

I SAGGI RACCOLTI IN QUESTO VOLUME

I curatori di questo volume sono grati agli Autori e agli Editori per aver consentito la ristampa dei saggi qui raccolti. La letteratura in materia è molto vasta all'estero, e solo da qualche tempo, i temi qui indagati hanno cominciato a riscuotere l'interesse degli studiosi. Sono stati messi in evidenza, così, alcuni dei saggi più significativi in cui intrecciano problemi di diritto privato e di diritto costituzionale, di diritto europeo e di diritto comparato, e anche aspetti di diritto processuale e di diritto internazionale.

Le pagine di Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti in Europa*, sono tratte da *I nuovi confini del diritto privato europeo*, costituendo una relazione che il Professore svolse ad un seminario internazionale organizzato da Guido Alpa e dall'Associazione civilisti italiani, i cui lavori sono stati pubblicati nel volume su *I nuovi confini del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 19. Il saggio di Paolo Grossi, che riproduce la *lectio magistralis* tenuta in Germania al Max-Planck Institut il 2 settembre 2013, è comparso su *Contratto e impresa/Europa*, 2013, n. 2, p. 681. Le pagine di Mads Andenas riproducono la relazione svolta al Consiglio nazionale forense il 25 novembre 2011. Il saggio di Paolo Ridola è tratto da *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2013. Il saggio di Enzo Cannizzaro è stato pubblicato ne *Il diritto dell'Unione europea*, 2012 fasc. 1. le pagine di Giampaolo Pardo riproducono la relazione fatta a Genova il 12 ottobre 2012 ad un convegno organizzato dalla locale Università.

Il contributo di Claus Wilhelm Canaris è stato tratto da *A l'Europe du troisième millénaire mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, Vol. I, 2004, pp. 19-44. Il contributo di Joannes Hager è stato raccolto dalle lezioni svolte presso l'Università Humboldt di Berlino, *Grundrechte im Privatrecht Antrittsvorlesung* 13 Januar 1994, e pubblicate dalla medesima Università. Matthias Kumm ha scritto il saggio dal titolo *Who Is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law* per il *German Law Journal*, 2006, n. 7, p. 387. Sangeta Shah e Thomas Poole hanno scritto *The Law Lords and Human Rights per The Modern Law Review*, vol. 74, n. 1, pp. 79-105, 2011. Il contributo di Hugh Collins, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law* costituisce un paper presentato alla London School of Economics, e pubblicato nei quaderni di *Society and Economy Working Papers 7/2012*. Le pagine di Lucien Maurin costituiscono un capitolo del libro *Contrat et droits fondamentaux*, L.G.D.J., Parigi, 2013.

Pietro Perlingieri è tra i pionieri dello studio dei diritti fondamentali nella prospettiva del diritto privato; le sue pagine sono tratte da *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, come peraltro Nicolò Lipari, di cui si è pubblicato un capitolo del libro *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017; il saggio di Giovanni D'Amico è comparso su *Giustizia civile*, 2016, n. 3, p. 443 ss.; mentre quello di Andrea Zoppini, comparso su *Judicium.it* introduce anche il volume curato da Francesco Mezzanotte, *Le libertà fondamentali del Trattato e il diritto privato*, edito dalla Università di Roma Tre, 2017; quello di Emanuela Navarretta è comparso su *Riv. Dir. Civ.*, 2015, pp. 878-910.

Le pagine di Stefan Grundmann introducono il volume di diversi Autori dal titolo *Constitutional Values and European Contract Law*, Wolters Kluwer International, Alphen aan der Rijn, 2013. Olha Cherednychenko, tra le prime giuriste ad affrontare il problema, ha pubblicato il saggio riprodotto in questo libro con il titolo *EU Fundamental Rights, EC Freedoms and Private Law*, in *European Review of Private Law*, vol. 14, No. 1, pp. 23-61, 200; Dorota Leczykiewicz ha scritto *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights in (2013) 38 European Law Review 479 Oxford Legal Studies Research Paper No 90/2013*; Chantal Mak, le cui idee sono le più vicine a quelle dei curatori, ha scritto *Fundamental Rights in the DCFR per il Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/01*. Infine le conclusioni della raccolta sono di Hans-W. Micklitz, ed introducono il volume di AA.VV., *Constitutionalization of European Private Law, XXII/2, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, 2014.

PREMESSA

Guido Alpa e Giuseppe Conte

Negli ultimi anni si è particolarmente acuita l'attenzione degli studiosi del diritto civile per i problemi rivenienti dall'applicazione dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati. Il dibattito è stato alimentato attraverso molteplici percorsi interpretativi e argomentativi.

Innanzitutto si sono esaminati i testi normativi nei quali si declinano diritti inerenti alla persona o a minoranze che, in ragione delle differenti origini delle previsioni, della loro specifica collocazione storica, delle varie interazioni, postulano una tassonomia di questi diritti affidata a denominazioni che rinviano a significati assimilabili tra loro ma non proprio collimanti, quali diritti *inviolabili* o *fondamentali*, come nel caso della Carta costituzionale italiana (ad esempio, rispettivamente, agli artt. 13, 14, 15, 24 e all'art. 32), quali diritti *fondamentali* come riconosciuti dalla Carta siglata a Nizza nel 2000 e divenuti – da diritti politicamente significativi – diritti giuridicamente vincolanti con il Trattato di Lisbona del 2007, a decorrere dal 2009 (art. 6 del Trattato dell'Unione europea), quali diritti *umani*, come declinati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani, sottoscritta a Roma nel 1950, a tacere di altri testi ancora. Alcune di queste qualificazioni finiscono, in taluni casi, per sovrapporsi: ad esempio, la Carta di Nizza, divenuta Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, riconosce ad alcuni diritti da essa enunciati il crisma della inviolabilità, come nel caso della dignità umana (art. 1). Ma occorre tener conto dei diritti proclamati dalla Dichiarazione universale dei *diritti dell'uomo*, firmata a Parigi nel 1948. E ovviamente dei *valori condivisi* dal diritto costituzionale dei Paesi membri, da cui scaturiscono *principi* che valgono come diritti fondamentali ai sensi dell'art. 6 del Trattato dell'Unione europea.

Al catalogo dei diritti va affiancato quello delle *libertà*, che sono ovviamente associate a diritti e doveri e sono riconosciute dal Trattato dell'Unione europea: le quattro libertà fondamentali, di circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali, nonché la libertà di mercato, cioè la libertà di concorrenza. Tranne la libertà di concorrenza, che ha avuto una più ampia applicazione, le altre libertà sono state applicate in modo graduale, prevalendo quella delle persone, e risultando più lento il percorso applicativo delle restanti libertà.

Nell'amplicissima letteratura, italiana e straniera, in particolare europea, la storia, il significato e i limiti di questi diritti e libertà sono stati indagati in maniera approfondita, da parte dei filosofi e degli storici del diritto, da parte dei giuristi di diritto posi-

tivo, *in primis* gli internazionalisti e gli studiosi del diritto europeo, ma anche da giuristi che coltivano gli studi di altre branche del diritto, incluso il diritto civile.

Il percorso italiano è tra i primi dell'Unione ad essere emerso in tutta la sua complessità. Ha attraversato la fase della costituzionalizzazione del diritto privato e, successivamente, la fase della europeizzazione del diritto privato: Pietro Rescigno, Stefano Rodotà, Pietro Perlingieri, Nicola Lipari sono stati i primi corifei di questa linea interpretativa.

