

Diretta applicazione della Costituzione da parte del giudice o necessario incidente di costituzionalità nel caso di lacuna legislativa?*

di **Enrico Scoditti**

Nel caso di lacuna legislativa, il giudice ha il potere/dovere di dirimere la controversia facendo diretta applicazione della Costituzione, ma si tratta di un evento eccezionale e residuale, perché la selezione del principio prevalente, all'interno del bilanciamento dei principi costituzionali, o la stessa combinazione dei principi, corrispondono a una scelta politica, la quale, in un sistema democratico, dovrebbe restare affidata al titolare della rappresentanza politica, che la esercita nella forma della legge.

1. L'interrogativo

Affronterò il tema del diritto giurisprudenziale collocandomi, per così dire, ai confini estremi dell'ordinamento giuridico. Nel diritto legislativo non riusciamo a scorgere un nesso fra ragione giuridica e sistema giudiziario, perché la razionalità giuridica è dispersa nell'universo delle fattispecie legali. Quanto più ci allontaniamo dal rigore della fattispecie legale, tanto più scorgiamo quel nesso: iniziamo a vederlo quando appare l'interpretazione conforme e lo vediamo pienamente quando il rapporto è direttamente fra il giudice e la Costituzione, senza l'interposizione della legge. La diretta applicazione della Costituzione da parte dei giudici, si intende nella materia del diritto civile, è il luogo del pieno riconoscimento del diritto giurisprudenziale. Siamo anche oltre la concretizzazione delle clausole generali, perché il diritto casistico derivante da queste ultime è in ultima istanza riconducibile al diritto legislativo, essendo la clausola generale una norma di legge. Con l'applicazione diretta dei principi costituzionali da parte del giudice comune, nell'ambito di un sistema giuridico basato sul primato della forma di legge, siamo ai confini estremi dell'ordinamento, perché in un sistema legalistico resta la legge, per quanto ridotta a enunciato linguistico, come vuole la teoria dell'interpretazione conforme, il precipitato della razionalità giuridica.

Sulla possibilità della diretta applicazione giurisdizionale della Costituzione, il sistema offre una prima risposta sicura ed è quella della sentenza costituzionale additiva di principio: nelle more dell'attuazione legislativa del principio somministrato dalla Corte costituzionale, compete al giudice comune porre rimedio, nel caso concreto, all'omissione legislativa facendo riferimento al detto principio. La sentenza additiva di principio interviene nel campo dell'omissione legislativa per commissione: il legislatore è intervenuto, ma nella norma vi è una omissione di previsione la quale pregiudica un principio costituzionale. La soggezione del giudice alla legge comporta che l'omissione per commissione sia denunciata innanzi al giudice costituzionale. Il potere legislativo è stato esercitato, fra il giudice e la Costituzione si è interposta la legge. Pur a fronte di un'omissione contenuta nella legge, quell'omissione è un vizio di incostituzionalità della legge. L'omissione non può essere riempita da una regola del caso concreto tratta direttamente dalla Costituzione perché appunto c'è la legge, il cui vizio risiede proprio nell'omissione. Il giudice ha il dovere costituzionale di sollevare l'incidente di costituzionalità.

L'interrogativo a cui intendo rispondere è il seguente: di fronte a un'omissione legislativa secca, non derivante cioè dalla manchevolezza di un intervento legislativo (omissione non per commissione), e in mancanza di una riserva di legge, il giudice può fare diretta

applicazione della Costituzione¹ o, come pure è stato autorevolmente sostenuto², deve al contrario necessariamente sollevare un'incidente di costituzionalità? La riserva di legge può essere non solo di fonte costituzionale, ma anche di fonte ordinaria. In questo secondo caso, la norma in relazione alla quale sollevare l'incidente di costituzionalità sarebbe la norma ordinaria che prevede la riserva di legge, nella parte in cui, non consentendo al giudice di formulare, per via costituzionale, la regola del caso concreto (ove naturalmente si opti per il primo corno dell'alternativa, e cioè l'ammissibilità della diretta applicazione della Costituzione), e lasciando permanere la lacuna legislativa, determina una violazione del diritto fondamentale.

Abbiamo ormai alle spalle il mito della completezza e assenza di lacune dell'ordinamento, e dunque ipotizziamo di non poter fare ricorso all'analogia o all'interpretazione estensiva. Di fronte all'omissione legislativa che possa pregiudicare una situazione soggettiva costituzionalmente tutelata, fermo il divieto del *non liquet*, il giudice cosa deve fare? Sollevare l'incidente di costituzionalità o fare diretta applicazione della Costituzione?

