

**LA GIURISDIZIONE SUI DIRITTI TRA CORTE COSTITUZIONALE E GIUDICE
COMUNE***

di

Paolo Mezzanotte

*(Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico –
“Sapienza” Università di Roma)*

21 dicembre 2011

Sommario: 1. La cultura giuridica del Costituente italiano in tema di giustizia costituzionale e progressiva integrazione del potere giudiziario nel sistema costituzionale – 4. Diritti giurisdizione comune – 2. Alle origini dell’applicazione diretta della Costituzione – 3. La fondamentali e applicazione diretta da parte del giudice civile – 4.1. – Il risarcimento del danno non patrimoniale – Interpretazione e applicazione dell’art. 2 Cost. – 5. Attorno ad un’ipotesi ricostruttiva

1. La cultura giuridica del Costituente italiano in tema di giustizia costituzionale e di giurisdizione comune

La tensione tra i modelli di giurisdizione di diritto oggettivo e, rispettivamente, di diritto soggettivo, è forse uno dei tratti più salienti del rapporto tra giustizia costituzionale e giurisdizione comune, così come individuato dal Costituente italiano ed evolutosi fino ai

* Relazione al convegno “*La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*” tenutosi in data 11 luglio 2011 a Roma, presso la Facoltà di Scienze Politiche, Sociologia e Comunicazione, “Sapienza” Università di Roma.

nostri giorni. La linea che divide lo spazio della normatività astratta da quello della applicazione concreta, caratteristica della dogmatica tradizionale, è anche quella prescelta dalla Costituzione repubblicana - almeno in prima battuta e salve le considerazioni che si faranno di seguito - per fare del giudizio di costituzionalità un momento funzionalmente differenziato ed eterogeneo rispetto a quello della giurisdizione comune.

Il Costituente scarta infatti l'ipotesi del sindacato diffuso, che avrebbe consolidato in un unico giudice il ruolo di garante dei diritti e di garante della Costituzione, e che avrebbe portato a fondere insieme queste due funzioni in un plesso unitario. In quel particolare modello, infatti, la soluzione della questione di legittimità coincide ed è contestuale alla soluzione del caso concreto, cosicché la controversia sul diritto oggettivo si risolve anche, immediatamente, in una controversia sul diritto soggettivo. Il sindacato di legittimità costituzionale di tipo accentrato si astraie, invece, dal fatto concreto e si esaurisce nel confronto tra due fattispecie normative. Ne risulta esaltato l'aspetto, squisitamente pubblicistico¹, della preservazione della legalità costituzionale, mentre resta sullo sfondo - sia pure senza essere completamente obliterata - la vicenda della vita dalla quale quel conflitto tra norme ha avuto occasione di manifestarsi.

Quello della Corte costituzionale è giudizio sui diritti solo nella misura in cui è anche giudizio sulle leggi. Le attribuzioni della Corte sono infatti radicate nell'oggetto della questione, non essendo contemplato peraltro, a differenza dalla coeva esperienza costituyente tedesca, lo strumento del ricorso diretto per lesione dei diritti inviolabili. Tale istituto avrebbe ampliato i poteri della Corte costituzionale ad una serie indeterminata di atti, normativi e non, comunque lesivi di posizioni sostanziali fondamentali.

Infatti, nelle esperienze costituzionali che ammettono il ricorso diretto, ai fini della configurazione del giudizio di costituzionalità rileva, principalmente, il parametro costituzionale, e meno l'oggetto del giudizio, che non deve coincidere necessariamente con un atto di rango legislativo. E' favorita, con ciò, l'estensione del principio di costituzionalità, potenzialmente, ad ogni settore dell'ordinamento, e in via indipendente dalla mediazione di una fonte di rango legislativo².

Non va inoltre dimenticato che, nel sistema della Legge fondamentale tedesca, il *Verfassungsbeschwerde* si pone in stretta correlazione con altre disposizioni costituzionali, *in primis* con l'art. 1, comma III, che espressamente dispone la diretta vincolatività dei diritti

¹ Sul quale v. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milano, 1979, 71 ss.

² In ordine alla opportunità dell'introduzione del ricorso diretto alla giustizia costituzionale nell'ordinamento italiano, si vedano le riflessioni di V. ONIDA, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 1101 ss.

fondamentali non solo nei confronti del legislatore, ma di ogni altro potere normativo, amministrativo o giurisdizionale³. Ne risulta un sistema di garanzia dei diritti fondamentali profondamente integrato, nel quale, alla immediata vigenza dei diritti stessi in ogni rapporto giuridico della vita associata, sia di diritto pubblico che di diritto privato, fa da riscontro l'accentramento in capo al *Bundesverfassungsgericht* delle relative funzioni giurisdizionali di ultima istanza. Un ordinamento alquanto strutturato, in cui, se da un lato tutti i pubblici poteri sono, in maniera espressa e diretta, soggetti alla Legge fondamentale, dall'altro il sistema conosce il suo punto di chiusura nel ruolo "monopolistico" del Tribunale costituzionale federale, che, oltre ad essere supremo giudice delle leggi, è configurato anche, per quanto detto, come supremo giudice dei diritti. Anche in questo modello lo iato tra le due attività giurisdizionali di diritto oggettivo e di diritto soggettivo si riduce, poiché, sebbene il giudizio sulle leggi e il giudizio di tutela dei diritti fondamentali si configurino come due funzioni distinte, unico è il soggetto che le esercita.

Nella Costituzione italiana, invece, giudizio sulle leggi e giudizio sui diritti sono destinati a rimanere separati, e nessuna posizione monopolistica, paragonabile a quella del Tribunale costituzionale tedesco, è riconosciuta in capo alla Corte costituzionale con riguardo alla protezione dei diritti fondamentali⁴. Si potrebbe essere tentati dal pervenire subito alla conclusione che quello italiano è un sistema duopolistico, nel quale la garanzia dei diritti fondamentali spetterebbe alla Corte se il giudizio verte su una legge ordinaria, mentre in tutti gli altri casi sarebbe chiamato in causa il giudice comune, con applicazione diretta del parametro costituzionale ad atti, fatti e fonti di rango sublegislativo⁵. Sbaglierebbe, tuttavia, chi pervenisse a questa constatazione in maniera troppo semplice o frettolosa.

Ci sono voluti decenni, infatti, per il compiuto inserimento del potere giudiziario in seno all'ordinamento costituzionale, fino al segno di poter partecipare a pieno titolo, in una dialettica istituzionale serrata con la stessa Corte costituzionale, ad un sistema integrato di giurisdizione sui diritti fondamentali - grazie anche al progressivo affinamento di uno strumentario giuridico all'avanguardia, tra cui vanno ricordati il ricorso sistematico

³ Così l'art. 1, comma III, *Grundgesetz*: "I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente valido". Su questa disposizione della Legge fondamentale tedesca, e sulla *Drittwirkungslehre* ad essa collegata, v. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 16 ss.; R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1985, 69 ss.

⁴ Sulla contrapposizione tra il monopolio interpretativo esercitato dal tribunale costituzionale federale tedesco rispetto alla maggiore apertura del sistema di giustizia costituzionale italiano, cfr. le brevi ma efficaci osservazioni di A. CERVATI, voce *Disposizione e norma*, in A. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2017.

⁵ Parla di un sistema a doppio binario, o anche di un sistema di giustizia costituzionale integrato su due livelli, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 37 ss. Va tuttavia precisato che L'A. si riferisce alla configurazione attuale del sistema, e non alle intenzioni del Costituente.

all'interpretazione conforme e alla applicazione diretta delle norme costituzionali. Questo sistema duopolistico o integrato di giustizia costituzionale, infatti, è solo il portato terminale di un processo storico anche lungo, che ha inizio in un momento, quello dell'Assemblea costituente, in cui non si guardava con piena fiducia alle virtù democratiche dei giudici comuni e alla predisposizione di questi ad assecondare, con le loro decisioni, il progetto di ammodernamento costituzionale dello stato e della società italiana, che si andava allora intraprendendo⁶. E, forse, gli stessi Padri costituenti, fatte salve le debite eccezioni, si mostrarono troppo pedissequamente legati a concezioni riduttive e "burocratiche" della funzione giurisdizionale, che già a quel tempo cominciavano a segnare il passo.

Sotto quest'ultimo aspetto, infatti, è condivisibile che il Costituente non abbia dato prova di una cultura giuridica particolarmente avanzata nel tratteggiare i contorni della funzione giurisdizionale - non si dica delle garanzie di indipendenza della giurisdizione, ma proprio dei contenuti stessi della funzione. Il dato che più emerge, da un lato, è l'assenza di indicazioni precise - a differenza dal Costituente tedesco - circa l'esercizio della giurisdizione sui diritti tramite applicazione diretta del dettato costituzionale. Dall'altro lato, spicca, all'art. 101, II comma, il tradizionale assunto della soggezione dei giudice alla legge, e soltanto ad essa. A ciò si aggiunga che l'unico, vero contatto tra funzione giurisdizionale e normativa costituzionale che sia stato espressamente contemplato, risiede nel giudizio di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, previsto peraltro in legge costituzionale separata, e originariamente concepito come un controllo a carattere sindacatorio da parte del giudice comune - in modo tale, cioè, da non esercitare una *cognitio plena* sulla questione remittenda, e da non restringere troppo, di conseguenza, le vie di accesso alla Corte, ciò che avrebbe frustrato la piena esplicazione del giudizio accentrato sulle leggi.

