

IL PROCESSO EVOLUTIVO DEL «DIRITTO CIVILE NELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE» UNA LEZIONE ALLA CAMERA CIVILE DI MILANO*

Pietro Perlingieri

Professore Emerito di Diritto Civile

Università degli studi del Sannio di Benevento

TITLE: The evolutionary process of 'Civil law in constitutional legality'. A lecture at the Milan Civil Chamber

RESUMEN: Desde los primeros años cincuenta del siglo pasado las posiciones doctrinales y jurisprudenciales se han interrogado, con diversas soluciones, sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales y su aplicabilidad directa en las relaciones civiles. Para el autor de este trabajo en un sistema jurídico unitario y complejo con una Constitución rígida, como es el italiano, fundado en una pluralidad de fuentes de origen y rango diferentes, la constitucionalización de los institutos de derecho civil impone una relectura de sus normas conforme a la Constitución, que es algo distinto de una mera interpretación meramente orientada por criterios constitucionales. En su opinión, esto significa que la hermenéutica del juez constitucional y la del juez ordinario deban necesariamente coincidir, y nunca pueda considerarse vinculante la letra de la disposición de rango inferior cuando su ratio no sea conforme con la legalidad constitucional.

* Lezione introduttiva – corredata di essenziali note esplicative redatte con il prezioso ausilio di Maria Epifania, Chiara Ghionni, Marco Tanzillo, Arianna Alpini e soprattutto di Anna Malomo – della lezione introduttiva tenuta il 10 maggio 2023 presso la Camera civile di Milano al corso su «I 75 anni della nostra Costituzione e la sua influenza sull'evoluzione del diritto privato. Le interpretazioni costituzionalmente orientate. Le eccezioni di incostituzionalità». Testo, con qualche modifica, letto anche all'Università di Messina il 19 dicembre 2023 per il 50° anniversario dell'ultima lezione di Salvatore Pugliatti. In quella privilegiata occasione, avrei potuto riproporre il testo integrale, sia pure aggiornato, della relazione dal titolo *Salvatore Pugliatti ed «il principio della massima attuazione della Costituzione»*, da me tenuta a Decollatura al Convegno «Liberalità e valori sociali» svoltosi su iniziativa della Facoltà di Catanzaro nei giorni 24-26 ottobre 1996. Infatti, sebbene siano trascorsi quasi trenta anni, intatta rimane la ricostruzione del pensiero del Maestro che oggi non potrei ricordare più compiutamente. Ho preferito, invece, delineare l'incidenza che il pensiero pugliattiano ha, in sede ermeneutica, avuto sulla dottrina e sulla giurisprudenza a partire dal Manifesto – condiviso dal Maestro – sul principio della massima attuazione della Costituzione. *In limine*, tuttavia, non si può non ricordare che la collana i «Maestri del Diritto Civile», istituita dalla Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile con l'intento di segnalare i civilisti che maggiormente hanno inciso sul dibattito scientifico e giurisprudenziale – come Domenico Rubino, Salvatore Romano, Rosario Nicolò, Alberto Trabucchi, tanto per citare i primi volumi già pubblicati – contiene ovviamente anche una raccolta di scritti – editi nel 2016 – sull'opera di Salvatore Pugliatti curati da Sebastiano Ciccarello, Attilio Gorassini e Raffaele Tommasini. Una raccolta ricca di spunti e di riflessioni che evidenziano la profondità e l'attualità del pensiero del Maestro, ma che purtroppo non intacca né approfondisce criticamente l'impegnativo e delicato profilo dell'applicabilità diretta dei principi normativi costituzionali. È ancora da comprendere perché Salvatore Pugliatti, che di tale problematica fu l'originario propugnatore, non volle imprimerle un deciso positivo orientamento lasciando permanere tutte le inevitabili complesse criticità.

ABSTRACT: Since the early 1950s, doctrinal and jurisprudential perspectives have questioned the normative effectiveness of constitutional principles and their direct applicability in private relations. For the author of this work, in a unitary and complex legal system with a rigid Constitution, such as the Italian one—founded on a plurality of sources of different origin and rank—the constitutionalization of civil law institutions requires a reinterpretation of its norms in accordance with the Constitution. This approach differs from an interpretation merely guided by constitutional criteria. In the author's view, this means that the interpretative approaches of the constitutional judge and the ordinary judge must necessarily align. It also implies that the wording of a lower-rank provision can never be considered binding when its rationale does not comply with constitutional legality

PALABRAS CLAVE: Validez de los principios constitucionales; control concentrado y control difuso de constitucionalidad; interpretación con fines de aplicación y conforme a la Constitución.

KEY WORDS: *Validity of constitutional principles; concentrated and diffuse control of constitutionality; interpretation for purposes of application and in accordance with the Constitution*

SOMMARIO: 1. SALVATORE PUGLIATTI E LA MASSIMA ATTUAZIONE DELLA COSTITUZIONE. IL MANIFESTO DEL 1951. 2. LA MOZIONE DEL CONGRESSO DI GARDONE. 3. LA DOTTRINA CIVILISTICA NEGLI ANNI SETTANTA. 4. IL LEGISLATORE E LA MAGISTRATURA. 5. LE POSIZIONI IN DOTTRINA. 6. CONTROLLO ACCENTRATO E CONTROLLO DIFFUSO DI COSTITUZIONALITÀ. 7. *SEGUE*. LA GIURISPRUDENZA. INTERPRETAZIONE SECONDO COSTITUZIONE DELL'ART. 1052, COMMA 2, C.C. 8. *SEGUE*. CLAUSOLA PENALE E SUA RIDUCIBILITÀ *EX OFFICIO*: LETTURA CONFORME A COSTITUZIONE DELL'ART. 1384 C.C. CONFIGURABILE ANCHE PER L'ART. 1385 C.C. IN TEMA DI CAPARRA CONFIRMATORIA. 9. *SEGUE*. INTERPRETAZIONE DELLA CLAUSOLA GENERALE "NORMALE TOLLERABILITÀ" IN CASO DI IMMISSIONI *EX ART.* 844 C.C. 10. *SEGUE*. INTERPRETAZIONE ATTUATIVA DELLA GIUSTIZIA DISTRIBUTIVA DELL'ART. 720 C.C. 11. *SEGUE*. CONTRATTO DI LOCAZIONE E NULLITÀ DELLA CLAUSOLA RISOLUTIVA IN CASO DI OSPITALITÀ. 12. *SEGUE*. ART. 16 DISP. PREL. C.C. E DISAPPLICAZIONE DELLA CONDIZIONE DI RECIPROCIITÀ AL COSPETTO DI DIRITTI FONDAMENTALI DELLO STRANIERO. 13. *SEGUE*. INTERPRETAZIONE DELL'ART. 23, COMMA 3, T.U.F. E NULLITÀ SELETTIVA. 14. *SEGUE*. CASO ENGLARO: APPLICAZIONE DIRETTA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI. 15. *SEGUE*. ADEGUATEZZA SALARIALE. 16. NECESSITÀ DI UNA RINNOVATA TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE.

1. SALVATORE PUGLIATTI E LA MASSIMA ATTUAZIONE DELLA COSTITUZIONE. IL MANIFESTO DEL 1951

A ridosso dell'entrata in vigore della Costituzione, Salvatore Pugliatti, in un lavoro che precede il Manifesto del 1951¹, scriveva: «[c]he la Carta Costituzionale, nel suo complesso, sia di attuazione immediata è talmente ovvio che neppure sarebbe il caso di parlarne. Tutte le leggi organiche [...] tendono alla immediata realizzazione di quella modificazione della realtà giuridica che ha spinto il legislatore a formularle. Tale impulso alla immediata ed integrale attuazione massimamente si avverte in relazione alla Carta Costituzionale che [...] è addirittura la legge fondamentale destinata a determinare le linee strutturali dello Stato»; e aggiungeva che «sarebbe assurdo che la Carta, una volta elaborata, non entrasse in vigore», nella consapevolezza che le disposizioni che

¹ S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949/1950, I, p. 189.

compongono il suo tessuto: ora richiedono per la loro attuazione «provvedimenti preliminari che apprestino i mezzi idonei o creino particolari strutture amministrative o modifichino organismi esistenti», che lo Stato – e non l'interprete – ha l'obbligo di realizzare; ora, sebbene siano «enunciazion[i] di principi programmatici», che spetta al legislatore realizzare, pur sempre «conservano la funzione di principi, che come tali vincolano anche l'interprete; ora, infine, «presentano la fisionomia e la struttura delle comuni proposizioni legislative», che per essere applicate non richiedono «particolari condizioni di fatto o riforme strutturali»², sí che non necessitano di alcuna mediazione legislativa e possono essere applicate direttamente, in quanto «non può esser dubbio che codeste disposizioni debbano conseguire attuazione immediata ed integrale»³.

