

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

8

2017



JOVENE EDITORE

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Giuseppe Santoro Passarelli - Enrico del Prato Luisa Avitabile - Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo Andrea Di Porto - Antonio Fiorella - Laura Moscati - Cesare Pinelli - Leopoldo Tullio

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Peter Häberle (Bayreuth) - Erik Jayme (Heidelberg) - Natalino Irti (Roma) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gilberto Lozzi (Roma) - Alessandro Pace (Roma) - Mattia Persiani (Roma) - Fabrizio Ramacci (Roma) - Jerome H. Reichman (Durhan) - Pietro Rescigno (Roma) - Stefano Rodotà (Roma) - Alberto Romano (Roma) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

SAGGI

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. – IL MODELLO INGLESE: 1. Premessa. – 2. L’introduzione dello Human Rights Act, 1998. – 3. La storia costituzionale inglese e le nuove leggi. – 4. L’accoglienza dello HRA da parte dei giuristi e delle Corti inglesi. Le prime reazioni. – 5. Il dibattito aperto dallo HRA. – 6. L’applicazione dello HRA in generale. – 7. L’applicazione del HRA ai rapporti tra privati. – 8. Le origini dell’Equality Act (2010). – 9. L’applicazione orizzontale della Carta dei diritti fondamentali. – 10. La discussione sulla opportunità di approvare un Bill of Rights. – IL MODELLO FRANCESE: 1. Il paradosso del modello francese. – 2. Il rapporto tra le due Carte. – 3. La nozione di “libertà fondamentale”. – 4. Il rapporto tra le Corti e la “europeizzazione” del diritto interno. – 5. La europeizzazione passa attraverso la costituzionalizzazione del diritto privato. – 6. La protezione dei diritti personali, economici e sociali. – 7. La libertà contrattuale. – 8. Nuovi sviluppi della dottrina francese. – 9. La riforma del diritto dei contratti. – I DIRITTI FONDAMENTALI E LA COSTRUZIONE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO. – IL MODELLO ITALIANO: 1. Premessa. – 2. Libertà contrattuale e Costituzione. – 3. La libertà contrattuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

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

¹ Per una prima ricognizione v. P. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1988, 9; R. SACCO, in *Digesto*, 1987; 3 R. SACCO, *Trattato di diritto civile, Il contratto*, vol. I, Utet, Torino, 2004, 30 ss., 4; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2000, 31. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca*,

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, giu-

borsa e titoli di credito, 1997, I, 1 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, voce *Enc. dir.*, vol. XXI, 1971. A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Jus*, n. 1, 2008, 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 e 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 Confortini, Torino, 2017.

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

⁴ Ma v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., 3 ss.; e già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 e P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia pri-*

risprudenziali 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 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.

vata 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. priv.*, 2015, 743.

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,

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

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 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 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.

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

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.

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

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 Bifulco, Cartabia, Celotto, Bologna, 2001; AA.VV., *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012; *I diritti fondamentali dell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di Gianniti, Bologna, 2013; G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016; *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Silvia Allegrezza, Roberto Mastroianni, Fabio Pappalardo, Oreste Pollicino, Orsola Razzolini, Milano, 2017.

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

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

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

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.

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

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

¹³ H. COLLINS, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe* (a cura di Andenas, Andrew e Tamaruya), Legal Studies Research. Paper Series, University of Cambridge, Paper No. 13/2011, ma v. anche *Constitutional Values and European*

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 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

Contract Law, a cura di Grundmann, Alphen aan den Rijn, 2008; Hesselink, Mak, 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.

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

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 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 13.9.2008, n. C-46/07), o i casi di applicazione del principio di dignità della persona (C-152/82, 13.11.1990) 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 (C-36/02).

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.

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

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), della 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), della 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

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

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

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 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

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?*, 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, 235 ss.

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

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.

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.

²⁴ *The Reach of Free Movement* (cur. Editors: Andenas, Mads, Bekkedal, Tarjei, Pantaleo, Luca (Eds.), 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'articolo 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'articolo 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 giuri-

dica direttamente applicabile, dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta. In altri termini, l'articolo 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* (19.1.2010, 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, di applicando, 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 contra-

sto 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* (11.9.2014, 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 23/10/2007 n° 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 dirimpenti²⁷. 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

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, 205 ss.

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

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 possibilità 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.

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

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.

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 te-

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. 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.

ner 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 Cherednychenko preferisce parlare di complementarità 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 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.

³¹ O. O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, in 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'articolo 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'articolo 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 di-

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 and S. Weatherill, Oxford and Portland, 2011, 192).

ritto 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 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. Si che il cambiamento dei fattori che compongono la fattispecie può 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

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

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 publico*, 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 pre-

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

³⁶ AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux relatifs au droit des contrats*, in *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.

scrittive 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 impresa 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 po-

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

³⁹ Trib. fed. 80,11,26.

⁴⁰ A. FLESSNER, *op. cit.*, 5.

tere 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 sent. 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 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, che 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 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 an-

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.

che 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 so-

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

⁴³ HOGHE RAAD, 31 ottobre 1969.

migliano o addirittura di 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 di Gerusalemme. Il saggio, 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 ri-

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

⁴⁵ A. BARAK, *op. cit.*, 222.

scontrano 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 quello dell'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 dalla 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 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, sulla libertà del volere, sulla 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 nascono 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 per tutelare il rapporto di lavoro. E così per il Giappone.

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

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 rafforzata 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 esser 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 tedesche come in quelle italiane.

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 si-

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

gnificato 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 si 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 diritto 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.

IL MODELLO INGLESE

1. *Premessa*

L'applicazione dei diritti fondamentali e dei diritti umani ha segnato una esperienza particolare nel Regno Unito, con peculiarità che non si riscontrano in altri modelli europei. E poiché la loro applicazione è separata, ed obbedisce a due percorsi interpretativi differenziati, è opportuno tenerli distinti.

Innanzitutto dobbiamo ricordare che il Regno Unito non ha una costituzione scritta, e le regole costituzionali hanno origine consuetudinario. Per tradizione, si fa risalire la protezione dei diritti della «persona» fino alla prima versione della Magna Carta, proclamata nel 1215. È questo l'anno in cui il Re firmò un documento solenne in cui si garantiva che i cittadini potessero essere imprigionati solo a seguito di un due process of law. Della Magna Carta esistono varie versioni, compilate nel corso del XIII secolo.

Al di là della storicizzazione di questi dati⁴⁸ e della continuità della tradizione con l'Habeas Corpus Act del 1679 (sulle libertà del cittadino con particolare riguardo alla legittimità della sua detenzione), certamente non faceva difetto nel Regno Unito la difesa di alcuni diritti fondamentali, sia con riguardo alla libertà di espressione, sia con riguardo alla protezione processuale nei confronti dei provvedimenti della pubblica Autorità, sì che i diritti fondamentali sono entrati a far parte della nozione di *Rule of Law*, con la quale si designa il complesso dei fattori componenti di una democrazia moderna, e costituzionale⁴⁹.

A questo riguardo, Lord Bingham, uno dei più apprezzati presidenti dell'allora House of Lords, ha voluto parlare di una «thick» Rule of Law, distinguendola dalla «thin» Rule of Law, cioè di una costruzione solida estesa ed efficace di diritti che ha qualificato «fun-

⁴⁸ I commentatori sottolineano che fino al Novecento la Magna Carta era pressoché ignorata dai giudici inglesi, essendo circa 170 i casi in cui venne invocata, e ormai molte delle sue disposizioni sono superate; nella maggior parte le citazioni sono di prammatica, e ciò che resiste – a parte alcuni principi basilari – è avvolto nel mito (BELLON, *Magna Carta in the Twentieth and Twenty First Centuries*, in 27 *Denning L. Rev.* 2015, 43.

⁴⁹ M.J. BINGHAM, *The Rule of Law*, Londra, 2010.

damental human rights» della persona⁵⁰. Questa nuova configurazione analitica dei diritti del cittadino in uno Stato civile come il Regno Unito si è potuta tuttavia apprestare solo dopo che il Parlamento ha introdotto lo Human Rights Act nel 1998.

Anziché dotarsi (almeno per il momento) di un Bill of Rights o di una costituzione scritta, il Governo inglese, seguito in questa scelta dal Parlamento, ha preferito riversare il testo della la Convenzione europea dei diritti umani in un testo di legge interna, uno *statute*, diretto garantire a tutti i diritti *umani* da essa previsti.

Si deve ricordare che La Convenzione è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai 12 stati al tempo membri del Consiglio d'Europa (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia) ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. Il Regno Unito è stato il primo Paese a ratificarla nel 1951. Ovviamente si trattava, per quel sistema giuridico, al momento, di regole internazionali di origine patizia. La Corte EDU tuttavia più volte aveva sanzionato il Regno Unito per la violazione dei diritti umani.

La scelta di riprodurre il testo della CEDU in una legge interna, presentata con lo slogan «Rights brought home: the Human Rights Bill», è stata suggerita dal Governo presieduto da Tony Blair, che in questa operazione ha intravisto diverse opportunità: mettere un po' d'ordine nella complessa materia dei diritti dei cittadini e degli stranieri residenti nel Regno, assicurarsi che tutti i pubblici poteri – incluse le Corti – fossero tenuti ad osservare i diritti garantiti, far sì che l'osservanza di tali regole limitasse i casi di violazione portati dinanzi alla Corte di Strasburgo e quindi limitasse la irrogazione di sanzioni nei confronti del Regno.

Questa novità, questa scelta, ha fatto sì che la Gran Bretagna partecipasse con minor coinvolgimento alla discussione e alla promozione di una «Costituzione per l'Europa». Nel dicembre del 2000 (cioè due anni dopo l'approvazione dello HRA) a Nizza fu approvata la Carta europea dei diritti fondamentali, che ha un più corposo elenco dei diritti, ed è più moderna, ovviamente, della CEDU, che era stata approvata mezzo secolo prima. E poiché inizialmente la Carta europea aveva solo valore politico, essa non poteva essere azio-

⁵⁰ *Op. cit.*, 66-67; ma v. anche O' CINNEIDE, HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUTION, *The British Academy*, 2012, 8.

nata dinanzi alle Corti in caso di violazione dei diritti garantiti. Di qui il processo di «costituzionalizzazione europea» che si avviò subito dopo, ma la proposta di approvare una «costituzione europea» fallì nel 2007 per il suo rigetto in Francia e in Olanda. La Carta, come si sa, divenne documento giuridicamente rilevante solo nel 2009 a seguito del Trattato di Lisbona del 2007.

Nel 2009 il Regno Unito si trovava dunque in una situazione singolare: aveva sottoscritto la Convenzione EDU del 1950, aveva siglato la Carta dei diritti di Nizza, ma il Governo aveva sottolineato che quel documento non era giuridicamente vincolante. In effetti nel 2007 il Regno Unito aveva sottoscritto il Trattato di Lisbona, ma con un Protocollo aggiuntivo (sottoscritto anche dalla Polonia) in cui sottolineava che «la Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma». Affermazione ambigua che poteva far intendere una presa di distanza dalla Carta (a cui il Trattato riconosceva valore legale). Tuttavia le Corti inglesi (per il momento) avevano ribadito che le regole comunitarie avrebbero dovuto essere interpretate conformemente alla interpretazione della Corte di Giustizia⁵¹ e alcune Corti in diversi casi (tra i quali il caso *Dabas*) avevano già iniziato ad applicare la Carta, prima della proclamazione del Trattato di Lisbona, come se avesse valore legale. Eguale fenomeno, come si sa, è avvenuto in Italia.

Dal 1998 al 2009 nel Regno Unito non si è posto un problema di coordinamento tra CEDU, HRA e Carta europea dei diritti fondamentali. Sicché per descrivere sinteticamente l'evoluzione dei diritti della persona nel Regno Unito, occorre distinguere diverse fasi: quella anteriore al 1998, che appartiene ormai alla storia costituzionale inglese (e che ai nostri fini possiamo tralasciare), l'ingresso dello

⁵¹ *Garland v. British Rail Engineering Ltd* [1983] 751, *Pickstone v. Freemans plc* [1989] AC 66, *Litster v. Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* [1990] 546, *Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No 2)* [1991] 603, e la recente decisione *Dabas v. High Court of Justice in Madrid, Spain* [2007] 2 WLR materia di mandato d'arresto europeo.

HRA, l'approvazione della Carta di Nizza, la proclamazione del valore giuridico della Carta. L'ingresso ha aperto diversi problemi tra i quali val la pena di segnalare: il coordinamento con il sistema costituzionale preesistente, la sua interpretazione, l'elaborazione degli rimedi (nuovi o di common law?) per la violazione dei diritti garantiti, la sua incidenza sui rapporti di *diritto pubblico e di diritto privato*. La Carta di Nizza, prima documento politico, poi documento giuridico con le precisazioni del Protocollo, non ha suscitato il medesimo interesse né la medesima problematica dello Human Rights Act⁵².

Dopo il 2009 e fino alla Brexit (2016) si registra dunque un periodo piuttosto confuso; nella prevalenza, i giuristi inglesi hanno ritenuto che la Carta europea dovesse applicarsi solo ai rapporti verticali, e hanno avanzato molti dubbi sulla sua applicazione ai rapporti di diritto privato.

Attualmente è anche allo studio la preparazione di un nuovo Bill of Rights, che comporterebbe l'abrogazione del HRA e la introduzione di un nuovo testo di legge protettivo di diritti fondamentali. Poiché tutta l'attenzione è concentrata sulla Convenzione EDU e sullo HRAct conviene d'ora in poi parlare di *diritti umani*, anche se, come si è detto, la dottrina inglese non è particolarmente precisa a questo riguardo.

2. *L'introduzione dello Human Rights Act, 1998*

La legge intitolata Human Rights Act è stata introdotta, come si è detto, nel Regno Unito nel 1998 ed è entrata in vigore il 1° Ottobre del 2000. Essa assicura a ciascuno i diritti e le libertà fondamentali nei limiti stabiliti dalla legge.