L'autonomia dei privati non è rimasta indenne da questo movimento, anzi: risalgono agli anni Sessanta le prime proposte di applicazione dei principi costituzionali ai rapporti tra privati, magari non in modo diretto, ma attraverso le clausole generali. Ed è degli anni Ottanta la teorizzazione, ad opera di Pietro Perlingieri, del diritto privato nella prospettiva costituzionale ed europea. A partire dalla fine degli anni Novanta e in coincidenza con l'inizio del nuovo millennio la dottrina civilistica italiana ha sempre più convintamente aderito a questo movimento intellettuale, distinguendosi dai cultori del diritto costituzionale e del diritto dell'Unione europea, i quali, pur riconoscendo la rilevanza dei principi, dei valori e dei diritti fondamentali, hanno edificato filtri di vario livello ai fini della loro applicazione nel diritto interno. Un esempio è costituito dalla teoria dei "controlimiti", che impedisce a una norma sovranazionale di violare i diritti costituzionali dell'ordinamento interno. Un altro esempio è costituito da quell'indirizzo interpretativo che riconosce efficacia solo sul piano del diritto pubblico (e quindi nei rapporti tra Unione e istituzioni e cittadini singoli) agli enunciati della Carta europea, offrendo così un'interpretazione restrittiva dell'art. 53 della stessa Carta, in base al quale «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

Le Corti superiori, sovranazionali e nazionali, hanno stilato protocolli d'intesa per coordinare l'interpretazione delle Carte e soprattutto per difendere i valori comuni. Sono diventate *dialoganti*, senza per questo rinunciare alle rispettive prerogative e senza abdicare al loro *status* di indipendenza e all'autonomia delle competenze che sono proprie di ciascuna di esse.

Per comprendere appieno il modello italiano, il nuovo ruolo dell'autonomia privata volto non soltanto a comporre e a perseguire interessi, a prevenire e a risolvere conflitti, a dare veste giuridica alle più disparate operazioni economiche, ma anche a tutelare i valori della persona, appare opportuno operare un confronto con altri modelli applicati nell'ambito di esperienze giuridiche a noi più vicine. Questo confronto torna utile, da un lato, per misurare il "cammino" che i diritti umani e fondamentali hanno nel complesso compiuto, dall'altro lato, per comprendere il livello di circolarità e uniformità che su questo terreno si può registrare nel diritto pubblico e nel diritto privato europeo. E proprio al diritto privato europeo, agli sforzi dei giuristi che – so-

no ormai trent'anni – si moltiplicano al fine di armonizzare e di uniformare le regole dei Paesi membri è dedicata l'ultima parte del volume.

Sul piano della *effettività* c'è ancora molto da operare: i Rapporti della Agenzia europea per i diritti fondamentali, le Relazioni della Corte EDU, le denunce degli organismi e delle associazioni che tutelano i diritti umani e fondamentali offrono un ritratto, sovente, avvilente della realtà di tutela.

Proprio di recente, il “Global Slavery Index 2016” ci ha rammentato che la schiavitù, ma anche il linguaggio d'odio, la discriminazione, lo sfruttamento non sono piaghe ormai consegnate solo alle pagine dei libri di storia, ma sono i flagelli attuali dell'umanità. E questo deve incitare noi giuristi a riporre sempre maggiore impegno su questo fronte, nella piena consapevolezza delle difficoltà di rendere effettiva la tutela dei diritti.

* * *

Siamo particolarmente grati a Andrea Benvenuti, Adele Berti Suman, Guglielmo Bevivino, Giacomo Bizzari, Florentina Constantin, Stefania Fidotti, Carlotta Frattari, Ettore Maria Lombardi, Nicola Rumìne, Luigi Vigoriti, perché con le loro traduzioni permettono di far conoscere a un più ampio pubblico il pensiero dei giuristi stranieri racchiuso nelle pagine che abbiamo selezionato per questa antologia. Accompagniamo il nostro grato pensiero con l'auspicio che sapranno sempre più amare il diritto, quale custode dei diritti.

Siamo grati altresì agli Autori e alle Case editrici che hanno consentito la raccolta dei contributi qui raccolti, confidando che una migliore conoscenza di queste problematiche possa promuovere ulteriormente il rispetto dei valori della persona.

INTRODUZIONE

DIRITTI, LIBERTÀ FONDAMENTALI E DISCIPLINA DEL CONTRATTO: MODELLI A CONFRONTO

Guido Alpa

Sommario: 1. Premessa. – 2. I diritti fondamentali come “principi generali”. – 3. I diritti fondamentali come principi generali di diritto contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il ruolo delle libertà fondamentali. – 4. I diritti umani nella Convenzione europea. – 5. Il dilemma del legislatore moderno. – 6. L’apporto dell’analisi della esperienza comparatistica. Germania, Olanda e Israele.

1. Premessa

Se si guarda alla letteratura giuridica sull’autonomia privata, in particolare sull’autonomia contrattuale, nella nostra esperienza dall’angolo visuale della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali si scopre un paesaggio multiforme, con orientamenti tra loro in opposizione, o comunque affiancati l’uno all’altro, ma certamente non uniformi. La concezione dell’autonomia privata è ancora frammentata. C’è chi tende a contenerne i confini in ambito nazionale, e soprattutto codicistico¹, ma al contempo ne promuove l’elasticità, la duttilità, l’adattabilità, la variegata utilizzazione, sottolineando la libertà di contrarre in ambiti un tempo assai restii ad affidare ai privati un potere normativo, come accade per gli accordi familiari, i patti successori, i patti di famiglia, i patti parasociali, gli accordi diretti a separare la titolarità del diritto dalla sua gestione, e come accade quando si pensa alla libertà di configurare nuove tipologie contrattuali e nuove clausole². C’è chi si affida alle prassi e alla creatività della giuri-

¹ Per una prima ricognizione v. P. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. giur.*, XI, 1988, p. 9; R. SACCO, in *Digesto*, 1987; R. SACCO, *Trattato di diritto civile, Il contratto*, vol. I, Torino, 2004, p. 30 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, vol. 3, Milano, 2000, p. 31. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971; A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Jus*, n. 1, 2008, p. 83 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Diritto Privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2001; E. DEL PRATO, *Immagini dell’autonomia privata*, Torino, 2013; G. PALERMO, *L’autonomia negoziale*, Torino, 2015; P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2014; G. ALPA, *Il contratto in generale*, Milano, 2014.

² AA.VV., *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di M. Confortini, Torino, 2017.

sprudenza, e quindi fa prevalere (in modo giusrealistico) la sostanza sulla forma, e modella il contenuto con forme già predisposte o con utensili consegnati da una vetusta e collaudata tradizione³. C'è chi si avvale della comparazione per proporre trapianti e adattamenti, o esalta i tentativi di uniformare le regole – a livello internazionale o a livello europeo – per semplificare definizioni, concetti e soprattutto chiarire in modo inequivoco ambito e limiti della libertà degli operatori. Queste tre indirizzi si sono stratificati nel tempo, ma nessuno di essi è riuscito a prevalere o ad estromettere gli altri due. L'indirizzo più recente – di cui si debbono ancora tratteggiare in modo netto le sembianze – si è venuto affermando tenendo conto dei principi della Costituzione e poi dei principi del diritto europeo. Ma non dobbiamo ignorare anche l'indirizzo che, ancorando il discorso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, è del tutto insensibile ai valori costituzionali, e più propenso a dare rilievo ai contenuti economici dei rapporti, cercando di riservare al diritto privato una sfera di autonomia piena, solo venata da modelli regolatori distinti per settori e non estesi a tutti i settori.

L'indirizzo più recente è il meno indagato, se si guarda alla situazione interna⁴. Esso trae alimento da molte fonti, normative, giurisprudenziali e dottrinali, le quali sono interpretate in modo da svalutare la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, enfatizzare i valori racchiusi nelle formule normative, agevolare l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali, privilegiare gli orientamenti interpretativi delle Corti costituzionali, della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea per la salvaguardia dei diritti umani. In questo senso la distinzione tra diritti fondamentali e diritti umani è praticamente evanescente, mentre rimane netta la distinzione tra *diritti* (fondamentali) tutelati dalla Carta di Nizza e *libertà* fondamentali proclamate dai Trattati dell'Unione europea. A questo proposito, quantitativamente, appaiono molteplici i contributi che provengono dalle esperienze straniere a proposito dei diritti, mentre più rari i contributi che trattano delle libertà; anzi, nella maggior parte dei casi, i contributi, pur distinguendo i due settori, li accomunano in una considerazione sistematica unitaria.

