

## DIRITTO EUROPEO E TUTELE CONTRATTUALI\*

Di Giuseppe Vettori

**SOMMARIO: 1. La metafora delle fonti e le tutele contrattuali. - 2. La validità. - 3. Norme di comportamento. - 4. Problema e sistema.**

### 1. La metafora delle fonti e le tutele contrattuali

Le tutele contrattuali sono al centro dell'attenzione degli studiosi per un motivo chiaro.

Si manifestano sempre più le interferenze con le fonti comunitarie e con le trasformazioni di un contratto che si può definire pos-moderno, per segnalare che si sta lasciando alle nostre spalle “un terreno storico definito per inoltrarsi su un sentiero ancora non tracciato bene che attraversa, travolgendole, le fondamenta sociali, politiche e giuridiche del nostro ordine”<sup>1</sup>.

Umberto Breccia ha fissato bene tutto ciò descrivendo, con una metafora, l'apporto di molteplici sorgenti “situate a livelli diversi capaci di creare vortici che soltanto uno sforzo paziente potrà riportare, fra mille ostacoli, entro un alveo fecondo per la vita collettiva”<sup>2</sup>. Credo da sempre che questo sforzo dia maggiori risultati riflettendo, sulle tutele più che

sulla fattispecie, sulla funzione più che sulla struttura degli atti e dei contegni. Niente di nuovo certo. La scelta di Norberto Bobbio in tal senso si ha nel 1969, con il saggio sulla funzione promozionale del diritto e nel 1975 con la raccolta di scritti, con un titolo esplicito: dalla struttura alla funzione. L'intento era precisato subito.

Si poneva, in quegli scritti, a confronto la diversità radicale fra lo stato liberale (che tutela, garantisce e reprime) e lo Stato costituzionale che promuove (il lavoro, gli enti intermedi, la cooperazione), incoraggia (il risparmio), agevola (la famiglia), rimuove gli ostacoli per il pieno sviluppo di ogni personalità. La distinzione fra un ordinamento con funzione protettivo-repressiva e un ordine con funzione promozionale era tracciata benissimo. Al primo interessano soprattutto i comportamenti socialmente non desiderati che si reprimono, al secondo i contegni desiderati che si incoraggiano e promuovono<sup>3</sup>.

Riparto volentieri da quella traccia, dalla distinzione fra norme di organizzazione e norme di comportamento per esaminare come entrambe siano, oggi, la risultante di una pluralità di valutazioni espresse da regole, principi e clausole generali in un contesto da

\* Il testo riproduce, con alcune integrazioni, la relazione svolta a Pisa il 18 ottobre 2013 nel convegno in onore di Umberto Breccia dal titolo *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*.

<sup>1</sup> Così P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 3 ss.

<sup>2</sup> U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol.dir.*, 2006, 3, p. 380-381.

<sup>3</sup> N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di filosofia del diritto. Prefazione di M.G. Losano*, Roma-Bari, 2007, p.3 ss.

definire, ma altro e diverso dal passato. Cominciamo dalle prime.

## 2. La validità.

90 I vecchi dogmi, si sa, non furono capaci di risolvere il problema della giustizia e della razionalità del contratto perché unificarono nel concetto di causa ciò che non poteva essere compreso in una sola categoria<sup>4</sup>.

Per tutto il novecento si è andati alla ricerca in Europa di rimedi più efficienti, seguendo ideologie ed esigenze diverse<sup>5</sup>. Una lucida analisi storica ha posto in luce come la giustizia contrattuale “sia stata un nodo irrisolto del diritto privato italiano fra otto e novecento”, ed ha spiegato bene il perché. Nel volume si riproducono le decisioni di casi sulle clausole vessatorie, sui patti gravosi, gli interessi usurari e le sopravvenienze, tutte unite dall’intento di dare risposte alle istanze di equilibrio e di protezione in conflitto con i principi cardine dell’individualismo e della dottrina classica del contratto.<sup>6</sup>

Il problema era già allora chiaro. L’utilizzo insufficiente di tutele e istituti (vizi della volontà, rescissione) in funzione di limite alla forza obbligatoria del contratto e dell’intangibilità dell’accordo. Una prima risposta si tentò nel 1938 nella riforma del codice ove si riproduceva nell’art. 22 le scelte del Progetto italo-francese che aveva ipotizzato un rimedio di grande modernità, ripreso oggi sostan-

zialmente dei testi dei Principi europei. Dalla iniquità delle prestazioni era presunto un consenso non libero e si attribuiva al giudice il potere, su istanza di parte, di annullare o correggere il contenuto del contratto<sup>7</sup>.