Tre sono gli effetti che l'Act dispiega: (i) incorpora nel diritto interno i diritti garantiti dalla Convenzione Europea per la garanzia dei diritti umani (CEDU); (ii) vincola tutte le autorità pubbliche, come i giudici, le forze di polizia, le autorità locali, le strutture sanitarie e le scuole pubbliche e tutti gli enti che assolvono a una funzione pubblica a rispettare e proteggere i diritti umani; (iii) vincola

⁵² Tuttavia v. della House of Lords, European Union Committee, il 10th Report of Session 2007-2008, intitolato: *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, vol. I: *Report*, pubblicato il 13 marzo 2008.

anche il Parlamento, il quale non può emanare leggi in contrasto con l'Act, a meno che non vi siano ragioni particolari, in quanto il Parlamento inglese non abdica alla sua sovranità.

L'Act non specifica quali rimedi possano essere vantati dalle persone lese nei propri diritti umani, e quindi spetterà al giudice adito individuare, nella «scatola degli attrezzi», cioè nell'elenco dei rimedi consegnati dalla tradizione, le modalità risarcitorie più appropriate: normalmente si tratta di un *tort*, e quindi il risarcimento consiste nella riparazione di un danno pecuniario. Ma di questo punto si tratterà più oltre.

Due ragioni espresse nella presentazione al Parlamento dal Segretario di Stato per sostenere l'approvazione della legge sono particolarmente significative, e si aggiungono agli scopi sopra enunciati: fino al 1998 il Regno Unito aveva collezionato migliaia di sentenze di condanna da parte della Corte EDU; occorreva quindi consumare il tentativo di prevenire o almeno contenere il ricorso dei cittadini inglesi (che comportava un dispendio di lavoro e di risorse finanziarie accollati al Governo nei procedimenti celebrati dinanzi alla Corte di Strasburgo) e ancora occorreva attenuare l'impatto della Corte EDU sulle Corti inglesi. Il presupposto era dunque di natura politica ed economica: se i cittadini inglesi avessero potuto far valere i loro diritti umani direttamente dinanzi ai giudici inglesi, il coinvolgimento della Corte EDU sarebbe stato meno pesante.

Rispetto alla Convenzione EDU il testo dell'Act riprende tutte le disposizioni, dall'art. 2 all'art. 14, i primi tre articoli del Primo Protocollo aggiuntivo, e l'art. 1 del Protocollo n. 13. Per contro non ha accolto gli artt. 1 e 13. L'art. 1 è superfluo, perché obbliga gli Stati firmatari della Convenzione ad applicare i diritti garantiti dalla Convenzione nel loro ordinamento: poiché l'Act è divenuto legge del Regno Unito, questa disposizione sarebbe stata meramente ripetitiva. L'art. 13 garantisce il diritto ad un ricorso effettivo: anche questa disposizione è pleonastica, perché le violazioni dell'Act sono sanzionate secondo i rimedi previsti dall'ordinamento inglese.

Dieci anni dopo il sistema dei diritti è stato ulteriormente modificato.

Il sistema costituzionale si è completato con l'Equality Act del 2010, collegato con l'art. 14 dello HRA, che vieta le discriminazioni. Su questa legge si tornerà tra poco.

3. *La storia costituzionale inglese e le nuove leggi*

Come si è anticipato, queste nuove leggi hanno un significato molto più profondo ed esteso di quanto non possa apparire a prima vista. È pur vero che il Regno Unito può vantare, tra gli altri Paesi dell'Unione europea, e anche al di fuori di essi, una risalente prestigiosa tradizione democratica in cui si sono affermati i diritti umani e le libertà da tempo memorabile, e persino permettersi di non riportare su testi scritti queste posizioni soggettive affidandole alla tradizione di una costituzione non scritta. Ma molti studiosi hanno saputo vedere in questi due Acts un vero e proprio cambiamento nel sistema costituzionale e finanche un cambiamento di cultura e di mentalità.

I giuristi inglesi tendono a istituire una continuità nella storia costituzionale tra le libertà introdotte dalla prima versione della Magna Carta, nel 1215, i secoli successivi, con l'Habeas Corpus del 1679, la costituzione non scritta consolidatasi nell'Ottocento e le leggi attuali. Questa interpretazione «continuista»⁵³ è frutto del mito di cui è stata circondata la Magna Carta, non essendovi alcun rapporto tra l'epoca medievale e quella moderna. È pur vero che in questo documento si trova una collezione di diritti rivendicati (dai baroni) nei confronti della Corona, cioè del potere costituito; oltre alla Rule of Law il testo ingloba anche il Government by Agreement⁵⁴; ma i diritti che essa riconosce non riguardano solo singoli individui, bensì anche la Chiesa, le comunità, le «società dei corpi e dei privilegi», e quindi si pone in un'ottica che pare assai diversa da quella delle Dichiarazioni illuministiche che riconoscevano taluni diritti essenziali in capo a ciascun individuo. I limiti al Governo sono indicati nel riconoscimento delle libere consuetudini, nella libertà del commercio, nella intangibilità della persona se non a seguito di un *due process of law*, il consenso generale per l'imposizione delle tasse, e la proporzionalità delle pene.

L'eredità che le si può riconoscere è quella dei poteri bilanciati, anche se con il tempo si è consolidato il principio della sovranità del Parlamento.

⁵³ Così la qualifica M. FIORAVANTI, *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo*, in *Quad. Fiorentini*, 2016 (XLV), 67 ss.

⁵⁴ M. FIORAVANTI, *op. cit.*, 72.

Lo HRA cambia questa prospettiva, perché enumera i diritti sotto forma di principi generali e obbliga i giudici ad uniformare la legge che essi applicano a questi principi. Così facendo introduce la supremazia delle norme costituzionali di principio⁵⁵. Questo aspetto significativo, direi quasi rivoluzionario, è stato colto solo da alcuni costituzionalisti⁵⁶, e dai giuristi che hanno competenze in materia di diritto comparato, come sir Basil Markesinis⁵⁷ e dai giudici di larghe venute, come Lord Bingham⁵⁸.

4. *L'accoglienza dello HRA da parte dei giuristi e delle Corti inglesi. Le prime reazioni*

Per venire ai punti essenziali, lo HRA, essendo redatto in un testo scritto, pone al giurista inglese il problema della interpretazione del testo normativo: di qui il dilemma se si debba impiegare la stessa tecnica ermeneutica che si impiega in Inghilterra per gli statutes (cioè l'interpretazione letterale, tendenzialmente restrittiva e aliena all'ammettere la costruzione di principi generali) o si debba seguire le tecniche interpretative della Corte EDU.

Se si dovesse ammettere questa seconda alternativa, le Corti inglesi (compresa la Corte Suprema) dovrebbero sottostare alla interpretazione di una Corte estranea al sistema inglese e per di più operante sulla base del diritto internazionale di fonte convenzionale. Ancora. Si discute se sia ammessa la interpretazione integrativa, nel caso in cui il testo risulti incompleto. Secondo l'orientamento tradizionale (espresso in *Re Rawland*, A.C., 1963) la risposta sarebbe negativa. E che dire dell'interpretazione che noi definiamo «storica», cioè dei lavori preparatori, dei voti del Parlamento, di tutto ciò che ha preceduto la redazione e applicazione del testo? Mentre nel diritto italiano l'interpretazione storica non è rilevante, nel caso *Pepper v. Hart* (A.C., 1993) i giudici inglesi si espressero in senso opposto. Il testo della CEDU presenta altre due caratteristiche: essa è interpretata te-

⁵⁵ Così ancora la lettura di M. FIORAVANTI, *op. cit.*, 84.

⁵⁶ Come V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford e Portland, 2009, cit. da FIORAVANTI, *op. cit.*, 83 n. 7.

⁵⁷ B.S. MARKESINIS (cur.), *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, Introduzione, Oxford, 1998, 3 ss.

⁵⁸ T. BINGHAM *The Rule of Law*, Londra, 2010, 66 ss.

nendo conto delle finalità della disposizione oggetto di interpretazione (finalità che noi riassumiamo nella interpretazione teleologica); ed ancora, la Corte EDU tiene conto dei «margini di apprezzamento» che sono connessi con i valori sociali, le tradizioni culturali, le peculiarità dei singoli Stati aderenti alla Convenzione, sì che le decisioni sono prese *caso per caso*⁵⁹.

Ma, come si diceva, le novità dello HRA vanno ben oltre.

Nell'introdurre un prestigioso seminario organizzato in previsione dell'entrata in vigore dell'Act Sir Basil Markesinis, uno dei comparatisti più noti nel mondo intero, ha sottolineato l'importanza storica dell'Act, che segna un «turning point» nella storia del Regno Unito⁶⁰ e ne ha anche apprezzato la ricchezza, determinata dalla acquisizione di regole desunte da modelli già esistenti e sperimentati come la Costituzione americana, quella canadese o quella neozelandese. Ha messo in luce anche la tecnica di bilanciamento dei valori e quindi dei diritti, che è tecnica tipica della interpretazione costituzionale tedesca – ma noi potremmo aggiungere, anche di quella italiana⁶¹ – con la conseguente «europeizzazione» del diritto inglese, nella misura in cui le corti si adegueranno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e soprattutto ha evidenziato la *Drittwirkung* dei diritti fondamentali che deriva dall'applicazione dell'Act⁶². Ciò non significa che la *Drittwirkung* venga innestata nel corpo del diritto inglese sic et simpliciter, occorrendo gli adattamenti del caso, ma è evidente che il riconoscimento di diritti individuali collegato con l'applicazione di essi da parte di tutte le autorità pubbliche, compresi i giudici, non potrà colpire solo le leggi ma dovrà estendersi anche ai rapporti tra privati.

A questo proposito alcune precisazioni sono d'obbligo.

Innanzitutto l'Act non consegna ai giudici inglesi il potere di abrogare le leggi in contrasto con l'Act: i giudici inglesi – di qualsiasi grado – non hanno questo potere, e neppure la Supreme Court, data la tripartizione dei poteri e la supremazia del Parlamento⁶³. Il giudice

⁵⁹ Sul punto v. MORELLI, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, intervento all'incontro di studio presso la Presidenza del Consiglio, 20.9.2013, in *cortecostituzionale.it*.

⁶⁰ B.S. MARKESINIS, *op. cit.*, 5.

⁶¹ M. LUCIANI, voce *Interpretazione costituzionale...*; Vignudelli (A.).

⁶² B.S. MARKESINIS, *op. cit.*, 8.

⁶³ LORD CHANCELLOR (Irvine), *Opening Address*, in *The Impact*, cit., 10 ss.

inglese potrà segnalare al Parlamento la discrasia riscontrata, la c.d. *incompatibility*, potrà elaborare una interpretazione solidale con il testo (noi diremmo «costituzionalmente orientata»), potrà trovare nell'armamentario dei rimedi quello più appropriato per risarcire i diritti lesi, ma non potrà abrogare la legge contrastante con l'Act.

Basil Markesinis si chiede poi se sia possibile fare una applicazione «orizzontale» dell'Act, come si discute in Germania per i principi costituzionali.

Da comparatista qual è, Markesinis ha ben presente il dibattito sviluppatosi in Germania sulla applicazione *diretta e indiretta* dei diritti fondamentali (come riconosciuti dalla Legge Fondamentale di Bonn, la «Costituzione» tedesca del 1949), ma privilegia il principio di libertà contrattuale, peraltro condiviso da molti giuristi inglesi⁶⁴. Anche se lascia la porta aperta alle innovazioni, non potendo più il giudice inglese, ormai, fondarsi su precedenti datati o su «dogmi fossilizzati»⁶⁵. Tanto è vero che Murray Hunt, nello stesso contesto seminariale, ha sostenuto la tesi dell'impatto diretto e della applicazione diretta dei diritti garantiti dall'Act sui rapporti tra privati⁶⁶. L'Act contiene anche una forte tensione all'eguaglianza, e questo costituisce il suo impatto altrettanto significativo (rispetto all'obbligo delle Corti inglesi di applicarlo, sottraendo i diritti da esso protetti alle leggi illiberali⁶⁷): le discriminazioni coinvolgono i rapporti di diritto privato⁶⁸. A questi problemi ha dato poi risposta l'applicazione dell'Equality Act del 2010, di cui si è detto.

Di qui le obiezioni che si posero da parte di alcuni giuristi, in particolare da parte di alcuni giudici dell'allora House of Lords all'ingresso e alla applicazione dello HRA. Ad es., Lord Hoffman aveva messo in rilievo le difficoltà di rendere compatibili le regole (espresse in forma di principio generale) della CEDU con il diritto interno, in quanto il common law inglese presenta le sue peculiarità, la sua gerarchia di valori morali, i suoi criteri di bilanciamento tra i

⁶⁴ B.S. MARKESINIS, *op. cit.*, 7; ID., *The German Law of Obligations*, vol. II, Londra, 1997; ID., *The German Law of Torts*, London, 1997, 356; A. CLAPHAM, *The Privatisation of Human Rights*, 1 *EHRLRev.*, 1996, 20.

⁶⁵ Così B.S. MARKESINIS, *op. cit.*, 7.

⁶⁶ *Op. cit.*, 159.

⁶⁷ V. LORD CHANCELLOR (Irvine), 13 ss.

⁶⁸ D. FREDMAN, *Equality Issues*, in B.S. MARKESINIS, *op. cit.*, 111 ss.

diritti⁶⁹. E Lady Justice Arden, per parte sua, aveva messo in luce la difficoltà di colmare le lacune del testo mediante i lavori preparatori, perché si sarebbe dato spazio ad una interpretazione di marca governativa, rispetto alla quale invece avrebbe dovuto prevalere quella del Parlamento⁷⁰. Di qui la convinzione che l'introduzione di un testo legislativo ripreso dalla CEDU e concepito in termini diversi da quelli usuali connaturali al modo di pensare del common lawyer non potrà che produrre risultati innovativi costringendo il diritto costituzionale inglese, improntato ad un modello conservatore, a cambiare anima e ad aprirsi verso una interpretazione evolutiva della legge⁷¹.

5. *Il dibattito aperto dallo HRA*

Come Basil Markesinis e Lord Irvine hanno sottolineato ben prima che il testo entrasse in vigore, l'Act ha un significato pregnante.

Occorre distinguere diversi piani di lettura.