Se si guarda a questo fenomeno dall'esterno, il modello italiano è (non ignorato ma) saltuariamente ed occasionalmente esaminato, mentre centrale appare il modello tedesco, che si riassume in un termine che è al tempo stesso una nozione, un concetto, una conquista e una promessa – alludo alla *Drittwirkung*. Interessante appare il modello inglese, che però presenta due peculiarità, operando esso sul piano dei valori costituzionali incorporati nel *Human Rights Act* del 1998 con cui il Regno Unito ha dato attuazione alla Convenzione europea dei diritti umani ma ha pressoché ignorato i diritti incorporati nella Carta di Nizza, perché (secondo i più) essi sono volti ad operare nell'ambito del diritto pubblico. Il modello meno progredito in questo campo

³ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., cap. III.

⁴ Ma v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 3 ss.; e già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 e P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; più di recente E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996; A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, in *Europa e dir. prov.*, 2015, p. 743.

sembra essere quello francese, in cui solo da poco tempo si è iniziato a discutere della attuazione dei diritti fondamentali nel settore del diritto contrattuale.

È per questo che si apprezza di più il modello italiano se lo si colloca in un quadro di riferimenti comparatistici, dal quale si possono trarre orientamenti per l'interprete, quando si ponga il problema della applicabilità – diretta o indiretta (orizzontale o verticale) – dei diritti e delle libertà fondamentali ai rapporti contrattuali.

2. I diritti fondamentali come “principi generali”

La Carta europea dei diritti fondamentali, la giurisprudenza della Corte europea di Giustizia e le pronunce delle Corti costituzionali nazionali sono la base di diritto positivo che ha accreditato la tesi secondo la quale *i diritti fondamentali sono principi generali*, come testualmente recita l'art. 6 del Trattato di Lisbona.

Dal punto di vista formale, se ci arrestassimo a considerare solo la lettera della Carta, si potrebbe discutere se i diritti fondamentali della persona siano da intendersi come “principi” di diritto in quanto tali. Leggendo il Preambolo della Carta sembrerebbe di capire che i diritti fondamentali sono valori che si fondano sui principi di democrazia e dello Stato di diritto⁵. Così recita il testo:

«Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

In un altro passo del Preambolo i valori e i principi sembrano tramutati in diritti fondamentali: «A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta».

Ma il passo più rilevante riguarda la natura di questi valori/principi/diritti:

«Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati in appresso».

Non si tratta dunque di enunciazioni enfatiche che esauriscono la loro funzione nel dipingere l'immagine ideale della Carta: i diritti fondamentali sono o esprimono principi che hanno valore giuridico, che fanno sorgere responsabilità e doveri nei confronti dello Stato o dell'Unione e *nei confronti degli altri*.

Nel 2007 con una Risoluzione del Parlamento europeo si è conferito valore giuridico alla Carta, anche se da tempo la Corte di Giustizia e le Corti nazionali si erano

⁵ S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come atto giuridico*, in A. MANZELLA-P. MELOGRANI-E. PACIOTTI-S. RODOTÀ (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europea*, Bologna, 2001.

determinate autonomamente a considerare vincolante la Carta e ad ispirarsi ad essa per risolvere le questioni e decidere le controversie⁶. La Carta è entrata subito nel corpo di “diritto vivente”, ed ha assommato al suo valore politico anche un valore giuridico.

Di più. Il Trattato dell’Unione europea è stato modificato dal Trattato di Lisbona con l’aggiunta dell’art. 1 *bis* che recita:

«L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

E l’art. 6 recita:

«L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

Se si ribadisce il valore giuridico della Carta – acquisito per così dire sul campo nell’applicazione giurisprudenziale delle Corti, poi affermato con la risoluzione del 2007, ed ora nuovamente sancito dal Trattato – ciò significa che quelle disposizioni hanno natura cogente, devono essere applicate dai giudici comunitari e nazionali, e si possono applicare non solo nei rapporti verticali (cioè nei confronti degli Stati), ma anche nei rapporti orizzontali. Sul punto si tornerà tra poco.

Per parte loro i diritti umani come riconosciuti e classificati nella Convenzione europea hanno ricevuto un ulteriore riconoscimento nel Trattato di Lisbona.

Recita infatti l’art. 6, c. 3:

«I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto *principi generali*».

Questa formula chiarisce meglio il testo del Trattato di Maastricht del 1992, secondo il quale «l’Unione rispetta i diritti fondamentali (...) in quanto principi generali del diritto comunitario».

Si potrebbe osservare che ormai principi della Carta e principi della Convenzione formano un tutt’uno, sulla base di questo doppio riconoscimento formale.

Ma la problematica è più complessa di come talvolta la si rappresenta⁷.

⁶ A. CELOTTO-G. PISTORIO, *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* (rassegna giurisprudenziale 2001-2004), in *Giur. it.*, 2004.

⁷ Nella letteratura pressoché sconfinata, che fa capo agli studiosi di diritto costituzionale e di diritto dell’Unione europea, v. AA.VV., *L’Europa dei diritti*, a cura di R. Bifulco-M. Cartabia-A. Celotto, Bologna, 2001; AA.VV., *L’evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012; P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali dell’Unione euro-*

La questione aveva ricevuto echi anche nel corso del convegno dei Lincei celebrato a Roma nel 1991. Rodolfo Sacco ne aveva parlato – a proposito dei principi in generale – citando il Trattato istitutivo della CEE (l'allora art. 215, c. 2), che *per tabulas* inscriveva i principi tra le *fonti* del diritto comunitario (i principi sono regole giuridiche di secondo grado fondative dell'ordinamento comunitario)⁸; Angelo Falzea aveva sottolineato l'elevata assiologicità dei principi fondamentali⁹ che “pur con la loro forte idealità sono regole di diritto positivo”; Pietro Rescigno a proposito dei principi inseriti nella Costituzione della Repubblica italiana, e nella misura in cui erano riconosciuti dalla comunità internazionale, aveva teorizzato che essi potevano costituire un limite alla sovranità nazionale¹⁰. Ma soprattutto avevano riconosciuto nei diritti fondamentali il rango e il ruolo di principi generali Giorgio Oppo e Luigi Mengoni. Oppo aveva sottolineato che i principi generali governano i comportamenti anche nell'ambito dell'autonomia privata: «i sommi valori sono (...) quelli della libertà, uguaglianza e solidarietà (“politica, economica, sociale”) [citando per l'appunto l'art. 3 della Carta costituzionale italiana] e i primi principi che ne discendono sono quelli di pari autonomia dei consociati e dell'imputazione all'agente delle conseguenze, attive e passive, del comportamento”¹¹. Mengoni aveva identificato i diritti inviolabili con i principi generali, precisando però che essi sono da coordinare con le altre norme-principio, perché la Costituzione è una tavola di valori che hanno spesso opposto significato, e quindi tra loro devono essere bilanciati. Ne veniva riaffermata la distinzione di Ronald Dworkin tra regole e principi effettuata in ordine alla loro funzione: le regole ammettono solo una pedissequa osservanza, i principi orientano l'interprete¹²; questi e quelle sono norme che differiscono non per la struttura ma per i loro effetti.

Tutti gli Autori citati ritenevano che i principi dovessero essere applicati anche *orizzontalmente*, si potessero applicare cioè non solo nei rapporti tra il cittadino e lo Stato, o tra il cittadino e le istituzioni dell'Unione europea, ma anche nei rapporti tra privati e quindi anche alla disciplina del contratto. Questa conclusione non è univoca nella dottrina di diritto comunitario, e neppure nell'orientamento degli interpreti del diritto civile e in generale, del diritto europeo.

