

IL DIRITTO AD UN RIMEDIO EFFETTIVO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

Di Giuseppe Vettori

| 15

SOMMARIO: 1. *Il pensiero posmoderno e la sensibilità per le differenze.* – 2. *La giurisprudenza delle Corti italiane ed europee.* – 2.1. *Le corti italiane.* – 2.2. *Le corti europee.* - 3. *La Drittwirkung dei diritti fondamentali* - 4. *L'effettività nel linguaggio giuridico e nel dibattito filosofico.* - 5. *Certezza e prevedibilità. Altre figure di certezza*

ABSTRACT. *Ermeneutica, buona dogmatica ed effettività sono le chiavi per interpretare il presente e poterne gestire la complessità. Muovendo da questo pensiero lo scritto analizza l'utilizzo che la giurisprudenza, italiana ed europea, hanno fatto del principio di effettività, il suo ruolo nella conversione del fatto in diritto, la sua funzione ermeneutica e rimediale.*

Ermeneutics, good dogmatic and effective are the keys to interpreting the present and managing complexity. Moving from this mindset, the paper analyzes the use that Italian and European jurisprudence have made of the principle of effectiveness, its role in the conversion of the fact in law, its hermeneutic and remedial function.



1. Il pensiero postmoderno e la sensibilità per le differenze.

Se, in passato, le grandi narrazioni avevano fornito risposte sulla giustizia e verità di regole ed azioni¹, nel corso del novecento è emerso con chiarezza che la ricerca di legittimità non poteva più essere affidata a un criterio assoluto, formale o tecnologico.²

| 16

Sicché in ogni scienza, si è iniziato a fissare alcuni dati. La complessità come “categoria-madre che indica un (congedo) dalla modernità, ma non ancora un approdo e una riva sicura”. Il tramonto della riduzione ad unità³ e, soprattutto, la scoperta delle diversità⁴, tramite un pensiero capace di raffinare la “sensibilità per le differenze e rafforzare la capacità di tollerare ciò che non è misurabile con un’unica misura”⁵.

Su questa via si sono seguiti itinerari diversi nella civilistica italiana⁶.

¹ J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, trad. it. di C. Formenti, Milano 1981 p. 7.

² J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna, op. cit.*, p. 114 ss. e in quarta di copertina, ma v. anche G. MINDA, *Postmodern Legal Movement*, New University Press, 1995; ID., *Teorie postmoderne del diritto*, trad. di C. Colli, Bologna 2001, p. 311 ss.; G. VATTIMO, *Nihilismo ed emancipazione. Etica, Politica, Diritto*, Milano 2003, p. 15 ss. per cui si può parlare di post-modernità, seguendo l’insegnamento di Heidegger e Foucault, come “ontologia dell’attualità” ossia come un “discorso che cerca di capire che cosa l’essere significa nella situazione presente”, N. IRTI, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari 2005, 3 ed.; ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari 2011.

³ V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno* Milano 2005, p. 21, 33; A. GARGANI, *Il sapere senza fondamenti*, Torino 1975; G. VATTIMO-A. ROVATTI (a cura di), *Il pensiero debole*, Milano 1983; G. VATTIMO, *La fine della modernità: Nihilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, 1987, 2 ed., p. 12 ss.

⁴ G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto, op. cit.*, 341 e 405, ma anche J. DERRIDA, *L’écriture e la différence*, Paris, 1967; ID., *La scrittura e la differenza*, trad. it. di G. Pozzi, Torino 1971, e nuova ed. 1990 con int. di G. Vattimo; ID., *Forza di legge*, trad. it. di A. DI NATALE, Torino 2003, p. 50 ss.; E. LÉVINAS, *Totalité et Infini*, Le Haye, 1962, trad. it., *Totalità e infinito*, Milano 1986, p. 98 ss.

⁵ J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna, op. cit.*, p. 7, ma altresì F. JAMESON, *Il postmoderno o la logica culturale del tardo capitalismo*, trad. it. di S. Velotti, Milano 1989; P. ROSSI, *Paragone degli ingegni moderni e postmoderni*, Bologna 1989; A. VILLANI, *Le “chiavi” del postmoderno: un dialogo a distanza*, Napoli 1988, p. 14; G. VATTIMO, *La fine della modernità. Nihilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna, cit.*, p. 28 ss.

⁶ Un grande merito va all’analisi della legalità costituzionale da parte di P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. d. civ.*, 1980, p. 95 ss.; ID., *Scuole tendenze e metodi: problemi del diritto civile*, Napoli 1989; ID., *La persona i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli 2005; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli 2006; ID., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. d. civ.*, 2007, p. 497 ss. Per una limpida precisazione di metodo

Vincenzo Scalisi⁷ e la Scuola di Messina⁸ hanno orientato con opere di grandissima profondità e con tratti precisi. Una forte attenzione alle situazioni di interesse che non si lasciano attrarre da uno schema tipico, ma che invece possono avere potere conformativo degli istituti, tanto da sottrarre loro la funzione di modello⁹. La necessità di un metodo assiologico-pratico che pone, al centro della dinamica giuridica, la realtà storico sociale nel rispetto del dato positivo. La denuncia, quando serve, di ciò che è contrario all’uomo e alla sua dignità¹⁰.

v. P. FEMIA, *Nota di lettura. Voltare le spalle al destino: sistema aperto o aperture sistematiche*, in C.W. Canaris, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, trad. it. di G. Varanese, Napoli 2009, p. 185 s. e M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. d. civ.*, 2011, p. 840 ss. V. anche G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015. Per una diversa visione, N. IRTI, *Nihilismo e metodo giuridico*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2002, p. 1165 ss.; ID., *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2001, p. 700 ss. e, da ultimo, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016.

⁷ V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno, op. cit.*, p. 31, in part. 33, ove si fa riferimento al “bagno di fattualità” e di “storicità” degli studi di Pugliatti che “esalta la complessità come progressivo scoprimiento della diversità e della ricerca delle differenze, come principio euristico della postmodernità” ove “tutto è diversità ed eterogeneità nel senso della derridiana *différance*.” ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano 2011, p. 155 ss.; ID., *Il nostro compito nella nuova Europa*, in V. Scalisi (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano 2007, p. 3ss.; ID., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della “regola giuridica” nell’epoca della post-modernità*, Milano 2012, in part. p. 5 ss. v. sul P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, Milano 2002, p. 104, e ora ID. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. d. civ.*, 2009, n. 3, 914 ss.; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2005, p. 51 ss.; ID. *Il giudice civile. Un interprete?*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2016, n. 4, p. 1150 ss.

⁸ In part. S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, 1, Milano 1943, p. 36 ss.; ID., *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *R. it. scienze giur.*, 1950, p. 58; ID., *Scritti giuridici*, Milano 2010; ID., *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Saggi, Milano 1951, e A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, Milano 1999.

⁹ SCALISI, *Categorie e istituti, op. cit.*, p. 25 e S. Pugliatti, *Crisi della scienza giuridica*, in Atti del XV Congresso Nazionale di Filosofia, 1948, p. 505 ss., ora in *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica*, Saggi, Milano 1951 p. 691ss.

¹⁰ V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile, cit.*, p. 5 ss. e G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1962, p. 14-15 ed ivi la Introduzione di P. Piovani, p. VII (richiamando il testo) “Ci sono realtà che l’intelletto puro non può spiegare né sopprimere perché sono realtà fatte di storia, mosse da sentimenti complessi, tessute di esperienze molteplici, connesse con la vita in un nodo di esistenze antiche e rinnovate che l’intelletto può solo aiutare a dipanare. La religione è una di queste esperienze: il diritto è una di queste esperienze”, p. VII “l’astrazione è l’atto col quale lo spirito si rende conto della complessità...pregio insostituibile ...tuttavia strumentale” perché “l’intelletto è una realtà quasi subalterna e affievolita: realtà primaria è l’azione”, p. VIII. v anche E. BALDUCCI, *La verità e le occasioni*, Alba 1960, p. 101 sulla parabola del buon



Ermeneutica e buona dogmatica, dunque, come guide per affrontare il presente e come viatico per procedere in una analisi che incontra fatalmente il tema dell'effettività¹¹, come principio di ordine e di riduzione della complessità. Vorrei parlarne soffermandomi su tre aspetti. L'attenzione giurisprudenziale al principio. Il suo ruolo nella conversione del fatto in diritto. La sua funzione ermeneutica e rimediabile. Cominciamo dal primo.

2. La giurisprudenza delle Corti italiane ed europee.

La Corte Costituzionale¹² trae dal coordinamento degli artt. 2, 3 e 24¹³ un nesso inscindibile tra il diritto di adire il giudice e i diritti inviolabili della persona. Per una ragione evidente. Gli artt. 2 e 24 Cost. sono "connessi nella valutazione di legittimità costituzionale". Sicché il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo e la ricerca del rimedio effettivo spetta al giudice applicando, in particolare, i diritti fondamentali¹⁴.

Una sentenza recente rafforza e delimita questo diritto¹⁵. Questo il caso. Un'ordinanza (del T.A.R. Abruzzo) dubita della legittimità di una norma regionale sull'attuazione del diritto allo studio, nella parte in cui garantisce un intervento per il servizio

samaritano. "Due pensarono profondi pensieri, uno fece qualcosa. Ma dopo aver fatto, certo pensò qualcosa. In quel pensiero si era accesa la verità del fatto. Chi fa la verità arriva alla sua luce. Chi discute la verità senza farla, la perde".

¹¹ M. HEIDEGGER, *Ontologia dell'effettività*, tr. it. di G. Auletta, Napoli 1992, p. 18 "effettivo significa dunque qualcosa che è articolato in ragione del carattere di essere che è così a partire da sé stesso e pertanto "è", p. 20 "L'espressione ermeneutica deve mostrare il modo unitario del rivolgersi, accostarsi, affrontare e spiegare la effettività".

¹² V. lo scritto notissimo di CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1935 (ristampa 1965), p. 39 ss.; e per una trattazione illuminante del principio in molti istituti del diritto processuale, PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003; ID., *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale*, in *D. e giur.*, 1978, I, 1 ss.; ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in *Scritti giuridici, I. Teoria generale del processo. Processo civile*, Milano 2007, p. 61; PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano 2006, p. 16; ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2008; Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano 2004, p. 56; PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965 p. 420 ss.

¹³ V. D. IMBRUGLIA, *L'azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza della Consulta n. 238 del 2014*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 163 ss.

¹⁴ C. cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77 in *F. it.*, 2014, I, c. 2035.

