale del diritto romano comune come rimedio processuale offerto al convenuto contro l'esercizio malizioso e contrario a buona fede di una posizione giuridica formale.

.... Segue - L'*exceptio doli* nel diritto tedesco e francese

Il principio sopra illustrato vale in particolare modo per la tradizione tedesca dell'*usus pandectarum* ove l'*exceptio doli generalis* rimase operante.

Diverso è il quadro dell'*ancien droit* francese in quanto in tale ordinamento si sosteneva che i contratti fossero *bonae fidei* sicché non era possibile realizzare l'*aequitas* al di fuori dello *ius scriptum*.

Poi con l'esperienza delle codificazioni illuministiche (l'ideologia illuministica svaluta l'opera del giudice e esalta la certezza del diritto realizzato in un codice scritto sicché rifiuta gli strumenti dell'*aequitas* presenti nella prassi giurisprudenziale del diritto romano comune), la nozione di *bona fides* e di *actio doli generalis* vennero sotterrate (v. c.c. tedesco art. 179 e c.c. austriaco art. 181) sotto l'influenza del dogma della volontà della scuola giusrazionalistica (il cui principio generale ispiratore era che tutti i rapporti ruotano intorno ad atti volontari di un soggetto) la cui presenza impediva la sistemazione di fattori dinamici del diritto privato quale la regola romana della *bona fides*.

Anzi in base all'equazione volontaristica ciò che è voluto è giusto ed equo e ciò che è giusto ed equo non può che essere voluto: la *bona fides* venne, pertanto, recepita nel momento volitivo e venne trasformata in una norma di esecuzione e/o di interpretazione della volontà.

I pandettisti, del resto non videro l'*exceptio doli* con favore.

... segue - In particolare la giurisprudenza tedesca

Ma al di là della cesura rappresentata dal periodo illuminista la figura dell'*excepio doli* permane, con vigore, nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche.

Nel 1912 il Riezler inquadra la nozione di eccezione di dolo nel divieto di *venire contra factum proprium* conducendola al principio generale di buona fede (Treu und Glauben).

Esemplare è lo sviluppo dell'istituto della *Verwirkung* secondo la quale chi tarda ad esercitare un suo diritto contrattuale o legale - e suscita così nella controparte il giustificato affidamento che non ne farà più uso - è da considerarsi decaduto da quest'ultimo anche se i termini di prescrizione non sono ancora decorsi.

Questa preclusione pretoria venne giustificata inizialmente dai Tribunali tedeschi facendo riferimento al divieto di arrecare un danno in maniera contraria ai buoni costumi (§ 826 del BGB) sia ricollegando la preclusione al principio di buona fede di cui al § 242 BGB. Successivamente venne abbandonata l'idea processuale dell'eccezione o preclusione per inquadrare queste soluzioni nel principio sostanziale del divieto di abuso del diritto dedotto da un'interpretazione generalissima del § 242 BGB.

Altri esempi si possono trarre dalla giurisprudenza tedesca:

1) Si comporta contro buona fede chi si richiama ad un'intervenuta prescrizione o decadenza dopo che col proprio precedente comportamento abbia posto la controparte nella convinzione che non l'avrebbe eccepita inducendola così a tralasciare il compimento di un formale atto interruttivo del termine. (Si noti come, in tal caso, ad un sistema legale ispirato all'idea della certezza circa il decorso dei termini si sostituisca un sistema elastico ispirato principalmente alla tutela delle aspettative e dell'affidamento).

2) E' preclusa l'azione di nullità del contratto per mancanza di forma scritta ad substantiam a chi vuol far valere la nullità dopo aver maliziosamente suscitato nella controparte l'aspettativa che non vi sarebbe richiamato.

In generale per la giurisprudenza tedesca costituisce un abuso del diritto *venire contra factum proprium* e far valere una formale posizione giuridica in maniera contraria alle relazioni ed agli affidamenti creati con i rapporti con la controparte.

Ciò comporta la legittimazione del giudice ad intervenire nel controllo e nell'integrazione del contenuto del contratto con soluzioni alquanto audaci.

L'interpretazione e l'integrazione del contratto secondo buona fede hanno permesso ai tribunali tedeschi di sviluppare tutto un sistema

giurisprudenziale di doveri di informazione, di messa in guardia e, in generale, di protezione e di riguardo per i diritti e gli interessi dell'altra parte (**schutzpflichten**) che incombono sia nella fase contrattuale che nelle fasi pre e post contrattuale e la cui violazione giustifica una responsabilità per danni.

Dall'interpretazione sopra illustrata si è sviluppato in Germania, dopo il secondo conflitto mondiale, un complesso sistema di controllo giurisprudenziale del contenuto delle **condizioni generali di contratto poi codificato**.

(Infatti la casistica giurisprudenziale tende poi ad essere inquadrata nella sistematica della normativa del codice. E così con il § **204 BGB** si recepisce la passata prassi equitativa per cui il debitore che si fosse abbandonato a trattative bonarie poteva vedersi respinta l'eccezione di intervenuta prescrizione sollevata dopo rottura delle trattative con la replica dell'abuso di diritto; e con il § **311** si recepiscono i doveri di protezione.).

Addirittura la giurisprudenza tedesca ha compiuto una scelta di politica del diritto fondamentale **invertendo** il rapporto tra disciplina del contratto e clausola generale e cioè non considerando il dovere di buona fede come generico obbligo aggiuntivo, rafforzativo o imperativo rispetto a quelli espressamente previsti ma lo ha posto al centro del sistema di modo che le altre singole disposizioni sono diventate sue concretizzazioni.

La buona fede, insomma, è stata posta al di sopra delle altre regole **invalidate o disapplicate quando esse siano utilizzate in violazione del dovere di buona fede**.

E tale conclusione appare veramente dirompente se si considera che se la norma della buona fede si pone al centro del sistema potenzialmente qualsiasi norma del sistema può essere disapplicata laddove diversamente si venga ad ammettere un comportamento contrario a buona fede. (si pensi all'istituto sopra richiamato della *verwirkung*).

I tribunali tedeschi sono stati seguiti dalle **corti elvetiche** (il diritto elvetico prevede addirittura al comma 2 dell'art. 2 il divieto dell'abuso del diritto). Così anche nel diritto **austriaco** dopo un deciso rifiuto per decenni del principio del *contra factum proprium* venire ormai da vent'anni la giurisprudenza austriaca conosce la *Verwirkung*.

E persino in **Francia** l'abuso del diritto da tempo è frutto stabile del diritto giurisprudenziale: in particolare la giustificazione sul piano dogmatico data dalla giurisprudenza francese è che una volta adottata la relatività del diritto soggettivo - di cui l'abuso come limite è il risultato - come connotazione che affetta la proprietà l'idea che la limitazione del diritto stesso entro la dimensione della non abusività possa riguardare soltanto la proprietà risulta contraddittoria. E, comunque, se il limite in questione viene

imposto al diritto soggettivo per eccellenza a fortiori esso non potrà non riguardare ogni altra situazione soggettiva

Identiche conclusioni vanno prese con riguardo al diritto **olandese ed al diritto portoghese.**

Nel diritto inglese la teoria delle “*aspettative ragionevoli*” è utilizzata per recepire il concetto di buona fede.

... segue - l'ordinamento e la giurisprudenza comunitari

L'art. 34 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 poi trasfuso nella successiva Costituzione dell'Unione recita: “*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti dalla presente carta o di porre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta*”.

La Corte di Giustizia, a sua volta, con la sentenza 21.2.2006 in causa C-255/02, Halifax ha fatto riferimento ad una nozione di abuso del diritto, segnatamente operante in materia di iva, giustapponente accanto ai comportamenti fraudolenti quelli meramente elusivi, volti, cioè, a conseguire il solo risultato del beneficio fiscale, senza alcuna reale ed autonoma ragione economica.

In tale sentenza la Corte di Lussemburgo **ha elaborato una nozione di abuso in modo del tutto autonoma dalle ipotesi di frode, richiedendo che le operazioni, pur realmente volute e immuni da rilievi di validità, devono avere "essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale"** (punto 86). Tale specificazione, riprodotta con non significative varianti nelle diverse versioni linguistiche della decisione, appare, quindi, diversa da quella comunemente ricorrente nella precedente giurisprudenza e in altri testi normativi comunitari, nei quali si parla di vantaggio fiscale come scopo esclusivo, o di operazioni compiute al solo scopo di ottenere un risparmio fiscale, ovvero, come nell'art. 11 della direttiva 23 luglio 1990, n. 90/434/CEE, in materia di regime fiscale sulle fusioni, scissioni societarie e conferimento di attivo, il quale autorizza gli Stati membri a considerare il compimento di tali operazioni, ove non effettuate "per valide ragioni economiche", quale presunzione di frode o di evasione.

L'espressione è ripresa dal D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis. È significativo rilevare che l'espressione usata dalla Corte per definire il c.d.

abuso del diritto, nei termini già riportati, è ben diversa da quella impiegata nella stessa sentenza, come pure in quella resa nella stessa data in causa C - 223/03, University of Huddersfield Higher Education Corporation, ("operazioni compiute al solo scopo di realizzare un vantaggio fiscale, senza altro obiettivo economico"). Tale diversità di espressione conduce a ritenere che la presenza di scopi economici (oltre al risparmio fiscale) non esclude l'applicazione del **principio, che deve essere inteso come un vero e proprio canone interpretativo del sistema**. Sul punto sembra utile richiamare il punto **75** della sentenza, nel quale la Corte richiama, a sua volta, le osservazioni dell'Avvocato Generale, che nelle sue conclusioni aveva avvertito il rischio dell'attribuzione al giudice nazionale di un'eccessiva discrezionalità, quando un'operazione può avere una giustificazione economica alternativa al mero risparmio fiscale. Ulteriori limiti ad una valutazione discrezionale da parte del giudice nazionale sono posti dalla sentenza al punto 2) del dispositivo, dove si stabilisce che l'abuso deve risultare "*da un insieme di elementi obiettivi*".

Una rigorosa applicazione del principio dell'abuso del diritto, in tal modo definito, comporta, quindi, che l'operazione deve essere valutata secondo la sua essenza, sulla quale non possono influire ragioni economiche meramente marginali o teoriche, tali, quindi, da considerarsi manifestamente inattendibili o assolutamente irrilevanti, rispetto alla finalità di conseguire un risparmio d'imposta.

La nozione di abuso del diritto prescinde, pertanto, da qualsiasi riferimento alla natura fittizia o fraudolenta di un'operazione, nel senso di una prefigurazione di comportamenti diretti a trarre in errore o a rendere difficile all'ufficio di cogliere la vera natura dell'operazione. **Come ha ribadito la sentenza Halifax al punto 2) del dispositivo, il proprium del comportamento abusivo consiste proprio nel fatto che, a differenza dalle ipotesi di frode, il soggetto ha posto in essere operazioni reali, assolutamente conformi ai modelli legali, senza immutazioni del vero o rappresentazioni incomplete della realtà**. Tale concetto, che prescinde totalmente dal concetto di frode, in quanto il suo presupposto è proprio la validità degli atti compiuti, è proprio anche di altre tradizioni giuridiche europee continentali.

(Per un significativo esempio si può utilmente richiamare il concetto di **abuso di forme giuridiche** ("*Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*"), impiegato dal par. 42 della legge generale tributaria tedesca del 1977 (Abgabeordnung), il quale recita testualmente: "La legge fiscale non può essere elusa attraverso abuso di forme giuridiche ammesse. Se ricorre un abuso, la pretesa fiscale sussiste come se fosse

presente una forma giuridica adeguata ai fatti economici").

... segue - **Lo sviluppo storico del concetto di abuso del diritto in Italia**

Il tema del principio generale di buona fede e dell'eventuale vigenza nel diritto attuale dell'eccezione di dolo comincia ad interessare gli autori italiani all'inizio del XX secolo.

Gli interpreti del codice del 1865 orientati verso la dottrina e la giurisprudenza francesi ignorarono il problema.

I primi contributi sul tema provengono da quegli autori che guardarono il modello pandettistico tedesco.

In quegli anni Coviello, Osti, Rotondi **rifiutano l'idea del principio dell'abuso del diritto e della ammissibilità dell'eccezione generale di dolo nel diritto vigente**. Si pensi che nonostante la massiccia recezione nella civilistica italiana dell'epoca delle categorie della dogmatica tedesca non vi fu il minimo interesse per gli indirizzi equitativi sviluppati in quel tempo in Germania (v. sopra).

Anche sotto il codice del 1942 l'orientamento degli interpreti italiani sul tema fino a pochi decenni or sono rimase essenzialmente immutato. Si sostenne che nel diritto vigente la repressione del comportamento doloso o sleale a danno degli affidamenti e delle attese creati nella controparte trovi realizzazione **solo nelle ipotesi previste in specifiche norme del codice**.

Si riduceva alla sola legge statale il contenuto del diritto anche per affrancare la cultura giuridica dalla sua dimensione più propriamente politica neutralizzandone quantunque possibile incidenza sui fenomeni sociali e su quelli economici.

In quest'ottica per il giurista formalista l'esercizio del diritto sancito dalla lettera della legge non poteva che ritenersi sempre e comunque lecito. (Si pensi all'ideale de l'ecole de l'exegése francese o al normativismo kelseniano).

