

DIALOGO FRA LE CORTI E TECNICA RIMEDIALE

Di Giuseppe Vettori

Ordinario di Diritto civile dell'Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Dallo Stato di diritto alla legalità costituzionale. – 2. La svolta antidogmatica e il diritto giurisprudenziale. - 3. Corte di Giustizia e giudici nazionali. - 4. La ricerca di argomenti persuasivi. L'analisi strutturale e la distinzione fra diritti e principi. - 5. L'insufficienza della distinzione fra diritti e principi. - 6. La tecnica rimediale. - 7. L'eredità del novecento giuridico.

1. Dallo Stato di diritto alla legalità costituzionale.

Secondo un'autorevole analisi la crisi mondiale avrebbe reso evidente, contro ogni immaginazione, la realtà dell'Unione europea, stretta fra il ritorno dello Stato nazionale e il trionfo di uno spazio globale che confinerebbe sempre più quel progetto politico nella sola realistica esigenza di una uniformità legislativa del mercato interno, senza altre, vane, ambizioni¹. La mia impressione è che la “verità ef-

fettuale” dell'Unione europea possa essere compresa a fondo solo esercitando la memoria e riflettendo sulla centralità del giudice nell'odierno assetto delle fonti. Cominciamo dal primo aspetto.

Dopo l'annessione dell'Austria il 12 marzo del 1938, la Germania iniziò, con le leggi di Norimberga, la sua strategia razzista. La identificazione del nemico aveva necessità di una premessa: chi poteva essere identificato come ebreo, in presenza di matrimoni misti, proliferati nell'arco di generazioni e generazioni sino a creare un'assimilazione forte e diffusa. La risposta fu affidata ad una serie di decreti, ispirati dai teorici nazisti della razza. La presenza di tre nonni ebrei attestava tale identità, “chi aveva

¹ N. IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009,4, p. 1243.



due nonni era ebreo se lo era anche di religione o se aveva sposato una persona ebrea”². La forma giuridica statale dette così avvio alla tragedia.

In Italia nello stesso anno le leggi razziali eliminarono, con un tratto di penna, i diritti civili e le libertà di oltre quarantamila persone, quasi totalmente di cittadinanza italiana, allontanati dalle scuole e dalle professioni, privati di essenziali prerogative e consegnati dopo il 1943 ai tedeschi per la deportazione³.

Il diritto statale e la scienza giuridica più illuminata presero atto della volontà del Parlamento⁴. I manuali furono prontamente aggiornati sulle nuove incapacità delle persone e il quadro formale dell’ordinamento giuridico si adeguò ad una scelta precisa della politica e dello Stato nazione.

2. La svolta antidogmatica e il diritto giurisprudenziale.

Negli ultimi anni della seconda metà del 900 iniziò a maturare una sofferta percezione dell’inadeguatezza della logica illuministica e del positivismo assieme al ripensamento sul sistema delle fonti in uno Stato di diritto di stampo ottocentesco che stava trasformandosi in Stato sociale, sino a incarnarsi in quel complesso di valori giuridici circolanti, che la Costituzione ha avuto la capacità di leggere nelle trame della società civile italiana”⁵. Che cosa è accaduto dopo è noto.

“Si è denunciato l’ apriorismo dei dogmi. Si è contestato che il diritto sia tutto opera dello Stato, si è negato che esso si esprima tutto nella legge. Si è iniziato a parlare di un diritto vivente diverso dal diritto vigente, di un principio di effettività, di un diritto spontaneo. Si è guardato all’interprete per dire che egli pre-comprende il diritto che troverà scritto nella legge”⁶.

I tratti di questo nuovo ordine sono evidenti.

Dalle ultime relazioni sullo stato della giustizia civile emerge una casistica e un orizzonte chiaro dell’impegno dei Giudici di legittimità nell’uso del-

le clausole e nella tutela di diritti e valori riconosciuti dalla costituzione.⁷ Tutto ciò prelude ad un vero e proprio manifesto sull’apporto della giurisprudenza di legittimità nella fase attuale del nostro ordinamento⁸ come assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l’attività ermeneutica del giudice⁹.

Le ripercussioni in Europa sono ancora più evidenti.

Il diritto europeo ha una peculiarità precisa nel processo di globalizzazione in atto per un preciso motivo. “Il diritto globale si riconosce in determinati settori (*lex mercatoria*, mercati finanziari) mentre la dissoluzione fra norma e territorio diventa un carattere specifico del diritto comunitario che non è uno spazio consegnato nelle mani invisibili del mercato o alla duttile etica degli affari ma è uno spazio costruito e governato dal diritto”¹⁰ secondo un ordine che si sta prefigurando.

Al carattere universale dei diritti corrisponde sempre più una globalizzazione delle tutele che va fornita in tempi ragionevoli, da un giudice terzo e imparziale che acquista centralità nell’applicare un diritto privo di territorialità e carente, spesso, di un chiaro dettato normativo riferibile al conflitto da risolvere. Un primato che dà spazio alla interpretazione adeguatrice della norma ordinaria capace di cogliere la sua evoluzione nel confronto con la normativa costituzionale, l’ordinamento comunitario e i vincoli derivanti dai Trattati internazionali, in un sistema sopranazionale a rete (117 cost.) che pone problemi nuovi. Basta pensare alla sorte del giudicato nazionale in presenza dei nuovi poteri conferiti alle Corti europee, alla continuità del processo oltre i limiti del territorio nazionale, alla concentrazione della tutele rispetto ai confini statali¹¹.

