

SULL'EFFICACIA ORIZZONTALE IN DIRITTO PRIVATO DELLE NORME SUI DIRITTI FONDAMENTALI DEI TRATTATI EUROPEI¹

Di Mario Libertini

| 211

SOMMARIO: 1. *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato.* 2. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia.* 3. *L'apertura dell'ordinamento interno al diritto europeo.* 4. *Diritti, principi e clausole generali.* 5. *Il problema dell'efficacia diretta nella prospettiva normativistica.* 6. *Considerazioni conclusive*

ABSTRACT. *Lo scritto concerne gli effetti di diritto privato che possono trarsi dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Per quanto l'art. 51 sembri escludere un'applicazione diretta, lo scritto analizza alcune pronunce della CGUE che operano in tal senso ed ipotizza ulteriori aperture.*

The paper deals with the effects on the private law drawn by the Charter of fundamental rights of the European Union. As far as the art. 51 seems to exclude a direct application, the text analyzes some judgments of the CJEU that operates in this way and hypothesizes further openings.

¹ Relazione al convegno sul tema “*I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*”, svolto il 22 aprile 2016 presso l'Università di Roma 3



1. La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato.

Vorrei muovere da una ricostruzione elementare del diritto vigente, fondata sulla ricognizione dei testi normativi, per poi passare a qualche osservazione di ordine più generale sulla tematica degli effetti “orizzontali”, che, in una cultura giuridica avanzata, dovrebbe essere, credo, in gran parte superata, mentre ancora è circondata da molte difficoltà.

Per parlare del diritto vigente, e dovendo concentrare l'attenzione sugli effetti di diritto privato che possono trarsi dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, prima di entrare nel tema vorrei fare una premessa. Questa carta è, a mio avviso, un bellissimo documento legislativo e merita adesione sul piano dei giudizi di valore. I contenuti della Carta medesima e, in larga misura, l'elenco dei diritti in essa contenuto, sono più esaurienti e più avanzati di ciò che possiamo trovare in altri documenti, perfino nella nostra Carta costituzionale.

Permane però qualche differenza, e c'è almeno una eccezione, con un potenziale problema di “controlimiti”, che può essere individuata. Nella Carta dei diritti fondamentali ci sono numerose norme a tutela dei lavoratori (artt. 27-34), ma non c'è una norma esattamente paragonabile all'articolo 36, comma 1, della nostra Costituzione (diritto alla giusta retribuzione). Sotto questo profilo può nascere un contrasto tra la tutela dell'articolo 36 (che la nostra giurisprudenza ha sempre ritenuto “diretta”) e lo stato del diritto europeo, sia quello scritto, sia quello “vivente” negli enunciati della giurisprudenza europea.

La sentenza Rüffert (Corte Giust. C-346/06) afferma chiaramente la prevalenza del principio della concorrenza fra ordinamenti, caro ad Andrea Zoppini, sul diritto alla retribuzione minima del lavoratore. Secondo la Corte, se si impedisse agli Stati di farsi concorrenza tra loro con diverse politiche del lavoro, sarebbe violato un principio fondamentale, ritenuto prevalente sul diritto alla retribuzione minima del lavoratore. Questo è l'orientamento della Corte di giustizia, e ciò pone sicuramente un problema che, proprio sul piano dei giudizi di valore, è tuttora aperto, e si ripresenta nella più ampia tematica dei possibili conflitti fra diritti sociali e libertà economiche dei trattati europei.

Sul punto non voglio ulteriormente soffermarmi, anche perché sarà oggetto di trattazioni più approfondite più avanti.

Una volta chiarito che non vi è una situazione di coerenza piena e idilliaca fra le diverse carte dei diritti, vorrei ribadire, però, l'assunto di adesione tendenzialmente piena, sul piano dei giudizi di valore,

al contenuto della Carta di Nizza (chiamiamola così), con il conseguente invito a “prenderne sul serio” le norme.

Cercherò dunque di soffermarmi, in questa prospettiva, sul valore giuridico che, negli ordinamenti degli Stati membri, e in particolare nel loro diritto privato, hanno queste norme.

Le indicazioni che ci danno i trattati, se guardiamo ai meri dati testuali, sono alquanto ambigue.

Leggendo l'articolo 2 del trattato dell'Unione Europea troviamo una dichiarazione solenne: “*I valori a cui si ispira il diritto dell'Unione sono valori comuni ai singoli Stati*”. È un'indicazione che sta nell'*incipit* dell'insieme delle norme e dei trattati, ed è un'indicazione normativa forte, nel senso dell'unità, pur nella diversità di funzioni, del diritto europeo e del diritto degli Stati membri. In questa dichiarazione possiamo leggere l'espressione di un costituzionalismo multilivello, che dovrebbe essere coordinato in un quadro costituzionale comune a tutti gli Stati membri dell'Unione.

Se guardiamo invece alle norme della Carta dei diritti fondamentali, e in particolare alle norme di chiusura, vediamo un quadro molto più tradizionalista e molto diverso.