2. Le ragioni a favore dell'incidente di costituzionalità

Vediamo quali sono le ragioni che propendono per la necessità dell'incidente di costituzionalità. Si tratta di ragioni serie, con le quali il confronto non può essere eluso. L'ostacolo alla elaborazione per via costituzionale del diritto del caso concreto da parte del giudice risiede in ciò: la posizione del diritto corrisponde a una scelta politica, la quale non può non essere imputabile a un soggetto riconducibile ai meccanismi della rappresentanza politica. La regola giuridica è il risultato del bilanciamento fra una pluralità di principi. Identificare il principio prevalente e stabilire, sulla base di tale prevalenza, come all'interno di una regola la pluralità dei principi debba essere composta è una scelta politica. Nel contesto del moderno pluralismo la scelta in favore di un principio non è dettata da ragioni giuridiche, non ha una fondazione giuridica, ma è dettata da ragioni politiche, dove "politica" sta per cultura, valori, tradizioni, insomma l'universo dell'extra-giuridico che si materializza nella scelta di un principio costituzionale piuttosto che un altro. Identifichiamo appartenenze e culture politiche diverse sulla base dell'opzione in favore di un determinato principio costituzionale piuttosto che un altro. I principi sono fondativi (*ex principiis derivationes*), ma proprio perché tali, come gli assiomi indecidibili del teorema di Gödel, non fondano se stessi, ma trovano giustificazione all'esterno della catena formale che fondano. La scelta del principio non è dettata dal principio stesso, come il diritto che da esso dovrebbe conseguire, ma da tutto ciò che è a monte di quella scelta.

Ecco perché la legge è necessaria. Non può che essere un'autorità politicamente responsabile a fissare la regola, astratta e generale, perché fissare il diritto corrisponde a una decisione politica. In un ordinamento basato sulla rappresentanza democratica, la legge è la forma necessaria del diritto. La scelta politica in favore del principio prevalente nel bilanciamento è anche ciò che vincola l'interprete, unitamente alle potenzialità semantiche dell'enunciato linguistico, prima che l'attività ermeneutica intraprenda l'estrazione della norma dalla disposizione legislativa³. Ciò che, a questo punto, imporrebbe la via

¹ Eventualità in passato ammessa dal giudice costituzionale: Corte cost., 5 febbraio 1998, n. 11, in *Foro it.*, 1998, I, c. 996, e 26 settembre 1998, n. 347, *ivi*, c. 3042.

² M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 157 ss.

³ Per un approfondimento, rinvio a E. Scoditti, *I nodi del costituzionalismo contemporaneo e la sfida per l'Associazione Nazionale Magistrati*, in *Questione giustizia on line*, 27 febbraio 2024 (www.questionegiustizia.it/articolo/nodi-cost-cont-e-ann), nonché in *Questione giustizia trimestrale*, n. 1-

dell'incidente di costituzionalità è la necessaria forma legalistica del diritto, la quale presuppone una scelta politica, e questa non può che essere imputabile a un organo che sia titolare della rappresentanza politica. La necessaria forma legalistica del diritto conduce alla necessità dell'incidente di costituzionalità di fronte all'omissione legislativa. Quale risposta fornire a questo solido argomento?

3. La proporzionalità quale criterio della valutazione di costituzionalità

Cominciamo con il dire che il diritto costituzionale rappresenta il limite (giuridico) della scelta politica in favore di un diritto ordinario piuttosto che un altro. La scelta di prevalenza in favore di un principio, e di bilanciamento dei vari principi attraverso una regola che definisca le modalità della loro combinazione, è libera e affidata alla discrezionalità della politica, ma il bilanciamento deve rispettare una regola giuridica, che è quella della compressione proporzionata del principio soccombente. Il criterio di proporzionalità, quale regola giuridica del bilanciamento, è espressione della regola suprema dell'eguaglianza formale, la quale richiede che tutti i principi siano considerati nella formazione della legge, per cui la limitazione del principio soccombente deve essere contenuta nello stretto necessario per la realizzazione del principio prevalente. L'eguale considerazione di ogni principio impone che del principio soccombente sia, inoltre, salvaguardato il nucleo duro, quel minimo essenziale che non può essere violato. Il criterio dell'essenza inviolabile del principio è un requisito ulteriore e autonomo rispetto a quello della compressione proporzionata all'esigenza di realizzazione del principio prevalente: la proporzionalità comincia là dove termina l'essenza inviolabile⁴. Nel primo paragrafo dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sono ben illustrati i due criteri: «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà» (l'essenza inviolabile); «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui» (la proporzionalità).