(i) I profili costituzionali

Se ne è già accennato, ma è importante sottolineare che per la prima volta nella storia inglese si riscontra l'esistenza di un testo di legge in cui sono elencati i diritti umani. La situazione anteriore non era comparabile con la nuova, né equipollente rispetto alla nuova. Lo spiega chiaramente Douglas Vick⁷² sottolineando che, in un sistema che non si regge su una costituzione scritta, i principi costituzionali non emergono da un solo testo, ma dal complesso delle fonti; che appunto per questo il sistema ha un significato politico oltre che giuridico; in ogni caso si tratta di un sistema fluido, facile ad adattarsi alle nuove esigenze senza necessità di dover superare le rigidità connaturali ad un testo scritto. Per la verità si potrebbe osservare che questo problema è risolto ovunque attraverso l'interpretazione evolutiva, salvo l'indirizzo «originalistico» di matrice conservativa.

⁶⁹ LORD R.I.L. HOFFMAN, *Human Rights and the House of Lords*, *Modern L. Rev.*, 62, 159 ss.

⁷⁰ M. ARDEN, *Modernising Legislation*, in *Public Law*, spring issue, 1998, 65 ss.

⁷¹ K. ROEBERG, *Common Law & The Human Rights Act 1998*, *RETTID 2003/Studentenraffhandling*, 1.

⁷² D.W. WICK, *The Human Rights Act and the British Constitution*, *37 Texas Int'l L.J.*, 2002, 339 ss.

Prima dell'introduzione dell'Act la tutela dei diritti umani posava sui due pilastri della separazione dei poteri e sulla «rule of law», dandosi comunque la prevalenza alla supremazia del Parlamento. Ma che il sistema non potesse funzionare bene lo dimostrano almeno due dati: alcune leggi restrittive delle libertà personali sono state abolite solo in anni recenti, a differenza di quanto è accaduto in altri Paesi occidentali (si pensi alla abrogazione delle sanzioni penali a carico degli omosessuali, cadute solo nel 1967) e prima della introduzione dell'Act i cittadini inglesi si dovevano rivolgere alla Corte EDU per tutelare i propri diritti umani; migliaia sono infatti i casi per i quali il Regno Unito è stato condannato dalla Corte EDU, come risulta dagli archivi della Corte.

(ii) Gli effetti

Il problema più delicato riguarda l'effetto verticale o l'effetto orizzontale dei diritti riconosciuti dall'Act. Qui si possono distinguere tre posizioni: quella che ritiene che l'Act possa avere effetti solo verticali⁷³ in quanto esso riguarda le pubbliche Autorità; quella che ritiene che l'Act investa anche i rapporti tra privati (di cui si è detto); quello che ritiene che l'effetto sia orizzontale ma indiretto, in quanto le Corti interpretando e applicando le leggi non possono legittimare la violazione dei diritti umani⁷⁴.

L'Act non ha però una funzione di «costituzione» al pari di una costituzione continentale. Rimane legge ordinaria (un Act sullo stesso piano delle altre leggi approvate dal Parlamento) e può essere modificato in qualsiasi momento dallo stesso Parlamento. Tuttavia il suo prestigio diventa una specie di scudo rispetto a futuri cambiamenti.

6. *L'applicazione dello HRA in generale*

L'applicazione del HRA ha implicato conseguenze non solo giuridiche, ma anche economiche e sociali.

Poiché l'Act ha la funzione primaria di tutelare i diritti civili e politici, ci si chiede se, nelle maglie delle formule con cui sono espressi i diritti nel suo testo, si possano individuare altre pretese che

⁷³ A. BUXTON, *The Human Rights and Private Law*, 116 *L.Q.Rev.*, 2000, 48 ss.

⁷⁴ D.W. VICK, *op. cit.*, 360.

i titolari dei diritti possano accampare, di natura diversa dai diritti umani ma ad essi collegate. In particolare, l'Act non prevede un diritto alla salute, quindi un diritto al trattamento sanitario, ma se dovessero essere violati diritti umani in situazioni di trattamento medico, l'Act troverebbe applicazione. Il diritto alla vita (art. 2), la proibizione di torture (art. 3) il rispetto della vita privata e familiare (art. 8) il diritto di farsi una famiglia (art. 2), il divieto di discriminazioni (art. 14) consentono interpretazioni piuttosto estese. Studi predisposti per verificare l'applicazione dell'Act e dei rimedi da promuovere per tutelare questi diritti sono stati predisposti proprio per assicurare ai cittadini inglesi una effettiva protezione⁷⁵.

In materia di responsabilità civile si è discusso se la materia dei *torts* sia pervasa dai diritti umani e quindi la loro violazione possa implicare un risarcimento del danno per la lesione inferta, oppure se i *torts* debbano seguire la propria strada, e la lesione dei diritti umani implichi piuttosto una responsabilità dello Stato.

Ciò non significa che la lesione di diritti umani coinvolga di per sé lo Stato o altra pubblica Autorità, ma solo che nella maggior parte dei casi i giuristi inglesi intravedono nella lesione dei diritti umani la violazione di una pretesa che i singoli possono azionare solo nei confronti della mano pubblica⁷⁶. Tra i casi più significativi si segnalano *D v East Berkshire* e *Dennis v MOD*, entrambi riferiti a carenze nell'assistenza medica pubblica.

Vi è contrasto tra le Corti (in particolare tra la Corte d'Appello e la Corte Suprema) a proposito della inclusione dell'interesse del singolo ad avere un trattamento sanitario adeguato nell'ambito degli interessi tutelati dalla responsabilità civile. La Corte Suprema dà a questa domanda una risposta articolata: è incline a ritenere che la lesione di un diritto umano possa ottenere il risarcimento del danno se la pubblica Autorità avrebbe dovuto risponderne ai sensi del common law, e quindi prima che entrasse in vigore l'Act, mentre è orientata ad escludere l'impiego della *tort law* quando si prospettino nuovi casi non esaminati precedentemente all'ingresso dell'Act⁷⁷.

⁷⁵ E. HAGGETT, *The Human Rights Act 1998 and Access to NHS Treatment and Services: A Practical Guide*, University College, London, 2001.

⁷⁶ F. DU BOIS, *Human Rights and the Tort Liability of Public Authorities*, in 127 *L.Q.Rev.*, 2011, 127 ss.

⁷⁷ Sugli effetti dell'Act in materia di tort law v. P. GILIKER, *Europeanization of Tort Law*, London e Portland, 2014.

Ciò implica che la responsabilità della Autorità pubblica sia più limitata di quanto non sia la responsabilità dei privati. Ad es., in caso di omissioni, l'affermazione della responsabilità è solo eccezionale, ed occorre che vi sia una norma che impone all'Amministrazione un obbligo di agire; in caso di attività commissiva, la pubblica Amministrazione normalmente non risponde del danno⁷⁸.

A questo proposito si riscontra un conflitto di orientamenti tra le Corti inglesi e la Corte EDU. Il caso *Osman* è l'esempio concreto di questo conflitto. Mentre le Corti inglesi avevano ritenuto che il mancato intervento della forza pubblica, più volte avvertita, rispetto agli atti persecutori di un professore nei confronti di un allievo, non implicasse responsabilità della forza pubblica, la Corte EDU ha deciso in senso opposto⁷⁹. In questo senso lo HRA circoscrive i confini della responsabilità civile, e quindi apre una diversa strada alla tutela dei diritti umani, rispetto alla *tort law*.

La conseguenza è che, se non si procede nel sentiero della *tort law*, i diritti umani lesi dalla pubblica Autorità sono protetti mediante il rimedio della responsabilità oggettiva, facendo però una valutazione di proporzionalità e ragionevolezza del rimedio.

D'altra parte, nell'ipotesi di responsabilità dello Stato per violazione delle regole del diritto europeo non si fanno accertamenti sulla *negligence* dell'Amministrazione, essendo sufficiente una «grave violazione» della legge, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, per poterne affermare la responsabilità. Ne sono prova i casi *Brasserie du Pecheur* del 1996 e *Factortame* del 2000.

Il risultato di questo conflitto è però discutibile: di fatto le Corti inglesi hanno continuato ad applicare le vecchie categorie della *tort law*, e in caso di violazione di diritti umani non hanno seguito la Corte di Strasburgo.

A parte ciò, vi sono voci in dottrina che ritengono che l'applicazione dello HRA anche nella materia dei *torts* potrebbe ammodernare il sistema inglese e quindi porterebbe un vantaggio alla società.

Il coinvolgimento delle Autorità pubbliche nei casi di violazione dei diritti umani è tale che la Commissione su Eguaglianza e Diritti Umani, istituita dall'Equality Act (2010) ha predisposto un proutua-

⁷⁸ F. DU BOIS, *op. cit.*, 592.

⁷⁹ *Osman v. Ferguson*, 1993, § All ER 344 CA; *Osman v. United Kingdom*, 1998, 29 EHRR 455.

rio enumerando i diritti riconosciuti dall'Act secondo la giurisprudenza della Corte EDU e secondo i giudici inglesi che hanno applicato lo HRA⁸⁰. Dal prontuario risulta che sono più numerosi i casi decisi dalla Corte di Strasburgo che non i casi decisi dalle Corti inglesi.

Da quanto sinteticamente si è potuto illustrare emerge una doppia interpretazione del ruolo dell'Act e della sua applicazione nel sistema inglese. Rispetto alle iniziali posizioni, di larga apertura, espresse da accademici, come Sir Basil Markesinis, o da esponenti politici, come l'allora Lord Chancellor Irvine, strada facendo i tre lustri di applicazione dell'Act hanno mostrato cedimenti, regressi, e perplessità. È sempre presente l'ala più propositiva, che tende ad espandere l'ambito di applicazione dei diritti umani, ma è assai forte la tensione introdotta dall'ala conservatrice che tende a schermare le Corti da pretese e rimedi che innovano il common law.

Non a caso, la Corte EDU ha continuato a pronunciare sentenze di condanna del Regno Unito anche dopo l'introduzione dello HRA, frustrandone lo scopo, e si tratta di centinaia di casi, come risulta dai Rapporti della Corte EDU.

7. *L'applicazione del HRA ai rapporti tra privati*

Nell'immensa letteratura che ha precisato ambito e rilevanza dei problemi applicativi della CEDU si è parlato anche di *Drittwirkung* della CEDU: ovvero degli obblighi delle Autorità pubbliche e della loro incidenza sulle decisioni che riguardano i rapporti tra i privati⁸¹.

Alcuni giuristi escludono che l'Act possa essere applicato in via orizzontale, argomentando dall'art. 34 della CEDU in base al quale «la Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto». In altri termini, i cittadini hanno come controparte lo Stato, e gli Stati dovrebbero

⁸⁰ HRA *Human Rights: Human Lives. A Guide to the Human Rights Act for Public Authorities*, Londra, 2014.

⁸¹ H.J. CREMER, *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law. A Comparison Between English and German Law*, Exeter-N.Y., 2011, 111 ss.

astenersi dall'interferire nei rapporti tra privati, in quanto gli obblighi previsti dalla CEDU sono rivolti agli Stati e alle Autorità pubbliche. Altri invece ribadiscono che se gli Stati si assumono questi impegni, essi debbono anche sorvegliare a che i diritti umani, così come garantiti, possano ottenere una effettiva protezione⁸².

In altri termini, gli impegni assunti dallo Stato implicano anche un controllo che lo Stato esercita sui rapporti tra privati. Questo punto è molto importante, perché la Corte EDU lo ha sottolineato nel caso *Osman* (di cui si è detto sopra), e lo ha ribadito nel caso *Siliadin* a proposito del lavoro forzato, in applicazione dell'art. 4 della CEDU. Anche in un altro caso che riguardava il Regno Unito, *Stubbings and others*, concernente l'abuso di minori, la Corte EDU ha ritenuto che si dovesse riconoscere un risarcimento alle vittime, entro i limiti della prescrizione dell'azione.

Insomma, i rimedi possono riguardare il risarcimento del danno oppure, a seconda delle circostanze, l'intervento della pubblica Amministrazione, con provvedimenti amministrativi.

Questo orientamento della Corte EDU ha una incidenza diretta nel common law inglese a proposito del diritto alla privacy, difeso dall'art. 8 della CEDU. Come è noto, il common law è restio ad ammettere tale diritto, in quanto si pone in conflitto con la libertà di stampa⁸³.

Si è ancora osservato che la Corte EDU ha molta cura nel non apparire invasiva dei rapporti tra privati, e pertanto decide caso per caso, tenendo conto delle circostanze, se interferire o no. È considerato paradigmatico il caso *Velosa Barreto c. Portogallo*⁸⁴.

Pur non riguardando un caso inglese, ma essendo riferita alla vessata questione della tutela della vita familiare, la sentenza della Corte EDU è stata esaminata con molta attenzione dai giuristi inglesi. Ciò perché la Corte introduce il principio del bilanciamento degli interessi in gioco, protetti da due valori egualmente meritevoli ma in conflitto tra loro: il rispetto della vita familiare, da un lato e la proprietà privata o altro diritto tutelato, dall'altro lato. Nel caso *Velosa* la motivazione della Corte segue un ragionamento che si snoda su due

⁸² H.J. CREMER, *op. cit.*, 116.

⁸³ Sir Basil Markesinis ha fatto una campagna personale per introdurre anche in common law questo diritto: v. *Protecting Privacy*, Oxford, 1999.

⁸⁴ Corte EDU, F.V.B. v. Portugal - 18072/91, sentenza del 21 novembre 1995.

livelli: il primo attiene alla situazione del Paese nel quale il caso è emerso, e quindi analizza in astratto la situazione giuridica dell'ordinamento portoghese. Qui si trattava di un proprietario che voleva rientrare nei suoi locali precedentemente dati in locazione ad un altro privato, perché ne aveva necessità, e nell'attendere che fossero liberati i locali di sua proprietà, aveva sistemato la famiglia presso parenti. La disciplina portoghese non consentiva l'anticipata risoluzione del contratto di locazione per ragioni di necessità del proprietario. Comparando le esigenze delle parti la Corte ha ritenuto che l'istanza dovesse essere respinta, in quel caso facendo prevalere gli interessi della famiglia locataria su quelli della famiglia locatrice (e proprietaria).