Vi era il timore del cd. **diritto libero o giusliberismo** ossia di quella corrente corrente di pensiero sviluppatasi in Germania a cavallo tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento sensibile alla cd. giurisprudenza degli interessi secondo cui in ogni ordinamento giuridico accanto alle norme di forma legislativa vi sono norme di origine extralegale che il giudice può applicare ogni volta che il testo legislativo si riveli non rispondente alle concrete esigenze del caso.

Tra l'altro giova ricordare che il rifugio della cultura giuridica nell'empireo del formalismo dogmatico era valso a salvare il sistema giuridico italiano e i diritti della persona dalle compressioni del regime: con il rifiuto di apprestare un quadro di principi generali suscettibili di intridersi

di contenuti illiberali proprio dell'ideologia autoritaria ed antidemocratica.

Inoltre si evitavano contaminazioni tra il diritto e l'etica o la politica.

Di qui la contrarietà o il ripudio di formule elastiche o vaghe come quelle dell'abuso del diritto.

Significativo che tale divieto di abuso venne inserito pure all'art. 74 II° comma del progetto Solmi del 1936 del c.c. “*nessun può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*” ma la commissione per la redazione del c.c. fu di diverso avviso asserendo che sarebbe stato meglio circoscrivere il fenomeno all'abuso di singole disposizioni che la prevedevano in particolare in **materia di patria potestà e atti emulativi**. Sicché l'art. 74 II° comma venne espunto.

E fu lo stesso Vittorio Scialoja che propose la cancellazione per evitare la confusione tra diritto, morale e religione con l'ammonimento “*Aequitas legislatori, ius iudici magis convenit*”.

Il c.c. del 1942 prevede numerosi articoli che sanzionando la condotta contraddittoria o l'intento malizioso di chi fa valere una pretesa in giudizio traendo vantaggio dal proprio comportamento sleale rappresentano in realtà una concretizzazione legale dell'idea sottostante al divieto dell'abuso del diritto.

Esempi:

art. 1260 c.c. comma 2 che rende opponibile al cessionario che ne era a conoscenza il patto con cui le parti hanno escluso la cedibilità del credito;

art. 1993 c.c. comma 2 che estende l'opponibilità delle eccezioni fondate su rapporti personali al possessore che ha acquistato il titolo di credito per agire intenzionalmente a danno del debitore;

art. 1359 c.c. che considera avverata la condizione apposta al contratto quando questa sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento;

art. 1426 c.c. che deroga all'annullamento del contratto concluso dal minore se questi aveva con raggiri occultato la minore età;

art. 1438 c.c. Nell'ambito della disciplina dei vizi del consenso e, in particolare, della violenza morale si è rinvenuto un ulteriore caso di abuso nella minaccia a far valere un diritto ex art. 1438 c.c. quando essa non sia legata da una relazione di stretta causalità con il contratto di cui si chiede la stipulazione; a rigore, la norma parla di vantaggi ingiusti.

Anche in quest'ipotesi, pur rientrandosi formalmente nell'esercizio del diritto, in realtà se ne violano i limiti interni, quando la minaccia del suo esercizio non sia in alcun modo legata al contratto di cui si vuole la

conclusione.

art. 2941 c.c. n. 8 per cui la prescrizione rimane sospesa tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito ed il creditore finché il dolo non sia stato scoperto;

art. 1460 comma 2 c.c. che esclude che si possa sollevare l'eccezione di inadempimento se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto di adempiere è contrario a buona fede.

art. 844 c.c. che vieta gli atti emulativi del proprietario

Qui va ricordato che per la giurisprudenza costante della corte di cassazione (cfr tra le tante cass. sez. II 11 aprile 2001 n. 5421) “*Per aversi atto emulativo vietato ai sensi dell'art. 833 cod. civ. è necessario che l'atto di esercizio del diritto sia privo di utilità per chi lo compie e sia posto in essere al solo scopo di nuocere o di recare molestia ad altri*” (sicché è stato ritenuto riconducibile a tale categoria di atti per esempio l'azione del proprietario che installi sul muro di recinzione del fabbricato comune un contenitore avente aspetto di telecamera nascosta fra il fogliame degli alberi posto in direzione del balcone del vicino).

E ancora:

art. 10 c.c. (abuso dell'immagine),

art. 330 c.c. (abuso dei poteri relativi alla potestà genitoriale),

art. 1015 c.c. (abusi dell'usufruttuario che determinano la cessazione dell'usufrutto),

art. 184 l. 58/1998 (abusi di informazione privilegiate)

Ma, allora, si può parlare di principio generale del divieto di abuso del diritto immanente nell'ordinamento italiano?

La dottrina maggioritaria sino agli anni '70 si è sempre rifiutata di desumerne da queste norme un principio generale applicabile positivamente affermando che esempi specifici di repressione legale del dolo e della frode non sono né così costanti né così univoci da legittimare l'ammissione di tale principio anche perché sarebbe un caso strano di principio che opera *per definitionem* contro l'esercizio di diritti soggettivi volta per volta riconosciuti dall'ordinamento stesso: **quasi un cavallo di Troia entro la sicurezza del sistema.**

Nella dottrina e nella giurisprudenza immediatamente successive all'entrata in vigore del nuovo codice le potenzialità della clausola di buona fede sono state per lungo periodo sottovalutate.

Ciò per vari ordini di ragioni, che sinteticamente si indicano di seguito, valendosi della schematizzazione proposta da Guido Alpa:

a) la scarsa dimestichezza dei giudici del tempo con la applicazione di disposizioni di contenuto indeterminato, essendo all'epoca prevalente

l'indirizzo interpretativo formalistico che privilegiava l'applicazione letterale degli articoli del codice;

b) la diffidenza della dottrina che tende a considerare i giudici «commessi di Stato» e a considerare l'applicazione delle clausole generali ai rapporti privati come segno di interventismo statualista negli affari;

c) il timore di affidare ai giudici un potere discrezionale eccessivo.

Sintomatico su quest'ultimo punto è il pensiero di Gazzoni il quale recentemente ha così scritto *“la legislazione per principi, specie dopo l'esperienza delle dittature del '900, le quali controllavano il dissenso dei cittadini tramite i giudici e le clausole generali della “coscienza giuridica socialista”, della “solidarietà corporativa” e della gesundes Volksempfinden nazista, tutte ispirate alla formula giacobina di cui all'art.8 della legge 22 floreale 1789 («la règle du jugement est la conscience des juges éclairé par l'amour de la Patrie; le but est le triomphe de la République et la ruine de ses ennemies»), va categoricamente rifiutata in un periodo di crisi e di totale incertezza, per non dire anarchia, soprattutto dei valori, quale è attualmente il nostro, incertezza (o anarchia) che si ripercuote tal quale sull'esercizio della funzione giurisdizionale.*

La situazione comincia a mutare negli anni settanta, quando la giurisprudenza inizia ad applicare la clausola con maggiore frequenza, **pur se mai in modo sistematico**: come è stato osservato, il ricorso alla clausola generale di buona fede raramente è determinante per la soluzione del caso concreto; spesso la citazione della buona fede è meramente esortativa o additiva, ed in alcune pronunce si tende addirittura a relegarla in una posizione marginale e sussidiaria rispetto all'applicazione di regole particolari (così specialmente in materia di interpretazione del contratto).

Da ciò traspare con tutta evidenza un non sopito contrasto su significato e portata della clausola generale.

Il dibattito dottrinale in materia non può essere certamente ripercorso nel breve spazio che ci consente la presente trattazione.

Occorre dunque necessariamente essere schematici, indicando sommariamente le principali posizioni in campo e rinviando senz'altro per approfondimenti alle numerose trattazioni monografiche.

A grandi linee, nella dottrina italiana, la clausola generale di buona fede può essere ed è stata intesa in tre diversi modi.

A) Secondo alcuni l'obbligo di comportarsi secondo buona fede sarebbe un mera affermazione retorica, priva di un reale contenuto precettivo.

B) Secondo altra tesi la buona fede avrebbe la funzione di correggere il rigoroso giudizio di formale conformità del comportamento alla legge.

C) Altri ancora elevano la buona fede a principio generale dell'ordinamento e ne riconoscono un fondamento costituzionale. È un fatto, d'altro canto, come osserva autorevole dottrina (Alpa), che la clausola della buona fede ha finito per assumere un ruolo essenziale **“sia per adattare l'intero ordinamento alle nuove esigenze, economico-sociali, di cui il legislatore non può tempestivamente tener conto, sia per adattare la regola del caso alla fattispecie concreta”**.⁵²

Negli ultimi due decenni, però, la dottrina italiana si è diversamente orientata.

Come noto la pratica vigenza del principio generale di buona fede e del divieto di abuso del diritto ha suscitato un vasto interesse negli interpreti

⁵² Per completezza va ricordato che ampiamente dibattuta, nella civilistica italiana, è la questione se il principio della correttezza si identifichi o meno con quello della buona fede, enunciato da tutta una serie di disposizioni (artt. 1337, 1358, 1366, 1375, 1460 c.c.), con riferimento ad un ambito che va dalla fase delle trattative a quella dell'esecuzione del contratto, e riguardante quindi sia la c.d. fase statica, sia la c.d. fase dinamica del rapporto obbligatorio.

Una prima, autorevole opinione ha tentato di individuare la differenza in base ad una diversità dei rispettivi destinatari: e così, l'art. 1375 c.c. si rivolgerebbe al solo debitore, imponendogli nell'adempimento della obbligazione un certo dovere di comportamento; mentre l'art. 1175 c.c. avrebbe per destinatari entrambe le parti; secondo un'altra opinione, l'art. 1175 c.c. si dirigerebbe, invece, esclusivamente al creditore, essendo il debitore già vincolato da altre specifiche disposizioni, come l'art. 1176 c.c. che gli impone di usare, nell'adempimento dell'obbligazione, la diligenza del buon padre di famiglia.

Altra parte della dottrina, poi, istituisce fra il criterio della correttezza e quello della buona fede una differenza dipendente dal diverso ambito di applicazione: il primo criterio, meno intenso, varrebbe per i rapporti obbligatori di fonte diversa dal contratto, mentre il secondo sarebbe applicabile alle sole obbligazioni contrattuali; ancora, altra autorevole dottrina ritiene i due criteri del tutto diversi anche se complementari in quanto discendenti dal principio generale della solidarietà sociale: il criterio della correttezza, scolpito dalla massima *alterum non laedere* impone solo doveri di carattere negativo, esigendo un comportamento di rispetto, di conservazione della sfera di interessi altrui; il criterio della buona fede, invece, impone obblighi di carattere positivo, richiede cioè un'operosa collaborazione con gli altri consociati, volta a promuovere il loro interesse. Detta distinzione, per la dottrina sopra riferita, rileva soprattutto sul piano pratico, in quanto consente di distinguere gli obblighi strumentali, complementari ed accessori all'obbligo della prestazione, dagli altri obblighi di protezione che si sostanziano nel dovere di astenersi da ogni indebita ingerenza nell'altrui sfera giuridica. L'orientamento dottrinale dominante ritiene, invece, che tra correttezza e buona fede, intesa in senso oggettivo (e, cioè, quale dovere di comportarsi lealmente nella esecuzione del contratto e che, perciò, si distingue dalla buona fede soggettiva, intesa quale ignoranza di ledere l'altrui diritto) vi sia sostanziale identità, essendo solo terminologicamente diversi.

Si afferma, in altri termini, come correttezza e buona fede non siano criteri aprioristicamente determinabili, né in grado di arricchire il rapporto obbligatorio di nuovi oneri e doveri a carico delle parti, dal momento che servono a determinare in concreto la legittimità di un comportamento e, per tale via, a precisare o modificare le normali conseguenze dello *strictum ius*, con il solo limite del rispetto delle norme inderogabili).

italiani Ha così avuto fortuna la formula secondo la quale **il principio di buona fede costituisce un limite generale all'esercizio del diritto.**

Addirittura si è rilevato che il diritto italiano non solo consente ma impone svolgimenti analoghi a quelli della giurisprudenza tedesca : e ciò sulla scorta delle numerose norme che richiamano le regole della buona fede e della correttezza (cfr. artt. 1175, 1366, 1375, 1337, 2598)

Insomma la clausola generale di buona fede domina non solo l'adempimento dell'obbligazione ma anche l'esercizio dei diritti in generale.

Buona fede quale canale di legittimazione di soluzioni giurisprudenziale innovatrici nella disciplina dell'obbligazione e del contratto.

Ma anche la dottrina quando si passa dalle formulazioni generali alle applicazioni concrete della clausola di buona fede fornisce esempi alquanto esigui.

La **giurisprudenza**, invece, è sempre stata incline a valutare le norme di buona fede come generali inidonee ad una diretta applicazione che sarebbe possibile solo attraverso quelle particolari norme in cui il principio si è specificato.

Della clausola generale di buona fede si faceva una menzione fugace equivalente ad una manifestazione di ossequio formale.

In giurisprudenza non mancano casi in cui pur in presenza di evidente comportamento sleale è stata negata l'ammissibilità di una preclusione.

Negli ultimi anni, però, la messe dei dati giurisprudenziali è diventata più fitta.

Anzitutto la sussistenza dell'istituto è ampiamente riconosciuta da tempo dalla stessa giurisprudenza costituzionale (cfr. ordinanza Corte cost. 5.05.1983, n. 132).

