

Francesco Astone\*

*Interpretazione della legge e attuazione costituzionale*

1. L'uso alternativo del diritto: attualità di un'idea

Trascorsi ormai cinquant'anni dal convegno sull'uso alternativo del diritto, la cultura civilistica contemporanea continua – in modo più o meno consapevole – in realtà a confrontarsi con le medesime questioni di fondo che quella stagione ha sollevato. La discussione s'incentra, in apparenza, sulla teoria dell'interpretazione, intesa come questione di natura meramente 'tecnica', oggetto di disciplina legislativa e volta alla ricerca del significato della singola disposizione normativa, ma il problema – oggi rimane al centro del dibattito – è ancora rappresentato dall'attuazione della Costituzione<sup>1</sup>.

È questo un aspetto su cui, nonostante i risultati raggiunti, in larga parte attraverso l'opera della Corte costituzionale, in altra parte attraverso riforme legislative, non è possibile abbassare l'attenzione. L'attuazione della Costituzione non può essere intesa alla stregua di una meta che sia possibile raggiungere definitivamente o comunque ragionevolmente avvicinare: in un sistema pluralistico – quale è, appunto, il nostro sistema costituzionale – i valori sono per definizione in continuo divenire e dunque l'attuazione è essa stessa un percorso a cui l'intera collettività ed i giuristi tutti, che dovrebbero orientarla, sono chiamati a partecipare.

Eppure, la dottrina civilistica contemporanea sembra oggi distante dalle tensioni di allora. Si muove ancora – almeno in larga prevalenza – dall'idea del diritto come fenomeno retto da regole che nel loro insieme rispondono ad un sistema di concetti organico e coerente, quale scandito dall'ordine legislativo, che è, ancora, il Codice civile. Con quel sistema, gli interpreti non sono ammessi ad interferire e devono limitarsi a dedurre la soluzione del caso da esso espressamente dettata (secondo le indicazioni dell'art. 12, comma 1, Preleggi) o comunque dedotta in modo coerente con i suoi fondamenti (secondo le indicazioni dell'art. 12, comma 2, Preleggi)<sup>2</sup>.

\* *francesco.astone@unifg.it*, Professore Ordinario di Diritto Civile, Università di Foggia – Dipartimento di Giurisprudenza.

1 P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, e II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Roma-Bari, 1973, su cui anche *L'uso alternativo del diritto (il convegno catanese cinquant'anni dopo)*, Roma, 16 dicembre 2022, 27 gennaio, 16 febbraio e 24 marzo 2023, su <https://www.radioradicale.it/scheda/688768/luso-alternativo-del-diritto-il-convegno-catanese-cinquantanni-dopo-diritto>). Sul clima culturale di quegli anni, P. Grossi, *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno*, Milano, Giuffrè, 2021, spec. 26 ss.

2 Delle diverse correnti contemporanee è qui impossibile fornire un quadro minimamente esaustivo. Conviene pertanto limitare i richiami al giudizio critico dello storico che maggiormente si è dedicato al tema. P. Grossi, *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno*, op. cit.

La Costituzione è, naturalmente, presente nei discorsi dei giuristi, ma essenzialmente per sottolineare che l'attuazione di essa è rimessa, in ogni caso, al legislatore, che nessun sindacato diffuso può essere ammesso e che la stessa dottrina dell'interpretazione costituzionalmente orientata non può implicare alcuna forma di attuazione dei valori costituzionali direttamente ad opera del giudice di merito, senza mediazione legislativa di sorta. È noto, al riguardo, che anche talune significative aperture della Corte costituzionale hanno incontrato riserve da parte della dottrina prevalente<sup>3</sup>.

Di fronte a questi orientamenti, sembra importante ribadire – e questo era probabilmente uno dei portati più significativi del convegno di allora – che l'interpretazione della legge non può intendersi come procedimento ‘tecnico’, integralmente regolato dall'art. 12 Preleggi (norma della quale, anzi, si dovrebbe senza remore fornire una lettura consapevole del sistema da essa presupposto e capace di indicare il significato del tutto marginale) ed ammette invece esiti diversi tra loro, in diverso rapporto con i valori costituzionali, tali per cui il ruolo politico dell'interprete, comunque tenuto a recepire il significato più coerente con essi, non può essere posto in discussione<sup>4</sup>.

L'attuazione della Costituzione – il semplice sollevare il problema, assumere che non possa dirsi ancora operata e che, in ragione della natura dinamica dei valori da perseguire, vada continuamente rinnovata – ha, di per sé, un chiaro significato politico: si tratta di incidere in profondità sul modello sociale, sulle relazioni tra i singoli, sul rapporto tra i singoli e lo Stato, su tutto ciò che, in altri termini, riconduciamo alla politica. Uguale dimensione politica hanno i modi di realizzarla, le figure legittimate ad intervenire e gli strumenti posti a loro disposizione: si discute di modi diversi di intendere l'ordinamento giuridico nel suo complesso (l'ordinamento pluralista della Costituzione, proteso ad includere realtà diverse, tutte ugualmente garantite nei limiti in cui risultino utili al fine di svolgere la personalità dei singoli) e lo stesso concetto di diritto (non più identificabile con il dato posto dal legislatore a prescindere dalla mediazione dell'interprete).

Il problema di fondo rimane comunque il ruolo concreto che all'interprete voglia riconoscersi. Una delle novità principali dei discorsi sull'uso alternativo era

3 Critiche aspre sono state riservate, in particolare, a Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2014, 3767, con nota di F. Astone, ed in molteplici altri periodici, nonché altre pronunce, richiamate nella motivazione di quest'ultima, tra cui Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296; Cass., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, 2985; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85; Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929.

