

PRESENTAZIONE

Ad ottobre del 2016, in contemporanea con quel fondamentale passaggio che in generale segna, nella ciclicità per certi versi singolare delle carriere universitarie, il momento del ritorno al pieno coinvolgimento negli studi scientifici (dopo i decenni trascorsi a gestire l'appassionante anche se a volte assai impegnativa conciliazione tra didattica, impegni istituzionali e ricerca), un gruppo di docenti facenti capo, per formazione e/o appartenenza organica e affettiva, alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università *Sapienza* ha assunto l'iniziativa di promuovere la raccolta di studi che viene presentata in questi due volumi e che vuole celebrare con affettuosa partecipazione il magistero ed il percorso di ricerca sin qui compiuto da Giuseppe Santoro-Passarelli.

Non è certo alla terminologia ormai usurata dalle prassi concorsuali (dove sono ormai inflazionati i riferimenti all'"estensione", alla "consistenza" nonché al tanto agognato quanto foneticamente contundente "impatto" dell'attività scientifica) che può farsi ricorso in un'occasione come questa per riassumere il valore intrinseco e la rilevanza dell'opera di un giuslavorista che non solo per occasione ma per scelta coraggiosa, consapevole e pervicace è venuto a collocarsi nel punto di intersezione tra alcune tra le più importanti correnti culturali che hanno animato alcune delle stagioni più intense della nostra disciplina; e che sicuramente per merito e sensibilità proprie ha saputo valorizzare ed esaltare l'essenza di ciascuna di esse, mantenendo forte e vivo il legame con il diritto civile e con le sue categorie generali (sovente espressamente richiamate nel titolo dei suoi saggi o nei volumi da lui curati) ma contestualizzandolo ed adeguandolo al sistema di valori, per primi quelli costituzionali, che informano e caratterizzano sul piano sistematico la materia, giustificando la sua autonomia scientifica.

La chiave di lettura risulta appropriata per la ricostruzione del senso complessivo di una vastissima produzione letteraria che appare marcatamente orientata lungo questa direttrice metodologica: un assunto che trova conferma già a partire dalla scelta degli argomenti, sin dagli esordi della metà degli anni settanta, con particolare riferimento al saggio sulla libertà sindacale dell'imprenditore, agli scritti in tema di concorsi privati dell'inizio degli anni ottanta, periodo quest'ultimo che vede al contempo la pubblicazione di opere magistrali (in senso etimologico, trattandosi di scritti che hanno orientato la formazione di diverse generazioni di giuristi) quali quelle in materia di lavoro parasubordinato (definizione del resto indissolubilmente associata proprio alla ricostruzione dell'istituto operata nella monografia del 1979), di rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, di trattamento di fine rapporto (tematica durevolmente coltivata nel tempo in abbinamento, dopo le riforme avvicendatesi a partire dagli anni novanta, con quella della previdenza complementare).

Il periodo della piena maturità, oltre ad essere contrassegnato da nuovi interessi tematici (con particolare riguardo ai numerosi scritti in materia di parità di trattamento retributivo a parità di mansioni, di trasferimento d'azienda, di sciopero nei servizi pubblici essenziali e di contratto di lavoro a tempo determinato) è coinciso, da un lato, con l'avvio di riflessioni sistematiche di maggiore ampiezza, come quelle proposte nei numerosi saggi in materia di rappresentanza e rappresentatività sindacale (relazione alle Giornate di studio AIDLASS 1989), di eccedenze di personale, di disciplina del lavoro flessibile prima e di *Flexicurity* poi, di rilettura del sistema delle fonti con particolare riguardo alla natura e funzione del contratto collettivo, di declinazione giuslavoristica delle categorie civilistiche; dall'altro, con un'intensa attività di direzione e curatela editoriale, sia sul fronte delle riviste (su tutte *Argomenti di Diritto del lavoro*, del cui gruppo fondatore è stato parte attiva) che su quello dei volumi collettanei, come il fortunatissimo compendio *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, i commentari a nuovi ed importantissimi provvedimenti legislativi come quelli in materia di diritto al lavoro dei disabili e di contratto a tempo determinato, i volumi su *Flessibilità e diritto del lavoro*: opere nelle quali lo studioso di esperienza ha messo a frutto l'ulteriore attitudine, attributo caratteristico e connaturale alla personalità scientifica dei veri Maestri, alla selezione e valorizzazione di giovani studiosi, dimostrandosi per i suoi allievi un meticoloso ed intransigente lettore e un puntuale ed efficace correttore nonché, soprattutto, uno strenuo sostenitore del merito. Per venire, infine, alla produzione degli anni più recenti, i cui punti culminanti sono rappresentati dalla realizzazione del manuale impostato nella prospettiva, affatto originale al momento della presentazione, oggi condivisa da buona parte dell'accademia, del *Diritto dei lavori* e nella nuova attenzione dedicata ai classici, il cui emblema è l'attento studio critico sulla produzione giuslavoristica di Francesco Carnelutti.