Ma a livello di corte di cassazione si iniziò alcuni anni or sono rinvenendo sostanzialmente rinvenuto un'ipotesi di abuso del diritto nel caso del soggetto che, pur avendo acquistato per secondo, da un comune alienante, un immobile, si avvalga dello strumento della trascrizione per prevalere sul primo acquirente, trascrivendo per primo. La Cassazione è giunta al riconoscimento della responsabilità extracontrattuale (sebbene ne siano controversi i presupposti) del soggetto in parola e, quindi, sostanzialmente, alla configurabilità di un abuso del diritto in tale materia, avendo disconosciuto l'operatività nell'ipotesi in questione del principio canonizzato nel brocardo "*qui iure suo utitur neminem laedit*". Precisamente, **Cass. 8/1/82 n. 79** ha chiarito che l'ingiustizia del danno arrecato al primo acquirente non trascrivente non è esclusa dalla constatazione che il secondo

acquirente, sia egli di buona o mala fede, trascrivendo per primo esercita un suo diritto riconosciutogli dall'art. 2644 c.c..

In realtà, tale norma, essendo diretta alla tutela dell'interesse generale alla certezza della circolazione di determinate categorie di beni, non può legittimare un comportamento di per sé illecito perché diretto a privare un soggetto di un diritto già entrato nella sua sfera giuridica.

Sembra, allora, potersi parlare di esercizio abusivo del diritto, perché l'atto di esercizio persegue oggettivamente uno scopo (non meritevole di tutela) che è altro rispetto a quello cui la norma condiziona il riconoscimento e la tutela del diritto stesso.

Nel 1984, poi la corte di cassazione con la sentenza **cass. 8.11.1984 n. 5639** applicando all'art. 1901 c.c. comma 2 i principi di cui all'art. 1460 c.c. 2 comma ha ritenuto contrario a buona fede la sospensione dell'assicurazione da parte dell'istituto che da tempo provvedeva a ritirare i premi tramite un proprio incaricato fuori dalla scadenza stabilite dal contratto di fronte al ritardo dell'assicurato che aveva confidato nell'osservanza di tale prassi.

Successivamente, con la sentenza di fondamentale importanza per gli ulteriori, **cass. 18.7.1989 n. 3362** riconoscendo la validità della fideiussione omnibus ha insieme stabilito che non rientra nella copertura della fideiussione l'apertura bancaria effettuata dall'istituto di credito al debitore principale in violazione della clausola legale di salvaguardia del contraente per la violazione della regola di buona fede che non si ha solo quando una delle parti abbia agito col proposito doloso di recare pregiudizio ma anche quando il comportamento non è improntato a schiettezza e diligente correttezza. Ciò, dice la cassazione, significa che il limite dell'estensione del rischio è rappresentato dall'assoggettamento dell'istituto di credito al dovere di comportamento secondo il canone della buona fede e rientra nella regola del codice sostanzialmente riproduttiva della *exceptio doli generalis* del diritto romano.

Negli ultimi anni i dati giurisprudenziali sembrano aumentare.

** a) Si è vista la possibilità di un'eccezione di dolo in materia di factoring contro il debitore che dopo aver informato il cessionario che nulla ha da opporre in relazione ai beni o servizi ricevuti sollevi al momento della riscossione del credito eccezioni in ordine ad es. a vizi della merce o ritardi nella consegna.

** b) Si è richiamata l'*exceptio doli* in materia di contratti al fine di porre rimedio ai possibili abusi che il pagamento a prima richiesta e senza eccezioni può legittimare ammettendosi così una *exceptio doli* nei confronti della pretesa del beneficiario della garanzia quando sia palese lo scopo fraudolento della richiesta in particolare nel caso in cui vi sia la certezza

dell'avvenuta esecuzione del rapporto principale⁵³.

** c) Si è ravvisato abuso del diritto nell'ipotesi di interruzione ingiustificata delle trattative, determinata dall'intervento di un terzo che, inserendosi appunto nelle altrui trattative, ha la meglio riuscendo a stipulare il contratto *in fieri inter alios*.

In merito va considerato che fino agli anni '60 la giurisprudenza non reputava antiggiuridico ai sensi dell'art. 2043 c.c. il comportamento del soggetto che s'inserisce nelle trattative altrui concludendo un contratto "destinato" ad altri, in quanto riteneva una tale condotta esercizio di un diritto - causa di esclusione dell'antigiuridicità - in particolare del diritto alla libertà di iniziativa economica consacrato nell'art. 41 Cost..

A partire dagli anni '60, invece, si è ravvisata in materia una fattispecie di abuso del diritto, in base al rilievo che chi si intromette nelle trattative *inter alios actae* intende perseguire un interesse non meritevole di tutela, perché realizzato in violazione del generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., applicabile anche nei rapporti tra privati.

** d) Altra ipotesi di abuso del diritto è stata rinvenuta nel contratto di *sale and lease back* connesso al divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c. (cfr. Cass. 16.10.1995, n. 10805).

e) Degno di nota lo sviluppo relativo **agli obblighi di protezione che rappresenta il settore in cui la recezione ha avuto maggiore ampiezza.

In punto si è osservato che il criterio della correttezza, incide sia sulla posizione del creditore, obbligandolo ad attivarsi al fine di evitare o di contenere gli aggravii impreveduti della prestazione o le conseguenze dell'inadempimento; sia sulla posizione del debitore il quale non è tenuto, sic et simpliciter, ad eseguire la prestazione dovuta, ma anche a salvaguardare gli interessi del creditore che non sono tutelati specificatamente dal rapporto obbligatorio, ma che sono comunque connessi alla prestazione dovuta, entro,

⁵³ In punto è opportuno richiamare la recente sentenza cass. n. 26262 del 14/12/2007 che ha così statuito "In tema di contratto autonomo di garanzia, l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia comporta la rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, con il duplice limite dell'esecuzione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può opporre l'"exceptio doli", e del caso in cui le predette eccezioni siano fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta. (In applicazione di tale principio, la S.C., cassando con rinvio la sentenza impugnata, che aveva erroneamente ritenuto inammissibile l'eccezione di nullità, ha affermato il dovere di accertare - come richiesto dagli oppositori ad un decreto ingiuntivo ottenuto dalla banca ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 385 del 1993 - l'eventuale previsione del tasso usurario sugli interessi passivi interessanti il rapporto di conto corrente ai sensi degli artt. 644 cod. pen. e 1815 cod. civ., e la conseguente nullità ex art. 1418 cod. civ.).

però, il limite di un apprezzabile sacrificio del soggetto obbligato: in tal senso si è parlato della correttezza come misura della prestazione.

Da ciò se ne è dedotta la categoria dei doveri di protezione, caratterizzati dal requisito della reciprocità in quanto gravanti su entrambe le parti del rapporto obbligatorio e diretti a salvaguardare ciascuna di esse da eventi lesivi: è il caso degli obblighi di avviso (artt. 1586, c. 1, 1663, 1686, 1690, 1710, c. 1, 1712, 1913, c. 1 c.c.), di segreto (art. 2105 c.c.), di salvataggio (artt. 1805, c. 1, 1914 c.c.), di cooperazione (artt. 1956, 1957 c.c.) e di conservazione.

Già corte cost. 28 febbraio 1992 n. 74 parlava di “obbligo specifico di evitare nell’esecuzione del contratto comportamenti pregiudizievoli alla persona o ai beni del creditore obbligo pure derivante dal contratto in virtù della regola di correttezza sancita dall’art. 1175 c.c.”

E’ recentemente intervenuta Cass. 14712/2007 Sezioni Unite: relativa i c.d. obblighi di protezione che darebbero la stura ad una responsabilità contrattuale orfana del contratto (Cass.14712/2007).⁵⁴

Nella decisione 14712/2007, tuttavia, oltre alla menzionata mancanza del richiamo alla clausola di buona fede in chiave fondativa dei c.d. obblighi di protezione, si giunge persino a negare la natura aperta della formula di chiusura di cui all’art. 1173 cc.; tale atteggiamento di netta chiusura rispetto all’allargamento dell’ambito applicativo, in funzione precettiva delle clausole (o delle formule) generali, appare difficilmente comprensibile.

**** II) In campo societario**

⁵⁴ Si tratta, probabilmente, della decisione meno felice, ancorata ad un impianto dogmatico incerto, come si è avuto modo di notare in sede di commento alla specifica decisione.

Significativo è il fatto che quella sentenza, nonostante la derivazione della teorica degli obblighi di protezione da una lettura ampliativa dell’ambito applicativo della nozione di buona fede, non richiami mai quest’ultima, giungendo anzi a rinnegare in motivazione gli stessi pilastri su cui si fonda l’impostazione teorica seguita.

È noto, infatti, che l’idea di sottoporre al regime di cui all’art. 1218 c.c. la violazione di regole comportamentali che non trovino il loro fondamento in un contratto, presuppone la individuazione di una serie di fatti generatori di obbligazioni (non si dimentichi che l’art. 1218 cc disciplina la responsabilità per l’inadempimento delle obbligazioni) diversi dal contratto, e non riconducibili a quelli storicamente ricondotti alla formula di chiusura di cui all’art. 1173 cc (altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell’ordinamento giuridico, cui tradizionalmente si riconducono le c.d. obbligazioni da quasi-contratto).

La soluzione al dilemma viene in genere fondata su una lettura precettiva della clausola generale di buona fede, che imporrebbe, anche al di fuori di un rapporto contrattuale (che preveda un obbligo di prestazione), degli obblighi di protezione reciproci tra soggetti che per qualsiasi ragione entrino in relazione (trattative contrattuali, contatto sociale). Il passo successivo è quello di elevare tali “obblighi” a vere e proprie obbligazioni, in base alla valvola di cui all’art. 1173 ultima parte cc, onde sottrarre il regime della relativa inosservanza alle regole di cui all’art. 2043 cc e ricondurlo ai più comodi lidi di cui all’art. 1218 cc (più comodi chiaramente in una prospettiva vittimologica con riferimento ai regimi probatorio e prescrizione).

Anche in campo sono state ravvisate ipotesi di abuso del diritto.

Abuso, innanzitutto, da parte della maggioranza assembleare, che approvi una deliberazione ispirata esclusivamente ad proprio interesse extrasociale. L'annullabilità di siffatte delibere viene fondata, dal Supremo Collegio (Cass. 26/10/95 n. 1115155), non più sul parapubblicistico eccesso di potere della maggioranza, bensì, appunto, sull'abuso del diritto di voto. I supremi giudici muovono dalla premessa che, *“con l'esercizio del diritto di voto, il socio dà esecuzione al contratto di società, sicché il diritto di voto deve, a norma dell'art. 1375 c.c., essere esercitato secondo buona fede ; la conclusione è che il voto espresso per realizzare un interesse extrasociale, con danno per la minoranza, integra gli estremi dell'abuso del diritto”*.

La giurisprudenza di merito, a sua volta, ha ricostruito ipotesi di abuso del diritto da parte della minoranza assembleare. I soci che rappresentano almeno un quinto del capitale sociale hanno, infatti, il diritto di chiedere ed ottenere la convocazione dell'assemblea. Secondo i giudici, gli amministratori, lungi dal dover valutare esclusivamente i requisiti formali di cui all'art. 2367, comma 1, c.c., hanno il potere-dovere di respingere la richiesta della minoranza, laddove essa appaia illogica, immotivata, determinata da un velleitario spirito di *'chicane'*, ovvero dall'intento di ostacolare sistematicamente il regolare svolgimento dell'attività societaria.

In punto esemplare è la sentenza cass. sez. 1, n. 2020 del **29/01/2008** **la quale ha precisato che** *“anche nelle società a responsabilità limitata (nel vigore della disciplina dettata dal codice civile del 1942, anteriormente alla riforma di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) non è configurabile un diritto del socio agli utili senza una preventiva deliberazione assembleare in tal senso, rientrando nei poteri dell'assemblea - in sede approvativa del bilancio - la facoltà di disporre l'accantonamento o il reimpiego nell'interesse della stessa società, sulla base di una decisione censurabile solo se propria di iniziative della maggioranza volte ad acquisire posizioni di indebito vantaggio a danno degli altri soci cui sia resa più onerosa la partecipazione”*.

In buona sostanza secondo la giurisprudenza in applicazione del principio di buona fede e correttezza al quale deve essere improntata l'esecuzione del contratto di società, la cosiddetta regola di maggioranza consente al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno: l'abuso della regola di maggioranza è, quindi, causa di annullamento delle delibere assembleari allorquando la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società - per essere il voto ispirato

al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale - oppure sia il risultato di un'intenzionale attività fraudolenta dei medesimi soci diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza uti singuli (Cass., Sez. 1[^], 12 dicembre 2005, n. 27387; Cass., Sez. 1[^], 11 giugno 2003, n. 9353; Cass., Sez. 1[^], 26 ottobre 1995, n. 11151).

In questa prospettiva, a fronte dell'attribuzione all'amministratore di compensi sproporzionati o in misura eccedente i limiti della discrezionalità imprenditoriale, è possibile impugnare la delibera dell'assemblea della società di capitali per abuso o eccesso di potere, sotto il profilo della violazione del dovere di buona fede in senso oggettivo o di correttezza, giacché una tale deliberazione si dimostra intesa al perseguimento della prevalenza di interessi personali estranei al rapporto sociale, con ciò danneggiando gli altri partecipi al rapporto stesso.