L'art. 8 della CEDU presenta un ampio spettro di applicazioni. In un caso riguardante il Regno Unito la Corte EDU ha ritenuto che il compagno di una donna, che, convivendo con questa, aveva avuto in figlio mediante procreazione artificiale, ed aveva poi cambiato sesso, potesse essere registrato come *padre* del minore (*X, Y, and Z v. the United Kingdom*). Ciò in contrasto con l'orientamento dei giudici inglesi.

Dall'applicazione degli articoli della CEDU possono dunque sorgere obblighi positivi di agire in capo alla pubblica Amministrazione. Lo si dice esplicitamente nella motivazione del caso *Rees*, sempre inglese. In quel caso del 1986 ad un transessuale che a seguito del trattamento chirurgico aveva acquisito le caratteristiche maschili era stato negato di unirsi in matrimonio con una donna; considerate le circostanze di specie la Corte EDU ritenne che in quella particolare vicenda non vi fosse violazione dell'art. 8 [il caso non è però più attuale, dopo l'introduzione nel Regno Unito del matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Marriage - Same sex Couples Act*, 2013)].

Vi sono poi casi in cui la Corte EDU ritiene che la legislazione interna sia insufficiente a tutelare i diritti umani coinvolti nei rapporti tra privati. Ancora in un caso inglese (*James and Webster*, del 1981) la Corte EDU ha ritenuto che la legislazione del lavoro inglese fosse in contrasto con i diritti e le libertà tutelate dalla convenzione *ex art. 1* in quanto prevedeva che l'assunzione del dipendente dovesse essere preceduta dalla sua iscrizione ad un sindacato. Il licenziamento dei ricorrenti, che non presentavano questo requisito, è stato ritenuto in contrasto con la CEDU. Nel caso *Burden* del 2008, poi, la Corte ha ritenuto che fosse legittimo il riconoscimento di be-

nefici fiscali ad una coppia dello stesso sesso, regolarmente registrato, ma non a due sorelle conviventi.

Come il legislatore, così le Autorità pubbliche possono essere negligenti nella tutela dei diritti umani, e pure le Corti, e quindi i giudici di Strasburgo intervengono anche se si tratta di rapporti conclusi tra privati. Ciò significa che lo Stato si assume obblighi positivi oppure obblighi negativi?

Ancora del 2011 i commentatori riportavano le perplessità della Corte EDU sulla distinzione tra obbligazioni positive o negative imposte dalla Convenzione allo Stato in caso di intervento nei rapporti tra privati. I casi sul diritto alla privacy della principessa Carolina di Monaco (maritata al principe di Hannover) sono emblematici al riguardo.

Nel primo, del 24 giugno 2004, si trattava della pubblicazione di foto della principessa di Monaco mentre era in vacanza e accudiva ai bisogni della famiglia; la Corte, bilanciando gli interessi in conflitto (libertà di stampa e di informazione, interesse dell'informazione, violazione della vita privata intesa anche come violazione dell'immagine pubblicata senza l'autorizzazione della persona ritratta) ha ritenuto che fosse violato l'art. 8 della CEDU.

Nel secondo (del 7 febbraio 2012) si trattava di varie foto sempre riguardanti la famiglia, in un periodo di vacanza, pubblicate senza il consenso della famiglia; in questo caso la Corte EDU ha ritenuto al contrario che le immagini fossero di interesse pubblico, e quindi ha escluso la violazione dell'art. 8. E così per il terzo ricorso, riguardante sempre questioni di vita privata e foto pubblicate da rotocalchi, La Corte ha escluso la violazione dell'art. 8 tenendo conto di una elaborata pronuncia della Corte costituzionale tedesca del 15 dicembre 1999.

In conclusione il confronto con il diritto tedesco porta il comparatista a privilegiare la tesi che tendenzialmente prevalga la applicazione mediata e indiretta dei diritti fondamentali (o umani)⁸⁵.

8. *Le origini dell'Equality Act (2010)*

L'approvazione dell'Equality Act, approvato dal Parlamento inglese nel 2010, ha avuto una vita più travagliata dello HRAct. Il testo

⁸⁵ H.J. CREMER, *op. cit.*, 225.

preparato dal Parlamento laburista e quello poi approvato dal Parlamento conservatore ha subito molti emendamenti peggiorativi (prendendo a modello il livello più alto della lotta alle discriminazioni), ha comportato una riduzione dei poteri della Commissione per la tutela dei diritti umani e dell'eguaglianza, e ha subito restrizioni in ordine all'accesso alla giustizia nel caso di violazione del principio di non-discriminazione⁸⁶. L'EAct 2010 è il risultato dell'accorpamento di numerosi interventi legislativi a protezione delle minoranze; il testo si è irrobustito nella difesa dei diritti fondamentali, uscendo dal modello frammentario preesistente, e migliorando dunque (anche se con i limiti lamentati) la protezione dei soggetti discriminati sul lavoro o nei rapporti sociali per ragioni di sesso, origi, disabilità. La crisi economica, iniziata nel 2007, e tuttora in corso, non ha agevolato la sua applicazione, anzi, ne ha ostacolato la piena attuazione⁸⁷.

L'Equality Act è molto elaborato: è diviso in cinque parti che riguardano le diseguaglianze socio-economiche, i concetti-chiave dell'eguaglianza (concernenti le caratteristiche della persona che sono oggetto di protezione, quali l'età, gli handicap, le trasformazioni di genere, il matrimonio e la convivenza di persone dello stesso sesso, la razza – intesa come colore della pelle, nazionalità oppure origini etniche o nazionali –, la religione o le opinioni, il sesso, l'orientamento sessuale); è dedicato prevalentemente alla repressione delle discriminazioni, anche nei servizi e nelle funzioni pubbliche, e soprattutto nel mondo del lavoro e delle professioni, negli incarichi pubblici, e nel trattamento pensionistico. La funzione dell'Act consiste – quasi si trattasse di un testo unico secondo le tecniche legislative italiane – nell'assemblare, coordinare e completare tutte le leggi speciali (ben 116) che si sono succedute nel tempo al fine di eliminare o reprimere le forme di discriminazione. La discriminazione può essere diretta o indiretta, nel senso che la caratteristica identificante può essere esplicitata o non esplicitata, purché il risultato sia negativo per il portatore di caratteristiche menomanti.

L'Equality Act riguarda esplicitamente anche i contratti (art. 142 ss.) disponendo che non hanno effetto (sono *unenforceable*) i con-

⁸⁶ Per i primi riferimenti – in una letteratura amplissima – v. B. HEPPLE, *Equality. The Legal Framework*, 2^a ed., Oxford e Portland, 2014, 1 ss.

⁸⁷ B. HEPPLE, *op. cit.*, 7.

tratti o le clausole che si pongono in contrasto con le disposizioni dell'Act.

Prima della sua introduzione la nozione di eguaglianza era intesa solo dal punto di vista formale. Il legislatore si era preoccupato di limitare le discriminazioni sotto il profilo etnico (l'espressione «*racial*» deve essere intesa in senso lato) e, gradualmente, aveva esteso la protezione delle minoranze nel settore del lavoro, delle locazioni, della vendita di beni e servizi. Dagli anni Settanta si introdussero leggi che proibivano le discriminazioni fondate sul sesso; negli anni Novanta si estese la tutela ai disabili. Con l'avvento del terzo millennio, e tenendo conto delle direttive comunitarie volte a combattere la discriminazione, il legislatore ha accolto una nozione unitaria di eguaglianza. L'ultima generazione di interventi, anteriori all'introduzione dell'Act, si segnala perché impegna il Parlamento ad un intervento più attivo nel mercato del lavoro e nella pubblica Amministrazione. Si parla a questo proposito di «*transformative equality*», perché si prendono in considerazione i mutamenti di genere e provvidenze per i disabili.

Ovviamente, il problema più dibattuto si è registrato nella ricerca di una definizione di «equality» che potesse accontentare tutti gli interpreti. Ora il testo – che a più riprese i partiti conservatori hanno cercato di modificare, per il momento senza successo – riprende la versione dell'Equality Act del 2006, e cioè si riferisce ad una società i cui membri possano sviluppare le proprie potenzialità senza limitazioni dovute a pregiudizi e discriminazioni, in cui vi sia rispetto per i diritti umani di cui ciascun membro è titolare, e vi sia rispetto per il valore e la dignità che si devono riconoscere ad ogni individuo, ed ancora si garantisca la possibilità di partecipazione all'attività della comunità da parte di tutti (e noi potremmo dire, una società informata al principio della *inclusione*); ciò implica il rispetto reciproco tra i gruppi, valorizzando le diversità e condividendo il rispetto dei diritti umani individuali⁸⁸.

La dignità (*dignity*) è considerata ormai da tutti come un valore etico e giuridico indiscutibile. Essa va al di là della semplice discriminazione, perché la sopraffazione, l'aggressione, il disprezzo possono essere portati verso soggetti che non appartengono a mino-

⁸⁸ È l'idea di R. DWORKIN espressa in *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, 2006.

ranze. La dottrina – a parte quanti ne hanno svalutato il significato – si è però chiesta se da sola la dignità possa essere sufficiente a garantire il rispetto dei diritti umani; e la risposta è stata negativa, nel senso che il valore della dignità deve essere coniugato con i diritti e le libertà individuali. In questo senso, l'espressione «dignità» sembra avere una estensione più limitata rispetto all'idea continentale, che la assume come il fondamento di tutti i diritti fondamentali.

L'EAct comporta la rimozione delle barriere sociali, la promozione delle eguagli opportunità, e l'applicazione della correttezza (*fairness*) nei rapporti individuali e sociali. E deve essere coniugata con la solidarietà, intesa in senso attivo, cioè di azioni rivolte ad affermare l'eguaglianza.

L'EAct trasforma poi la protezione dei disabili da atteggiamento paternalistico in riconoscimento di diritti specifici concernenti il sistema dell'educazione, dei trasporti, dello sport e della partecipazione politica.

L'EAct definisce anche la «razza», il primo criterio distintivo che ha sollecitato l'intervento del legislatore nel 1965. Razza è un concetto sociale, non un concetto scientifico, e riguarda il colore della pelle, la nazionalità, le origini etniche o nazionali. A questo concetto si è aggregata anche la «casta».

Ricollegando i principi dell'EAct alla Convenzione europea dei diritti umani la protezione del credo religioso ha fatto sì che la House of Lords, accogliendo l'interpretazione della Corte EDU, ha ammesso deroghe alla regola (ferrea per le scuole inglesi) di indossare la divisa e ha consentito ad una ragazza musulmana di fare uso del lungo velo (*jilbab*)⁸⁹.

9. *L'applicazione orizzontale della Carta dei diritti fondamentali*

Ben diversa è stata l'accoglienza della Carta di Nizza da parte dei giuristi inglesi. Innanzitutto, fino al Trattato di Lisbona alla Carta si è assegnato valore esclusivamente politico⁹⁰, essendo assodato che i diritti fondamentali erano da considerarsi principi comuni dell'Unione e quindi tutelati dalla Corte di Giustizia, nei limiti delle sue

⁸⁹ R (Begum) v. Head Teacher and Governors of Denbigh School, 2006 UKHL 15; 2007 1 AC 100.

⁹⁰ V. ad es. S. WEATHERHILL, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford, 2003, 86 ss.

competenze. Sono rimasti quindi solo pochi anni per applicare la Carta anche ai rapporti tra privati, nelle forme e nei modi in cui la dottrina inglese ho ha sostenuto o consentito.

In uno dei manuali inglesi più accreditati in materia di diritto europeo⁹¹ si esaminano in particolare gli articoli della Carta dei diritti fondamentali che delimitano i confini della sua applicazione. In particolare il disposto dell'art. 51 in base al quale l'Unione e gli Stati Membri rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione nell'ambito dei propri poteri, e si rileva che esiste una «tensione» tra l'obbligo di promuovere i diritti della Carta e i limiti di competenza dell'Unione. E soprattutto si pone in luce il c. 2 dell'art. 51 il quale dispone che la Carta non crea nuovi impegni per l'Unione né modifica quelli attuali. Questo significa, da un lato, che l'Unione rispetterà le pronunce della Corte EDU e dall'altro che si adopererà per proteggere i diritti e le libertà stabilite dal diritto europeo.

Non bisogna mai dimenticare che, non essendo approdato a risultati positivi il processo di approvazione di una costituzione europea (il cui testo avrebbe incorporato nella seconda parte la Carta di Nizza) nel diritto europeo i diritti fondamentali sono posti sullo stesso piano delle libertà fondamentali e dei principi generali riconosciuti dal diritto europeo, come la proporzionalità, la ragionevolezza, la sussidiarietà.

L'attenzione è quindi incentrata sugli artt. 52 c. 3 e 53, là dove la Carta si occupa dei suoi rapporti con la CEDU. Qui si riscontrano due assunti importanti: il primo è che le due Carte saranno interpretate in modo uniforme, il secondo è che l'Unione europea potrà rafforzare la tutela dei diritti garantiti dalla Carta (e dalla CEDU). Gli articoli aggiunti dal Trattato di Lisbona stabiliscono che gli Stati Membri terranno conto dei diritti sanciti dalla Carta anche in considerazione della tradizione costituzionale di quei Paesi espressi da principi uniformi.

La Carta dà particolare enfasi alla tutela dei diritti e alle libertà fondamentali.

Certamente i rapporti tra le due Carte dei diritti sono complessi, come risulta dalle trattazioni anche manualistiche, e come risulta dal rifiuto (formulato sulla base di due pareri della Corte di

⁹¹ P. CRAIG e G. DE BÜRCA, *EU Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford, 2008, 396 ss.

Giustizia) dell'Unione europea di sottoscrivere la Convenzione dei diritti umani. In ogni caso, in questi anni si è riscontrata una influenza reciproca delle due Carte che ha avuto effetti nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati Membri.

Approvato il Trattato di Lisbona nel 2007, prima che la Carta dei diritti fondamentali acquisisse valore legale nel 2009, la House of Lords, European Union Committee, ha elaborato una approfondita analisi del testo che si estende per più di trecento pagine, per esplorare tutti gli effetti che il Trattato avrebbe potuto dispiegare sull'ordinamento interno.