Questo sistema di fonti innova la stessa impostazione tradizionale della giuridicità.

Il positivismo statalista assumeva la norma come unico regolatore dell’attività pratica. Questa esclusività poteva concorrere con una pluralità di ordinamenti grazie a vari espedienti teorici. Primo fra tutti la distinzione fra fatto e valore giuridico. “Assunta una norma come prevalente, le norme dell’ordinamento concorrente erano derubricate a fatto e osservate dall’esterno.” Ciò non può accade-

² D. EDMONDS e J. EIDINOW, *La lite di Cambridge*, Garzanti, Milano, 2002, p.103

³ M. SARFATTI, *Mussolini contro gli ebrei. Cronaca dell’elaborazione delle leggi del 1938*, Zamorani, Torino, 1994.

⁴ V. R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all’inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 4, p. 417 ss.

⁵ P. GROSSI, *Lungo l’itinerario di P. Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 883, 884, 885; e P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1968, p. 45 ss.

⁶ V. ancora R. SACCO, *Prospettive della civilistica italiana all’inizio del nuovo secolo, e il particolare la sintesi citata nella nota 1*

⁷ V. CARBONE, *Relazione sullo stato della giustizia in Italia*, 2009, in www.cortedicassazione.it; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007 n. 26725 (e 2674) vedila in *Obb. cont.*, 2008, 2, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, p. 1 ss.

⁸ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741.

⁹ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741.

¹⁰ V. Carbone, *Relazione sullo stato della giustizia in Italia*, 2009, op. cit.

¹¹ V. ancora V. CARBONE, *Relazione sullo stato della giustizia italiana*, 2009, cit.

re nel sistema integrato dove ogni ordinamento è privo di esclusività “in quanto considera valore giuridico e non fatto la disciplina che proviene da un altro ordinamento”. Ne risulta una realtà giuridica peculiare. Il reciproco riconoscimento introduce “meccanismi di reciproci adattamenti, delineando una struttura terza che è il risultato della contaminazione e della mediazione”¹².

Basta pensare alla Direttive. La regola comunitaria indica e vincola ad uno scopo che trova realizzazione “nei limiti e nelle tecniche del diritto interno che deve assicurare eguale tutela (interna e comunitaria) ed effettiva protezione dei diritti. La norma di attuazione è interna ma la sua genesi è comunitaria ed è dunque la risultante di un’articolazione fra i due ordinamenti la cui integrazione “si configura come una combinazione di nodi” espressione della struttura a rete ormai diffusa nella teoria del diritto”. “Il giudice dell’ordinamento integrato è un tessitore, tesse la rete normativa, sonda le giunture, articola normativa interna e disciplina comunitaria, consapevole che la chiave del precetto interno risiede nella sua origine comunitaria”. Non si tratta come nell’interpretazione Costituzionalmente orientata di salvaguardare la coerenza e unità dell’ordinamento interno ma di trovare la chiave di interconnessione fra diritto interno e comunitario¹³.

Sul rapporto fra Corte di Strarburgo e Corte di Lussemburgo e giudici nazionali si poteva scegliere fra il libero raffronto fra orientamenti giurisprudenziali diversi e la fissazione di uno strumento di coordinamento. Si è optato per la seconda soluzione con l’adesione della UE alla CEDU. Ciò renderà non semplici i rapporti fra le due Corti in particolare per quanto attiene alla interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali¹⁴.

3. Corte di Giustizia e giudici nazionali.

Con il Trattato di Lisbona i diritti fondamentali previsti nella Carta di Nizza assumono un livello costituzionale che spinge l’integrazione fra ordine nazionale e comunitario verso una progressiva configurazione unitaria¹⁵. Ciò si ricava da una serie di

dati già indicati con precisione¹⁶ e da alcune indicazioni recenti.

Non è dubbio che i due ordinamenti hanno un ambito di applicazione diverso e questo dato viene espressamente richiamato nell’art. 52. Nei casi in cui il Trattato di Lisbona non ha previsto alcuna competenza per le istituzioni europee non potrebbe mai invocarsi la Carta. Vi sono due poteri normativi: nazionale e comunitario sicché le norme comunitarie risentiranno del valore della Carta mentre nessun mutamento si avrà per gli atti e le norme di carattere esclusivamente interno. Ne segue che i diritti potrebbero essere conformati in modo diverso nell’uno e nell’altro ordinamento.

A ben vedere questa rigida partizione è molto più sfumata quando si cerchi di chiarire le tutele in caso di violazioni dei diritti da parte di norme nazionali ordinarie.

Il quadro teorico è in astratto chiaro. Nell’ordinamento interno in caso di contrasto fra leggi si deve invocare la Corte costituzionale, mentre se la norma è comunitaria il controllo non può essere esercitato dal giudice interno che non può disapplicare la norma o l’atto comunitario ma deve sollevare la questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia. In base a ciò si può concludere che quanto accadeva prima per i Trattati accade ora per i diritti¹⁷.