Allora è agevole verificare come in tal caso al giudice è affidata una valutazione che è diretta non ad accertare, in sostituzione delle scelte istituzionalmente spettanti all'assemblea dei soci, la convenienza o l'opportunità della delibera per l'interesse della società, bensì ad identificare, nell'ambito di un giudizio di carattere relazionale, teso a verificare la pertinenza, la proporzionalità e la congruenza della scelta, un vizio - come è stato osservato in dottrina - di illegittimità desumibile dalla irragionevolezza della misura del compenso stabilita in favore dell'amministratore, occorrendo a tal fine avere riguardo, in primo luogo, alla natura e alla ampiezza dei compiti dell'amministratore ed al compenso corrente nel mercato per analoghe prestazioni, in relazione a società di analoghe dimensioni, e, ma in funzione complementare, alla situazione patrimoniale e all'andamento economico della società

Tuttavia non può ignorarsi che la cassazione in talune sentenze (es. cass. 26.10.1995 n. 11.151) non ha dichiarato l'invalidità della delibera in base alla violazione della buona fede ma con riferimento alla norma che sanziona la contrarietà dell'atto alla legge o allo Statuto.

Esempio: Cass. 7.11.2008 n. 26842 che in tema di la violazione delle norme sul diritto di opzione dopo aver osservato che tale violazione determina l'annullabilità e non la nullità del deliberato assembleare, non avendo alcuna valenza di ordine generale, ma essendo, invece, funzionale all'interesse del singolo socio a mantenere inalterata la sua partecipazione proporzionale al capitale sociale anche in caso di aumento del capitale medesimo, ha significativamente specificato che *“non può configurarsi la nullità (per illiceità dell'oggetto) di una deliberazione che sacrifichi il diritto di opzione al solo scopo di azzerare fraudolentemente la partecipazione del*

socio alla società, atteso, peraltro, che l'intento di piegare la deliberazione a finalità di prevaricazione della minoranza è da tempo ricondotto dalla giurisprudenza alla figura dell'eccesso di potere, inteso come violazione del canone di buona fede nell'esecuzione dei rapporti contrattuali, dal quale deriva l'annullabilità della deliberazione”.

**** III) In tema di diritto del lavoro**

Secondo la Cassazione, costituisce una condotta di abuso del diritto potestativo al congedo parentale, contraria alla buona fede nei rapporti con il datore di lavoro e con l'ente previdenziale, quella del genitore che, ottenuto il congedo parentale per dedicarsi alla figlia minore, nei fatti si prodighi in un'altra attività aiutando l'altro coniuge a gestire una pizzeria. **Cass. sez. lav., sentenza 16.6.2008, n. 16207** (*Il congedo parentale costituisce un diritto potestativo cui fa riscontro nell'altra parte una mera soggezione alle conseguenze della dichiarazione di volontà, esso è esercitato con il solo onere del preavviso e produce effetti sia nei confronti del datore di lavoro, sia nei confronti dell'ente previdenziale che eroga un'indennità commisurata ad una parte della retribuzione; pertanto, è consentito l'accertamento giudiziale circa le modalità di esercizio di tale diritto.*

“La titolarità di un diritto potestativo, infatti, non determina mera discrezionalità ed arbitrio nell'esercizio dello stesso; in particolare, la funzione dei congedi parentali - che è quella di consentire la presenza del genitore accanto al bambino al fine di soddisfare i bisogni affettivi e relazionali del minore- è vanificata laddove il dipendente presti la propria attività lavorativa, anche all'interno di un'impresa familiare” – v. cass. cit.)

**** IV) In tema di diritto bancario**

La categoria è stata utilizzata in materia di recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito a tempo determinato ex art. 1845 c.c.; la giurisprudenza di legittimità ha chiaramente affermato che tale recesso non può essere messo in atto pur in presenza di giusta causa in modo imprevisto ed arbitrario, pena l'esercizio abusivo del diritto potestativo riconosciuto (cfr. Cass. 14.07.2000, n. 932 *“In caso di recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, il giudice non deve limitarsi al riscontro obiettivo della sussistenza o meno dell'ipotesi tipica di giusta causa ma, alla stregua del principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, deve accertare che il recesso non sia esercitato con modalità impreviste ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere*

pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate” e Cass. 21.05.1997, n. 4538).

Sempre in tema di recesso va segnalata anche la recente sentenza **cass. 6 agosto 2008 n. 21.250** la quale ha statuito che *“L’esercizio del diritto di recesso contrattualmente stabilito deve essere valutato nel complessivo contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti onde accertare se detto recesso sia stato o meno esercitato secondo modalità e tempi che non rispondono a un interesse del titolare meritevole di tutela ma solo allo scopo di arrecare danno all’altra parte incidendo sulla condotta sostanziale che le parti sono obbligate a tenere per preservare il reciproco interesse all’esatto adempimento delle rispettive prestazioni. In particolare la clausola di buona fede nell’esecuzione del contratto opera come criterio di reciprocità imponendo a ciascuna parte del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico delle parti contraenti a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge sì che la sua violazione costituisce di per sé grave inadempimento e può comportare l’obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato”*.

E ancora: in materia bancaria mette conto segnalare la giurisprudenza che si è formata in tema responsabilità risarcitoria per abuso del diritto di credito (cfr. cass. sez. 1, 28/08/2004 n. 17.205 e **Cass. S.U. 29 marzo 2006 n. 7029 e cass. 22 maggio 2007 n. 11.837.**

In tal caso si è dedotto che la responsabilità risarcitoria per abuso del diritto di credito, anche in relazione all’inosservanza dei generali doveri di lealtà e correttezza posti dall’art. 1175 cod. civ., postula un comportamento lesivo dell’interesse del debitore che esoriti dal limite della ragionevole tutela dell’interesse del creditore, secondo una valutazione da effettuarsi al momento in cui il comportamento stesso è tenuto.

Ciò significa che potrà prospettarsi una responsabilità aquiliana della banca nei casi di abuso del diritto ossia in quei casi nei quali l’istituto di credito va oltre le normali attività di recupero e/o tutela dei crediti (esempio: ricezione pagamenti da impresa insolvente, tutela del credito mediante garanzie personali e reali ecc.) creando, invece, artificiosamente situazioni allo stesso favorevoli (per esempio attraverso il mantenimento in vita di impresa ormai decotta) ma con grave danno di interessi giuridicamente apprezzabili di terzi.

**** V - In tema di condominio**

La suprema corte di cassazione ha applicato anche in materia condominiale il principio del divieto dell'abuso del diritto affermando che il condomino che, senza il preventivo consenso degli altri condomini, apre un varco sul muro condominiale al solo fine di agevolare l'accesso ad un immobile di sua proprietà compie un abuso del diritto (*cass. 19.12.2007 n. 2676*).

**** VI - In campo fiscale**

In campo fiscale numerosi sono gli arresti interventi del supremo collegio nei quali si è richiamato il principio del divieto di abuso del diritto.

Infatti in materia fiscale si deve partire dal dato che non è possibile qualificare come contratti in frode alla legge (ar. 1344 c.c.) i contratti che eludono la normativa fiscale dal momento che l'art 1344 c.c. richiede l'elusione di una norma di natura imperativa e come noto le norme tributarie non hanno carattere imperativo (*cass. 3.9.2001 n. 11351 "Le norme tributarie, essendo poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e non ponendo, in linea di massima, divieti, pur essendo inderogabili, non possono qualificarsi imperative, presupponendo tale qualificazione che la norma abbia carattere proibitivo e sia posta a tutela di interessi generali, che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico" cfr. anche la relazione al codice relativa all'art. 1344 c.c. ove espressamente si esclude che le norme tributarie abbiano carattere imperativo* - contra, ma senza alcuna motivazione, *cass. 20816/2005*).

Ecco allora che per **cass. 15 maggio 2008 n. 12.237** l'elaborazione giurisprudenziale comunitaria e nazionale in tema di "abuso di diritto", inteso come ricorso a forme o strumenti giuridici che, seppure legali, consentono di eludere il Fisco, mediante operazioni non simulate ma realmente volute ed immuni da invalidità, effettuate, però, essenzialmente allo scopo di trarne un vantaggio fiscale, impone di cogliere la vera natura della prestazione e di stabilirne l'assoggettabilità ad imposizione nello Stato in cui è resa, in relazione al suo effettivo contenuto. Da tale principio il supremo collegio ha fatto discendere l'autonoma imponibilità delle prestazioni artistico-musicali, qualora sia determinante la loro incidenza sulla organizzazione complessiva dello spettacolo sicché sono stati ritenuti soggetti a ritenuta IRPEF i corrispettivi pagati ad una società discografica irlandese da una società italiana per prestazioni artistiche rese in Italia dai Pink Floyd, escludendo il corrispettivo versato per i servizi relativi all'organizzazione imprenditoriale dell'evento concertistico.

Cass. Sez. 5, n. 8772 del 04/04/2008, **a sua volta, ha ritenuto estensibili a tutti i settori dell'ordinamento tributario** il principio secondo cui, in forza del diritto comunitario, non sono opponibili alla Amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscano "**abuso del diritto**", cioè che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale, prescindendosi dalla natura fittizia o fraudolenta della operazione ponendo a carico del contribuente la prova della esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti con carattere non meramente marginale o teorico. (Nella specie, la S.C. ha censurato la pronuncia di merito che aveva riconosciuto il credito d'imposta di cui all'art. 14 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, nel testo anteriore alle modifiche apportate dall'art. 7-bis del d.l. 9 settembre 1992, n. 372, ad una società italiana che si era resa cessionaria dell'usufrutto di partecipazioni azionarie intestate ad altra società con sede all'estero al solo fine di procurare a quest'ultima un vantaggio fiscale).

E ancora: con l'ordinanza interlocutoria n. 3030 del giorno **8/02/2008** di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia CE la Cassazione ha significativamente rilevato che : *“In tema di agevolazioni tributarie per la cooperazione, l'introduzione, ad opera del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, della nozione di mutualità prevalente, consentendo alle società cooperative di avvalersi dei benefici fiscali previsti dagli artt. 10-14 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 (applicabili "ratione temporis") anche laddove l'apporto personale dei soci non abbia carattere totalitario, con il conseguente venir meno dell'effettiva funzione mutualistica del soggetto, fa sorgere la seguente questione interpretativa, da rimettersi alla Corte di Giustizia CE, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: a) se tali agevolazioni siano compatibili con la disciplina comunitaria della concorrenza, ed in particolare se siano configurabili come aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 87 del Trattato, soprattutto in presenza dell'inadeguato sistema di vigilanza e di correzione degli abusi previsto dal d.lgs. C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1577, b) se tali misure siano proporzionate rispetto ai fini assegnati all'impresa cooperativa, e se il giudizio di proporzionalità possa riguardare, oltre che le singole misure, il vantaggio attribuito dalle stesse nel loro complesso, c) se l'utilizzazione della forma cooperativa, anche al di fuori dei casi di frode o simulazione, sia qualificabile come abuso del diritto, ove il ricorso alla stessa abbia luogo al fine esclusivo o prevalente di realizzare un risparmio fiscale”.*

Conforme anche cass. 17 ottobre 2008 n. 25.374 ove, però, si ha cura di precisare che incombe all'amministrazione la prova dell'impiego abusivo di una forma giuridica non potendosi limitare la P.A. ad una mera e

generica affermazione ma dovrà individuare e precisare gli aspetti e le particolarità che fanno ritenere l'operazione priva di reale contenuto economico diverso dal risparmio d'imposta

Conclusivamente occorre prendere atto dell'ormai diffusa applicazione del divieto di abuso del diritto in materia fiscale ma, in ogni caso, occorre che il giudice utilizzi con cautela tale principio in quanto non può ignorarsi che l'impiego di forme contrattuali che consentono un minore carico fiscale costituisce esercizio della libertà di impresa e di iniziativa economica.

In chiusura di questa breve rassegna giurisprudenziale va citata cass. 7.3.2007 n. 7253 per la sua paradigmatica declinazione delle coordinate del principio in esame.

Si legge, infatti, in tale arresto che la **"exceptio doli generalis seu praesentis"** indica il dolo attuale, commesso al momento in cui viene intentata l'azione nel processo, e costituisce un rimedio di carattere generale, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, il quale è diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, ogni qualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto, ovvero abbia avanzato richieste di pagamento "prima facie" abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di "venire contra factum proprium". Tale rimedio si distingue dalla "exceptio doli specialis seu preteriti", la quale indica invece il dolo commesso al tempo della conclusione dell'atto, ed è diretta a far valere (in via di azione o eccezione) l'esistenza di raggiri impiegati per indurre un soggetto a porre in essere un determinato negozio, al fine di ottenerne l'annullamento, ovvero a denunciare la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, la quale assume rilievo, quale dolo incidente, nel caso in cui l'attività ingannatrice abbia influito su modalità del negozio che la parte non avrebbe accettato, se non fosse stata fuorviata dal raggirio, e non comporta l'invalidità del contratto, ma la responsabilità del contraente in mala fede per i danni arrecati dal suo comportamento illecito, i quali vanno commisurati al minor vantaggio e al maggior aggravio economico subiti dalla parte che ne è rimasta vittima, salvo che sia dimostrata l'esistenza di danni ulteriori, collegati a detto comportamento da un nesso di consequenzialità diretta. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva qualificato come "exceptio doli generalis" l'eccezione con cui una banca, senza far valere l'invalidità del contratto o il diritto al

risarcimento dei danni, aveva dedotto la scorrettezza dell'azione proposta nei suoi confronti per ottenere la dichiarazione di inefficacia dei pagamenti effettuati in suo favore da un'impresa ammessa alla procedura di concordato preventivo, in quanto lesivi della "par condicio creditorum").

In Italia, però, la recezione del modello tedesco non è avvenuta in maniera totale.