Per ragionare sulla produzione di effetti orizzontali dai diritti fondamentali/principi generali occorre procedere per segmenti successivi.

Ha ragione Hugh Collins quando sostiene che si possono capire meglio queste

pea. *La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2013; G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016; S. ALLEGREZZA-R. MASTROIANNI-F. PAPPALARDO-O. POLLICINO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017.

⁸ R. SACCO, *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno Linceo, Roma, 1992, cit., p. 163.

⁹ A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, *ivi*, p. 25.

¹⁰ G. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, *ivi*, p. 341.

¹¹ G. OPPO, *L'esperienza privatistica*, *ivi*, p. 227.

¹² L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, *ivi*, p. 325.

problematiche quando si viene da esperienze in cui la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico ha perso il suo rilievo plurisecolare, e quando in quelle esperienze si è affermato il processo di costituzionalizzazione del diritto privato¹³.

Ma non si possono fare generalizzazioni.

Un conto sono le esperienze in cui si è verificato, prima ancora della formazione di un diritto europeo comune, il fenomeno della costituzionalizzazione del diritto privato. I modelli trainanti di questo modo di costruire il nuovo diritto civile e di ammodernarlo alla luce dei valori fondanti della società sono stati appunto il modello italiano, con il processo di costituzionalizzazione del diritto privato che inizia non dall'entrata in vigore della costituzione repubblicana (1948), ma dai primi anni Sessanta; il modello tedesco, che anch'esso si delinea nello stesso torno d'anni (la legge di base è del 1949), e il modello spagnolo che si avvia subito dopo la introduzione della nuova costituzione del 1978.

Altro conto sono le esperienze in cui i diritti umani/principi della Convenzione europea sono stati accolti dapprima sotto il profilo della efficacia delle Convenzioni internazionali e poi come parte integrante dell'ordinamento costituzionale, oppure sotto forma di norma interna come è avvenuto con lo *Human Rights Act* in Inghilterra, tanto per richiamare le prime esemplificazioni che vengono in mente.

Altro conto ancora sono le esperienze in cui i valori sociali hanno consentito di superare la concezione borghese, formalmente egalitaria, dei rapporti tra privati, per dare accesso ai valori della persona, e non solo dunque alla tutela del consumatore, del lavoratore o del risparmiatore (che richiamano sempre un universo di natura economico-patrimoniale) ma anche alle discriminazioni e alle differenze di sesso, lingua, religione, etnia, ecc.¹⁴.

3. I diritti fondamentali come principi generali di diritto contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il ruolo delle libertà fondamentali

Mi occupo qui dei diritti fondamentali contenuti nella Carta, ma ovviamente il discorso involge tutto il dibattito sul riconoscimento in ambito europeo dei principi comuni riguardanti la persona diffusi e riconosciuti nelle Carte costituzionali dei Paesi Membri. Ed involge anche il rapporto tra la Carta dell'Unione e la Carta europea dei diritti dell'uomo, nonché il c.d. dialogo tra le Corti, la tutela multilivello dei diritti fondamentali, e il coordinamento delle pronunce delle Corti le quali con diversa

¹³ H. COLLINS, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*, a cura di M. Andenas-N. Andrew-M. Tamaruya, Legal Studies Research, Paper Series, University of Cambridge, Paper, n. 13, 2011, ma v. anche S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008; MW. HESSELINK-C. MAK-J.W. RUTGERS, *Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Center for the Study of European Contract Law, Working Papers Series, n. 05, 2009.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

competenza e con un raggio d'azione diverso si occupano della materia dei diritti fondamentali.

Proprio le pronunce delle Corti dimostrano che i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona.

L'esperienza ci insegna che, al di là delle formule più o meno rigorose e tecnicamente corrette, la funzione del diritto si esprime attraverso valori-principi-diritti e che la legittimazione di un principio può essere effettuata dai giudici nella loro attività di *ius dicere* sì che essi in così fare i diritti fondamentali diventano "diritto vivente".

Il mercato del lavoro, e quindi il contratto di lavoro, è stato il bersaglio più frequentemente colpito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla base di principi generali quali il principio di eguaglianza (qui sotto forma di parità tra uomo e donna nel trattamento pensionistico), diritto fondamentale riconosciuto da tutte le Costituzioni moderne, e dalle prime dichiarazioni dei diritti. Si può leggere il testo anche nel senso inverso, e cioè come applicazione del principio di non discriminazione. Non è il caso in questa sede di passare in rassegna i casi più eclatanti, come il caso *Bartsch* (del 13 settembre 2008, C-46/07), o i casi di applicazione del principio di dignità della persona (del 13 novembre 1990, C-152/82) o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In materia di contratti è esemplare il caso *Omega Spielhallen* (C-36/02) in cui si sono vietati giochi che usavano strumenti di elettronici in cui figure umane fungevano da bersaglio.

Più di recente, in materia di contratti di assicurazione, la Corte di Giustizia ha stabilito che l'art. 5 n. 2 della direttiva 2004/113/CE sul principio di eguaglianza tra uomini e donne è invalido e quindi le clausole contenute nelle polizze assicurative che discriminano le donne, per età, rispetto agli uomini, sono nulle (C-236/09)¹⁵.

Un'analisi attenta dell'impatto dei diritti fondamentali sulla giurisprudenza delle Corti dovrebbe includere la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e la giurisprudenza delle Corti Supreme, oltre che ovviamente quella delle Corti costituzionali. Ma nell'economia di questa relazione si può fare rinvio alle raccolte che hanno accompagnato l'evoluzione della Corte di Strasburgo in materia, senza dimenticare però che quella Corte tende a considerare i diritti fondamentali più che come principi generali come posizioni soggettive forti che i singoli hanno diritto di rivendicare nei confronti degli Stati di cui sono cittadini od ospiti ottenendo però, come rimedio alla violazione, una condanna risarcitoria dello Stato violatore.

La Corte di Strasburgo si è occupata dei diritti fondamentali delineando il significato di *dignità umana*.

Sono particolarmente significativi i casi *Kreil* (2000), *Schmidberger* (2003), *Omega* (2004), *K.B.* (2004), il caso sul terrorismo (2005), *Richards* (2006), *Tadao Maruko* (2008).

¹⁵ Una ricca e dotta raccolta di casi commentati si deve ora a R. COSIO-R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2012; in argomento v. L. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2012.

Nel caso 148/13¹⁶ si discuteva se potesse essere espulso un cittadino extraeuropeo che, se rimpatriato nel suo Paese d'origine, avrebbe subito restrizioni della libertà personale e sanzioni anche più gravi in quanto omosessuale. La Corte ha ritenuto che il rimpatrio non sia ammissibile alla luce dell'art. 4, par. 3, lett. c), della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, e l'art. 13, par. 3, lett. a), della direttiva 2005/85/CE, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato. E nel caso 571/10¹⁷ la Corte ha stabilito che il diritto nazionale, se volto a conservare un trattamento antidiscriminatorio, deve essere disapplicato.

Non sempre le soluzioni proposte dalla Corte possono essere considerate “progressive” nel senso della affermazione della tutela ad ogni costo. In altri termini, l'orientamento della Corte talvolta può apparire oscillante, e magari criticabile, come è accaduto per la mancata adesione della Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo sulla base di un parere (il secondo) di tenore negativo espresso dalla Corte di Giustizia (parere 2/13 del 14 dicembre 2014).

Comunque i diritti fondamentali sono presi sul serio, e sono “in azione”. Anche ai diritti fondamentali si possono dunque applicare le categorie a suo tempo configurate per i diritti costituzionali interni e per il diritto di origine giurisprudenziale. L'Europa del diritto si è trasformata in Europa dei diritti, ed ora in Europa delle Corti.

Ma la dottrina ha messo in guardia l'interprete che potrebbe essere solleticato dall'idea di allungare il catalogo dei diritti oppure di sistematizzare i diritti in modo meccanico.