4 N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Iustitia*, 2019, 49 ss.; Id., *Vivere il diritto*, ESI, Napoli, 2023, 93: “dire apolitica l'operazione interpretativa del giurista significa solo riconoscere che essa è [...] politica in modo conforme all'ordinamento in quel momento dominante”; P. Barcellona, *Introduzione*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo*, op. cit. In particolare, cit., XVI: le categorie giuridiche “presentate come elaborazioni concettuali indipendenti [...], finiscono con l'essere uno strumento per la valorizzazione dei rapporti di poteri esistenti, finiscono, cioè, per valorizzare la realtà [...] impedendo di fare qualsiasi critica del modello di sviluppo sociale”.

rappresentata proprio dal tentativo di intendere in modo diverso quel ruolo, la cui dimensione politica non si voleva ulteriormente celare. E forse è questo l'aspetto che oggi in molti considerano del tutto tramontato: si tende a rifiutare l'idea che all'interprete competa un ruolo (non neutrale, bensì) politico che – opacizzato o meno che sia in favore del dato 'tecnico' – rimane costantemente sotteso a tutti i motivi che animano la discussione contemporanea sull'interpretazione, sulle fonti, sulle categorie e sul modo di intendere il diritto, il fenomeno giuridico, il modo di porsi del giurista di fronte alla società.

## 2. Le diverse tendenze della civilistica contemporanea ed i suoi contrasti

Si diceva delle diverse correnti che attraversano la civilistica contemporanea e della tendenza – difficile dire se effettivamente prevalente o meno – a risolvere le questioni interpretative su base prettamente 'tecnica' e 'a-valoriale'. Per assicurare questa dimensione interpretativa, sarebbe sufficiente rimanere al tradizionale paradigma del fenomeno giuridico articolato in base alla fattispecie ed all'effetto: la fattispecie concreta deve essere ricondotta ad una fattispecie normativa e gli effetti da ricondurre ad essa sono appunto quelli scanditi dalla norma stessa<sup>5</sup>. La vicenda umana – il 'caso', se si preferisce – viene così standardizzata e ricondotta ad una norma in modo diretto, normalmente senza particolari difficoltà, e la disciplina si rinviene nella norma in esame. Una questione costituzionale si porrebbe unicamente quando la soluzione imposta dalla disposizione di legge – o comunque, nessuna delle soluzioni consentite dalla disposizione di legge intesa secondo le indicazioni dell'art. 12, comma 1, Preleggi – non sia compatibile con la Costituzione e in questo caso il giudice non potrebbe far altro che rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Se invece la standardizzazione non consentisse il richiamo diretto ad una disposizione di legge, l'interprete dovrebbe allora, sempre senza incontrare spazi di ampia discrezionalità, richiamare la norma di legge più prossima attraverso il ragionamento analogico di cui all'art. 12, comma 2, prima parte. I principi – non necessariamente i principi costituzionali, ma anche i principi costituzionali – potrebbero venire in gioco solo nel caso in cui all'art. 12, comma 2, seconda parte, si debba necessariamente ricorrere. È dunque solo in quest'ultima residuale fase del procedimento interpretativo, che i principi costituzionali, o almeno alcuni di essi, potrebbero assumere un ruolo.

5 Proprio contro la fattispecie generale ed astratta si scagliava, del resto, P. Barcellona, *Introduzione*, cit., XVI, e v. ora N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, nonché F.D. Busnelli, "Quale futuro per le categorie del diritto civile", in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, e Id., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, ESI, Napoli, 1979, pp. 95 ss., nonché nella risposta di A. Gentili, "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", in *Riv. dir. civ.*, 2021, 621, e altri noti saggi, tra cui N. Irti, "La crisi della fattispecie", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 36 ss. e C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015.

Spesso si discute della misura della discrezionalità che il linguaggio della legge lascia all'interprete: s'incontrano, al riguardo, gradazioni diverse, fermo che tutti condividono la limitata discrezionalità che residua una volta considerati tutti i possibili diversi significati di ciascun enunciato normativo. Il senso di questi discorsi è appunto di sottolineare che nessun procedimento interpretativo può svolgersi in modo del tutto libero o arbitrario. E questo è quanto dovrebbe assicurare un sufficiente grado di certezza del diritto: le soluzioni possibili sono quelle che rimangono nel perimetro all'interno del quale, a livello semantico e sintattico, rientrano i significati linguisticamente corretti. Qualsiasi argomento interpretativo deve fermarsi all'interno di questo perimetro, inteso come confine sicuro, rigorosamente segnato, insuperabile dall'interprete. Diversamente, si darebbe luogo a fenomeni di c.d. 'creazionismo' interpretativo: giudici che si improvvisano legislatori e, senza alcuna legittimazione democratica (anzi rifiutando la soggezione alla legge di cui all'art. 101, comma 2, Cost. e violando il principio di legalità), dettano regole che arbitrariamente si vorrebbero imporre alla collettività<sup>6</sup>.

Sebbene si tratti di una ricostruzione lineare, la dottrina che la sostiene si mostra comunque consapevole delle gravi difficoltà che il discorso incontra.

Intanto, sebbene vi sia generale consapevolezza del fatto che l'analisi linguistica delle disposizioni normative restituisca più di un possibile significato, occorre riconoscere che a volte anche i significati delle parole più elementari si caricano di tensioni: 'madre', 'famiglia', 'persona', 'morte' sono esempi evidenti di parole che riflettono la travagliata evoluzione dei concetti che esprimono. Mentre altre formule – tradizionali e notissime, come buona fede, correttezza, ordine pubblico, buon costume ed anche *best interest of the child* – sono in realtà prive di un significato intrinseco e si prestano ad assumere qualsiasi significato che l'interprete decida di imporgli: è questa la vicenda, notissima, delle clausole generali che proprio negli anni Settanta hanno vissuto una parte importante della loro 'avventura', appunto grazie alla possibilità di veicolare, loro tramite, nuove regole e valori costituzionali nel sistema del diritto privato.