Tale apertura ermeneutica, che pone come regola l'attribuzione del massimo significato possibile alla Costituzione, trova riscontro nel Manifesto del 1951 «In difesa della Costituzione»⁴, a firma, tra gli altri, di Salvatore Pugliatti, Angelo Falzea e Ugo Natoli, ove si stigmatizza la mancata attuazione della Costituzione e il costante disconoscimento da parte delle Autorità della sua efficacia. In tale Manifesto si dichiara che «la Costituzione è pienamente sufficiente a regolare essa stessa, direttamente e da sola, i rapporti della vita associata, si continua metodicamente da parte delle autorità a disconoscerne l'efficacia, imponendo invece l'applicazione di vecchie leggi, la piú gran parte del periodo della dittatura, come il T.U. delle leggi di P.S., con essa incompatibili nella lettera e nello spirito. Si perpetua cosí una situazione di incertezza del diritto, di confusione legislativa, di sopravvivenze anacronistiche e perturbatrici, di sfiducia nella legalità costituzionale, che è di grave pregiudizio alle libertà dei cittadini e di pericoloso scapito al prestigio delle stesse istituzioni democratiche. Già ripetutamente voci autorevoli ed imparziali di Magistrati, giuristi e parlamentari illustri, indipendentemente da convinzioni politiche, si sono levate a deplorare una tale situazione di carenza costituzionale e ad ammonire circa la urgente necessità di porvi riparo, col dare piena e integrale attuazione alla Costituzione della Repubblica. [...] È tempo perciò che non soltanto singole persone, particolarmente sollecite del consolidamento e dell'avvenire delle libertà nel nostro Paese, ma tutti i cittadini, desiderosi di vivere liberamente nel comune rispetto di una legalità da tutti e verso tutti egualmente osservata, uniscano i loro sforzi concordi per esigere il sollecito e

² Sempre S. PUGLIATTI, *o.c.*, p. 189 s. Soltanto in questa prospettiva può essere utilmente proposta la distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione. V., infatti, *infra* § 3.

³ S. PUGLIATTI, *o.c.*, p. 190, il quale, in tal maniera, mostra chiaramente di porsi in linea con le piú avanzate analisi del tempo: in particolare, con quelle di Vezio Crisafulli, che saranno di lí a poco raccolte nel volume *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 27 ss.

⁴ AA.VV., *Manifesto «In difesa della Costituzione»*, in *Foro civ.*, 1951, 3, p. 152 s.

rigoroso adempimento delle norme della Costituzione, legge suprema della Repubblica italiana»⁵.

La reazione al Manifesto fu forte: per tutti, Antonio Scialoja avvertì come un pericolo il richiamo alla Costituzione, in quanto in grado, a suo parere, di «mettere a soqquadro l'ordinamento giuridico esistente [*recte* preesistente, in quanto mutato dal 1948 in poi]⁶ nella sua solida sistematica», contribuendo «a quella crescente “incertezza” del diritto che è uno dei malanni dell'attuale momento della vita nazionale»⁷. Ergo bisognava «apertamente combatt[ere]» il «pericoloso movimento», rivolto all'attuazione della Costituzione⁸.

Il clima culturale di allora si coglie nelle parole di Giorgio Balladore Pallieri, che, nel 1954, così fotografa il primo quinquennio di attuazione della Costituzione: «[c]arenza del legislatore, che non ha dato le leggi necessarie perché la Costituzione fosse attuata; carenza degli organi di governo, che non hanno preso gli opportuni provvedimenti affinché gli organi legislativi funzionassero a dovere, e affinché nei limiti dei loro poteri la Costituzione fosse lealmente osservata; carenza della Magistratura, che ha adottato un atteggiamento retrivo, cercando ogni pretesto per non applicare le norme nuove»⁹. Intanto gli anni trascorrono e le leggi costituzionali tardano a realizzarsi. La Corte costituzionale insediata soltanto nel 1956, già nella sua prima sentenza¹⁰ estende la sua competenza a controllare la costituzionalità anche delle leggi emanate prima della

⁵ Per ulteriori approfondimenti, v. P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»* (1996), in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 297 ss., spec. p. 302 ss.

⁶ Il testo tra parentesi quadre è nostro.

⁷ A. SCIALOJA, nota a Cass., 25 giugno 1951, in *Foro it.*, 1952, II, c. 30; per una dura critica U. NATOLI, *Retribuzione sufficiente e libertà sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, p. 256.

⁸ Sempre A. SCIALOJA, *o.l.c.*

⁹ Così G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro pad.*, 1954, IV, 1, c. 49 s. dell'estratto, cit. poi da P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla* (1955), in ID., *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, p. 511 s.

¹⁰ Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1, in *Foro it.*, 1956, I, c. 833 ss., con la quale dichiara incostituzionale una disposizione della vecchia legge di pubblica sicurezza del 1931, che, nel richiedere un'autorizzazione di polizia per distribuire volantini o affiggere manifesti, puniva la distribuzione o affissione non autorizzate: questione di illegittimità costituzionale sollevata da una trentina di giudici penali, i quali dubitavano della sua conformità all'art. 21 cost., che garantisce la libertà di manifestazione del pensiero. A sostenere la sua incostituzionalità sono stati avvocati e giuristi illustri [Costantino Mortati, Vezio Crisafulli e Giuliano Vassalli (poi nominati, in tempi diversi, giudici costituzionali), nonché Piero Calamandrei unitamente a Massimo Severo Giannini]. Diversamente la Cassazione, nello scontro sorto a difesa della libertà dei cittadini, sceglie di collocarsi «per l'autorità e contro le libertà»: in questi termini, v. E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura: la “radicale svolta” della metà degli anni Sessanta del Novecento*, in *Politico*, 2019, 2, p. 91.

Costituzione, precisando, tra l'altro, che i principi costituzionali «non si rivolgono solo al legislatore, ma si impongono immediatamente a tutti: cittadini, autorità e giudici»¹¹.

Le reticenze, negli anni a seguire, persistono.

2. LA MOZIONE DEL CONGRESSO DI GARDONE

Nel 1964 l'Associazione Nazionale dei Magistrati pubblica il Documento di presentazione per le elezioni associative di quell'anno¹² al quale fa da eco la Mozione, approvata all'unanimità, a margine del Convegno di Gardone, ove si evidenzia che ai principi fondamentali della Costituzione «non si volle attribuire il valore di vaghe idealità, ma, al contrario, la natura e l'efficacia di vere e proprie norme giuridiche, vincolanti, per il futuro, ogni potere statale ed ogni contingente maggioranza politica, ed esprimenti, oltre le forme di esercizio, il contenuto obbligatorio e costante della funzione di indirizzo politico, nelle sue tradizionali specificazioni della funzione legislativa, amministrativa e giudiziaria»¹³. Così, a seguire, si proclama «che spetta [...] al giudice, in posizione di imparzialità ed indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte

¹¹ Come si indica nella presentazione della Consulta rinvenibile sul relativo sito: *La Corte costituzionale italiana*, in *cortecostituzionale.it*.

¹² AA.VV., *Mozione costitutiva di Magistratura Democratica*, in *Magistratura*, 1964, 9-10, e ora in *MD Not. mag. dem.*, 1992, p. 25 ss.

¹³ I magistrati, quindi, nella Mozione del 1965 (ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *XII Congresso nazionale dei Magistrati italiani, Brescia-Gardone Riviera-Salò, 25-28-settembre 1965. Atti e commenti*, Roma, 1966, p. 309 s.) manifestano chiaramente la loro fedeltà alla Costituzione, che trova esplicita prescrizione nell'art. 54, comma 1, cost., in opposizione a quella magistratura che fino agli anni Sessanta esercita in maniera egemone – in quest'ottica di retaggio di un passato – il suo potere forte anche sul sistema delle carriere. Le riviste di giurisprudenza del tempo pubblicano soltanto pronunce della Cassazione, la giurisprudenza di merito è rinvenibile in sole riviste a diffusione locale e dunque marginale. Fino all'entrata in vigore della Corte costituzionale è la stessa magistratura che, ex VII, comma 2, disp. trans., comma 2, esercita il controllo di costituzionalità del complesso di leggi emanate dal fascismo. La sentenza a Sezioni unite, Cass. pen., 7 febbraio 1948, in *Foro it.*, 1948, II, c. 57 ss., nel distinguere tra norme precettive di immediata applicazione e norme programmatiche, favorisce la tendenza di «far passare come programmatiche anche le norme della Costituzione che più chiaramente avevano carattere precettivo» (così G. BALLADORE PALLIERI, *La costituzione italiana nel decorso del quinquennio*, cit., c. 50 s.). Altra voce in dottrina aggiunge: «La portata di questo atteggiamento non va identificato solo nella sterilizzazione di gran parte del documento costituzionale, ma anche nella sua scomposizione in frammenti minuti, corrispondenti ad entità linguistiche più brevi del singolo articolo e del singolo comma, che valeva come suggerimento ad evitare il ricorso all'interpretazione sistematica e teleologica rispetto al documento costituzionale» (G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Pol. dir.*, 1972, p. 473).

le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale».

In tal modo i giudici dell'epoca manifestano consapevolezza della «portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia», sí da assicurare, «pur negli invalicabili confini della [...] subordinazione alla legge, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione»¹⁴.

Tali conclusioni, pur scatenando forti dissensi¹⁵, segnano comunque «un punto di non ritorno»¹⁶.