Da quanto appena detto emerge quindi, come sopra accennato, una visione complessivamente riduttiva delle funzioni del giudice in rapporto all'attuazione costituzionale, tesa a ricalcare la vulgata montesquiviana del giudice *bouche de la loi* o quella del *pouvoir nul*, espressioni utilizzate per significare la neutralità del giudice, intesa però non solo come neutralità rispetto all'indirizzo politico, ma anche come asettica estraneità rispetto ai valori costituzionali⁷.

⁶ Si veda, a proposito di tali argomenti, soprattutto con riferimento alla evoluzione del ruolo dei giudici in rapporto alla Costituzione repubblicana, V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 501 ss.

⁷ Per tali considerazioni, si rinvia alle illuminanti pagine di C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 3 ss.

Va dato atto, con ciò, dell'altro profilo cui sopra si è fatto cenno. Accanto ad una visione forse poco evoluta e classicheggiante della funzione giurisdizionale, c'era, in seno all'Assemblea costituente, un assunto più consapevole sul piano della politica costituzionale: la sfiducia nella capacità del corpo dei magistrati di allora di poter metabolizzare in tempi brevi la realtà di una Costituzione rigida che avrebbe scalzato la tradizionale sovranità della legge; e, pertanto, il timore, rivelatosi poi fondato almeno in parte, di una scarsa sensibilità politica dei giudici stessi verso le istanze di attuazione dei valori costituzionali⁸.

La realtà giuridica che si ricostruisce a partire dalle scelte dell'Assemblea costituente in materia di giustizia costituzionale e, rispettivamente, dalle opzioni più o meno esplicite in tema di giurisdizione comune, è quella di un ordinamento separato in due tronconi, per cui il principio di legalità costituzionale, e la normatività stessa della Costituzione repubblicana, sono limitati, in maniera consapevole o meno, alla "sfera alta", quella delle relazioni che intercorrono tra Costituzione e legge ordinaria. La "sfera bassa", quella in cui opera la giurisdizione comune, quella della quotidiana vita dell'ordinamento, è uno spazio "costituzionalmente neutro"; è dominio della legge, cui il giudice è sottoposto secondo i canoni che marcano tradizionalmente la sua funzione⁹.

La dissociazione piena e netta tra giustizia costituzionale e giurisdizione comune, sotto il profilo tanto della funzione istituzionale quanto di quello della cultura giuridica che ne è alla base, reca con sé, fatalmente, la dissociazione tra la sfera della costituzionalità e quella della legalità ordinaria, ciascuna delle quali vive di vita propria e trae la propria fonte di legittimazione politica secondo dinamiche e valori anche differenti. Se la giurisdizione in tema di diritti fondamentali è, con riferimento al giudizio sulle leggi, campo elettivo della giustizia costituzionale, per la restante parte dell'ordinamento, dai contratti, agli atti amministrativi, al diritto del lavoro, etc., essa è "terra di nessuno", giacché è tacitamente preclusa la penetrazione immediata dei valori costituzionali al di sotto del diaframma legislativo. Pertanto, non esiste all'origine, perché non è neppure pensato, alcun regime

⁸ Cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 188 ss.; V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, cit., 509. Più problematica, anche alla luce di un approccio più analitico alla questione, è la lettura che degli atteggiamenti della magistratura dell'epoca fornisce S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 29 ss.

⁹ Cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 180 ss.; R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, cit., 84 s. Riprende recentemente questa tesi, sempre con riguardo agli albori dell'ordinamento costituzionale, R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, § 4, tratto da www.robortobin.it. Il testo fa parte de *La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XX convegno annuale dell'AIC (Roma, 27-28 ottobre 2006)*, Napoli, 2010, alle pp. 201 ss.

duopolistico tra Corte costituzionale e magistrature quanto alla garanzia dei diritti fondamentali.

Se di duopolio può parlarsi, quanto alla interpretazione ed attuazione costituzionale, esso riguarda i rapporti tra Corte e legislatore. E' al legislatore, infatti, che spetta principalmente il compito di tradurre, sul piano dell'ordinamento effettivo, i principi e programmi previsti dalla Costituzione. La questione dell'attuazione costituzionale, nell'ottica della stessa Assemblea costituente, è innanzitutto questione di indirizzo politico che si scarica principalmente sulle spalle dello stesso legislatore, ossia, in buona sostanza, di quelle stesse forze politiche di massa che siedono prima in Assemblea costituente e poi in seno alle Camere del Parlamento nazionale. E' sul Parlamento, e sulle virtualità integratrici della dialettica democratica che si svolge nel suo seno, che grava innanzitutto, prima che sulla Corte costituzionale come su qualsiasi altra istanza di garanzia, il compito di superare con le opportune riforme legislative quella frattura tra ordinamento legale e ordinamento costituzionale che si viene dal descrivere, e di assicurare così, per tramite della interposizione legislativa, la piena vigenza delle disposizioni costituzionali nei confronti del giudice comune.

Quella del Costituente italiano risulta essere, pertanto, una visione proiettiva e storicizzante, che riflette la consapevolezza di aver soltanto innescato un processo costituente la cui concreta attuazione si sarebbe svolta indefinitamente nei tempi a venire, con un superamento graduale della continuità sostanziale dell'ordinamento repubblicano con le precedenti *formae regiminis* e con una lenta ma progressiva erosione della stessa continuità istituzionale degli apparati autoritativi di governo, quali l'amministrazione e, quel che più interessa ai nostri fini, la giurisdizione¹⁰.

Questa caratteristica storicizzante e proiettiva dello spirito costituente italiano segna una marcata differenza rispetto all'esperienza costituente di Bonn, tesa, sotto questo profilo, alla realizzazione di un impianto immediato della legalità costituzionale, e dei diritti da essa veicolati, nel tessuto dell'ordinamento giuridico previgente¹¹. Per la realizzazione di tale, ambiziosa finalità, si sono resi necessari, in quella esperienza, strumenti di forte razionalizzazione, come, per l'appunto, l'accentramento della giurisdizione suprema sui diritti, che si unisce alla previsione dell'applicazione diretta della Costituzione; quando non,

¹⁰ Sulla visione storicizzante che è propria del Costituente italiano, in contrapposizione al rigorismo del *Grundgesetz*, quanto ai processi di attuazione della Costituzione, cfr. R. NANIA, *Op. cit.*, 141.

¹¹ *Id.*, *Op. cit.*, *ibidem*.

addirittura, istituti di stampo democratico-autoritario, come la dichiarazione di incostituzionalità dei partiti antisistema¹².

Sotto quest'ultimo, ulteriore aspetto, ossia quello dei metodi, oltre che dei tempi, di messa a regime della nuova legalità costituzionale, lo spirito costituente italiano segna una differenza ancor più netta rispetto al monismo statualistico della tradizione giuridica germanica. L'attuazione costituzionale, per il Costituente italiano, sarebbe stata realizzata, di lì a venire, tramite gli strumenti propri del metodo democratico, a partire da una visione dialettica e pluralista dei processi politici che aveva come suo epicentro il Parlamento nazionale come luogo di integrazione politica del dissenso e di attuazione-selezione dei valori¹³. Quel che più interessa ai nostri fini, è che questa concezione autenticamente democratica dell'attuazione costituzionale aveva dentro di sé, quasi naturalmente, la potenzialità di proiettarsi anche al di fuori del dibattito parlamentare e del pluralismo politico, per coinvolgere, nello stesso movimento dialettico di unificazione intorno ai valori, e quindi nel processo politico in senso lato, anche gli altri soggetti del pluralismo istituzionale, a cominciare dalla Corte costituzionale - alla stregua del compromesso duopolistico delle origini - fino ad arrivare al giudice comune¹⁴.

Il Costituente aveva bensì inizialmente relegato il giudice comune in una posizione di sostanziale subalternità rispetto ai processi di attuazione costituzionale; ma le virtualità indefinitamente proiettive, ed inclusive, racchiuse nella I Parte della Carta costituzionale, sembravano rendere testimonianza di una consapevolezza, quasi implicita nello stesso Costituente, sul fatto che il tempo avrebbe consentito un progressivo allargamento delle basi istituzionali della nuova forma di stato, a misura che i valori costituzionali fossero gradualmente penetrati in tutto l'ordinamento giuridico, andando a contaminare culturalmente i gangli vitali dell'organizzazione statale.