Leggendo l'articolo 51, intanto, troviamo enunciata una distinzione fra “diritti” e “principi”. In altri termini, la Carta comprende “diritti” che devono essere rispettati e “principi” che devono essere osservati, ma essa si rivolge – è detto testualmente – a istituzioni, organi e organismi dell'Unione, non si rivolge direttamente ai singoli Stati. Però poi, leggendo l'articolo 52, troviamo una ulteriore ambiguità: al comma 5 dell'articolo 52 della Carta la distinzione tra diritti e principi viene riutilizzata, nel senso che le norme che contengono “principi” possono essere attuate, con atti normativi di attuazione a valle, sia dall'Unione sia dai singoli Stati, ma non possono essere direttamente invocate davanti ad un giudice nazionale dal privato (possono essere invece “*invocate dinanzi a un giudice solo al fine del controllo di legalità*” dei provvedimenti attuativi, europei o nazionali; in altri termini, stando al dato testuale, non possono essere invocate al fine del “controllo di legalità” su atti privati).

È un'indicazione netta, nel senso della non efficacia diretta, ma il dato testuale è significativo anche perché si riferisce non ad ambedue le categorie di norme di cui si parla all'articolo 51 (cioè quelle che contengono i “diritti” e quelle che contengono i “principi”), ma solo alle norme che contengono “principi”.

Quindi, in maniera ambigua, sulle norme che “contengono diritti” – continuo ad usare questa espressione un po' strana (“contengono”), che però è nel testo ufficiale – non abbiamo un'indicazione altrettanto netta in senso contrario alla *Dritt*wir-





kung, come quella che testualmente è sancita dalle norme che contengono principi.

2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia

A questo punto bisognerebbe chiarire la differenza (ci torneremo dopo) fra queste due categorie di norme. Fatto sta però che, su questa base, abbiamo, come è sempre accaduto e come continua ad accadere, un lavoro interpretativo della Corte di giustizia, che in qualche modo è fonte anch'essa di diritto per gli Stati membri e che ha portato, mi sembra, ad una soluzione che non può dirsi definitiva, ma che comunque è molto interessante, e che cercherò di riassumere.

Tale soluzione si trova sancita nella sentenza *Association de médiation sociale* del gennaio 2014 (C-176/12). Una sentenza che riprende tutta un'elaborazione precedente e che mi sembra dia alcune indicazioni nette su questa materia, per ciò che riguarda sempre una prospettiva di diritto europeo e di suo trasferimento nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri.

La prima indicazione che ci dà la Corte di giustizia va nel senso che ci possono essere diritti fondati su fonti europee che sono di applicazione diretta nell'ambito degli Stati membri. Ciò accade quando esista una normativa dettagliata di specificazione del contenuto di questi diritti. L'interpretazione di questa indicazione della giurisprudenza europea non è sempre facile, perché, sulla tematica dell'efficacia diretta delle norme che pongono i diritti, interferiscono due varianti, che complicano un po' il ragionamento:

- (i) la prima è costituita dalla presenza o meno di direttive di concretizzazione della norma a monte, dettata dalla Carta, che pone a livello di indicazione generale il principio del diritto;
- (ii) la seconda è costituita dal problema dei rimedi: la Corte incentra la sua attenzione soltanto sulla possibilità di disapplicazione della norma interna, a seguito della quale si ha la possibilità di una tutela nell'ambito del diritto dello Stato membro, ma limitata al diritto al risarcimento del privato nei confronti dello Stato membro inadempiente (secondo la giurisprudenza *Francovich*).

Questa seconda indicazione non esclude tuttavia, sul piano logico (anche se la Corte di Giustizia non se ne occupa), che ci possano essere altre soluzioni, che attribuiscono qualche ulteriore efficacia nel diritto interno alla norma europea. Può darsi, infatti, che, a seguito della disapplicazione della norma interna contrastante, possa invocarsi

un'interpretazione filocomunitaria di una diversa norma interna (di dettaglio o di principio), a cui possa seguire un rimedio specifico nei rapporti interprivati.

Ad ogni modo, la Corte di giustizia afferma che in certi casi abbiamo norme europee così dettagliate che, in base al principio del primato del diritto comunitario, si impone la prevalenza del diritto sancito dalla norma comunitaria sulla norma interna.

Il caso specifico, che viene richiamato nella sentenza, è quello di una norma che comportava una discriminazione nei diritti del lavoratore subordinato, fondata sull'età del lavoratore medesimo. Qui le norme europee sono sufficientemente dettagliate da comportare la disapplicazione della norma interna con esse incompatibile.

Nel caso *Association de médiation sociale* si trattava invece di diritti di contenuto più complesso (cioè i diritti alla informazione e alla rappresentanza dei lavoratori all'interno dell'azienda), che non presentavano, ad avviso della Corte, un sufficiente grado di contrasto tra una norma europea definita in dettaglio e la norma interna, tale da consentire una disapplicazione di quest'ultima; per cui si doveva passare eventualmente a rilevare in altro modo questo contrasto.