¹⁵ C. cost., 16 dicembre 2016, n. 275 in www.cortecostituzionale.it.

di trasporto degli studenti portatori di handicap solo "nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio". La censura si basa sull'art. 38 e l'art. 10 Cost., in relazione all'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 ratificata con la l. 3 marzo 2009, n. 18, ed è argomentata con una pluralità di motivi. L'effettività del diritto allo studio delle persone con disabilità "...risulterebbe pregiudicata dal condizionamento delle disponibilità finanziarie, di volta in volta, determinate dalle leggi di bilancio". Sicché le esigenze finanziarie potrebbero avere prevalenza immotivata e non proporzionata su di un diritto fondamentale, con conseguente sacrificio della sua effettività. La sentenza della Corte muove dall'art. 38 Cost. che deve essere attuato con strumenti idonei "affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale" come limite invalicabile alla stessa discrezionalità del legislatore.

Il riferimento all'effettività guida ogni passaggio della motivazione. Il servizio di assistenza e trasporto è stato conformato dalla legge regionale e deve essere garantita la sua "effettiva esecuzione". Tale effettività e l'affidamento generato dalla previsione normativa "condiziona la misura della disponibilità finanziaria ... degli enti coinvolti nell'assolvimento del servizio" e non si può invocare la carenza di risorse disponibili. L'art. 38 Cost. è stato attuato dal legislatore nazionale garantendo "il diritto soggettivo del disabile all'educazione e istruzione a partire dalla scuola materna sino all'Università"¹⁶ e "l'indeterminatezza del finanziamento determina un *vulnus* all'effettività del servizio.. come conformato dal legislatore regionale". Né può essere invocato l'art. 81 Cost. per almeno due ragioni. "Una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali"¹⁷. Insomma la "pretesa violazione dell'art. 81 è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio finanziario poiché 'è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere

¹⁶ L. 5 febbraio 1992, n. 104 e C. cost., 8 giugno 1987, n. 215, in *G. it.*, 1988, I, p. 148 e C. cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *G. cost.*, 2010, I, p. 879.

¹⁷ Si censura in particolare "la genericità della posta finanziaria del bilancio di previsione... la cui copertura è rimessa al mero arbitrio del compilatore del bilancio" e la sua incidenza su diritti incompressibili oggetto di altre pronunzie della Corte n. 260 del 1990 e n. 10 del 2016.



sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione"

Tutto ciò serve a ribadire che la cognizione del giudice delle leggi in materia finanziaria non è limitata da una zona franca ma esige, come nel caso di specie, un criterio ermeneutico basato sulla integrazione tra precetti e valori idonei ad escludere una lesione della effettività dei diritti garantiti.

La Corte di Cassazione considera il principio di effettività come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volto ad assicurare il diritto «ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato»¹⁸ ed è intervenuta più volte. Nel caso Cir-Fininvest si accorda una tutela risarcitoria¹⁹ in alternativa ad una tutela eliminativa dell'atto o della sentenza causa del danno e il principio del rimedio più adeguato sorregge espressamente la decisione. Le sentenze sul rilievo d'ufficio della nullità utilizzano i principi del processo per contrastare, tramite l'effettività, interpretazioni consolidate ma formalistiche²⁰. E tale metodo si consolida in altre pronunzie che utilizzano l'effettività e la ragionevole durata per fissare l'ambito della la modifica della domanda nel corso del processo civile²¹. Mentre nella attuazione dei diritti fondamentali²² e delle regole di concorrenza l'effettività è utilizzata per ripartire, in modo difforme dalla regola prevista nel codice, l'onere della prova²³.

Non solo. Il tema del diritto alla vita e la funzione del risarcimento occupano l'attenzione dei giudici di legittimità che utilizzano ancora il principio di effettività nella risposta a una serie di casi recenti.

Si è osservato esattamente che il risarcimento del danno da morte può completare la tutela del "bene vita" "nella misura in cui la condanna del responsabile al pagamento di una somma di denaro contribuisca a conferire effettività alla situazione

sostanziale meritevole di tutela"²⁴. E ciò implica una riflessione su come i diritti fondamentali possano essere applicati nel diritto privato. Se in modo indiretto tramite le clausole generali o direttamente "come pretesa o eccezione, in giudizio verso la controparte"²⁵. Difatti l'art. 2 della CEDU proclama il diritto alla vita e una sentenza recente²⁶ prende in esame tale norma in discontinuità con la pronunzia delle sezioni unite²⁷. Vediamo i precedenti.

È noto che una sentenza di legittimità del 2014 innova rispetto ad un indirizzo consolidato che escludeva il risarcimento in caso di morte immediata della vittima, sulla base della considerazione che "la perdita della vita non può lasciarsi priva di tutela (anche) civilistica" perché "il diritto alla vita è altro e diverso dal diritto alla salute" così che la sua risarcibilità "costituisce realtà ontologica ed imprescindibile eccezione al principio della risarcibilità dei soli danni conseguenza"²⁸. Rimessa la questione alle sezioni unite si torna al precedente orientamento con una serie di argomenti forti.

Dopo il superamento della concezione soggettiva e psicologica della responsabilità prevale oggi nettamente nella giurisprudenza teorica e pratica il criterio, spesso oggettivo, di riparazione e redistribuzione fra i consociati dei pregiudizi cagionati da un fatto illecito. Sicché il sistema si incentra su una nozione di danno "inteso come perdita cagionata da una lesione di una situazione soggettiva" la quale presuppone l'esistenza di un soggetto legittimato a far valere il suo credito, mentre la perdita del bene vita "è fruibile solo dal titolare ed è insuscettibile di essere reintegrato per equivalente". Né può essere ipotizzata la lesione di un interesse collettivo²⁹ perché non si comprende come tale situazione possa essere tutelata solo in

¹⁸ Cass. 27 giugno 2013, n. 21255.

¹⁹ Cass. 17 settembre 2013, n. 21255.

²⁰ Cass. 12 dicembre 2014, n. 26242.

²¹ Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *F. it.*, 2016, I, c. 255 ed ivi nota di Motto, *Le sezioni unite sulla modifica della domanda giudiziale*.

²² V. con diverso orientamento NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 583 ss., di MAJO, *Rimedi e dintorni*, ivi, 2015, p. 703 ss.; Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p. 195 ss.; NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di una teoria generale tra diritto privato e pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1214.

²³ Cass. 4 giugno 2015, n. 11564.

²⁴ A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, in *F. it.*, 2015, I, c. 2696 ss.; Id., *Danno alla vita (da carte europee), danno da morte*, ivi, 2016, I, c. 3439 ove si commentano due pronunzie recenti: Cass., ord., 22 settembre 2016, n. 18619 e Cass. 20 luglio 2016, n. 14940.

²⁵ A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno alla vita (da carte europee), danno da morte*, cit., c. 3439.

²⁶ Cass., ord., 22 settembre 2016, *ult. cit.*

²⁷ Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350 in *F. it.*, 2015, I, c. 2682.

²⁸ Così la brillante sintesi della lunghissima motivazione in Cass., ord., 4 marzo 2014, n. 5056, cit.

²⁹ Così LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano 2013, p. 212 s.; Id. *Il diritto civile, tra legge e giudizio*, Milano 2017, p. 39 ss.



presenza di un risarcimento ulteriore e non in altro modo³⁰.

2.1. Le Corti italiane.

La Corte di Giustizia UE ha iniziato a utilizzare dagli anni ottanta il principio di effettività³¹ e le ultime sentenze sono assai significative. In esse il principio è utilizzato per dare massima attuazione alle Direttive in presenza di posizioni protette dall'ordine comunitario³² e la Corte EDU è intervenuta per garantire l'effettività del diritto di proprietà, delle tutele contrattuali e dei diritti sociali³³.

Nei contratti del consumatore, l'interpretazione dell'art.19 del Trattato e agli artt. 38 e 47 della Carta di Nizza, consentono di comporre alcune asimmetrie imputabili al professionista a tutela della funzionalità del mercato interno³⁴. Ciò per potenziare la tutela ablativa rispetto a quella risarcitoria di fronte al diritto all'abitazione³⁵, per disporre la decadenza piena del diritto agli interessi in alcune violazioni delle regole sul merito creditizio³⁶, per concretizzare la clausola generale di

buona fede tramite l'individuazione del rimedio effettivo³⁷.

Come si è osservato esattamente la Corte utilizza l'effettività come un principio costituzionale con precisi obbiettivi. Eliminare le restrizioni nazionali nella protezione dei diritti, potenziare la funzione ermeneutica e individuare i rimedi più adeguati alla lesione³⁸. Vediamoli da vicino

a) *Contro le restrizioni di protezione*. Nel caso Levez, si censura la norma interna che limita nel tempo per il lavoratore la richiesta di differenze retributive³⁹. Nella sentenza Alassini, con espresso riferimento all'art.47 della Carta di Nizza in materia di telecomunicazioni, si valuta positivamente una procedura di conciliazione, ma con precisi limiti⁴⁰. Nel caso Aziz si afferma che una legge nazionale viola la Direttiva 93/13/Cee, se non prevede nel procedimento di esecuzione ipotecaria "motivi di opposizione tratti dal carattere abusivo di una clausola contrattuale" con la conseguente sospensione del giudizio⁴¹. Nella sentenza Courage⁴² si afferma la compatibilità fra un azione di danni del consumatore in presenza di una nullità del contratto a cui lo stesso ha dato causa.

b) *Effettività come principio ermeneutico*. In molti casi la Corte va oltre tale valutazione e potenzia un effetto utile delle Direttive, come nel caso Manfredi⁴³, ove si è posta l'obbiettivo di preservare la concorrenzialità del mercato tramite l'esercizio della responsabilità aquiliana, da parte di ogni soggetto anche non consumatore. Ciò è accaduto anche nel caso Sturgeon⁴⁴ con riferimento alla Direttiva 261 del 2004 dove la Corte equipara il lungo ritardo alla cancellazione del volo,

merito creditizio si prevede la decadenza, totale e parziale, degli interessi convenzionali e legali, come sanzione dissuasiva.

³⁰ Così Cass. 22 luglio 2015, n. 15350, cit.

³¹ CGCE, 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*, e CGCE, 15 ottobre 1987, C-222/86, *UNECTEF*, su cui v. N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 56 ss., e ora D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività ed adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2014, 3, p. 910 ss. e CGUE, 13 marzo 2007, *Unibet*, C-432/05.

³² REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, 2015, p. 89 ss.; Id., *Principles of Effectiveness and EU Contract Law*, in Rutgers e Sirena (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, 2015, p. 45 ss.

³³ TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo (parte prima)*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2007, p. 36 ss. ora in Id., *La formazione del Diritto processuale europeo*, Torino 2011, p. 111 ss.

³⁴ V. sul punto TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le "tecniche" della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 373 ss.; DELLA NEGRA, *Il diritto del consumatore ed i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Persona e mercato*, 2010, p. 317. ROCHFELD, *La protection du consommateur-contactant dans l'Union européenne: quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée*, in *Rev. des contrats*, 2013, p. 847 ss.

³⁵ CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, in *F. it.*, IV, 5 ss. e in *Contratti*, 2013, p. 1059 con nota di DELLA NEGRA, *Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*. V. anche LAS CASAS-MAUGERI-PAGLIANTINI, *Recent trends of the assessment of unfairness of terms in consumer contracts: Aziz and Constructora Principado*, in *ERCL*, 2014, p. 444.

³⁶ V. CGUE, 27 marzo 2014, C-565/12, *Le Crédit Lyonnais c. Fesih Kalhan*, ove in caso di carenze nella valutazione del

³⁷ CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, in *F. it.*, IV, c. 5 ss.

³⁸ Indica questa triplice funzione della effettività nelle pronunzie della Corte di Giustizia REICH, *General Principles of EU Civil Law*, op. cit., p. 91 ss.

³⁹ CGUE, 1° dicembre 1998, C-326/96, *Levez c. Jennings Ltd.*

⁴⁰ CGUE, 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Alassini-Telecom*, in *F. it.*, 2010, IV, c. 361 ss. La procedura obbligatoria non deve condurre a una decisione vincolante per le parti nè comportare un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, deve sospendere la prescrizione dei diritti in questione e non generare costi ingenti. La via elettronica non deve essere l'unica modalità di accesso e deve essere possibile il ricorso a provvedimenti provvisori in casi eccezionali.

⁴¹ CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, cit., ove si prevede che "la normativa spagnola...non appare conforme al principio di effettività, in quanto rende impossibile o eccessivamente difficile, nei procedimenti di esecuzione ipotecaria...l'applicazione della direttiva 93/13".

⁴² CGUE, 20 settembre 2001, C-453/99.

⁴³ CGUE, 13 luglio 2006, C-295/04, *Manfredi*.

⁴⁴ CGUE, 7 aprile 2001, C-402/09, *Ioan Tatu*.



estendendo il diritto al risarcimento in base al principio di eguale trattamento. Le critiche mosse dalla dottrina per la mancanza di un'espressa disposizione legislativa sono state superate dalla Grand Chambre nel caso Nelson⁴⁵. In tal caso la Corte estende l'ambito della Direttiva e la interpreta alla luce del principio di effettività, osservando che la protezione dei passeggeri sarebbe stata non effettiva in mancanza di equiparazione fra lungo ritardo e soppressione del volo⁴⁶.

c) *Effettività come tecnica rimediale*. Il principio richiede alle Corti degli Stati nazionali di perfezionare le tutele per assicurare un'effettiva protezione dei diritti, in base all'art. 19 TUE. Non è sempre facile questo controllo ma è possibile fissare alcuni criteri. Anzitutto questa attività non incide sull'*an* della protezione, ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligazione, ma intende fornire una tutela adeguata, in presenza di norme interne o comunitarie come l'art. 24 Cost. e l'art. 19 TUE.

Gli esempi sono molteplici e spaziano dalla *culpa in contraendo*⁴⁷, alla non discriminazione⁴⁸ alle clausole abusive su cui è necessario un più ampio riferimento.

La Corte ha affermato più volte che le legislazioni nazionali non devono, in base al principio di effettività, "rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai consumatori dal diritto dell'Unione"⁴⁹.

Esemplare è il criterio interpretazione delle clausole abusive. La Corte chiarisce quale siano le circostanze che determinano lo squilibrio fra diritti e obblighi "malgrado il requisito della buona fede" e precisa il compito del giudice nazionale. Il quale "deve verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse ad una siffatta clausola

⁴⁵ CGUE, Gran chambre, 23 ottobre 2012, C-581/2010, *Nelson*.

⁴⁶ V. per ulteriori sentenze REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., p. 96 ss.

⁴⁷ Reich, *General Principles of EU civil Law*, op. cit., pp. 98-99 ss. e il riferimento a CGCE, 10 aprile 1984, C-14/83, *Von Colson and Kamann c. Land Nordrh-Westfalen* (1984) ECR 1891.

⁴⁸ V. ancora Reich, op. cit., p. 101 (e il riferimento a CGUE, gr. ch., 19 gennaio 2010, C-555/07 *Seda Kucukdevici c. Swedex GmbH*) ed ivi la citazione di altre sentenze sul tema p. 101 nota 44.

⁴⁹ Così in CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, cit. punto 50 e altresì, analogamente, in CGUE, 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, in *F. it.*, 2007, IV, c. 373; CGUE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom*, ivi, 2009, IV, c. 489.

nell'ambito di un negoziato individuale⁵⁰. Ma il controllo si estende ad altri profili. Sulla possibilità di rilevare di ufficio la natura abusiva di una clausola, salvo opposizione del consumatore, la giurisprudenza è risalente e costante⁵¹, mentre sul livello di protezione dei dati personali trasferiti dall'Unione europea agli Stati Uniti, la Corte si è pronunciata di recente ed è stata annullata una decisione della Commissione (del 26 luglio 2000), fissando i limiti sulla conservazione e accesso al contenuto di comunicazioni elettroniche⁵².

Significativa al riguardo è una recentissima decisione che ribadisce l'assenza di effetto orizzontale delle direttive, ma richiama l'obbligo per gli Stati di realizzare il risultato indicato e di adottare i provvedimenti atti a garantire l'adempimento di tale obbligo. Ciò anche con riferimento agli organi giurisdizionali che sono sollecitati ad adottare criteri ermeneutici del diritto interno conformi alla lettera e allo scopo della Direttiva per realizzare il suo obiettivo, con l'unico limite del rispetto dei principi generali del diritto e di un'interpretazione che non sia *contra legem* nel diritto interno⁵³.

2.2. Le Corti europee.

La Corte di Strasburgo, pur nel rispetto del principio di sussidiarietà, interviene con sempre maggiore incisività nel controllare, il contesto legislativo del nostro ordinamento, i diritti fondamentali, la durata del procedimento, la motivazione e l'esecuzione stessa delle sentenze⁵⁴.

⁵⁰ V. ancora CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, cit., punto 69 e 75.

⁵¹ V. CGUE, 27 giugno 2000, C-240/98, C-241/98, C-243/98, C-244/98, *Oceano c. Murciano Quintero e altri*; CGUE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon c. Sustikné Gyorf*, in *Foro it.*, 2009, c. 489 tutte sulla valutabilità d'ufficio della clausola abusiva salvo opposizione del consumatore; CGCE, 6 ottobre 2009 C-40/08, *Asturcom c. Rodriguez Nogueira*, ivi, 2009, c. 489 sul contenuto abusivo di una clausola compromissoria e sul sindacato del giudice anche in caso di lodo con autorità di cosa giudicata; CGUE, 26 aprile 2012, C-472/10, *Nemzeti c. Invitel*, ivi, 2013, c. 170 sulle modifiche unilaterali del professionista; CGUE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Espanol de Crédito c. Camino*, ivi, 2013, c. 170, sul rilievo d'ufficio della clausola abusiva già nel giudizio di ingiunzione,

⁵² CGUE, 6 ottobre 2015, C-362/14, Grande Sezione, *M. Schrems c. Data Protection Commissioner*.

⁵³ CGUE, 19 aprile 2016, c-441/2014, *Dansk c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*

⁵⁴ V. di recente CEDU 18 dicembre 2012, *Coppola c. Italia*, n. 5179/05; CEDU 12 novembre 2013, *Cavaliere c. Italia*, n. 50930/11; CEDU, 4 febbraio 2014, *Ceni c. Italia*, n. 25376/06; CGUE, 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union des syndicats CGT*.



Il che è del tutto coerente con il ruolo peculiare della Convenzione e della Corte⁵⁵. La prima non costituisce doveri reciproci fra gli Stati contraenti, ma crea un obbligo e una garanzia collettiva per la tutela dei diritti delle persone contro le violazioni degli Stati; è un pilastro essenziale e “uno strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo da cui dipende la stabilità democratica del continente”. La Corte, attraverso una giurisprudenza sui casi concreti, indica il contenuto della Convenzione con un orientamento forte e stabile, visto la procedura molto rigorosa nell’ipotesi di un cambiamento di indirizzo⁵⁶.

Il principio di effettività delle tutele è previsto nell’art. 13 ed utilizzato dalla Corte, come antidoto alla astrattezza delle situazioni soggettive e come strumento che amplia i compiti positivi degli Stati nell’attuazione di rimedi adeguati alla protezione sostanziale⁵⁷.

Sull’efficacia della Convenzione è noto che la Corte costituzionale ha riconosciuto il carattere interposto, fra norme costituzionali e ordinarie, con una supremazia funzionale rispetto a queste ultime. Sicché in caso di contrasto insanabile fra legge nazionale e Convenzione, il giudice non può disapplicare la norma statale ma sollevare la questione di Costituzionalità⁵⁸. Da qui, dunque, l’idea che i precetti della CEDU siano più rigidi e resistenti delle norme ordinarie e ciò impone l’obbligo per i giudici nazionali di adottare una interpretativa compatibile con la Convenzione⁵⁹.

Di recente la Corte costituzionale ha voluto delimitare questo potere-dovere con una pronuncia che ha fatto discutere e suscitato perplessità. In essa si ribadisce la funzione preminente della Corte di Strasburgo, nell’interpretazione della CEDU, ma si afferma l’obbligo per il giudice nazionale di adeguarsi solo in presenza di un “indirizzo

consolidato”, di pronunzie della Grande Camera o di sentenze pilota⁶⁰.

Certo è che la giurisprudenza della Corte ha inciso fortemente su aspetti essenziali conformando la nozione e il contenuto di diritti fondamentali.

Si pensi al rilievo del legame biologico nella filiazione naturale⁶¹ e al rapporto affettivo fra minori e coniugi affidatari⁶², alla previsione di un obbligo positivo degli Stati di prevedere una disciplina e tutele effettive per le unioni civili anche omosessuali⁶³. Particolare attenzione è stata dedicata ai problemi della fecondazione assistita.