“La reazione di Betti fu netta (contro giuristi come D’Amelio e Scialoja). La scelta era un corollario del famigerato dogma della volontà, tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed eredità del liberalismo. Di più. Espressione delle democrazie borghesi asservite al capitalismo non corporativo ispirato da suggestioni della mitologia socialista”. Il modello da seguire era, invece, tedesco e si optò come rimedio all’usura e allo squilibrio per l’illiceità della causa chiamata ad assolvere, appunto, funzioni molto diverse: fondare la giuridicità dell’atto e la giustizia del suo contenuto<sup>8</sup>.

A ciò contribuì non poco l’ideologia del tempo. Come si è osservato, in modo acuto “tendenze giacobine, hegeliane, fasciste e marxiste suggerirono di contrapporre l’interesse sociale e collettivo all’interesse individuale: l’invalidità fu graduata sui difetti della fattispecie, sicché la violazione dell’interesse collettivo fu considerato un disordine inaudito, mentre la violazione dell’interesse individuale un vizio più lieve”<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> v. U. BRECCIA, *Causa e consideration*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in contract*, Padova, 2008, p. 31ss; ed ivi, V. SCALISI, *Il diritto dei rimedi: invalidità e inefficacia*, p. 231 ss., E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, p. 161 ss., P. PERLINGIERI, *Rimedi e modello sociale europeo*, p. 203, V. ROPPO, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il “terzo contratto”)?*, p. 207 ss; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi: l’evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di Cesare Bianca*, III, Milano, 2006, p. 637 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, II, *Il Regolamento*, (a cura di) G. Vettori, Milano, 2006, p. 97 ss.

<sup>5</sup> M.W. HESSELINK, *La dimensione politica di un codice civile europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, pp. 379 ss. e A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007.

<sup>6</sup> G. CHIODI, *La Giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra otto e novecento*, Milano, 2009, XI ss. Le risposte, diverse, che giudici e giuristi forniscono a quei problemi, in quel contesto storico, affrontano tutte, con diversi risultati e diversa sensibilità, il tema della eguaglianza e dell’equità nei contratti che può tradursi appunto nella formula della giustizia contrattuale che attesta l’esistenza di un problema. L’utilizzo, discusso e discorde, di tutele e istituti (vizi del consenso, rescissione, buona fede, causa, ordine pubblico e buon costume) in funzione di limite alla forza obbligatoria del contratto e alla intangibilità dell’accordo.

<sup>7</sup> L’art. 22 di tale progetto precisava: “se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto e alla prestazione dell’altro contraente, di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l’obbligazione”. U. BRECCIA (*Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni negli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, (28), 1999, pp. 328-334 e 462-464) ricorda lucidamente il dibattito su questa norma. Alle opinioni favorevoli di D’Amelio e Scialoja Betti replicò che in tal modo si sarebbe solo codificato un quarto vizio della volontà in linea con “il famigerato dogma della volontà tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed ereditata dal liberalismo”. “E aggiungeva che la vittima del contratto ingiusto dev’essere difesa anche all’infuori di ogni pressione, poiché ... dovrebbe essere decisiva... unicamente la illiceità della causa... secondo il modello tedesco della nullità per contrarietà al buon costume”. Tale vicenda è stata ricordata, mirabilmente, da U. BRECCIA, *Causa e consideration*, cit., p. 31.

<sup>8</sup> U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, cit., p. 328, 462; ID., *Causa e consideration*, p. 50 ss., 55-56.

<sup>9</sup> R. SACCO, *Il contratto*, II, a cura di R. Sacco-G. De Nova, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco, Torino, 2004, p. 523; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto privato europeo*, Milano, 2011, p. 155 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 571ss.



Nella seconda metà del novecento in Francia<sup>10</sup> e in Germania<sup>11</sup>, la giustizia del contratto tornò all'attenzione della dottrina più autorevole e si prese progressivamente atto che la nullità è un rimedio (spesso di protezione) che oltrepassa la fattispecie e si frantuma in una pluralità di statuti che tagliano trasversalmente i modelli nazionali e i testi dei Principi. Sicché essa si "storicizza, si relativizza, si frantuma"<sup>12</sup>.