Il rapidissimo riepilogo poc'anzi tratteggiato non persegue in sé alcun intento laudativo, volendo solo esplicitare la giustificazione scientifica dell'omaggio, laddove la ragione affettiva o, meglio, le molte e diverse ragioni affettive, sono riposte nell'animo di ognuno degli amici che hanno voluto prendervi parte. Renato Scognamiglio, Mattia Persiani, Edoardo Ghera, Guido Alpa, Arturo Maresca, Massimo Confortini, Enrico Del Prato, Domenico Mezzacapo e in ultimo chi scrive esprimono quindi la loro profonda gratitudine ai moltissimi colleghi che hanno aderito con autentico entusiasmo all'invito. Si tratta, come si evince agevolmente dall'articolato indice che raggruppa gli scritti destinati a questo *Liber Amicorum* in dodici capitoli, oltre che dall'elenco degli autori, di un *parterre* notevolmente assortito, che include tanto professori e ricercatori di diritto del lavoro quanto studiosi di altre aree civilistiche, del diritto pubblico e costituzionale interno e comparato, del diritto processuale civile nonché cultori degli studi storici, filosofici e sociologici, italiani e non solo: sono infatti presenti nella raccolta scritti di numerosi colleghi stranieri (Jesús Cruz Villalón, Wolfgang Däubler, Oscar Hernández Alvarez, Joaquín García Murcia, María Amparo García Rubio, Alfredo Montoya Melgar, Antonio Ojeda Avilés, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré) ai quali va rivolta una particolare espressione di riconoscenza.

Sia il ringraziamento che la constatazione del forte coinvolgimento di tutti gli autori dei contributi qui presentati vengono formulati senza la minima nota di ritualità, ma trovano la loro più profonda motivazione nell'elevatissima qualità degli scritti che molti insi-

gni Maestri e studiosi di così tanti e diversi ambiti giuridici hanno voluto destinare a questo *Liber*, a conferma ed attestazione dell'affetto, della vicinanza e del riguardo verso uno studioso così attento, alacre ed aperto alla modernità; un dono che viene offerto ad ideale contraccambio dei cinque decenni di impegno scientifico, didattico ed istituzionale nel corso dei quali egli è venuto affermandosi come uno dei più autorevoli interpreti di una materia che, come ma forse più di altre, richiede ai suoi cultori l'esercizio costante della capacità di aderire al tempo dei mutamenti sociali, come sottolineava con impareggiabile efficacia Massimo D'Antona nelle sue notissime riflessioni metodologiche elaborate all'inizio degli anni novanta.

In piena coerenza con tale caratterizzazione assiologica, la perdurante attenzione ai nessi sincronici tra evoluzione del sistema giuridico e trasformazioni della realtà sociale, la continua verifica della rispondenza del principio e del precetto normativo al contesto di riferimento alle quali si accompagna, senza alcun tratto di contraddittorietà, l'ortodossa solidità diacronica dell'impianto metodologico sono proprio le "cifre" più evidenti, significative e ricorrenti nell'intero itinerario scientifico di questo autore: sicché è apparso più che appropriato associare al suo nome la definizione di "giurista della contemporaneità", evocativa di un'identità scientifica del tutto rispondente alla figura dello studioso che con sguardo limpido e asciutto (per riprendere le parole con le quali Natalino Irti ha voluto chiudere un suo saggio di qualche anno fa per l'appunto intitolato alla dialettica tra diritto e contemporaneità), si accosta ai temi ed ai problemi che ogni nuova epoca non manca di suscitare nella dimensione della normatività.