Sulla fecondazione eterologa⁶⁴ la Corte EDU aveva nel 2010⁶⁵ condannato l’Austria per i limiti posti a tale tecnica, per contrasto con il diritto ad una vita privata e familiare e con il divieto di discriminazione (art. 8 e 14 CEDU). Tale decisione fu riformata dalla Grande Camera⁶⁶ che ha riconosciuto l’assenza, allora, di una visione comune nella UE e la necessità del riconoscimento di un margine di apprezzamento degli Stati. Tutto ciò rinviando ad una attenta considerazione del tema⁶⁷.

Sollevata di nuovo la questione di costituzionalità in Italia, la Corte ha rilevato che tale tecnica era prima della legge disciplinata da numerose Circolari del Ministro della Sanità⁶⁸. Ha

⁶⁰ V. Cass. 8 gennaio 2015, n. 49.

⁶¹ *Marchx c. Belgio*, 13 giugno 1979, par. 31-34, serie, A n. 31; *Todorova c. Italia*, 13 gennaio 2009, n. 33932 del 2006, par. 53-55.

⁶² *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27 aprile 2010, n. 16318 del 2007, par. 44-53.

⁶³ *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, n. 18766/ 2011, par. 165-187.

⁶⁴ V. C. cost., 10 giugno 2014, n. 162 e la nota di commento di Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L’illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, p. 1062 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁶⁵ S.H. c.Austria, 1° aprile 2010 (C-57813/00) in *Fam. e d.*, 2010, p. 977 con nota di SALANITRO, ma v. anche MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2011, II, p. 14 ss.

⁶⁶ S.H.c Austria, G.C., 3 novembre 2011 (C.n. 57813), in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, I, p. 224.

⁶⁷ La Corte costituzionale aveva sollecitato un nuovo esame della questione con la sentenza del 22 maggio 2012, n. 150 su cui Salanitro, *Il dialogo fra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, II, p. 636. I Tribunali di Firenze (29 marzo 2013), di Milano (3 aprile 2013), e di Catania (13 aprile 2013) sollevano di nuovo la questione (v. *Nuova g. civ. comm.*, 2013, I, p. 912) decisa con la C. cost., 10 giugno 2014, n. 162.

⁶⁸ V. sul punto Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale*, op. cit., nota 11 ove si ricordano le circolari e le ordinanze del Ministero della Sanità 1 marzo 1985, 27 aprile 1987, 10 aprile 1992, 4 giugno 1997.

⁵⁵ V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *F. it.*, 2006, V, c. 353 ss.

⁵⁶ V. ancora V. ZAGREBELSKY, op. ult. cit.

⁵⁷ V. fra le prime sentenze *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, par. 24-28, série A n. 32 in tema di maltrattamenti familiari e l’assenza di una tutela adeguata ed effettiva della donna coniugata; *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 dicembre 1994, par. 52-58, série A n. 303-C in tema di emissioni intollerabili; *Opux c. Turchia*, n. 33401 del 2002, EDU, 2009; *Ocalan c. Turchia*, (GC) n. 46221 del 1999, par. 159-176, EDU 2009, ancora su maltrattamenti familiari e rimedi statali in effettivi.

⁵⁸ V. C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348; C. cost., 4 dicembre 2009, n. 317; C. cost., 11 marzo 2011, n. 80; CGUE, 24 aprile 2012, C-571/10; C. cost., 22 ottobre 2014, n. 238. Isolato nel riconoscere l’effetto diretto, Tar Lazio, 18 maggio 2010, n. 11984. V. anche Cass., sez. un., 2 marzo 2010, n. 1220.

⁵⁹ V. V. ZAGREBELSKY, op. cit.



precisato che la scelta di diventare genitori costituisce un'espressione della libertà di determinarsi (2, 3, 31 Cost.)⁶⁹ ed è "favorevolmente considerata da principi costituzionali". Ha considerato il divieto, pericoloso per la salute psichica dei genitori e bilanciato tale soluzione con altri valori costituzionali coinvolti. La conclusione è che il divieto "cagiona una lesione della libertà fondamentale della coppia... di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato" che reputa congruamente garantita dalla legge⁷⁰.

Sulla diagnosi pre-impianto la legge italiana non si esprimeva chiaramente. Non vi era un divieto espresso che compariva, invece, nelle linee guida ministeriali. D'altra parte la sentenza della Corte del 2009 aveva autorizzato l'impianto anche di più di tre embrioni e consentito la loro crioconservazione. Ciò aveva avviato la possibilità di una diagnosi prima dell'impianto e la giurisprudenza aveva, in alcuni casi, consentito tale pratica per le coppie sterili e infertili⁷¹. Sicché appariva ancor più irragionevole la condizione delle coppie portatrici di malattie genetiche ma fertili, visto che per esse non era superabile, in via interpretativa, il divieto posto dall'art. 4.

La Corte EDU⁷² aveva già censurato tale discriminazione e alcuni Tribunali⁷³ avevano sollevato di nuovo la questione di costituzionalità (dell'art. 1, commi 1 e 2 e dell'art. 4, comma 1) accolta dalla Corte⁷⁴ "nella parte in cui le norme non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione assistita delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche gravi". Ciò perché si considera il bilanciamento irragionevole e lesivo del canone di razionalità dell'ordinamento, rimettendo al legislatore l'emanazione di una normativa primaria o secondaria al riguardo.

⁶⁹ Sul punto v. già C. cost., 19 dicembre 2008, n. 428.

⁷⁰ V. sul punto CASONATO e FROSINI, (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino 2006; BUSNELLI, *La sorte degli embrioni in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Bioetica e diritto privato*, Torino 2001, p. 181 ss.

⁷¹ FERRANDO, *Le diagnosi reimpianto, dunque sono ammissibili*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, II, p. 20; Id., *La fecondazione assistita nel dialogo fra le Corti*, ivi, 2016, I, e il richiamo ai Tribunali di Cagliari (24 settembre 2007), Firenze (19 febbraio 2007) e T.A.R. Lazio del 21 gennaio 2008.

⁷² CEDU, 28 agosto 2012 (54270/10), *Costa e Pavan c. Italia*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, I, p. 66.

⁷³ Trib. Roma, 15 gennaio 2014 e del 27 febbraio 2014.

⁷⁴ C. cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, 10, 930, ed ivi FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*.

Sulla selezione degli embrioni. Una sentenza recente⁷⁵ dichiara incostituzionale l'art. 13, commi 3, lett. b e 4 nella parte in cui prevede come reato la selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia finalizzata ad evitare l'impianto di cellule affette da malattie genetiche accertate da apposite strutture. Si considera, peraltro, legittimo il divieto di soppressione dell'embrione malato per una serie di ragioni. Si avverte la necessità di tutelare la dignità dell'embrione al quale non può darsi altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. Ciò in base alla sua soggettività e all'impossibilità di equipararlo a mero materiale biologico.

La sperimentazione sugli embrioni. La quinta decisione⁷⁶ sul divieto (art. 13) di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione (non finalizzata alla tutela dello stesso) dichiara inammissibile la questione per una ragione precisa. L'elevato grado di discrezionalità dovuto alla complessità dei profili etici e scientifici e la pluralità di scelte possibili, le quali esigono un bilanciamento del legislatore "tra la dignità dell'embrione e le esigenze della ricerca scientifica". Scelta che la Corte non reputa possibile adottare.

Sui diritti patrimoniali, in una recente sentenza, si è censurato il potere del Curatore fallimentare di sciogliere un contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 *bis* della l. falli. perché le Corti italiane, prima della riforma legislativa della norma, erano legittimate "unicamente ad esaminare la legalità formale della misura contestata, senza potersi occupare delle sue necessità e proporzionalità alla luce dei principi enunciati nell'art.1 del Protocollo 1 della Convenzione". Sicché si reputa contrario all'art. 13 Cedu tale istituto "perché il sistema giuridico italiano non ha offerto alla ricorrente garanzie sufficienti contro l'arbitrio e l'interessata non ha avuto a sua disposizione un ricorso effettivo per far valere la sua doglianza a livello nazionale"⁷⁷.

Nella Causa *Dhahbi c. Italia*⁷⁸ un lavoratore marocchino, regolarmente assunto da una ditta italiana, lamentava di non aver ricevuto l'assegno per il nucleo familiare che l'art. 65 della l. n. 448 del 1998 riserva ai cittadini italiani residenti in Italia. Il ricorrente sosteneva che tale prestazione gli era dovuta, anche in difetto di cittadinanza, in virtù

⁷⁵ C. cost., 11 novembre 2015, n. 229, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁶ C. cost., (ord.) 22 marzo 2016, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁷ CEDU, 4 febbraio 2014, n. 25376/06, *Ceni c. Italia*, punti 98, 99, 100, 101 e il richiamo a CEDU, 6 giugno 2013, n. 38450/05 *Sabanchiyeva e altri contro Russia* e a CEDU, 20 giugno 2002, n. 50963/99, *Al-Nashif c. Bulgaria*.

⁷⁸ CEDU, 8 aprile 2014, n. 17120/09.



dell'Accordo euro– mediterraneo ratificato dall'Italia (con l. 3 febbraio 1997, n. 35) e che la Corte di Cassazione aveva ignorato la sua richiesta di porre la questione pregiudiziale alla CGE in merito all'interpretazione dell'accordo. La Corte di Strasburgo reputa che la mancanza di motivazione sul rinvio della questione pregiudiziale alla CGE comporti di per sé la violazione dell'art. 6 della Convenzione e contesta nel merito il rifiuto dell'assegno familiare con una motivazione puntuale.

Ricorda che gli Stati hanno un margine di discrezionalità nel disporre una disparità di trattamento in presenza di “una giustificazione oggettiva e ragionevole... espressa con ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito”. Sicché i “motivi di bilancio” adottati dallo Stato italiano possono rientrare in tali limiti, ma osserva che il rifiuto, nel nostro caso, era basato unicamente sul difetto di cittadinanza e precisa che “solo considerazioni molto serie possono indurla a ritenere compatibile con la Convenzione una disparità di trattamento esclusivamente” fondata su tale requisito. Di più. Si osserva che “in queste circostanze e sebbene le autorità nazionali godano di un ampio margine di apprezzamento in materia di previdenza sociale, l'argomento usato dal Governo non è sufficiente a convincere la Corte dell'esistenza di un rapporto di proporzionalità che renderebbe la disparità contestata conforme alle esigenze dell'art. 14 della Convenzione”.