Ai diritti fondamentali si è dedicato un intero capitolo.

Si è messa in luce in primo luogo la differenza tra *rights, freedoms e principles*. Il termine *freedoms* è apparso il più ambiguo, sì che gli Autori del testo hanno finito per ritenere che esse potessero ricadere nella categoria dei *rights* o nella categoria dei *principles*, non essendovi chiarimenti a questo proposito nel testo esaminato⁹². La conclusione cui è pervenuta la House of Lords è che i diritti sono giustiziabili, mentre i principi non lo sono; questi ultimi possono ispirare il legislatore nazionale ma non possono essere oggetto di rimedi azionabili in giudizio⁹³. Ciò anche con riferimento agli artt. 51 e 52 della Carta.

L'orientamento prevalente nel corso della discussione alla House of Lords, e nel corso delle audizioni effettuate con giuristi competenti nella materia (ma di diverse tendenze ideologiche) è stato nel senso che la Carta conferma diritti già esistenti⁹⁴: il che non è affatto vero, come emerge ictu oculi soltanto dal confronto letterale del testo della CEDU e del testo della Carta. In ogni caso, i diritti affermati dalla Carta sono parsi direttamente applicabili e quindi azionabili dinanzi alle Corti inglesi⁹⁵. Ma la House of Lords si attendeva una limitata espansione dei diritti già esistenti⁹⁶. E quanto alla possibile sovrapposizione di diritti (tra CEDU e Carta) la House of Lords auspicava una adesione dell'Unione alla CEDU in modo che anche l'Unione fosse sottoposta alla CEDU. Quanto al Protocollo, pur am-

⁹² HOUSE OF LORDS, cit., 87.

⁹³ *Op. cit.*, 89.

⁹⁴ *Op. cit.*, 93.

⁹⁵ *Op. cit.*, 99.

⁹⁶ *Op. cit.*, 101.

mettendo che non avrebbe implicato una esclusione del Regno Unito dall'ambito di applicazione della Carta, la House of Lords lo additava come documento orientativo dell'interpretazione dei giudici, forte della convinzione che la Carta non avrebbe potuto introdurre nuovi diritti nell'ordinamento inglese⁹⁷, confidando altresì nella applicazione dei diritti *fondamentali* da parte delle Corti inglesi, che fanno uso dei diritti della CEDU⁹⁸.

È importante inoltre sottolineare che la Carta, a cui il Trattato di Lisbona ha conferito valore di documento giuridicamente vincolante, è stata interpretata in modo variegato dai giuristi inglesi. Ciò perché per alcuni anni si è ritenuto (a torto) che siccome il Regno Unito aveva sottoscritto la Carta con un Protocollo in cui si chiariva la sua applicazione nel Regno, addirittura la Carta non fosse completamente applicabile. Questa convinzione è stata però fugata dalla Corte di Giustizia con la sentenza *ME and others* quanto meno fino dal dicembre del 2011. Nei casi riuniti C-411/10 e C-493/10, concernenti il respingimento di immigrati la Corte ha precisato che «secondo una giurisprudenza costante, gli Stati membri sono tenuti non solo a interpretare il loro diritto nazionale conformemente al diritto dell'Unione, ma anche a fare in modo di non basarsi su un'interpretazione di norme di diritto derivato che entri in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Lindqvist*, Racc., I-12971, punto 87, e 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* e a., Racc., I-5305, punto 28)».

Alcuni giudici inglesi hanno però insistito sulla interpretazione restrittiva, che, come si intende, avrebbe messo fuori gioco la Carta non solo nella applicazione dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati ma, tout court, in tutti i rapporti instaurati nel Regno Unito, riservandosi la protezione dei diritti umani alla Convenzione e poi allo HRA⁹⁹.

⁹⁷ *Op. cit.*, 106.

⁹⁸ *Op. cit.*, 107: come si vede, la House of Lords sovrappone i diritti fondamentali ai diritti umani, proseguendo nel suo atteggiamento riduttivo quanto alla Carta di Nizza.

⁹⁹ Mentre nel caso *R v Security of State for the Home Department* (2013) EWHC 3453 si è esclusa l'applicazione della Carta (e quindi rimpatriato un immigrato) proprio argomentando che il Protocollo escludeva l'applicazione della Carta da parte delle Corti inglesi.

Sì che, dopo la sentenza *ME* si ritiene che il Protocollo firmato dal Regno Unito sia solo una guida alla lettura della Carta.

Il problema è rimasto aperto. In altri termini, si discute se, pur essendo applicabile anche nel Regno Unito, la Carta abbia limiti di estensione, in quanto riguarda solo il diritto dell'Unione europea ma non la disciplina domestica.

La Corte di Giustizia ha chiarito definitivamente la questione e ammesso l'applicabilità diretta delle regole della Carta *anche ai rapporti tra privati* nel caso sollevato dalla Corte di Cassazione francese *Association de Mediation Sociale (AMS)*, C-176/12 del 15 gennaio 2014, di cui si è detto.

Insomma, «la Corte ha statuito che un giudice nazionale, cui venga sottoposta una controversia intercorrente esclusivamente tra privati, deve, quando applica le norme del diritto interno adottate ai fini della trasposizione degli obblighi previsti da una direttiva, prendere in considerazione l'insieme delle norme del diritto nazionale ed interpretarle, *per quanto possibile*, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo perseguito da quest'ultima (v. sentenze del 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, *Racc.*, I-6057, punto 111, nonché Pfeiffer e a., cit., punto 119, e *Dominguez*, cit., punto 27).

Tuttavia, la Corte ha precisato che tale principio di interpretazione conforme del diritto nazionale incontra determinati limiti. Infatti, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del proprio diritto interno trova un limite nei principi generali del diritto e non può servire da fondamento per un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (v. sentenze del 15 aprile 2008, *Impact*, C-268/06, *Racc.*, I-2483, punto 100, e *Dominguez*, cit., punto 25)».

I commentatori inglesi ne hanno tratto dunque alcune conclusioni¹⁰⁰: (i) il vecchio argomento secondo il quale la Carta non si applica ai privati in quanto tale è superato; (ii) l'art. 51 che dirige le norme agli Stati Membri e alle loro articolazioni è superato; (iii) quando il diritto interno è in contrasto con la Carta e con i principi generali, la legge in contrasto non può essere applicata.

¹⁰⁰ S. PEERS et alii, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Londra, 2014.

Come si vede, la problematica che si è aperta è estremamente rilevante in quanto non riguarda solo l'aspetto della applicazione delle norme della Carta ai rapporti tra privati, ma investe la rilevanza della Carta stessa nell'ambito dell'ordinamento giuridico del Regno Unito. D'altra parte, ritenere che il Protocollo (firmato da UK e Polonia) implicasse una scelta di opt-out dalla applicazione della Carta sarebbe stato un nonsenso.

In più, la Carta, rispetto alla CEDU, è assai più dettagliata ed ampia nella tutela dei diritti *fondamentali*. Sì che la sua applicazione o meno incide anche sul livello di protezione di questi diritti a tutela dei cittadini del Regno Unito.

Ma la questione, da parte di detrattori della Carta o dello stesso diritto dell'Unione europea, è rimasta aperta.

Si discute, innanzitutto, sul significato di *horizontal effect*¹⁰¹: l'espressione può infatti significare: (i) applicazione diretta dei diritti fondamentali della Carta ai rapporti tra privati, (ii) applicazione dei diritti fondamentali mediante l'interpretazione del giudice, (iii) applicazione mediante obbligazioni imposte allo Stato (obbligazioni «positive»). Questo non significa che tutti i diritti fondamentali debbano essere applicati in un unico modo, perché si tratta di modi tra essi complementari.

L'orientamento della Corte di Giustizia non è sempre stato lineare. L'applicazione diretta avveniva anche prima che la Carta di Nizza acquisisse natura esplicita di documento giuridico con il Trattato di Lisbona. In più, la Corte tende a considerare la Carta come sovraordinata rispetto ai Trattati (il che è contrario al testo stesso della Carta), trattando indifferentemente i diritti previsti dalle direttive o dai Trattati, da bilanciare con quelli della Carta. La stessa Carta non fa riferimento ai rimedi, sì che è invalsa l'opinione – anche sulla base delle tesi esposte da Tridimas – che la violazione dei principi contemplati dalla Carta si risolve in un risarcimento del danno.

È nato poi il problema se i principi formulati prima che la Carta divenisse giuridicamente vincolante debbono essere rivisitati dopo il Trattato di Lisbona.

Ma ormai il processo di applicazione della Carta porta alla convinzione che essa sia stata «costituzionalizzata»¹⁰².

¹⁰¹ E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in 21 *E.L.J.*, 2015, 657 ss.

¹⁰² E. FRANTZIOU, *op. cit.*, 669.

Vi sono però tracce di una maggiore sensibilità delle Corti inglesi per la Carta¹⁰³.

Ad es., nel caso *Zagorski*¹⁰⁴ i giudici hanno confermato il divieto di esportare un farmaco – il sodio thiopental – utilizzato negli Stati Uniti per eseguire le condanne a morte. Mentre si è presa una decisione diversa per la difesa in giudizio dinanzi ad una Corte indonesiana di una cittadina inglese incriminata di spaccio di droga e condannata a morte in quel Paese argomentando nel senso che la questione ricadeva all'esterno dell'ambito di applicazione della Carta¹⁰⁵.

Anche la decisione del caso *Kukukdeveci*¹⁰⁶ deciso dalla Corte di Giustizia ha favorito questa emersione di sentenze favorevoli all'applicazione diretta delle regole della Carta.

L'applicazione della Carta coinvolge tuttavia implicanti decisioni di natura politica che non sono sfuggite ai commentatori. In primis, gioca un ruolo importante la differenza tra i testi della Convenzione e della Carta, non solo per i nuovi diritti che la Carta introduce rispetto alla Convenzione, ma soprattutto perché la Carta dà rilievo, nella parte relativa alla solidarietà, a diritti di natura sociale ed economica la cui tutela non è da tutti condivisa¹⁰⁷.

La questione, da giuridica, è diventata politica. Meglio, le frizioni, le difficoltà di coordinamento tra le Carte, l'impatto della Carta sul diritto interno, sono tutti argomenti strumentalizzabili, ed è stata sfruttata politicamente.

La House of Commons, il 2 aprile 2014, ha pubblicato un rapporto dello Scrutiny Committee, in cui le conclusioni sono disarmanti per l'applicazione orizzontale della Carta, in quanto si paventa che questo tipo di utilizzazione della Carta possa minare la certezza del diritto, e che il difficile rapporto tra Convenzione EDU e Carta di Nizza porti ad uno stato di confusione che deve essere superato¹⁰⁸.

¹⁰³ C. MURPHY, *The Emergence of the EU Charter of Fundamental Rights in UK Law*, in (2014) *E.H.L.R.*, Issue 5, 2014.

¹⁰⁴ (2010) EWHC 3110.

¹⁰⁵ Caso Sandiford (2013)1 *W.L.R.* 2938.

¹⁰⁶ C-555/07.

¹⁰⁷ V. ad es. V. MILLER, *Effects of the EU Charter of Rights in the UK*, 17 marzo 2014, House of Common, Library, SN/IA/6765.

¹⁰⁸ Così si esprime il Rapporto:

«165. We recognise that indirect horizontal application of the Charter within the

10. *La discussione sulla opportunità di approvare un Bill of Rights*

Si è così costruito un percorso assai originale, un modello non esportabile, ma soprattutto si sono enfatizzati i problemi di coordinamento tra le Carte e di competenze nella applicazione dei testi.

Prima ancora che si aprisse la questione Brexit la situazione dei diritti umani/diritti fondamentali nel Regno Unito appariva dunque complessa, con una favor per i diritti umani – ma nella misura in cui venivano intesi dalle Corti inglesi attraverso l'applicazione dello HRAct, e con una ampio disfavore per l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali. Non a caso il rapporto della Equality and Human Rights Commission su «The UK and the European Court of Human Rights»¹⁰⁹ del 2014 è dedicato ai diritti *umani* e non si occupa della Carta di Nizza.

Di qui la proposta – sempre politica, ma ammantata di argomentazioni giuridiche – di sostituire lo HRAct con un British Bill of Rights per superare la *confusione* creatasi intorno ai tre documenti giuridici. La proposta proviene sia dall'ala laburista – «bringing rights home», sia dall'ala conservatrice, che vuol mantenere il primato del Parlamento e quindi non ammette che nuovi diritti siano creati nel Regno Unito da altre Istituzioni, né che le Corti inglesi

UK is possible given that we agree with several of our experts that UK courts are under a legal obligation to respect the Charter, but we are concerned, again, by the legal uncertainty that surrounds this principle. Private individuals and bodies (including employers and their employees) may as a consequence find it difficult to predict whether they may assert a legal right or be vulnerable to legal liability because of the Charter's application. This seems paradoxical given that one of the objectives of codifying pre-existing EU fundamental rights in the form of the Charter was to increase their visibility and applicability. The importance of the principle of legal certainty was emphasised by Lords Neuberger and Mance in the *HS2* case, where they cited with approval the decision of the ECJ in the *Intertanko* case, in which it commented:

The general principle of legal certainty, which is a fundamental principle of Community law, requires, in particular, that rules should be clear and precise, so that individuals may ascertain unequivocally what their rights and obligations are and may take steps accordingly.

166. We agree. We acknowledge that the uncertainty of horizontal application of human rights may be a common feature of human rights frameworks in general, such as the ECHR as enforced in the UK by the Human Rights Act. We think the problem for private individuals and companies is aggravated in Europe because of the additional uncertainty introduced by the Charter».

¹⁰⁹ A cura di A. DONALD, J. GORDON e P. LEACH, del Human Rights and Social Justice Research Institute, London Metropolitan University, 2014.

possano essere sottoposte alla Corte di Strasburgo e tanto meno a quella del Lussemburgo. I diritti fondamentali rivendicati dalla Carta non trovano ascolto da parte degli Euroscettici¹¹⁰.