Il problema è più delicato nel rapporto fra norme comunitarie e norme interne che attuano il diritto comunitario. Se la norma è esclusivamente interna il giudice dovrà riferirsi al diritto interno, alla Costituzione e alla Corte Costituzionale. Se la norma interna attua il diritto comunitario o si trova nella zona d’ombra della disciplina sopranazionale¹⁸, in base al primato del diritto comunitario, il giudice nazionale ha un controllo diffuso e dovrà riferirsi ai Trattati e alla Carta arrivando sino a disapplicare la norma interna, salvo sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sull’appartenenza o meno del caso, al diritto comunitario.

Se questo è il quadro teorico che emerge dalla lettera del Trattato e degli articoli 51 e 52 della Carta la sua applicazione concreta non è univoca.

Alcuno esclude il sindacato del giudice nazionale sulle leggi interne in base alla Carta dei diritti perché il diritto comunitario non copre tutta l’area disciplinata dal diritto nazionale sicché il giudice

¹² Così E. SCODITTI, *Il dialogo fra le Corti e i diritti fondamentali di fonte sopranazionale: il punto di vista del giudice comune*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p.

¹³ E. SCODITTI, op. ult. cit.

¹⁴ v. sul punto R. CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle Corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2010, p. 387 ss.; ID., *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, in www.astrid-online.it

¹⁵ così P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, p.11 ss.

¹⁶ P. PERLINGIERI, op.ult. cit.

¹⁷ così V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, Conferenza, inedita, svolta alla Fondazione Basso, Roma il 9 dicembre 2009.

¹⁸ V. così Corte cost. ord. 20 del 2000.



interno non potrebbe disapplicare una legge nazionale in nome di principi di un altro ordinamento¹⁹.

Altri ammettono la non applicazione della norma interna se questa attui il diritto comunitario e sia una norma sui diritti con effetto diretto “ sufficientemente precisa e non richieda per la sua applicazione l’emanazione di ulteriori atti comunitari o nazionali”²⁰.

A ben vedere il problema si interseca con la questione se la Carta di Nizza abbia o meno valore orizzontale fra rapporti privati o se sia rivolta solo agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie. Sul punto occorre anzitutto sottolineare due aspetti:

a) l’interpretazione adeguatrice è chiave di attuazione quando manca l’efficacia diretta perché il vincolo di risultato per lo Stato si traduce dal punto di vista del giudice nell’obbligo di interpretazione conforme. In base all’art. 249 e 10, quando non è emersa la possibilità di una interpretazione adeguatrice, è previsto un procedimento incidentale con sospensione del giudizio principale. La Corte di Giustizia a differenza della Corte costituzionale non può interpretare la norma nazionale ma solo il diritto comunitario, e il rinvio costituisce un punto di giuntura fra i due ordinamenti e uno stimolo al dialogo e collaborazione fra le Corti. In caso di inosservanza dell’obbligo di rinvio si avrà la tutela risarcitoria del cittadino o in alcuni ordinamenti (Germania) una tutela specifica mediante l’impugnazione del giudicato davanti alla Corte costituzionale. Dunque il giudice nazionale deve vagliare la rilevanza dell’atto comunitario nel caso in esame, individuare un eventuale dubbio interpretativo, applicare la norma comunitaria interpretata dalla Corte di giustizia, traendo le necessarie conseguenze in termini di compatibilità o incompatibilità con il diritto interno. Non si tratta di uno scambio fra giudici gerarchicamente subordinati ma di un vero dialogo al quale il giudice comune partecipa contribuendo alla formazione della regola.

b) D’altra parte si deve ricordare che la Corte di Giustizia di recente²¹ si è espressa per il valore dif-

fuso e prioritario del principio generale di non discriminazione mentre la Corte di Cassazione italiana²² e il Consiglio di Stato²³ non si pongono il problema nel richiamare il valore giuridico della Carta di Nizza della qualità interna o comunitaria della questione affrontata che era in un caso l’applicazione dell’art. 2043 in un ipotesi di danno non patrimoniale da demansionamento e nell’altro un problema di effettività della tutela affrontato alla luce dell’art. 24 della Costituzione italiana ma anche degli articoli 6 e 13 della CEDU. Ciò lascia intravede la possibilità che il giudice nazionale debba tener conto anche per una questione meramente interna almeno dei principi ricavabili dall’ordinamento comunitario per trovare la regola e la tutela più proporzionata ed efficiente nel caso concreto.

D’altra parte è noto che il problema dell’efficacia della CEDU è controverso in dottrina e giurisprudenza. Le sentenze della Corte costituzionale del 2007²⁴ hanno stabilito che il giudice nazionale non può disapplicare il diritto interno non compatibile con tale testo stante la natura pattizia della Convenzione²⁵, mentre il Giudice amministrativo ha assunto una posizione diversa ai sensi dell’art. 6 del Trattato di Lisbona che prevede la adesione della Unione alla CEDU²⁶.

Tutto ciò apre una questione centrale su cui è necessario soffermarsi.

disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale indipendentemente dall’esercizio della facoltà di cui dispone...di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sull’interpretazione di tale principio.”