Dunque si è ritenuto legittima la riserva nazionale sulle proprie politiche sociali solo se priva di ogni profilo di discriminazione e in presenza di una espressa motivazione sulla proporzionalità fra la scelta nazionale e i mezzi impiegati dal legislatore nell'attuarla⁷⁹ e ciò in conformità al principio, altrove formulato, che i rimedi non devono essere “meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere congegnati in modo tale da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione”⁸⁰.

Ce ne è abbastanza per osservare che il principio della effettività delle tutele è uno strumento di ordine e di riduzione della complessità del diritto dei privati. Resta da precisare come e perché.

3. La *Drittwirkung* dei diritti fondamentali.

L'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato è criticata con forza di recente⁸¹.

Per alcuni stiamo vivendo un “ipertrofia del presente, nella quale l'incertezza del futuro illanguidisce i legami con il passato, dimenticando che l'esperienza giuridica ha il suo *proprium* nella continuità”⁸². L'effettività delle tutele “sarebbe un esempio tra i tanti di quell'utilizzo improprio della dogmatica, volto ad asseverare...esiti interpretativi altrimenti periclinanti”⁸³. Insomma “argomentare dal principio di effettività non avrebbe alcun senso sino a quando non si sia stabilito quale sia la regola alla quale riferire tale effettività e dalla quale la tutela trae origine. Può essere effettiva solo una tutela di cui si conosca già il contenuto; e usare l'effettività per determinare quest'ultimo significa mettere prima il dopo, con una chiara inversione logica”⁸⁴.

Per altri la crisi delle regole dopo la scoperta della Costituzione e dei valori, genera un diritto incalcolabile. Per un motivo chiaro. La fattispecie “attrae a sé gli eventi futuri” e il giudizio basato su quello schema è prevedibile. Il metodo valutativo, invece, conosce il fatto in base “alla sensibilità emotiva del giudicante” e l'assenza di una mediazione normativa apre la porta “a coloro che realmente detengono il potere” e “alla volontà autoritativa del magistrato”. Non solo. L'idea “metafisica di un diritto sovra-positivo” nasconde di tutto (valori, utopie, ethos morale) senza che il

⁸¹ G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 3, p. 443 ss.

⁸² C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p. 7. Ove si cita N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna 1978, p. 40 “uno spostamento dell'orientamento sociale di fondo...che fa sì che le decisioni possano essere giustificate non più mediante collaudati elementi preesistenti di natura normativa o fattuale ma, in definitiva, mediante le conseguenze” ma v. L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 100 ss.

⁸³ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 195 nota 245; Id., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, p. 987 ss., ma v. anche sul piano del processo le critiche di Verde, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *D. e giur.*, 1978, p. 241 ss.; Id., *Profili del diritto civile*, I, Parte generale, Napoli 2002, p. 134-135 secondo l'A. tale principio introdurrebbe nel nostro sistema un metodo e una finalità proprio dei paesi anglosassoni, attribuendo al giudice un'ampia discrezionalità non giustificata nei paesi di *civil law*. Sul punto v. anche la replica di Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, *op. cit.*, p. 285 ss.

⁸⁴ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 237.

⁷⁹ CEDU, 8 aprile 2014, cit. 53: “per quanto riguarda i ‘motivi di bilancio’ adottati dal Governo, la Corte ammette che la tutela degli interessi di bilancio dello Stato costituisce motivo legittimo della distinzione in questione. Tale scopo tuttavia, non può d per sé giustificare la disparità di trattamento denunciata”.

⁸⁰ Corte di Giustizia, Grande sez., 19 luglio 2012, *Littlewoods v. Her Mjesty's Commissioners*, punti 27, 28, 31 e il richiamo alle sentenze 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wels* e 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04.



precedente possa creare una ragionevole certezza perché un *corpus* coerente di casi “dovrebbe raccogliersi in principi generali e trascendere” la concretezza e singolarità del fatto. Ma il caso “presuppone la legge di cui è un esempio applicativo. Sicché non c’è caso senza una legge che stia prima e lo preveda e lo configuri”. Insomma la mancanza del sillogismo, della fattispecie e l’uso di clausole generali e valori determina un diritto che “perde a mano a mano qualsiasi razionalità e si risolve nell’occasionalità del puro decidere”⁸⁵. Le conseguenze che si traggono da tutto sono gravi. “La crisi o piuttosto la perdita della calcolabilità tocca l’essenza stessa della modernità occidentale ..fondata sulla fiducia nell’applicazione di regole note, intacca la razionalità giuridica del capitalismo, elimina il controllo di logicità e l’efficacia didascalica e pedagogica del sillogismo”.

Altri ancora esamina a fondo il dialogo nella dottrina civilistica più autorevole. Ammette una *Drittwirkung* dei diritti fondamentali solo in assenza di una regolazione legislativa⁸⁶ e critica il neo-costituzionalismo⁸⁷ che ampliando i poteri del giudice vanifica, secondo l’autore, il metodo positivo e finisce per ridurre il diritto a pratica affidata soprattutto alla giurisprudenza, tramite l’utilizzo indiscriminato dell’interpretazione conforme. Non solo. Si esclude che i principi possano operare direttamente in presenza di “lacune provocate dall’omessa produzione di norme” per un motivo chiaro. Occorre evitare che il giudice possa “(argomentando sulla base di principi

costituzionali)” creare “diritti nuovi” (o affermare nuove forme di tutela per quelli esistenti) sostituendosi alla politica e “anticipando” soluzioni la cui mancata adozione da parte del legislatore non sia tanto dovuta ad una consapevole inerzia quanto piuttosto alla circostanza che quelle soluzioni non sono ancora “mature”. Sicché la creazione giudiziale di una regola per il singolo caso “incerta e controversa” “potrebbe finire per violare lo stesso principio di eguaglianza”⁸⁸. Ancora. Si nega che le norme costituzionali possano rilevare in positivo nella determinazione delle clausole generali, come accade in giurisprudenza per la clausola di buona fede e il principio di solidarietà perché ciò si reputa inutile, fonte di equivoci (quando si considera buona fede come una regola di validità), ma soprattutto eversivo nel consentire l’intervento del giudice sul contenuto del contratto, in assenza di una disposizione specifica (artt. 33 ss c. cons.) o eccezionale (1384 1526 c.c.). Si vanificherebbe in tal modo la libertà contrattuale soggetta, così, non soltanto a “limiti specifici e predeterminati”, ma ad un controllo giudiziale capace di destabilizzare il sistema e di trasformare un ordinamento di diritto scritto in un diritto giurisprudenziale⁸⁹. Tra l’altro poco rigoroso quando si usi in modo improprio i principi costituzionali⁹⁰ per semplificare il ragionamento giuridico o per disporre la invalidità per violazione diretta di essi⁹¹. Né pare accettabile una prospettiva rimediabile per l’impossibilità di dar valore ad elementi non compresi nella fattispecie violando in tal modo “alcuni cardini (principi?) del nostro ordinamento”⁹² che esigono, secondo tale visione, di trovare solo “nell’enunciato (linguistico) legislativo... il criterio” di decisione senza delegare questo compito al giudice⁹³.

È possibile una diversa visione che si sta affermando nella dottrina italiana ed europea. I principi hanno una funzione suppletiva, integrativa

⁸⁵ N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova 2016, p. 731 e Id., *La crisi della fattispecie*, in *R. d. proc.*, 2014, p. 36 ss; Id., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *R. d. civ.*, 2014, pp. 987 ss.; Id., *Un diritto incalcolabile*, in *R. d. civ.*, 2015, p. 11 ss.

⁸⁶ G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 456, l’attenzione critica è rivolta in particolare alle opere di P. PERLINGIERI secondo cui “le norme costituzionali vincolano qualsiasi potere legittimato a dettare regole che concorrono a comporre l’ordinamento del caso concreto”, sicché un principio può aspirare a ricevere sempre la massima attuazione possibile anche in contrasto con il bilanciamento operato dal legislatore”. V. G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 455-60 e note 25 ss., in part. 26; P. PERLINGIERI, *La persona umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli 1972, p. 11 ss.; Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. d. civ.*, 1980, p. 95 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli 2006; la riflessione dell’A. segue anche distanziandosi la teoria di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986, ma il dialogo con la dottrina è ampio e sia nelle pagine che nelle note.

⁸⁷ Si fa riferimento in particolare alle opere di G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano 2011, p. 749; C.R. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche, dottrine*, Torino 2016, e in particolare L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *G. cost.*, 2010, p. 2771 ss.

⁸⁸ G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 486.

⁸⁹ G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 495-496.

⁹⁰ Cass. 19 giugno 1999, n. 20116, in *Corr. giur.*, 2010, p. 58 ss.; Cass. 18 settembre 2009, n. 14343 in *Contratti*, 2010, p. 22 ss.; C. cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, cit.

⁹¹ V. il richiamo a Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900 ove un contratto di investimento (*for you*) si reputa non meritevole di tutela ex art. 1322 cc. 2 comma per il contrasto con i principi desumibili dagli artt. 38 e 47 a tutela del risparmio.

⁹² G. D’AMICO, *op. cit.*, pp. 487 ss., in part. 507.

⁹³ A ben vedere la conclusione del lungo discorso non è così netta. Non fosse altro perché si riconosce, da ultimo, l’impulso positivo della giurisprudenza nell’attuazione dei principi, sollecitando soltanto il giudice a “tener conto dei limiti che sussistono e si oppongono a tale applicazione” quando si sia in presenza di un “ipotesi di lacuna legislativa” v. p. 507. Il che sembra conferire un ampio potere alla giurisprudenza nella scelta e nell’utilizzo, limitato o meno, dei principi.



e correttiva⁹⁴, ma anche nomogenetica in un sistema di fonti che assegna al legislatore un “ruolo solo concorrente nella determinazione del diritto applicabile...imponendo anche a soggetti diversi dal legislatore, il compito di enucleare quello che il legislatore non riesce più a fare in via esclusiva, cioè predisporre la norma giuridica”⁹⁵. Tale potere, si osserva, deriva dal principio di sussidiarietà che comporta il superamento del valore esclusivo della sovranità popolare, ma impone una solida decisione, coerente con le “attese collettive che rendono democratico ciò che altrimenti dovrebbe di per sé essere considerato privo di legittimazione”⁹⁶.

Questo processo è descritto in modo esemplare come “problema di base della scienza giuridica” da Francesco Santoro-Passarelli a conclusione, nel 1981, del convegno di Messina sui “Cinquant’anni di esperienza giuridica in Italia”. Le parole sono semplici e chiare, ma taglienti come un rasoio⁹⁷.