Sono queste le caratteristiche del controllo di costituzionalità delle leggi: il legislatore è libero di fare le sue scelte politiche preferendo un principio ad altri e di stabilire il modo in cui, attraverso gli elementi (costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi dell'effetto) della fattispecie legale, i principi debbano stare insieme, ma nel fare ciò non può comprimere la soglia minima di inviolabilità del principio soccombente e deve comunque rispettare il criterio di proporzionalità. Si comprende così anche cosa significa violare un diritto

2/2024, pp. 295-302 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/1178/1-2_2024_qg_scoditti-costituzionalismo.pdf).

⁴ T. Tridimas e G. Gentile, *The essence of rights: An unreliable boundary?*, in *German Law Journal*, n. 20, 2019, p. 803: «The concept of essence is not easy to determine. In theory, there are three ways of approaching the essence-periphery dichotomy. Essence can be understood as an absolute requirement separate from proportionality. This means that a *sine qua non* for a restriction to be constitutional is that it must not affect the essence of a right. A government intervention may affect non-essential elements subject to the principle of proportionality, but no proportionality inquiry is to be carried out in relation to the essence since it can never be overridden. Proportionality begins where essence stops. Under a second view, the essence of a right is not immune from affliction, but any proportionality inquiry must take on board the heightened respect that the core element of a right deserves. According to this relativist view, where the core is under attack, courts must apply a very high, perhaps excruciatingly high, degree of scrutiny. A third way is to interpret essence as meaning that it is inflicted when the right is extinguished. This equates essence to the abolition of a right. The absolute view appears preferable».

fondamentale. Nell'ambito del bilanciamento i diritti fondamentali possono essere compressi, ma la compressione diventa violazione quando mina il contenuto essenziale del diritto o quando il diritto sia limitato oltre la misura necessaria per il perseguimento del principio ritenuto prevalente nel bilanciamento.

Nella sede dell'interpretazione conforme a Costituzione, il giudice comune non è garante del principio o diritto fondamentale in quanto tali, perché supportare un principio vuol dire fare una scelta politica. Il giudice comune è garante del diritto oggettivo, il che, nella sede dell'interpretazione conforme, significa garantire che il principio soccombente nel bilanciamento sia compresso osservando il criterio della proporzionalità e, comunque, in modo rispettoso della sua essenza. Si comprende così anche quale sia l'autentico significato dell'interpretazione conforme a Costituzione.

Non è vero che il solo limite dell'interpretazione conforme sia, come si suole dire, la potenzialità semantica dell'enunciato linguistico. Il limite, che precede l'attività interpretativa, non è dato solo dal significato linguistico della disposizione, ma è dato anche dalla scelta politica del legislatore, il quale ha optato per la prevalenza di un determinato principio. Nell'interpretazione conforme questa scelta politica non viene messa da parte, perché l'interprete non sostituisce al principio scelto come prevalente dal legislatore il principio che corrisponde a una propria scelta politica. Non può non essere così, per la natura stessa del profilo di incostituzionalità. Quest'ultimo, rimediabile con l'interpretazione conforme, risiede nella compressione non proporzionata del principio soccombente o nello svuotamento della sua essenza. L'intervento chirurgico dell'interprete punta a stabilire una compressione di tale principio che sia rispettosa del criterio di proporzionalità, e cioè strettamente necessaria per il perseguimento del principio prevalente (che resta salvo), ovvero sia in grado di preservare il nucleo intangibile di quello soccombente. L'interprete non ha necessità di toccare la scelta politica in favore di un determinato principio: questa resta ferma, bisogna solo porre rimedio alla compressione non proporzionata (o lesiva dell'essenza) del principio soccombente.

Ciò che accade nella sentenza costituzionale additiva di principio è proprio questo. Rispetto a quando Gustavo Zagrebelsky, nel 1991⁵, approfondì la novità della sentenza additiva di principio emersa in due pronunce costituzionali (n. 497 del 1988 e n. 295 del 1991⁶), molto tempo è trascorso. Allora sembrò che tutto fosse ridicibile al seguente passaggio della sentenza costituzionale n. 295 del 1991: «la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa – com'è quella ravvisata nell'ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idoneo ad assicurare l'effettività di questo – mentre lascia al legislatore, riconoscendone l'innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto».