Considerati i testi normativi che la giurisprudenza europea si trova ad applicare, e che sono molto "frenati" – come si è visto – sul terreno della possibile *Drittwirkung* (gli articoli 51 e 52 chiaramente nascono da una resistenza degli Stati membri ad un'applicazione diretta delle norme di principio, ritenuta potenzialmente sconvolgente), credo che si debba considerare, tutto sommato, con atteggiamento positivo lo sforzo di razionalizzazione del sistema, che la Corte di giustizia ha compiuto.

Si deve però subito aggiungere che lo "stato dell'arte", che vede affermata come conseguenza della lesione di un diritto fondamentale immediatamente applicabile solo la massima *Francovich* (se lo Stato non si è adeguato al rispetto dei diritti fondamentali, chi è stato leso si rivolge al suo Stato e ottiene il risarcimento), è insoddisfacente (nel senso di necessaria ma non sufficiente) e suscettibile di precisazioni.

In sostanza, la giurisprudenza europea ci indica – a mio avviso – solo un modello normativo di base, atto ad attribuire una tutela minima ai soggetti che vedano lesi diritti fondamentali sanciti da norme sufficientemente determinate.

Ciò non esclude che questa tutela minima possa essere rafforzata in vario modo.

Anzitutto, sul piano interpretativo: all'interpretazione delle norme della Carta dev'essere applicato quel criterio "*magis ut valeat*", che, nell'esperienza giuridica italiana ha costituito – soprattutto dietro l'insegnamento di Crisafulli – passaggio fondamentale sulla via della valorizza-

zione delle norme costituzionali. Ciò vale sia a risolvere in senso positivo i dubbi sull'attitudine autoapplicativa di norme che pongono diritti, sia a valorizzare il valore di principio che deve pur sempre attribuirsi alle norme che non raggiungono tale livello di determinatezza.

In secondo luogo si deve considerare che la giurisprudenza europea, nel porre limiti all'efficacia diretta "orizzontale" delle norme europee nei rapporti interprivati, non pone limiti e divieti all'efficacia indiretta che le stesse norme possono acquisire, sulla base di strumenti e rimedi previsti nel diritto interno degli Stati membri.

Ciò significa che, al di là della possibilità di disapplicazione di eventuali norme nazionali contrastanti, non si deve pensare affatto che, per il resto, vi sia irrilevanza delle norme che pongono diritti fondamentali.

Viceversa, la rilevanza di diritto interno può aversi anzitutto con la valorizzazione delle norme della Carta come criteri interpretativi vincolanti, nella misura in cui il diritto interno consenta interpretazioni diverse di dati testuali normativi in esso presenti. Ma anche negli spazi di discrezionalità che le norme interne attribuiscono ai giudici, quando dettano clausole generali, i criteri di valore ricavabili dalle norme sulla Carta dovrebbero essere valorizzati come indicazioni giuridiche vincolanti.

Solo quando tutto ciò non è possibile (e fatta salva la possibilità che in Italia ci potrebbe essere di un giudizio di costituzionalità interno della norma contrastante i diritti fondamentali), dovrebbe valere l'indicazione residuale che dà la Corte di giustizia, cioè quella del diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato membro.

Un secondo, e in certo senso più grave, limite all'efficacia delle norme della Carta dei diritti fondamentali, deriva dalla giurisprudenza consolidata (basata sul già richiamato art. 51, comma 6 della Carta stessa) secondo cui "*le disposizioni della Carta si rivolgono agli Stati membri esclusivamente qualora essi attuino il diritto dell'Unione*", sicché "*i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione sono destinati ad essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non possono trovare applicazione fuori di siffatte situazioni*" (così, da ultimo, la sentenza Pelckmans, C-483/12, del maggio 2014). A questa posizione la nostra Corte costituzionale si è uniformata con la sentenza numero 80 del marzo 2011 (concernente alcune norme procedurali della legislazione antimafia).

Questa posizione richiederebbe un'attenta analisi interna: l'estraneità al diritto dell'Unione dev'essere intesa "per settore", cioè per intere materie (nel qual caso rimarrebbero pochi settori totalmente estranei al diritto dell'Unione), o dev'essere intesa "per fattispecie", con il risultato che le norme europee sui

diritti fondamentali non potrebbero mai incidere su norme interne che tocchino aspetti non disciplinati da una norma europea di attuazione dei diritti? Credo che debba essere affermata senz'altro la prima soluzione, con un risultato di grande ampliamento della portata applicativa delle norme della Carta. Ma credo anche che sia possibile un ulteriore passaggio interpretativo.

A mio avviso, l'art. 51, comma 6, della Carta, e la giurisprudenza consolidata che su di esso si è formata, devono intendersi soprattutto come norme delimitative della giurisdizione della Corte di Giustizia (nella citata sentenza Pelckmans si legge, infatti: "*ove una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza*").

Ciò non significa però che, al di fuori della giurisdizione della Corte di Giustizia, le norme sui diritti fondamentali divengano indifferenti, e i diritti fondamentali stessi possano essere impunemente violati dagli Stati membri.