Allo stesso modo l'occasione celebrativa, se si eccettua la materialità cartacea dei due tomi, non ha, né potrebbe avere nulla di definitivo, ma evoca l'immagine di uno scenario in (felice) divenire; e ciò tanto per coloro i quali hanno inteso condividere con Pino Santoro (questo il diminutivo affettuosamente utilizzato da tutti i suoi amici) una tappa del proprio percorso di ricerca, quanto per lo stesso destinatario di questo omaggio: un dono che assume per certo molti significati, tanti quante sono le voci che concorrono alla sua espressione corale, ma che nella sua interezza non può non possedere il senso di un inequivocabile invito all'ulteriore coltivazione di un talento che ha sinora prodotto così tanti frutti sostanziosi e succulenti a beneficio e alimento dell'intera comunità scientifica.

Roma, 14 novembre 2018

STEFANO BELLOMO

I. LE CATEGORIE GENERALI, OGGI

DIRITTI, LIBERTÀ FONDAMENTALI E DISCIPLINA DEL CONTRATTO *

GUIDO ALPA

Prof. Ord., Sapienza Università di Roma

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 pro-

* Sono orgoglioso di aver promosso con alcuni Colleghi l'iniziativa di onorare Giuseppe Santoro-Passarelli nell'anno di compimento del suo insegnamento alla Sapienza. L'omaggio tributatogli dalla Facoltà vuol rimeritare un giurista finissimo e un docente esemplare. Per quel che mi riguarda, accanto all'apprezzamento scientifico vorrei evidenziare il rapporto di franca, solidale, fattiva collaborazione e, naturalmente, i sentimenti di profonda amicizia che ci legano, destinati a protrarsi nel tempo anche al di là delle uggiose scadenze amministrative.

¹ Per una prima ricognizione v. P. RESCIGNO, voce *Contratto*, *EGT*, XI, 1988, 9; R. SACCO, in *Digesto*, 1987; R. SACCO, *Il contratto*, *Tratt S*, vol. I, Utet, 2004, 30 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Giuffrè, 2000, 31; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, *BBTC*, I, 1997, 1 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, voce *Enc. dir.*, XXI, 1971. A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, *Jus*, I, 2008, 83 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; E. ROPPO, *Il contratto*, *Tratt IZ*, Milano, 2001; E. DEL PRATO, *Immagini dell'autonomia privata*, Giappichelli, 2013; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Giappichelli, 2015; P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale*

muove 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 giurisprudenza, 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. Questi 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,

le e autonomia contrattuale, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014; G. ALPA, *Il contratto in generale*, Giuffrè, 2014; G. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *RISG*, 2014, 335 ss.

² M. CONFORTINI, *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Utet, 2017.

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

⁴ Ma v. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 3 ss.; e già. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969 e P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, 1969; più di recente E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, 1996; A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del trattato europeo e diritto privato*, *EDP*, 2015, 743.

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 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 determinate autonomamente a considerare vincolante la Carta e ad ispirarsi ad essa per risolvere le

⁵ S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come atto giuridico, Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, 2001.

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 stata 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 Strburgo, 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, comma 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 i principi della Carta e i 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.

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, comma 2), che per *tabulas* inscriveva i principi tra le *fonti* del diritto comunitario (i principi sono regole giuridiche di

⁶ A. CELOTTO-G. PISTORIO, *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* (rassegna giurisprudenziale 2001-2004), *GI*, 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, Mulino, 2001; AA.VV., *L’evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Saggi e casi di studio, 2012; AA.VV., *I diritti fondamentali dell’Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. GIANNITI, Bologna, 2013; G. ALPA, *Diritto privato europeo*, 2016; *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di S. ALLEGREZZA-R. MASTROIANNI-F. PAPPALARDO-O. POLLICINO-O. RAZZOLINI, Milano, 2017.

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 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

⁸ R. SACCO, *I principi generali nei sistemi giuridici europei* cit., 163.

⁹ A. FALZEA, *Relazione introduttiva* cit., 25.

¹⁰ P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva* cit., 341.

¹¹ G. OPPO, *L'esperienza privatistica* cit., 227.

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

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 No. 13/2011, ma v. anche S. GRUNDMANN, *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008; M.W. 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 No. 2009/05.