2. Alle origini dell'applicazione diretta della Costituzione

Per le ragioni sopra esposte, una trattazione volta a ricostruire le vicende salienti in cui si realizza un rapporto diretto tra normativa costituzionale e magistratura comune, con particolare riguardo al profilo dell'applicazione diretta della Costituzione come tecnica di garanzia dei diritti fondamentali, deve tener conto della prospettiva diacronica. Tale

¹² Sulla quale si rinvia a F. LANCHESTER, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, 2002, 91.

¹³ V. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., 12 ss.

¹⁴ Sulla concezione democratica e dialettica dell'interpretazione costituzionale che è propria del sistema italiano, v. A. CERVATI, voce *Disposizione e norma*, cit., 2017.

prospettiva non è quindi il risultato di una astratta presa di posizione metodologica, bensì di un approccio reso necessario dalle stesse scelte poste in essere dal Costituente italiano¹⁵.

Come è noto, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, i timori e le perplessità serpeggianti in Assemblea costituente sulla disponibilità dei giudici ordinari e amministrativi a recepire e valorizzare il principio di piena normatività del testo costituzionale si rivelarono, almeno in parte, fondati. Infatti, segmenti importanti della dottrina giuridica, che trovarono puntualmente eco in settori non minoritari della giurisdizione ordinaria, a cominciare da quella della Suprema Corte di Cassazione, si mostrarono sin da subito perplessi circa la possibilità di attribuire valore propriamente normativo, o addirittura valore latamente giuridico, a tutte le proposizioni del testo costituzionale.

Molte delle disposizioni della nuova Costituzione pluralista presentavano caratteristiche strutturali particolari. Alcune di esse, infatti, recavano proclamazioni di principio; altre, come quelle sullo stato sociale, enunciavano programmi da realizzare attraverso la legislazione futura; altre ancora erano il frutto di compromessi tra le forze politiche dominanti in Assemblea costituente, e quindi contraddistinte da una tipica propensione anfibia. In sintesi due fattori fondamentali ostavano, agli occhi della prevalente magistratura e della dottrina più conservativa, al fatto che alcune disposizioni costituzionali potessero essere considerate alla stregua di legge direttamente applicabile. Questi fattori erano, da un lato, il carattere programmatico e/o di principio di una parte consistente delle proposizioni costituzionali, che, nella prospettiva della dottrina riduttivista, si sottraevano *ipso facto* alla possibilità di applicazione diretta e, secondo le tesi più estreme, erano da considerare affatto prive del carattere della giuridicità¹⁶. Dall'altro lato, il secondo fattore ostativo consisteva nel carattere pluralista, e quindi istituzionalmente conflittuale, dell'ordito assiologico costituzionale, che metteva in scacco i tradizionali capisaldi metodologici cui era ispirata la stessa autocomprensione dell'ordine giudiziario. Tali capisaldi coincidevano con la certezza ed univoca razionalità del parametro legislativo e, insieme, con la difesa del metodo sussuntivo, proprio della concezione tradizionale del giudice: quella, cioè, che confinava la sua funzione alla ricognizione politicamente neutra di un dato normativo per definizione non contraddittorio, cui deve far seguito la meccanica applicazione alla fattispecie concreta. Era messa in discussione, in una parola, la rassicurante dogmatica della fattispecie astratta e del

¹⁵ Per un utilizzo del metodo storico nello studio del costituzionalismo e delle sue categorie dogmatiche, si rinvia, più ampiamente, P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2006, 4 ss.

¹⁶ Per tutti questi aspetti, si rinvia più ampiamente a C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 180 ss.; R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, cit., 69 ss.

diritto soggettivo, che, in caso di piena valorizzazione della normatività costituzionale, avrebbe dovuto cedere il passo a spazi di bilanciamento più o meno discrezionale tra valori e, di conseguenza, ad un sistema decisionale in cui è il giudice stesso, di fatto, a creare la regola per il caso concreto¹⁷.

La critica del valore normativo della Costituzione si rinviene nella stessa, ben nota dottrina che distingueva, tra gli enunciati costituzionali, le norme programmatiche da quelle precettive. Solo le disposizioni da cui si sarebbe potuto estrarre una fattispecie normativa sufficientemente determinata avrebbero potuto applicarsi, con effetti invalidanti sulla legge ordinaria e, al limite, anche con effetti tra privati. Per vero, non sono mancati casi “virtuosi” di applicazione diretta di norme precettive, anche da parte della Suprema Corte di Cassazione. Tuttavia, non vanno dimenticate le vicende giurisprudenziali in cui dal contenuto programmatico – e quindi non auto-applicativo – di certi enunciati si è tratto spunto per gettare una presunzione di carente o minore efficacia normativa su tutta la Costituzione, anche nelle sue disposizioni di più evidente ed immediata precettività¹⁸.

Il “congelamento” della Costituzione, tanto vituperato nella riflessioni della dottrina successiva, ma anche in quelle degli studiosi più illuminati del tempo, passava, così, attraverso la consapevole e generalizzata circoscrizione della sua portata normativa. Ciò che avvenne, talvolta, in base all’assunto, di esasperata impronta kelseniana, per cui la Costituzione rigida avrebbe vincolato soltanto i processi di produzione normativa *pro futuro*, con salvezza di tutta la legislazione precedente. Questa legislazione, d’altra parte, in quel momento costituiva la gran parte dell’ordinamento vigente e, sotto il profilo più strettamente valutativo, e per motivi facilmente intuibili, era quella più suscettibile di essere invalidata per effetto della nuova legalità costituzionale. Contemporaneamente, ebbe un certo peso, nella definizione di queste dinamiche, il clima generale favorito da quell’altro indirizzo dottrinale, di stampo più marcatamente materialista rispetto al primo, che era teso a subordinare la giuridicità della norma alla sua effettività, con la conseguenza di considerare la vigenza della

¹⁷ In ordine alla diversità strutturale tra la normatività complessa della Costituzione pluralista e la normatività “univoca” del sistema legislativo, v. R. BIN, *La Costituzione tra testo e applicazione*, § 1, tratto da www.robortobin.it, pubblicato successivamente in *Ars interpretandi*, n. 14/2009, 111 ss. ; v. anche, sul punto, S. PRESTA, *Dalle norme programmatiche all’applicazione diretta*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Collana “Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana”, Napoli, 2006, 361 ss.

¹⁸ Sulla complessa e articolata giurisprudenza del periodo precedente al 1956, anno della introduzione effettiva della Corte costituzionale, sia consentito di rinviare alla analitica trattazione di S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, cit., 50 ss.

stessa Costituzione italiana come una variabile dipendente dai processi di concreta attuazione legislativa da parte della maggioranza politica parlamentare¹⁹.

Non mancarono, però, posizioni ben più all'avanguardia che, come quelle del Crisafulli, erano tese ad affermare una presunzione di normatività di tutta la Costituzione. Questa tesi venne propugnata con particolare riguardo alle disposizioni programmatiche o di principio, la cui vincolatività nei confronti della legislazione si cercò di affermare già da prima che fosse istituita la Corte costituzionale, precorrendo, così, le primissime pronunce della Corte stessa, che proprio in tal senso si sarebbero espresse²⁰. La stessa dottrina, con sorprendente modernità, andò anche oltre la giurisprudenza costituzionale, arrivando a predicare l'efficacia delle norme programmatiche e di principio non solo come limite negativo nei confronti della legislazione, ma anche come vincolo positivo verso la discrezionalità amministrativa e, ciò che più interessa, verso la *discrezionalità del giudice*, laddove fosse mancata idonea attuazione legislativa di quei principi²¹. Tali norme costituzionali, che certa dottrina e giurisprudenza volevano addirittura relegate al di fuori della sfera della giuridicità, venivano così sospinte al limite della applicazione giudiziale diretta, attraverso l'esplicito riconoscimento al giudice comune, in assenza di mediazione legislativa, di un grado di creatività tale da renderlo partecipe del processo di attuazione dei valori costituzionali.

Queste tesi anticipano di venti o trent'anni i percorsi di attualizzazione giurisprudenziale conosciuti, ad es., dal c.d. principio personalista di cui all'art. 2 Cost., su cui ci si soffermerà più oltre²². Ma non valgono a mutare radicalmente la temperie culturale in cui furono portate avanti, caratterizzata da posizioni quantomeno incerte in merito alla portata precettiva degli enunciati costituzionali. L'unica questione sulla quale, anche alla stregua di una valutazione retrospettiva tendenzialmente concorde da parte della dottrina odierna, si prospettavano più concrete possibilità di coinvolgimento della magistratura comune nell'applicazione diretta della Costituzione, era quella dell'utilizzo dell'abrogazione per la risoluzione di antinomie tra

¹⁹ Su questi indirizzi dottrinali si veda ancora S. BARTOLE, *Op. cit.*, 67 ss., nonché R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, cit., 79 ss.