Oggi siamo in grado di dire che tutto questo non significa che il giudice comune, al cospetto dell'omissione all'interno della disposizione legislativa, identifichi la regola del caso concreto meramente concretizzando il principio somministrato, quasi che tutto il percorso di elaborazione della regola sia per così dire giuridicizzato dalla previa identificazione del principio. Messa così, sembra che non vi sia alcuna scelta politica da fare per il giudice

⁵ G. Zagrebelsky, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in Aa.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 99 ss., ove il tema, di cui al testo, era affrontato anche in relazione alla problematica dei "diritti finanziariamente condizionati" quali i diritti sociali, punto di osservazione che oggi sarebbe da considerare alla luce del nuovo art. 81 Cost.

⁶ In *Foro it.*, rispettivamente 1989, I, c. 3013, e 1992, I, c. 323.

comune, posto che la regola non sarebbe altro che l'applicazione/concretizzazione del principio somministrato dal giudice costituzionale. Non è così, perché altrimenti non ci spiegheremmo perché il diritto del caso concreto sia recessivo una volta che vi sia l'intervento legislativo, come riconobbe lo stesso Zagrebelsky⁷. Somministrazione del principio significa solo identificazione del nucleo minimo e inviolabile di una determinata situazione soggettiva, il quale deve essere preservato e che, invece, l'omissione legislativa ha violato. È quest'ultimo il limite giuridico di una regola che resta da scrivere tutta intera, compito che il giudice comune assume dirimendo la controversia.

4. Fenomenologia della sentenza costituzionale additiva di principio

Quanto abbiamo evidenziato diventa molto chiaro con Corte cost., n. 278 del 2013⁸ e il suo seguito giurisprudenziale, rappresentato da Cass., sez. unite, n. 1946 del 2017⁹. La Corte costituzionale (preceduta nel 2012 dalla Corte Edu) dichiarò l'illegittimità costituzionale della norma che ometteva di prevedere, per il caso di parto anonimo, attraverso un procedimento stabilito dalla legge e caratterizzato da massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare la madre, che avesse dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio adottato, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.

Per arrivare a tale conclusione, il giudice costituzionale prese atto che nel bilanciamento il legislatore aveva considerato prevalente il diritto costituzionale della madre all'anonimato, ma la disposizione, che condizionava l'accesso ai dati decorsi cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, costituiva una compressione non proporzionata del diritto del figlio a conoscere le proprie origini. Il nucleo minimo e intangibile di questo diritto risultava violato. Il monito al legislatore fu quello della previsione di «disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato». Era questa la compressione (stavolta) proporzionata del diritto del minore a conoscere le proprie origini, diritto soccombente nel bilanciamento alla luce della prevalenza del diritto della madre naturale all'anonimato.

Come rilevò la successiva Cass., sez. unite, n. 1946 del 2017, la pronuncia costituzionale aveva natura di sentenza additiva di principio: la scelta politica in favore del diritto della madre all'anonimato non era messa in discussione; bisognava però preservare il nucleo minimo del diritto del minore a conoscere le proprie origini, e in tal senso venne somministrato il principio corrispondente alla tutela minima ed essenziale di questo diritto, fatto coincidere con la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata. Le sezioni unite si fecero carico di dare diretta attuazione a tale principio, nelle more della sua attuazione legislativa, e per fare ciò modellarono una regola procedurale da applicare nel periodo transitorio attingendo a disposizioni presenti nell'ordinamento, per lo più il procedimento di volontaria giurisdizione di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 28 della legge n. 184 del 1983.

Le sezioni unite scrissero la regola, rispetto alla quale il vincolo giuridico era rappresentato soltanto dalla verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata, quale minimo non comprimibile del diritto del figlio adottato a conoscere le proprie origini. Fermo però questo vincolo giuridico, la scrittura della regola comportava un bilanciamento. La scrittura della regola venne nell'occasione, per così

⁷ G. Zagrebelsky, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, op. cit., p. 148.

⁸ *Foro it.*, 2014, I, c. 4.