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 egitaria, 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, etc.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 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 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 (C-152/82 del 13 novembre 1990) o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In

¹⁴ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, 2007.

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 (C-36/02).

Più di recente, in materia di contratti di assicurazione, la Corte di Giustizia ha stabilito che l'art. 5, n. 2, dir. 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).

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, dir. 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, dir. 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).

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

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

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

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 biotecnologie, 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.

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

¹⁹ S. RODOTÀ, *L’età dei diritti al crepuscolo?*, “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*, S. GRILLER-J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism Without a Constitutional Treaty?*, Wien-New York, 2008, 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, 485 ss.

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

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.

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 dir. 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 dir. 2002/14, togliendo a quest'ultima il suo effetto utile. La Corte esamina poi se la dir. 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 dir. 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 dir. 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 dir. 2002/14, possa essere invocato facendo riferimento alla dir. 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,

²⁴ The Reach of Free Movement (cur. Editors: Andenas, Mads, Bekkedal, Tarjei, Pantaleo, Luca (Eds.), Monaco di Baviera, 2017.

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 dir. 2002/14 (caso C-176/12).

In altri casi, però, la Corte ha applicato direttamente il diritto fondamentale: ciò nel caso *Kukukdeveci* (del 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* (del 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 UE, sez. grande, con sentenza del 23 ottobre 2007, C-112/05 ha stabilito che la legge interna non deve ostacolare 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

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 *L'essenza della democrazia. I diritti umani e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di G. ALPA, 2010, 205 ss.

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

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 coppia 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);

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

(iii) la più tradizionale consiste nel considerare i principi fondamentali come norme imperative, e quindi come norme che comunque debbono essere applicate.

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 imponesse 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 complementarità tra diritti fondamentali e disciplina del contratto: «it is obvious (dice in conclusione di un recente saggio) – that the complementarità 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 complementarità 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 The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe, University of Cambridge Faculty of Law, Research Paper No. 13/2011.

³⁰ H.-W. MICKLITZ, *Failure or Ideological Preconceptions-Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code*, EUI Working Papers.Law 2010/04, 5.

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

³² C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan der Rijn, 2008.

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 riprodotta 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 all'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 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 pos-

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

sono 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. 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.

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

³⁴ L. BÉGIN, *L’internationalisation des droits de l’homme et les défis de la “contextualisation”*, (2004) 53 *Rev. interdisciplin. ét. jur.* 63.

³⁵ G. ROUHETTE, *Regard sur l’avant-projet de réforme de droit des obligations*, *Rev. dr. comp.*, 4/2007, 1393.

³⁶ C. AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux relatifs au droit des contrats, Pour une réforme de droit des contrats, sous la direction de François Terré*, Parigi, 2009, 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.

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

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 proporzionalità⁴⁰, 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 eser-

³⁹ T. fed. 80,11,26.

⁴⁰ A. FLESSNER, *German Report* cit., 5.

cizi commerciali, il cui scopo era di garantire una ordinata vita ai dipendenti e agevolare la concorrenza. 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, a cui doveva accudire da sola, versando in difficoltà economiche (19 ottobre 1993).

Il par. 2 della legge fondamentale è stato applicato in una fattispecie curiosa; si trattava di un contratto di disposizione del proprio corpo (per attività sessuale) concluso da una coppia non unita in matrimonio; il contratto prevedeva che la donna avrebbe usato contraccettivi; dai rapporti sessuali però nacque un bambino e il padre fu obbligato a versare gli alimenti alla madre; la Corte ha ritenuto che il contratto fosse invalido in quanto immorale (17 aprile 1986).

L'analisi della *Drittwirkung* ai rapporti tra privati è oggetto di una letteratura vastissima in Germania.

La coesistenza tra applicazione diretta e applicazione indiretta è tema ancora aperto: la prima difesa da Nipperdey, la seconda da Durig⁴¹. Molte sono le decisioni della Corte costituzionale tedesca che applicano direttamente le norme costituzionali (in particolare la dignità prevista dal § 1) ai rapporti tra privati.