Tutto ciò – rispetto a chi avversi in modo assoluto il c.d. 'creazionismo giudiziario' (che è formula sul cui preciso significato occorrerebbero comunque ulteriori approfondimenti) – rappresenta comunque una difficoltà. E questo anche in ragione del fatto che non è chiaro fino a qual punto, il ricorso alle clausole generali, sostenuto o meno dal richiamo a principi costituzionali, possa effettivamente spingersi, rimanendo comunque all'interno del principio di legalità e dell'idea della sottoposizione del giudice alla legge.

A ben vedere, già quando si parla della soggezione del giudice alla 'legge' bisognerebbe intendersi: la Costituzione e così anche le norme sovranazionali di rango costituzionale, rientrano esse stesse nella nozione di 'legge' alla quale il giudice è sottoposto e se l'attuazione costituzionale è, come prima si diceva, un percorso in

6 Sono questi gli aspetti su cui insistono tutti gli scritti preoccupati dal 'creazionismo' giudiziario: v., ancora, A. Gentili, "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", 621, spec. 645; v. anche, ma in senso diverso, L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018, che si riferisce però ad una casistica diversa.

tensione verso un ideale in costante rinnovamento, tra i doveri che la soggezione alla legge implica, al centro di essi, vi è quello di orientare l'interpretazione a quell'ideale. In altri termini, il rispetto del principio di legalità non può esaurirsi nella considerazione della legge ordinaria.

Il riferimento alla complessità del sistema della fonti, e la necessità di costante considerazione del sistema costituzionale, denota ancora una volta, sotto diverso profilo, l'inadeguatezza dell'art 12, comma 1, Preleggi, che si coglie non solo laddove si esprime al singolare con riguardo al «significato» delle parole, ma anche nella sua parte iniziale, dove si riferisce al singolare anche alla «legge»: il presupposto è che ad ogni fattispecie sia riferibile una 'unica' legge, postulando così un ordinamento unitario, coeso, singolare anch'esso. E qui la distanza dalla realtà è ancora maggiore: l'ordinamento che l'art. 12 immaginava incentrato sul Codice civile è ormai un coacervo di fonti, tutte astrattamente riferibili alla medesima fattispecie, sicché l'interprete, prima ancora di porsi di fronte alla singola disposizione di legge da interpretare, deve se mai 'scegliere', tra le molteplici, quella che effettivamente voglia applicare.

Il carattere sovraordinato di tutte le disposizioni – nazionali e sovranazionali – di rango costituzionale impone peraltro di muovere anzitutto da queste ultime, che sono esse stesse, al pari delle altre, ed anzi più ancora di tutte le altre, 'legge' alla quale i magistrati, e con loro tutti gli interpreti del diritto, sono soggetti. E dunque il sistema dell'art. 12 Preleggi viene scardinato sia nel suo primo comma, perché il linguaggio delle norme costituzionali è quello che, per definizione, offre una pluralità di risposte, sia nel suo secondo comma, perché l'analogia potrà difficilmente funzionare in un sistema normativo aperto, quale è appunto quello delle norme sovranazionali di rango costituzionale<sup>7</sup>.

Si torna così, anche attraverso questa via, al problema dell'attuazione costituzionale: il giudice ordinario dovrebbe muovere dal sistema di valori e dal modello sociale che la Costituzione promuove e, rispetto ad esso, dovrebbe valutare tanto le concrete fattispecie che le vicende umane propongono, quanto le singole disposizioni della legge. Il sistema dei valori costituzionali deve dunque essere direttamente posto a confronto con il caso concreto o comunque può agevolmente essere recepito dal sistema attraverso le clausole generali, il cui contenuto può essere determinato recependo quei valori.

In un simile contesto, la fattispecie – intesa come standardizzazione di vicende anche molto diverse tra loro – tende a perdere la sua centralità e così pure le regole ordinarie, che, quand'anche di carattere imperativo (si pensi a materie come la causa o la forma del contratto o ancora, in un ambito diverso, la prescrizione), rischiano continuamente di essere scavalcate, e rese così inoperative, dalla necessaria applicazione delle regole costituzionali, realizzata attraverso le clausole generali o comunque operata senz'altro in via diretta.

7 Il tema relativo alla pluralità delle fonti, e dunque alla necessità di provvedere anzitutto alla selezione delle possibili fonti di riferimento che l'interprete è chiamato ad applicare, è da tempo sottolineato da N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, 27.

Il contrasto tra i due diversi approcci al tema dell'interpretazione non potrebbe, pertanto, essere più profondo: da tutte le parti si insiste sul necessario rispetto del principio di legalità, ma ci si divide subito sulla nozione di 'legalità' da considerare. Il convegno catanese voleva appunto sottolineare la centralità di questa dimensione del problema e la formula della legalità costituzionale ha rappresentato – a partire dagli anni Settanta – un punto di riferimento per l'intera civilistica italiana, che tuttavia è rimasta in larga parte legata a modelli dogmatici, ai quali è tuttora ferma larghissima parte della manualistica. Discutere di interpretazione oggi significa dunque discutere essenzialmente di questi temi, di fronte ai quali anche la giurisprudenza non riesce a rispondere in modo unitario: alcuni spunti di grande suggestione continuano a venire dalla Corte costituzionale, che tuttavia la giurisprudenza civile non sempre mostra di voler recepire ed in alcuni casi sembra rivendicare chiavi di lettura dell'ordinamento che da quegli spunti si pongono – volutamente e consapevolmente – a grande distanza.