3. LA DOTTRINA CIVILISTICA NEGLI ANNI SETTANTA

Tra gli anni Sessanta e i primi anni Settanta anche in dottrina v'è chi dimostra di non discostarsi dal Manifesto per la massima attuazione della Costituzione *illo tempore* sottoscritto. Così, nella voce enciclopedica *Diritto civile* a firma di Rosario Nicolò, si legge: «il civilista moderno dovrebbe rendersi conto del significato che [...] hanno le norme costituzionali» volte a «garantire [...] istituti, situazioni e rapporti che riguardano i soggetti "privati", sia come individui sia come elementi di comunità intermedie, i loro interessi e la loro attività, come manifestazione di libertà e affermazione di personalità»¹⁷; sí che «alcuni dei principi costituzionali» come gli artt. 2 e 3 cost., «hanno tale forza espansiva da incidere direttamente nell'ambito dei rapporti privati»¹⁸. Intuizione, questa, che non sembra trovare séguito nei suoi allievi: così Stefano Rodotà, pur ravvisando nei principi costituzionali la via per costruire il «nuovo sistema» – e dunque il «criterio di valutazione degli istituti intesi come i fondamenti dell'ordine civilistico, in primo luogo dell'autonomia privata, della proprietà e della responsabilità civile» –, ne esclude poi la loro diretta applicabilità¹⁹.

¹⁴ In merito, v. sempre ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *o.l.u.c.*: sí che quel Consesso del 1965 «[s]i dichiara decisamente contrario alla concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad una attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all'incidenza della norma nella vita del paese [secondo la visione della Teoria pura del diritto]», avendo chiaro che la Costituzione è legge suprema [in tal senso, v. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, (Lezioni litografate, raccolte dai Dott. G. Biscontini, A. Flamini, L. Lonardo, G. Napolitano, V. Rizzo e P. Stanzone), Napoli-Camerino, 1972, p. 417].

¹⁵ Dopo il Congresso di Gardone sorgono diverse incomprensioni e si registrano reazioni negative dai piú moderati della stessa Associazione, nonché attacchi veementi da parte dei magistrati della Cassazione. Tuttavia il passo è compiuto. Sempre piú negli anni a seguire si avverte il clima di novità ormai presente nel Paese. Sí che diversi magistrati firmatari di quella mozione iniziano nella loro attività ad applicare la Costituzione.

¹⁶ In questi termini, si esprime E. BRUTI LIBERATI, *La Magistratura*, cit., p. 89. Significative le considerazioni di S. SENESE, *Le vicende del pluralismo nella magistratura italiana*, in *Dem. dir.*, 1986, 4-5, p. 51.

¹⁷ R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 908.

¹⁸ R. NICOLÒ, *o.c.*, p. 909.

¹⁹ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 86.

Anche Nicola Lipari, nel ricordare l'infelice teorizzazione dell'uso alternativo del diritto, conclamata nel Convegno catanese del 1972²⁰ – voluto da Mario Barcellona –, si limita a chiarire che la «capacità di regolare le azioni umane» non può essere «affidata [...] a soluzioni monologiche e assolutistiche»²¹, come invece prospetta l'uso alternativo del diritto basato, peraltro, esclusivamente sull'attuazione dell'art. 3, comma 2, cost. Comunque si intuisce che applicare i principi costituzionali si configura come applicazione non di diritto alternativo, bensì di diritto *tout court*, nel quale sanzionata è la priorità dei valori personali rispetto a quelli patrimoniali, sí da promuovere riforme legislative e ancor piú interpretazioni estensive o analogiche di disposizioni ordinarie che si reputano «concretizzazione» dei principi costituzionali²².

Nella mia Prolusione camerte del 1969²³ indicai la necessità di questa rilettura costituzionale che intrapresi nei corsi camerti del 1970-71 sulla proprietà²⁴ e del 1971-72 sulla personalità umana²⁵, affermando la valenza dei principi disposti in Costituzione quali norme gerarchicamente superiori nel sistema ordinamentale vigente, caratterizzato appunto dalla legalità costituzionale.

Nel corso sulla personalità umana tenuto nel 1971 ebbi modo di precisare che «[s]i è abituati a considerare le norme del codice, le leggi speciali, gli usi, le consuetudini, i contratti collettivi come norme che devono regolare la condotta dei loro destinatari mentre le norme costituzionali, per una certa mentalità, sono intese come criteri politici, generici e non di rilevanza immediata, che non hanno effetto se non v'è una norma ordinaria che le attua. La norma costituzionale, sotto questo profilo, è una norma come tutte le altre. Non v'è differenza tra la norma del codice civile in cui si dice che il debitore si deve comportare secondo buona fede, correttezza e diligenza – clausola generale estremamente ampia – e la norma costituzionale che estende questo precetto anche al cittadino, imponendogli un comportamento conforme ai principi di solidarietà. La tecnica

²⁰ P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Atti del Convegno, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973, *passim*.

²¹ Così N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 150.

²² N. LIPARI, M. COSTANTINO, G. COTTURRI, A. JANNARELLI, R. PARDOLESI, G. PIEPOLI, N. SCANNICCHIO e A. SODO, *Il problema dell'uomo nell'ambiente*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, 1974, p. 81.

²³ P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, (prolusione al corso di Diritto civile, letta nell'Aula Magna dell'Università di Camerino il 18 aprile 1969), (1969), in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 1 ss.

²⁴ P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»* (Lezioni litografate, raccolte dai Dott. B. Troisi e P. Stanzione), Camerino-Napoli, 1970, p. 1 ss.

²⁵ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 1 ss.

delle due norme è identica. Invero finché non entrerà nella mentalità del giurista, dell'avvocato, del giudice che un cittadino può adire l'autorità giudiziaria per la violazione di un diritto costituzionalmente garantito si avrà sempre un complesso d'inferiorità rispetto alla norma costituzionale»²⁶.

Ciò trova felice rispondenza nella relazione di Angelo Lener al Convegno barese su "Tecniche giuridiche e sviluppo della persona" organizzato da Nicola Lipari nel maggio del 1973, per il quale in particolare «[i]l precetto di solidarietà dell'art. 2 Cost. copre [...] l'intera area dell'agire sociale dei privati, singoli o gruppi organizzati, ed è operante nei confronti di tutti i consociati»²⁷, segnalando che un «esercizio dei propri diritti o delle facoltà di iniziativa economica [...] in ispregio» di tale dovere «costituisce un abuso»²⁸. In sostanza Angelo Lener, più di altri, avverte la necessità di precisare che «la garanzia o la tutela, di cui la Carta costituzionale pone la Repubblica come soggetto nelle richiamate disposizioni, non esprime una semplice direttiva al legislatore futuro, o la determinazione di un fine da raggiungere mediante l'attività amministrativa dell'organo pubblico, ma anche, e ancor prima, un principio informatore del sistema di valutazioni in cui si concreta l'ordinamento giuridico nella sua totalità; e dunque capace di "formar diritto" [...] imprimendosi alle singole valutazioni attraverso le quali l'ordinamento si esplica»²⁹.

È significativo che Salvatore Pugliatti, pur avendo apposto un inspiegabile freno alle convinzioni manifestate all'esordio degli anni Cinquanta, nel Suo ultimo corso di Diritto civile, nell'a.a. 1971/1972, dedicato ai rapporti tra diritto civile e diritto amministrativo, insegnava che «[i]l testo più importante del nostro ordinamento attuale è la Costituzione del '47»³⁰; che «la divisione tra norme programmatiche e precettive [...] deve essere fortemente combattuta»; che «[d]alla Costituzione derivano precisi obblighi non solo per il cittadino ma anche per il legislatore e per l'interprete», così, via via auspica «una sua sempre migliore applicazione e attuazione»³¹. Del pari il Maestro ribadiva nella Sua ultima lezione – tenuta esattamente venti anni fa il 19 dicembre 2003 – che «per il principio della massima applicazione della Costituzione, ai principi costituzionali è vincolato il legislatore ordinario cui incombe l'obbligo di provvedere alla formulazione

²⁶ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 417.

²⁷ A. LENER, *Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, cit., p. 341.

²⁸ A. LENER, *o.c.*, p. 343.

²⁹ A. LENER, *o.c.*, p. 337 s.

³⁰ M. TRIMARCHI (a cura di), *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e diritto amministrativo*, Napoli, 2017, p. 168.

³¹ M. TRIMARCHI (a cura di), *o.c.*, p. 169.

delle norme attuative di quei principi» ma «vi è legato l'interprete, cittadino, organo amministrativo, giudice. Ed anche il giurista tecnico, cultore del diritto privato o del diritto amministrativo o di qualsiasi ramo del diritto, deve formarsi una *mentalità costituzionalistica*, deve cioè, nella sua opera di interprete e di costruttore del sistema, trarre dalle norme contenute nella carta costituzionale le fondamentali direttive ermeneutiche e costruttive»³².

In séguito il Suo allievo, Vincenzo Scalisi, finalmente coglie nelle norme costituzionali e primariamente nel valore della persona umana e della sua dignità i principi fondamentali e generali caratterizzanti qualsivoglia settore normativamente rilevante³³. Un riscontro lo si ha nelle sue più recenti pagine nelle quali discorre di ermeneutica della dignità³⁴.

Ancóra fortemente ambigua appare la generica indicazione, pur formulata, della «rilettura costituzionale»³⁵ delle fonti di rango ordinario e secondario, là dove sostanzialmente è esclusa la rilevanza diretta della normativa costituzionale nei rapporti di diritto civile³⁶.