²² Cass., 2 febbraio 2010, n. 2352, in *Foro it.*, 2010, c. 1145 ss.

²³ Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, in *www.giustizia-amministrativa.it*

²⁴ v. Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349 (rel. Tesaurò) e 22 ottobre 2007, n. 348 (rel. Silvestri) in *Foro it.*, 2008, I, p. 39 ss, con note di Romboli, Travi, Cappuccio, Ghera.

²⁵ V. G. Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 74,75.

²⁶ T.A.R. Lazio Roma, Sez. II Bis, 18 maggio 2010, n. 11984; le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri in forza del diritto comunitario e quindi in Italia ai sensi dell’art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l’ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all’obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità del diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario, ma senza transitare per il filtro dell’accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno”.

¹⁹ Così mi sembra sia affermato nella relazione inedita di V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, op. ult. cit.

²⁰ E. SCODITTI, *Il dialogo fra le Corti e i diritti fondamentali di fonte sopranazionale: il punto di vista del giudice comune*, op. ult. cit.

²¹ v. Corte Giust., 22 novembre 2005, n. 144/04 (Mangold – Helm); e da ultimo Corte Giust., 19 gennaio 2010, C-555/07 Seda Kucukdeveci c. Swedex GmbH & Co.KG. vedila in *Eur. dir. priv.*, 3, 2010 con nota di D. Del Vescovo. La Corte di Giustizia sembra considerare che una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell’ambito di una controversia tra singoli. La massima dispone quanto segue: “E’ compito del giudice nazionale investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all’età, quale espresso concretamente dalla dir. 2000/78,

4. La ricerca di argomenti persuasivi. L'analisi strutturale e la distinzione fra diritti e principi

| 284

Dopo il Trattato di Lisbona occorre delimitare con rigore il potere del giudice nazionale di interpretare le norme sui diritti e principi di origine comunitaria e il potere di disapplicare il diritto interno incompatibile.

Come si è osservato, secondo taluno, se le tecniche della interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto comunitario sono sufficientemente chiare il potere di disapplicazione del giudice va precisato in base all'efficacia delle norme sui diritti. Quando la legge non sia condizionata per la sua applicazione ad altro atto comunitario o nazionale, ci sarebbero i presupposti per la preminenza comunitaria rispetto a quella nazionale²⁷. Con una tecnica diversa dal bilanciamento perchè l'applicazione diretta di un diritto fondamentale di origine comunitaria sarebbe consentita solo in presenza di una norma "strutturata in modo tale da consentire una completa disciplina della fattispecie"²⁸.

Ciò si trae dalla Carta dei diritti e dalle Spiegazioni, le quali nel testo dell'art. 6 e nel protocollo voluto del Regno unito, assumono un particolare valore, riconosciuto di recente dalla stessa Corte europea dei diritti umani.²⁹ E' bene ricordare che gli art. 51 e 52 furono modificati in occasione della approvazione del Trattato costituzionale e che essi sono ora espressamente richiamati in quella versione³⁰. Coordinando norma e spiegazioni si ricava quanto segue.

²⁷ E. SCODITTI, op cit., hanno effetto diretto "tutte le disposizioni che siano sufficientemente precise e la cui applicazione non richiede l'emanazione di ulteriori atti comunitari o nazionali".

²⁸ E. SCODITTI, op. cit.

²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 aprile 2007 (Vilho Eskelinen e altri /Finlandia), cit.

³⁰ V. G VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 49 ss ove testualmente: Nel primo (51 ex II-111) si delimitano gli effetti della Carta e si stabilisce che "essa si applica alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà (art.6 .2 TUE)" come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, si dice, tali soggetti "rispettano i diritti e osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nei limiti posti dai Trattati". Per quanto concerne gli Stati membri si ribadisce che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali vale per essi quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione o (come ha precisato la Corte) "quando essi danno attuazione alle discipline comunitarie". Nel secondo paragrafo si ribadisce che la Carta "non può avere l'effetto di ampliare i compiti assegnati all'Unione". Sicché i diritti fondamentali producono effetti solo nell'ambito di tali competenze e di conseguenza alle Istituzioni può essere "imposto l'obbligo di promuovere i principi sanciti

La distinzione fra «diritti» e «principi» è sancita nella Carta.

In base a tale distinzione, i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati (articolo 51, paragrafo 1 ex II-111). Ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri. E ciò è in linea, si dice, sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia³¹ sia con l'approccio ai «principi» negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale³².

nella Carta solo nei limiti di queste stesse competenze". L'art.52 (ex II-112) concerne la portata e l'interpretazione dei diritti e dei principi. Si prevede anzitutto (1) che le restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali possono essere previste dalla legge purchè rispondano a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano in interventi sproporzionati ed inammissibili. Si fa riferimento (2) ai diritti già riconosciuti in altre parti del Trattato richiamando le condizioni e i limiti per essi già fissati. Si ribadisce, infine, l'esigenza di una necessaria coerenza con le disposizioni della CEDU (3) e la regola ,indicata nelle spiegazioni, è duplice. Se i diritti sono identici il significato, la portata e i limiti sono identici. In caso contrario l'Unione può garantire una protezione più ampia " ma non può situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU. Si precisa poi (*nelle spiegazioni*) che il richiamo alle tradizioni culturali comuni (4) non mira ad un'impostazione rigida basata sul " minimo comune denominatore". Ciò perché i " diritti sanciti nella Carta debbono essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni culturali comuni." Segue nel paragrafo n.5 un riferimento espresso ai principi.