Il diritto positivo espresso da “un’autorità delegata ad imporlo” non è più il solo canale. La realtà sociale sorretta dal “comune consenso” come regola vincolante della condotta umana, diventa diritto, in concorrenza con il diritto scritto. Il pericolo che ciò determini qualche arbitrio...non giustifica la negazione di un diritto realmente esistente, perché non è la forza o il potere a sorreggere il diritto, ma il consenso della comunità che la dottrina formalistica non può ignorare.

Insomma il diritto che conta è il diritto effettivo, non quale dovrebbe essere, ma qual è. “Il fatto sorretto dal consenso generale, fa legge” e spetta alla scienza giuridica un compito delicato⁹⁸.

Le conferme già allora erano molte. La caduta degli ordinamenti dell’Europa orientale aveva determinato di colpo, senza una rivoluzione o revisione costituzionale un nuovo diritto. Le discrasie fra Costituzione, legge ordinaria o la prassi confermavano in Italia l’importanza del diritto non scritto. “Sfature che, per non essere incostituzionali, (andavano) ricondotte a regole costituzionali non scritte divergenti da quelle scritte nella Costituzione”⁹⁹. Si pensi all’eguaglianza dei coniugi riconosciuta dall’art. 29 con alcuni limiti, non presenti nella riforma del diritto di famiglia. Alla tutela dei figli naturali, ammessa dall’art. 30 con limitazioni già allora quasi del tutto eliminate dalla nuova normativa. Allo sciopero affermato in Costituzione a difesa di interessi professionali e riconosciuto dalla Corte anche per sole ragioni politiche.

Tutto ciò confermava, già allora, la vigenza e la forza di una regola costituzionale non scritta, maturata “nella coscienza sociale” come un diritto effettivo che la scienza giuridica e i giudici debbono individuare e precisare nel rispetto della certezza del diritto e dell’eguaglianza dei consociati¹⁰⁰.

È evidente il superamento dello Stato di diritto ottocentesco¹⁰¹ ove il giudice applica la legge senza interpretarla e non ha altra forma superiore, perché la sovranità del popolo si manifesta nella funzione legislativa, mentre le Costituzioni sono testi di principi che appartengono alla politica, appunto, non alle Corti. Questa visione ha resistito, in Italia, sino agli anni 60 del novecento ed ha subito una trasformazione radicale che incide sulla nostra forma democratica con un carattere irreversibile. I tratti sono ormai evidenti, anche se non condivisi da tutti, e le tappe di questa evoluzione sono oramai

⁹⁴ V. N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, 2014, p. 2, 8, 11, 16; J. RUTGERS and P. SIRENA (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, 2015, p. 1, 7 ss.; G. VETTORI, *Regole e Principi*, op. cit., p. 51 e da ultimo le osservazioni puntuali ed equilibrate di E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell’UE e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le “libertà fondamentali” dell’Unione Europea e il diritto privato*, Roma 2016, p. 41 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e “le libertà fondamentali” dell’Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, ivi, p. 39 che pone in luce “il ruolo dei principi quali strumenti di concreta ed effettiva armonizzazione” con una pluralità di funzioni: “una funzione interpretativa, quando contribuiscono a lumeggiare i precetti esistenti; una funzione suppletiva e integrativa quando favoriscono la produzione di regole o tutele; una funzione correttiva, quando son evocati per vagliare ed emendare i processi ermeneutici”. E il richiamo alle opinioni concordi di A.S. HARTKAMP, *The General Principles of EU Law and Private Law*, in *Rabels Zeitschrift fur auslandisches and internationales Privatrecht*, 2011, p. 256.

⁹⁵ Così in un bel saggio che dà conto analiticamente di tutta la dottrina sul punto, con limpida profondità F. ADDIS, *Sulla distinzione fra regole e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, p. 1019 ss. in part. 1043.

⁹⁶ F. ADDIS, *Sulla distinzione fra regole e principi*, cit., p. 1053-1054.

⁹⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano 1982, p. 1455-1458; ID., *Quid iuris?*, in *Ordinamento e diritto civile, Ultimi saggi*, Padova 1988, 25 ss.

⁹⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Quid iuris?*, op. cit., p. 27-29.

⁹⁹ F. SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 27.

¹⁰⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 29.

¹⁰¹ V. N. BOBBIO, *Teoria della giustizia. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino 2012, ma v. ora M.Fioravanti, *La trasformazione costituzionale*, in *R. trim.d.pubb.*2014,2,p. 295 ss, Il primato della legge e delle regole domina ovunque, nell’Europa continentale e, in forma diversa, nella tradizione di *common law*. Le motivazioni sono espresse con lucidità e recepite da tutti come tratto comune del tempo. Si è voluto opporsi al modello affermatosi in America per una ragione scritta nella nostra storia, nata dalla Rivoluzione francese e consolidata nella conquista della sovranità popolare che non può essere rovesciata dai Tribunali. Il nocciolo del positivismo europeo sta tutto qui.



ripetute come litanie¹⁰², nella seconda metà del novecento¹⁰³.

Ciò che sta accadendo oggi è chiaro ed è stato scandito con parole limpide. Il giudice italiano ed europeo ha piena consapevolezza del rilievo delle norme costituzionali. Muta il rapporto fra legge e giudici perché le regole, i diritti, le tutele devono essere ricercate in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le Carte europee e sovranazionali. Tutto ciò è espresso dalla teoria dell'interpretazione conforme, imposta dai Giudici delle leggi ad ogni Tribunale e ad ogni interprete. Il confronto fra legge ordinaria e costituzionale deve essere fatto con rigore e piena effettività. Se ciò non avviene il ricorso alla Consulta è addirittura inammissibile. E il significato di questa indicazione precettiva è evidente. Il giudice ordinario e la scienza giuridica devono collaborare alla ricerca del significato impegnativo della legge ricercando la regola e le tutele conformi con le norme costituzionali.

¹⁰² Per una sintesi v. *I Principi nell'esperienza giuridica*, in *R. it. sc. giur.*, 2014, p. 3 ss. Il primo codice civile del Regno d'Italia fu emanato il 2 aprile 1865 quando Firenze era capitale e l'art. 3 di quel testo richiama come criterio ermeneutico e di chiusura i principi generali del diritto. Nel maggio 1940 si tenne a Pisa un Convegno che nel titolo conteneva un preciso proposito: "Formazione legislativa dei principi generali del diritto". La ragione era politica naturalmente. Il nuovo codice civile era in formazione, ma non risultava conforme all'ideologia del tempo. I principi sovrapposti al codice e a tutto l'ordinamento dovevano consentire questo allineamento. La reazione negativa dei giuristi del tempo fu netta e scandita da una serie di preoccupazioni. La cautela nei confronti di un'opera oppressiva dell'ideologia. I timori per le insidie del diritto naturale "inteso come un incombente (e sfuggente) minaccia da esorcizzare". L'avversità nei confronti del giudice legislatore. L'esito fu la codificazione di una norma molto diversa dalla precedente. L'art. 12 delle Disposizioni al codice civile vigente fa riferimento "ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". L'esito era chiaro. Si restringeva lo spazio dei principi per una pluralità di motivi. La giuridicità non ne ha bisogno perché è contrassegnata dalla positività e dalla statualità del diritto. Solo così si può assicurare certezza e stabilità dell'ordinamento e ribadire la centralità del codice civile.

¹⁰³ U. BRECCIA, *Principi: luci ed ombre nel diritto contemporaneo*, in *R. it. sc. giur.*, cit., p. 121 ss., ed ivi A. JANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, p. 77 ss.; G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, p. 77 ss. La Corte costituzionale, nella sua prima sentenza, ribadisce il valore giuridico delle norme costituzionali, prive di fattispecie. I civilisti, già negli anni sessanta, iniziano a sottolineare la forza espansiva dei principi di eguaglianza e solidarietà e si impegnano negli anni successivi in una vera e propria rilettura degli istituti civilistici. I magistrati nel Convegno della loro Associazione svolto a Gardone nel 1965 si dichiarano pronti, in un vero e proprio manifesto, all'applicazione diretta della Costituzione. La Corte costituzionale, dagli anni novanta, afferma che le norme "si dichiarano incostituzionali solo se non si può trarre da esse un'intera costituzionalità", invitando i giudici e gli interpreti ad un controllo diffuso che spinge ad una interpretazione costituzionalmente orientata.

Tutto ciò muta i contorni del vecchio Stato di diritto in ogni suo aspetto. Al potere unico si sostituisce un pluralismo forte. La legge è subordinata alle norme costituzionali. La Carta fondamentale è affiancata dall'ordinamento comunitario e dai vincoli internazionali (art. 117 Cost.). Giudici e legge, assieme, danno attuazione ad un sistema di fonti complesso e ciò non è un'anomalia, ma un progetto politico che emerge dalla trasformazione costituzionale. L'unica strada percorribile è un dialogo fra i due poteri, entrambi consapevoli dei rischi che sono insiti nel nuovo modello che dovrà confrontarsi con le tecniche applicative di un nuovo ordine costituzionale e di una inedita garanzia di certezza del diritto¹⁰⁴.

Certo sono evidenti i problemi di prevedibilità dei giudizi sottesi a tale visione¹⁰⁵ e analoghe preoccupazioni trovano eco in una parte della cultura giuridica europea.

Si sostiene di recente che il diritto contrattuale deve avere una base democratica, al pari del diritto pubblico. E sul punto si manifesta una idea chiara. Se in una comunità si è potuto influire sul processo legislativo di formazione delle regole, il risultato acquisito non può essere contraddetto da standard esterni come la giustizia, la morale, la tradizione, l'efficienza o altri fondamenti. Ciò porta ad affermare una teoria procedurale del diritto dei contratti. Con una conseguenza. Argomenti basati sull'autonomia delle parti, la protezione dei più deboli, la giustizia correttiva, l'efficienza economica o le tradizioni giuridiche, dovranno dimostrare la loro forza all'interno del dibattito democratico senza pretendere di poter influire sulla disciplina positiva. Ancora. Secondo questa visione la giustizia o la legittimità del contratto non possono essere determinate in anticipo da analisi teoriche, ma dovranno imporsi all'interno di un dibattito democratico per una ragione condivisibile. I teorici del diritto privato non hanno accesso privilegiato alla verità sul contratto e alla giustizia contrattuale¹⁰⁶.