Infatti anche quegli autori che analizzano il diritto tedesco e fanno riferimento al medesimo in tema di divieto di abuso del diritto poi rifiutano unanimemente le soluzioni equitative che i Tribunali tedeschi hanno sviluppato utilizzando il principio di buona fede (in tema di nullità per vizio di forma, di termini prescrizionali ecc.).

Per la dottrina, Luigi Mengoni, in punto, ha lucidamente osservato che quando la giurisprudenza utilizza la clausola della buona fede per attribuire effetti giuridici a un contratto malgrado il difetto della forma richiesta dalla legge ad substantiam essa compie in effetti un giudizio equitativo sotto specie di *bonae fidei iudicium* “*e la buona fede non può essere mai criterio che decide dell'esistenza di un rapporto obbligatorio*”.

Recentemente, poi, la corte di cass (sentenza 15.3.2004 n. 5240) ha espressamente rifiutato di dare ingresso nel diritto italiano della teoria della *Virwirkung*: “*Il semplice fatto di ritardo nell'esercizio di un proprio diritto se non produce un danno per la controparte senza un apprezzabile interesse per il titolare nei limiti e secondo le finalità del contratto non dà luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non è causa per escludere la tutela dello stesso diritto qualunque convinzione possa essersi fatta per effetto del ritardo della controparte*”.

§ 6.b - Esame di un caso paradigmatico di applicazione del principio del divieto di abuso del diritto e delle problematiche di tipo ermeneutico.

Le problematiche ermeneutiche dell'applicazione del principio dell'abuso del diritto emergono dall'esame di un caso affrontato recentemente dalla corte di cassazione (cass. 18 settembre 2009 n. 20106 che ha trovato confermato a livello di principi in cass. 31 maggio 2010 n. 1308)

Il supremo collegio, nell'ultimo arresto succitato, in punto, ha così motivato: “*Costituiscono principii generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui la parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375 c.c.)*”.

In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della

reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 5.3.2009 n. 5348; Cass. 11.6.2008 n. 15476).

Ne consegue che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.).

I principii di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico.

L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462).

Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere 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.

In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

La Relazione ministeriale al codice civile, sul punto, così si esprimeva: (il principio di correttezza e buona fede) "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", operando, quindi, come un criterio di reciprocità.

In sintesi, disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato.

In questa ottica la clausola generale della buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. è stata utilizzata, anche nell'ambito dei diritti di credito, per scongiurare, per es. gli abusi di posizione dominante.

La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione.

Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto.

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto –ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale– sono i seguenti:

1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto;
2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;

3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico;

4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore.

E' ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede.

Come conseguenze di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva.

E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti –ed i diritti connessi– attraverso atti di per sè strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata.

Nel nostro codice non esiste una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del diritto.

La cultura giuridica degli anni '30 fondava l'abuso del diritto, più che su di un principio giuridico, su di un concetto di natura etico morale, con la conseguenza che colui che ne abusava era considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione giuridica.

Questo contesto culturale, unito alla preoccupazione per la certezza – o quantomeno prevedibilità del diritto–, in considerazione della grande

latitudine di potere che una clausola generale, come quella dell'abuso del diritto, avrebbe attribuito al giudice, impedì che fosse trasfusa, nella stesura definitiva del codice civile italiano del 1942, quella norma del **progetto preliminare (art. 7)** che proclamava, in termini generali, che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto" (così ponendosi l'ordinamento italiano in contrasto con altri ordinamenti, ad es. tedesco, svizzero e spagnolo); preferendo, invece, ad una norma di carattere generale, norme specifiche che consentissero di sanzionare l'abuso in relazione a particolari categorie di diritti.

Ma, in un mutato contesto storico, culturale e giuridico, un problema di così pregnante rilevanza è stato oggetto di rimeditata attenzione da parte della Corte di legittimità (v. applicazioni del principio in Cass. 8.4.2009 n. 8481; Cass. 20.3.2009 n. 6800; Cass. 17.10.2008 n. 29776; Cass. 4.6.2008 n. 14759; Cass. 11.5.2007 n. 10838).

Così, in materia societaria è stato sindacato, in una deliberazione assembleare di scioglimento della società, l'esercizio del diritto di voto sotto l'aspetto dell'abuso di potere, ritenendo principio generale del nostro ordinamento, anche al di fuori del campo societario, quello di non abusare dei propri diritti –con approfittamento di una posizione di supremazia– con l'imposizione, nelle delibere assembleari, alla maggioranza, di un vincolo desunto da una clausola generale quale la correttezza e buona fede (contrattuale).

In questa ottica i soci debbono eseguire il contratto secondo buona fede e correttezza nei loro rapporti reciproci, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., la cui funzione è integrativa del contratto sociale, nel senso di imporre il rispetto degli equilibri degli interessi di cui le parti sono portatrici.

E la conseguenza è quella della invalidità della delibera, se è raggiunta la prova che il potere di voto sia stato esercitato allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci, ovvero risulti in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto (v. Cass. 11.6.2003 n. 9353).

Con il rilievo che tale canone generale non impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito, ma rileva soltanto come limite esterno all'esercizio di una pretesa, essendo finalizzato al contemperamento degli opposti interessi (Cass. 12.12.2005 n. 27387).

Ancora, sempre nell'ambito societario, la materia dell'abuso del diritto è stata esaminata con riferimento alla qualità di socio ed all'adempimento secondo buona fede delle obbligazioni societarie ai fini della sua esclusione

dalla società (Cass. 19.12.2008 n. 29776), ed al fenomeno dell'abuso della personalità giuridica quando essa costituisca uno schermo formale per eludere la più rigida applicazione della legge (v. anche Cass. 25.1.2000 n. 804; Cass. 16.5.2007 n. 11258).

In tal caso, proprio richiamando l'abuso, ne sarà possibile, per così dire, il suo "disvelamento" (*piercing the corporate veil*).

Nell'ambito, poi, dei rapporti bancari è stato più volte riconosciuto che, in ossequio al principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 cod. civ.), non può escludersi che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, benchè pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, sia da considerarsi illegittimo ove in concreto assuma connotati del tutto imprevisi ed arbitrari (Cass. 21.5.1997 n. 4538; Cass. 14.7.2000 n. 9321; Cass. 21.2.2003 n. 2642).

E, con riferimento ai rapporti di conto corrente, è stato ritenuto che, in presenza di una clausola negoziale che, nel regolare tali rapporti, consenta all'istituto di credito di operare la compensazione tra i saldi attivi e passivi dei diversi conti intrattenuti dal medesimo correntista, in qualsiasi momento, senza obbligo di preavviso, la contestazione sollevata dal cliente che, a fronte della intervenuta operazione di compensazione, lamenti di non esserne stato prontamente informato e di essere andato incontro, per tale motivo, a conseguenze pregiudizievoli, impone al giudice di merito di valutare il comportamento della banca alla stregua del fondamentale principio della buona fede nella esecuzione del contratto. Con la conseguenza, in caso contrario, del riconoscimento a carico della banca, di una responsabilità per risarcimento dei danni (Cass. 28.9.2005 n. 18947).

In **materia contrattuale**, poi, gli stessi principii sono stati applicati, in particolare, con riferimento al contratto di **mediazione** (Cass. 5.3.2009 n. 5348), al contratto di **sale and lease back** connesso al divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c., (Cass. 16.10.1995 n. 10805; Cass. 26.6.2001 n. 8742; Cass. 22.3.2007 n. 6969; Cass. 8.4.2009 n. 8481), ed al contratto autonomo di garanzia ed *exceptio doli* (Cass. 1.10.1999 n. 10864; Cass. 28.7.2004 n. 14239; Cass. 7.3.2007 n. 5273).

Del principio dell'abuso del diritto è stato, da ultimo, fatto frequente uso in materia tributaria, fondandolo sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo (v. per tutte S.U. 23.10.2008 nn. 30055, 30056, 30057).

Il breve excursus esemplificativo consente, quindi, di ritenere ormai acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito

della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano.

Deve, con ciò, pervenirsi a questa conclusione.

Oggi, i principii della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali – funzione sociale ex art. 42 Cost.– e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti.

In questa prospettiva i due principii si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti.

Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso.

In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio.

Ora il caso scrutinato è paradigmatico del modo in cui si strutturano e si sovlgono i rapporti tra produttore e concessionari di vendita nel comparto commerciale di riferimento.

Il giudice di primo grado riteneva che il recesso del produttore dalla concessione di vendita era da considerare legittimo in quanto trovava la sua fonte nell'accordo convenzionale e che tale recesso convenzionale non violava alcuna disposizione di diritto positivo e neppure i regolamenti comunitari. Si aggiungeva che i concessionari non potevano essere considerati soggetti deboli e, comunque, potevano convertire la loro attività imprenditoriale e che non poteva trovare applicazione per il concessionario di vendita la normativa dell'agente di commercio essendo diverse sia le funzioni che la finalità dei rispettivi contratti. L'assunto dal quale muovevano i giudici di merito era che l'autonomia privata ha riconosciuto la possibilità di recedere dal contratto sicché non è necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere e ritenendo che nel caso in esame si fosse trattato di scelta imprenditoriale - visto che si era modificato l'assetto di vendita - che non era diretta tanto a creare un danno all'altro contraente quanto a ottenere un risparmio mediante la riduzione del personale collocandolo nella rete distributiva. Il fatto stesso che il recesso avesse riguardato un rilevante numero di concessionari dimostrava, secondo i giudici di merito, che si era trattato di una scelta imprenditoriale circa l'organizzazione di vendita e, quindi, che il recesso non era evidentemente suscettibile di qualificazione in termini di illiceità ex attt. 1343 e 1344 c.c. restando esclusa anche la configurabilità di un atto discriminatorio. Né era configurabile il richiamo agli art. 1175 e 1375 c.c. perché i principii di

correttezza e di buona fede, secondo i giudici di merito, non creano obbligazioni autonome. Sullo spinoso tema dell'abuso di diritto, infine, i giudici rilevato che l'abuso postula il concorso di un elemento oggettivo consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto e di un elemento soggettivo costituito dall'*animus nocendi* hanno dedotto che nel caso di specie non vi era alcun abuso visto che il mercato concepito quale luogo della libertà di iniziativa economica garantita dalla Costituzione presuppone l'esistenza di soggetti economici in grado di esercitare i diritti di libertà in questione, cioè soggetti effettivamente responsabili delle scelte di impresa ad essi formalmente imputabili. Concludevano i giudici di merito che nel nostro sistema non è ipotizzabile un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata in mancanza di un atto normativo che specifichi come tale astratta tutela si debba attuare.

Vi sarebbe, infatti, il rischio di introdurre un controllo di opportunità e di ragionevolezza sull'esercizio del potere di recesso senza avvedersi che in tal modo si introduce una valutazione politica non giurisdizionale.

Infatti, si specifica che nell'ambito contrattuale non è possibile introdurre tale giudizio di ragionevolezza in quanto la composizione del conflitto viene proprio seguendo i parametri legali dell'incontro delle volontà su un causa eletta dall'ordinamento come meritevole di tutela. Solo quando vi siano contrasti con norme imperative può essere sanzionato l'esercizio di una facoltà privata: al di fuori di tali casi residua l'ampia libertà dell'autonomia priva che costituisce la regola fondamentale.

In pratica i giudici di merito hanno patrocinato una difesa della libertà di iniziativa economica e dell'autonomia contrattuale che ha attirato, però, gli strali della corte di cassazione.

Quest'ultima muove dai principi generali di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. presentati come principi ormai entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico ricorrendo all'avallo nobile offerto dal dettato costituzionale nell'ambito di un generale principio di "*solidarietà sociale*" che trova espressione nell'art. 2 cost. Il nesso tra gli inderogabili doveri di solidarietà sociale e il dovere di correttezza del codice civile consente alla Corte di affermare che "*disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se nella situazione data la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato*" e che "*la buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione ... la buona fede per un verso impone alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte e, per altro*

verso, consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto”.

Di qui il passaggio che diventa il leitmotiv dell'argomentazione: *“criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto”.*

Il vero protagonista della motivazione entra così in scena occupandola sino alla fine imponendo alla corte di rievocare in una necessaria sintesi i contorni giuridici dell'abuso del diritto specificando che le materie nelle quali la figura ha preso vigore nella più recente giurisprudenza vanno dal diritto societario (inteso nella dimensione dei rapporti tra soci) e della responsabilità patrimoniale (dove l'abuso del diritto non attiene alla violazione di una regola di condotta tra le parti di un rapporto ma indica l'utilizzazione fraudolenta dello schermo della personalità giuridica ai danni dei creditori) sino al vasto e turbolento ambito dei rapporti tra banca e clienti per toccare la mediazione, il contratto di sale and lease back nonché il contratto di garanzia per finire con la materia tributaria. Il quadro è variegato e termina con la necessità che i criteri della buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto devono essere selezionati e rivisitati nel quadro costituzionale di cui all'art. 42 cost., ossia all'interno della funzione sociale della proprietà prevista da tale norma. (e si noti come anche qui la difficoltà ad orientarsi con i vecchi strumenti concettuali nell'era della cd. complessità e la forza acquisita delle tendenze funzionalistiche della nuova cultura europea che vanno sempre più accentuandosi nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza).