Così, anche chi, come Pietro Rescigno, riconosce che i principi generali dell'ordinamento vanno ricercati «muovendo innanzitutto dai principi della Costituzione»³⁷, giunge poi a considerare questi ultimi «troppo vaghi per farne la base di una seria ricostruzione»³⁸, si

³² S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani. Ultima lezione. Aula Magna dell'Università di Messina 19 dicembre 1973*, Milano, 1993, p. 20 s.

³³ A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 62 ss.

³⁴ V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, pp. 70 e 72 ss.

³⁵ P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, spec. c. 224. Invero, ancor più che una rilettura, dallo scritto emerge la necessità di riforme legislative attuative della Costituzione. Sul punto, v. quanto indicato da S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 91 ss. e spec. pp. 95 e 98 s.

³⁶ Così P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1985, p. 106, là dove propende per l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento, che «si desumono dalla Costituzione» soltanto «[allorq]uando manchi una disposizione precisamente rispondente al caso» e «non sia sufficiente» il ricorso all'analogia; ancóra, in materia di associazioni non riconosciute, afferma che «[a]lle disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto si dovrà risalire per determinare [...] la sindacabilità o meno, ad opera dell'autorità giudiziaria, dei provvedimenti adottati dall'associazione in confronto di uno o più associati (quando le controversie tra socio ed associazione non siano affidate alla esclusiva competenza di un collegio previsto dallo statuto [...])» (*ivi*, p. 206); nonché reputa, circa il divieto degli atti emulativi (art. 833 c.c.), che tale disposizione «su cui talvolta si è cercato di costruire un più generale divieto di abuso dei diritti soggettivi, ha in realtà una portata assai più modesta e corrisponde ad una struttura economico-sociale di limitato respiro» (*ivi*, p. 494 s.).

³⁷ P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, (in una versione modificata rispetto a quella pubblicata nel 1968: v. *retro* la nota n. 35), p. 24.

³⁸ P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, p. 237) e con il titolo (e il testo parzialmente modificato) *I «diritti civili» della Costituzione e il diritto privato*, in *Id.*, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, p. 58.

da escluderne la loro diretta applicabilità nei rapporti tra privati³⁹ nonché il loro utilizzo – «risale[ndo]» ad essi, col richiamare espressamente il principio di solidarietà («principio di solidarietà civile, politica, economica») – «per ricostruire singoli settori, dall'autonomia negoziale alla responsabilità aquiliana»⁴⁰.

4. IL LEGISLATORE E LA MAGISTRATURA

In quegli anni, tuttavia, si assiste a un fiorire di riforme legislative. Tra le tante: legge sul divorzio (1970), statuto dei lavoratori (1970), riforma del diritto di famiglia (1975); interruzione della gravidanza (1978), chiusura dei manicomi (1978), istituzione del servizio sanitario nazionale (1978). Riforme spesso provocate da una magistratura e da una avvocatura per certi versi anticipatorie, dovute soprattutto a «uno straordinario attivismo dei magistrati»⁴¹.

Come ebbi modo di segnalare nella Prolusione napoletana del 1979⁴², di particolare rilievo sono diverse decisioni in materia di diritto del lavoro⁴³ e di diritto minorile⁴⁴. Via via, nel tempo, maturano, sempre più, risposte giurisprudenziali adeguate che investono

³⁹ P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato, e I «diritti civili» della Costituzione e il diritto privato*, cit., rispettivamente p. 243 s. e p. 63 s.

⁴⁰ P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato, e I «diritti civili» della Costituzione e il diritto privato*, cit., rispettivamente pp. 237 e 58.

⁴¹ Così A. PIZZORUSSO, *Introduzione*, in *Id.*, *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, p. 36. Sono anni nei quali «le voci più incisive» in argomento «sono quelle dei magistrati anziché di giuristi accademici»: così G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura*, cit., p. 482 s.

⁴² P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, Lezione tenuta il 20 novembre 1979 presso l'Università degli Studi di Napoli, (1980), in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 109 ss.

⁴³ V., a mo' di esempi, Pret. Milano, 13 marzo 1975, in *Orient. giur. lav.*, 1975, p. 365, ove si utilizza l'art. 36 cost. per fondare il principio della parità di trattamento nel rapporto di lavoro; sulla validità delle diverse forme di sciopero (articolato, in bianco, a scacchiera): App. Milano, 20 novembre 1964, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1315 ss.

⁴⁴ In tal senso, v., *ex multis*, Trib. min. Bologna, 26 ottobre 1973, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, c. 549 ss., che, sull'applicazione degli artt. 330 e 333 c.c., fonda sull'art. 2 cost. la necessità di «educare non in termini precettivi ma per fare l'uomo capace di opzioni libere e coscienti, per conquistare, nella cultura, il mezzo della libertà»; Trib. min. Bari, proc. rep., 9 settembre 1975, in *Dir. fam. pers.*, 1976, p. 147 ss. e spec. p. 149, che *ex art. 2 cost.* afferma la sua competenza allorché si tratta dell'interesse preminente di tutela del minore e di evitare che altrimenti gli si arrechi pregiudizio; Trib. min. Emilia Romagna, decr. 23 gennaio 1978, *ivi*, p. 900 ss., che sempre *ex art. 2 cost.* non reputa legittima l'opposizione del genitore naturale a che il figlio si cresca nella famiglia legittima dell'altro genitore; per la stessa questione, Trib. min. Firenze, ord. 22 aprile 1977, *ivi*, 1977, p. 502 ss., invece aveva sollevato la questione di illegittimità costituzionale; nonché Cass., 8 novembre 1974, n. 3420, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 826 ss. e spec. c. 832 s., ove si statuisce che i provvedimenti in materia di adozione devono tendere a garantire la tutela della dignità e del libero sviluppo della persona *ex artt. 2, 29 e 30 cost.*; Cass., 17 gennaio 1978, n. 203, in *Foro it.*, 1978, I, c. 311 s., che fonda sull'art. 2 cost. la prevalenza dell'adozione speciale su quella ordinaria.

l'intero ampio settore dei rapporti civili, anche di quelli piú squisitamente patrimoniali, adeguandoli gradatamente ai valori del personalismo e del solidarismo.

La tradizionale teoria dell'interpretazione giuridica non sembrava potesse essere scalfita. Lo avverte Paolo Grossi, secondo il quale per il civilista la Costituzione «rappresentava qualcosa di scomodo perché lo obbligava a rivedere tutte le sue dogmatiche, tutte le sue certezze», in quanto era piú agevole «cede[re] alla pigrizia, terribile difetto dei giuristi in genere e dei civilisti in particolare [...], confina[ndo] la Carta costituzionale sul terreno filosofico-politico [... a] un preciso catalogo di moniti» che fungessero «da guida», giammai «norme giuridiche»⁴⁵.

5. LE POSIZIONI IN DOTTRINA

Non possono, allora, essere condivise le posizioni assunte dai piú autorevoli Maestri:

a) Angelo Falzea delimita il «primato», pur riconosciuto, delle norme costituzionali, a fronte della «rinnovata centralità delle norme ordinarie», ravvisando due sistemi, quello delle norme ordinarie e quello delle norme costituzionali, richiedenti due diversi metodi interpretativi, con valenza ottativa delle seconde⁴⁶. Da qui, sia la constatazione che «[l']*analogia iuris* può utilizzare i principi generali comuni e non anche i principi costituzionali, perché il recupero della norma ordinaria mancante deve avvenire nel medesimo spazio normativo in cui si accusa la mancanza»⁴⁷; sia, di conseguenza, la negazione dell'applicazione diretta dei principi costituzionali, in quanto utilizzabili soltanto tramite l'intermediazione delle norme ordinarie⁴⁸. Pertanto, al «riconoscimento del primato delle norme costituzionali» si accompagna il «riconoscimento di una rinnovata centralità delle norme ordinarie»⁴⁹, diverse anche per i metodi interpretativi che le caratterizzano⁵⁰.

b) Luigi Mengoni, due anni prima di divenire giudice costituzionale, nel 1985, sebbene scriva che «occorre adeguare le strutture concettuali del sistema ai valori ancorati nella

⁴⁵ P. GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 915 s.

⁴⁶ A. FALZEA, *La costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 267-269. Ma, in maniera critica, v. P. PERLINGIERI, *Sistematica e dogmatica: una rilettura di due saggi di Angelo Falzea*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1161 s. e ora anche in *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed. riscritta e ampliata, Napoli, 2020, p. 78 ss., ove si osserva che, se l'ordinamento è unitario, è inconcepibile la separatezza della Costituzione e, quindi, la sua implicita sottrazione alla normatività.

⁴⁷ A. FALZEA, *o.c.*, p. 283 s.

⁴⁸ A. FALZEA, *o.c.*, p. 275.

⁴⁹ A. FALZEA, *o.c.*, p. 267.