Che cosa accade nei tentativi di uniformazione in Europa è noto.

L'abbandono della causa e il riconoscimento del nudo patto è accompagnato da un ruolo forte della buona fede cui è affidato anche il compito di controllo della disparità di potere e dell'equilibrio contrattuale. Scompare il concetto di causa ma non l'esigenza del controllo che ispirava in modo ambiguo quello strumento e l'ideologia sottostante è evidente<sup>13</sup>.

L'ordine giuridico del mercato ispira il nuovo diritto dei contratti tramite un sistema spontaneo "fatto di scelte contrattuali consapevoli e orientate, sentenze correttive fondate sulla buona fede, sfiducia in controlli demolitivi dell'assetto di interessi voluto dalle parti"<sup>14</sup>. Basta pensare che la Proposta di rego-

lamento sul diritto comune della vendita in Europa non regola l'azione di nullità.

L'impressione diffusa è che tale visione debba essere ripensata per almeno due ordini di ragioni.

Le Istituzioni si sono mostrate impotenti nei confronti di un capitalismo finanziario globale che ha concentrato in poche reti invisibili le decisioni e il potere che incide sulle elementari regole di convivenza<sup>15</sup>. L'ordinamento europeo è oramai un assetto dotato di principi costituzionali che sollecitano strumenti preventivi di controllo sugli atti di autonomia privata. La Corte di Giustizia indica una strada ancora cauta e prudente sul tema delicatissimo del mancato rispetto da parte degli intermediari finanziari dell'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione proposta. Si rinvia all'ordinamento interno la "disciplina delle conseguenze delle violazioni di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività previsti dall'art.47 della carta di Nizza"<sup>16</sup>.

Le linee di sviluppo sono sostanzialmente due.

Sul piano interno l'uso giurisprudenziale della causa in concreto porta ad ammettere "un controllo dell'equità del contratto da parte del giudice, come variante nazionale domestica di una regola generale di controllo equitativo della giustizia degli scambi che si sta affermando in campo internazionale"<sup>17</sup> con tale strumento le norme di organizzazione (di validità) hanno trovato la clausola generale che (sostituisce l'art.1374 e) incide sull'atto<sup>18</sup>.

Sul piano comunitario il diritto ad un rimedio effettivo serve da cornice per ripensare una tutela eliminativa degli effetti che consente, con l'aiuto delle Corti, di foggare interventi integrativi, correttivi, e/o sostitutivi coerenti, con la storicità dell'assetto di interessi, secondo un'attenzione estranea alle in-

<sup>10</sup> J. GHESTIN, *L'utile e le juste dans le contracts*, in *Archiv. Phil.d.*, 1981, p. 35 ss.

<sup>11</sup> L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, (1977) trad. it. di M. Graziadei, a cura di C.M. Mazzone, Milano 1990, p. 98

mi permetto di richiamare, G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; Id., *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 83ss.; Id., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53ss, ma v. in particolare H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss.; Il Manifesto intitolato "Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto", pubblicato in G. Vettori (cura di), *Contratto e costituzione in Europa*, Padova, Cedam 2005, e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss. e da ultimo V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, p.337 ed ivi un'ampia bibliografia. L'opera più ampia e completa sul diritto europeo si deve a C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, 2 ed., Milano, 2013.

<sup>12</sup> V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 421 ss.

<sup>13</sup> U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 250 ss.; Id., *Causa e consideration*, cit., p. 36 ss.; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 411 ss.

<sup>14</sup> M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in Studi in onore di A. Falzea, Milano, Giuffrè, 1991; Id., *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 599 ss.; Id., *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011.

<sup>15</sup> Mi permetto di richiamare G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, cit.

<sup>16</sup> V. sull'ambiguità della Direttiva MIFID in ordine ai rimedi S. GRUNDMANN, *The Bankinter case on Mifid Regulation and contract law*, ERCL, 2013, 9(3) p. 267-280.

<sup>17</sup> M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011; con posizione diversa V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p.957 ss.; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1105; G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Con. impr.*, 2012, p. 1190 ss. e A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, 797 ss.

<sup>18</sup> così M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, op. cit.

validità codicistiche e nazionali, ma tipiche, invece, delle strategie rimediali<sup>19</sup>.