### 3. L'interpretazione costituzionalmente orientata e il limite rappresentato dal testo della legge ordinaria

L'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe rappresentare un argine ai tentativi di riportare l'art. 12 Preleggi al centro dell'attenzione, di intendere la norma come un dato capace di preesistere all'interazione con l'interprete, insistendo sulla fattispecie e lasciando sullo sfondo i valori che le clausole generali possono veicolare sul sistema.

Già il presupposto del discorso – la pluralità delle interpretazioni possibili, la necessità di operare delle scelte – vale a demolire l'idea dell'unico possibile significato delle parole: si deve prendere atto dell'esistenza di plurimi significati, tutti ugualmente legittimi, rispetto ai quali il giudice deve operare in modo 'orientato' dalla Costituzione. Si supera così, anche, l'idea del giudice neutrale, chiamato ad agire come un burocrate disimpegnato: la soggezione alla legge è, come si diceva, soggezione alla Costituzione e le possibili alternative devono essere sciolte nel senso maggiormente coeso all'attuazione di quest'ultima<sup>8</sup>.

Sotto questo profilo, sono di grande interesse alcune decisioni utili a comprendere come la Corte costituzionale intenda il limite che il testo della norma dovrebbe rappresentare rispetto all'attività interpretativa e quindi la cerchia dei significati che quest'ultimo si presta ad esprimere, oltre i quali nessuna correzione interpretativa sarebbe ulteriormente percorribile e l'unica possibile soluzione sarebbe quella di sollevare la questione di costituzionalità. Alcune decisioni dimostrano che, senza necessità di sollevare la questione di costituzionalità, siano possibili letture di

8 Per una ricostruzione dei diversi orientamenti della Corte costituzionale in materia di interpretazione costituzionalmente orientata, G. Parodi, "Interpretazione conforme a costituzione e diritto vivente", in *Giur. cost.*, 2023, pp. 2883 ss., nonché, in particolare, M. Luciani, voce "Interpretazione conforme a costituzione", in *Enc. dir.*, Annali, IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss.

singole disposizioni e dell'intero sistema in cui esse si inseriscono coese con il modello che la Costituzione si propone di realizzare. L'ordine giudiziario dovrebbe senz'altro procedere in questa direzione.

Una decisione che può effettivamente ritenersi esemplare è quella che ha ritenuto il testo dell'art. 27, 3° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184 (l'originaria «[d]isciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», ora denominata «[d]iritto del minore ad una famiglia») – laddove dispone che con l'adozione «cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine» – compatibile con un'interpretazione costituzionalmente orientata, capace di escludere che la disposizione si riferisca a 'qualsiasi' tipologia di rapporti e di riferirsi invece, nel concorso del preminente interesse del minore a «mantenere talune positive relazioni socio-affettive con componenti della famiglia di origine», alla sola dimensione 'giuridica' del rapporto, e quindi allo *status* parentale (che effettivamente cessa in ogni caso), ma non ad «una comune frequentazione» (che invece cessa di regola, ma non necessariamente)<sup>9</sup>.

Il significato letterale apparentemente perentorio della disposizione non ha impedito una lettura capace di trasformarla in una clausola generale che consente al giudice di stabilire quando i rapporti con la famiglia di origine debbano effettivamente cessare e quando invece possano proseguire: al significato letterale si sovrappone la valutazione del *best interest*, che acquista così una forza pervasiva assoluta, capace di plasmarne il significato letterale fino al punto di mutarlo radicalmente, appunto in quanto una regola 'assoluta' («cessano i rapporti») si trasforma in una regola relativa («i rapporti di regola cessano, ma il giudice ha il potere di ...»)<sup>10</sup>. La motivazione richiama, al riguardo, la nozione di "presunzione", che

9 Si allude a Corte cost., 28 settembre 2023, n.183, in molteplici periodici, tra cui *Giur. cost.*, 2023, 2731, con nota di F. Astone. La decisione è significativa proprio in quanto, a fronte di una disposizione formulata in termini inequivoci, quale appunto l'art. 27, 3° comma («[c]on l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine»), ritiene possibile una lettura costituzionalmente orientata che ne trasforma il significato letterale e così attribuisce al giudice di merito il potere di valutare caso per caso quali rapporti con la famiglia di origine debbano effettivamente cessare e quali eventualmente, in ragione del *best interest of the child*, continuare. Dunque, la valutazione del *best interest* (dal punto di vista del minore) assume una forza pervasiva rispetto a qualsiasi disposizione ed a qualsiasi istituto, in quanto capace di plasmarne il significato fino al punto di mutarlo drasticamente. Sotto questo profilo, il significato della pronuncia trascende la questione oggetto del giudizio e si presta a fornire – proprio in ragione della dichiarazione di costituzionalità della disposizione – una chiave di lettura dell'intero sistema.

10 La Corte costituzionale si è spesso prodotta in decisioni che trasformavano norme comuni in clausole generali, ma si trattava di decisioni di accoglimento, capaci per definizione di riscrivere la disposizione: un caso notissimo è rappresentato da Corte cost., 10 giugno 1966, n. 63, in *Giur. cost.*, 1966, 642, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2948, n. 4, e 2955, n. 2, c.c. nella parte in cui, in relazione all'art. 2935 c.c., "consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro". Come osserva L. Mengoni, "Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico", in *Jus*, 1976, pp. 177 ss., ed in *Id.*, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 54 ed ivi nota 118, la Corte costituzionale avrebbe creato una lacuna, rendendo inapplicabile l'art. 2935 c.c. al rapporto di lavoro e, secondo l'interpretazione giurisprudenziale che ne è seguita, il dispositivo della decisione si atteggia "come una clausola generale che rimette al giudice, caso per caso, la determinazione del giorno di decorrenza del termine: il che, in una materia come la prescrizione, è una mostruosità".

assume però un significato particolare, lontano dall'ambito processuale della prova, per assumere invece un significato sostanziale, nel senso che la regola conserva la sua validità e rappresenta anzi la soluzione 'normale' del problema, che il giudice applica senz'altro a meno che – e questo è il punto – la peculiarità del caso non sia tale da reclamare una soluzione diversa.