⁵⁰ A. FALZEA, *o.c.*, p. 273.

legge fondamentale», esclude che si possa «aderire al progetto di rifondazione della dogmatica giuridica come “dottrina scientifica dei giudizi di valore positivizzati nel diritto vigente o che attendono di essere positivizzati nel diritto futuro”. Non i valori per sé considerati, bensì i concetti giuridici strumentali alla loro realizzazione possono essere ridotti a sistema» rimanendo il «pensiero dogmatico [...] essenzialmente caratterizzato dallo stile del pensiero astratto o concettualizzante e dalla avalutatività dei propri contenuti teoretici»⁵¹. Nel procedere in tal modo, si può anche pervenire «alla costruzione di concetti funzionalmente determinati da valutazioni extrasistematiche, e in questo senso definibili come concetti assiologicamente orientati», ma da sé tali valutazioni extrasistematiche non costituirebbero diritto positivo⁵².

Tuttavia, nel 1996, Luigi Mengoni precisa che «[l]’assoggettamento dell’ordinamento positivo al controllo di istanze assiologiche extrasistematiche non tocca le strutture e i modi di procedere della dogmatica, la quale rimane essenzialmente caratterizzata dallo stile del pensiero astratto, dalle regole logico-formali del pensiero sistematico, dalla neutralità assiologica dei propri contenuti»⁵³. In tal modo, però, si realizza un distacco, se non una frattura, tra diritto e cultura, con un conseguente tentativo – difficilmente condivisibile – di rilettura della Costituzione alla luce della dogmatica⁵⁴.

c) Su ben altra posizione è Natalino Irti che, nell’evidenziare il «carattere rigido» e «i contenuti programmatici» della Costituzione, coerentemente afferma che «[l]e norme *progettuali* della Carta Repubblicana, appunto per il loro contenuto, non disciplinano direttamente singole materie» ed «esigono il tramite, necessario e insopprimibile, delle norme ordinarie», sí che «i principi generali, utilizzabili in sede di *analogia juris*, non possano individuarsi nei principi programmatici della Costituzione»⁵⁵, perché soltanto dalle norme ordinarie, «che regolano casi concreti e sono *già suscettibili di applicazione analogica*, possono ricavarsi i principi generali dell’ordinamento giuridico»⁵⁶. Tali principi

⁵¹ L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 99 s. Non soltanto: sempre Id., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 10, col considerare che la buona fede ha in sé «un proprio fondamento etico», reputa che il contenuto assiologico della clausola di buona fede sia sempre in grado di tradursi in giudizi appropriati al caso concreto, «senza bisogno di stampelle costituzionali», secondo «standards valutativi socialmente accreditati» (Id., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 18).

⁵² L. MENGONI, *Diritto e valori*, cit., p. 100.

⁵³ L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 60 s.

⁵⁴ Per una approfondita valutazione, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 388 s.

⁵⁵ N. IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in Id., *L’età della decodificazione*, 4ª ed., Milano, 1999, p. 92 (le parole in corsivo sono dell’a.).

⁵⁶ N. IRTI, o.c., p. 93. Secondo l’a., le norme costituzionali indicherebbero semplicemente un programma (come, ad esempio, la funzione sociale della proprietà privata) e fornirebbero esclusivamente «il criterio

sarebbero quelli ai quali fa riferimento l'art. 12 disp. prel. c.c. Ma non pare sia possibile ravvisare in questa disposizione la chiave di lettura della Costituzione⁵⁷!

d) Parte della dottrina civilistica è ancora dedita ad un'analisi astratta del linguaggio giuridico priva di contaminazioni con la fattualità, incappando nella opportuna stigmatizzazione di Paolo Grossi, il quale, proprio nel presentare il mio volume su "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti" (2006), ebbe modo di precisare che «la scienza giuridica è necessariamente impura [, ...] il diritto civile [...] è intessuto di fatti, di interessi, anche di valori [, ...] è un diritto carnale; è cioè scritto direttamente sulla pelle degli uomini»⁵⁸.

e) Si giunge, in fine, alla più recente e accreditata formulazione della «interpretazione delle disposizioni ordinarie orientata secondo Costituzione»⁵⁹, che lascia intendere che

di legittimità costituzionale delle norme ordinarie»; ergo la norma costituzionale, fortemente sminuita nella sua funzione e nel suo ruolo, sarebbe un mero "limite" o "sbarramento" per la norma ordinaria: così N. IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, (1979), in *Id.*, *L'età della decodificazione*, cit., p. 125.

⁵⁷ La considera una «reliquia» P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 2003, p. 47; in merito, prima ancora, v.: P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, (1985), in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 273 ss. Si è dinanzi a una «mera archeologia legislativa»: così P. PERLINGIERI, *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 420; cfr., inoltre, *Id.*, *Una ermeneutica da rinnovare*, in *Corti salernitane*, 2013, p. 499; nonché: *Id.*, *Interpretazione assiologica e diritto civile*, *ivi*, p. 465 ss.; *Id.*, *Il diritto civile tra regole di dettaglio e principi fondamentali. "Dall'interpretazione esegetica all'interpretazione sistematica"*, in *Foro nap.*, 2019, p. 379 ss.; *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 309 ss. e spec. p. 312.

⁵⁸ P. GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 917. Si è avuto modo di precisare che «il diritto si forma anche al di fuori del fenomeno giurisdizionale nel suo attuarsi da parte degli esperti e dei cittadini nel continuo fisiologico compimento delle diverse attività nel convincimento della loro valutazione (positiva o negativa che sia). Il costante ripetersi di tali comportamenti influenza e a volte contribuisce a conformare sia gli usi sia gli abusi delle regole e dei principi. Ed allora non v'è dubbio che il fatto da decidere sia determinante nell'individuazione della normativa che lo regola; che il bilanciamento dal quale scaturisce l'"ordinamento del caso concreto" sia fortemente condizionato dalle peculiarità del fatto. Ciò, tuttavia, non configura una lettura di testi legislativi "priva di qualsiasi capacità di analisi etico-politica", ma neanche un'attività autoreferenziale e quindi un'analisi che prescindere dai fondamenti normativi, definiti o definibili, del sistema ordinamentale. In questa direzione acquista maggior senso "la lettura del diritto civile in chiave dei principi costituzionali". Questi sono indiscutibilmente *ius positum*» (P. PERLINGIERI, *Ius positum o ius in fieri: una falsa alternativa*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1044 s.).

⁵⁹ Sul punto, emblematica la costruzione del carattere bipolare della responsabilità civile: v. Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2272 ss., che, con il suggello del Giudice delle leggi (Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 770 ss., con nota critica di P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: un'interpretazione che non convince*), fino alla più recente Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, *ivi*, 2009, p. 499 ss., con nota di *Id.*, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità del danno alla persona"*, nel ribadire il summenzionato carattere bipolare – contrassegnato da atipicità per la lesione di interessi economici (art. 2043 c.c.) e tipicità per la lesione della persona (art. 2059 c.c.) – sminuisce la preminenza dei valori esistenziali su quelli patrimoniali delineata dal sistema ordinamentale.

oggetto dell'interpretazione sia esclusivamente la disposizione di rango ordinario, riservando alle norme costituzionali il mero ruolo di criteri ermeneutici, se mai suppletivi, da utilizzare per i casi dubbi⁶⁰. La teorica della interpretazione costituzionalmente orientata concepisce la Costituzione una bussola sulla base della quale orientarsi; ben diversamente, e inspiegabilmente, dai principi dell'Unione europea, che sarebbero, invece, direttamente applicabili⁶¹.

Queste ultime posizioni rivelano la loro insufficienza nell'applicazione dei principi costituzionali in quanto pedissequamente si pongono nella prospettiva di applicazione dei criteri ermeneutici rinvenibili nell'art. 12 delle preleggi del tutto travolto dalla introdotta gerarchia delle fonti costituzionali e sovranazionali e dalla conseguente insostenibilità del broccardo *in claris non fit interpretatio*⁶². È emblematico, infatti, che tale broccardo sia oggi ancora presente nelle pronunce della nostra giurisprudenza: «in presenza di una norma dal significato chiaro, non c'è spazio per una interpretazione costituzionalmente orientata»⁶³. In un sistema di legalità costituzionale, qual è il nostro, è fuor di dubbio che ogni atto di disposizione di natura legislativa come negoziale, per essere l'uno legittimo e l'altro valido, deve superare il controllo di legittimità⁶⁴.

Invero, l'interpretazione mira ad individuare la composita normativa da applicare e, di questa, i principi fondamentali sono non già semplici parametri di valutazione esterna di una aprioristica regolamentazione, ma parti integranti della fattispecie normativa.

⁶⁰ Sulla scia di L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 126 ss. e 134 ss., e così confermata ampiamente dalla giurisprudenza quando ricorre all'«interpretazione costituzionalmente orientata»: emblematica, in tal senso, la costruzione del sistema bipolare del c.d. danno patrimoniale e del c.d. danno non patrimoniale determinata a partire dal 2003. In merito, per ulteriori riferimenti bibliografici, v. P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino*, cit., p. 775 ss.

⁶¹ E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, pp. 42 ss. e 159 ss.

⁶² In merito, v. *retro* la nota n. 57 e, in particolare, P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica*, cit., p. 273 ss.

⁶³ Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 16 maggio 2022, n. 577, in *Foro amm.*, 2022, p. 629.

⁶⁴ Per tale univocità del metodo interpretativo da applicare, v. P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, (1975), in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 27 ss.; ID., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 22 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 347 s.: sí che «interpretazione del fatto statuyente la norma e qualificazione del fatto implicante un regolamento d'interessi sono un tutt'uno».