³¹ Cfr. in particolare la giurisprudenza sul «principio di precauzione» di cui all'articolo 174, paragrafo 2 del trattato CE (sostituito dall'articolo III-233 della Costituzione): sentenza del TPG dell'11 settembre 2002, causa T-13/99 Pfizer c. Consiglio, con numerosi rinvii ai precedenti giurisprudenziali e una serie di sentenze sull'articolo 33 (ex 39) in merito ai principi della normativa agricola, ad es.: sentenza della Corte di giustizia, causa C-265/85 Van den Berg, Racc. 1987, pag. 1155, C 310/458 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 16.12.2004. V. sul punto il bel volume di G. COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione:nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006.

³² G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 51. A titolo illustrativo si citano nelle Spiegazioni, come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25 (diritto degli anziani), 26 (Inserimento dei disabili) e 37 (tutela dell'ambiente). E si ricorda che in alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, come negli articoli 23 (parità fra uomini e donne), 33 (vita familiare e vita professionale) e 34 (sicurezza sociale e assistenza sociale).



5. L'insufficienza della distinzione fra diritti e principi.

La Carta separa dunque diritti e principi come criterio operativo ed occorre precisare come sorge questa distinzione, quale rilievo abbia per il diritto, quale potere e quali tecniche attribuisca al giudice. La storia ci segna ancora il percorso.

Nelle costituzioni del 900 il precetto in alcuni casi proclama un diritto, in altri precisa il contenuto di una regola, ma in entrambi si è in presenza di una norma che ha una precisa particolarità. È una norma priva di fattispecie ed è diversa dai principi generali interpretativi, indicati nell'art. 12 delle Preleggi, perché non è un riassunto di ciò che esiste, ma il fondamento di un nuovo ordine. E' un *prius* e non un *posterius* e la sua attuazione passa da un dialogo continuo fra la legislazione e la giurisdizione³³. Resta da vedere se tale precetto si può specificare in base alla distinzione fra diritti e principi.

La dottrina sul punto è divisa³⁴. Per alcuni la distinzione è qualitativa, ontologica e logica perché ai principi si aderisce, hanno un ampio grado di generalità e la loro applicazione è condizionata dal peso dei valori affermati. Per altri la distinzione è debole perché tutte le norme possiedono in qualche misura almeno una delle caratteristiche fissate nei principi mentre ciò che differenzia regole e principi è il grado in cui tali caratteristiche si ritrovano in un precetto³⁵.

A ben vedere tutti i tentativi finora esperiti di tracciare una distinzione netta, qualitativa, fra regole e principi sono falliti³⁶ mentre l'attenzione non può che essere prestata alle tecniche di attuazione degli uni e degli altri. Molto spesso non si può utilizzare il canone della conformità ad un modello, né una logica conclusiva che non esiste, ma il precetto deve essere trasformato in una regola con un procedimento non facile.

Fondamentale è il ruolo del fatto che non chiede di misurarsi con una regola prefissata ma ha in sé

elementi per divenire giuridico³⁷. Si dovrà bilanciare principi concorrenti o in collisione, intrecciare più disposizioni, concretizzare sulla base di altri principi, regole o clausole generali.

Ci si può chiedere se ciò ponga un problema di legittimità del procedere dei giudici se non altro perché i diritti politici contano meno se il legislatore è solo uno dei produttori del diritto.

Per dare una risposta occorre partire da lontano.

Dopo il primato illuminista della legge che ammette solo esecutori, le costituzioni del 900 hanno prodotto una trasformazione radicale. Le norme sui diritti non possono essere applicate come le altre leggi ma sono fonte di diritto³⁸.

Ne deriva che il potere dei giudici non è un'anomalia ma una forma della democrazia costituzionale che esalta la natura pratica del diritto. Insostituibile è il ruolo del legislatore ma si avrà diritto anche quando il giudice fonda la sua interpretazione su un principio tratto dalla costituzione. Né esiste qualcuno che ha l'ultima parola perché non esistono monopoli ma tutti i poteri debbono stare nei limiti previsti dalla costituzione³⁹.

La verità è che la complessità delle fonti attribuisce all'interprete poteri e responsabilità nuove. Si tratta solo di non smarrirsi nei dubbi e di prendere consapevolezza di nuove tecniche di decisione. Il dialogo fra le Corti rappresenta al riguardo un osservatorio privilegiato.

6. La tecnica rimediale.

Da quanto si è detto nei paragrafi precedenti risulta che un approccio strutturale sulla diversa configurazione delle situazioni soggettive, come diritti o come principi, conduce ad un risultato non appagante anche se tratto dall'art. 52 della Carta di Nizza.

Più utile è una visione rimediale tesa alla ricerca della tecnica di tutela che assicuri la massima realizzazione dell'interesse giuridicamente protetto da un diritto o da un principio e ciò per una serie di motivi⁴⁰.