Siamo quindi di fronte a due diverse posizioni tra loro in conflitto: quella che, con il compianto Lord Bingham, ritiene che l'attuazione dei diritti umani attraverso il dialogo tra le Corti inglesi e la Corte di Strasburgo abbia elevato il livello della protezione dei diritti umani nel Regno Unito (tenendo anche conto del fatto che il 30% dei casi decisi dalla Supreme Court riguarda questo settore) e ampliato gli orizzonti del diritto inglese¹¹¹; e quella che, al contrario, preferirebbe concentrare il contenzioso sui diritti umani entro i confini patrii, senza dover rinunciare alla sovranità e senza dover sottomettere le Corti inglesi a Corti sovranazionali¹¹².

I negoziati sulla Brexit ci riveleranno come sarà risolto questo problema capitale.

La questione, come si vede, è divenuta eminentemente politica. Le ragioni della inclusione nel programma del Partito Conservatore britannico¹¹³ di un Bill of Rights in sostituzione del HRAct sono dovute al fatto che la giurisprudenza inglese ha ampliato il significato delle norme della Convenzione assegnando loro un significato molto più esteso di quello originario, e anche al fatto che l'applicazione dello HRAct si dovrebbe estendere anche ai terroristi e ad altri soggetti pericolosi per la società, che invocano l'Act per evitare l'espulsione o l'incarcerazione. Ovviamente l'interpretazione conservatrice della Carta europea dei diritti fondamentali fa appello alle disposizioni dell'art. 52 della Carta che escludono l'ampliamento dei diritti fondamentali e che distinguono tra regole e principi, per cui non tutti i diritti fondamentali, se definiti quali principi, sarebbero immediatamente applicabili.

Non si tratta dunque di riportare i diritti fondamentali «a casa», come aveva sostenuto Tony Blair nel presentare in Parlamento il pro-

¹¹⁰ R. MASTERMAN, *Supreme, Submissive or Symbiotic? United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights*, The Constitution Unit, October, 2015.

¹¹¹ T.H. BINGHAM, *Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law*, Cambridge, 2010.

¹¹² The Conservative Party, *Protecting Human Rights in the UL: The Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws*, 2015.

¹¹³ The Conservative Party, *Strong Leadership, a clear economic plan, a brighter, more secure future: The Conservative Party Manifesto*, 2015, 60.

getto di Human Rights Act, perché questi diritti sono già patrimonio del sistema giuridico inglese, e, cambiando il testo del HRAct il Regno Unito potrebbe rendersi più indipendente dalla Corte EDU. Per ottenere questi risultati il nuovo Bill dovrebbe sopprimere l'art. 2 del HRAct e quindi sottrarre le Corti inglesi all'obbligo di tenere in considerazione le sentenze della Corte EDU quando sono richieste di applicare i diritti umani. Nello stesso tempo, offrendo una interpretazione restrittiva della tavola dei diritti fondamentali, le operazioni militari dell'esercito inglese non sarebbero più svolte al margine della legalità, e sarebbe più facile sospenderne l'applicazione nelle eventualità più gravi che dovessero accadere. La deroga, prevista anche dall'art. 15 della CEDU, non vale – per la CEDU – quanto al diritto alla vita (art. 2), alla proibizione della tortura e dei trattamenti disumani che discendono da sanzioni punitive (art. 3), la proibizione della schiavitù (art. 4 c. 1), e l'impossibilità di infliggere sanzioni non assistite da una previsione legislativa (art. 7).

Secondo i conservatori la previsione di un Bill of Rights nazionale recupererebbe la fiducia dei cittadini britannici sui diritti fondamentali e consentirebbe di effettuare un migliore bilanciamento dei diritti.

L'opinione dei giuristi conservatori inglesi¹¹⁴ è che la Carta europea dei diritti abbia un ambito di applicazione più limitato, relativo alle competenze della Unione europea, mentre la CEDU avrebbe una maggior estensione. Ma non si tratta solo di competenze, si tratta anche di interpretazione testuale della Carta europea dei diritti fondamentali, la quale, distinguendo tra regole e principi, consente solo alle regole una applicazione diretta. Animati da questi intenti, i conservatori si sono chiesti se l'effetto della Carta europea dei diritti fondamentali sarebbe stato più incisivo nel diritto interno di quanto non lo sia stata la Convenzione. Essendo la risposta positiva – data la supremazia del diritto dell'Unione europea sui diritti nazionali – i conservatori hanno assunto come modello la Costituzione tedesca, che non consente la deroga ai propri principi costituzionali anche se proveniente da atti dell'Unione¹¹⁵.

¹¹⁴ HOUSE OF LORDS, *European Union Committee*, 12 Report, session 2015-2016, Londra, 2016, 17.

¹¹⁵ Lord Mance, cit. nel Report, 33.

Contro l'introduzione di un nuovo Bill of Rights e l'abrogazione del HRAct si sono espressi invece i giuristi del Galles e della Irlanda del Nord¹¹⁶. Ed anche i giuristi scozzesi si sono detti contrari, perché questa iniziativa complicherebbe le relazioni di natura costituzionale tra Scozia ad Inghilterra¹¹⁷.

Il dibattito si è aperto anche alla House of Commons, in cui si è soprattutto presa in considerazione l'attività interpretativa della Corte EDU, che considera la Carta europea dei diritti umani come un «living instrument», da adattarsi alle esigenze del momento: seguendo le necessità economico-sociali in evoluzione si sono affermati diversi diritti (v. il caso *Tyer v United Kingdom*, 1978), per proteggere le minoranze riguardanti anche l'orientamento sessuale (*Smith and Grady v United Kingdom*, 1999) e il diritto di non associarsi ad alcuna organizzazione sindacale (*Young James and Webster v United Kingdom*, 1982).

Ad evitare sovrapposizioni di attività delle Corti è intervenuto il parere della Corte di Giustizia sulla inopportunità di aderire da parte della Unione europea alla Convenzione, e questo ha portato una maggior certezza nella applicazione del diritto¹¹⁸.

Esaminando la problematica dall'interno, è evidente il tentativo del Partito Conservatore di realizzare con questa proposta diversi obiettivi: (i) contenere l'espansione dei diritti umani, che è in atto sulla base della giurisprudenza della Corte EDU; (ii) rendere indipendenti le Corti inglesi dalla Corte EDU («indipendenza» per così dire interpretativa, perché la Corte EDU non obbliga – come la Carta dei diritti dell'Unione europea – i giudici nazionali al rispetto delle sue decisioni e della sua interpretazione del diritto comunitario – ma lo spazio di manovra dell'interprete, espresso dal sintagma dell'osservanza delle decisioni EDU «per quanto possibile» non è molto ampio; (iii) evitare il ricorso alla Corte EDU da parte dei cittadini e dei residenti nel Regno Unito¹¹⁹.

¹¹⁶ *Op. cit.*, 47-48.

¹¹⁷ C. BELL, *Scotland and the British Bill of Rights Proposals*, British Academy, Londra, s.d.

¹¹⁸ HOUSE OF COMMONS, *A British Bill of Rights?*, Briefing Paper, n. 7193, 19.5.2015 (peraltro la proposta era già stata avanzata da David Cameron, nel 2008).

¹¹⁹ N. KYNESWOOD, *Can the proposed British Bill of Rights and Responsibilities command greater respect than the UK Human Rights Act 1998?*, in *Atti della British Academy*, 22.8.2016.

1. *Il paradosso del modello francese*

Nelle indagini storiche e nell'immaginario collettivo la Francia è considerata una delle patrie delle libertà della persona: dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 si è costruita una storia di libertà e di diritti che ha costituito il modello per molti ordinamenti dell'Europa continentale, per non parlare dei modelli dell'America Latina e delle *ex* colonie. La dichiarazione ha avuto non solo un grande significato politico, ma anche un enorme significato filosofico. La Francia (insieme con l'Italia) è stata una delle patrie dell'Europeismo, uno dei Paesi fondatori dell'Unione europea ed è la sede della Corte di Strasburgo, che applica la CEDU. Diritti umani e diritti fondamentali dovrebbero essere quindi i settori tra i più approfonditi dai giuristi di qualsiasi specializzazione. E tuttavia la CEDU è stata ratificata solo nel 1974, il referendum sulla Costituzione per l'Europa ha avuto esito negativo ed ha contribuito (insieme con il voto olandese) a far fallire il progetto di fondere in una federazione l'Unione europea, i principi fondamentali del diritto dell'Unione europea continuano ad essere considerati un elemento estraneo al diritto nazionale, e nonostante il sistema francese consenta ai trattati internazionali di entrare in vigore immediatamente al momento della loro sottoscrizione, senza attendere una legge di ratifica – come accade in Italia, in Germania o nel Regno Unito – il diritto nazionale conserva compatto la sua solidità e una certa diffidenza verso il diritto internazionale o sovranazionale. La Costituzione vigente (a parte la Dichiarazione dei diritti) non si occupa dei diritti fondamentali, nonostante le ventiquattro revisioni apportate da leggi costituzionali.

Tutto ciò, coniugato con la radicale e, per il momento, insuperata distinzione tra diritto pubblico e diritto privato ha militato a favore di una concezione tradizionale del diritto privato, ha rallentato la «europeizzazione» del diritto privato e – prima ancora – il processo di «costituzionalizzazione» del diritto privato. Questa curiosa dimensione del diritto che registra la scarsa influenza del diritto europeo nel diritto interno si percepisce *ictu oculi* nei manuali di introduzione allo studio del diritto e nei manuali di diritto civile, nei

quali è ben difficile trovare riferimenti ai diritti umani e ai diritti fondamentali, relegati – per così dire – ai manuali e alle monografie di diritto pubblico, costituzionale e internazionale.

La cultura europeistica è stata sostenuta soprattutto dagli studi di politica e di filosofia, e dalle Corti. Ma è evidente che la nozione di diritto umano¹²⁰ e di diritto fondamentali è ben nota ai giuristi, che ne fanno un uso pratico, più realistico che formalistico.

Anche la supremazia del diritto dell'Unione europea rispetto al diritto interno è stata riconosciuta dalla Corte di Cassazione solo nel 1975¹²¹ (mentre il primo caso deciso dalla Corte di Giustizia europea, *Costa c. Enel*, esplicitivo di questa organizzazione delle fonti, risale al 1964) e dal Consiglio di Stato solo nel 1989¹²²; il Conseil Constitutionnel ha anch'esso dovuto riconoscere il primato, ma sempre in anni recenti¹²³.

2. *Il rapporto tra le due Carte*

È interessante capire la reazione dei giuristi francesi alla CEDU e alla Carta di Nizza, dal punto di vista della loro applicazione orizzontale, perché, trattandosi non del coinvolgimento del Parlamento, come è avvenuto nel Regno Unito, ma delle due fonti che si occupano dell'ermeneutica, la teoretica (quella accademica) e la pratica (quella giudiziale), i problemi che si sono agitati negli altri Paesi anche qui hanno acquisito una propria fisionomia, che tuttavia deve essere disegnata tenendo conto della attitudine tradizionalista della dottrina francese di diritto civile.

La redazione e l'approvazione di una nuova Carta, movimento che prese avvio alla fine degli anni Novanta, non fu accolta con largo favore in Francia, atteso il prestigio della CEDU e la giurisprudenza

¹²⁰ P. WACHSMANN, *Droits de l'homme (Protection internationale)*, in ALLAND e RIALS (ed.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Parigi, 2003, 540; E. PICARD, *Droit fondamentaux*, ivi, 544 ss.; S. TZITZIS, *La personne, l'humanisme, le droit*, St. Nicolas, Quebec, 2001 (che si riferisce prevalentemente alla cultura francese).

¹²¹ Nel caso dell'Administration des Douanes del 24 maggio 1975, in *Dalloz.jur.*, 1975, 497.

¹²² È il caso Nicolo del 20 ottobre 1989, in *Rev. Fr. dr. admin.*, 1989, 812.

¹²³ N. LENOIR, *The Impact of European Law in French Law: Lessons from England?*, in B.S. MARKESINIS (ed.), *The British Contribution to the Europe of Twenty-First Century*, Oxford e Portland, 2002, 252.

ormai cospicua che la sua applicazione aveva già prodotto. L'opinione diffusa non riguardava, come è avvenuto per il Regno Unito, il bilanciamento dei poteri e la supremazia del Parlamento nazionale, ma piuttosto il timore dell'«oscuramento» della CEDU ad opera di un nuovo testo¹²⁴. In ogni caso, l'influsso della CEDU sulla Carta di Nizza è stato notevole, ancorché la prima sia rivolta agli Stati e la seconda all'Unione, la prima si occupi solo dei diritti civili e politici, la seconda anche dei diritti economici e sociali. Entrambe sono rivolte a tutti gli uomini, senza distinzione, salvo l'ultimo capitolo della Carta che concerne la cittadinanza europea.

I contenuti delle due Carte sono molto simili, ma la seconda, com'è noto, è più dettagliata e fa riferimento anche a diritti che nel 1950, anno in cui fu adottata la Convenzione, non erano ancora all'orizzonte, perché fanno riferimento a tecnologie – biologiche ed informatiche – che all'epoca erano ancora ignote. In più l'art. 52 c. 3 precisa che i diritti dell'una corrispondono ai diritti dell'altra, e si devono intendere quindi nello stesso modo, salvo che la Carta accordi alla persona una protezione più ampia.

La Carta comunque include anche i diritti sociali ed economici, in parte ripresi dalla Carta sociale del Consiglio d'Europa e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali del 1989. Le grandi innovazioni riguardano l'uso del termine *persona* anziché *uomo* (essendo ormai completata la parabola del soggetto e arricchita la formulazione configurante l'individuo rilevante per il diritto)¹²⁵. Il problema, sia nel corso dei lavori di redazione della Carta, sia successivamente – e fino al Trattato di Lisbona – non era creato tanto dalle divergenze testuali, quanto piuttosto dagli effetti giuridici delle due Carte: la prima crea obblighi in capo agli Stati, la seconda era considerata solo un documento politico, e molti ritenevano che i diritti in essa enunciati fossero «divisibili», volendo tenere ai margini i diritti economici e sociali.

3. *La nozione di «libertà fondamentale»*

L'analisi linguistica che connota la dottrina francese porta gli autori a studiare le sentenze delle Corti competenti nella materia in-

¹²⁴ C. LALUMIÈRE, *La Charte des droit fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme*, in (2000) 13.1 *Rev. Québécoise de dr. int.*, 168.