⁹ *Ivi*, 2017, II, c. 477.

dire, sdrammatizzata dalla circostanza dell'aver attinto a disposizioni già presenti nell'ordinamento, ma se l'opzione fosse stata diversa, e cioè si fosse inteso elaborare una regola procedimentale *ex novo*, questo avrebbe reso ancor più evidente che si stava facendo un bilanciamento, con le relative scelte politiche, bilanciamento recessivo una volta che l'autorità deputata alle scelte politiche, e cioè il legislatore, si sarebbe manifestata¹⁰.

È proprio il carattere recessivo della regola, una volta che l'autorità politica sia intervenuta, a comprovare che in quella regola vi è un fondo politico; altrimenti, se fosse tutto e solo interpretazione e applicazione del diritto (la regola di proporzionalità nel bilanciamento, ovvero il rispetto dell'essenza inviolabile), non ci spiegheremmo la soccombenza della regola pretoria, proprio perché tale, al manifestarsi della legge. Il diritto giurisprudenziale cede di fronte a quello legislativo perché è, sì, interpretazione e applicazione del diritto per la parte corrispondente al vincolo giuridico derivante dal principio somministrato dal giudice costituzionale, ma per il resto rimane creazione del diritto. È la natura *extra ordinem* della fonte (giurisprudenziale) del diritto a renderla cedevole rispetto alla fonte legislativa, che è la fonte ordinaria del diritto.

5. Perché il giudice può fare diretta attuazione della Costituzione in presenza di lacuna legislativa

Siamo, a questo punto, in grado di misurare la differenza fra la scrittura giurisdizionale della regola a seguito di una sentenza additiva di principio, che presuppone l'omissione per commissione, e la scrittura della regola del caso concreto in carenza di fattispecie legale, in presenza cioè di una omissione secca. Nel primo caso la sfera della scelta politica, soggiacente il bilanciamento nel porre la regola, non è vincolata solo dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, ma è anche limitata dal fatto che il legislatore ha fatto la sua scelta politica e, nel caso del parto anonimo, ha ritenuto prevalente il diritto della madre all'anonimato. Le sezioni unite non avrebbero mai potuto mettere in discussione questa scelta proprio per il principio di soggezione alla legge, e dunque alla scelta politica fatta dal legislatore. Esse agivano nello spazio limitato della sola mancanza di una previsione che garantisse il nucleo minimo del diritto del figlio a conoscere le proprie origini. Quando il giudice elabora la regola del caso concreto, applicando direttamente i principi costituzionali, al cospetto di una omissione per commissione, non solo è obbligato a sollevare l'incidente di costituzionalità perché c'è la legge, ma poi, nella elaborazione della regola, successivamente alla pronuncia di incostituzionalità, oltre a essere vincolato dal principio somministrato dal giudice costituzionale, è anche limitato dalla stessa legge la quale, per tutta la parte non incisa dal controllo di costituzionalità, esprime una scelta politica e un bilanciamento che il giudice, soggetto appunto alla legge, non può non osservare.

Nel caso dell'omissione secca, quando cioè manca del tutto una previsione legislativa, il giudice, nel fare diretta applicazione dei principi costituzionali, non soffre il limite di una previa scelta politica del legislatore. Il giudice qui crea il diritto del caso concreto senza alcun limite legale, provvedendo lui stesso a un bilanciamento e facendo dunque una scelta politica quando individua il principio prevalente. Quest'ultimo può corrispondere alla pretesa azionata in giudizio, ma può anche non corrispondervi, e in questo secondo caso l'attore si vedrebbe rigettata la domanda giudiziale. La domanda potrebbe essere valutata dal giudice non solo dal punto di vista del principio prevalente, ma anche da quello della regola della

¹⁰ Il legislatore non è ancora intervenuto, come da ultimo ha ricordato Cass., n. 22497/2021, per cui vige tuttora la regola di diritto giurisprudenziale.

proporzionalità o dell'essenza inviolabile del principio soccombente. Non ha senso obiettare, per non riconoscere al giudice la possibilità della diretta applicazione dei principi in mancanza di fattispecie legale, che si deve necessariamente passare per un incidente di costituzionalità, da cui possa derivare la somministrazione, da parte del giudice costituzionale, del principio. Per due ragioni.