²⁰ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 11 ss. Quanto alla giurisprudenza della Corte, si fa riferimento alla prima, ben nota pronuncia del giudice delle leggi, la n. 1 del 14 giugno 1956, in *Giur. cost.* 1956, 1 ss.. Per una esposizione esauriente dei contenuti della citata decisione, si vedano, fra gli altri, S. BARTOLE, *Op. cit.*, 121 ss.; F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in questa stessa *Rivista*, al n. 24/2010, 4 ss., ora anche in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; S. PRESTA, *Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta*, cit., 171 ss..

²¹ Cfr. sempre V. CRISAFULLI, *Op. cit.*, 36 ss., 51 ss., 68 ss.

²² È bene ricordare, tuttavia, che il principio costituzionale in parola non è espressamente annoverato dal Crisafulli tra i principi programmatici della Costituzione. Ma la regola enunciata dall'A. vale anche per il menzionato art. 2 Cost., nella misura in cui si afferma che le norme di principio hanno, quantomeno, anche una valenza programmatica. Cfr. ID., *Op. cit.*, 51 ss.

normativa costituzionale successiva e legislazione ordinaria precedente. Era questo, all'evidenza, una sorta di sindacato diffuso mascherato, che dava al giudice la possibilità di disapplicare la legge contrastante con la Costituzione, con la relativa sicurezza di chi si serve di una tecnica di avvicendamento delle norme giuridiche sufficientemente collaudata, senza peraltro doversi avvalere, con riferimento al periodo in cui ebbe vigenza il sindacato diffuso di costituzionalità, degli incerti e complessivamente limitati strumenti offerti dalla VII d.t.²³

Risultano, in effetti, diversi casi in cui la giurisprudenza, soprattutto della Corte di cassazione, si servì della *vis abrogativa* propria della Costituzione appena entrata in vigore per disapplicare norme di legge incostituzionali²⁴. Ma, come è noto, questa linea di tendenza, che avrebbe potuto condurre ad una più piena interazione tra il giudice e il principio di legalità costituzionale, venne in qualche modo arginata dal Giudice delle leggi, che nella sua prima, ben nota pronuncia, dichiarò senz'altro ammissibile questione di legittimità costituzionale vertente su legge anteriore, ritenendo l'eventuale avvenuta abrogazione comunque non preclusiva di una pronuncia di annullamento²⁵.

Pesarono evidentemente, su questa presa di posizione, da un lato l'esigenza di affermare sin da subito l'autorità dell'organo di giustizia costituzionale appena istituito. Dall'altro lato, la condizione di maggiore certezza giuridica degli effetti di una declaratoria di illegittimità costituzionale, che annullava la legge, rispetto a quelli dell'abrogazione, con la quale la stessa disposizione di legge veniva disapplicata con efficacia limitata formalmente al caso singolo. Di qui, anche, la preoccupazione di prevenire, con un atto ad effetto demolitorio, pericolose oscillazioni giurisprudenziali sull'avvenuta abrogazione o meno di disposizioni di legge, oscillazioni che avrebbero inevitabilmente risentito, nella prospettiva che il Giudice delle leggi si andava raffigurando, di tutto quel carico di incertezze dogmatiche sulla precettività della Costituzione repubblicana, che serpeggiavano nella dottrina e nella giurisprudenza dell'epoca²⁶. Tanto più che, in quella stessa decisione, la Corte ebbe modo di fare chiarezza sulla portata delle norme programmatiche, delle quali predicò bensì la piena efficacia, ma solo nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale, mentre espressamente ne negava analogo operatività in relazione alla *vis abrogativa*: il campo dell'abrogazione – argomenta la Corte – è infatti più ristretto di quello della illegittimità, essendo i requisiti della abrogazione per incompatibilità più rigorosi di quelli della illegittimità costituzionale. Più di preciso, è

²³ Sui quali v. però le articolate osservazioni di S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, cit., 29 ss.

²⁴ ID., *Op. cit.*, 50 ss.

²⁵ Cfr. Corte cost., n. 1/1956, cit.

²⁶ Sulla attività nomofilattica che la Corte si attribuiva in tal modo, si veda S. PRESTA, *Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta*, cit., 371 ss.

necessario che le due norme disciplinino lo stesso oggetto, ciò che è evidentemente difficile da immaginare se una di esse è norma programmatica²⁷.

Questa prima, importantissima pronuncia della Corte costituzionale ha il duplice merito di affermare, da un lato, il carattere comunque accentrato del sindacato di legittimità costituzionale e, dall'altro, di non chiudere completamente i battenti nei confronti dell'applicazione diretta della Costituzione da parte del giudice comune, giacché si afferma che illegittimità costituzionale e abrogazione della legge possono comunque coesistere, ciascuna nella rispettiva sede giurisdizionale. Ciò che però la Corte è ferma nel negare, occupandosi del tema dell'abrogazione di legge anteriore, è la garanzia per il giudice di uno spazio di attribuzioni esclusivo nell'applicazione della Costituzione repubblicana. A ben vedere, questa opzione centralistica, probabilmente dettata, per quanto si è detto, dal difficile clima culturale in cui la Costituzione si trovò ad operare, e pertanto allora forse necessaria, estende la sua *ratio* ispiratrice oltre la specifica questione dell'abrogazione, per stabilire un primo, comprensivo punto di equilibrio sui confini tra giustizia costituzionale e giurisdizione comune con riferimento all'attività di applicazione delle norme della Costituzione. Quello che compete al giudice è, in definitiva, un margine di intervento residuale, e questo dato connoterà gli equilibri istituzionali per gli anni successivi.

3. La progressiva integrazione del potere giudiziario nel sistema costituzionale

E' a partire dalla metà degli anni Sessanta, con un famoso convegno dell'Associazione nazionale magistrati, che si gettano le prime basi per una più consapevole partecipazione del potere giudiziario all'attuazione della Costituzione: una nuova linea di tendenza che, fra l'altro, ha facilitato l'affrancamento della stessa magistratura dallo "stato di minorità culturale" a cui l'aveva consegnata il Costituente italiano, e dal quale certo non avevano contribuito a farla uscire le dottrine riduzioniste della lettura degli enunciati costituzionali, che avevano contraddistinto parte importante dell'attività del giudice comune nei primi anni della vita repubblicana. Nell'ambito del convegno, si sottolinea la opportunità, fra l'altro, di coadiuvare il magistero della Corte costituzionale attraverso un attento utilizzo della tecnica

²⁷ In merito alle importantissime statuizioni della sent. n. 1/56 sulla portata e i limiti della *vis abrogativa*, e sui rapporti tra abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge, si vedano in dottrina R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione*, cit., § 2; F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione*, cit., 8 ss.

dell'interpretazione conforme, nonché attraverso l'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici in mancanza di una esauriente disciplina legislativa²⁸.

Due fenomeni, occorsi in quel tempo, portano alla graduale acquisizione di questa nuova consapevolezza costituzionale da parte dei giudici.

In primo luogo, prende piede, in seno alla magistratura, la realtà dell'associazionismo, grazie alla quale si manifesta in maniera più pregnante non solo il senso di comune appartenenza ad un potere dello stato, ma soprattutto il senso di partecipazione democratica e di condivisione dei valori costituzionali. Il potere giudiziario cessa di autorappresentarsi come un corpo burocratico neutrale e comincia, per tramite delle dinamiche associative, a ritenersi corresponsabile, insieme agli altri organi dello stato, del processo di implementazione della Costituzione²⁹.

In secondo luogo, si registra la parziale abdicazione del legislatore al ruolo, affidatogli dal Costituente, di supremo esecutore ed interprete di quegli stessi valori costituzionali. Le omissioni del legislatore e le inattuazioni della Costituzione pongono al centro delle dinamiche istituzionali il tema della "grande supplenza" da parte della Corte³⁰. Infatti, come si è detto anche sopra, il sistema costruito dal Costituente avrebbe dovuto poggiare sul dualismo tra la Corte costituzionale e il circuito democratico rappresentativo, nel senso che a quest'ultimo, e in particolar modo al Parlamento, sarebbe spettato un ruolo fondamentale nell'assicurare la penetrazione dei valori costituzionali in seno all'ordinamento legislativo, in maniera tale, fra l'altro, da vincolare anche i giudici comuni; mentre la Corte avrebbe dovuto svolgere una funzione a carattere forse più limitatamente difensivo e garantista, nel senso di sanzionare, usando del potere di annullamento delle disposizioni di legge, situazioni di puntuale contrasto tra queste e la Costituzione: un ruolo di stretta profilassi dell'ordinamento legale che si sarebbe dovuto accompagnare con un'interpretazione più incisiva, da parte del legislatore, della funzione di indirizzo politico costituzionale, specie con riguardo alle istanze di riforma di quei settori dell'ordinamento, che, come il diritto e la procedura penale o la legislazione di pubblica sicurezza, più risentivano del retaggio dell'ideologia politica del ventennio fascista.