A meno che – si potrebbe dire – il caso non sia, per sue peculiarità, talmente recalcitrante alla soluzione normativa, inevitabilmente standardizzata, da imporre una soluzione diversa, che il giudice è abilitato a percorrere. Ed è in questo senso che il richiamo alla nozione di presunzione vale a trasformare la regola in clausola generale: la regola presente nel sistema normativo trova normalmente applicazione, ma il giudice ha il potere di intervenire per disapplicarla, spiegando in quali limiti sia effettivamente da disapplicare, fermo il limite rappresentato dal *best interest of the child*, in relazione al quale la soluzione del caso deve essere di volta in volta giustificata. È dunque il principio del *best interest* a giustificare sia il potere del giudice di intervenire, sia il limite di questo stesso potere, che deve necessariamente rispondere all'interesse del minore e che pertanto, in ogni singola occasione in cui il giudice ritenga di avvalersi della prerogativa che la decisione gli riconosce, dovrà trovare una specifica motivazione.

A queste condizioni, la disapplicazione della regola non comporta alcuna violazione di legalità ed appare anzi puntuale manifestazione della legalità costituzionale, appunto in quanto applica un principio che impone la natura sovraordinata dell'interesse del minore, nel senso di sovraordinata agli altri interessi in conflitto con esso, ma anche nel senso di sovraordinata alle singole regole che compongono il sistema e che vanno pertanto interpretate nei termini di una presunzione relativa. Si tratta pertanto di un modello di ragionamento che – quantomeno con riguardo ai minori – deve essere replicato rispetto a qualsiasi regola, per quanto perentoriamente formulata, da interpretare appunto come una presunzione di carattere relativo, valida nei limiti in cui la sua applicazione non implichi un sacrificio dell'interesse che invece deve salvaguardare. Sotto questo profilo, il significato della pronuncia trascende la questione oggetto del giudizio e si presta a fornire una chiave di rilettura costituzionale dell'intero sistema perfettamente rispettosa della necessaria sottoposizione del giudice alla legge.

La pronuncia in esame dimostra appunto che la giurisprudenza non deve intendere la legalità fermandosi al sistema della legge ordinaria, senza timore dell'impatto che la legalità costituzionale è in grado di produrre sull'intero sistema e preoccupandosi piuttosto degli argomenti che utilizza per dimostrare la correttezza del risultato raggiunto segnatamente quando disapplica la regola normativa – la regola che il sistema normativo 'presume' essere corretta – per ricorrere alla clausola generale. Il problema del ricorso alla clausola generale è appunto questo: è, essenzialmente, un problema di argomentazione, posto che necessariamente la motivazione richiederà uno sforzo qualitativamente diverso proprio laddove dovrà dimostrare che le peculiarità del caso giustificano in modo effettivo il superamento della regola. Saranno poi le raccolte di casi che aiuteranno la formazione di indirizzi capaci di esemplificare le condizioni alle quali la deroga alla regola normativa ed il ricorso alla clausola generale volta all'applicazione del principio possano dirsi effettivamente giustificati.

#### 4. Ancora sul testo normativo come 'limite' all'interpretazione costituzionalmente orientata e l'insussistenza di limiti diversi (e, segnatamente, del limite rappresentato dalla natura imperativa della disposizione)

Per tornare al limite che il testo della disposizione è effettivamente capace di rappresentare rispetto all'attuazione costituzionale, può considerarsi un'ulteriore recente pronuncia della Corte costituzionale: viene in gioco, ancora una volta, l'adozione e in particolare la norma sull'adozione ordinaria che fissa la differenza di età tra adottante ed «adottato in almeno diciotto anni» (art. 291, 1° co., c.c.). Nel caso in discussione, la differenza era solo lievemente inferiore ai diciotto anni – mancavano appena nove mesi – e, ad avviso del giudice *a quo*, la rigidità del limite escludeva la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata e comportava varie criticità sul piano costituzionale. La Corte costituzionale ha condiviso – a fronte di una disposizione che s'incentrava su un preciso dato numerico («diciotto anni») – l'impossibilità di una lettura costituzionalmente orientata per poi accogliere la questione nel merito, dichiarando l'incostituzionalità della norma laddove «non consente al giudice di ridurre, nei casi di esigua differenza e sempre che sussistano motivi meritevoli, l'intervallo di età di diciotto anni»<sup>11</sup>.