La prima è che, come abbiamo visto, anche il seguito giudiziale della sentenza additiva di principio è caratterizzato, entro i limiti che abbiamo segnalato, da un bilanciamento e da una scelta politica imputabile al giudice. La sentenza additiva di principio non consente dunque di aggirare l'evento, comunque eccezionale, di una scrittura della regola da parte del giudice, con il carico di bilanciamenti e scelte politiche che questo sottende, sia pure nel limite dei margini consentiti, nell'omissione per commissione, dall'intervenuto esercizio della discrezionalità legislativa.

La seconda ragione è che, nel caso dell'omissione che abbiamo definito secca, non per commissione, manca il presupposto dell'incidente di costituzionalità, che invece rinveniamo nell'ipotesi dell'omissione per commissione, e cioè il fatto che sia presente una legge a cui il giudice è soggetto. Né può dirsi che il silenzio dell'ordinamento corrisponda a una selezione legislativa di mancato riconoscimento, per cui la lacuna legislativa corrisponderebbe a una sorta di legge di segno negativo. Interpretare la mancata positivizzazione di una situazione soggettiva come manifestazione negativa di volontà politica significa assumere la premessa della completezza e mancanza di lacune nell'ordinamento giuridico, in base alla quale, essendo l'ordinamento completo, la lacuna sarebbe significativa della scelta di diniego di tutela. Se riteniamo che quella premessa, alla luce della integrazione del giuspositivismo con il costituzionalismo per principi, sia da considerare superata, la lacuna è più semplicemente omissione, mancata valutazione da parte del legislatore di una determinata vicenda sociale.

Né, infine, quella lacuna può essere ricondotta alla volontà del legislatore costituente, per cui il mancato riconoscimento della situazione soggettiva corrisponderebbe a una scelta di rilevanza costituzionale¹¹, perché, se assumiamo il punto di vista dei principi costituzionali, le situazioni soggettive sono giuridicamente rilevanti non se positivizzate in quanto tali, ma se riconducibili al principio. La selezione costituente è sui principi, la tutela delle situazioni soggettive è poi il risultato del bilanciamento di quei principi. Del resto, approdati alla lacuna legislativa come selezione costituente, non sarebbe consentito neanche l'incidente di costituzionalità, perché non solo il giudice comune, ma neanche il legislatore ordinario (e la Corte costituzionale, quale "legislatore negativo", per dirla *à la* Kelsen), possono integrare una lacuna costituzionale. L'unico passo consentito sarebbe quello della revisione costituzionale.

Non può, d'altra parte, essere presupposto dell'incidente di costituzionalità l'esigenza che al giudice sia fornito il criterio giuridico in base al quale svolgere il bilanciamento, sia cioè somministrato il principio cui è volta la sentenza additiva di principio. Ipotizziamo che, in presenza di una omissione secca, il giudice sollevi l'incidente di costituzionalità. Ciò che, al più, il giudice costituzionale può fare è somministrare il principio, ma questo non è altro che il criterio giuridico di una scelta politica che resta tutta da fare e che rimane sulle spalle del giudice comune. La questione della politicità della creazione della regola non è risolta. Non solo: identificare il criterio di proporzionalità, o l'essenza inviolabile, sulla cui base svolgere il bilanciamento dei principi, corrisponde a un problema di interpretazione del diritto e interpretare il diritto è compito che può e che deve essere assolto dalla giurisprudenza comune. La somministrazione del principio da parte del giudice costituzionale è richiesta quando c'è la legge, la cui incostituzionalità risiede nella omissione, ma non quando siamo

¹¹ M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, op. cit., pp. 159 ss.

in presenza di una omissione secca. In quest'ultimo caso, la questione giuridica è solo di interpretazione del diritto, e questa compete alla giurisdizione comune.

Un diritto vivente, poi, che per ipotesi si sviluppi nella carenza della manifestazione legislativa e per opera della diretta applicazione dei principi, non è suscettibile di sindacato di costituzionalità da parte del giudice delle leggi, appunto perché non è una legge. Il controllo di conformità a Costituzione di una giurisprudenza che faccia applicazione diretta dei principi costituzionali resta affidato all'ordinario sistema delle impugnazioni e quindi al sindacato di legittimità della Corte di cassazione, o al controllo del Consiglio di Stato, nell'ambito limitato in cui, in materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, una questione relativa al diritto soggettivo possa essere risolta attingendo direttamente alla Costituzione (nella giurisdizione su interessi legittimi, invece, la lacuna legislativa non è mai configurabile, stante la presenza della norma attributiva del potere amministrativo).