³³ M. FIORAVANTI, (a cura di), *L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, p. 3 ss. La storia costituzionale recente ci ricorda che negli anni sessanta del 900, in pieno positivismo, i civilisti furono a lungo i sostenitori del valore solo programmatico di molte norme costituzionali sino ad una svolta netta dopo la quale la distinzione è divenuta improponibile.

³⁴ V. per una visione di sintesi da ultimo G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008; ID., *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, p. 52 ss - 58ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010, p. 74 ss.

³⁵ V. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, t.II, p. 865ss.; V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La costituzione europea*, Roma, 2003, p. 137 ss.

³⁶ Così G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p.53.

³⁷ P. GROSSI, *Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vogliotti "Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica")*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38 (2009); ID., *L'identità del giurista, oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p.1089 ss.

³⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, p. 160 ss.

³⁹ M. FIORAVANTI, *L'esperienza della democrazia repubblicana*, op. cit.

⁴⁰ G. VETTORI, (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, p. IX ss.; ID., *Contratto e rimedi*, 2° ed, Padova, 2009.



Anzitutto l'analisi della sola dimensione strutturale di un oggetto finisce per occultare la dimensione funzionale che lo distingue con chiarezza dagli altri. Ma c'è qualcosa di più.

Il confronto fra *civil law* e *common law* ha mutato segno e contesto. Se prima era servito per fini conoscitivi o per un "travaso di tecniche"⁴¹ di recente quel dialogo ha come obiettivo primario la misurazione dei risultati delle due tradizioni giuridiche occidentali "sul piano dell'efficacia riformatrice"⁴². Se è così non si può trascurare che la tradizione continentale di separare la proclamazione di diritti e principi dalla loro concreta applicazione trascura un dato sempre più evidente. Per il cittadino e per l'effettività delle regole sono essenziali le tutele e il diritto applicato, mentre le declamazioni sono spesso risorse argomentative da non sopravvalutare.

Dalla complessità delle fonti emergono principi che sono fonti di obblighi e indici di emersione di interessi giuridicamente rilevanti. L'interrogativo sulla configurazione come diritto o come principio, appunto non aggiunge molto alla soluzione di un problema che esige tecniche e strumenti di piena realizzazione della situazione soggettiva di dovere o di potere.

Qualche esempio può essere di aiuto.

a) l'abuso di diritto

E' emerso con chiarezza nella giurisprudenza teorica e pratica che la teoria dell'abuso contraddice la logica e la dogmatica del diritto soggettivo ma è anche uno strumento di controllo della libertà e del potere dei privati espressione di un principio che racchiude giudizi, criteri e regole diverse fra loro. Sicché per un uso corretto della figura occorre diffidare dell'astrazione e svolgere analisi differenziate⁴³.

Sarà necessario, insomma, analizzare come si è giunti alla centralità della *iurisdictio* anche in questo settore e precisare come si utilizza un principio per sua natura privo di fattispecie. Cominciamo dal primo aspetto.

C'è un tratto significativo del pensiero giuridico sino agli anni 60 del secolo scorso. L'incontro fra il positivismo dei giuristi e il neopositivismo logico

dei filosofi ebbe un esito chiaro⁴⁴. Il diritto finì per esaurirsi nelle norme e in una visione strutturale di regole capaci di fissare in modo rigido i doveri, i poteri e il loro esercizio.

Si capisce come in questa visione l'abuso sia stato inteso in modo riduttivo in base ad una precisa sequenza. L'esistenza di un diritto implica di prestabilire gli effetti giuridici di una condotta perché la titolarità e l'esercizio non possono che essere complementari. Se la condotta è conforme al diritto si producono gli effetti se è difforme no⁴⁵. L'esercizio corretto non è abuso mentre l'esercizio scorretto è un illecito e non un abuso. Insomma la figura è stata considerata a lungo ambigua e contraria alla logica formale.

Una critica decisiva al positivismo e alle sue tecniche di analisi della realtà non poteva che provenire dalla filosofia e questo è accaduto. Prima in America e poi in ambito continentale. Il positivismo si basava su di un fondamento chiaro. L'idea che in ogni sistema vi fosse un criterio comune e riconosciuto per determinare quali *standard* valgono come diritto e quali no. Identificate le regole giuridiche si trattava solo di seguire il metodo della conformità. Ma è stato dimostrato che un *test* per accertare con sicurezza ciò che è giuridico, non esiste in sistemi giuridici complessi e che non si può tracciare una distinzione definitiva tra criteri giuridici e criteri morali⁴⁶. Ne sono prova le Costituzioni del 900 che contengono regole e principi come norme con pari giuridicità e capacità di essere fonti di diritti e doveri.

Ciò apre una serie di interrogativi non facili ma indica una direzione precisa. Il positivismo che esige conformità a regole date non riesce a convincere perché si ferma prima dei casi difficili (e delle scelte tragiche) che hanno bisogno di un modello più realistico di soluzione in una società complessa.