La "comunanza di valori", di cui all'art. 2 T.U.E., e il principio di "leale cooperazione" fra Unione e Stati membri, di cui all'art. 4 T.U.E., impongono agli Stati membri un dovere generale di coerenza con la Carta dei diritti che hanno sottoscritto. Sul piano processuale, non ci potranno essere, nelle materie estranee al diritto dell'Unione, decisioni dei giudici europei e relative sanzioni. Ma il diritto interno, sostanziale e processuale, può ben fare la sua parte nel perseguire quell'obiettivo di coerenza.

3. L'apertura dell'ordinamento interno al diritto europeo.

In particolare, nell'ordinamento italiano una maggiore apertura dovrebbe ammettersi, a mio avviso (e la nostra Corte costituzionale, su questo profilo, forse un po' di coraggio in più potrebbe averlo).

Noi viviamo in un ordinamento in cui, in primo luogo, l'articolo 2 della Costituzione è stato interpretato, da lungo tempo, nel senso che esso non pone un elenco chiuso, cioè un numero chiuso di diritti inviolabili della persona, bensì un elenco che può essere integrato tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento.

Quale migliore occasione può venire dalla quantità di contenuti, di indicazioni di valore importanti, che ci vengono dalla Carta di Nizza, per considerare integrato, su tanti aspetti, questo elenco?

In secondo luogo, noi abbiamo le indicazioni che ci vengono dalla tradizione storica dell'articolo 11.



In terzo luogo (e forse soprattutto) abbiamo le indicazioni sui “vincoli del diritto comunitario e del diritto internazionale”, contenute nell’articolo 117, nuova formulazione, della nostra Costituzione che, come qualsiasi testo normativo, possono essere intesi in senso più o meno ampio e pregnante. Non vedo perché questi “vincoli” non debbano essere intesi in senso forte, come espressione di una scelta dell’ordinamento italiano volta ad anticipare, sul piano dell’equilibrio complessivo di interessi e di valori tutelati dall’ordinamento, una *vis expansiva* delle norme della Carta dei diritti fondamentali, che la Carta stessa, di per sé, non è riuscita a realizzare.

Questo ragionamento potrebbe farsi anche per altre carte dei diritti, a cui lo Stato italiano ha prestato adesione, come la Carta dei diritti del fanciullo e via discorrendo.

Tuttavia, la ritrosia a riconoscere un’efficacia più ampia dei diritti fondamentali nell’ambito dei rapporti interprivati comunque continua ad esprimersi in vario modo, ed ha radici antiche².

Su queste radici vorrei tentare di soffermarmi. Spero perciò che mi sia consentito di aprire un’ampia parentesi e di tornare molto indietro, cercando di ricollocare, nel quadro delle idee fondamentali su cui la nostra cultura giuridica si è sviluppata, questa problematica, allargando un po’ l’orizzonte e spostandoci lontano da un terreno di limitato esame del diritto vigente.

4. Diritti, principi e clausole generali.

Credo che la prima considerazione da fare sia questa: nelle concezioni più antiche, che costituiscono gli archetipi della nostra visione del diritto in generale, non c’era spazio per i principi, né per i diritti fondamentali. Nelle “civiltà del libro”, a cui noi apparteniamo, quello che noi oggi chiamiamo “diritto” è costituito da una serie di comandi provenienti da un potere comunque insindacabile (all’origine divino, ma questa è divenuta, storicamente, una variabile secondaria). Il diritto appare dunque come un sistema di comandi, e come tali questi comandi devono essere interpretati. Abbiamo grandi tradizioni di interpretazione evolutiva della volontà dell’autorità (il diritto talmudico, per esem-

pio), ma in questa prospettiva, ovviamente, non ci sono “principi” e non ci sono “diritti fondamentali”, ma solo comandi, di contenuto più o meno ampio.

Alle radici della nostra cultura giuridica sta, dunque, certo una concezione normativistica, ma propria di un normativismo antico, in cui la “norma” si identifica con il “comando” dell’autorità.

La tradizione romanistica, a cui noi apparteniamo, ha arricchito l’orizzonte concettuale del giurista di altre entità e di altri protagonisti, che non sono solo i comandi (che diventano “precetti” in un ordinamento laico in cui non c’è più un potere supremo personificato, come accade invece nella Bibbia e nel Corano, ma ci sono i *mores maiorum* ed altre “fonti”, che dettano pur sempre norme di condotta).

In questo universo di norme di condotta sono stati così progressivamente introdotti altri “personaggi”. Storicamente i primi fra questi, che si affermano già nella cultura romanistica, sono i “concetti” giuridici, che traducono in termini ontologici insiemi di norme (p.e. *essentialia, naturalia, accidentalia negotii*, ecc.ecc.). Così un universo di norme di comportamento è tradotto in un insieme di entità considerate oggettivamente presenti nella realtà (le principali di esse saranno poi chiamate “istituti”), e tendenzialmente condizionanti l’intero ragionamento dei giuristi di professione.

Un altro “personaggio”, che a un certo punto della storia, diviene protagonista dei ragionamenti dei giuristi, è costituito dai “diritti soggettivi”, intesi originariamente nel senso restrittivo di diritti “titolati” (quindi dominio, con relativo *ius excludendi*; oppure credito o pretesa) e dai “rapporti giuridici” che si costruiscono tra il titolare del diritto e il, o i titolari di situazioni giuridiche passive corrispondenti.