Queste lucide analisi muovono da una premessa. Affermano la priorità della legge come solo ed unico strumento per assicurare un controllo democratico del contratto e manifestano una fiducia assoluta sul principio di legalità espresso da un

¹⁰⁴ M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, op.cit., p. 295 s.

¹⁰⁵ N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, cit., p. 731 e ID., *La crisi della fattispecie*, in *R. d. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *R. d. civ.*, 2014, pp. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *R. d. civ.*, 2015, p. 11 ss.

¹⁰⁶ M.W. HESSELINK, *Democratic contract law*, in *ERCL*, 2015, 2, p. 83.



modello di Stato e da un sistema delle fonti che mostra, oggi come si è accennato, elementi di profonda trasformazione nei singoli ordinamenti e in Europa¹⁰⁷. Non solo. L'affermarsi dei principi è criticato per il suo effetto distruttivo delle regole funzionali all'esistenza del capitalismo occidentale, ma tale considerazione non è univoca e convincente¹⁰⁸.

La dimensione multilivello dei fatti che producono regole ha un preciso significato perché "l'articolazione nei livelli di produzione normativa non è governata dal principio gerarchico, e poi da un criterio "unidirezionale" di separazione e di competenza, ma dal concorso e dall'interazione reciproca"¹⁰⁹. Il sistema è oggi una rete¹¹⁰ ove si è accresciuto il ruolo dei principi "quali strumenti di concreta ed effettiva armonizzazione che appaiono capaci di assolvere" una pluralità di funzioni: interpretativa delle norme esistenti, suppletiva e integrativa di regole o tutele, correttiva di processi ermeneutici formalisti¹¹¹. Tutto ciò in una fase storica ove il diritto giurisprudenziale ha un fondamento in un ordine giuridico ove coesistono una pluralità di fonti e un ruolo nomogenetico dei principi "correlati allo stesso sviluppo storico del capitalismo" e non ad una sua negazione¹¹².

4. L'effettività nel linguaggio giuridico e nel dibattito filosofico.

Insomma l'effettività, con il richiamo alla realtà e alla concretezza, si presta a far emergere e regolare gli aspetti spesso trascurati del diritto civile. Che è, si osserva, il campo di battaglia più feroce. Più del diritto penale dove almeno le passioni ispirano i reati più infamanti. Nel civile no. Ogni relazione umana esplose, spesso, in conflitti assurdi e atroci. Tra figli e genitori, fratelli e parenti. Per successioni o contratti, per conquistare o difendere una proprietà, per vincere la gara spietata della concorrenza, per acquisire o difendere diritti fondamentali, per disputarsi i benefici patrimoniali delle "carte postume di un poeta"¹¹³. Da Balzac¹¹⁴ agli autori del novecento italiano si narra dell'avidità dello spirito, della carne e del denaro di uomini e donne e di "avvocati, giudici, codicilli" che amministrano queste liti spesso inventandosi "vizi di forma" o "commoventi e nobili pappe del cuore", pretendendo "quando sbranano o depredano, di essere nel giusto"¹¹⁵.

Ebbene come reagire a tale provocazione? Il dialogo platonico, nella prima parte della Repubblica, ci ricorda già che la giustizia diventa "l'utile del più forte" senza principi che vengano prima della legge¹¹⁶, ma il problema sta proprio nel definire tale forma precettiva. Per muovere in tale direzione occorre ricordare che il diritto e il linguaggio hanno il comune scopo di ordinare la società. Per garantire il primo, le libertà di singoli e istituzioni. Il secondo la comunicazione e la coesione di una comunità¹¹⁷. In entrambi i casi occorre una cautela primaria. Si deve togliere peso alle parole per avvicinarsi ai fatti¹¹⁸, alla realtà effettuale.

L'essere effettivo designa una realtà concretamente esistente "un requisito necessario, e

¹⁰⁷ A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea. Principi e problemi della Drittvirkung nel mercato unico*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le libertà fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato*, Napoli 2016, p. 12 "Lo Stato nazionale autocratico si è imposto al giurista domestico come produttore di senso, come strumento di precomprensione della dinamica delle norme di diritto privato.....quando è in realtà il prodotto di un preciso frangente temporale e di una recisa connotazione ideologica...quella che ha accompagnato l'affermazione degli Stati nazionali e le codificazioni del diritto civile all'avvio e al tramonto del secolo diciannovesimo" ma su questo v. P. Grossi, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, spec. pp. 14 ss. 67 ss.

¹⁰⁸ V. per alcune osservazioni critiche F. ADDIS, *op. cit.*, p. 1048 ss. e F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio dir. comm.*, 2016, 2, p. 419 ss.

¹⁰⁹ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁰ E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norme. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, 4, p. 685 ss. e G. Vettori, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 2, cit., p. 51 ss.

¹¹¹ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 39. E il richiamo a A.S. HARTKMP, *The general Principles of EU Law and Private Law*, *Rabels Zeitschrift fur auslandisches und internationales Privatrecht*, 2011, p. 241 ss., p. 256; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. unione europea*, 2013, p. 663 ss. e sui pericoli di un uso non corretto dei principi E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le "libertà fondamentali"*, *op. cit.*, p. 41 ss. e 77-78.

¹¹² F. ADDIS, *Sulla distinzione fra norme e principi*, cit., p. 1056; F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, cit.,

p. 1 ss.

¹¹³ Si veda una bella pagina su tutto ciò nel romanzo di C. MAGRIS, *Non luogo a procedere*, Garzanti, 2015, p. 50.

¹¹⁴ Magris ha in mente Balzac (Il colonnello Chabert) ma si pensi anche agli autori del Novecento italiano fra cui spiccano i libri di Tozzi sulla lotta, nella società toscana della prima metà del novecento, per l'appropriazione legale di un bene simbolo: *Il Potere*, Milano 1983.

¹¹⁵ C. MAGRIS, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁶ PLATONE, *La Repubblica*, trad. di E. Ferrai, Firenze, 1948, p. 3-49.

¹¹⁷ P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in *La Crusca*, Firenze 2013, n. 47, p. 1 ss.

¹¹⁸ I. CALVINO, *Lezioni americane, la leggerezza*, Milano 1988, p. 3.



in certi casi sufficiente, affinché si costituiscano certe posizioni giuridiche soggettive¹¹⁹. È il fulcro di un “orientamento di pensiero, il *realismo giuridico* che raccoglie il complesso di tutte quelle teorie, anche molto diverse l’una dall’altra, che privilegiano l’effettività del diritto e la sua applicazione all’esistente (in termini, soprattutto, di comportamenti e atteggiamenti sociali) a scapito degli eccessi di formalismo e di legalismo che caratterizzano, in particolare, alcune forme di giuspositivismo¹²⁰.”

Il realismo dunque riconosce come esistente in sé l’oggetto della conoscenza, indipendentemente dall’attività conoscitiva e l’effettività fa perno sulla valutazione delle situazioni reali e degli interessi concreti dell’azione politica, indipendentemente dalle concezioni ideologiche e morali; nella moderna teoria del diritto si oppone al giusnaturalismo e al positivismo giuridico con attenzione alle teorie sociologiche e le teorie giurisprudenziali nella valutazione di comportamenti “improntati ad una obiettiva considerazione delle condizioni e delle situazioni reali, concrete¹²¹.”

Coincide in parte con quella “fattualità” espressa nel novecento dalle Costituzioni e dal processo di globalizzazione, intesi come inseparabilità fra fatti e diritto, determinata da “forze che si radicano nelle strutture profonde di una società” e premono per un adeguamento al diritto, tanto che un “sottostante ordine naturale sociale economico, diviene per sua intrinseca capacità ordine giuridico, congiungendo e saldando la divisione per piani –il sociale, l’economico il giuridico – in una dimensione complessa ma assolutamente unitaria¹²².”

Del resto l’effettività non è un concetto esclusivo delle scienze umane e sociali se è vero che la matematica è prossima a ciò “che siamo disposti a qualificare come reale ed effettivo” a “quel carattere di potenza che i greci avevano assegnato alle sue operazioni semplici. Come l’algoritmo che è un processo necessariamente composto da una sequenza dotata di universalità, determinatezza dei singoli passaggi, ed effettività intesa come capacità di produrre un effetto reale. Sino a quegli “schemi computazionali che sono rimasti immutati dalla geometria greca alla aritmetica mesopotamica fino

alle più complesse strategie di cui si avvale oggi il calcolo su grande scala¹²³.”

È chiaro quale consapevolezza pone quel termine alla dinamica giuridica. “Conoscere l’esperienza significa porsi all’interno del mondo del diritto e cogliere il momento in cui il pensiero giuridico organizza il suo mondo”. In questa comprensione e nella possibilità di cogliere tutti i nessi impliciti ed espliciti di questo ordine in formazione sta “la naturale essenza delle filosofia della giurisprudenza¹²⁴.” La quale concorre alla costruzione dei concetti e degli istituti giuridici in cui il pensiero e la prassi si concreta.

Oggi si va in cerca di un ontologia sociale¹²⁵ che fissa l’essenza delle cose e degli istituti nella loro oggettività ed effettività. E questa riflessione ci riguarda da vicino, non foss’altro perché il contratto, la responsabilità, i diritti sono atti sociali. Non occupano uno spazio fisico e non sono universali, ma appartengono al tempo che contribuiscono ad ordinare. Quale che sia il dato che fonda la costruzione di questa realtà sociale (l’intenzionalità collettiva di Searle o il reticolo di iscrizioni di Ferraris¹²⁶) certo è che il diritto ordina questa realtà in base ad un testo. Delimitato oggi da regole e principi spesso senza fattispecie. Fra questi ha un ruolo sempre più chiaro l’effettività come espressione che può riferirsi a tutte le situazioni giuridiche analizzate “nel loro concreto atteggiarsi nella realtà¹²⁷.”

La scienza gius-pubblicistica aveva a lungo riflettuto su di un diritto che deve avere valore effettivo e su norme, che pur emanate con procedimento corretto, devono essere “effettivamente vigenti nell’ordinamento¹²⁸”, ma l’elaborazione teorica più significativa si deve ad autori che utilizzano il concetto per riflettere, nella

¹²³ P. ZELLINI, *La matematica degli dei e gli algoritmi degli uomini*, Milano 2016, p. 13 “i primi avvertimenti che sarebbe stato il concetto di algoritmo a ereditare il senso della realtà matematica, cioè di tutto ciò che i matematici avvertono come reale ed effettivo, si registrano già nel primo decennio del Novecento” e, in particolare, p. 48 ss. e 202.

¹²⁴ B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria dell’ordinamento giuridico*, Napoli 1958, p. 3.