6. CONTROLLO ACCENTRATO E CONTROLLO DIFFUSO DI COSTITUZIONALITÀ

Giudice comune, Corte costituzionale e giudice europeo utilizzano la stessa ermeneutica⁶⁵, tant'è che la Corte costituzionale, e non da ora, dichiara inammissibile la questione là dove il giudice *a quo* gliela sottoponga senza aver esplicitato tutti i tentativi di lettura conforme⁶⁶. Al giudice comune spetta ricercare, da sé, l'interpretazione conforme a Costituzione, limitando il ricorso alla Corte soltanto per quei casi nei quali la disposizione appaia effettivamente incompatibile con la Costituzione. Così, sin dal 1996, la Corte bacchetta l'interprete, di là che siano le Sezioni Unite della Cassazione, in quanto «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime» perché «è possibile darne [...] interpretazioni incostituzionali, [...] ma [...] perché è impossibile interpretarle in senso costituzionale»⁶⁷; sí che è compito del giudice comune presumere che «una disposizione non sia dichiarata illegittima fintantoché sia possibile enucleare da essa almeno un significato conforme» a Costituzione⁶⁸.

Mai dunque limitarsi all'analisi del linguaggio delle disposizioni.

7. *SEGUE*. LA GIURISPRUDENZA. INTERPRETAZIONE SECONDO COSTITUZIONE DELL'ART. 1052, COMMA 2, C.C.

Numerosi sono i casi giurisprudenziali significativi. Sul finire degli anni Novanta si è acclarato che la funzione sociale della proprietà non potesse piú leggersi in chiave esclusivamente produttivistica ma primariamente a tutela di situazioni che patrimoniali non sono, sí da statuire – in tema di servitú di passaggio di fondo non totalmente intercluso – la preminente tutela di esigenze esistenziali unitamente a quelle codicisticamente previste legate all'agricoltura e all'industria *ex art. 1052, comma 2, c.c.)*⁶⁹.

⁶⁵ La questione è dibattuta. In merito, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, pp. 343 s. e 389 ss. Sull'impatto del diritto europeo nella teoria delle fonti e dell'interpretazione, quale problema del diritto civile, un primo contributo sistematico si rinviene in ID., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992. Per una sintesi sulla prospettiva di metodo nell'approccio al diritto europeo: ID., *Quella di Hugh Collins sul "codice civile europeo" non è la via da seguire*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1207 ss.

⁶⁶ Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356, in *Dir. ind.*, 1997, p. 157 ss.

⁶⁷ Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356, cit., p. 161.

⁶⁸ Corte cost., 19 maggio 1988, n. 559, in *Cons. St.*, 1988, II, p. 999 ss.

⁶⁹ Su tali aspetti, v. P. PERLINGIERI, *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitú coattiva di passaggio* (nota di commento a Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167), in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688 ss.

8. *SEGUE*. CLAUSOLA PENALE E SUA RIDUCIBILITÀ *EX OFFICIO*: LETTURA CONFORME A COSTITUZIONE DELL'ART. 1384 C.C. CONFIGURABILE ANCHE PER L'ART. 1385 C.C. IN TEMA DI CAPARRA CONFIRMATORIA

Così la Corte costituzionale, a distanza di un decennio della pronuncia delle Sezioni unite⁷⁰ che ha riconosciuto la riducibilità della penale manifestamente eccessiva (*i.e.*: eccessivamente sproporzionata), invoca il dovere di solidarietà per prospettare la nullità della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva⁷¹. Di conseguenza lo stesso giudice può disporre la *reductio* sulla base non soltanto di un mero calcolo in attuazione del principio di proporzionalità, ma anche, coniugando quest'ultimo con il principio di eguaglianza (declinato secondo l'art. 2 cost.), nel prendere in ragionevole considerazione le condizioni economiche della persona-contraente destinata a sopportarne l'onere.

9. *SEGUE*. INTERPRETAZIONE DELLA CLAUSOLA GENERALE "NORMALE TOLLERABILITÀ" IN CASO DI IMMISSIONI *EX ART. 844 C.C.*

Secondo la giurisprudenza di legittimità, la clausola generale sulla "normale tollerabilità" rinvenibile nell'art. 844 c.c. è suscettibile, in relazione al bene salute, di una interpretazione estensiva conforme a Costituzione; sí che, se si vive in prossimità di un'azienda che produce prodotti nauseabondi, nonostante tale attività produttiva preesistesse all'edificazione di abitazioni civili, la normale tollerabilità si modella in rispondenza della meritevolezza dell'interesse degli abitanti ivi residenti⁷².

⁷⁰ Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Notariato*, 2006, p. 17 ss., con nota adesiva di M. TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*.

⁷¹ Corte cost., ord., 24 ottobre 2013, n. 248, e Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, entrambe in www.cortecostituzionale.it. Invero, a fronte di una caparra iniqua, di là dalla questione dell'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c. o dell'applicazione diretta dei principi di proporzionalità e solidarietà, quel che rileva è che bisogna sempre individuare il rimedio piú adeguato al fine di tutelare ragionevolmente gli interessi di volta in volta coinvolti nel caso concreto: così G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 33 ss. e spec. p. 35, la nota n. 65, e p. 87 s. V. anche I. PRISCO, *Riducibilità ex officio della penale manifestamente eccessiva*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, p. 157 ss., e, in maniera criticamente rispondente, alla luce delle riflessioni dottrinali che ne sono derivate, *ivi*, II, 2ª ed., Napoli, 2021, p. 170 s., ove si puntualizza che il rimedio piú ragionevole risulta essere «in via aprioristica» non necessariamente quello invalidante, in quanto può risultare piú adeguata, a séguito del vaglio dell'interprete, la riconduzione ad equità, *recte* a proporzione.

⁷² Cass., 11 aprile 2006, n. 8420, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, *Diritti reali – Obbligazioni – Autonomia negoziale – Responsabilità civile*, Napoli, 2012, p. 272 (con commento di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Immissioni e tutela della salute*, *ivi*, p. 272 ss.).

10. *SEGUE*. INTERPRETAZIONE ATTUATIVA DELLA GIUSTIZIA DISTRIBUTIVA DELL'ART. 720 C.C.

In tema di divisione *ex art.* 720 c.c., mentre le decisioni giurisprudenziali piú risalenti assegnavano l'immobile "preferibilmente" al maggior quotista, salvo esclusivamente ragioni di opportunità ravvisabili nell'interesse comune dei dividendi o nell'interesse dell'economia, la Cassazione riconosce da alcuni anni un potere discrezionale di deroga al criterio preferenziale, a tutela della meritevolezza di interessi di natura esistenziale dei quotisti di minoranza⁷³.

Nell'applicare l'art. 720 c.c., il giudice è tenuto a valutare la sussistenza in concreto di «motivi seri» idonei a giustificare la deroga al generale principio di assegnazione⁷⁴. Si compie il passaggio da una applicazione meccanica della disposizione, annodata al criterio quantitativo, ad una valutazione squisitamente qualitativa dell'interesse concretamente prevalente, che rende l'interpretazione dell'art. 720 c.c. compatibile con l'assiologia del sistema ordinamentale, traducendosi nella «valorizzazione dell'individuazione dell'interesse personale prevalente rispetto agli altri confliggenti»⁷⁵. Nello stesso orientamento si inquadra anche l'evoluzione interpretativa dell'art. 729 c.c.⁷⁶. La regola del sorteggio *ex art.* 729 c.c. è derogabile dal giudice, non soltanto quando il sorteggio possa comportare un frazionamento antieconomico, ovvero esclusivamente in presenza di ragioni oggettive legate alla condizione funzionale ed economica del bene, ma anche in presenza di «fattori soggettivi di apprezzabile e comprovata opportunità», ovvero tenendo adeguatamente conto delle situazioni specifiche che si sono venute a creare sui singoli beni e tali da far emergere un interesse sul bene che merita preferenza⁷⁷.

⁷³ Cass., 25 settembre 2008, n. 24053, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Divisione*, n. 17.

⁷⁴ Cass., 16 febbraio 2007, n. 3646, Cass., 25 settembre 2008, n. 24053, e Cass., 28 ottobre 2009, n. 22857, tutte in *DeJure online*; Cass., 6 febbraio 2009, n. 3029, in *Notariato*, 2009, p. 252 ss.; Cass., 12 marzo 2010, n. 6134, e Cass., 13 maggio 2010, n. 11641, in *DeJure online*; Cass., 11 luglio 2011, n. 15212, in *Fam. dir.*, 2011, p. 1091 ss.; Cass., ord., 17 luglio 2014, n. 16376, in *DeJure online*; Cass., 5 novembre 2015, n. 22663, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 675 ss.

⁷⁵ A. ALPINI, *La preferenza nell'assegnazione del bene indivisibile: il criterio dell'interesse prevalente. Il nuovo orientamento della Corte di Cassazione sull'interpretazione dell'art. 720 c.c.*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 678 ss. Per l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 720 c.c., anche in ipotesi scaturenti da esigenze legate al «bisogno della persona», attraverso l'interpretazione evolutiva del combinato disposto degli artt. 720 e 722 c.c. nel quadro di una rilettura del sistema delle preferenze a partire dall'art. 732 c.c., v. EAD., *La prelazione nelle comunioni*, Napoli, 2010, p. 99.