²⁸ ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Atti e commenti. Congresso nazionale Brescia-gardone 25-28-IX-1965*, Roma, 1966. Sul punto, cfr. anche S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, cit., 163 ss.

²⁹ V. C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, cit., 6 ss.

³⁰ V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, cit., 505. Sulla grande supplenza, cfr., naturalmente, L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in AA. VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 513 ss.

E' innanzitutto sul tema della defascistizzazione dell'ordinamento che si giocano, in negativo, le sorti dell'impianto "legge-centrico" dell'attuazione costituzionale e dell'ordinamento italiano in generale, con una ridefinizione dei relativi equilibri istituzionali a vantaggio della rilegittimazione di istanze di garanzia come la Corte³¹. Questa è chiamata a sopperire ai ritardi del legislatore, affiancando alla sua funzione difensiva e garantista, tesa a preservare la rigidità costituzionale come un limite esterno alla attività legislativa, una nuova dimensione propulsiva e pedagogica, consistente nel porsi alla guida del processo di attuazione costituzionale³². La politica dell'interpretazione conforme e delle sentenze interpretative di rigetto si collega a questa nuova esigenza di assicurare la penetrazione della legalità costituzionale in tutti i settori dell'ordinamento, facendo a meno, per quanto possibile, della intermediazione del legislatore. Per fare ciò, la Corte deve trovare adeguato supporto collaborativo da parte dei giudici comuni. I giudici iniziano così a partecipare a quel sistema della legalità costituzionale dal quale all'origine erano stati sostanzialmente esclusi, e a dar vita alla progressiva costruzione, in un rapporto dialettico con la stessa Corte, di una via alternativa, perché non legislativa ma tutta giustiziale, alla elaborazione del diritto costituzionale. Ne consegue la introduzione, nel sistema di giustizia costituzionale italiano, di importanti momenti di diffusione, non ultimo dei quali, per tornare al nostro tema, è dato dalle tecniche di applicazione diretta delle norme costituzionali.

4. Diritti fondamentali e applicazione diretta da parte del giudice civile

Il campo del diritto civile è quello che ha forse sperimentato il maggiore tasso di creatività del giudice comune in materia di garanzia diretta dei diritti fondamentali, e ciò per due ragioni.

Innanzitutto, non vige nel diritto civile, a differenza dal diritto penale, il principio di stretta determinatezza della fattispecie legale dell'illecito. Questo dato è dichiaratamente volto ad astringere la discrezionalità del giudice con riferimento al potere di irrogare la sanzione penale, il cui esercizio deve essere sempre tassativamente predeterminato dalla legge³³. Nel settore civilistico, per contro, si riscontra una viva tendenza alla atipicità, che ha un

³¹ Sulla problematica questione della legittimazione politica della Corte costituzionale, e degnamente alla giustificazione del suo operato, nei primi decenni della Repubblica, in base alle sue capacità di sviluppo e difesa dei valori della Costituzione, v. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 131 ss.

³² Attorno a questo affiancamento dell'originaria funzione della Corte come garanzia "esterna" dell'ordinamento costituzionale con l'interpretazione di una nuova posizione di guida, anche nei confronti degli altri poteri dello Stato, all'attuazione dei valori costituzionali, v. V. ONIDA, *Op. ult. cit.*, 536.

³³ Sul punto, v. D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir.* Vol. XXXIII, Milano, 1983, 371 ss.

particolare impatto con riferimento alle fattispecie dell'illecito e alla conseguente tutela risarcitoria³⁴.

In secondo luogo, quanto alla garanzia dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto amministrativo, è tradizionale l'assunto della Corte di Cassazione in materia regolamento di giurisdizione. In base a tale assunto, l'amministrazione pubblica non ha il potere di degradare un diritto fondamentale ad interesse legittimo. Pertanto, in presenza di un diritto costituzionale fondamentale, la pubblica amministrazione agisce sempre in carenza di potere, ciò che è sufficiente a radicare la giurisdizione ordinaria e ad escludere quella del giudice amministrativo³⁵. In tempi più recenti, anche sulla base della giurisprudenza costituzionale, questa visione tanto consolidata sembra essere in via di graduale superamento, per cui, nell'ambito dell'esercizio della giurisdizione esclusiva, si riconosce al giudice amministrativo legittimazione e competenza sufficiente anche per conoscere di lesioni a diritti fondamentali da parte della pubblica amministrazione³⁶. Tuttavia, resta in capo alla giurisdizione civile il patrimonio culturale di una tradizione ormai lunga di tutela risarcitoria dei diritti della persona, che continua a costituire, anche alla luce delle evoluzioni giurisprudenziali più recenti, momento centrale per il discorso sull'applicazione diretta della Costituzione. La vicenda è pertanto degna di qualche approfondimento.

4.1. Il risarcimento del danno non patrimoniale

L'ordinamento civile ha a lungo scontato una posizione deficitaria quanto alla capacità di assimilazione dei valori costituzionali. Il sistema civilistico infatti, se riguardato nelle sue stratificazioni codicistiche pre-costituzionali, ruota, prima di tutto, attorno alle tecniche di garanzia e di promozione di valori prevalentemente patrimoniali, mentre i valori personalistici

³⁴ E' altrettanto noto, tuttavia, che lo stesso ordinamento penale conosce un recupero della discrezionalità del giudice *in bonam partem*, ossia a favore dell'imputato. Ciò è particolarmente interessante, ai nostri fini, ove si pensi all'utilizzo fatto in giurisprudenza della causa di esclusione dell'antigiuridicità penale della condotta per esercizio di un diritto (art. art. 51 c.p.), laddove il diritto in questione ben può essere previsto direttamente dalla Costituzione. Utilizzando questo schema, il giudice penale ha prodotto una ricchissima giurisprudenza, ad es., in materia di reati di diffamazione a mezzo stampa, nell'ambito della quale il diritto all'onore e alla reputazione personale, protetto dalla fattispecie che punisce il reato di diffamazione, è controbilanciato, ricorrendo le condizioni prescritte dalla stessa giurisprudenza, dalla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. Per una ampia ed aggiornata ricostruzione della giurisprudenza e per una disamina delle tecniche di bilanciamento da essa utilizzate, si rinvia a A. BEVERE - A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, 2006.

³⁵ Cfr. la ben nota pronuncia, in sede di regolamento di giurisdizione, della Cass., S.U., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. it.*, 1980, I,1, 859 ss., che rappresenta il *leading case* giurisprudenziale in materia di riparto di giurisdizione tra g.o. e g.a. quando sia in gioco un diritto fondamentale della persona (in quel caso, il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*). Sul tema, v. F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, testo della Relazione tenuta al Tar di Lecce in occasione del trentennale del Tribunale Amministrativo. Lecce, 14 e 15 Marzo 2008, in www.teoriadeldirittoprivato.com.

³⁶ Cfr. Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro amm.* CDS 2007, 4, 1109. V. sempre, in merito, ID., *Op. cit.*

entrano a far parte del sistema “dalla porta di servizio”, attraverso le poche e frammentarie disposizioni sui diritti della personalità o con riferimento a settori, come il diritto di famiglia, che, rispetto al sistema complessivo, occupano comunque la qualifica di diritto speciale³⁷.

Con particolare riguardo al tema della tutela aquiliana, la pregiudiziale patrimonialistica ha condizionato lungamente la cultura giuridica e la stessa ispirazione politica di dottrina e giurisprudenza, sulla base di una netta distinzione tra il regime del danno patrimoniale e quello del danno non patrimoniale. Solo il primo fra essi, grazie alla clausola risarcitoria di cui all’art. 2043 c.c., era da considerarsi soggetto ad un regime di piena e generale tutela risarcitoria, mentre il danno a beni della persona – quello evidentemente più interessante dal punto di vista dell’impianto assiologico di diritto costituzionale – era confinato alla asfittica dimensione della stretta tipicità, nel senso che, in base all’art. 2059 c.c., i danni non patrimoniali erano risarcibili solo quando previsto dalla legge, e in particolare, in base all’ulteriore disposto dell’art. 185 c.p., soltanto quando il danno fosse originato da un comportamento che costituisse contemporaneamente reato.

A questa impostazione claudicante della disciplina codicistica della responsabilità civile ha fatto seguito una giurisprudenza molto restrittiva quanto ai criteri di liquidazione dei danni alla persona, dal momento che questi non venivano considerati e monetizzati in sé, ma nella misura delle perdite economiche conseguenti alla eventuale riduzione della capacità lavorativa del soggetto leso. La giurisprudenza in questione ha dato luogo a intollerabili sperequazioni, dal momento che lesioni identiche o analoghe ad uno stesso bene della vita, come la salute e l’integrità fisica, venivano liquidate in maniera completamente diversa a seconda della maggiore o minore capacità reddituale della persona offesa³⁸.