Questo è l’universo ideale in cui si sono formate generazioni di giuristi, si è formata la grande cultura giuridica europea: un universo fatto di comandi, di concetti, di diritti soggettivi titolati. Un universo che non comprende ancora le figure di cui si è prima parlato, e che oggi popolano i nostri ragionamenti e i nostri problemi, quali i principi giuridici e i diritti fondamentali.

In un universo di questo tipo, sia i principi sia i “diritti fondamentali” (concettualmente ben differenti, com’è noto, dai “diritti soggettivi titolati”) sono entità estranee.

Da qui il ragionamento sui principi giuridici che si è fatto per lungo tempo (e che oggi dovrebbe essere praticamente dimenticato, ma temo che continui ancora a serpeggiare in molti ragionamenti di sedicente carattere teorico-generale, che continuano a farsi sul tema): un ragionamento che vede(va) i principi come espressione di auspici morali o di pura politica, o come meri riassunti, con valore residuale, di una serie di norme particolari, ma nulla più di questo.

² Nella amplissima letteratura in argomento, una trattazione approfondita (con conclusioni “prudenti”, ma equilibrate) può leggersi, da ultimo, in G. D’AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti della loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali), in Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, a cura di G. D’Amico, Giuffrè, Milano, 2017, 49 ss. Per una impostazione più vicina a quanto si cerca di argomentare nel testo v. G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e Mercato*, 2 017, 15 ss.; e C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull’argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1130 ss.



L'attribuzione di valore giuridico vero e proprio ai "principi" e ai "diritti fondamentali" poteva avvenire solo nella prospettiva del normativismo moderno, a sua volta storicamente dipendente dalla rivoluzione statalistica del diritto.

Se mi è consentito continuare a svolgere, a volo d'uccello, questa riflessione sull'evoluzione della nostra cultura giuridica, direi che, ad un certo punto della storia, matura l'unica grande rivoluzione qualificabile – a mio avviso – come "copernicana", nella storia del diritto occidentale, cioè quella costituita dalla costruzione politica della sovranità statale e dall'idea della statualità del diritto e del primato della legge.

In questa prospettiva, il riconoscimento del diritto come espressione della volontà dello Stato comporta la rivalutazione del normativismo in generale.

Nel quadro concettuale che lo *ius commune* si era andato costruendo nei secoli, ed era culminato nella Pandettistica, la norma aveva perduto importanza di fronte all' "istituto" e al "rapporto giuridico". La norma, in un certo momento della nostra cultura giuridica, era diventata addirittura una sorta di epifenomeno dei dati ontologici su cui veniva costruita l'idea complessiva del diritto. La norma doveva essere "spiegata" alla luce di una realtà ontologica profonda del diritto e doveva essere interpretata alla luce della "natura giuridica" dell'istituto di riferimento.

In una concezione statalistica del diritto, si ripropone invece come essenziale la concezione del diritto come insieme di norme, poste stavolta da questa entità che è lo Stato. Non è più un Dio lontano, non sono più i *mores maiorum*, ma comunque una autorità considerata, per qualche tempo, insindacabile.

Ma poi, nel corso del tempo, il potere statale viene ad essere considerato come espressione di un potere a sua volta regolato da norme e sindacabile.

Questo quadro, proprio del costituzionalismo moderno, dovrebbe essere oggi – anche se così non è sempre – il quadro ideale di riferimento di tutti i ragionamenti giuridici.

Il normativismo statalistico giuspositivista costituisce la base teorica su cui si fondano la grande costruzione a gradi e l'articolazione della teoria della norma giuridica, costruite dalla dottrina giuridica nell'ultimo secolo (Kelsen, ovviamente, in primo luogo).

Il normativismo giuspositivistico porta con sé un secondo mutamento di paradigmi: non solo considerare l'ordinamento come qualcosa che può concepirsi solo se collegato ad una realtà istituzionale concretamente esistente, ma anche considerare l'ordinamento come un insieme di norme aventi varie caratteristiche e varie posizioni gerarchiche all'interno dell'ordinamento stesso.

Nascono così, accanto alla figura della norma di condotta (obbligo/divieto comportamentale e relativa sanzione), che aveva popolato i ragionamenti dei giuristi per secoli, e che tuttora in molti manuali è descritta come la norma giuridica *tout court*, le figure delle norme costitutive e delle norme di organizzazione.

La teoria della norma giuridica si popola così di altre entità, che sono norme sulla produzione di altre norme, o comunque di criteri di qualificazione di comportamenti umani: l'emersione di questa categoria di "super norma" costituisce così la premessa ideale per riconoscere anche ai principi, e alle disposizioni di principio, carattere di norma giuridica, anziché di meri enunciati etico-politici.

È ormai noto da tempo (per chi vuole vedere il fenomeno del diritto contemporaneo nella sua complessità) che gran parte del diritto è fatto di norme di organizzazione, prima ancora che di norme di condotta. Ma le norme di organizzazione sono pur sempre norme giuridiche, che non impongono o vietano direttamente condotte, ma disciplinano le modalità di costruzione di nuove regole che qualificheranno altri comportamenti, altre fattispecie che opereranno nei rapporti quotidiani fra soggetti presenti nell'ordinamento.