⁷⁶ Cass., 18 gennaio 2007, n. 1091, in *DeJure online*; Cass., 12 febbraio 2013, n. 3461, e Cass. ord., 6 ottobre 2017, n. 23395, *ivi*.

⁷⁷ A. ALPINI, *Il criterio del sorteggio ex art. 729 c.c. Parità di condizioni, motivi e bilanciamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 736 s.: «[n]on si è mai dubitato che la *ratio* del criterio del sorteggio *ex art.* 729 c.c. sia quella di garantire la trasparenza delle operazioni divisionali contro ogni possibile favoritismo, né che il presupposto per l'applicazione del criterio del sorteggio sia la parità di condizioni dei dividendi.

11. *SEGUE*. CONTRATTO DI LOCAZIONE E NULLITÀ DELLA CLAUSOLA RISOLUTIVA IN CASO DI OSPITALITÀ

La Corte di Cassazione afferma la nullità della clausola contenuta in un contratto di locazione che vieti l'ospitalità a persone estranee al nucleo familiare perché in contrasto con i doveri di solidarietà imposti dall'art. 2 cost.⁷⁸.

12. *SEGUE*. ART. 16 DISP. PREL. C.C. E DISAPPLICAZIONE DELLA CONDIZIONE DI RECIPROCIÀ AL COSPETTO DI DIRITTI FONDAMENTALI DELLO STRANIERO

Una lettura conforme a Costituzione⁷⁹ esclude la condizione di reciprocità – contenuta nell'art. 16 disp. prel. c.c. – quando si sia dinanzi a diritti dell'uomo da dover tutelare⁸⁰. Da ultimo, la Cassazione ribadisce che l'art. 16 preleggi, «nella parte in cui subordina alla condizione di reciprocità l'esercizio dei diritti civili da parte dello straniero, [...] deve essere interpretato in modo [conforme all'art. 2 cost.], che assicura tutela integrale ai diritti inviolabili della persona; sí che allo straniero è sempre consentito, a prescindere da qualsiasi condizione di reciprocità domandare al giudice italiano il risarcimento del danno, patrimoniale e non, derivato dalla lesione di diritti inviolabili della persona»⁸¹.

13. *SEGUE*. INTERPRETAZIONE DELL'ART. 23, COMMA 3, T.U.F. E NULLITÀ SELETTIVA

Nella pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione sulla c.d. nullità selettiva, si fa riferimento alla necessità di interpretare l'art. 23, comma 3, t.u.f. coerentemente con i

Tuttavia, la Cassazione precisa che non si può neppure dubitare che tale presupposto vada sempre verificato, poiché la parità di condizioni e, dunque, l'uguaglianza delle quote è frutto della valutazione degli interessi e della loro comparazione. Il concetto di divisibilità ne risulta arricchito di valutazioni che lo colorano sempre più delle ragioni che valorizzano il bene e dei motivi che giustificano la sua attribuzione» (p. 738).

⁷⁸ Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 992 ss., evocando testualmente P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, p. 344 s. (ora, 11ª ed., Napoli, 2022, p. 455 s.). Sul punto, v. altresì G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 32 s., la nota n. 65, il quale puntualizza che la clausola negoziale in questione fosse non soltanto «lesiva [...] dei rapporti di amicizia», ma anche «idonea a creare una disparità di trattamento irragionevole (art. 3 cost.) tra la famiglia fondata sul matrimonio e le convivenze di fatto, tanto eterosessuali quanto omosessuali».

⁷⁹ Cass. 11 gennaio 2011, n. 450, con nota di I. PRISCO, *Protezione dei diritti fondamentali e inapplicabilità della condizione di reciprocità*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, *Personae – Famiglie – Successioni*, Napoli, 2012, p. 87 ss.

⁸⁰ In quanto tale, a prescindere dal suo *status civitatis*: P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., *passim* e spec. pp. 16 ss., 133 s., 139, 175 ss. e 178 s.

⁸¹ Cass., 10 maggio 2021, n. 12226, in *DeJure online*.

principi del diritto eurounitario, sí da non escluderne né il rilievo d'ufficio né l'operatività a vantaggio esclusivo del cliente⁸².

14. *SEGUE*. CASO ENGLARO: APPLICAZIONE DIRETTA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

Un diverso e piú significativo utilizzo delle norme costituzionali da parte della giurisprudenza di legittimità ha trovato riscontro in una importante pronuncia tramite la valorizzazione diretta dei principi costituzionali. Nel Caso Englaro, la Cassazione, nel dettare il principio di diritto, secondo il quale, allorché «il malato giaccia da moltissimi anni [...] in stato vegetativo permanente [...] il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario [...] unicamente: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile [...] e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona»⁸³. Una espressa diretta applicazione, questa, in assenza di regole ordinarie, degli artt. 2, 13 e 32 cost.⁸⁴.

15. *SEGUE*. ADEGUATEZZA SALARIALE

Significativa, altresí, è la recentissima pronuncia della Sezione lavoro della Cassazione sulla adeguatezza della retribuzione delle prestazioni lavorative e sulla diretta applicabilità dell'art. 36 cost.⁸⁵.

⁸² Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Riv. not.*, 2020, p. 313 ss. e spec. p. 319.

⁸³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 77 ss.

⁸⁴ In merito, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 352: «l'insieme delle disposizioni di un sistema ordinamentale consente di individuare *rationes* e principi inespressi. Questi, unitamente alle numerose disposizioni normative di principio espressamente formulate ed identificative del sistema o comunque integrative dello stesso, escludono che vi siano lacune, specialmente in presenza di una Costituzione fortemente valutativa e per di piú rigida».

⁸⁵ Sul punto v. P. PERLINGIERI, *Adeguatezza salariale e Costituzione* (nota a Cass., Sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711), in questo fascicolo, decisamente sulla scia di quanto coraggiosamente indicato da Salvatore Pugliatti a metà del secolo scorso!

16. NECESSITÀ DI UNA RINNOVATA TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE

Un sistema ordinamentale unitario e complesso⁸⁶, caratterizzato da una pluralità di fonti di origine e rango diversi, esige una rinnovata teoria dell'interpretazione che, nella consapevolezza della stretta connessione tra diritto e cultura, ponga adeguata attenzione all'identità culturale e costituzionale dell'intero assetto normativo⁸⁷, in una accezione sistematica e assiologica⁸⁸. Una ermeneutica, quindi, caratterizzata dalla funzione di controllo di legittimità, quale garanzia di conformità alla legalità costituzionale comprensiva del diritto eurounitario e del diritto delle Convenzioni internazionali (artt. 10, 11, 117, comma 1, cost.)⁸⁹.

Un controllo che ben si concreta in una formidabile attività rimediale, come tecnica di difesa e quindi di partecipazione all'integrazione dell'ordinamento giuridico⁹⁰.

⁸⁶ La normativa vigente non è il prodotto esclusivo delle fonti esplicitamente previste dall'ordinamento statale, bensì comprende il complesso di normazioni di provenienza esterna in un unico complessivo e articolato sistema che spetta all'interprete individuare: P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., spec. pp. 78, 87, 126-130; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss. V. altresì ID., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, *passim*. La funzione ordinante dell'interpretazione realizza il passaggio ad un sistema costruito sui fondamenti della legalità costituzionale, secondo una «logica al servizio dell'assiologia» dell'ordine giuridico: ID., *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni*, cit., p. 432 ss.

⁸⁷ Secondo l'art. 4, comma 2, TUE. In merito, v. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 540 ss.; ID., *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in *Foro nap.*, 2014, p. 449 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 132 ss. e spec. p. 138; ID., *Il contributo dell'identità nazionale allo sviluppo della cultura costituzionale europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 822 ss.

⁸⁸ P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 183, ove si discorre di 'principi identificativi' quale luogo di apertura e strumento di controllo per la costruzione del tessuto valoriale del sistema italo-europeo. Su questa scia: A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018, spec. p. 136; G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, spec. p. 187.

⁸⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, cit., p. 436. «L'incontro tra la produzione normativa comunitaria e quella nazionale configura il sistema italo-comunitario delle fonti, distinte in fonti interne ed esterne secondo una gerarchia compatibile al diritto internazionale, alla Costituzione ed alla produzione secondaria comunitaria, nazionale e regionale»: ID., *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, (1997), in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 103; ID., *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., p. 79.

⁹⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, e V, *Tutela e giurisdizione*, 4ª ed., Napoli, 2020, rispettivamente pp. 233 ss. e 115 ss. Infatti, «il significato da attribuire all'espressione 'legalità costituzionale' non può prescindere dal contesto prodotto da fonti diverse dalla Carta costituzionale, dovendosi aver riguardo alle Convenzioni internazionali e al diritto comunitario», sí da confermarsi «l'apertura del nostro sistema ordinamentale, già presente significativamente nell'art. 10 cost. [...] e naturalmente nell'art. 11 della stessa Carta» (ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 177). Si è dinanzi a una legalità aperta «che impone una notevole funzione di controllo di legittimità e conformità in sede applicativa sia costituzionale sia comunitaria, in un costante processo di

Autointegrazione, tuttavia, da realizzare nel rispetto di argomenti desumibili dai fondamenti del sistema ordinamentale⁹¹, mediante una metodologia rispettosa della pluralità dei valori giuridicamente rilevanti e della loro gerarchia, nella consapevolezza della unilateralità e dell'insufficienza dell'analisi del linguaggio⁹² e, ancor più, dell'analisi esclusivamente economica⁹³, lontane dalla filosofia della vita indicata dal personalismo e dal solidarismo costituzionali.