L'applicazione indiretta ha conquistato la maggior parte degli studiosi tedeschi, come Larenz e Flume, ed ha finito per essere dominante anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Il caso *Luth* deciso nel 1958, che è divenuto il vessillo della letteratura in materia, è significativo. Si trattava di un attivista del dialogo tra Cristiani ed Ebrei che aveva promosso il boicottaggio di un film prodotto, dopo la guerra, da un regista che sotto il Nazismo aveva tenuto un comportamento collaborativo, dirigendo un film che propagandava le teorie antisemite (Suess l'ebreo). La questione finì dinanzi alla Corte di Cassazione, che confermò l'obbligo risarcitorio di Luth nei confronti dei danneggiati dalla sua azione di boicottaggio. Ma Luth si appellò alla Corte costituzionale (in Germania anche i

⁴¹ V. tra i molti riferimenti K.M. LEWAN, *The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany*, 1968, 17 *Int. Comp. L. Q.* 571.

privati possono adire la Corte) invocando il principio di libertà di espressione. E la Corte gli diede ragione. La Corte costituzionale ha creato anche il diritto alla privacy, facendo uso delle clausole generali che disciplinano la responsabilità civile nel B.G.B.

Il caso della giovane madre che aveva rilasciato fideiussioni a favore del padre ha suscitato interesse, ed è oggetto delle riflessioni anche di giuristi non tedeschi. Hondius l'ha preso a riferimento per svolgere la sua analisi della problematica alla luce del diritto olandese⁴². Ciò è tanto più interessante in quanto in Olanda vi è una Costituzione scritta, non vi è una garanzia costituzionale esplicita della libertà contrattuale, non vi è neppure una Corte costituzionale, né la dottrina o la giurisprudenza hanno costruito meccanismi di applicabilità diretta della normativa costituzionale ai rapporti tra privati.

L'assenza di un controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi non ha però impedito alle Corti olandesi di applicare direttamente le norme della Costituzione (sottoposta a revisione nel 1983) ai rapporti tra i privati (c.d. effetti orizzontali). Così è stato per il caso del minore che, in quanto figlio di padre ebreo e di madre non ebrea, non era stato ammesso a frequentare un istituto ebreo (il liceo Maimonide di Amsterdam). Ragionando in termini di libertà di educazione, la Corte di cassazione⁴³ ha cassato la sentenza della Corte di appello che aveva imposto l'ammissione all'istituto riottoso.

La libertà contrattuale, che con la vincolatività del contratto e il principio consensualistico costituisce la triade delle fondamentali regole del settore, è collegata, secondo la dottrina, anche con il diritto di proprietà e con la libertà personale.

Ma la libertà contrattuale trova il suo bilanciamento (e i suoi limiti) con la tutela degli interessi dei consumatori.

Hondius si riferisce alle molteplici disposizioni del nuovo codice civile (entrato in vigore con alcuni libri nel 1982) che offrono ampia protezione agli interessi deboli. Dal suo punto di vista la copertura costituzionale non sarebbe necessaria, in quanto un testo ampio, dettagliato e moderno come il nuovo codice sarebbe sufficiente di per sé a perseguire gli scopi a cui tende la protezione costituzionale.

In questo contesto una delle esperienze più rilevanti è quella israeliana, anche se, dati i suoi profili generali, può essere considerata come un modello occidentale che ha dignità pari a quelli che più hanno influito sulla problematica, come il modello tedesco e il modello italiano.

Nella problematica affrontata si intrecciano molti temi di teoria generale, oltre che di analisi giurisprudenziale. Ogni modello li colloca in un ordine congeniale alla sua tradizione e alla sua storia e spesso li risolve con rimedi uniformi. È davvero confortante notare come, pur nella diversità dei modelli, vi sono aspetti e nodi che si somigliano o addirittura si identificano. Ciò significa che nel mondo occidentale, al di là della competizione degli ordinamenti, c'è davvero la possibilità di trovare un linguaggio comune e soluzioni comuni, e che il mondo del diritto e dei diritti può parlare ai giuristi sulla base di una circolarità di idee e di strumenti che ne costituiscono la forza intrinseca.

La riprova di questi assunti si può rinvenire in un saggio assai acuto di Aharon Barak, già presidente della Corte costituzionale israeliana, e professore della Hebrew University

⁴² *Relazione al Convegno*, cit., 1 del datt.