6. L'eccezionalità della scelta politica da parte di un organo estraneo alla rappresentanza politica

Quello che abbiamo enucleato è un rimedio a una situazione patologica, come disse già Zagrebelsky nel 1991 a proposito dell'attuazione per via giudiziaria, e non legislativa, della sentenza additiva di principio¹², ma la patologia risiede non solo nel mancato seguito legislativo alla sentenza costituzionale, o comunque nella lacuna legislativa, ma anche nel fatto che scrivere una regola comporta una scelta politica e l'organo giudiziario non è espressione della rappresentanza politica. Quando diciamo che, data la lacuna legislativa, il giudice dirime la controversia facendo diretta attuazione della Costituzione, non stiamo affermando che la regola (del caso concreto) è già scritta nella Carta costituzionale, ed è sufficiente farne applicazione. Si tratta, piuttosto, di una regola che il giudice scrive *ex novo*, bilanciando i principi e selezionando quello prevalente, proprio come fa il legislatore in via generale ed astratta, sulla base quindi di una scelta che, per l'aspetto del bilanciamento, è inevitabilmente politica. Benché la regola venga formulata in relazione alle circostanze del caso, essa è poi suscettibile di applicazione agli altri casi concreti riconducibili al primo, secondo una dinamica che richiama quella del *common law*, basata sulla risoluzione della controversia mediante l'estrazione della regola di giudizio dal caso precedente che si presenti analogo a quello *sub iudice*.

La situazione soggettiva evocata in giudizio può essere riconosciuta quale diritto da tutelare se, all'esito del bilanciamento, venga ricondotta al principio che risulti prevalente, o sia comunque corrispondente al nucleo minimo da garantire di un principio o a quella quota di principio che permane all'esito della compressione proporzionata. È quest'ultimo il lato propriamente giuridico del bilanciamento che il giudice compie, risultando per il resto la valutazione inevitabilmente politica. Se la domanda è accolta perché la situazione soggettiva dedotta in giudizio è riconducibile al principio prevalente nel bilanciamento, la regola di giudizio ha una genesi politica. Se invece l'accoglimento della domanda deriva dalla riconducibilità del rapporto dedotto all'essenza inviolabile del principio soccombente, o alla compressione proporzionata di quest'ultimo, allora è il volto giuridico della regola a venire in primo piano. Si tratta di un'ambivalenza della regola di giudizio che si ripercuote al livello dei processi di impugnazione, finanche quello di legittimità. È bene precisare che, pure alla luce dell'ambivalenza evidenziata, è sempre una regola giuridica che viene applicata¹³.

¹² G. Zagrebelsky, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, op. cit., p. 154.

¹³ Ciò che fa dire, inoltre, che la pronuncia è secondo diritto e non secondo equità.

Emerge qui un particolare profilo di differenza fra la regola di diritto per legge e quella per provvedimento giurisdizionale. La prima è retta esclusivamente dalla scelta politica in favore di un principio e di una specifica combinazione di principi. Quella per provvedimento giurisdizionale non guarda solo al bilanciamento dal punto di vista di un criterio politico, ma, scelto il principio prevalente, organizza il bilanciamento secondo modalità di compressione proporzionata del principio soccombente, e comunque tali da non violarne il nucleo essenziale, se l'apprezzamento di tali profili è richiesto dalla controversia. Il diritto legislativo è un diritto politico, quello giurisprudenziale è un diritto (anche) di giustizia. Il diritto giurisprudenziale è, per la parte relativa all'osservanza della regola della proporzionalità del bilanciamento, ovvero dell'essenza inviolabile del principio, applicazione del diritto; per la parte relativa alla selezione del principio prevalente nell'ambito del bilanciamento e alle modalità di combinazione dei principi, fermo restando i vincoli giuridici della proporzionalità e dell'essenza del principio, è creazione del diritto. L'ambivalenza del diritto giurisprudenziale si ripercuote al livello della valutazione del giudice, che è mossa dai valori e dalle scelte politiche dell'interprete quanto all'individuazione del principio prevalente, ma è guidata da un criterio ideale di giustizia, che impone al giudice di fare astrazione dalle sue opzioni di valore e di assumere un dovere di indipendenza da se stesso, per la parte relativa alla compressione proporzionata del principio soccombente, o comunque rispettosa del nucleo inviolabile.