¹²⁵ Temi a noi carissimi: v. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*.

dagata anche dal punto di vista lessicale, che, ovviamente, si traduce in una analisi concettuale. Nelle definizioni che si riscontrano nel linguaggio usato dai giudici, «libertà» implica da un lato «potere di agire» e dall'altro «potere di esigere»; si tratta di poteri riconosciuti in capo agli individui e ai gruppi. Poiché questa definizione, comune in dottrina, è molto ampia, la dottrina tende a raggruppare le libertà in categorie qualificanti, come le libertà individuali e le libertà collettive, le libertà civili e politiche e le libertà economiche e sociali¹²⁶.

E ragionando sulle libertà, appare più semplice confrontare la giurisprudenza della Corte EDU con la giurisprudenza del Conseil constitutionnel.

In questo senso, le libertà appaiono come un limite al potere dell'Autorità pubblica. Limite che può essere difensivo (nel senso che si oppone all'intrusione nell'attività privata) e offensivo, cioè attivo, in forma di pretesa di attivazione dell'Autorità per la difesa della libertà lesa.

Si è così riscontrata una uniformità di vedute del Conseil constitutionnel e della Corte EDU a proposito della libertà (e quindi della violazione) del domicilio, anche se effettuata per ragioni di sicurezza pubblica (antiterroristica) o per ragioni fiscali¹²⁷; allo stesso modo per la protezione della libertà sindacale, intesa anche nel senso di non aderire ad alcun sindacato¹²⁸.

¹²⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Parigi, 2010; C.A. COLLIARD e LETTERON, *Libertés publiques*, Parigi, 2011; L. FAVOREU (et autres), *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz; A. HEYMANN-DOAT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Parigi, 2002; LGDJ, J.J. ISRAEL, *Droit des libertés fondamentales*, Parigi, 2000; LGDJ, C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, Litec, Parigi, 2000; J. MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Parigi, 2000; PUF, J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, PUF, «Que sais-je?», n° 1728, Parigi, 1996; H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Parigi, 2017; A. COLIN, J.-M. PONTIER, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Hachette, Parigi, 2005; J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Les libertés publiques*, PUF, (2 tomes), Parigi, 2016; J. ROBERT et J. DUFFAR, *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, Montchrestien, Parigi, 1996; J. ROCHE et A. POUILLE, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Parigi, 1999; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Parigi, 2009; P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, Dalloz, Parigi, 1999.

¹²⁷ Per la CEDU v. ad es. *Il caso Gillow c. Regno Unito*, del 24 novembre 1986 o il caso *Funke c. Francia* del 25 febbraio 1993.

¹²⁸ V. ANDRIANTSIMBAZOVINA – *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 32 (Dossier: Convention européenne des droits de l'homme) – juillet 2011 La conception

4. *Il rapporto tra le Corti e la «europeizzazione» del diritto interno*

A differenza di quanto accade nel Regno Unito, esperienza nella quale le Corti interne tendenzialmente sono orientate in senso uniforme (anche in virtù del principio *stare decisis*) le resistenze alla applicazione diretta della Convenzione ai rapporti tra privati in Francia si sono tradotte in un conflitto tra i poteri dello Stato: il Conseil constitutionnel, come si è visto, è incline a seguire la Corte EDU; più difficile è registrare questa sincronia per la Corte di Cassazione e per il Consiglio di Stato. La Corte Suprema tende a non riferirsi alla Costituzione per sanzionare la violazione dei diritti umani¹²⁹, e tende ad invocare un principio costituzionale piuttosto che riferirsi alla lettera della Costituzione¹³⁰.

Un caso famoso in Francia denuncia questa situazione, che incide, come si può ben intendere, sulla applicazione diretta dei diritti fondamentali. Si tratta dell'*affaire Calvaud*.

Alain Calvaud era un operaio della Dunlop, licenziato per aver espresso su un quotidiano parole di critica sulle scelte dell'impresa di cui era dipendente. In primo grado (in Francia, il Conseil des Prud'hommes) era stato reintegrato, perché il licenziamento era stato considerato in contrasto con la libertà di espressione. La Corte d'appello di Riom, con sentenza del 2 marzo 1987, aveva ritenuto fondate le ragioni del dipendente e illegittimo il licenziamento, anche se le parole critiche erano state pronunciate non nell'ambito delle ore di lavoro, bensì fuori dall'azienda, stante la tutela della libertà d'espressione. Ed aveva applicato il Codice del Lavoro. Nel giudizio di cassazione, nonostante che l'Avvocato generale avesse suggerito ai giudici di applicare direttamente la Costituzione, la Corte, con sentenza del 28 aprile 1988 si è limitata a prendere atto che nel codice del lavoro non era sanzionato un comportamento di tal fatta e quindi ha confermato la illegittimità del licenziamento.

des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme.

¹²⁹ O. BEAUD, *Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande*, in *Jus Politicum*, n. 10.

¹³⁰ O. DEAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de Cassation*, Parigi, 2009.

5. *La europeizzazione passa attraverso la costituzionalizzazione del diritto privato*

Sosteneva Jean Carbonnier, uno dei maggiori giuristi e sociologi del diritto del Novecento, che la costituzione francese si trovava nel Code civil¹³¹. Sembrava paradossale che in Francia non si prendesse coscienza della necessità di ammodernare la cultura del diritto civile, alla luce della Costituzione: ma questa è stata la caratteristica del diritto civile francese quasi fino al giorno d'oggi: un ripiegamento su se stessi da parte dei civilisti, e quindi una rigida separazione tra diritto pubblico e diritto privato che impediva la penetrazione del diritto pubblico negli aspetti più nodali e rilevanti della disciplina dei rapporti tra privati. Il rinnovamento, già lo si è detto, è stato promosso dal Conseil constitutionnel¹³².

Spetta a questa Istituzione la verifica della costituzionalità delle leggi, senza potere, tuttavia, di abrogazione, come si prevede invece per la nostra Corte costituzionale. Dapprima il Conseil si occupava dei rapporti tra leggi e regolamenti, successivamente è diventato un «elaboratore del diritto»¹³³. L'influenza dei suoi pareri si riscontra in tutte le branche del diritto, ivi compreso il diritto civile. Ciò all'insegna della protezione delle libertà e dei diritti fondamentali. L'applicazione della Costituzione francese (del 1958) nel suo preambolo fa riferimento alla Dichiarazione del 1789, e al preambolo della Costituzione del 1946. Mediante questi riferimenti il Conseil si è costruito il suo piano d'azione. I settori più significativi nei quali si è manifestato questa incidenza sono la libertà contrattuale, la responsabilità civile e lo stato delle persone.

La libertà contrattuale è intesa come un valore garantito costituzionalmente, ricevendo protezione all'art. 4 della Dichiarazione dei diritti. Di qui l'intervento del Conseil sui prezzi dei farmaci, che debbono essere contenuti per assicurare la salute delle persone (decisione del 19 dicembre 2000, riguardante la legge di finanziamento della «sécurité sociale» per il 2001). Di qui ancora una decisione di principio sulla economia del contratto. Il 13 gennaio 2003 il Conseil ha deciso in merito agli accordi sindacali relativi alla retribuzione

¹³¹ Lo ricordava Robert Badinter in una intervista a *Le Point*, del 13 maggio 2004 in *Le Point-Archives*, www.lepoint.fr.

¹³² N. MOLFESSIS, *Le Conseil Constitutionnel et le droit privé*, Parigi, 1997.

¹³³ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, 3 ss.

dei dipendenti, e consentito che l'economia del contratto potesse essere modificata a favore della parte più debole. Si tratta di una eccezione, dal momento che la regola costantemente applicata è nel senso della intangibilità del contratto per scongiurare l'incertezza del diritto¹³⁴.

Numerosi sono stati gli interventi del Conseil in materia di responsabilità civile. Significativa la decisione secondo la quale deve essere sanzionata con il risarcimento del danno la banca che abbia fatto credito (abusivo) ad una impresa in stato di decozione (22 luglio 2005).

E altrettanto numerosi i casi riguardati lo stato personale, in particolare la libertà di contrarre matrimonio, considerata libertà fondamentale. Qui la fonte è l'art. 2 della Dichiarazione dei diritti (decisione del 13 agosto 1993).

Il Conseil è intervenuto anche in materia di interpretazione del contratto¹³⁵. Con riguardo agli artt. 4 e 16 della Dichiarazione il Consiglio ha stabilito che la libertà contrattuale non può essere incisa se non sussistono motivi di interesse generale. Questa volta si trattava di un contratto collettivo di lavoro che prevedeva un numero di ore lavorative superiore a quelle stabilite dalla legge. Il Conseil ha deciso che il numero delle ore lavorative doveva essere ridotto (13 gennaio 2003). Sempre la libertà contrattuale – considerata come valore costituzionale – può essere limitata per ragioni di tutela dei diritti fondamentali. Nel caso dei patti tra persone conviventi (PACS) il Conseil ha stabilito che, essendo essi a tempo indeterminato, è legittimo il recesso, sempre che sia accompagnato dal risarcimento del pregiudizio eventualmente subito dalla parte nei confronti della quale il diritto viene esercitato (9 novembre 1999).

6. *La protezione dei diritti personali, economici e sociali*

Solo con la l. 2-17 marzo 1791 (e non dunque con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789) furono riconosciute in Francia la libertà di lavoro e la libertà di commercio. La

¹³⁴ J. DE GUILLENCHMIDT, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit civil*, Seminario franco-armeno, 23 gennaio 2007, in www.conseilconstitutionnel.fr.

¹³⁵ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Droits fondamentaux et interprétation du contrat: le regard du juge constitutionnel*, in www.conseilconstitutionnel.fr, 12 gennaio 20107.

dottrina ritiene che questo riconoscimento, fatto con la fonte legislativa, e non con fonte costituzionale, ed in più in un periodo in cui lo Stato si asteneva dall'intrudersi nei rapporti tra privati, sia significativo, nel senso che assegna a questi diritti un valore inferiore alle libertà civili e politiche. Riguardando il Code civil come costituzione dei privati, o come «costituzione economica», si dava corpo ad un modello di Stato (e di mercato) liberale che salvaguardava il diritto civile da ogni influenza esterna¹³⁶, un diritto civile fondato sul diritto di proprietà, essendo la proprietà il motore dell'economia¹³⁷. Il Code civil costituiva un ponte di collegamento tra il diritto civile e la politica, piuttosto che non con il diritto costituzionale¹³⁸.

Il problema della rilevanza costituzionale dei rapporti tra privati si è cominciato a porre nel momento in cui lo Stato ha promosso interventi nell'economia, con la costituzione di imprese pubbliche, o di imprese miste pubblico-private, o con l'introduzione di monopoli¹³⁹. La storia del diritto francese, collocata nel quadro della storia europea, mostra i diversi passaggi dall'economia liberale all'economia sociale negli ultimi due secoli e il progressivo intervento dello Stato nell'economia e nei rapporti sociali¹⁴⁰.

Di qui la tensione, e il bilanciamento, tra diritti civili e diritti politici, tra diritti dello Stato e diritti degli individui. La proprietà è ancora al centro degli interessi dei giuristi, e il diritto di proprietà è qualificato come una libertà individuale¹⁴¹. Soprattutto nei Paesi dell'Europa occidentale, in cui, per contrasto con i Paesi a regime socialista, si voleva sottolineare che la libertà dell'uomo passava anche attraverso la libertà di possedere¹⁴².

Anche in Francia si fronteggiano in ambito giuridico le due correnti, quella liberale, e quella solidaristica, sì che l'opinione dei più è

¹³⁶ A. HARMATHY, *Droit civil-Droit constitutionnel*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1998, 45 ss.

¹³⁷ Nell'immensa letteratura spicca il volume di RODOTÀ, *Il terribile diritto*, nuova ed., Bologna, 2013.

¹³⁸ A. HARMATHY, *op. cit.*, 49.

¹³⁹ Eguale riscontro si registra nella storia del diritto americano: v. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge (Mass.), 1977, 100 ss.

¹⁴⁰ V. R. ARON, *Dix-huit leçons sur la société industrielle*, Parigi, 1962, 291 ss.

¹⁴¹ Per tutti A. HARMATHY, *op. cit.*, 59.

¹⁴² G. DUERIG, *Das Eigentum als Menschenrecht*, in *Zeit. fuer die gesamte Staatwissenschaft*, 1953, 352.

che il Conseil constitutionnel assolva il delicato compito di comporre e bilanciare tra loro il diritto di proprietà e il diritto dello Stato alla espropriazione per ragioni di utilità sociale, cercando di conciliare principi e valori in contraddizione tra loro¹⁴³. Questa linea interpretativa esprime ancora oggi le cautele della dottrina civilistica, che rimane legata, come si diceva, alla grande partizione diritto pubblico/diritto privato, e quindi alla insofferenza del diritto civile verso le incursioni del diritto costituzionale¹⁴⁴.

Ma sono sempre il Conseil constitutionnel e gli studiosi del diritto costituzionale ad incaricarsi di «costituzionalizzare» il diritto civile. Ne sono prova le numerose decisioni sulla identità della persona¹⁴⁵, sulla libertà matrimoniale e in materia di assistenza sociale (v. la decisione del 27 luglio 2012, abrogativa di una disposizione del codice della sicurezza sociale, che poneva limiti temporali alla richiesta di affidamento di minori in stato di abbandono). Anche la Corte di Cassazione ha iniziato a fare uso dei principi costituzionali per giudicare questioni in materia di rapporti tra privati e dei principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani. A questo proposito appare significativa la decisione della Cass., 9 aprile 2013, n. 11-27.071, la quale, tenendo conto anche della decisione del Conseil constitutionnel appena citata, ha cassato la decisione della Corte d'appello che aveva negato – per decorso del termine per fare istanza – alla nonna di un minore nato da padre ignoto e orfano di madre (e quindi dichiarato in stato di abbandono) di ottenerne l'affidamento in quando l'istanza che aveva presentato era tardiva.