La Corte, poi, termina osservando che *“le considerazioni tutte effettuate consentono, quindi, di concludere che la Corte di merito abbia errato quando ha adottato le seguenti proposizioni argomentative: 1) che la sussistenza di un atto di abuso del diritto sia soltanto speculare agli atti emulativi e postuli il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo costituito dall'animus nocendi; 2) che, stabilito che la Renault Italia era libera di modificare l'assetto di vendita, il recesso ad nutum era il mezzo più conveniente per realizzare tale fine; al che conseguirebbe l'insussistenza dell'abuso; 3) che, una volta che l'ordinamento abbia apprestato un dato istituto, spetta all'autonomia delle parti utilizzarlo o meno; 4) che non sussista la possibilità di utilizzare un giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico - in particolare contrattuale - in cui i valori di riferimento non solo non sono unitari, ma sono addirittura contrapposti; 5) che nessuna*

valutazione delle posizioni contrattuali delle parti - soggetti deboli e soggetti economicamente "forti" -, anche con riferimento alle condizioni tutte oggetto della previsione contrattuale, rientri nella sfera di valutazione complessiva del Giudicante. La Corte di merito ha affermato che l'abuso fosse configurabile in termini di volontà di nuocere, ovvero in termini di "neutralità"; nel senso cioè che, una volta che l'ordinamento aveva previsto il mezzo (diritto di recesso) per conseguire quel dato fine (scioglimento dal contratto di concessione di vendita), erano indifferenti le modalità del suo concreto esercizio. Ma il problema non è questo.

Il problema è che la valutazione di un tale atto deve essere condotta in termini di "conflittualità". Ovvero: posto che si verte in tema di interessi contrapposti, di cui erano portatrici le parti, il punto rilevante è quello della proporzionalità dei mezzi usati. Proporzionalità che esprime una certa procedimentalizzazione nell'esercizio del diritto di recesso (per es. attraverso la previsione di trattative, il riconoscimento di indennità ecc.). In questo senso, la Corte di appello non poteva esimersi da un tale controllo condotto, secondo le linee guida esposte, anche, quindi, sotto il profilo dell'eventuale abuso del diritto di recesso, come operato.

In concreto, avrebbe dovuto valutare - e tale esame spetta ora al giudice del rinvio - se il recesso ad nutum previsto dalle condizioni contrattuali, era stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti. Ed in questo esame si sarebbe dovuta avvalere del materiale probatorio acquisito, esaminato e valutato alla luce dei principi oggi indicati, al fine di valutare - anche sotto il profilo del suo abuso - l'esercizio del diritto riconosciuto. In ipotesi, poi, di eventuale, provata disparità di forze fra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa, e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica. Le conseguenze, cui condurrebbe l'interpretazione proposta dalla sentenza impugnata, sono inaccettabili. La esclusione della valorizzazione e valutazione della buona fede oggettiva e della rilevanza anche dell'eventuale esercizio abusivo del recesso, infatti, consentirebbero che il recesso ad nutum si trasformi in un recesso, arbitrario, cioè ad libitum, di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico.

*Il giudice del rinvio, quindi, dovrà riesaminare la questione, tenendo conto delle indicazioni fornite e dei principi enunciati, al fine di riconoscere o meno il carattere abusivo del recesso e l'eventuale, consequenziale diritto **al risarcimento dei danni subiti**. Tutto ciò in chiave di contemperamento dei*

diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici.”.

La vicenda dell'esecuzione del contratto nel caso esaminato dimostra che il grande tema del rapporto tra autonomia privata, disciplina della concorrenza e forma di controllo giurisdizionale del corretto funzionamento del mercato (con riferimento a tutti gli interessi coinvolti) è ancora tutto da scoprire nelle sue molteplici implicazioni operative così come metodologiche.

§ 6.c – Conclusioni

Dalla veloce panoramica sopra illustrata si possono ora trarre alcune conclusioni.

Anzitutto emerge come in alcuni ordinamenti il principio dell'abuso del diritto è stato espressamente codificato e addirittura costituzionalizzato, in altri, invece, ha conservato lo status di creazione dottrinale. Sotto il profilo specifico della teoria del ragionamento giuridico bisogna osservare che lo schema dell'abuso del diritto determina un doppio grado di discrezionalità nella scelta del criterio di valutazione dell'abusività tra i vari astrattamente disponibili e nella sua applicazione nel caso concreto: discrezionalità il cui grado, comunque, un ordinamento giuridico può accettare.

Come tecnica dell'autointegrazione l'abuso del diritto non sembra aggiungere nulla alle tecniche già operanti, invece nella vocazione moralizzatrice acquista una funzione di eterointegrazione. Infatti l'abuso del diritto secondo taluni autori è una clausola generale contenuta in norma inespressa.

Il linguaggio dei diritti è un linguaggio che contiene al tempo stesso elementi descrittivi e prescrittivi: quando parlano di un diritto soggettivo spesso non ci limitiamo ad elencare in maniera puramente descrittiva quali condotte siano legittimamente ricomprese nell'ambito di quel diritto ma assumiamo anche come riferimento ciò che ci sembra debba essere il modo migliore di usare quel diritto.

La faccenda diventa più complicata se dai diritti specificamente disciplinati da regole puntuali (ad es. il diritto del creditore di chiedere l'adempimento della prestazione che gli spetta in base ad un contratto) si passa all'ambito dei diritti fondamentali fraseggiati in termini estremamente ampi e densi di valore nei testi costituzionali e talvolta semplicemente ricavati per via interpretativa come impliciti a partire da una o più norme costituzionali (es. che cosa sta fuori e dentro dal

perimetro della libertà di espressione o dell'autodeterminazione anche in campo contrattuale): occorre far riferimento ad elementi valutativi.

Certo è che il concetto di abuso è sempre più utilizzato (dal diritto potestativo all'abuso del contratto) al fine di permettere un raccordo del diritto con la realtà sociale: ciò conduce alla conclusione che come ogni clausola generale l'abuso tanto connota con forza il disvalore della fattispecie quanto la lascia indefinita rimettendosi così all'apprezzamento non sempre prudente dell'interprete.

Ora volendo riassumere le caratteristiche dell'abuso del diritto si può affermare che lo stesso sussiste quando:

a) vi è la titolarità di un diritto in capo ad un soggetto (altrimenti se non vi è la titolarità si avrebbe l'usurpazione del diritto). E il diritto soggettivo va inquadrato in un'ottica di tipo teleologico che trascende l'utilità individuale del singolo titolare del diritto e lo riporta ad una funzione sociale;

b) si ha la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto sia effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate (se si superano i limiti normativi che circoscrivono l'esercizio del diritto si ha eccesso del diritto o condotta illecita). L'abuso diventa cattivo esercizio di un potere discrezionale: esercizio del diritto che perverte la funzione o il senso del diritto stesso;

Tale situazione può ben applicarsi anche ai diritti e alle libertà fondamentali previsti dalle Costituzioni proprio perché essi hanno un contenuto indefinito e portano la necessità di controverse operazioni di ponderazione e specificazione;

c) trattasi di condotte che ricadono nell'ambito di applicazione della regola che attribuisce il diritto ma che rispetto alla giustificazione di quel diritto dovrebbero esser escluse.

L'esercizio del diritto anche se formalmente rispettoso della cornice legale attributiva di quel diritto si sia svolto secondo modalità che risultano censurabili, (abnormi) rispetto ad un criterio di valutazione giuridico extragiuridico;

d) infine si è verificata una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare e il sacrificio ricadente su qualche controparte

Ma una volta definito il concetto di abuso del diritto si impone la necessità di individuare quali sono le regole per valutare se una condotta è abusiva o no.

La formula "abuso del diritto", al pari di altri standard valutativi, è formula vuota.

Taluni sostengono che vi è abuso se il titolare ha intenzionalmente cagionato un danno ad una controparte (criterio dell'intenzionalità: prova dell'intenzionalità come prova della mancanza di un interesse per il titolare a compiere un atto). Oppure si richiede un vantaggio apprezzabile.

Altri sostengono che si ha abuso quando un soggetto peggiora la situazione di un altro soggetto senza migliorare la propria.

Altri, ancora, sostengono che per valutare l'abusività di una condotta occorre utilizzare criteri di tipo morale sociale o la coscienza sociale, e riferirsi, così, a valutazioni correnti nella società. Ma qui sorge il problema di sulla adeguata preparazione del giudice a compiere in maniera accurata indagini di tipo sociologico su quale sia la effettiva portata del criterio valutativo in questione all'interno della comunità di riferimento: la coscienza sociale, infatti, può rivelarsi un filtro meramente illusorio alla discrezionalità del giudice e rendere meno trasparente la sua decisione.

Altri, poi, indicano il criterio teleologico nel senso che l'abuso vi è quando vi è distorsione del diritto rispetto alla sua funzione tipica: si denuncia una eterogenesi dei fini. In particolare l'esercizio viene ritenuto abusivo se si pone in contrasto con qualche principio generale o fondamentale dell'ordinamento giuridico che, quindi, viene introiettato nella disciplina positiva del diritto soggettivo come parametro per valutarne l'abusività.

La individuazione del concetto di abuso del diritto, allora, è ancora imprecisa e lo stesso principio del divieto di abuso del diritto appare un contenitore il cui contenuto può essere:

a) la mera somma di istituti quali quello del divieto di atti emulativi, del principio di buona fede ecc.): ma in tal caso esso non sarebbe un vero e proprio principio ancorché implicito ma semplicemente categoria parassita, una sovrastruttura aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva.

b) precettivo eccedente rispetto alla somma dei singoli istituti e tale eccedenza consiste nella autodeterminazione da parte dei giudici di un potere di autointegrazione del diritto ricorrendo all'interpretazione sistematica ed ai principi generali con poteri di bilanciamento e/o scelta nel caso di conflitto tra diritti fondamentali;

c) precettivo eccedente rispetto alla somma dei singoli istituti costitutivi e tale eccedenza consiste nell'autoattribuzione da parte dei giudici di un potere di eterointegrazione e/o correzione del diritto ricorrendo a standard extra ordine individuati discrezionalmente sulla scorta della morale sociale. Ipotesi quest'ultima che pare giustificata dal sostanziale intreccio del principio dell'abuso del diritto con quella della buona fede oggettiva.

In ogni caso va evidenziato che anche nel caso di applicazione del

principio dell'abuso del diritto il controllo dell'attività del giudice è in termini di ragionevolezza come per le clausole generali (v. sopra).

- § 6.d - Rapporto tra buona fede, abuso e norme imperative.

Infine non può non segnalarsi che al giudice, in tema di abuso del diritto, si presenta un'ulteriore difficoltà interpretativa.

Come sopra visto vi è un intreccio fortissimo tra il principio dell'abuso del diritto e quello della buona fede oggettiva.

Ora è orientamento diffuso in dottrina, argomentando anche da quanto affermato nella Relazione al Codice civile (n. 558), che **il principio di buona fede sia inderogabile**.

In particolare, si è sostenuto che il criterio della buona fede e della correttezza non rispecchia un generico sentire sociale, bensì le valutazioni espresse dalla Carta Costituzionale e costituisce uno dei principi portanti del nostro ordinamento, laddove il fondamento etico che le viene riconosciuto trova riscontro nell'idea di una morale sociale attiva e solidale. E la riprova di ciò sarebbe in tema di clausole abusive.

Anche la Corte Europea di giustizia nel famoso caso *Courage* ha fatto riferimento al criterio della buona fede definendola inderogabile in quanto preesiste alla formazione del contratto e impone obblighi specifici di comportamento rilevanti sotto vari profili.

Tuttavia non può ignorarsi che a livello generale in senso contrario, si è osservato come l'inderogabilità non possa essere affermata a priori: più precisamente, si è precisato che qualora la buona fede si concretizzi in doveri (come quelli di protezione) volti alla tutela di interessi privati, è norma dispositiva e perciò, **derogabile**, mentre deve ritenersi inderogabile solo se l'interesse di volta in volta protetto ha carattere pubblico rispondente, cioè, ad esigenze essenziali dell'ordinamento giuridico. (E a riprova della bontà della tesi sopra esposta si consideri che in tanto trova applicazione la normativa in materia di clausole abusive in quanto il contratto non sia stato negoziato perché se c'è stata trattativa allora la tutela non ha ragione d'essere (cfr. art. 34 cod. comm).

Il giudice, allora, una volta individuato un abuso del diritto dovrà decidere se rilevarlo sempre d'ufficio o – come sembra più corretto - valutare di volta in volta l'esigenza/obbligo di rilevarlo d'ufficio o di non rilevarlo (nel caso in cui la parte non l'abbia eccepito e non vi siano esigenze di carattere pubblico da tutelare).

§ 7 . – Inseminazione artificiale eterologa e disconoscimento di paternità

Secondo taluni autori l'attitudine argomentativa del giurista potrebbe addirittura indurre a contraddire il senso letterale di una legge sulla base della sua *ratio*, sino a rovesciarne il significato normativo che si coglieva nel contesto originario. In questa prospettiva è interessante il seguente caso.

Una coppia sterile a causa della congenita impotenza di generare del marito, ricorre all'inseminazione artificiale eterologa. Il successo dell'intervento, avvenuto con il pieno consenso del marito, consente alla donna di avere un figlio. Negli anni successivi il marito avanza istanza di annullamento del matrimonio per *impotentia generandi* e promuove per la medesima ragione azione di disconoscimento di paternità ex art. 235 n. 2 c.c., sostenendo l'irrilevanza giuridica del consenso precedentemente accordato. La disposizione richiamata concede il diritto di esperire azione di disconoscimento del figlio nato durante il matrimonio "al marito che in quel periodo era affetto da impotenza, anche se soltanto di generare".