Si è però aperta, anche a questo livello di analisi, e in questo settore, la diatriba tra il *ius litigatoris* e il *ius constitutionis*. In altri termini, ci si chiede se si debba dare tutela al diritto creando quindi il rimedio (*ubi ius, ibi remedium*) oppure se si debba dare ingresso al rimedio per tutelare il diritto (*ubi remedium, ibi ius*).

Il principio della dignità ha suscitato gli apprezzamenti più enfatici – se ne è parlato come del “gioiello della corona” – ma ha sollevato le perplessità più disarmanti anche nel contesto culturale dove è cresciuto nelle forme più rigogliose: lo si è definito come il concetto più elusivo del diritto costituzionale tedesco. Le posizioni emerse in dottrina sono le più disparate. In modo un po' massimalistico Jan Smits¹⁸, prendendo atto della ambiguità del concetto, ha proposto di cancellarlo dalla tavola dei valori di riferimento; all'opposto Stefano Rodotà proprio sui diritti fondamentali, estesi al mondo della comunicazione, dell'informatica, dei dati personali, delle biotecnolo-

¹⁶ Corte Giust. UE, 2 dicembre 2014, C-148/13, *A e altri contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

¹⁷ Corte Giust. UE, 24 aprile 2012, C-571/10, *Servet Kamberaj contro Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e altri*.

¹⁸ J.M. SMITS, *Human Dignity and Uniform Law: An Unhappy Relationship*, in *TICOM Working Paper on Comparative and Transnational Law*, n. 2, 2008.

gie, li ha assunti a base di una nuova antropologia umana¹⁹; Ingolf Pernice li considera, pur come considerati nell'art. 6 di Lisbona, il punto di sostegno di tutto l'ordinamento comunitario²⁰; John Aldergrove²¹ ne ha parlato come di una scatola vuota, con cui si possono fare manipolazioni interpretative (come sono quelle che consentono i principi generali, secondo l'insegnamento di Giovanni Tarello). Ma credo che la dignità, come tutti i diritti fondamentali, debbano essere presi sul serio. In fin dei conti, la legalità dell'ordinamento interno si misura sulla nozione di dignità della Carta costituzionale italiana, e la stessa legalità dell'ordinamento comunitario usa il medesimo metro, come sottolinea Pietro Perlingieri²². Non spiace dunque l'enfasi di una studiosa dell'Università di Montreal che parla della dignità come di un concetto trinitario, in quanto riferito alla persona e perciò alla sua dimensione organica, fisica e simbolica²³. La dignità che apre la Carta europea dei diritti fondamentali ha un forte significato simbolico e identitario: ci ricorda – anzi, ci ammonisce – che l'Unione europea non aspira solo ad una integrazione economica ma delinea un modello di sviluppo capitalistico che pone al suo centro la persona, e in ciò fa consistere la sua ragion d'essere.

La Corte di Giustizia tuttavia non ha tenuto un orientamento univoco.

Come è noto, la Carta dei diritti è equiparata ai Trattati dell'Unione. Non essendovi quindi un rapporto di supremazia della Carta rispetto ai Trattati, come accade per le Costituzioni nazionali rispetto alle altre leggi, ciò significa che i diritti tutelati dalla Carta devono essere bilanciati con i diritti tutelati dai Trattati, in particolare con il diritto di concorrenza. E per verificare la rispondenza delle norme nazionali ai Trattati, la libertà di concorrenza è il valore fondamentale che la Corte segue.

Per i Trattati si preferisce parlare di “libertà” (di circolazione delle persone, dei beni, dei servizi, dei capitali). Si discute però se anche per le libertà fondamentali previste dai Trattati si possa operare come si opera con i diritti fondamentali tutelati dalla Carta: e cioè applicarle direttamente ai rapporti tra privati. Se il tenore della norma non è dettagliato e preciso, questa operazione non è consentita. Spetterà al privato, in capo al quale è tutelato il diritto, chiedere il risarcimento del danno allo Stato per il fatto che il suo diritto è stato violato²⁴.

¹⁹ S. RODOTÀ, *L'età dei diritti al crepuscolo?*, in “Italia civile”, Atti del Convegno dedicato al centenario di Norberto Bobbio, Torino, 15 ottobre 2009.

²⁰ I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. GRILLER-J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism Without a Constitutional Treaty?*, Wien-New York, 2008, p. 235 ss.

²¹ J.R. ALDERGROVE, *On Dignity*, in ID. (ed.), *Why We Are Not Obsolete Yet: Genetics, Algeny and the Future*, Burnaby, 2000.

²² P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, in AA.VV., *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Napoli, 2011, p. 485 ss.

²³ B.M. KNOPPERS, *Human Dignity and Genetic Heritage: Study Paper* (Law Reform Commission of Canada, 1991), p. 23.

²⁴ M. ANDENAS-T. BEKKEDAL-L. PANTALEO (eds.), *The Reach of Free Movement*, Monaco di Baviera, 2017.

Questo principio è stato formulato nel caso della *Association de Médiation Sociale*. La legge (francese) stabiliva che solo le imprese che avessero un certo numero di dipendenti potessero esprimere un rappresentante sindacale; nel caso di un'impresa non si raggiungeva quel numero e quindi la rappresentanza sindacale non poteva essere espressa. La questione, sollevata dinanzi ai giudici di merito, era stata risolta in senso sfavorevole all'Associazione sindacale che aveva preso le difese dei lavoratori. In Cassazione fu sollevata la questione di pregiudizialità e la Corte ha confermato che – come si precisa comunicato – le disposizioni della direttiva 2002/14 proibiscono di escludere determinate categorie di lavoratori dal calcolo degli effettivi dell'impresa. Infatti, un'esclusione siffatta ha come conseguenza di privare i lavoratori dei diritti riconosciuti dalla direttiva 2002/14, togliendo a quest'ultima il suo effetto utile. La Corte esamina poi se la direttiva 2002/14 possa essere invocata dalle associazioni sindacali al fine di contestare l'inesatta trasposizione che di essa è stata fatta.

A questo fine, la Corte ricorda che una direttiva produce effetto diretto in tutti i casi in cui le disposizioni pertinenti sono, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise. La Corte constata che nel caso di specie tale ipotesi si realizza, in quanto la direttiva 2002/14 prescrive che gli Stati membri non possono escludere determinate categorie di lavoratori dal calcolo degli effettivi. Tuttavia, la Corte rileva che la controversia intercorre tra privati (con la conseguenza che le associazioni sindacali non possono avvalersi delle disposizioni della direttiva 2002/14 in quanto tali nei confronti dell'AMS) e inoltre che la legge nazionale non può essere interpretata in modo conforme alla direttiva. Sulla base di tali premesse, la Corte esamina poi se l'art. 27 della Carta, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14, possa essere invocato facendo riferimento alla direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori.

La Corte rileva che l'art. 27 della Carta, per poter produrre pienamente i propri effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Infatti, il divieto di escludere dal calcolo degli effettivi di un'impresa una determinata categoria di lavoratori non può essere desunto, quale norma giuridica direttamente applicabile, dal tenore letterale dell'art. 27 della Carta. In altri termini, l'art. 27 della Carta non è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale. La Corte ne conclude che la medesima valutazione si impone anche in caso di lettura di tale articolo in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14 (caso C-176/12).

In altri casi, però, la Corte ha applicato direttamente il diritto fondamentale: ciò nel caso *Kukukdeveci* (19 gennaio 2010, C-555/07). Qui il ragionamento ha preso un'altra via per arrivare al risultato positivo. Si è riconosciuto che il diritto fatto valere appartiene alla sfera dei diritti fondamentali riconosciuti come principi e quindi essi sono applicabili in modo orizzontale. Nella specie si trattava di un rapporto di lavoro in cui il datore aveva dato preavviso di licenziamento alla lavoratrice violando il principio di eguaglianza e non discriminazione.