Il diritto giurisprudenziale sarebbe, a questo punto, da preferire rispetto a quello legislativo in quanto diritto (anche) di giustizia? In un regime democratico le scelte politiche non sono affidate a un'aristocrazia di sapienti ed equi, ma ai rappresentanti del popolo. Il costituzionalismo corregge le deviazioni del principio di sovranità popolare sottoponendo al controllo di costituzionalità, riservato a un'autorità giurisdizionale, il diritto legislativo della cui giustizia si dubita.

Vi è un lato politico della valutazione giurisdizionale, come si è anticipato, ed è dimostrato dalla recessività della regola giurisprudenziale al manifestarsi di quella legislativa. Se bilanciare i principi e selezionarne quello dominante avesse natura giuridica, la regola pretoria non potrebbe venir meno per il solo fatto di essere stata individuata dalla giurisprudenza, perché appunto sarebbe applicazione del diritto. Essa viene meno, una volta che la lacuna legislativa sia stata colmata, perché è creazione del diritto per via di una fonte *extra ordinem*. La scelta del principio che deve prevalere in un bilanciamento, in quanto scelta politica, è riservata alla discrezionalità dell'autorità politica. La fonte ordinaria del diritto è quella dotata della responsabilità politica in quanto espressione della rappresentanza democratica.

Con l'esercizio dell'opzione legislativa potrebbe aversi, si badi, una compressione del principio soccombente maggiore di quella che la regola pretoria, ispirata dal canone di proporzionalità, ha fissato. L'interpretazione del diritto affidata al giudice comune non ha l'efficacia del vincolo costituzionale derivante dalla sentenza additiva di principio. Una volta che il legislatore sia intervenuto, il monopolio del controllo del rispetto del criterio della proporzionalità passa alla Corte costituzionale e la valutazione del giudice costituzionale potrebbe essere anche, al riguardo, diversa da quella compiuta dal giudice comune. Ormai, siamo nel dominio del controllo di costituzionalità delle leggi.

C'è dunque un fondo politico nella applicazione diretta dei principi costituzionali, ma nelle more dell'inadempienza del titolare della responsabilità politica alla domanda di giustizia bisogna comunque rispondere. Il giudice di *civil law*, un funzionario reclutato per concorso, estraneo ai meccanismi della rappresentanza politica, è costretto a farsi avanti e a

provvedere sulla domanda giudiziale¹⁴. Non vi è invece esercizio di una scelta politica nella concretizzazione di una clausola generale, perché qui il bilanciamento fra principi è stato compiuto a monte dal legislatore prevedendo la clausola generale, e il giudice si limita a formulare la regola di giudizio concretizzando, in relazione alle circostanze del caso, il valore giuridico enunciato dalla norma elastica¹⁵.

C'è un processo e c'è una domanda giudiziale, su cui il giudice non può non provvedere. Al cospetto di una crisi di cooperazione fra consociati, il giudice non può astenersi dal dare all'attore torto o ragione soltanto perché vi è una lacuna legislativa, e anche per dargli torto dovrà fare applicazione di una regola di diritto, che è dovere del giudice medesimo individuare. In conclusione, di fronte a un'omissione legislativa secca, e in mancanza di una riserva di legge, il giudice può, anzi deve, fare diretta applicazione della Costituzione, ma dobbiamo essere consapevoli della residualità ed eccezionalità di una simile evenienza. Per un verso, in un sistema democratico, come è evidente, la responsabilità politica deve restare in capo al suo effettivo titolare; per l'altro, la rappresentanza democratica può non sempre essere al passo della complessità crescente delle società contemporanee, per cui una quota di potere politico può inevitabilmente essere esercitata, in talune circostanze eccezionali, in funzione di supplenza, da un organo indipendente munito di legittimazione esclusivamente tecnica.

*** Relazione presentata all'incontro di studi, in occasione del novantesimo compleanno di Nicolò Lipari, su "Diritto e ragione" (Bari 18-19 aprile 2024). Lo scritto è destinato alla pubblicazione degli atti dell'incontro di studi.**

¹⁴ L'estraneità alla rappresentanza politica del giudice di *civil law*, è bene ricordarlo, risale all'introduzione napoleonica del giudice-funziario, conseguente alla riduzione post-rivoluzionaria del diritto alla forma di legge, e alla cesura fra diritto e cultura sociale aperta dall'apparizione del codice civile nell'Europa dell'Ottocento, cesura che i sistemi di *common law*, con una diversa forma di reclutamento giudiziario, non hanno conosciuto.

¹⁵ E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 189.