In un sistema giuridico fondato su una pluralità di fonti, di origine e rango diversi, la sua interpretazione a fini applicativi⁹⁴ non può che prospettarsi come una ermeneutica del controllo di conformità delle disposizioni di rango inferiore a quelle di rango superiore, con la conseguenza che la lettera della disposizione di rango inferiore non può considerarsi vincolante là dove la sua *ratio* risulti non conforme alla legalità costituzionale. E, a maggior ragione, ogni espressione, rappresentativa di clausole generali come correttezza, diligenza, buona fede, ecc., non potrà che essere interpretata in coerenza con la pluralità di principi e di valori desumibili dal sistema nella sua unitarietà⁹⁵. Ciò vuol dire che l'interpretazione giuridica – senza che possano separarsi le regole dai principi e senza voler ancora perseverare nella irrilevanza giuridica dei principi espressi, soprattutto se di rango superiore – è per definizione sistematica e assiologica. Ciascuna disposizione, pur se apparentemente chiara, va verificata per la *ratio* che

armonizzazione che è culturale e metodologico ancor più che normativo» (Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 335).

⁹¹ Sul necessario nesso tra fondamenti e argomenti, v. P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, cit., p. 111 ss. e spec. pp. 113 ss. e 119 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 283 ss. Diversamente A. GENTILI, *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 471 e spec. 473; Id., *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2013, p. 3 ss.; per una valutazione critica, v. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 770 ss.

⁹² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 291 ss. e spec. 295; già Id., *Introduzione a Joachim Hruschka, La comprensione dei testi giuridici*, (1983), in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 182 ss.

⁹³ In tal senso, v. P. PERLINGIERI, *Economia e diritto*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 274; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 354.

⁹⁴ P. PERLINGIERI, *Interpretazione assiologica e diritto civile*, cit., p. 477 s.

⁹⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 423 ss., e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici. Diversamente L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 10: v. *retro* la nota n. 51.

assume nel contesto socio-normativo⁹⁶, in continua evoluzione, sí da escludere che l'attività interpretativa possa essere costruita *sub specie aeternitatis*⁹⁷.

Un'ampia casistica giurisprudenziale⁹⁸ sta a dimostrare che la pluralità delle fonti e la loro gerarchia non consentono di interpretare le disposizioni di legge fermandosi alla lettera (secondo l'art. 12 disp. prel. c.c.) e di procedere, in assenza di un significato univoco, con l'individuazione di un'altra norma (*analogia legis*) e, in assenza di questa, di ricorrere in via residuale ai princípi (*analogia iuris*). Princípi e regole sono un'unità inscindibile⁹⁹. Da qui la non divisibilità dell'opinione secondo la quale soltanto le regole di dettaglio sono norme, mentre i princípi avrebbero tutt'al piú la funzione di orientare – a mo' di bussola – le regole di rango ordinario. Le stesse c.dd. lacune dell'ordinamento sono il frutto di una dogmatica pigramente restia a svincolarsi dalle regole di dettaglio e, dunque, dalla teoria della fattispecie, e della conseguente interpretazione sillogistica (c.d. sussuntiva)¹⁰⁰.

Il giudice è vincolato ad un tempo da regole di dettaglio e da princípi normativi specie se "identificativi della legalità costituzionale" che, delimitandone la discrezionalità, gli consentono di motivare e di giustificare la decisione, coinvolgendo, nel procedimento argomentativo, il rispetto dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili dell'uomo (art. 2 cost.), contribuendo alla "depatrimonializzazione" del diritto e in particolare del diritto civile¹⁰¹.

⁹⁶ P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica*, cit., p. 286; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi*, Napoli, 2006, spec. p. 44 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 333 ss.

⁹⁷ P. PERLINGIERI, *Una lezione agli studenti della «Federico II»*, cit., p. 412; ID., *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, I, Napoli, 2018, p. 284. In una diversa prospettiva, autorevolmente E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 40 ss., secondo il quale l'atto negoziale sarebbe pregno di valori sociali pregiudiziali e vincolanti.

⁹⁸ Sapientemente raccolta, v. G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, I, cit.; IDD. (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, II, cit.

⁹⁹ Sul punto, v. P. PERLINGIERI, *Una lezione agli studenti della «Federico II»*, cit., p. 415.

¹⁰⁰ P. PERLINGIERI, *I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Ann. SISDiC*, 2017, 1, p. 1 ss. e spec. p. 12, ove si sottolinea che la diffidenza dei giuristi verso i princípi è anche condizionata dalla loro abitudine «ad intendere [...] la legge soprattutto come regola per fattispecie determinate»; ID., *Il diritto civile tra regole di dettaglio e princípi fondamentali*, cit., p. 379 ss.

¹⁰¹ In merito, v. P. PERLINGIERI, «*Depatrimonializzazione*» e diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.; C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, ivi, 1980, p. 644 ss.

Per altro verso, nel riscoprire la giuridicità della fattualità, emerge il senso da attribuire oggi al broccardo *ex facto oritur ius*¹⁰², che esige una valutazione ragionevole delle regole adeguata ai fatti, un approccio non dogmatico e falsamente neutrale, frutto di una costante dialettica tra princípi, regole di dettaglio e fatti concreti¹⁰³, quindi un'argomentazione fondata, ancor piú che sulla razionalità, sulla ragionevolezza, quale adeguatezza delle soluzioni agli interessi e ai valori preminenti, maggiormente meritevoli secondo la legalità costituzionale¹⁰⁴.

La normativa costituzionale, dunque, non ha come destinatario esclusivo il legislatore (artt. 54, comma 1, e 101, comma 2, cost.) come non ha soltanto la funzione di limite o una mera rilevanza interpretativa; essa, in assenza di regolamentazioni specifiche, è suscettibile di diretta attuazione nei rapporti interindividuali¹⁰⁵.

Da qui la necessità di una riproposizione dei canoni ermeneutici, con il superamento di una interpretazione distinta per gradi con prevalenza del tenore letterale delle disposizioni¹⁰⁶.

Nel doveroso passaggio dall'interpretazione esegetica a quella sistematica l'approccio ai princípi e ai valori contenuti nella Costituzione repubblicana assume un ruolo fondamentale che obbliga il giurista a svincolarsi da una dogmatica appiattita, anche se inconsapevolmente, su princípi e valori non piú presenti nel sistema ordinamentale, inteso questo come un insieme di pure tecniche, come frutto di ragionamenti meramente sillogistici e simmetrici, per lo piú ispirati al passato e alla tradizione senza dunque una adeguata attenzione a comprendere quel che c'è oltre la legge¹⁰⁷. Così Salvatore Pugliatti, da "formica", da "operaio della cultura"¹⁰⁸, come umilmente si autodefiniva, indicava la via della necessaria compenetrazione tra sistema giuridico e

¹⁰² «La fattualità, sia individuale sia sociale, diventa esperienza giuridica, insieme di enunciati aggregati nel tempo, consolidati in un processo di sistema, nel quale il dover essere si storicizza nell'essere possibile che, a sua volta, connota l'adeguatezza della disciplina e ne condiziona l'attuazione. La norma è quindi il risultato dell'interpretazione ricavabile sia dal testo sia dal complessivo contesto»: ID., *Interpretazione e controllo di conformità*, cit., p. 294; ID., *Una lezione agli studenti della «Federico II»*, cit., p. 415; ID., *Il diritto civile tra regole di dettaglio e princípi fondamentali*, cit., p. 379 ss.

¹⁰³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, pp. 252 ss., 381.

¹⁰⁴ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 219 s. Sul distinguo da dover operare tra razionalità – che si muove *a priori* secondo argomenti limitatamente deduttivi e sussuntivi –, e ragionevolezza – che impone «una valutazione funzionale e assiologica delle premesse del ragionamento (norme, atti e fatti normativi) e delle soluzioni alle quali il medesimo ragionamento conduce» –, v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 46 ss. e spec. p. 50 s.

¹⁰⁵ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 238.

¹⁰⁶ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 249 ss.

¹⁰⁷ S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani*, cit., p. 17 s.

¹⁰⁸ S. PUGLIATTI, *o.u.c.*, p. 26.

sistema culturale¹⁰⁹, oggi così poco presente nel percorso formativo dei giuristi e soprattutto negli attuali metodi di ricerca e di insegnamento¹¹⁰.

¹⁰⁹ P. PERLINGIERI, *Per un positivismo giuridico «inclusivo». Note minime su diritto e cultura*, in *Ann. SISDiC*, 2023, 10, p. 161 ss. e spec. p. 163.

¹¹⁰ V., infatti, N. LIPARI, *Per un nuovo manuale di diritto privato*, in *Riv. trim.*, 2023, p. 157 ss.; e P. PERLINGIERI, *Manuali di diritto civile e pensiero critico*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, p. 391 ss.