La Corte ha stabilito che «il diritto dell'Unione, in particolare il principio di non

discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che prevede che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non siano presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età». E, ancora, che:

«È compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio».

Pertanto qui non si tratta di chiedere il risarcimento del danno allo Stato inadempiente, rimanendo però ferma la situazione del rapporto privatistico in contrasto con la disciplina europea. Al contrario, il giudice nazionale deve disapplicare la norma interna in contrasto con il diritto europeo, e quindi ripristinare il rapporto originario di diritto privato.

Ma vi è una terza via per risolvere il problema. Da parte del giudice nazionale che rilevi una disomogeneità tra diritto interno e diritto europeo, è sempre possibile sollevare la questione di pregiudizialità dinanzi al giudice europeo. Così è stato deciso nel caso *A e B* (11 settembre 2014, C-112/13).

In questa vicenda si precisa che tutti e tre i percorsi sono corretti e il giudice nazionale deve essere ritenuto libero di sceglierne uno.

Tuttavia, non tutte le norme poste a presidio delle libertà fondamentali tutelate dai Trattati hanno la medesima durezza, cioè la medesima forza.

La più forte è la libertà di circolazione delle persone; qui però occorre distinguere tra la circolazione nello spazio Schengen e fuori da Schengen.

Altrettanto forte – dopo un periodo di incertezza – si è rivelata la circolazione delle merci, alla quale si è riconosciuta una efficacia orizzontale. Il caso *Fra.bo* ne è un esempio. Si trattava di una controversia tra la società italiana *Fra.bo* e una associazione di certificazione tedesca, la quale aveva riscontrato che il prodotto dell'impresa non presentava talune caratteristiche richieste dalla legge tedesca. La Corte ha deciso che «L'articolo 28 CE dev'essere interpretato nel senso che si applica alle attività di normalizzazione e di certificazione di un ente privato, qualora la legislazione nazionale consideri conformi al diritto nazionale i prodotti certificati da tale ente e ciò produca l'effetto di ostacolare la commercializzazione di prodotti sprovvisti di tale certificato».

Anche la libertà di servizi è tutelata, e consente sia lo stabilimento sia l'esercizio diretto in ciascuno Stato membro.

E quanto alla libera circolazione dei capitali la Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. grande, con sentenza 23 ottobre 2007, C-112/05 ha stabilito che la legge interna non deve ostacolarne la circolazione, anche quando il "capitale" è espresso in azioni di una società.

4. I diritti umani nella Convenzione europea

L'attenzione che si deve dare alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani, in un commento all'art. 1 della Carta europea non è ultronea, sia perché, come sopra si è sottolineato, spetta alla Corte di Strasburgo il primato nella costruzione dei diritti umani nella loro moderna accezione, sia perché la violazione dei diritti umani è purtroppo pratica frequente anche nei Paesi membri dell'Unione europea le cui Costituzioni consacrano i valori della persona²⁵.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che si deve leggere secondo i criteri della *case law* inglese²⁶, come ci suggeriscono gli stessi giudici che la creano, è infatti assai nutrita. La Corte ha elaborato il significato dei diritti riconosciuti dalla Convenzione ma ha anche “dialogato” con i giudici nazionali. In più, la Corte ha avuto il merito di “dialogare” con i giudici nazionali e quindi l'applicazione concreta, diretta, dei principi consacrati nella Convenzione ha promosso la loro conoscenza e il loro rispetto in modo molto più consistente di quanto sarebbe avvenuto se essi fossero stati affidati soltanto alla iniziativa – pur infaticabile – dei giudici di Strasburgo.

Un'ampia ricerca condotta in alcuni Paesi dell'Unione sulla applicazione dei principi contenuti nella CEDU da parte dei giudici nazionali ha dimostrato che nonostante in questi Paesi già fosse presente una costituzione garantista dei diritti fondamentali l'applicazione della CEDU ha avuto effetti dirompenti²⁷. Visti i risultati vi sono autori che considerano la Corte di Strasburgo come la Corte costituzionale d'Europa. D'altra parte, a guardare le numerose pronunce che condannano lo Stato italiano questa affermazione non è del tutto peregrina.

Molti sono i casi che hanno suscitato clamore, come quelli inerenti il giusto processo, che addirittura hanno indotto il legislatore italiano a modificare il testo della Costituzione (l'art. 111 Cost.), a introdurre un rimedio specifico per il risarcimento del danno subito dalle vittime dei ritardi nella amministrazione della giustizia (la c.d. legge Pinto), o come quelli sulla occupazione acquisitiva, che hanno indotto il legislatore a modificare la disciplina dell'espropriazione e a riconoscere alla occupazione acquisitiva un indennizzo adeguato al fine di tutelare maggiormente il diritto di proprietà.

Tra le più eclatanti si possono segnalare quella del 1° dicembre 2009, n. 903 in materia di trattamento discriminatorio in caso di trasfusione di sangue infetto. È il caso *G.N. e altri*. O il caso *Khalafia e altri c. Italia*. In altra vicenda la condanna era dovuta al fatto che l'Autorità aveva affidato la figlia di una migrante nigeriana ad una cop-

²⁵ Ne fa fede l'ultimo rapporto pubblicato dalla FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY dell'Unione europea, Bruxelles, 2016.

²⁶ In questo senso v. V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo. Fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in G. ALPA (a cura di), *L'essenza della democrazia. I diritti umani e il ruolo dell'avvocatura*, Roma, 2010, p. 205 ss.

²⁷ H. KELLER-A. STONE SWEET (eds.), *A Europe of Rights. The Impact of ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008.

pia italiana ai fini della sua adozione, con conseguente proibizione della madre di riprendere i contatti con la figlia (caso *Akinnibosum c. Italia*); si deve poi rammentare la condanna per ingiusta detenzione di un migrante venezuelano estradato dalla Grecia (caso *Gallardo Sanchez c. Italia*); la condanna per non aver commutato il carcere con gli arresti domiciliari a un detenuto che era in gravissime condizioni di salute (caso *Contrada c. Italia*); la condanna per tre coppie dello stesso sesso a cui è stata inibita la possibile di formare per ciascuna di esse una famiglia sotto forma di unione civile oppure di matrimonio (caso *Oliari c. Italia*).

Tuttavia, il recepimento dei principi della CEDU non è univoco e la nostra Corte ha elaborato la teoria dei “controlimiti”, sì che «nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve (...) procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale», ma la norma della CEDU non ha diretta applicazione e pertanto, ove ne ravvisi il contrasto, il giudice deve sollevare questione di costituzionalità con riferimento agli artt. 10 e 117 Cost.²⁸.

Con la sentenza 30 novembre 2009, n. 317 sulla contumacia dell'imputato la Corte ha portato più in là il ragionamento, precisando che dalla applicazione delle norme della CEDU deve risultare un “*plus di tutela*” per tutto il sistema dei diritti fondamentali, sì che «la norma CEDU nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost.», da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue in termini di interpretazione e di bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza.

5. Il dilemma del legislatore moderno

È possibile costruire un *corpus* normativo autonomo, anche sotto forma di Regolamento, che si sottragga ai principi consacrati nella Carta dei diritti fondamentali, e quindi non includa tra i principi (anche direttivi) i principi della Carta?

Le vie possibili per includere i principi della Carta tra i principi del diritto contrattuale europeo, tra i principi del Common Frame of Reference, tra i principi del Regolamento sulla vendita, possono essere diverse:

- (i) La più semplice è quella del richiamo diretto, anche senza la loro riproduzione;
- (ii) La più naturale per il giurista che preferisce interpretare il testo piuttosto che non riscriverlo, è di considerare ogni testo (dai PECL al Regolamento) come necessariamente interpretato e applicato alla luce dei principi della Carta (e della Convenzione, che vale come complesso di principi generali);
- (iii) La più tradizionale consiste nel considerare i principi fondamentali come norme imperative, e quindi come norme che comunque debbono essere applicate.