⁴³ Hoge Raad, 31 ottobre 1969.

di Gerusalemme. Il saggio è pubblicato sui quaderni della School of Law di Yale⁴⁴. Trattandosi di una indagine predisposta per il giuristi che si applicano al diritto israeliano, non si prendono in considerazione le regole della Convenzione EDU e quelle della Carta europea dei diritti umani, né la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e di quella del Lussemburgo, ma piuttosto le regole applicate dalle Corti costituzionali e dalle Corti di legittimità nazionali di alcuni modelli stranieri, assai diversi tra loro. D'altra parte, il tema della applicazione dei diritti costituzionali ai rapporti tra privati è fondamentale in ogni democrazia costituzionale.

Il punto da cui muove Barak è la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: una distinzione in crisi, come più volte si è messo in evidenza anche da parte della nostra cultura giuridica, perché si possono ovunque riscontrare "creature" ibride, enti o compiti affidati ai privati ma con finalità pubbliche e principi di diritto privato che si applicano all'attività amministrativa, quali la buona fede e la correttezza, la ragionevolezza, e principi originati dal diritto pubblico, come quello di "giustizia naturale" o il divieto di conflitto d'interessi, che ormai si applicano anche al diritto privato.

Anche là dove non vi sono costituzioni che elencano i diritti fondamentali (come in Israele o nel Regno Unito), i diritti fondamentali sono prodotti dalla creatività dei giudici come «una luce che orienta l'interpretazione della legge e consente di controllare la legittimità degli atti pubblici»⁴⁵. Vi sono alcuni diritti "basici" quali la dignità umana, la libertà di lavoro, la libertà di espressione, la libertà di movimento. Nell'ambito del diritto privato, oltre a questi diritti, si riscontrano come fondamentali la libertà di contrarre, il diritto al nome, la libertà personale. In Israele questi diritti, seppur fondamentali, possono essere modificati dalle leggi ordinarie, perché non hanno una durezza superiore. Ma si può parlare di una costituzionalizzazione del diritto privato o di una "privatizzazione dei diritti umani"?

Secondo Barak – e secondo gli analisti dei sistemi comparati – si può rispondere a questa domanda in quattro modi diversi: (i) si può dare una risposta positiva, e dire che i diritti fondamentali si applicano direttamente ai rapporti tra privati (modello dell'applicazione diretta); (ii) si può dare una risposta negativa (modello della separazione tra diritto privato e diritto pubblico, in base al quale i diritti fondamentali si possono far valere solo nei fronti dello Stato); il terzo e il quarto modello stanno in mezzo ai primi due: (iii) uno è il modello dell'applicazione diretta, ma i diritti fondamentali non sono protetti in sé e per sé, piuttosto lo sono attraverso le tesi dottrinali; (iv) l'altro è l'applicazione indiretta che si avvale di clausole generali, come la buona fede o l'ordine pubblico, per tutelare questi diritti anche nei rapporti interpersonali.

La scelta di questi modelli non può essere né casuale né apodittica. Vi sono argomenti a favore e argomenti contrari per ciascuno di essi.

Gli argomenti a favore del primo modello sono semplici: i diritti fondamentali non emanano dalla volontà del governo, e il danno derivante della loro violazione può essere anche più grave se la violazione è perpetrata dai privati. In più, la dignità e la libertà sono connaturali alla persona umana. E non si possono distinguere diritti fondamentali validi

⁴⁴ A. BARAK, *Constitutional Human Rights and Private Law, Faculty Scholarship Series*. Paper 3698, 1.1.1996.

⁴⁵ A. BARAK, *Constitutional Human Rights* cit., 222.

per lo Stato e non validi per i privati. L'argomento contrario si basa sul fatto che solo la Costituzione può dire se i diritti fondamentali si applicano anche ai privati, e tali diritti sono spesso tra loro in conflitto, quindi debbono essere bilanciati.

Gli argomenti a favore della disapplicazione dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati si concentrano sulla libertà dei privati, libertà del volere, libertà dell'agire, nell'ambito della loro sfera (contrattuale, testamentaria, etc.). Questo modello è accolto dalla Costituzione canadese, ed è giustificato dal fatto che, mentre si impone ai giudici di decidere tenendo conto della Costituzione, non possono però sorgere obbligazioni tra le parti che nascano dalla Costituzione.