Il quadro è mutato sul finire degli anni sessanta del secolo scorso quando l'indifferenza contenutistica della norma è iniziata ad apparire sterile e ingiustificata. Si è andati alla ricerca di un fondamento più convincente, dall'esperienza ai bisogni nuovi della società sino alla legalità costituzionale. Centrale è divenuta l'attenzione ai comportamenti e al risultato conseguito, prima sacrificati dalla preminenza di regole strutturali. Si sono studiate, negli anni settanta, il procedimento di conclusione del contratto, la causa, l'oggetto, la funzione dell'atto di autonomia. Si è iniziato ad avvertire che in tema di

⁴¹ A. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Quaderni della Riv.trim.dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1 ss.

⁴² A. GAMBARO, op. cit.

⁴³ v. sul punto di recente G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obb. contr.*, 2010, p. 166 ss. e da ultimo il bel volume di S. Pagliantini, (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p.3 ss.

⁴⁴ R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, ora in *I diritti presi sul serio*, Nuova ed., Bologna, 2010, p. 37 ss.; Id., *Trenta anni dopo*, in *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 204 ss.

⁴⁵ Così M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in S. Pagliantini, op. cit., p.99 ss.

⁴⁶ R. DWORKIN, *Trenta anni dopo*, cit. p. 204 ss.

abuso la lucidità dell'analisi strutturale non convince e non riesce ad oscurare la ragionevolezza del risultato raggiunto con un'analisi funzionale. Da qui la centralità del giudizio e del giudice che non ha escluso la funzione insostituibile del legislatore ma ha implicato solo di riconoscere che si ha diritto anche quando si fonda l'interpretazione su un principio e non su di una regola.

Questa trasformazione culturale è un dato di fatto, ma è positiva se si basa su di un dialogo fra le Corti e la scienza giuridica capace di costruire orientamenti e decisioni certi, sicuri e ragionevoli. Su questo si basa la millenaria esperienza della *common law* e una teoria della prassi che sappia isolare nell'attualità ciò che è durevole e va stabilizzato da ciò che è caduco e non può costituire precedente.

Se torniamo alla teoria dell'abuso si può ricordare che molte opinioni e regole trattano della figura in modo diverso in Italia e in Europa. Una delle indicazioni più rilevanti si ha nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nell'articolo 54 si dice che nessuno può esercitare un diritto che miri a ledere diritto o libertà altrui e da ciò si possono trarre alcune conseguenze precise.

L'abuso consente quelle valutazioni che completano la conformazione delle situazioni soggettive con un giudizio di liceità del comportamento e del risultato perseguito dai privati. La figura esprime un criterio di valutazione che racchiude giudizi, criteri e regole diverse fra loro. Reprime comportamenti illeciti con un giudizio di responsabilità, approfittamenti e lesioni con la possibile pronuncia di inefficacia o invalidità: E' insomma un principio che si trae dall'ordinamento interno e comunitario e che richiede, per essere operativo, la precisazione di una regola e la individuazione dei rimedi, a volta a volta, esperibili nella fattispecie concreta⁴⁷.

b) Nullità e principi.

Seguendo tale metodo si può analizzare la sentenza della Corte di cassazione che dichiara nulla, per contrasto con il dovere di solidarietà espresso nell'art. 2, la clausola di un contratto di locazione che vieti di ospitare stabilmente persone estranee al nucleo familiare anagrafico⁴⁸. Le perplessità concernono non per il risultato, ma la motivazione che occorre esaminare da vicino.

Un ente pubblico aveva chiesto la risoluzione del contratto di locazione, il rilascio dell'immobile e il risarcimento dei danni, sostenendo che l'originario conduttore non abitava più la casa ed ospitava altra persona in violazione di un articolo del contratto che vietava di "ospitare non temporaneamente per-

sone estranee al nucleo familiare anagrafico". La convenuta non ha negato di aver ospitato una persona ed ha invece affermato di avere ancora la disponibilità dell'appartamento e di averlo usato secondo una modalità che "apparteneva ad una dimensione personale non sindacabile in alcun modo dal locatore"; aveva sostenuto l'inefficacia della clausola per contrarietà agli articoli 1341 c.c. e 1469 bis n.18 nonché la nullità in quanto la clausola era tesa a "limitare la libertà personale delle relazioni personali e del domicilio in contrasto con gli articoli 3, comma 2, art. 13 e 14 della Costituzione."

Il Tribunale aveva accolto tutte le domande dell'attore mentre al Corte di Appello aveva respinto solo la domanda di risarcimento del danno confermando per il resto la sentenza di primo grado.

La Corte di Cassazione ha ritenuto irrilevante la normativa del codice civile sulle condizioni generali di contratto perché la clausola che aveva equiparato la prolungata ospitalità alla sublocazione non è "riconducibile alle figure previste dall'art. 1341 c.c." e ha dichiarato inapplicabile, perché antecedente nel tempo, la normativa a tutela dei consumatori. Ma la valutazione non si ferma qui e formula due importanti affermazioni.

La struttura del nostro ordinamento assegna una "posizione preminente a quelle norme che esprimono valori inviolabili della persona umana con valore precettivo e direttamente applicabile ai rapporti intersoggettivi"⁴⁹. In questo quadro "l'autonomia negoziale non può essere disancorata dalla natura degli interessi sui quali una data disposizione è destinata ad incidere. E poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, attraverso l'analisi degli interessi si dovrà individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela".