²⁸ V. per una prima ricognizione, R. CALVANO, *La Corte costituzionale e la teoria dei controlimiti 2.0*, in *Federalismi.it*.

In tutti questi casi l'applicazione di questi diritti/principi/norme ai rapporti tra privati può essere diretta.

In dottrina si trovano però posizioni diversificate.

Ad esempio Hugh Collins, a proposito della libertà contrattuale, sostiene che la soluzione può essere bustrofedica: se si dà maggior rilievo alla libertà di vincolarsi della persona, allora si possono limitare altre libertà, come quella che in materia lavoro impone di osservare un orario non rispettoso della salute; se si dà maggior valore alla dignità, le regole di lavoro contrarie alla salute e al riposo dovrebbero essere disapplicate e gli accordi contrattuali considerati in contrasto con i diritti fondamentali²⁹.

Hans Micklitz³⁰ segnala che tra i diritti fondamentali occorre tener conto anche dei diritti sociali, e che questi non sono però al sicuro: «*the expansion of social rights does not help to overcome the narrow boundaries of the EU competence on The Social*». E in un ragionamento più ampio che propone una rivisitazione delle fonti comunitarie, Micklitz vede nella combinazione di una Costituzione europea e di un codice civile europeo il quadro in cui si può davvero dare luogo ad un mercato integrato in cui non sono rilevanti solo i diritti individuali ma anche i diritti collettivi e trova pieno riconoscimento accanto al principio di dignità anche quello di solidarietà.

In una prospettiva più riduttiva e cauta Olga Cherednychenco preferisce parlare di complementarietà tra diritti fondamentali e disciplina del contratto: «*it is obvious (dice in conclusione di un recente saggio) – that the complementarity between fundamental rights and contract law can only be achieved if the ECJ refrains from interfering in such cases by means of the fundamental rights review of the provisions of the CFR or the interpretation of the general clauses contained therein*»³¹. Ma la rilevanza dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto privato europeo e quindi della loro diretta applicazione nei rapporti di diritto contrattuale non è negata dall'A. la quale pone allora una questione ulteriore: atteso questo assunto il problema non consiste tanto nel loro riconoscimento all'interno del diritto contrattuale ma *fino a che punto* si debba spingere la protezione dei diritti fondamentali, quando gli interessi conflittuali delle parti richiedano un bilanciamento accettabile. In questo senso l'A. distingue, tenendo conto dei diversi modelli affermatasi nelle esperienze europee, un effetto diretto, un forte effetto indiretto, un debole effetto indiretto.

Ma siamo arrivati al dunque. Se si muove dal presupposto che la Carta dei diritti fondamentali sta alla base dell'intero ordinamento comunitario, anziché di complementarietà tra i diritti fondamentali e il diritto contrattuale europeo, si deve parlare di subordinazione di questo a quello, come correttamente sostiene Chantal Mak, ad esito di un'ampia e accurata ricerca comparatistica³².

²⁹ H. COLLINS, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*, University of Cambridge Faculty of Law, *Research Paper*, n. 13, 2011.

³⁰ H.-W. MICKLITZ, *Failure or Ideological Preconceptions-Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code*, in *EUI Working Papers. Law*, n. 4, 2010, p. 5.

³¹ O.O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, in *ERPL*, vol. 6, 2010, p. 63.

³² C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fun-*

In fin dei conti, tutta la problematica dell'effetto diretto o indiretto dei diritti fondamentali o inviolabili che abbiamo registrato nelle esperienze di costituzionalizzazione del diritto privato, come si sono sviluppate in Italia e in Germania, si è riproposta con molte assonanze anche per le regole della Convenzione europea sui diritti umani e le difficili scelte degli interpreti sono dovute a diverse ragioni: al fatto che la Convenzione è un atto internazionale che non si applica direttamente nell'ordinamento interno, che il testo non ha menzionato esplicitamente la *dignità* come valore che sostiene l'intero complesso dei diritti e delle libertà della persona, che la libertà della persona include la libertà contrattuale e questa può essere vista come un potenziamento dei (o un limite ai) diritti personali³³.

La dottrina francese ha approfondito particolarmente l'aspetto degli obblighi assunti dagli Stati in forza della CEDU. Si tratta di obblighi di natura negativa – rispetto delle libertà dei privati in cui lo Stato non deve intromettersi – e di obblighi di natura positiva, che impongono agli Stati di adoperarsi per tutelare le libertà protette: due casi sono emblematici al riguardo, l'*Affaire linguistique belge* e *Marckx c. Belgique*.

Nel primo caso, deciso il 23 luglio 1968, i ricorrenti, genitori di minori francofoni che vivevano in determinate aree del Belgio a maggioranza linguistica neerlandese, avevano rivendicato per i loro figli la possibilità di accedere all'insegnamento in lingua francese. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che negare a dei minori l'accesso a scuole in lingua francese dotate di statuto speciale che erano state allestite in sei comuni limitrofi alla città di Bruxelles per il solo fatto che i minori non erano residenti in tali comuni costituisce una violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 2 del Protocollo n. 1 (diritto all'istruzione). Tuttavia, la Corte ha anche sostenuto che la Convenzione non garantisce ad un minore il diritto ad un'istruzione statale o sovvenzionata dallo Stato nella lingua dei propri genitori.

Nel secondo caso, deciso il 13 giugno 1979, la Corte EDU ha ritenuto che fossero lesi il diritto a formarsi una famiglia (art. 8) e il diritto a non essere discriminati (art. 14) in una fattispecie nella quale, secondo il codice civile belga, una minore nata da una donna che non si era palesata ma riconosciuta dalla madre solo in un momento posteriore alla registrazione della sua nascita non poteva essere trattata, essendo figlia naturale, in modo diverso dai figli legittimi.

E il *trend* che si riconosce a favore della Corte è nel senso di una progressiva espansione delle sue competenze, ottenuto ampliando il significato dei diritti protetti.

Di qui l'orientamento favorevole alla applicazione orizzontale della Convenzione.

I casi che si annoverano sono molti. E, specie con riguardo all'art. 8, si ricordano i casi *X e Y c. Paesi Bassi*, del 26 marzo 1985; *Stubbings e altri c. Regno Unito*, del 22

damental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England, Alphen aan der Rijn, 2008.

³³ Così R. BROWNSWORD, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in R. BROWNSWORD-H.-W. MICKLITZ-L. NIGLIA-S. WEATHERILL (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford-Portland, 2011, p. 192.

ottobre 1996; quanto all'art. 9, (libertà di pensiero) *Otto-Preminger Institut c. Austria*, del 20 settembre 2003; *Scientology c. Germania*, del 7 aprile 1997.

Ciò che bisogna tuttavia sempre rammentare è che la Corte procede (come capita nel common law) per casi circoscritti alle fattispecie, senza ricavare dalla motivazione principi di carattere generale. Sì che il cambiamento dei fattori che compongono la fattispecie possono portare a decisioni in apparenza tra loro contraddittorie. È appunto la "sfida della contestualizzazione" che l'interprete deve accettare³⁴.

Il dilemma del legislatore moderno sta dunque in ciò: è più opportuno, ai fini della applicazione corretta e certa del diritto, ignorare i diritti fondamentali nelle disposizioni che regolano la disciplina generale del contratto, e tutelarli per via di interpretazione, oppure menzionarli in modo che, qualunque sia il processo interpretativo, sia garantita la loro tutela? Ovviamente, questo implica una scelta di fondo e cioè che la libertà contrattuale non si possa spingere fino a legittimare la violazione di diritti fondamentali.

I redattori del DCFR hanno preferito, sulla base dei suggerimenti offerti da molti componenti del gruppo, inserire la menzione dei diritti fondamentali, anche se non si tratta di una tutela ampia e se i rimedi accordati per la loro violazione contrattuale consistono nel risarcimento del danno piuttosto che non nella nullità del contratto.