A tale pretesa si oppone la moglie, sostenendo che l'azione trova ostacolo nel consenso alla inseminazione prestato al marito. Il giudice di primo grado conclude per l'accoglimento delle istanze del marito sulla base della considerazione che la disposizione citata prevede, tra i presupposti dell'azione di disconoscimento, *l'impotentia generandi*, che in fatto sicuramente sussisteva. Il Tribunale va oltre l'argomento letterale e rileva che l'ordinamento non contempla alcun rapporto giuridico di filiazione svincolato dal presupposto di un corrispondente rapporto biologico di sangue. Segnala, inoltre, che non esiste nel nostro ordinamento una diversa disposizione che attribuisca al consenso all'inseminazione eterologa efficacia escludente l'azione del disconoscimento stesso e che quindi la formulazione dell'art. 235 c.c. corrisponde alla *volontà* del *legislatore* di tutelare la sola filiazione biologica.

Contro questa decisione la moglie propone ricorso alla Corte d'Appello di Brescia, sostenendo che la disciplina del rapporto di filiazione, originato da inseminazione artificiale eterologa, non avrebbe dovuto essere ricercata nell'angusto disposto dell'art. 235 c.c., inadatto a regolare una fattispecie non ipotizzabile al tempo dell'entrata in vigore della norma, ma avrebbe dovuto essere desunta, con lo strumento dell'interpretazione analogica, dai principi generali dell'istituto della filiazione civile. Le procedure adottive e quelle di inseminazione artificiali sarebbero l'espressione di un istituto, quello della *filiazione civile*, caratterizzato da una propria autonomia rispetto alla *filiazione biologica* tutelata dal codice civile. L'affinità tra le ipotesi di filiazione adottiva e filiazione inseminativa

deriverebbe dal ruolo del consenso come elemento costitutivo del rapporto giuridico, in contrapposizione al fattore biologico caratterizzante la filiazione naturale. La Corte d'Appello rileva la diversità del ruolo assunto dal consenso nelle due fattispecie: nell'una è volto a dare una famiglia al minore in stato di abbandono - con intervento dell'autorità giudiziaria - , nell'altra a dare un figlio naturale a chi lo desidera. Le due fattispecie, pertanto, non sarebbero assimilabili, stante la assoluta diversità degli elementi costitutivi; né tantomeno riconoscibili quali espressione di un principio comune. Piuttosto, osserva la Corte, nell'attuale quadro normativo il fattore biologico è l'unico fondamento giuridicamente rilevante del rapporto di filiazione. Il giudice ordinario che rifiutasse il disconoscimento al marito consenziente all'inseminazione, introdurrebbe una limitazione non prevista al *favor veritatis*, introducendo un nuovo principio, quello del *favor affectionis*, non previsto dal legislatore. Né può obiettarsi - prosegue la Corte - che la volontà legislativa di tutelare la sola filiazione biologica sia riferita ad un legislatore che, per ovvie ragioni cronologiche, ignorava le tecniche di fecondazione artificiale, posto che queste tecniche erano note sin dagli anni 1951. In particolare erano già diffuse nel 1975, quando il legislatore intervenne incisivamente sulla disciplina del diritto di famiglia, e lasciò invariato il testo dell'art. 235 c.c., implicitamente confermando la volontà di riconoscere a fondamento dell'istituto della filiazione il solo legame biologico.

Contro la sentenza di appello la moglie promuove ricorso alla Corte di Cassazione, che con sentenza 16 marzo 1999 n. 2315, accoglie i motivi di ricorso. L'art. 235 c.c. si afferma, era approvato in un'epoca in cui la procreazione esige il rapporto fisico tra uomo e donna: in occasione della riforma, il legislatore non è andato oltre una revisione puramente terminologica della disposizione, mantenendo ferma l'elencazione tassativa. La riproduzione della precedente formulazione dell'articolo non può essere interpretata quale manifestazione implicita della volontà del legislatore di applicare quella disposizione al caso di fecondazione artificiale: tanto è dimostrato dal rilievo che la norma consente il disconoscimento anche nel caso della sola *impotenza coeundi* del marito. Un'interpretazione strettamente *letterale* della norma, quindi, consentirebbe il disconoscimento anche al marito che avesse prestato il proprio consenso per un intervento di fecondazione omologa, negando così la condizione di figlio legittimo al figlio geneticamente appartenente alla coppia.

Questo argomento (di *logica interna*) dimostra che l'applicazione esegetica della disposizione potrebbe fondare il disconoscimento da parte del padre biologico, in contrasto con gli stessi principi generali dettati in materia di filiazione biologica. Il successivo ripensamento del marito non è quindi

riconducibile alla *ratio* dell'azione di disconoscimento: il *favor veritatis* non è un valore assoluto e incondizionato, espressione di un'esigenza pubblicistica dell'ordinamento, ma mira a difendere la posizione di quei soggetti ai quali soltanto è demandata la valutazione comparativa delle due situazioni in conflitto, la decisione di optare per l'una o per l'altra. Il marito che presta il proprio consenso, anticipa a quel momento quella valutazione attraverso il compimento di un atto giuridico con effetti, per propria natura, "irreversibili". Ne consegue che l'articolo non è applicabile al caso di fecondazione: è una lacuna. Esclusa l'applicazione diretta dell'art. 235 c.c. al caso, la Corte nega anche la possibilità di estendere la portata del disposto per via analogica. Tale interpretazione postula, come sostenuto nel giudizio di secondo grado, una omogeneità di elementi essenziali ed una identità di *ratio* assenti caso in questione. I giudici di Cassazione dimostrano così l'esistenza di una lacuna del diritto. Peraltro la regola da applicare alla fattispecie non è rinvenibile in alcuna disciplina analoga (*analogia legis*), posto che natura e finalità dell'adozione sono profondamente diverse da quelle che caratterizzano le tecniche di fecondazione artificiale. La Corte di Cassazione ricorre dunque ai principi generali dell'ordinamento (*analogia iuris*), segnatamente a quei doveri generali di lealtà, buona fede e correttezza che, nei rapporti di famiglia, assumono il significato di solidarietà e reciproco affidamento. La scelta in favore della paternità presunta è quindi elemento costitutivo della fattispecie attributiva dello *status*, con effetti irreversibili. Per tali ragioni la Corte conclude per l'annullamento della sentenza d'Appello che accoglieva la domanda di disconoscimento del padre.

La vicenda è interessante proprio per la chiarezza con la quale vengono posti in evidenza i vincoli che hanno guidato lo sviluppo del discorso giuridico. E' anzi la ragione per cui si è ritenuto utile, in questa sede, riportare il caso con tanta ricchezza di particolari. Si è visto come, nella ricerca della *ratio legis*, concorrono una serie di valutazioni, che vanno dalla ricostruzione del contesto socio-politico in cui l'articolo fu approvato (volontà del legislatore *storico*), alla comparazione del fatto con discipline di fattispecie analoghe (es. adozione), alla analisi infine dei principi fondamentali dell'istituto della famiglia, e più in generale dei rapporti interpersonali del diritto privato (tutela dei minori, diritto del minore ad una famiglia, principio di buona fede, etc.). La decisione non è esente neppure da considerazioni di ordine sociologico, o di politica giudiziaria, volte ad una valutazione delle conseguenze, in termini di impatto sociale, derivanti dalla propria pronuncia. Si pensi alla preoccupazione di non incoraggiare una deresponsabilizzazione dei mariti che avessero prestato il proprio consenso, privando così definitivamente un bambino della possibilità di avere un padre.

Ma tutte queste riflessioni vengono *rigorosamente* sviluppate secondo argomenti giuridici pervenendo così all'applicazione di quella che sin da principio appariva, almeno all'opinione pubblica, la soluzione più aderente alla giustizia del caso e che, invece, i giudici di merito avevano ritenuto loro impedita per l'asserita mancanza di fondate ragioni di diritto.

Il rigore processuale del contraddittorio vincola il giudice, in ogni momento, alla ricerca di una soluzione coerente col sistema giuridico. Ed è vero che l'interprete può giungere a superare il senso letterale del testo, rovesciando il significato normativo che si coglieva nel contesto originario, ma solo sulla base di solide ragioni di diritto. In questa prospettiva l'individuazione della norma nel caso concreto ripropone la discussione, tipica del momento normativo, sui fondamenti ideologici, sui valori: ciò perché l'attività dell'interprete è sempre legata a fatti e circostanze particolari, in quanto umani sempre nuovi e diversi. I meccanismi argomentativi garantiscono però razionalità nella valutazione dei valori discussi o coinvolti, costringendo gli interlocutori a distinguere il momento ideologico da quello tecnico, i fini dai mezzi, l'interesse personale da quello collettivo. Sono criteri che aumentano la probabilità che in una discussione venga trovato un risultato corretto e suscettibile di essere *controllato*, attraverso la motivazione e la pubblicità della decisione, dalla società.

Per comodità di lettura si riporta la parte motiva della sentenza oggetto di scrutinio:

“La tesi sviluppata in via principale dalla Pizzetti e dal Curatore è fondata, sulla scorta e nei limiti delle osservazioni appresso svolte. La Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 347 del 26 settembre 1998, ha dichiarato inammissibile, perché irrilevante, la questione sollevata dal Tribunale di Napoli, affermando che la norma denunciata, in quanto "riguarda esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino", non disciplina quella sostanzialmente diversa del figlio nato da fecondazione assistita. Tale enunciato è da condividersi, nel senso di negare che la normativa del disconoscimento di paternità ex art. 235 cod. civ. sia direttamente riferibile al caso d'inseminazione artificiale oggetto della controversia.

Detto art. 235, nel testo iniziale, è stato approvato in un'epoca in cui il fatto procreativo esigeva indefettibilmente il rapporto carnale fra uomo e donna, e, quindi, se si verificava nel corso del vincolo coniugale, ma senza la partecipazione del marito, era necessariamente imputabile all'adulterio della moglie, con violazione del dovere di fedeltà.

L'elencazione, in quell'originario testo, dei tassativi casi di attribuzione al marito dell'azione di disconoscimento si appalesa del tutto in

linea con la situazione del tempo della formulazione della norma codicistica, sia quando si contemplano ipotesi di consistente sospetto di concepimento del figlio per comportamenti infedeli della moglie (con l'ammissione del marito ad ampia dimostrazione negativa della paternità), quali l'adulterio e l'occultamento della gravidanza e della nascita, sia quando si contemplano ipotesi di presuntiva riferibilità del concepimento medesimo a relazione extraconiugale, quali il difetto di coabitazione e la impotentia generandi o coeundi del marito.

Alla data della riforma del diritto di famiglia, di cui alla legge 19 maggio 1975 n. 151, era già stata "scoperta" ed era in atto la fecondazione dell'ovulo della donna in forma assistita, senza rapporto sessuale, con intervento chirurgico costituito dall'introduzione di seme maschile, nella duplice forma dell'inseminazione omologa od eterologa, a seconda che ci si avvalga dello sperma del marito o di un terzo donatore. Nonostante la diffusione della nuova pratica, prevalentemente utilizzata al fine di assicurare un figlio alla coppia sterile per impotenza del marito, nonostante il vivace dibattito insorto sulla liceità di essa (anche sotto l'aspetto morale), e le sollecitazioni emerse nel corso dei lavori parlamentari (fra l'altro, con la proposta governativa di negare il disconoscimento della paternità al marito consenziente), l'art. 93 della legge del 1975, nel riscrivere l'art. 235 cod. civ., non è andato oltre una revisione terminologica ed un'opportuna unificazione delle ipotesi in cui sia mancata la coabitazione dei coniugi, mentre ha nella sostanza mantenuto ferma detta elencazione tassativa, continuando in particolare ad autorizzare il disconoscimento per impotenza del marito in entrambe le manifestazioni dell'impotenza stessa dinanzi ricordate. In questa riformulazione "conservativa" non può essere colto l'intento del legislatore di non occuparsi esplicitamente della fecondazione artificiale (così evitando di prendere posizione sul dibattito in corso) nel presupposto dell'applicabilità ad essa de plano delle disposizioni sul disconoscimento della paternità. A tale risultato ermeneutico è d'impedimento la circostanza che l'inseminazione artificiale non è adulterio della moglie, esprimendo anzi un progetto di maternità basato proprio sul rifiuto di ricorrere all'infedeltà coniugale per procreare; può trovare movente nell'incapacità del marito, ma non necessariamente si correla alla stessa, essendo riferibile anche a ragioni diverse, quali l'età o le condizioni di salute del marito medesimo, con i connessi rischi di trasmissioni genetiche sfavorevoli. Peraltro, la tesi dell'implicita inclusione della fecondazione assistita nel caso dell'impotenza del marito è contrastata dal rilievo che la norma a quest'ultima inerente, cioè il n. 2 del primo comma dell'art. 235 cod. civ., comprende anche la sola impotenza al coito; la tesi medesima, in

carenza di una disciplina che differenzi le due ipotesi d'inseminazione, approderebbe all'aberrante risultato, sicuramente non in linea con lo spirito della riforma del 1975, di permettere il disconoscimento pure del figlio nato con il seme del marito affetto da detto tipo d'impotenza (inseminazione omologa), e quindi di negare la condizione di figlio legittimo proprio a chi sia per scientifica certezza frutto della coppia. Acclaratosi che l'inseminazione, globalmente intesa, non rientra in via immediata e diretta nelle previsioni dell'art. 235 nuovo testo cod. civ., e così esclusosi che il silenzio della riforma del 1975 sia fondato sulla sottintesa premessa dell'attitudine di quelle previsioni a disciplinare in modo completo il sopravvenuto ritrovato della medicina, resta da vedere se la fecondazione assistita di tipo eterologo, che usufruisce del seme altrui e che è caratterizzata da certezza (con pari rigore scientifico) della non imputabilità del concepimento al marito, possa ricadere, ove effettuata (come pacificamente nella specie) con il preventivo, libero e valido consenso del marito, nell'ambito del disconoscimento per impotenza, sulla scorta di un'interpretazione estensiva o di un'applicazione analogica di detto n. 2 del primo comma dell'art. 235 cod. civ. oltre i casi espressamente regolati. Tale interpretazione od applicazione, come puntualmente avvertito dalla "Corte costituzionale con la menzionata sentenza del 1998, postula, per non tradursi in un'arbitraria supplenza in compiti riservati al legislatore, la "omogeneità di elementi essenziali e la identità di ratio". Detti presupposti, salvo il quesito della loro eventuale individuabilità rispetto all'inseminazione eterologa che la moglie abbia praticato all'insaputa del marito, o contro la sua volontà, o con un suo consenso invalido (problematica estranea al tema della causa), non sono ravvisabili quando l'inseminazione stessa sia stata concordata dai coniugi con decisioni convergenti e consapevoli. A questa affermazione inducono la natura dell'azione di disconoscimento, la consistenza degli interessi alla cui protezione essa è rivolta, i precetti degli artt. 2,30 e 31 della Costituzione, ed i canoni generali dell'ordinamento sul dovere di lealtà nei rapporti intersoggettivi.