Da ciò si trae un fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale che va individuato in base alla natura degli interessi e ai valori costituzionali ad essi riconducibili e si detta un orientamento preciso per l'interprete. Il quale dovrà utilizzare "precise coordinate" per formulare i giudizi di valore che il sistema offre. Gli strumenti sono due nel nostro caso. La meritevolezza degli interessi (art. 1322 c.c.) e la liceità (art. 1343 c.c.) che devono essere resi operativi attraverso l'art. 2 della costituzione che tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà.

Il quadro teorico sin qui nitido e condivisibile si incrina nel contrapporre la clausola contrattuale con il principio di solidarietà costituzionale in funzione di controllo dell'autonomia contrattuale.

⁴⁷ Così G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, cit., p.169.

⁴⁸ Cass., sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343.

⁴⁹ Si indicano i seguenti precedenti Cass., 15 luglio 2005, n. 15022; Cass., 31 maggio 2003, n.8828; Cass.31 maggio 2003, n. 8827.

Di esso si sottolineano aspetti indubbi. La sua valenza etica e di reciprocità. La sua rilevanza nei rapporti patrimoniali e non patrimoniali. L'assenza nel contesto attuale di una finalizzazione corporativa o efficientistica e il suo contenuto ad un tempo politico, economico e sociale. La sua necessaria connessione con le manifestazioni della personalità nella famiglia.

Il rigore del ragionamento si attenua quando dalla premessa generale si passa al confronto con il caso concreto. Qui il rapporto fatto-principio mostra tutta la sua problematicità. Per una ragione chiara.

Il divieto di ospitalità posto dalla clausola si reputa che sia in contrasto “con l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà, con la tutela dei rapporti sia all'interno della famiglia fondata sul matrimonio sia di una convivenza di fatto o con l'esplicazione di rapporti di amicizia”. Il giudizio è vacillante sotto vari profili.

Sembra di capire che l'ospitalità abbia di per sé un valore positivo e conforme al dovere di solidarietà a prescindere dalle ragioni su cui si fonda (carità, amicizia, amore all'interno di una relazione familiare o di fatto), ma ciò non rende esplicito il bilanciamento tra tale relazione personale e il diritto del proprietario che ha locato la sua casa ad una persona limitandone il godimento al solo suo nucleo anagrafico. Resta sospeso nel ragionamento in che modo e con quale efficienza carità, amicizia e amore possono prevalere su di un diritto di proprietà disciplinato in un contratto liberamente sottoscritto fra le parti e privo di quei caratteri di vessatorietà che la legge ordinaria prevede solo per alcune relazioni contrattuali quali la predisposizione di un contenuto contrattuale ad opera di una parte.

Il ragionamento della Corte riacquista spessore quando il raffronto è operato fra il fatto e una tecnica rimediale.

In questo caso superato il tradizionale modo di intendere i diritti della personalità e considerata la necessità di tutelare la vita privata dall'altrui ingerenza è possibile “individuare nella clausola generale dell'art. 2 cost. una tutela contro le lesioni della personalità che si potrebbero verificare anche attraverso l'intrusione nelle mura domestiche del conduttore”. Impedire la sublocazione è del tutto legittimo ma impedire forme di ospitalità anche non temporanea contrasta con un preciso diritto di libertà la cui violazione integra il contrasto con la causa concreta del contratto e l'ordine pubblico che assume forma attuale e concreta con le previsioni costituzionali e comunitarie laddove queste siano richiamabili.

Certo questo diritto non si può intendere nel suo significato separando la prima e la seconda parte

dell'art. 2. I diritti e i doveri inderogabili si tengono assieme. Solo da una loro congiunta rilevanza si trae la regola più rigorosa per il bilanciamento con altri diritti e per il controllo dell'autonomia privata che rende operativo lo strumento dell'ordine pubblico e del buon costume attraverso la causa concreta dell'atto. La libertà da ingerenze nel godimento di un bene locato si colora di aspetti relazionali con il richiamo dei doveri di solidarietà e assieme filtrano gli strumenti di controllo.

Precisata in tal modo la massima, si apprezza la decisione e si torna a riflettere sulla necessità della scarsa presa di un'analisi strutturale che differenzi principi e diritti e sulla maggiore efficienza di una riflessione sui rimedi che possono essere utilizzati e sulle tecniche di attuazione di interessi giuridicamente protetti da un diritto o da un principio.

7. L'eredità del novecento giuridico.

La verità è che la complessità delle fonti pone all'interprete problemi nuovi e delicati da affrontare con grande cautela e orientamenti precisi. Si può solo ricordare che due grandi del novecento ci hanno insegnato il modo giusto di leggere il presente. Einstein ci ha ricordato che nessun problema può essere risolto dalla stessa cultura che l'ha prodotto e ciò, per i giuristi, è un monito preciso contro l'astrazione, il concettualismo e l'ossessione della conformità alla fattispecie. Heidegger ha precisato che una scienza si misura non dall'ossequio ad un metodo ricevuto ma dalla capacità di accogliere e mettere a frutto la crisi dei propri elementi fondanti. Sicché studiosi e operatori non possono che mettersi in cammino consapevoli del nuovo compito che li attende.