E tuttavia, se le Corti sono assoggettate alla Costituzione, i giudici non possono applicare la legge se non con una interpretazione costituzionalmente orientata⁴⁶.

L'applicazione indiretta è sostenuta da argomenti simili a quelli dell'applicazione diretta. La differenza è che nella seconda i diritti fondamentali sono *già inclusi* nel diritto privato, sotto forma di comportamento di buona fede e correttezza, di ragionevolezza, di colpa, di integrità della persona, ordine pubblico, e così via.

Tuttavia, se i diritti fondamentali hanno uno status costituzionale, la parte che li riveste può ottenere in un rapporto privatistico, un rimedio più forte: ad es., ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro se licenziato illegittimamente, anziché semplicemente un risarcimento del danno. Le argomentazioni contrarie sono identiche a quelle mosse contro l'applicazione diretta.

Veniamo ora agli altri modelli. Il modello affidato ai giudici cerca di superare l'argomento formale in base al quale i diritti fondamentali sono diretti solo allo Stato. Ma la risposta è semplice: i giudici sono parte dell'apparato statale, quindi debbono osservare i diritti fondamentali. Ma si potrebbe opporre che i giudici debbono osservare le pattuizioni tra privati senza intrudervi con principi costituzionali.

Se si amplia l'orizzonte si può rinvenire un modello reale in ciascuno dei modelli teorici sopra illustrati. Ad es., il modello dell'applicazione diretta come si è detto si trova in Svizzera. Qui si attua la *Drittwirkung* di derivazione tedesca: il rapporto che lega il cittadino alla Costituzione coinvolge un terzo, la controparte del cittadino. Ovviamente, si muove dal presupposto che i diritti fondamentali abbiano uno status superiore a quelli degli altri diritti creati dalla legge ordinaria.

Secondo Barak anche in Italia e in Spagna si segue il modello della applicazione indiretta, quando si fa riferimento alla responsabilità civile per tutelare la salute protetta dalla Costituzione o la tutela del rapporto di lavoro. E così per il Giappone.

In India e negli U.S.A. questo modello non è accettato. Negli Stati Uniti però si fa una eccezione per la schiavitù (XIII Emendamento)⁴⁷.

Barak ritiene in conclusione che i diritti fondamentali abbiano uno *status* diverso dai diritti creati dalle leggi ordinarie; che perciò questi diritti non riguardino soltanto il rapporto tra il cittadino e lo Stato; e che l'applicazione ai rapporti tra privati debba essere raf-

⁴⁶ A. BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven, 1989, 147 ss.; A. BARAK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, 2015, 307 s.i.p. Una acuta e approfondita riflessione su questo tema è offerta ora da M. LUCIANI, nella voce *ad hoc*, *Annali della Enc. dir.*, 2016.

⁴⁷ G.Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, 1987, 1688.

forzata anche se indiretta. L'applicazione diretta – a suo modo di vedere – creerebbe un “diritto costituzionale privato” separato dal diritto privato.

In ogni caso, il diritto privato impone un bilanciamento di valori alla luce della Carta costituzionale. La cornice del diritto privato è proprio costituita dal bilanciamento tra i valori dei privati e i valori costituzionali.

Assumendo che anche la libertà contrattuale e la libertà di dare un contenuto al contratto siano diritti costituzionalmente garantiti, essi devono essere bilanciati con gli altri diritti fondamentali, e la *dignità* della persona prevale comunque su di essi.

Così facendo si consente ai diritti fondamentali di evolvere, in quanto essi non sono “assoluti”. Là dove non vi sono regole (come da noi, ad es. per quanto riguarda l'obbligo a contrarre degli esercenti il commercio) occorre bilanciare il diritto a contrarre con il diritto di eguaglianza e non discriminazione. Mentre il ristoratore non potrà rifiutare di servire chiunque, il privato che cerca un locatario potrà scegliere in libertà. Il ristorante è un negozio aperto, la casa privata no.

Barak individua il *discrimen* tra attività negozialmente possibili e attività negozialmente illegittime nel principio di *dignità della persona*, che è il fondamento dei diritti fondamentali. La sua posizione trova solidarietà nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca come in quella italiana.