### 3. Norme di comportamento.

92 Sulle norme di comportamento e sul loro rapporto con le norme di validità la dottrina si divide. Fra chi reputa che tali regole esprimano valori diversi e contrapposti e chi crede che la distinzione si fondi su criteri mobili capaci di sanzionare in modo più forte certi contegni o di far convivere le due tutele. E' noto che la giurisprudenza di legittimità negli ultimi dieci anni afferma che la responsabilità (precontrattuale o aquiliana) non si arresta alle soglie del contratto, ma ne completa la tutela, correggendo con il risarcimento le condizioni sfavorevoli determinate da un contegno scorretto o illecito.

Il rimedio utilizza in pieno le clausole generali (di buona fede e sul danno ingiusto), potenzia l'azione risarcitoria (ai sensi degli art. 1337 e 2043), corregge il contenuto di un contratto valido in presenza di un comportamento riprovato, ed è alla ricerca di un'azione che concorre con le tutele contrattuali, frutto di diverse ricostruzioni della dottrina a seconda che si individui un "vizio incompleto del contratto", un autonomo danno da scorrettezza, o l'indebolimento di una posizione contrattuale.

Il dialogo nella giurisprudenza teorica e pratica, è noto. Ne ricordo alcuni passaggi.

Si osserva che la legge riconosce la rilevanza della "debolezza" di una parte entro precisi limiti. Sicché l'utilizzo, in tal caso, degli articoli 1337 e 2043 sarebbe incompatibile con la tipicità e la *ratio* dei rimedi conosciuti e consentirebbe di aggirare i limiti e il fondamento degli istituti contrattuali. Ma la replica può essere altrettanto immediata.

Il rapporto fra illecito e contratto è da sempre al centro della riflessione della schiena giuridica privatistica in Europa. Se in Francia e in Germania si sono avute idee diverse sull'ammissibilità di un concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in Italia la riflessione sul danno ingiusto inizia dagli anni sessanta. La sentenza annotata da Rodolfo Sacco in quel anno, ammette il concorso in caso di informazioni inesatte provenienti da un terzo. Negli anni ottanta la dottrina e la giurisprudenza utilizzano, entro certi limiti, l'azione aquiliana a prote-

zione del contratto. Quanto all'autonomia fra regole di responsabilità e di validità l'ultima sentenza sul tema è chiara e condivisibile: non esistono ostacoli di sistema ad un'azione di risarcimento in presenza di un contratto viziato o anche del tutto valido, per una serie di motivi<sup>20</sup>.

La sola impugnativa dell'atto può portare ad un risultato impossibile (la restituzione di ciò che non esiste più) o contrario all'interesse della parte. L'autonomia della tutela risarcitoria è oramai espressione di un principio espresso da una pluralità di fonti interne e comunitarie, a partire dall'art. 30 del Codice del processo amministrativo. La responsabilità (aquiliana e contrattuale) attiene alla dimensione funzionale del rapporto e alla valutazione dei contegni formativi ed esecutivi che hanno piena autonomia rispetto alla struttura dell'atto. In questa fase esistono doveri di comportamento la cui violazione legittima una correzione secondo buona fede della vicenda negoziale tramite un risarcimento e un rimedio di questo tipo non è in contrasto con le esigenze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici perché la slealtà e l'illecito non possono non avere conseguenze sul piano risarcitorio di natura riparatoria e compensativa<sup>21</sup>.

Uno sguardo ai Principi e alla giurisprudenza comunitaria conferma il quadro che sopra si è ricostruito per la disciplina interna. Basta un rapido cenno.

L'art. 8.102 dei PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) e l'art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del Charter 3 del DCFR affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli art. 7:216 e 7:304 del Charter 7 del DCFR prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un'invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli art. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell'acquirente) prevedono la possibilità di cumulo fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all'art. 29 (Rimedi in caso di violazione di un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica l'applicazione dei rimedi previsti

<sup>20</sup> G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno resp.*, 2, 2014, p. 150 ss. ed ivi la diversa ricostruzione di A. PALMIERI, R. PARDOLESI e A. ROMANO, 191, o giù di lì, p. 164 ss.; G. LENER, *La "retta via per il risarcimento del danno?"*, p. 168 ss.; B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*, p. 174 ss.; R. SIMONE, *Lodo Mondatori e risarcimento del danno: di contaminazione e (possibili) duplicazioni*, p. 186; P.G. MONATERI, *Revocazione ex art.396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*, p. 189.