Il raffronto tra le due decisioni interessa appunto in ragione della loro diversità: nel primo caso, la trasformazione della disposizione in clausola generale è stato operato attraverso una decisione di rigetto, appunto per indicare ai giudici dell'ordine giudiziario il modo in cui l'attuazione costituzionale può essere operata nel rispetto del principio di legalità; nel secondo caso, il risultato pratico è esattamente il medesimo, posto che, ugualmente, l'art. 291, 1° co., c.c., viene trasformato in una clausola generale attraverso cui valorizzare quelli che la motivazione chiama «motivi meritevoli» e che vanno sempre ricercati nel *best interest* del minore. La differenza è che, mentre nel primo caso il tenore letterale della disposizione consente al giudice di operare direttamente, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, nel secondo il ricorso a quest'ultima non era possibile e l'intervento della Corte costituzionale risultava inevitabile. In altri termini, il giudice non sarebbe potuto intervenire direttamente senza violare i

11 La pronuncia in questione è Corte cost., 18 gennaio 2024, n. 5, apparsa in vari periodici, tra cui *Foro it.*, 2024, I, 331, che ha ritenuto non praticabile la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata, al contrario di quanto in precedenza ritenuto da alcuni giudici di merito e da Cass. 3 aprile 2020, n. 7667, anch'essa apparsa in varie riviste, tra cui *Dir. fam.*, 2020, I, 843, con nota di S. Sanfilippo. La Corte costituzionale, chiamata ad intervenire dall'ordinanza di merito intesa a discostarsi consapevolmente dall'indicazione operata dalla Corte di Cassazione, dà subito atto che «correttamente il giudice a quo ha escluso la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata», posto che, nella specie, «la formula perentoria del primo comma dell'art. 291 cod. civ., nella parte in cui legittima l'adozione dei maggiorenni ai richiedenti che «superano di almeno diciotto anni l'età di coloro che essi intendono adottare», integra all'evidenza detto limite all'onere di interpretazione conforme». Dunque, in questo caso, il testo della disposizione rappresentava un ostacolo non utilmente superabile.

limiti del principio di legalità. È per questa ragione che conviene fermarsi un momento sul testo delle due disposizioni e cercare di comprendere se e quale differenza giustifichi il diverso trattamento.

In questa sede, basti tuttavia dire che mentre l'art. 27, 3° comma, dispone l'interruzione dei "rapporti", senza aggiungere qualificazioni, e lascia qualche spazio a letture restrittive (i rapporti di natura giuridica che configurino *status* della persona e non le frequentazioni di mero fatto), l'art. 291, 1° co., c.c., si caratterizza per dettare la regola attraverso la precisa indicazione della differenza di età, e quindi attraverso l'indicazione di un numero ("diciotto") che, per definizione, per l'inequivocabile significato che appartiene ai numeri più delle parole, non consente, in effetti, alcun margine di possibile intervento. Il raffronto tra le due disposizioni induce pertanto a ritenere che l'interpretazione costituzionalmente orientata abbia margini molto ampi ed i casi in cui non sia possibile siano molto residuali. L'interprete che voglia cercare un significato capace (non semplicemente di non porsi in contrasto con la Costituzione, il che è ovvio, bensì) di risultare al massimo grado coeso con l'attuazione costituzionale, potrà spingersi fino al limite ultimo della ricerca, e le regole formulate attraverso un'indicazione numerica rappresentano una chiara esemplificazione del fenomeno.

Non sembra invece – e proprio su questo punto le due pronunce in esame, nella loro diversità, sembrano fornire la medesima indicazione – che la natura imperativa della disposizione possa rappresentare un limite: l'art. 27, 3° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184, è senz'altro una norma imperativa, eppure questo aspetto non ha rappresentato una difficoltà. Natura imperativa ha anche, del resto, l'art. 291, 1° comma, c.c., ed anche in questo caso non è stata la natura imperativa della disposizione a rappresentare una difficoltà, quanto la "formula perentoria" utilizzata nella disposizione, con un riferimento numerico che non consentiva quell'elasticità che invece, con riguardo all'art. 27, 3° comma, lasciava il riferimento ai "rapporti" che dovevano necessariamente essere interrotti tra l'adottando e la sua famiglia di origine. In quest'ultimo caso, è stato possibile intendere la parola rapporti in relazione agli *status* della persona, mentre il riferimento alla differenza di "diciotto" anni, non consentiva una simile elasticità. Ma il problema era nella formulazione della disposizione e nell'indicazione numerica che conteneva, non nella natura imperativa della norma.

La Corte costituzionale, del resto, aveva già mostrato in altre occasioni, con interventi realizzati attraverso tecniche diverse, ma sempre con la medesima finalità e risultati relativamente simili, di ritenere le clausole generali – di rango costituzionale o di rango ordinario – capaci di operare anche in materie rette da norme imperative, come nell'occasione in cui aveva riconfigurato il *dies a quo* dell'azione del lavoratore di diritti maturati nel corso del rapporto di lavoro o, in tempi più recenti ed in materia di *status*, quando mostra di ritenere precluso l'esercizio dell'azione di impugnativa del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità, da parte di chi aveva piena consapevolezza della sua falsità se l'azione stessa non risponda al *best interest* del minore o ancora, si può aggiungere, l'esercizio dell'azione di disconoscimento esercitata da parte del marito che avesse prestato il suo consenso alla fecondazione eterologa della

moglie (che per definizione, oltre a tradire l'affidamento della madre, lede anche il *best interest* del figlio)<sup>12</sup>.

L'indicazione della Corte costituzionale è dunque in contrasto con la dottrina probabilmente prevalente proprio su un aspetto decisivo dell'intera questione, rappresentato appunto dalla possibilità di perseguire l'attuazione della Costituzione attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate anche in materie rette da norme imperative, fino al limite ultimo che interrompa la ricerca (il limite dato, ad esempio, da un'indicazione numerica). Il rispetto del limite rappresentato dal testo, quando effettivamente il testo pone limiti, è certamente fondamentale, ma ai fini del rispetto del principio di legalità – quando si percorrano soluzioni che derogano a disposizioni di legge (e che devono “presumersi” corrette) – l'aspetto che richiede particolare considerazione è l'attenzione costante ai principi che la Costituzione impone di considerare e fornendo argomentazioni strettamente coese con essi. È nella riflessione su questi principi che l'argomentazione deve svolgersi, ed è in riferimento ad essi che può essere sindacata, quando i caratteri del caso non siano tali da giustificare una soluzione diversa da quella offerta dalle norme ordinarie e non richieda di essere rielaborata attraverso il ricorso alle clausole generali (e, loro tramite, ai valori costituzionali).