Tra i *principes directeurs* del nuovo progetto di riforma del diritto dei contratti diretto da François Terré si prevedeva una formula intermedia, mentre, nella versione precedente, ad opera di Pierre Catala, i diritti fondamentali erano ignorati. Si legge infatti all'art. 4 al punto 2 del Titre I *Des Contrats*:

«*On ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime*».

La proposta, proveniente da Georges Rouhette³⁵, era stata apprezzata da Carole Aubert de Vincelles³⁶, la quale sottolineava come potesse allora ricevere applicazione specifica l'art. 59 del progetto in materia di contenuto del contratto.

Ma come si avrà modo di osservare nel descrivere il modello francese il legislatore non ha dato rilievo ai diritti fondamentali nel riformare il terzo libro del Code Napoléon, sì che per poterli inserire nella disciplina del contratto occorre fare riferimento all'*ordine pubblico*, sempre che questa clausola generale li possa contenere³⁷.

³⁴ L. BÉGIN, *L'internationalisation des droits de l'homme et les défis de la "contextualisation"*, in 53 *Rev. interdisciplin. ét. jur.*, 2004, p. 63.

³⁵ G. ROUHETTE, *Regard sur l'avant-projet de réforme de droit des obligations*, in *Rev. dr. comp.*, n. 4, 2007, p. 1393.

³⁶ C. AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux relatifs au droit des contrats*, in F. TERRÉ (diretto da), *Pour une réforme de droit des contrats*, Parigi, 2009, p. 115.

³⁷ V. l'Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, nei suoi primi articoli.

6. L'apporto dell'analisi della esperienza comparatistica. Germania, Olanda e Israele

Nell'esperienza tedesca il principio di libertà contrattuale non è stato codificato in modo espresso nel BGB, in quanto la convinzione della sua esistenza e tutelabilità era accolta in modo indefettibile e universale posto che tale principio è proprio di ogni economia di mercato; fu però inserito nella Costituzione di Weimar del 1919, al par. 152; tale previsione, attesa la concezione del tempo, aveva un valore debole, perché le norme di tal fatta erano considerate non prescrittive ma meramente programmatiche³⁸. La legge fondamentale di Bonn del 1949 non menziona espressamente la libertà contrattuale, anche se nella letteratura privatistica ad essa (e alla autonomia privata) si dà grande rilievo; vi si trovano però regole che si dicono collegate alla libertà contrattuale, quali la garanzia della proprietà (par. 14), la libertà di occupazione lavorativa (par. 12), la libertà di associazione (par. 9) e la clausola generale di protezione della persona (par. 2).

La dottrina tedesca ritiene che, attesi questi appigli normativi, ancorché indiretti, la libertà contrattuale abbia copertura costituzionale. Ciò perché – osserva Flessner – (i) la garanzia della proprietà implica il riconoscimento e la tutela dell'esercizio della facoltà di disposizione, che avviene attraverso strumenti negoziali quali ad es. le vendite, le locazioni, il trasporto, le garanzie del credito (ma si potrebbe obiettare che una cosa è la garanzia della titolarità del bene, altra cosa la garanzia costituzionale dello strumento negoziale utilizzato per disporne); (ii) la garanzia dell'occupazione implica tutela del lavoro e quindi del contratto di lavoro, così come dei rapporti contrattuali che si istituiscono tra imprese, e tra impresa e consumatori (ma si potrebbe obiettare che la tutela dell'occupazione riguarda il diritto-dovere del lavoro o di intrapresa piuttosto che non gli strumenti negoziali con cui esso si esplica); (iii) la libertà di associazione implica la libertà negativa di non associarsi (ma si potrebbe obiettare che la garanzia copre l'associazione, non lo strumento negoziale, quale è il contratto associativo); (iv) la libertà generale posta a garanzia della persona (qui il discorso è più complesso perché anche presso di noi vi sono autori e decisioni che ricollegano la libertà contrattuale al principio generale di autodeterminazione e quindi alla esplicazione della libertà personale; in Svizzera, ad esempio, la connessione è servita per ritenere illegittimo il divieto di ingresso in un cinema opposto dal gestore ad un giornalista)³⁹.

In ogni caso, la dottrina prevalente ritiene che in Germania la libertà contrattuale goda di copertura costituzionale.

Si pone quindi il problema dei limiti all'azione legislativa diretta a comprimerla o a circoscriverla. Si segue, anche in questo, come in altri casi simili, il principio di pro-

³⁸ A. FLESSNER, *German Report*, presentato al Convegno di Gerusalemme, 1994, organizzato dal prof. Mordechai Rabello, p. 1 datt.

³⁹ Trib. fed. 80, 11, 26.

porzionalità⁴⁰, secondo il quale il potere legislativo può limitare i diritti fondamentali solo per perseguire fini legittimi e con mezzi legittimi. Questo principio è applicato in modo alternato: talvolta la Corte costituzionale controlla gli scopi di natura pubblica che hanno animato l'intervento legislativo, altra volta guarda nei dettagli il testo supposto in contrasto con il dettato costituzionale. Esempio del primo orientamento è la decisione del 20 luglio 1954 riguardante la disciplina dei finanziamenti coatti che gli imprenditori di ogni settore dovevano versare a sostegno dell'industria del carbone e dell'acciaio, avendo in cambio azioni e obbligazioni delle società estrattive e metallurgiche.

La Corte ritenne legittimo il provvedimento, attesi gli scopi apprezzabili perseguiti dal legislatore. La discrezionalità del legislatore ha fatto da paravento a interventi della Corte in materia di controllo dei prezzi (17 novembre 1958), di fissazione dei prezzi dei medicinali (31 ottobre 1984), di adesione coattiva a sistemi previdenziali per la vecchiaia (da ultimo sentenza 31 maggio 1988) e così via, ivi compresa la legislazione in materia di locazioni abitative e di tutela dei consumatori (8 gennaio 1985; 4 giugno 1985; 12 febbraio 1989; 14 febbraio 1989).

L'altro orientamento, più analitico, è espresso da una decisione (peraltro di costituzionalità della legge impugnata), riguardante le limitazioni dell'orario di apertura degli esercizi commerciali, il cui scopo era di garantire una ordinata vita ai dipendenti e agevolare le concorrenze. La Corte finì per ritenere che le limitazioni di orario non dovevano riguardare anche i distributori automatici di prodotti e servizi (21 febbraio 1962).

La Corte ha garantito anche la libertà di chiudere l'esercizio commerciale, se la chiusura riguardi una intera categoria (il caso, deciso il 9 febbraio 1982, concerneva la chiusura dei negozi di parrucchiere nelle mattine di lunedì). Analoga questione ha riguardato i distributori di carburante, che possono restare sempre aperti, ma nelle ore notturne possono erogare solo carburante.

La Corte ha ritenuto conforme al dettato costituzionale la previsione di codice che dichiara non tutelabili i diritti derivanti dalle mediazioni matrimoniali, cioè per tutelare la famiglia; il mediatore può chiedere che il pagamento della sua provvigione avvenga in anticipo, ed esso non è ripetibile dagli interessati.

L'opinione comune è che la Corte costituzionale possa ingerirsi di questioni contrattuali, anche se le obbligazioni sono state assunte volontariamente dai contraenti. Ne sono esempio alcuni casi. La Corte ha ritenuto immorale e quindi invalida la fideiussione personale richiesta da un istituto di credito alla figlia di un imprenditore, a garanzia dei debiti del padre, in quanto quando le fu richiesta la sottoscrizione dell'atto ella non era esperta di simili operazioni ed era stata tranquillizzata dai funzionari della banca finanziatrice; nella specie la figlia si era poi sposata, si era separata dal marito, e aveva tre figli, che doveva accudire da sola, versavano in difficoltà economiche (19 ottobre 1993).

Il par. 2 della legge fondamentale è stato applicato in una fattispecie curiosa; si

⁴⁰ A. FLESSNER, *op. cit.*, p. 5.