<sup>21</sup> G. VETTORI, *op. cit.*, p. 155 e già ID., *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 271 ss.



<sup>19</sup> v. da ultimo le profonde e limpide analisi di S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; ID., *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'Amico-S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 67ss. ed ivi la rigorosissima analisi di G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, p. 213 ss.



nell'art.42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto<sup>22</sup>.

La sentenza Courage<sup>23</sup> della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un'azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto cui lui stesso ha dato causa. Alla Corte era stato richiesto se osta con il diritto comunitario "il risarcimento di un preteso danno subito a causa dell'assoggettamento della parte ad una clausola contrattuale in contrasto con l'art. 85 e, di conseguenza, se il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che nega ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento dei danni". La risposta è netta. "Qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione". "La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza".

Dall'art. 3 e 24 della Costituzione si evince, con un sillogismo chiaro, il principio di effettività della tutela a fronte di diritti e interessi meritevoli. "Il titolare del diritto deve (poter contare) su mezzi che gli consentano di reagire alla violazione", e di reazione si può parlare solo là dove vi è proporzione tra tutela e offesa arrecata. Sicché non è in armonia con l'art. 24 una tutela che si esprime in un risarcimento non pari al danno cagionato o al sacrificio subito<sup>24</sup>.

L'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea esprimono tutti un principio che si manifesta non solo come "un diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale", ma come "diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela"<sup>25</sup>.

La costruzione di un rimedio risarcitorio efficiente a partire da tale principio è scandita benissimo, nel dialogo fra dottrina, Corti Supreme e legge sulla vicenda della responsabilità della Pubblica Amministrazione. Dalla sentenza 500 del 1999, che amplia la nozione di danno ingiusto sino a comprendere la lesione di un interesse giuridicamente protetto, alla delicatissima questione del rapporto fra tutela de-

molitoria e risarcitoria in presenza di un provvedimento illegittimo dell'Amministrazione. Il conflitto sulla pregiudizialità o meno della eliminazione dell'atto impegna, ai massimi livelli la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato ed è poi affrontata dalla legge nel Codice del processo amministrativo<sup>26</sup>.

#### 4. Problema e sistema.

Tutto ciò che si è descritto in forma estremamente sintetica si può comporre in un quadro omogeneo. Adolfo di Majo fa riferimento ad una nuova stagione delle tutele contrattuali ispirata dal diritto europeo attento a potenziare "strumenti flessibili commisurati ai bisogni più che agli elementi di una fattispecie"<sup>27</sup>. Così l'adempimento specifico, il ruolo della buona fede, la nuova estensione del danno contrattuale, completano la disciplina dell'atto di autonomia in una direzione diversa da quella dell'inadempimento e il contratto può raggiungere pienamente il suo scopo<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> v. G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, cit. ed ivi "Le sezioni unite della Cassazione hanno rafforzato, sul piano della tutela, la svolta sulla risarcibilità degli interessi legittimi affermando una regola che va ben oltre quella situazione soggettiva. «Se l'ordinamento protegge una situazione sostanziale, in presenza di condotte che ne implicano o non ne consentano la realizzazione, non può non essere negato al suo titolare almeno il risarcimento del danno, posto che ciò costituisce la misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse, indipendentemente dal fatto che la protezione assicurata dall'ordinamento in vista della sua soddisfazione, sia quella propria del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo». Ai sensi dunque degli artt. 24 e 113 Cost. «spetta al loro titolare l'azione e se a questa si aggiunge altra forma di tutela, spetta al titolare della situazione protetta, in linea di principio, scegliere a quale far ricorso in vista di ottenere ristoro al pregiudizio»<sup>26</sup> arrecato da una condotta altrui".