## 5. La lezione dell'uso alternativo e la legalità costituzionale

Gli orientamenti della Corte costituzionale confermano l'attualità e la praticabilità di un discorso sull'uso alternativo assolutamente rispettoso della legalità

12 Della prima – ormai storica – decisione si è già detto. Quanto all'esercizio dell'impugnazione del riconoscimento effettuato nella consapevolezza della sua falsità (si allude al riconoscimento c.d. ‘compiacente’, a volte operato proprio per conferire uno *status* al figlio nato da una precedente relazione in casi in cui, tuttavia, si desidera il suo pieno inserimento nella nuova famiglia della madre), Corte cost. 25 giugno 2020, n. 127, in *Giur. cost.*, 2020, pp. 1414 ss., con nota di F. Astone, ha respinto la questione e lasciato volutamente invariato il testo dell'art. 263, 1° comma, c.c., ma ne ha trasformato del tutto il senso e la portata: senza sovra-ordinare il principio alla regola, l'art. 263 c.c. non avrebbe resistito alle critiche del giudice *a quo* (non tanto per il contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., quanto per il contrasto con il principio che assicura il libero sviluppo della personalità di cui all'art. 2 Cost.). Infine, quanto alla nota vicenda del disconoscimento di paternità effettuato dal marito della madre che aveva preventivamente concesso l'assenso alla fecondazione eterologa di lei, Corte cost. 22 settembre 1998, n. 347, in *Giust. civ.*, 1998, pp. 2409 ss., con nota di M. Morelli, si tratta in questo caso di una decisione di inammissibilità che si è limitata a dichiarare l'art. 235 c.c. inapplicabile al caso di specie, posta l'impossibilità di assimilare la fecondazione assistita all'adulterio, ma al contempo ha anche in questo caso inciso in profondità sul senso della disposizione e l'interpretazione del sistema, scoprendo una lacuna ed invitando a ricercare nel sistema complessivo, la corretta soluzione e la vicenda, alludendo ai principi ed alle clausole che potevano valere a precludere l'esercizio dell'azione da parte del marito, tanto che, di lì a poco, la Corte di cassazione, intervenendo nuovamente nella vicenda, ha ritenuto l'azione preclusa richiamando le clausole generali di “buona fede, correttezza e lealtà”, che in materia di famiglia si traducono in “solidarietà e reciproco affidamento” (Cass. 16 dicembre 1999, n. 2315, apparsa anch'essa su molteplici periodici e tuttavia commentata anch'essa in modo prevalentemente critico, proprio per la resistenza ad accettare l'operatività delle clausole generali in questa materia).

costituzionale. Non può dirsi – del resto – che alcune prove offerte dalla giurisprudenza attraverso il ricorso alle clausole generali, sostenute dal costante confronto con i valori costituzionali, abbiano dato luogo a fenomeni di creazionismo affidato all'arbitrio o al protagonismo: basterebbe forse citare istituti che incontrano diffusa condivisione, come l'adozione mite e, più in generale, le trasformazioni impresse al modo di intendere la famiglia, fino a determinare un ripensamento radicale delle forme tradizionali, ovvero, ancora più semplicemente, considerare il modo in cui, attraverso la nozione di danno ingiusto nei termini di una clausola generale, utilizzata per attuare in modo diretto i valori costituzionali, sia stato possibile riconoscere – contro la posizione assunta dalla dottrina maggiormente condizionata dalla dogmatica – effettiva tutela ai valori costituzionali.

Sotto diverso profilo, taluni dei casi molto discussi e criticati dalla dottrina, sono in realtà casi effettivamente 'recalcitranti', dunque casi comunque relativamente isolati, probabilmente decisi in modo corretto da giudici che hanno intuito la soluzione anche se non sempre sono riusciti a svolgerla in modo effettivamente coerente. Tanto è vero che le critiche riguardano l'apparato argomentativo più che l'esito finale del caso, che è spesso assolutamente corretto<sup>13</sup>. Sotto questo profilo, le polemiche che percorrono la dottrina italiana sembrano forse sovradimensionate rispetto al numero relativamente limitato di casi intervenuti in alcune materie (ed in particolare nell'area del contratto), rispetto ad altri orientamenti – basti considerare le aree prima ricordate (le aree della famiglia e della responsabilità civile) – che hanno invece avuto un impatto pratico veramente considerevole. Dovrebbero, se mai, far discutere maggiormente altre situazioni, in cui, nella generale indifferenza o a volte nell'esplicito plauso, vengono palesemente trascurati diritti<sup>14</sup>.

13 In questo senso, ad es., con riguardo alla nota vicenda dei derivati (riferendosi in particolare a Cass. 29 luglio 202111, n. 21830, in *NGCC*, 2022, 267), M. Barcellona, "La Cassazione e i derivati: tra pessime argomentazioni e condivisibili conclusioni", in *NGCC*, 2022, pp. 451 ss., spec. 453. Sempre a proposito della vicenda relativa ai derivati (con particolare riguardo a Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Riv. dir. bancario*, 2020, pp. 124 ss.), sempre con riguardo alla motivazione, v. anche A. Gentili, "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", cit., 649 ("qui la categoria veramente usata sembra essere quella del fritto misto"). Così, per la verità, è anche in altri casi di creazionismo, come, ad es., Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 (richiamata *retro*, note 4 e 11) e Corte cost., *ord.*, 24 ottobre 2013, n. 248 (*supra*, nota 4), ugualmente relativa ad un caso limite. Dunque, non può parlarsi di 'creazionismo' in ragione di una motivazione insufficiente o anche palesemente incongrua: la dichiarazione di nullità dei contratti o delle singole clausole, a cui il sistema consente espressamente di ricorrere anche utilizzando clausole generali (artt. 1418, comma 2, e 1343 c.c.), non comporta, di per sé, alcun fenomeno di 'creazionismo'.