In questa prospettiva, che credo sia quella tuttora fondamentale nella nostra cultura giuridica, anche se non sempre consapevolmente considerata e vissuta da parte dei giuristi, è chiaro che principi e clausole generali assumono un altro significato, cioè si inseriscono nella teoria complessiva dell'ordinamento non in modo conflittuale o spurio, ma anzi in modo organico.

I principi diventano piuttosto norme anch'essi: non più enunciati puramente ideali o politici, ma norme sulla produzione di altre norme; norme a contenuto assiologico, sicuramente, e a contenuto assiologico forte, ma che hanno, come fattispecie, da un lato determinati beni della vita che devono essere tutelati, dall'altro le norme di rango inferiore prodotte da autorità che possono essere le più varie, che vanno dal Parlamento fino ai soci di una associazione o di una società che adottano le norme statutarie, fino al vero e proprio caso del contratto di scambio.

La concezione del principio giuridico come supernorma, cioè come norma di organizzazione che riguarda non i procedimenti, ma i contenuti della norma di rango inferiore che va ad essere costituita mediante tali procedimenti, può essere quella che viene spontaneamente alla mente, quando si adotta una concezione normativistica moderna dell'ordinamento giuridico.

La più attenta dottrina afferma che "è ormai comunemente accettato che i principi generali sono norme, e che il loro principale tratto distintivo va rintracciato nell'elemento funzionale anziché in





*quello quantitativo del grado di generalità*³. Non so proprio se il “comunemente” accettato debba intendersi nel senso di un’accezione davvero generalizzata dell’idea (credo anzi che il retaggio della vecchia concezione dei principi come aspirazioni etico-politiche e programmatiche sia ancora alquanto diffuso). Tuttavia credo che sarebbe bene che questa concezione fosse comunemente accettata e che i principi fossero generalmente intesi come norme sulla produzione di altre norme, che traducono in criteri di qualificazione giuridica giudizi di valore ed esigenze di tutela di certi beni della vita, e che perciò vincolano, sul piano della validità e/o della liceità, i contenuti delle norme di rango inferiore.

La stessa correzione di rotta dovrebbe avvenire per quelle che possiamo chiamare “clausole generali”, una categoria di norme rispetto alle quali, a mio avviso (con una proposta che ho avanzato in altre occasioni), si dovrebbe analiticamente precisare che si riferiscono a situazioni in cui al giudice è attribuito un potere discrezionale di regolare conflitti fra soggetti dell’ordinamento che sono portatori di interessi astrattamente meritevoli di tutela, rispetto ai quali l’ordinamento non riesce a definire il conflitto con norme generali e astratte e delega il giudice a stabilire la regola atta a risolvere il conflitto nel caso concreto.

Archetipo storico di questa categoria di norme è quello della disciplina dei rapporti di vicinato nella proprietà. Sulla stessa falsariga si è poi costruita la clausola generale della correttezza professionale nella concorrenza sleale, e via via altre (a cominciare dal principio di buona fede nell’esecuzione dei contratti; ma si pensi anche a tutta la materia dei diritti della personalità, o al bilanciamento richiesto dalla costruzione dei diritti di satira e di parodia, e via scorrendo).

Questa figura delle clausole generali, su cui tanto si è scritto, è stata generalmente vista, nella nostra cultura giuridica tradizionale, come un fenomeno di superamento del principio generale di statualità del diritto; in altri termini, come una delega dal legislatore al giudice a regolare un conflitto secondo la propria coscienza, o traendo comunque dalla realtà sociale, extra giuridica, i criteri di risoluzione del conflitto che si pone nel caso concreto.

In una concezione normativistica avanzata, questa concezione può essere però facilmente sostituita da un’altra, cioè quella per cui il giurista, nel risolvere il problema, cioè nel realizzare il bilanciamento fra interessi astrattamente meritevoli di tutela de-

ve ispirarsi proprio ai “principi” che sono sanciti nell’ordinamento, e che sono sanciti dalle carte dei diritti.

L’esistenza di una clausola generale non significa che il giudice debba rifarsi al proprio sentimento, alla propria coscienza o debba trarre da elementi fattuali e sociali, distinti dalle norme giuridiche, il criterio di soluzione. In altri termini, come pure è stato più volte scritto (a cominciare da Rodotà) i principi devono guidare il giudice nella concretizzazione delle clausole generali.

Una terza conseguenza di un normativismo coerente e moderno è il superamento di quella distinzione tra “diritti” e “principi”, che troviamo sancita nella Carta dei diritti fondamentali.

In Kelsen il superamento è noto, nel senso che il diritto soggettivo diventa anch’esso un riassunto di norme che attribuiscono determinate prerogative a determinati soggetti, ma sono sempre norme giuridiche (il diritto soggettivo diviene così un’espressione riassuntiva di norme giuridiche, concretizzabili in termini di tutela di interessi particolari e concreti, in determinate situazioni prefigurate dalla norma).