Solo una più attenta predisposizione alla chiamata in causa dei valori costituzionali, come appunto il diritto alla salute *ex art. 32*, ha consentito al giudice civile, e *in primis* ai giudici di merito, cioè quelli più direttamente a contatto con le concrete questioni di giustizia sostanziale della vita di tutti i giorni, di effettuare una operazione di “ortopedia

³⁷ Su questo “peccato originale” del sistema codicistico, la dottrina civilistica più attenta all’inquadramento degli istituti del diritto privato nel sistema costituzionale si è soffermata in più di un’occasione. Si vedano, per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 715 ss.; P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, 235 ss.; ID., *“I diritti civili” della Costituzione e il diritto privato*, Introduzione a P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Vol. I, Torino, 1999, 38 ss. ; si veda anche A. PIZZORUSSO, *Artt. 1-4*. in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Persone Fisiche, Bologna, 1988, 10 ss.

³⁸ Con specifico riguardo alle declinazioni della pregiudiziale patrimonialistica della cultura giuridica di diritto civile nel campo della responsabilità aquiliana, si vedano G. ALPA, *La responsabilità civile*, in G. ALPA (a cura di), *Trattato di diritto civile*, IV, Milano, 1999, 355 ss.; M. BESSONE –E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla “salute”, applicabilità diretta dell’art. 32 della Costituzione ed evoluzioni della giurisprudenza*, in *Pol. Dir.*, 1974, 768 ss.; M. DOGLIOTTI, *Danno biologico e diritto alla salute tra Corte costituzionale e Cassazione*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 924 ss.

costituzionale” del sistema del risarcimento, integrandolo con valori personalistici di diretta provenienza costituzionale. In particolare, questa evoluzione giurisprudenziale, che inizia a prendere corpo verso la metà degli anni Settanta, fa leva sul concomitante utilizzo delle due tecniche della interpretazione della legge in maniera conforme alla Costituzione e, rispettivamente, dell’applicazione diretta del parametro costituzionale.

In primo luogo, infatti, si restringe la portata del danno non patrimoniale *ex art. 2059*, limitandola al solo danno morale, a quello cioè consistente nei patemi d’animo. Simultaneamente, si interpreta estensivamente l’art. 2043, in maniera tale da consentirne il riferimento non solo ai danni patrimoniali, ma anche a quelli a beni personali che trovano garanzia diretta nella Costituzione, come il diritto alla salute. Il dato a cui perviene questa giurisprudenza è una interpretazione adeguatrice dell’art. 2043, che consente di applicare le conseguenze risarcitorie previste dalla norma anche quando il bene leso abbia natura non patrimoniale. Ma questo ragionamento presuppone che il bene di natura non patrimoniale, che in questo caso è il diritto alla salute, abbia la configurazione di un diritto soggettivo direttamente tutelabile nei rapporti tra privati – e qui risiede l’applicazione diretta del parametro costituzionale³⁹.

Sul piano dell’applicazione diretta della Costituzione, la giurisprudenza in questione è particolarmente rilevante in quanto, mossa da concrete esigenze di garanzia di beni della persona, ha intrapreso un percorso interpretativo dell’art. 32 Cost., emancipando la norma stessa dall’univoca dimensione programmatica di diritto sociale collettivo in cui l’aveva confinata la prevalente riflessione giuspubblicistica, per ricavarne anche un diritto fondamentale soggettivo assoluto, valevole nei rapporti tra privati⁴⁰. Questo completamento dell’esegesi dell’art. 32 Cost. ai fini della sua applicazione diretta mostra il carattere veramente innovativo, per non dire insostituibile, dell’apporto del giudice comune all’interpretazione costituzionale, ove si pensi che la concretezza del momento applicativo rivela, ben più di ogni argomentazione logico-deduttiva, le esigenze della vita che sono

³⁹ Descrive bene queste tecniche giurisprudenziali M.R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 8 s.; sulla applicazione diretta della Costituzione nel giudizio civile, v. anche S. MORELLI, *L’applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 537 ss.; V. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 535 ss.; per una ampia ricognizione della tematica dei rapporti tra la Costituzione e il diritto civile, svolta però in chiave costituzionalistica, cfr., anche con riferimento al tema della applicazione diretta, A. CERRI, *La Costituzione ed il diritto privato*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., 129 ss.

⁴⁰ Sui limiti della dottrina giuspubblicistica in materia di diritto alla salute, a suo tempo ricondotto alla sola dimensione programmatica di diritto sociale, e sulla sua progressiva evoluzione a diritto fondamentale della persona, proprio grazie alla giurisprudenza del giudice civile, v. ancora M. DOGLIOTTI, *Danno biologico e diritto alla salute tra Corte costituzionale e Cassazione*, cit., 922 ss.

sottese alla interpretazione stessa, e contribuisce a fertilizzare la lettura del testo costituzionale alla luce di un contatto diretto con il fatto, che solo può dare un'idea effettiva dei valori realmente in gioco e del loro concreto atteggiarsi nella fattispecie del caso.

Non è un dato puramente causale, d'altra parte, il fatto che la giurisprudenza costituzionale che, a metà degli anni Ottanta, ha recepito la figura del danno c.d. biologico, ha solo portato a termine quella rivoluzione interpretativa – e della legge, e del testo costituzionale – che era iniziata nel 1974 con una famosa pronuncia del Tribunale di Genova, quasi a voler dimostrare che le esigenze della concreta applicazione avevano sospinto l'operato di giudici comuni oltre i confini che la Corte costituzionale, con metodo più astrattizzante, poteva allora immaginare⁴¹.

Non va dimenticato, infine, che le vicende giurisprudenziali del danno non patrimoniale hanno conosciuto più di recente una ulteriore, significativa evoluzione.

Con la sent. 14 luglio 1986, n. 184, la Corte costituzionale aveva portato a definitivo consolidamento il sistema c.d. tripartito della responsabilità civile. In questa ricostruzione, il danno alla salute, risarcibile in base al combinato disposto dell'art. 32 Cost. e dell'art. 2043 Cod. civ., rappresentava un *tertium genus* rispetto al danno patrimoniale, da un lato, e il danno non patrimoniale *ex art. 2059*, dall'altro. Quest'ultimo, infatti, era fatto oggetto di una interpretazione restrittiva che lo confinava al solo danno morale, onde consentire la risarcibilità del danno alla salute sulla base dell'art. 2043 e a prescindere dalla commissione di un reato⁴².

Questo sistema, come si diceva, ha subito una nuova, più recente reinterpretazione da parte della Corte di Cassazione, nel senso di rivitalizzare la portata normativa e la stessa utilità dell'art. 2059 Cod. civ. La disposizione, per cui il danno non patrimoniale è risarcibile solo in quanto previsto dalla legge, è stata estesa a livello interpretativo, nel senso che per

⁴¹ Il giudice comune quindi, mercé la sua collocazione “in prima linea” nelle concrete e quotidiane dinamiche di garanzia dei diritti individuali, anticipa in più di una occasione la giurisprudenza della stessa Corte costituzionale. Ciò è senz'altro avvenuto con riguardo al danno biologico.

La sentenza in questione è quella di Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54 ss., seguita a stretto giro da Trib. Genova, 15 dicembre 1975, in *Foro it.*, 1976, I, 1977 ss. Per l'approdo delle soluzioni prospettate da questa giurisprudenza di merito nelle pronunce della Corte di Cassazione, bisognerà attendere Cass. civ., 6 giugno 1981, n. 3675, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 920 ss., preceduta tuttavia, negli anni Settanta, da una interessante giurisprudenza della stessa Suprema Corte che aveva iniziato ad applicare direttamente l'art. 32 Cost. nei rapporti tra cittadino ed amministrazione. Sul tema, si rinvia per più ampi riferimenti a M. DOGLIOTTI, *Op.cit.*, *ibidem*. Con riferimento alla giurisprudenza genovese, si vedano in particolare, G. ALPA, Danno “biologico e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione”, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, 443 ss., nonché M. BESSONE – E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla “salute”, applicabilità diretta dell'art. 32 della Costituzione ed evoluzioni della giurisprudenza*, cit., 768 ss.

⁴² Cfr. Corte cost., 14 luglio 1986, in *Foro it.* 1986, I, 2053 ss.

“legge” devono intendersi, *a fortiori*, anche le disposizioni costituzionali⁴³. In tal modo, il danno biologico *ex art. 32*, così come ogni altra tipologia di danno consistente nella lesione di una situazione personale costituzionalmente garantita, è risarcibile sempre *ex art. 2059 Cod. civ.*, nella sua rammodernata fisionomia. Il sistema, insomma, è tornato ad essere binario, ma su basi costituzionali più solide. In particolare, il danno non patrimoniale, sia che il diritto leso abbia natura legislativa, sia che abbia fondamento costituzionale, trova la sua unica *sedes materiae* nell’*art. 2059 Cod. civ.*

Quello che forse più interessa ai fini della presente riflessione, è che, per la giurisprudenza da ultimo menzionata, la Costituzione è “legge”: è, come le disposizioni di legge, norma giuridica a tutti gli effetti, da cui derivano situazioni giuridiche soggettive da far valere, se necessario, direttamente nei rapporti tra soggetti privati. La antica dissociazione tra normatività legale e normatività costituzionale sembra essersi ricomposta, ora, anche a livello testuale.