¹²⁵ J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Milano 1996, p. 7, 14 36 ss.; ID., *La razionalità dell’azione*, Milano 2001, p. 57 ss., 91 ss.; ID., *Creare il mondo sociale*, Milano 2010, p. 53 ss.

¹²⁶ M. FERRARIS, *Dove sei? Ontologia del telefonino*, Milano 2005.

¹²⁷ SALVIOLI, *L’ “effettività” in diritto internazionale*, in *R. trim. d. pubbl.*, 1953, II, p. 280 ss. e in particolare PIOVANI, *Effettività (principio di)*, op. cit., p. 420 ss.; GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1-2.

¹²⁸ V. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it., Milano 1921, p. 70 richiamato da PIOVANI, *Effettività (principio di)*, op. cit., p. 425.

¹¹⁹ Come ad esempio “l’acquisto della personalità giuridica di un nuovo stato, che è connessa non con l’atto di riconoscimento da parte di stati già esistenti, ma con il fatto che un nuovo ente dotato dei caratteri di stato si è effettivamente formato”, *Dizionario Treccani*, on-line, voce *effettività*.

¹²⁰ *Dizionario Treccani*, op. cit.

¹²¹ *Dizionario Treccani*, op. loc. cit.

¹²² Così in modo limpido P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015, p. 34 ss.



seconda metà del novecento sul rapporto fa fatto e diritto.

È noto che Kelsen torna costantemente sul tema dell'effettività dell'ordinamento come condizione necessaria, ma non fondamento per la sua validità e legittimità¹²⁹. Ciò consente di “tenere la realtà ‘dei fatti’ al di fuori dei puri confini del diritto” e di affermare una teoria pura dell'ordinamento giuridico statale che trova il suo fondamento di validità su piani diversi. Su una norma ipotetica che attribuisce ai costituenti la creazione del diritto e sul principio di effettività come norma positiva dell'ordinamento internazionale che concede “ai padri della Costituzione la potestà di agire come primi legislatori dello Stato”¹³⁰. In tal modo, pur in difetto di piena coerenza, si esalta il monismo giuridico, ma non si rinuncia mai a ribadire il concetto di effettività che acquista “da allora cittadinanza nella scienza giuridica”¹³¹. Per una serie di motivi.

Giusnaturalismo e realismo per motivi opposti non utilizzano il principio di effettività. “Il primo per un eccesso di razionalismo (e difetto di realismo) il secondo per eccesso di empirismo (e difetto di idealismo)”. Tale teoria è fatta propria, invece, dalle teorie giuspositiviste di tipo normativistico basate sulla distanza fra fatto e diritto inteso come dover essere¹³². Ma questo ultimo profilo vacilla già in Kelsen che “introduce un elemento di fattualità nel concetto di diritto” quando afferma che “le norme giuridiche non sono norme qualsiasi ma norme effettivamente statuite”. Solo in tal modo, si osserva, l'ordinamento ha il carattere della validità e dell'efficacia in quanto ordine complesso ove l'effettività limita la legittimità¹³³. Entrambi sono costitutivi del concetto di diritto ma la norma fondamentale che guarda ai fatti effettivi “conferisce valore a quei fatti... (e) il diritto positivo è, perciò, l'unica forma di dover essere oggettivo”¹³⁴.

Il principio acquista una qualità diversa nella teoria istituzionale di Santi Romano che ribalta la

concezione di Kelsen. Anzitutto osservando che la realtà deve subordinare il concetto e non viceversa. Sicché è diritto solo quello che “avuto la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo” in base ad una “trasformazione del fatto in uno stato giuridico (che) si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali” e “sulla suscettibilità di un nuovo regime ad acquistare la stabilità, a perpetuarsi per un tempo indefinito...a trovare il suo assetto”. Prima di ciò si avranno supremazie o forze che si impongono ma non Stati e ordini “che non possono essere passeggero creazioni..(ma) il risultato di innumerevoli forze e di procedimenti che hanno radici secolari nella storia”¹³⁵ di una comunità¹³⁶.

Certo è che, pur nella diversità di posizioni, teoria pura del diritto e istituzionalismo ripropongono l'effettività come un problema di consapevolezza sui modi della conversione del fatto in diritto. Aspirazione antica¹³⁷ e ancor più pressante nella scienza giuridica contemporanea che può far tesoro di alcune acquisizioni forti.

“Il principio di effettività non giuridicizza ciecamente qualsiasi situazione: al contrario indaga al fine di accertare se una situazione, per essere fornita di determinati requisiti sia riconoscibile come situazione ordinata in diritto”, il quale non detta le condizioni della conversione del fatto in diritto, ma queste condizioni ci sono. E sono quelle “senza le quali il fatto, per se stesso, non vale, non ha forza”¹³⁸. Il consenso assieme al fatto genera diritto che si impone perché appunto effettivo, riconosciuto come tale da una società e da un ordinamento che la sorregge¹³⁹.

La critica di confondere fatto e diritto non coglie nel segno per una serie di motivi. Il principio serve a frenare la subordinazione del diritto alla politica richiamando, in ogni singolo problema di vita, la realtà di tutto quanto l'ordinamento che razionalizza il potere del legislatore e conferma la validità delle sue regole. Così si “libera il precetto dalla immediata dipendenza dalla volontà del legislatore inserendolo nella “sistematicità” per cui le norme

¹²⁹ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino 1956, p. 77 ss.

¹³⁰ Così PIOVANI, *Effettività (principio di)*, op. cit., p. 426.

¹³¹ PIOVANI, *ult. cit.*, p. 428.

¹³² GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, op. cit., p. 2 ss.

¹³³ Così, testualmente, GAVAZZI, *op. cit.*, p. 3. perché la prima è condizione in base alla quale solo certo materiale può essere pensato come giuridico la seconda è la condizione primaria per cui un materiale può essere pensato come diritto.

¹³⁴ Ancora GAVAZZI, *op. ult. cit.*, p. 4. Resta il dubbio nella filosofia del diritto se il principio di effettività usato da Kelsen consacrò il fatto compiuto, giustifichi la forza, legittimi regimi autoritari. Dubbio che per l'A. non può che essere sciolto positivamente.

¹³⁵ ROMANO SANTI, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, ora in *Scritti minori*, a cura di Zanobini, I, Milano 1950, p. 146.

¹³⁶ PIOVANI, *Effettività (principio di)*, op. cit., p. 429.

¹³⁷ A. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell'esperienza giuridica*, in *Ann. Macerata*, 1929, p. 393-431, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano 1963, p. 247 ss.; CESARINI SFORZA, *Ex facto jus oritur*, in *Studi filosofico-giuridici per G. Del Vecchio*, I, Modena 1930, p. 86-97.

¹³⁸ PIOVANI, *op. cit.*, p. 429.

¹³⁹ SANTORO-PASSARELLI, *Considerazioni conclusive*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., p. 1451 ss.; Id., *Quid iuris*, op. cit., p. 25 ss.



creano, devono creare sistema”. L’effettività “esorta il diritto a guardare all’attività degli individui e alle loro quotidiane azioni...le quali manifestano interessi e bisogni” che l’effettività è tenuta a valutare¹⁴⁰.

dell’argomentazione che supera la fragilità del giudice, trascorrendo dal soggetto all’oggetto.

A ciò si deve aggiungere una nomofilachia dall’alto e dal basso valorizzando al massimo una serie di strumenti.

Protocolli e linee guida in materia sostanziale su temi sempre più ampi, dalla famiglia ai contratti, ai diritti reali. Indicazioni sul metodo di redigere gli atti processuali. Anche dati fruibili presso ogni Tribunale e presso la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale. La riforma della Cassazione, in parte già attuata¹⁴⁴, per recuperare una sua funzione di orientamento forte e preventivo. L’utilizzo dell’art. 47 *quater* dell’ordinamento giudiziario per uniformare gli orientamenti nelle corti di merito.

È evidente lo sforzo nuovo, di conoscenza e di metodo che si richiede a tutti gli operatori del diritto.

| 30

5. Certezza e prevedibilità. Altre figure di certezza.

Insomma l’irruzione nel nostro ordinamento di diritti e principi determina un salto di qualità tale da consentire all’ordinamento di utilizzare mezzi *extra ordinem* che possono consentire di raggiungere alcuni risultati “non seguendo la via ortodossa della fonte”, ma attraverso una *materialisierung* che consente di dar rilievo agli interessi materiali non formalizzati che emergono dalle singole fattispecie. Dal contatto sociale alla nullità di protezione all’espansione della responsabilità precontrattuale e aquiliana nella disciplina del contratto, sino alla stessa delimitazione del danno risarcibile. Ciò in base a tutele capaci di attribuire rilievo ad un interesse che la fattispecie non ha saputo indicare in modo pieno. Sicché ci si distacca dalla regola per individuare, tramite il principio di effettività, un interesse degno di tutela. Un piano mobile ed elastico che non ha necessità di modifiche legislative ma trae forza dai principi che regolano il contratto e il processo¹⁴¹.

Non solo¹⁴². La fattispecie appartiene alla politica e va esaminata in un tempo, quello attuale, dominato dall’innovazione e da un’oggettività critica basata da una consapevolezza che si trae dal passato. Nessun sistema può validare se stesso ed occorre oggi una ragione senza dogmi che ponga al centro la persona e la sua tutela da soddisfare “con pienezza ed effettività”.

I principi sono norme dotate di un diverso grado di generalità rispetto alla fattispecie. Sono nella definizione di Kant “proposizioni generali, anche desunte per induzione dall’esperienza, che possono servire da premessa maggiore in un sillogismo”¹⁴³. Da qui la possibilità di una loro conoscenza e applicazione scientifica, tramite la teoria

¹⁴⁰ Queste considerazioni sono svolte (talora testualmente) in G. Vettori, *Norme, concetti, argomenti*, in Politeia, 2016, n. 122, p. 123 ss. e nella voce *effettività delle tutele (dir. priv)* nel volume X degli *Annali dell’Enciclopedia del diritto*, di prossima pubblicazione.

¹⁴¹ A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 703 ss.

¹⁴² G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 67 ss.

¹⁴³ E. KANT, *Critica della ragion pura*, trad. da G. Gentile e G. Lombardo-Radice, Bari, 1945, p. 281 ss.

¹⁴⁴ V. l. 25 novembre 2016, n. 197 che restringe i casi di udienza pubblica con la presenza del PM e delle parti solo in caso “di particolare rilevanza della questione di diritto”.