Sotto il primo di detti profili, va osservato che la domanda di disconoscimento, indirizzata a privare il figlio concepito durante il matrimonio della presuntiva condizione di frutto legittimo di entrambi i coniugi, per il tramite della dimostrazione di specifici fatti idonei ad evidenziarne la non rispondenza a realtà, integra azione di accertamento di tipo costitutivo, in quanto configura esercizio del diritto potestativo di ottenere dal giudice una pronuncia che modifichi la situazione giuridica in atto, rimuovendo con effetti retroattivi uno status che sussiste e persiste fino a che la domanda stessa non sia proposta ed accolta.

L'azione di accertamento costitutivo, in assenza di una diversa (ed eccezionale) previsione, non può spettare proprio al soggetto che abbia posto in essere o concorso a porre in essere, con atti o comportamenti non vietati dalla legge, la situazione giuridica per la cui modificazione è apprestata. **Il principio è espressione del criterio generale secondo cui l'azione è strumento di tutela di posizioni soggettive (art. 24 della Costituzione), cioè mezzo per reagire contro un'aggressione in corso o potenziale da altri commessa o minacciata; l'azione medesima, ove fosse attribuita, per rimuovere o modificare giudizialmente un rapporto, al soggetto che lo ha liberamente determinato, si tradurrebbe in un'iniziativa contro lo stesso titolare, non conosciuta dall'ordinamento, e comunque estranea al diritto di difesa, quando non venga in discussione la validità dell'atto volitivo.**

La regola trova numerose esplicitazioni nel campo dei rapporti patrimoniali (basta ricordare le disposizioni degli artt. 1441, 1447 e 1453 cod. civ. in tema di annullamento, rescissione o risoluzione del contratto), ma deve considerarsi immanente anche nel settore dei diritti personali ed indisponibili, potendosi chiedere al giudice l'accertamento dell'esistenza dei diritti stessi e la rimozione degli effetti di atti di disposizione viziati, non il mutamento dell'assetto in precedenza provocato con atti o comportamenti permessi dall'ordinamento.

L'indisponibilità dei diritti inerenti alla persona, in altre parole, rende insensibili le azioni previste a loro tutela a fronte di scelte abdicative non consentite, non di scelte legittime, di contenuto tale da elidere i presupposti e le basi logiche dell'insorgenza delle azioni stesse. In relazione al secondo profilo, quello riguardante gli interessi protetti, va rilevato che l'azione di disconoscimento della paternità compete al marito, alla madre ed al figlio, cioè ai tre protagonisti della vicenda procreativa ricadente nella presunzione di legittimità ancorata al dato temporale del concepimento durante il matrimonio; non spetta a terzi, e nemmeno al pubblico ministero. Tale ristretto ambito di titolarità dell'azione, coordinato con la tassatività dei casi in cui è esercitabile e con i brevi termini di decadenza all'uopo stabiliti (art. 244 cod. civ.), indica che la preferenza e prevalenza della realtà sulla presunzione non sono incondizionate, non rispondono ad un'esigenza pubblicistica, ma mirano a difendere esclusivamente le posizioni di quei soggetti, ai quali soltanto è demandata la valutazione comparativa delle due situazioni in conflitto e la decisione di optare per l'una o l'altra, facendo emergere la verità, ovvero mantenendo la fictio iuris della paternità presunta.

Il marito, concordando ed attuando con la moglie la fecondazione

eterologa, effettua e consuma detta valutazione e detta opzione. Un successivo ripensamento, a prescindere da apprezzamenti di ordine etico, difetta della ratio su cui si fonda l'azione di disconoscimento, perché rinnega, una scelta già espressa con l'assunzione di una paternità presunta nonostante la piena contezza della sua non rispondenza alla paternità biologica. Detto ripensamento, del resto, ove ammissibile, sfuggirebbe a limitazioni, e dunque tradirebbe le finalità per le quali il disconoscimento è contemplato, perché assegnerebbe al marito un *quid pluris* rispetto all'alternativa sopra evidenziata, vale a dire l'anomala licenza di rivedere la propria anteriore decisione, anche se siano rimasti fermi tutti i dati a suo tempo noti ed apprezzati, ovvero siano sopravvenute circostanze non certo meritevoli di tutela in pregiudizio del bambino già nato (quali il dissidio con il coniuge, il superamento dell'impotenza, o l'insoddisfazione per il frutto dell'inseminazione). Se il parametro della predominanza del *favor veritatis* dovesse avere forza tale da permettere al marito un contegno "ondivago", con l'esercizio dell'azione di disconoscimento anche dopo una meditata (o probabilmente sofferta) decisione di aderire all'intento della moglie di praticare la fecondazione assistita, si dovrebbe pervenire, in via generale, ad ammettere la rivedibilità di ogni scelta, solo perché divergente dalla realtà, consentendo ad esempio pure la possibilità del marito, vittorioso nel giudizio di disconoscimento, di rivendicare successivamente la qualità di padre del minore in precedenza disconosciuto, deducendo e dimostrando fatti contrari a quelli anteriormente allegati; l'illogicità di tale risultato conferma che l'azione di disconoscimento non può competere solo perché vi sia una verità difforme dalla presunzione legale, richiedendosi la concorrente presenza delle specifiche circostanze fattuali delineate dall'art. 235 cod. civ. e delle esigenze e finalità in funzione delle quali le circostanze stesse si appalesano giustificative della rimozione dello status determinato da quella presunzione.

Il "bene - verità", quindi, in tema di disconoscimento, ha una priorità non assoluta, ma relativa, in quanto può prevalere per effetto di una valutazione preferenziale effettuata dagli interessati, dovendo invece definitivamente cedere il passo al "bene - presunzione" dopo un'opzione di segno opposto (situazione del resto contemplata nella "vicina" materia del riconoscimento del figlio naturale ai sensi dell'art. 250 cod. civ.). Le citate disposizioni costituzionali eliminano poi, in senso negativo, ogni residuo dubbio sulla possibilità di estendere od applicare in via analogica l'art. 235 cod. civ. alla fattispecie in esame.

Tali disposizioni, attinenti alla protezione dei diritti inviolabili della persona, ed in particolare del minore, nella società e nel nucleo familiare in

cui si trovi collocato per scelta altrui, sono le linee guida che devono orientare, come considerato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 347 del 1998, non solo il legislatore ordinario, ove colmi la lacuna attualmente esistente nell'ordinamento in materia di fecondazione assistita, ma anche l'interprete, in sede di "ricerca nel complessivo sistema normativo dell'esegesi idonea ad assicurare il rispetto della dignità della persona umana".

L'attribuzione dell'azione di disconoscimento al marito, anche, quando abbia a suo tempo prestato assenso alla fecondazione artificiale della moglie con seme altrui, priverebbe il bambino, nato anche per effetto di tale assenso, di una delle due figure genitoriali, e del connesso apporto affettivo ed assistenziale, trasformandolo per atto del giudice in "figlio di nessun padre", stante l'insuperabile impossibilità di ricercare ed accertare la reale paternità a fronte del programmato impiego di seme di provenienza ignota.

La nascita di tale figlio senza padre può essere subita dall'ordinamento, ove discenda da vicende di vita non controllabili, non più emendabili. La norma che permettesse detta condizione, per mezzo di una statuizione giudiziale resa proprio su istanza del soggetto che abbia determinato o concorso a determinare la nascita con il personale impegno di svolgere il ruolo di padre, eluderebbe i menzionati cardini dell'assetto costituzionale ed **il principio di solidarietà** cui gli stessi rispondono.

Il frutto dell'inseminazione, infatti, verrebbe a perdere il diritto di essere assistito, mantenuto e curato, da parte di chi si sia liberamente e coscientemente obbligato ad accoglierlo quale padre "di diritto", in ossequio ad un parametro di prevalenza del favor veritatis, che è privo, come si è detto, di valore assoluto, e non può comunque compromettere posizioni dotate di tutela prioritaria. Il sacrificio del favor veritatis, a fronte di libere determinazioni dell'adulto che incidano sullo status del minore è del resto regola portante dell'adozione legittimante, ove la decisione degli adottanti di acquisire una veste genitoriale "legale", non coincidente con la maternità e la paternità effettive, è irrevocabile; la diversità del relativo istituto, esattamente sottolineata dalla Corte di Brescia, non preclude di cogliere nella disciplina dell'adozione la conferma della presenza nell'ordinamento di un canone d'irreversibilità degli effetti degli atti determinativi dello status della persona rispetto allo stesso soggetto che li abbia compiuti (con volontà non affetta da vizi). Infine, va considerato che buona fede, correttezza e lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali, non circoscritti agli atti o contratti per i quali sono richiamate da specifiche disposizioni di legge; questi doveri, nella particolare materia dei rapporti di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento.

L'ammissione del disconoscimento della paternità, rispetto al frutto dell'inseminazione artificiale eterologa voluta da entrambi i coniugi, entrerebbe in evidente conflitto con quei doveri, e comunque porterebbe a ravvisare nell'art. 235 cod. civ. una plateale deroga, perché, come si è rilevato, determinerebbe l'esperibilità della relativa azione indipendentemente dalla ragione del ripensamento, e quindi anche per motivi pretestuosi e non degni di tutela. Conclusivamente, si deve affermare che il marito, dopo aver validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto, non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione”.

Per completezza va riferito che ne 2004 il legislatore è intervenuto in materia con l'art. 9 l. 40/2004 il quale in tema di disconoscimento della paternità ha statuito che: *“Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice”*.

§ 8. - Conclusioni

A fronte delle complesse problematiche innanzi illustrate non si può che concludere con un auspicio: come nel secolo scorso si è compiuto lo sforzo di adeguare vecchie categorie prima al nuovo contesto costituzionale e poi alla realtà dell'esperienza comunitaria, oggi si attende dai giuristi un'ulteriore misura di coraggio – superando così quella naturale tendenza dell'uomo, ben spiegata dal filosofo Hery Bergson, a non comprendere il nuovo come tale se non dopo che ha tentato di tutto per riportarlo all'antico -

nella consapevolezza che:

a) siamo ormai passati dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge il quale deve essere consapevole nello svolgere il suo ruolo di non essere più il giurista recettore ma il giurista tessitore;

b) di fronte alle indistricabili aporie del diritto moderno, occorre recuperare la complessità del diritto, non più ridotto a mera equazione della legge ma (ri)scoperto, ri-conosciuto, nella sua dimensione di “ordinamento”, ovvero dell'atto di ‘ordinare’, mettere ordine, dove ordine significa “rispetto della complessità e della pluralità del reale”.⁵⁶

⁵⁶ E qui va richiamato l'insegnamento di San Tommaso, che definiva l'essentia legis' come “un ordinamento della ragione rivolto al bene comune proclamato da colui che ha il governo di una comunità”. Nell'accezione tomistica di legge la dimensione soggettiva cede il passo, quindi, alla dimensione oggettiva. “Non è rilevante tanto il suo soggetto emanatore quanto il suo obbiettivo contenuto: che è doppiamente precisato; consiste in un ordinamento, ordinamento esclusivamente demandato alla ragione. (...) Ordinare è infatti una attività vincolata, giacchè significa prendere atto di un ordine obbiettivo preesistente e non eludibile entro il quale inserire il contenuto della lex”. Il contenuto della lex - ove la “dimensione conoscitiva sicuramente [è] prevalente su quella volitiva” - appare innanzitutto come lettura del reale e deve corrispondere a un modello di ragionevolezza che “né il Principe né il popolo né il ceto dei giuristi creano ma sono chiamati semplicemente a scoprire nella ontologia del creato”. Secondo la cifra interpretativa tomistica, l'ordine va quindi inteso come “unità che armonizza ma rispetta le diversità” e “esse unum secundum ordinem, non est esse unum simpliciter”: l'unità realizzata mediante l'ordine non è mai l'unità semplice.