4.2. Interpretazione e applicazione dell’art. 2 Cost.

L’elaborazione costituzionalistica e quella civilistica sul tema dei c.d. nuovi diritti e della c.d. interpretazione aperta dell’*art. 2 Cost.* corrono parallele e con risultati per certi aspetti analoghi, pur essendo rispettivamente segnate da presupposti dogmatici non sempre coincidenti. Per vero, specie nella dottrina più avvezzata al metodo interdisciplinare, non mancano segni di proficua contaminazione, sia in un senso che nell’altro. Tuttavia, è bene dare conto, per quanto possibile, della diversità di approccio che ha segnato i rispettivi filoni speculativi.

Alla c.d. dottrina della fattispecie aperta, propria di una certa letteratura pubblicistica e, almeno per gli ultimi due decenni, anche di una parte della giurisprudenza costituzionale, fa da riscontro, nel diritto civile, la teoria c.d. monista dei diritti della persona. Queste due tendenze ricostruttive sono accomunate l’una con l’altra per la condivisione di un approccio non tipizzante al tema dei diritti della persona. Infatti, entrambe partono dalla considerazione della persona, mercé l’*art. 2 Cost.*, come valore giuridico *a priori*, che precede logicamente le singole manifestazioni normative – legislative o costituzionali che siano - nelle quali questo

⁴³ V. Cass., 31 maggio 2003 nn. 8827-8828, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5. Tale innovativa giurisprudenza ha a sua volta ottenuto l’avallo della Corte costituzionale, con la sent. 11 luglio 2003, su cui v. anche la nota di P. ZIVIZ, *Il nuovo volto dell’art. 2059 c.c.*, in *Res.civ. e prev.* 2003, 4-5, 1041 ss. La definitiva consacrazione di questo nuovo orientamento da parte della Corte di Cassazione è avvenuta con SS.UU., 11 novembre 2008 n. 26972, ne *Il civilista*, 2009, 1, 29 ss. Sulla nuova svolta giurisprudenziale del 2003, v. anche P. CENDON, *La disciplina dei danni non patrimoniali dopo Cass. 8828/2003*; P. CENDON – P. ZIVIZ, *La sentenza 233/2003 della Corte costituzionale*; nonché M. BONA, *Luci ed ombre nella sentenza della Corte cost. n. 233/2003*; tutti saggi reperibili in P. CENDON (a cura di), *Persona e danno*, vol. I, Milano, 2004, alle pp. 541 ss.

valore si riversa. Questo approccio olistico al tema della persona umana in campo giuridico – che intende ispirarsi anche alle scelte del Costituente repubblicano – si contrappone, pertanto, a linee dogmatiche tendenti a negare l’unità giuridica di quel valore, quantomeno in termini di concrete potenzialità applicative, e a scomporlo prismaticamente, con metodo più tradizionalmente normativo ed individualizzante, nelle tante fattispecie che insistono sulla tutela giuridica dei singoli diritti della persona.

Ne discende la comune propensione alla garanzia giuridica di situazioni non preventivamente tipizzate, ma ritenute comunque in stretta connessione con il valore giuridico della persona così come individuato nell’art. 2 Cost., sulla base di una impostazione metodologica che non disdegna di svincolarsi dai ferrei presupposti culturali dello stato legislativo; impostazione tesa a valorizzare il ruolo del giudice nel recepire, e conferire vitalità giurisprudenziale, ad istanze di tutela nuove, emergenti di pari passo con il progresso civile e del costume, anche sotto forma di diritti di difesa contro i mezzi tecnologici di lesione dei beni fondamentali della persona – come, fra tutti, il diritto alla riservatezza⁴⁴.

Da questo punto di vista, senza dubbio le due dottrine disvelano una matrice culturalmente affine. Pesa tuttavia, come accennato poc’anzi, una differenza di presupposti dogmatici tra i due filoni, da cui discende anche, come si vedrà tra breve, una differenza di soluzioni argomentative in sede giurisdizionale.

Secondo la versione più tradizionale della teoria monista, quella che per prima ha trovato seguito nella giurisprudenza della Cassazione, l’art. 2 Cost. tutela un generale diritto al libero svolgimento della personalità, inteso come situazione giuridica soggettiva unitaria ed assoluta, suscettibile, pertanto, di applicazione immediata da parte del giudice⁴⁵. Le situazioni

⁴⁴ Sulla teoria della c.d. fattispecie aperta, d’obbligo è il riferimento a A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna, 1975; *contra*, con varie argomentazioni ed ispirazioni differenti, A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., 12; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 1 ss.; A PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 12 ss. Quanto alla dottrina civilistica in materia di approccio “monista” all’interpretazione dell’art. 2 Cost., v. M. BESSONE – G. FERRANDO, voce *Persona fisica* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 197 s.; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, cit., 355 ss.

⁴⁵ Il rinvenimento, in base all’art. 2 Cost., di un diritto generale allo svolgimento della personalità risulta più da una intuizione giurisprudenziale che dalle elaborazioni della dottrina giuridica civilistica. Sul punto, si vedano le chiare parole di P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, 1991, 5. In giurisprudenza, si serve della dogmatica del diritto assoluto allo svolgimento della personalità in tema di tutela di diritto alla riservatezza, per prima, Cass., 20 aprile 1963, n. 990, in *Foro it.*, 1963, I, 877 ss. La pronuncia trova seguito nella giurisprudenza successiva, fino al celebre “caso Soraya”, Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, 2895, in cui per la prima volta si accorda protezione alla riservatezza come autonomo diritto soggettivo, pur senza disdegnare testuali richiami al precedente del 1963 e alla ricostruzione dogmatica che esso propugnava. Sulla giurisprudenza in materia di riservatezza, cfr. AA. VV., *Atipicità dell’illecito*, vol. II, *Diritti della personalità e danno morale*, Milano, 1993, 221 ss. Sul tema della teoria monista, v. molto chiaramente anche S. MORELLI, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 515 ss.

di vantaggio che se ne traggono a seconda dei casi, tra cui, ad es., la riservatezza e l'identità personale, sono tutelate in quanto fanno parte di questa più generale ed omnicomprensiva posizione giuridica. E' percepibile l'influenza, su tale visione, della dogmatica del diritto soggettivo, ed anche, sotto il profilo delle argomentazioni preferite dal giudice, di quella visione liberale classica, per cui il giudiziario si deve limitare ad applicare le norme giuridiche, svolgendo un'attività squisitamente ricognitiva. La ricostruzione, *ex art. 2 Cost.*, di un diritto assoluto unitario ed immediatamente applicabile con il mero ricorso agli strumenti della deduzione logica, è servita a motivare decisioni innovative sul tema dei c.d. nuovi diritti. Il giudice, in maniera consapevole o meno, ha così ammantato un'attività sostanzialmente creativa del crisma della obbiettività, con il riferimento all'utilizzo di uno strumentario tecnico sufficientemente collaudato, in maniera tale da non esporsi, tra l'altro, al sospetto di aver svolto un'attività valutativa e politica.

Tale dottrina del diritto assoluto della personalità, al tempo in cui fu creata ed utilizzata per le prime volte dalla giurisprudenza, benché radicata nella tradizionale dogmatica del diritto soggettivo, ha svolto comunque un compito di modernizzazione, in quanto ha consentito l'affrancamento delle tecniche di tutela dei diritti della persona dallo stretto vincolo legislativo, a cui erano saldamente ancorate nella giurisprudenza immediatamente precedente⁴⁶.

Per una piena e più consapevole evoluzione dogmatica, tuttavia, bisognerà attendere la maturazione della dottrina costituzionalistica in materia di interpretazione costituzionale, e, segnatamente, l'influenza dell'interpretazione per principi o valori, che propizia il superamento, nella speculazione giuspubblicistica, della dogmatica del diritto soggettivo⁴⁷. Con riguardo al tema dell'art. 2 Cost., questa corrente dottrinale contribuisce a ricavare dalla disposizione in esame non più un diritto assoluto generale, ma un principio giuridico, suscettibile bensì di essere tradotto in norme, ma senza poter prescindere dalla mediazione, di carattere schiettamente nomopoietico, (della legge, o, in mancanza di questa) del giudice, costituzionale o comune a seconda del caso⁴⁸.

⁴⁶ La dottrina civilistica che oggi si occupa del tema ha da tempo abbandonato la dogmatica del diritto soggettivo per la ricostruzione normativa dell'art. 2 Cost. Cfr., fra gli altri, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 715 ss. Sottolinea l'attività sostanzialmente creativa della giurisprudenza sul tema, e non meramente ricognitiva, G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., 423 ss.