Ma, a prescindere da Kelsen e da quello che può dirsi per i tradizionali diritti soggettivi titolati, è ancora più facile riconoscere le norme che pongono diritti fondamentali sono pur sempre anch’esse disposizioni di principio, che possono immediatamente tradursi, in certe situazioni concrete, nella tutela di determinati interessi presenti nella realtà. Anche questa idea può dirsi oggi, forse, “comunemente accettata”: Guido Alpa ha scritto di recente⁴ che *“i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona”* (e ciò è detto proprio descrivendo, in un quadro giusrealistico – molto diverso da quello che si cerca di testimoniare in queste pagine – gli orientamenti dei giudici europei).

Alcune disposizioni di principio, tipo “la Repubblica tutela il paesaggio” o il sopra citato art. 27 della Carta dei diritti U.E., che attribuisce ai lavoratori diritti di informazione o diritti di rappresentanza all’interno dell’azienda, richiedono la mediazione di norme più di dettaglio per potersi tradurre in concrete pretese in rapporti interprivati.

Si può invece ritenere che le norme che pongono diritti siano anch’esse disposizioni di principio, che però consentono una concretizzazione più avanzata e immediata, in alcuni rapporti, rispetto alle altre disposizioni di principio che richiedono mediazioni normative più complesse, per potersi tradurre in diritto applicato e in concrete pretese intersoggettive.

In questa prospettiva normativistica avanzata, credo si debba condividere l’idea, presente nella giurisprudenza tedesca, per cui le disposizioni di

³ S. BARTOLE, in *Riv. ital. sc. giur.*, 2014, pp. 10-11, citando Bobbio e Mengoni. Per un convincente sviluppo della concezione normativa dei principi giuridici v. ora G. D’AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in G. D’Amico – S. Pagliantini, *L’organizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2018, 1 ss.

⁴ In *Riv. ital. sc. giur.*, 2014, p. 103.

rango costituzionale (in senso lato) che pongono diritti fondamentali, così come le disposizioni di principio, hanno un contenuto assiologico oggettivo da cui tutto l'ordinamento non può prescindere, in tutte le varie figure di qualificazione giuridica che si pongono all'interno dell'ordinamento stesso.

Se un certo contenuto assiologico è fatto proprio dall'ordinamento e considerato meritevole di tutela, ciò significa che esso deve essere coerentemente accolto e sviluppato in tutte le varie istanze, pubbliche e private, spesso intrecciate tra loro, in cui si articolano i rapporti sociali.

Fermo restando poi che l'attribuzione, il riconoscimento dei diritti fondamentali non sempre significa indisponibilità di questi diritti fondamentali: esso significa piuttosto, credo, irrinunciabilità del diritto nel suo contenuto integrale e in prospettiva permanente, cioè inammissibilità di una rinuncia totale e *sine die* di qualsiasi diritto fondamentale. Invece, la disposizione parziale, limitata a certi tempi e a certi contesti, di molti diritti fondamentali, (non certo del diritto alla vita, ma certo di molti altri diritti), è in linea di principio ammissibile.

La coerenza complessiva dell'ordinamento non significa poi che, nella determinazione dei contenuti delle fonti di rango più basso rispetto alla legge, non ci possano essere momenti di deroghe e di bilanciamento dei diritti fondamentali.

In realtà, i diritti "inviolabili", i diritti "indisponibili" e i diritti "fondamentali", non sono sinonimi; e di ciò dovrebbe tenersi conto, anche ai fini dell'applicazione giurisprudenziale delle norme sul risarcimento del danno non patrimoniale.

5. Il problema dell'efficacia diretta nella prospettiva normativistica.

Tutto questo è un problema di ricostruzione analitica del contenuto dei diritti fondamentali e della loro efficacia giuridica, che non toglie però che il principio dell'efficacia diretta debba trovare cittadinanza nel nostro ordinamento.

In realtà l'efficacia è, in senso tecnico, mediata (si può dire, in questo senso, "indiretta"), nel senso che essa può realizzarsi per il tramite dell'applicazione delle norme a contenuto indeterminato presenti nell'ordinamento (principi fondamentali dettati da norme interne, clausole generali e norme a contenuto ampio, come quelle che riguardano l'interesse meritevole di tutela del contratto, e via discorrendo). In altri termini, mediante queste norme, il contenuto delle disposizioni di principio contenenti i diritti fondamentali può trovare traduzione ampia, e tendenzialmente piena, nel nostro ordinamento.

Questa è dunque un'efficacia non propriamente diretta, ma è pur sempre un'efficacia di diritto pri-

vato, che passa per il tramite di norme a contenuto indeterminato dell'ordinamento interno.

Ma anche per quanto riguarda l'efficacia diretta in senso forte dei diritti fondamentali, una concezione normativistica avanzata è idonea – a mio avviso – a favorire operazioni come quella che la giurisprudenza italiana già settant'anni fa fece sull'articolo 36 della Costituzione. Non dico che questo debba avvenire in ogni caso. Sull'articolo 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea torno a dire che attribuire al giudice il potere di stabilire se ci debba essere una rappresentanza sindacale o no all'interno di un'azienda, e che caratteristiche debba avere, mi sembrerebbe fuori dalla normalità e politicamente insostenibile.