L'autonomia fra azione di impugnazione e azione di danni risulta nel sistema e nel diritto civile dove si regola in più occasioni il «concorso tra le varie forme di protezione della situazione soggettiva». Nel diritto societario l'art. 2377 c.c. limita la impugnativa della delibera assembleare condizionandola al possesso di una soglia minima di partecipazione al capitale sociale, ma non impedisce il diritto al risarcimento dei danni. Nel diritto del lavoro la giurisprudenza non esclude l'azione di danni quando sia preclusa l'azione di impugnativa del licenziamento. L'art. 1440 del codice civile sancisce espressamente la coesistenza di un contratto valido e di un'azione di risarcimento, in presenza di un contegno illecito della controparte. Da ciò si trae la conclusione che «nei diversi settori dell'ordinamento, sia possibile chiedere il risarcimento senza aver prima ottenuto l'invalidazione dell'atto». Per un motivo chiaro: «l'atto annullabile produce provvisoriamente i propri effetti; l'atto nullo, anche se non produce effetti, lascia dietro di sé, in ogni caso, la traccia di un comportamento»<sup>26</sup> illecito che giustifica la reazione dell'ordinamento e legittima un'azione di danni

<sup>27</sup> A. DI MAJO, *Una New Age per le tutele contrattuali?*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 5

<sup>28</sup> A. DI MAJO, op. cit., p. 5 ss.

<sup>22</sup> Così testualmente in G. VETTORI, *Validità responsabilità e cumulo dei rimedi*, cit. p. 158.

<sup>23</sup> Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/99

<sup>24</sup> Cass., sez.un., 23 dicembre 2008, n. 30254

<sup>25</sup> Cass. 27 giugno 2013, n. 21255

Mi limito a integrare questa lucida riflessione con un'analisi di ciò che è mutato nel sistema delle fonti e nell'assetto istituzionale. Basta qualche cenno.

La forma democratica voluta dai costituenti è mutata sul piano formale ma è stata scossa anche da eventi epocali nel corso degli ultimi decenni. Le istituzioni non hanno saputo fronteggiare un capitalismo finanziario globale che ha imposto regole e strategie<sup>29</sup>. Le risposte alla crisi economica hanno determinato mutamenti forti nelle forme giuridiche. Con il Fiscal Compact gli Stati hanno stabilito di rafforzare il pilastro economico dell'Unione, potenziando il coordinamento delle loro politiche economiche e l'art. 81 della nostra Costituzione prevede ora una profonda novità. Lo Stato deve assicurare, con il pareggio di bilancio, l'equilibrio economico e può ricorrere all'indebitamento, non finanziato dalle tasse, solo in casi eccezionali e con procedure speciali. Tutto ciò può incidere sul contenuto di molti diritti fondamentali<sup>30</sup>.

D'altra parte anche nella tutela giurisdizionale di tali situazioni muta qualcosa. Nel nuovo dialogo fra le Corti la teoria dei controlimiti è superata o attenuata perché frutto, si dice, di una preoccupazione non più attuale. Dal momento che la tutela dei diritti deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme nazionali in potenziale conflitto. Sicché il bilanciamento con le norme CEDU e l'attuazione della carta di Nizza-Strasburgo, in tutti i giudizi delle Corti interne, non può essere volta

“all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale ma alla integrazione delle tutele”<sup>31</sup>.

Si capisce così come il principio di effettività divenga sempre più regola cardine del sistema costituzionale interno e comunitario<sup>32</sup>. Gli articoli 24 e 100 della Costituzione, l'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art.13 della CEDU e l'art. 47 della Carta di Nizza fanno riferimento al diritto, questi sì intangibile ad una tutela effettiva commisurata alla specifica situazione sostanziale protetta e attuata da strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse. Ed è questo il perno attorno cui ruota la dinamica delle tutele dei privati<sup>33</sup>.

Il senso della contemporaneità che ha radici nella saggezza millenaria del diritto canonico<sup>34</sup> sta qui.

<sup>31</sup> V. Corte EDU 31 maggio 2011, *Maggio ed altri c. Italia*, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Diritti politici e civili*, n.177; Corte. cost. 28 novembre 2012, n. 264, in *Foro it.*, 2013, I, con note di R. ROMBOLI e di G. AMOROSO, ed ivi, 788 con nota di E. SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la CEDU come parametro interposto di costituzionalità*, e di M. DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme CEDU*; Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, C-399/11 *Melloni-Ministero Fiscal* su cui v. il commento di A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); R. CONTI, *Mandato di arresto europeo ed esecuzione di una pena irraggiata in absentia*, in *Corr. Giur.*, 4/2013,8; Id., *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurocomunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>32</sup> E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), osserva che (p.17) che la tesi dottrinale dei controlimiti “pare potersi ritenere ormai superata ( o almeno attenuata) soprattutto in quanto fondata su preoccupazioni non più attuali nell'odierno assetto interordinamentale” ed ivi il richiamo a A. TIZZANO, *Dall'unità nazionale all'integrazione sopranazionale*, in *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana. Atti del seminario svoltosi a Roma*, Palazzo della Consulta, 25 novembre 2001, Milano, Giuffrè, p.9ss.