14 Il riferimento è ancora al tema dello *status* dei figli di coppie *same sex* (*retro*, nota 13) su cui oggi, segnatamente con riferimento ai figli di coppie maschili e a pratiche necessariamente incentrate sul c.d. 'affitto' dell'utero di una donna estranea al progetto procreativo e compensata in denaro. In entrambe le decisioni che hanno di recente affrontato l'argomento, si riconosce l'esistenza del vuoto di tutela che entrambe le ordinanze di rimessione denunciavano: al minore nato dall'iniziativa di una coppia dello stesso sesso è precluso, in quanto figlio del solo genitore con il quale sussista il legame di derivazione biologica, uno *status* corrispondente a quello di «figlio» quale oggi previsto dal sistema (artt. 315 ss. c.c.), che ignora volutamente ogni classificazione legata al contesto in cui il concepimento è intervenuto e si concentra unicamente sull'insieme delle prerogative che al figlio devono essere – comunque – garantite. Tuttavia, si

Proprio queste situazioni fanno comprendere che l'attuazione della Costituzione sia un percorso in continuo divenire, che non potrà mai dirsi definitivamente compiuto. I giuristi, e naturalmente l'intera magistratura, insieme al Foro, non possono non sentirsi coinvolti. Nessuna componente, dunque, deve essere esclusa. Sarebbe tempo, anzi, di sostenere senz'altro che la questione dell'attuazione costituzionale non sia estranea alla quotidianità di ciascun membro della collettività, giurista o meno che sia.

## Bibliografia

- Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto, I, Scienza giuridica e analisti marxista, e II, Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, 1973.
- AA.VV., *Il principio di buona fede – Giornata di Studio, Pisa 14 giugno 1985*, Giuffrè, 1987.
- Castronovo, C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015.
- D'Amico, G. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, 2017.
- Ferrajoli, L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, 2018.
- Gentili, A., "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", in *Riv. dir. civ.*, 2021.
- Gentili, A., *Senso e consenso*, Giappichelli, 2015.
- Grossi, P., *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno*, Giuffrè, 2021.
- Grossi, P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Giuffrè, 2000.
- Irti, N., voce "Diritto civile", in *Digesto, Disc. Priv., sez. civ.*, IX, 1990.
- Lipari, N., *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013.

conclude il discorso nel senso che la disciplina dello *status* relativo ai figli nati attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita rientri nella discrezionalità del legislatore – che avrebbe un significativo «margine di manovra» nell'elaborare le regole più opportune – e non implichi soluzioni obbligate («a rime obbligate»), potendo essere regolato secondo modelli e tecniche di intervento diversi tra loro e ugualmente compatibili con le fonti di rango costituzionale che disciplinano questa materia. Si vuole così affermare che la specificità di questa modalità di procreazione sia tale per cui – ferma la disparità di trattamento che i nati in seguito a tale pratica subiscono e la necessità di riconoscere giuridico rilievo al legame con il/la partner del genitore biologico – la pura e semplice estensione, in loro favore, dello *status* di figlio di entrambi i *partners* che abbiano assunto l'iniziativa di avviare la procreazione stessa, potrebbe al massimo rappresentare una delle possibili opzioni legislative, al pari di altre, che pur negando la pura e semplice estensione di quello *status*, e dunque costituendo *status* diversi da quello (contro la recente riforma, che aveva invece inteso eliminare la pluralità degli *status* possibili), riescano comunque a risultare costituzionalmente legittime. Sebbene sia chiara la delicatezza del discorso con riguardo alle pratiche di 'affitto' dell'utero, sembra però trascurata la situazione in cui si trovano i minori, che vengono, nella sostanza, discriminati a causa della condotta dei genitori. Per questa ragione è difficile apprezzare sentenze certamente non creative – e forse per questa ragione particolarmente apprezzate dalla dottrina (v., ad es., M. Sesta, "La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite", in *Riv. dir. civ.*, 2023, pp. 387 ss.) – come Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, che ha nuovamente negato la possibilità di escludere in via interpretativa, mediante una valutazione caso per caso, la lesività della dignità della persona umana e, con essa il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, anche laddove la pratica della surrogazione di maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino.

- Lipari, N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017.
- Lipari, N., *Vivere il diritto*, ESI, 2023.
- Macario, F. (a cura di), *Famiglia. Enciclopedia del Diritto. I Tematici*, Giuffrè, 2021.
- Luciani, M., voce “Interpretazione conforme a costituzione”, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Giuffrè, 2016.
- Mengoni, L., “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”, in *Jus*, 1976, ed in Id., *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985.
- Navarretta, E., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.
- Nivarra, L., *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, 2008.
- Perlingieri, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, 1988.
- Perlingieri, P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, ESI, 2008.
- Perlingieri, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, 2006, 2021.
- Rescigno, P., “L’abuso del diritto”, in *Riv. dir. civ.*, 1965.
- Rodotà, S., “Note critiche in tema di proprietà”, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960.
- Rodotà, S., “Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile”, in *Riv. dir. comm.*, 1967.
- Rodotà, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969.
- Roselli, F., *Il controllo della Cassazione sull’uso delle clausole generali*, Jovene, 1983.
- Schauer, F., “Le regole del gioco”, Il Mulino, 2000.
- Velluzzi, V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010.