Per ricordare un'altra sentenza della Corte di giustizia che mi viene in mente, la sentenza Maruko (C-267/06) sui diritti previdenziali del vedovo rimasto tale a seguito di matrimonio omosessuale, probabilmente i tempi sono invece maturi per affermare una possibilità di tutela diretta di questo diritto fondamentale della persona umana (e altri esempi si potrebbero fare).

Sicuramente bisognerebbe scendere in un discorso analitico e farlo con molta prudenza, però conclusivamente direi che, sull'efficacia che possiamo chiamare mediata (cioè, per intenderci, quella che si realizza per il tramite delle clausole generali e dell'interpretazione di norme di diritto privato a contenuto indeterminato) tutto l'insieme delle disposizioni di principio, comprese quelle che pongono i diritti fondamentali nella Carta di Nizza, può trovare larghissima ricezione nel nostro ordinamento.

Sull'efficacia diretta in senso stretto, l'indicazione che ci viene dalla Corte di giustizia a favore di una possibilità, quando esista una norma di rango superiore sufficientemente dettagliata, di un'applicazione immediata, dovrebbe portare a valorizzare tutti i possibili rimedi specifici interprivati, ricavabili da norme di diritto interno, senza limitarsi al diritto al risarcimento del danno a carico dello Stato inadempiente.

6. Considerazioni conclusive.

Vorrei chiudere con poche battute sul tema più generale, sfiorato in precedenza. Credo che oggi un problema centrale della nostra cultura giuridica sia la crisi del normativismo.

Ho cercato di costruire il ragionamento, sopra sommariamente svolto, leggendo la storia della cultura giuridica europea nell'ultimo secolo come la ripresa, in un quadro politico valutativo ben diverso da quello dei diritti premoderni, di una concezione normativistica del diritto, e considerando la concezione normativistica del diritto uno strumento po-



tente per realizzare un'evoluzione dei contenuti e un rafforzamento della tutela di valori fondamentali.

Naturalmente questo significa anche accettare una concezione a gradi dell'ordinamento, e significa accettare una concezione della norma giuridica come "periodo ipotetico" e non come mero comando.

Oggi, tuttavia, questa concezione è in crisi, a favore di un'altra concezione che possiamo chiamare decisionistica (o giusrealistica, in senso lato, anche se pochi giuristi, in Italia, si professano apertamente giusrealisti). È una concezione che possiamo anche definire "post-moderna" (come la chiama Armando Plaia, che ha mostrato una certa simpatia, in un recente scritto, verso di essa).

È un atteggiamento diffuso, che ha influenzato anche il recente contributo di Natalino Irti, che parla di crisi della fattispecie (come dato storico, non come programma o auspicio dell'autore); un saggio brillante, e che dà da pensare, come tutti i saggi di Natalino Irti, ma che io leggerei non nel senso che oggi sia in crisi la fattispecie come categoria concettuale – perché, sul piano della teoria generale formale, la fattispecie non può essere in crisi, se continuiamo a concepire la norma giuridica come periodo ipotetico - ma nel senso che oggi sia in crisi proprio il normativismo come teoria generale del diritto.

Oggi il dilagare, che Irti vede con preoccupazione, di valori e principi nel ragionamento dei giuristi, può portare a una esaltazione del decisionismo, come sicuramente è nelle possibilità reali (che Irti non vede certo adesivamente, anche se non si esprime a fondo, purtroppo, nel pensare una *pars construens*). Decisionismo che, in una versione estrema, può portare all'affermazione di un modello di giustizia del caso concreto, ma può anche sfociare in una visione del diritto in cui l'impostazione normativa non è del tutto abbandonata, ma è incentrata sull'uso giurisprudenziale, anziché sul primato della legge⁵.

Personalmente ritengo, invece, che l'affermazione di valori e principi nei ragionamenti dei giuristi possa costituire anche la base per un percorso diverso, di razionalizzazione del diritto contemporaneo sul piano di un normativismo avanzato, che continua a riconoscere il primato della legge, ma inquadra la fonte legislativa, e la sua interpretazione, nella rete di principi ricavabili dal sistema costituzionale multi-livello.

In questo quadro, diviene componente essenziale del metodo giuridico una discussione razionale sui principi (i.e. sul contenuto da attribuire alle disposi-

zioni di principio e, con esse, ai diritti fondamentali; nonché sulla gerarchia e sul bilanciamento fra principi). Tutto ciò come premessa per l'utilizzazione razionalmente controllabile degli stessi nell'interpretazione e applicazione delle norme di rango inferiore.

Ciò si può fare senza abbandonare quell'impostazione normativistica che, ai fini di un controllo razionale e di una confrontabilità delle decisioni, costituisce tuttora – a mio avviso – una frontiera di civiltà, alla quale credo che non dovremmo rinunciare.

⁵ La critica a questa prospettiva è ora sviluppata in M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido – Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Foro it. – La Tribuna, Roma, 2018, 495 ss.