<sup>33</sup> G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in *Persona e mercato*, 2013,4, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

<sup>34</sup> P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, 3, 2003, p. 380-381: “la dialettica particolare/universale è fortissima nel diritto canonico e fortissima la valorizzazione del particolare: il peccato non può non essere il singolo peccato del singolo soggetto, e il diritto non può non consistere ne rimedio efficiente volto ad evitare, attenuare, sanzionare quello specifico peccato. Nel diritto della Chiesa, proprio per il suo carattere strumentale, non è il primato della norma generale che viene affermato, ma esattamente il contrario, la considerazione del particolare significa considerazione del re/peccatore che cerca la propria salvezza e in questa va aiutato.” Paolo Grossi cita la Somma Teologica di Tommaso d'Aquino e la *Questio VII De circumstantiis humanorum actuum* la quale “verte sulle circostanze degli atti umani, età, stato, ignoranza, povertà, luogo, tempo, gravità del danno, conseguenze dell'atto. In altre parole, non basta che cosa si è compiuto e con quale volontà; è rilevante indagare chi sia l'agente,

<sup>29</sup> Mi permetto di rinviare a G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Cont. impr.*, 2012, 4-5, p. 1190 ss.

<sup>30</sup> G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Persona e Mercato*, 2013, 3, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it) ed ivi le “fasi avverse e le fasi favorevoli del ciclo economico”, *l'equilibrio di bilancio e le limitazioni alla spesa pubblica*, sono entrati come principi ordinatori nei Trattati europei e nella costituzione nazionale. Resta da precisare l'impatto di tali scelte sul contenuto dei diritti perché tutto ciò pesa come un macigno e acuisce alcune critiche insidiose. Dall'idea che i diritti siano un lusso superfluo in un tempo di crisi, ove prevalgono l'esigenze della sicurezza e dell'economia, alla convinzione, mai sopita, che i diritti sociali non siano veri diritti o comunque siano subordinati ai rapporti di forza nella distribuzione della ricchezza, sino alla negazione di ogni loro rilievo nella dimensione del diritto”. Da qui alcune osservazioni forti. L'eccezionalità della spesa pubblica non interamente finanziata dalla tassazione è attaccato sia ideologicamente sia per il suo impatto attuale. Ciò perché è difficile, se non impossibile, ipotizzare schemi pubblici di protezione sociale in una situazione di pareggio di bilancio, specie in un momento in cui in Italia, e non solo, gli istituti del *Welfare* debbono essere disciplinati *ex novo* o ristrutturati con riforme costose non sostenibili, spesso, con un aumento della tassazione che ha raggiunto livelli assai elevati. A questo si aggiunge l'impatto di tale scelte in una situazione di medio periodo caratterizzata ancora da scarsa crescita o recessione.

Nella rilevanza attribuita, dopo l'astrazione della modernità, ad ogni manifestazione concreta della soggettività e personalità di cittadini e migranti, di anziani minori e disabili, di consumatori ed operatori, di imprese grandi piccole e microscopiche. Tutte dotate di un grado giuridico e non di fatto che l'interprete deve individuare e ricostruire in termini di conseguenze e di risposte.

Questo nuovo ordine positivo e non certo spontaneo deve essere ancora in gran parte costruito ma il metodo è chiaro. Ermeneutica e diritto, legge e giudici sono gli archi portanti di una volta che sarà solida solo se è saldo l'equilibrio delle sue componenti.

La definizione di tutele efficienti è uno strumento primario di questo equilibrio e di questo nuovo ordinamento integrato che tutti siamo chiamati a edificare.

---

come l'abbia compiuto, dove ,quando, in quali circostanze. E' quel contesto che il teologo/canonista deve approfondire, se si vuol conseguire pienamente l'ideale del giusto; che in un ordinamento sacro, non è al di là del diritto, ma anzi vi si mescola e con esso si fonde."v. anche ID., *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, ivi,14 1985; *Aequitas canonica*, ivi, 27 1998; *Valori e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in *L'eredità giuridica di san Pio X*, a cura di A. Cattaneo, Venezia, 2006. Gli scritti sono ora raccolti in P. GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappié, Milano, 2013).