Barak svolge una ampia analisi filosofica del principio di dignità, approfondendone gli aspetti anche religiosi, ma essendo un giurista si preoccupa soprattutto di tre problemi: (i) la connessione della dignità come *valore* con la dignità come *diritto costituzionale*; (ii) i limiti al diritto costituzionale che garantisce questo valore; (iii) il significato anche pragmatico di termine/concetto/valore, che diventa, nella proposta dell'A., anche un “progetto” ermeneutico.

Per i giuristi italiani – specie per chi ritiene che si possa ancor oggi parlare di valori in prospettiva giuridica, e non solo di norme “pure” e di interpretazione formale – la prima connessione viene per così dire naturale. Nella Costituzione italiana, una delle prime del Dopoguerra, e appunto per questo illuminata e lungimirante, le disposizioni che fanno esplicito riferimento a questo valore, trasformato in norma, sono diverse, sì che, per usare la prospettiva di Barak, questo termine non allude solo ad un valore e ad un diritto, ma è anche inteso come “diritto-madre”, cioè il fondamento dei diritti, e pure come *framework*, cioè come cornice entro la quale si interpretano e si applicano tutti i diritti costituzionalmente garantiti.

Per quanto usato così frequentemente, non si deve credere che il termine compaia in tutte le costituzioni del mondo occidentale. Anzi. Nella costituzione federale americana è solo un valore, mentre è un diritto esplicitamente garantito nelle costituzioni del Montana, dell'Illinois, della Louisiana e di Puerto Rico. Nella costituzione canadese è solo un valore. Nella costituzione sudafricana è un valore e un diritto, ma limitato. La costituzione tedesca si staglia e differenzia tra tutte, perché in quel testo dignità è un valore assoluto, “intangibile”, perciò non solo inviolabile ma neppure oggetto di limiti o di bilanciamenti nella applicazione degli altri diritti della persona.

E se guardiamo all'ambito europeo, ci accorgiamo che si tratta di un valore-diritto espressamente citato nella Carta europea dei diritti fondamentali, che si apre appunto con la sua proclamazione, ma non così frequentemente impiegato; mentre, è valore e non di-

ritto esplicitato nella Convenzione dei diritti umani; tuttavia, come si è detto, è impiegato in migliaia di decisioni della Corte di Strasburgo, in cui viene utilizzato per salvaguardare i diritti della persona al fine di assicurarle un risarcimento da parte dello Stato di appartenenza che l'ha violato.

Dignità è dunque anche sintomo di uno *status* ed è il fondamento dei diritti "umani". Su questa conclusione concordano sia i giuristi di matrice cattolica sia i giuristi di matrice laica. Ma quali progetti si possono fare per rendere questo valore non solo il coronamento di costituzioni e di decisioni ma anche uno strumento di promozione dell'individuo?

Barak viene da una cultura complessa, che si intreccia con le origini dello Stato di Israele, con la tragedia della Shoah e con la divisione di status tra cittadini di religione ebraica e cittadini appartenenti ad altre religioni: Israele è un Paese in cui la dignità è un diritto costituzionalmente garantito ma non un valore assoluto. È un diritto relativo, che si sfrangia in tanti altri diritti (vita, libertà di espressione, privacy, etc.) tra loro bilanciati, e spesso in contraddizione. Ma è anche un diritto che si applica solo dal 1992 in poi, cioè dall'anno in cui è stata introdotta la normativa che lo prevede (Basic Law). Le leggi anteriori a quell'anno, pur appartenendo ad un gradino inferiore alla Basic Law non sono sindacabili sulla scorta dei valori della Basic Law. Questo spiega, formalmente, molte cose che oggi accadono in quel Paese, ma Barak, nel suo programma ermeneutico, stigmatizza questa anomalia.

La comparazione ci insegna che nel diritto post-moderno i diritti fondamentali hanno un ruolo sempre più rilevato, ma devono fare i conti con il costo economico della loro tutela. E, in anni di crisi, diventa molto difficile assicurare nello stesso tempo la loro garanzia e "far quadrare i conti" dei bilanci di solidarietà delle imprese. Quanto allo Stato, la progressiva riduzione dello stato sociale e la privatizzazione di molte funzioni un tempo assolute dalla mano pubblica tendono ad appannare lo smalto con cui i diritti fondamentali sono dipinti. In altri termini, la lotta per i diritti fondamentali non può dirsi né finita né sicura, neppure oggi.