⁴⁷ Su questa evoluzione del pensiero costituzionalistico in riferimento alla conformazione giuridica dei diritti fondamentali, v. ancora P. RIDOLA, *Libertà e diritti nel sistema costituzionale*, cit., 112 ss.

⁴⁸ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 80 ss.

La categoria del principio giuridico, anche sulla scia dell'antico insegnamento crisafulliano⁴⁹, è utilizzata dalla dottrina costituzionalistica per sottolineare la inesauribilità normativa dei precetti costituzionali, o almeno di alcuni di essi. Tale conformazione giuridica dei principi generali, e di quelli costituzionali in particolare, consente al giudice di attingere al contenuto di valore che essi recano con sé, per produrre, contestualmente al momento applicativo, nuove norme giuridiche volte a regolare fattispecie sprovviste di una puntuale copertura legislativa. In ciò consiste, secondo questo filone dottrinale, la c.d. funzione integrativa dei principi fondamentali, la quale postula, in ultima analisi, lo svolgimento da parte dei giudici di una funzione normativa, e non soltanto giurisdizionale – ove quest'ultima venga intesa nel senso tradizionale del termine, cioè come attività meramente ricognitiva ed applicativa di precetti giuridici⁵⁰.

Il giudice è così chiamato non soltanto ad applicare la Costituzione, ma *ad attuarla*, alla stregua di una concezione della Costituzione stessa che non si limita a rappresentarne staticamente la supremazia gerarchica, ma che è tesa a valorizzarne le virtualità propulsive nei confronti dei processi di produzione giuridica dell'ordinamento. Questa concezione, inoltre, ben si sposa con la connotazione programmatica che si evince dallo stesso art. 2 della Cost. e dagli altri principi ad esso affini, dai quali emerge una visione dinamica, e, per così dire, *in fieri*, della personalità umana e dei suoi diritti, che ben si raccorda con quella mentalità storicizzante del Costituente repubblicano, di cui si è trattato sopra⁵¹.

In concreto, le tecniche utilizzate dal giudice comune per implementare le virtualità normative dell'art. 2 Cost. come principio generale dell'ordinamento giuridico – oltre che, naturalmente, come principio fondamentale della Costituzione, posto pertanto al vertice della gerarchia formale delle fonti giuridiche, ma anche di quella sostanziale delle posizioni assiologiche - sono due: l'*analogia juris* e il bilanciamento.

Tra queste due tecniche, certa giurisprudenza è portata a prediligere l'estensione analogica, magari integrando, come ad es. per il diritto alla riservatezza o a quello alla identità personale, il ricorso al principio generale di cui all'art. 2 Cost. con un concomitante utilizzo,

⁴⁹ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 38 ss.

⁵⁰ Si vedano, sul tema, S. BARTOLE, voce *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, vol XXXV, Milano, 1985, 514 ss.; v. soprattutto F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1991, 3, 8 ss. Sulla critica alla dogmatica del diritto soggettivo in materia di interpretazione dell'art. 2 Cost., v. anche D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, cit., 359 ss. Più di recente, in tema di interpretazione dell'art. 2 con riferimento all'applicazione diretta da parte del giudice, v. S. PRESTA, *Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta*, cit., 392.; nonché G. SORRENTI, *La "manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria. Ovvero: una ricerca empirica su una risalente ipotesi, di rinnovata attualità*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Quaderni del "Gruppo di Pisa", Torino, 2002, 101 ss.

⁵¹ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 90.

in via di *analogia legis*, di fattispecie codicistiche di appoggio, come le disposizioni in materia di diritto al nome, alla reputazione e al decoro personale⁵². Questa preferenza per il più tradizionale strumento dell'analogia ben si spiega, ove si pensi che questa, rispetto al bilanciamento tra valori, consiste in una tecnica di produzione giuridica certamente meno lontana dai canoni dell'interpretazione e, in particolare, dell'interpretazione estensiva. Con l'utilizzo del bilanciamento, invece, si può rilevare una maggiore consapevolezza del giudice quanto alla attività squisitamente creativa che è chiamato a svolgere, oltre che la definitiva accettazione di un metodo di argomentazione giuridica che rinuncia alla dogmatica, rassicurante ma a volte poco adeguata, della fattispecie astratta e del diritto soggettivo, per addentrarsi nel "campo minato" dei principi e dei valori costituzionali, modellando di fatto il proprio *modus decidendi* su quello del giudice delle leggi⁵³.

5. Attorno ad un'ipotesi ricostruttiva

Interpretazione conforme e contestuale valorizzazione del controllo di non manifesta infondatezza come strumento di sindacato diffuso di legittimità costituzionale; applicazione diretta delle norme costituzionali; partecipazione al processo normativo di attuazione dei principi costituzionali; interpretazione ed argomentazione per principi, concomitante utilizzo della tecnica del bilanciamento e conseguente recessività del metodo sussuntivo.

Al termine di questa lenta e silenziosa rivoluzione, che ha profondamente cambiato il ruolo del giudice, collocandolo sempre più addentro al circuito di interpretazione ed attuazione dei valori costituzionali, si fa via via più forte, nella dottrina, il sospetto che quel distacco funzionale tra giudice delle leggi e giudice comune, che abbiamo ravvisato all'origine del processo costituente, si sia ormai del tutto colmato, e che l'unica vera

⁵² E' quanto è avvenuto, ad es., con una importante pronuncia della Suprema Corte di cassazione in materia di diritto alla identità personale: Cass., 22 giugno 1985, n. 3769, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3049 ss., laddove il diritto in questione è stato ricavato per analogia dall'art. 2 Cost., nonché dall'art. 7 Cod. civ., che disciplina e tutela il diritto al nome. Cfr., sul tema, AA. VV., *Atipicità dell'illecito*, cit., 56 ss.

⁵³ Si veda, per l'utilizzo della tecnica del bilanciamento, Cass., 7 febbraio 1996, n. 978, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1317 ss., che in tal modo definisce i limiti rispettivi, con riguardo alla fattispecie concreta, del diritto alla identità personale ex art. 2 e del diritto di cronaca ex art. 21 Cost. Sul tema dell'identità personale, e sulla sua derivazione giurisprudenziale dall'art. 2 Cost., v. S. MORELLI, *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, cit., 516 ss. Per ampi riferimenti alla giurisprudenza sui nuovi diritti, sempre in chiave antagonista rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, v. A. BEVERE - A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, cit., 21 ss., 53 ss., 128 ss., 143 ss. Sull'utilizzo della tecnica del bilanciamento da parte del giudice comune in tema di diritti costituzionali, con dichiarato riferimento alla propensione normogenetica della tecnica in questione, v. O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in., AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, cit., 427 ss. Più di recente, importanti profili di bilanciamento tra valori costituzionali, quali la autodeterminazione del paziente, da un lato, e il bene della vita, dall'altro, si rinvengono nella nota sentenza "Englaro", Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748, in *Giust. civ.* 2007, I, 2366 ss.

differenza fra i due giudizi risiederebbe nel potere della Corte costituzionale di annullare le leggi con effetti *erga omnes*, potere invece precluso al giudice comune⁵⁴.

Questa ricostruzione, secondo chi scrive, non manca di cogliere aspetti di profonda verità. Tuttavia, nel corso di questa trattazione, si è avuto modo di vedere che l'operare del giudice comune a stretto contatto con i fatti, data la idoneità di questi a veicolare in seno all'ordinamento giuridico istanze di giustizia e di tutela che fino a quel momento ne erano rimaste immediatamente al di fuori, lo colloca in posizione privilegiata, anche rispetto alla stessa Corte, nel processo di attuazione dei principi costituzionali. Le vicende dell'applicazione diretta, anche con riguardo all'ultimo tema dell'art. 2 Cost., ma senza dimenticare quelle relative al danno biologico, dimostrano che la stretta vicinanza del giudice a fatti e diritti nella loro pregnanza concreta, lo spinge spesso volte ad anticipare soluzioni innovative di cui soltanto in un secondo momento il giudice costituzionale si gioverà.

Tali considerazioni, pur senza voler smentire l'assunto di base di una progressiva assimilazione fra giustizia costituzionale e giurisdizione comune, fino, al limite, a comporsi in un unico sistema integrato di applicazione giurisdizionale del parametro costituzionale, servono a dare conto del carattere irriducibile della giurisdizione di diritto soggettivo, che proprio a quel sistema integrato di giustizia costituzionale conferisce, con le proprie peculiarità, un apporto spesso innovativo che risulta difficilmente sostituibile.

⁵⁴ V. R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, cit., § 3, secondo cui il ravvicinamento delle tecniche interpretativo-applicative tra giudice comune e Corte costituzionale farebbe parlare ormai di una distinzione di compiti, e non più di funzioni; sul tema, v. pure v. O. CHessa, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, cit., 429 s.; *contra*, G. SORRENTI, *La "manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria*, cit., 82 ss.