Vi sono poi decisioni del Conseil e della Corte di Cassazione in materia di lavoro, di assistenza sociale, di previdenza complementare, di tutela dell'ambiente che dimostrano come a poco a poco anche l'ingresso di principi costituzionali nei rapporti tra privati stia facendo il suo corso¹⁴⁶ nella cultura giuridica francese.

¹⁴³ B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et droit civil*, Rev. trim. dr. civ., 1994, 62 ss.

¹⁴⁴ C. ATIAS, *La civilisation du droit constitutionnel*, J. des Economistes et des Etudes Humaines, 1990, 337 ss.

¹⁴⁵ V. X. BIOY, *L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel*, in Rev. fr. dr. const., 2006, n° 65, 1.

¹⁴⁶ V. Conseil Constitutionnel, Nouveaux cahiers, n. 41, droit privé, in www.conseilconstitutionnel.fr.

7. *La libertà contrattuale*

Il rapporto tra diritti fondamentali e contratto è prospettato, nella letteratura francese, in modo problematico. Qualcuno, in modo antistorico e riduttivo, ritiene che i diritti fondamentali già fossero tutelati dal Code Napoléon, quanto meno nella sua componente giunaturalistica¹⁴⁷ e quindi considera «banale» e tardiva la formulazione del Quarto Protocollo aggiuntivo secondo il quale «nessuno può essere privato della sua libertà per la sola ragione che non è in grado di assolvere l'obbligazione assunta» (art. 1), ricordando che in Francia l'incarcerazione per debiti è stata soppressa nel 1867. Aggiunge poi che il Code de la consommation protegge la parte debole, e altre disposizioni in materia di lavoro o di locazione riequilibrano il potere della parte forte verso quella meno esperta.

L'intervento della Convenzione europea ha però di molto ampliato le opportunità per la parte contrattuale meno agguerrita, facendo applicazione del principio di proporzionalità¹⁴⁸. In questo senso si riconosce alla Convenzione il ruolo di motore di un rinnovamento della nozione di contratto sulla base delle nozioni di dignità umana e di solidarietà sociale¹⁴⁹.

Anche in Francia, come in Italia, si dubita sulla protezione costituzionale della libertà contrattuale, come si evince dalla decisione del Conseil constitutionnel del 30 novembre 2006 resa a proposito delle tariffe del consumo di gas naturale (nel corso della trasformazione del monopolio della Société du Gas per consentire l'esercizio della libera concorrenza); la libertà contrattuale non è considerata un fine in sé ma un mezzo per assicurare all'individuo altre libertà (di associazione, di lavoro, di alloggio, di disposizione di beni etc.). Ed in ogni caso questo diritto soccomberebbe rispetto agli altri diritti che tutelano la persona. Ma lo stesso Conseil constitutionnel ha precisato, con la decisione del 13 gennaio 2003, che «il legislatore non

¹⁴⁷ R. CABRILLAC, *Droits fondamentaux et notion du contrat. Regard privatiste*, in *Contrats et droit fondamentaux*, Aix, 2011, 122.

¹⁴⁸ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit des contrats*, Parigi, 2000.

¹⁴⁹ L. GRYNBAUM e M. NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Parigi, 2004; H. MUIR-WATT, *Reliance et définition du contrat*, Dalloz, 1999: si riconosce in questa prospettiva l'influenza di G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954 in cui si esalta la funzione dell'affidamento; M.P. PUIG, *Formation du contrat et droits fondamentaux. Regard privatiste*, in *Contrat*, *op. cit.*, 29, ove sono indicate le pronunce riferite a tutte queste situazioni.

potrà arrecare all'economia delle convenzioni e dei contratti conclusi legalmente una lesione di gravità tale da disconoscere manifestamente la libertà riconosciuta dall'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino»¹⁵⁰.

Ma è proprio il contratto ed essere teatro dello scontro e del bilanciamento dei diritti fondamentali dei contraenti. Occorre dunque considerare in questa prospettiva che il contratto non può essere strumento di discriminazione: la selezione della controparte non è vietata, ovviamente, ma sono le discriminazioni «positive» ad essere vietate, come accade per il pubblico impiego, al quale debbono accedere anche coloro che sono «diversamente abili» oppure gli immigrati. La selezione può essere fatta in considerazione dell'oggetto del contratto ma non sulla base di caratteristiche della persona che sono ad esso indifferenti, come il sesso, le origini, la salute, le opinioni politiche sindacali e religiose, la situazione familiare, lo stato di gravidanza e così via.

La scelta dell'altro contraente non può quindi essere lesiva della dignità della persona¹⁵¹. E si ricorda anche la legislazione speciale per la tutela dei meno abbienti, che consente all'interessato in condizioni minoritarie il diritto di aprire un conto corrente e il dovere della banca di ottemperarvi¹⁵².

Anche il principio di affidamento è considerato espressione di un diritto fondamentale¹⁵³: ma qui occorre intendersi sulla essenza del diritto fondamentale, se si tratti cioè di una posizione soggettiva riconosciuta dalle Carte dei diritti o si tratti di una posizione riconosciuta da un codice o da una legge speciale, che prende in considerazione semplicemente il rapporto tra le parti che tutelano ciascuna il proprio interesse e sono su di un piano tendenzialmente egualitario, come accade, ad es., per il nostro ordinamento, in cui il principio di affidamento è riconosciuto dallo stesso codice civile del 1942.

Anche in Francia si distingue la libertà di contrarre dal contenuto del contratto, in cui si esplicano diritti fondamentali¹⁵⁴.

¹⁵⁰ V. G. LARDEUX, *Exécution du contrat et droits fondamentaux*, in *Contrats et droits fondamentaux*, cit., 66.

¹⁵¹ M. SAUBE, *Formation du contrat et droits fondamentaux*, in *op. cit.*, 45 ed ivi citazioni di giurisprudenza.

¹⁵² M. SAUBE, 45 n. 15.

¹⁵³ M.P. PUIG, *op. cit.*, 33.

¹⁵⁴ Sul punto v. M. SAUBE, *Formation du contrat*, cit., 45 ss.

Ampio spazio si riconosce al principio di proporzionalità, a proposito della durata e dell'ampiezza delle clausole di non – concorrenza¹⁵⁵, o a proposito delle clausole che dispongano di diritti fondamentali indisponibili, o che offendano la dignità della persona. Ad es., non sono ammessi contratti relativi a cure terapeutiche che comportino l'aborto al di fuori dei casi consentiti, o agevolino il decesso, perché si tratterebbe di accordi contrari al diritto alla vita¹⁵⁶. Si richiama a questo proposito una pronuncia della Corte EDU del 29 aprile 2002 la quale ha escluso che la punizione dell'assistenza al suicidio di una persona gravemente malata possa violare il diritto alla vita, l'autodeterminazione della persona, la dignità umana, il diritto alla privacy. È l'*affaire Pretty* che, interrogando i giudici sulla legittimità del suicidio assistito, ha costituito la base per le successive decisioni, anche se la Corte europea è stata tacciata di ambiguità.

Allo stesso modo, è ammessa la disposizione di diritti fondamentali che non pongano in pericolo il diritto alla vita, come il piercing, il tatuaggio, le vaccinazioni, le sperimentazioni mediche legittime, e così via. È sempre la *dignità*, il diritto fondamentale sul quale riposano tutti gli altri diritti, a costituire la chiave di volta per valutare se sia ammissibile un atto di disposizione del corpo. Sono pertanto proibiti i contratti di maternità surrogata, i contratti di alienazione di organi del corpo, i contratti che presuppongono la reificazione del corpo umano¹⁵⁷.

Si richiamano comunque le circostanze del caso, che consentono, di volta in volta, di valutare, secondo il principio di proporzionalità, la legittimità o meno di un accordo avente ad oggetto la disposizione di diritti fondamentali delle parti. Significativo è l'*affaire Zéline* deciso dalla Corte di cassazione francese il 22 marzo 2006¹⁵⁸. La Corte ha applicato direttamente l'art. 8 della Convenzione euro-

¹⁵⁵ D. BAKOUCHE, *L'exés en droit civil*, Parigi, 2005.

¹⁵⁶ M.P. PUIG, *op. cit.*, 33, il caso di Diane Pretty c. Regno Unito ha aperto un dibattito serrato anche in Francia: v. ad es. Bachelet, *Le droit de saisir sa mort: les ambiguïtés de la Cour de Strasbourg*, in *Rev. int. dr. pen.*, 2011, 312.

¹⁵⁷ Questi accordi sono contrari all'ordine pubblico, e l'art. 5 del nostro codice civile già prevede i limiti della loro legittimità.

¹⁵⁸ *Petites affiches*, 2006, n° 148, 18 nota E. GARAUD; *Dr. et procédures*, 2006, 263, nota E. BAZIN e *Civ. 3e*, 8 juin 2006, Amsellem, in *D.* 2006, 2887, nota C. ATIAS; *Petites affiches*, 2006, n° 133, 9, nota D. FENOUILLET; *RJPF* 2006, n° 10, 12, nota E. PUTMAN.

pea per accertare la nullità della clausola di un contratto di locazione ad uso abitativo che vietava al conduttore di ospitare parenti in sua assenza.

Anche l'equilibrio contrattuale può venire in gioco, quando vi è sproporzione tra le reciproche prestazioni. Qui la dottrina richiama sempre la Corte europea, ma il caso è polacco. Il 19 giugno 2006 la Corte di Strasburgo ha deciso che la legislazione polacca che impediva al proprietario di un appartamento adibito a residenza di richiedere un canone di locazione sufficiente a retribuire la locazione fosse in contrasto con l'art. 17 della Convenzione e con il Protocollo aggiuntivo n. 1 in materia di tutela del diritto di proprietà.

Una parte della dottrina, quindi, alla luce delle pronunce della Corte europea, ammette l'applicazione orizzontale dei diritti tutelati dalla Convenzione¹⁵⁹, ravvisa la necessità di costruire una gerarchia tra i diritti fondamentali oggetto del contratto, dando la prevalenza a quelli che proteggono la dignità della persona e ne difendono le libertà¹⁶⁰.

8. *Nuovi sviluppi della dottrina francese*

In una delle ricerche più accurate svolte in materia di «effetti orizzontali» dei diritti fondamentali Lucien Maurin distingue le posizioni giuridiche soggettive in tre categorie: i diritti fondamentali costituzionali, i diritti fondamentali della Convenzione europea dei diritti umani e i diritti fondamentali comunitari. Il lavoro è diviso in due parti: la prima riguarda il precetto contrattuale raffrontato con i diritti fondamentali, illustra l'«intrusione» dei diritti fondamentali nella sfera contrattuale e pone il problema della inclusione della libertà contrattuale tra i diritti fondamentali. Il contatto e l'amalgama dei diritti fondamentali con le previsioni del contratto, a suo parere, può creare un rapporto «disordinato», che implica una deflagrazione delle regole tradizionali della disciplina del contratto, oppure un rapporto «ragionato», di riconciliazione tra diritti fondamentali e contratto fondato sulle regole di diritto privato. La ricerca non si arresta

¹⁵⁹ V. i riferimenti in M.P. SAUBE, *op. cit.*, 47.

¹⁶⁰ Come ad es. la libertà di scelta del domicilio (del dipendente o commesso) contrapposto alla libertà d'impresa: v. L.F. PIGNARRE, *Les petites affiches*, 19 settembre 2006.

qui, perché i diritti fondamentali sono visti come fattore promozionale del diritto, e produttori di effetti anche non giuridici. Da un lato, si possono dare limitazioni contrattuali legittime (e quindi accettate) di tali diritti, dall'altro vi possono essere restrizioni non ammissibili e quindi sanzionate dal diritto. L'A. configura come esigenza etica la garanzia contrattuale dei diritti fondamentali e quindi si preoccupa che i diritti fondamentali siano effettivamente tutelati.

Nel panorama della dottrina francese questa indagine assume una valenza tutta propria, apre prospettive nuove ed è quindi degna di grande considerazione.

Maurin ha ben presente la situazione di partenza della sua ricerca, che vede una dottrina civilistica tutta compresa dei rapporti di diritto privato e non sensibile agli orientamenti del Conseil constitutionnel, come pure ai diritti costituzionalmente garantiti; e considera sullo stesso piano sostanziale i diritti fondamentali e i diritti umani. Tenendo però presenti i risultati a cui è pervenuta la dottrina costituzionale, che ha aperto all'interpretazione costituzionale anche i rapporti tra privati¹⁶¹ avverte il lettore che occorre distinguere i casi nei quali i diritti fondamentali sono richiamati a scopo puramente estetico, decorativo, argomentativo o etico e i casi in cui effettivamente il loro richiamo appare il fondamento della interpretazione dei fatti o degli atti, e il fondamento del giudizio.

Ecco perché da qualcuno l'accostamento del discorso sui diritti fondamentali alla disciplina del contratto può essere considerata come una «intrusione» di un corpo estraneo in un complesso organico che ne risulta sconvolto, perché i *valori* costituzionali sono diversi dai valori che sono sottesi ai rapporti tra privati.

Ma se si pensa che i diritti fondamentali possano essere oggetto di negoziazione, tale «intrusione» è del tutto superata¹⁶². Piuttosto, Maurin si chiede se sia corretto parlare di effetto «orizzontale» dei diritti fondamentali oppure di effetto indiretto, e privilegia la seconda prospettiva, riprendendo il dibattito sviluppatosi in Germania tra Nipperdey, favorevole all'applicazione orizzontale, e Durig favorevole all'applicazione indiretta, mediante le nozioni di ordine pubblico, buon costume, buona fede, e le altre clausole generali.

¹⁶¹ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Parigi, 1997, 14 ss.

¹⁶² L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, Parigi, 2013, 34.

Nella situazione francese di partenza, dunque, l'esame della giurisprudenza del Conseil constitutionnel porta a considerare la libertà contrattuale non come un diritto fondamentale in sé e per sé ma come uno strumento per poter affermare diritti fondamentali, come la libertà economica o la libertà di acquistare beni e servizi. È il Codice civile che ancora tiene il campo dei rapporti tra privati. Anche se il controllo di costituzionalità nel sistema francese è ormai diffuso, e non si concentra solo sull'attività del Conseil constitutionnel.

Questa situazione si avvicina al modello tedesco in cui la Corte costituzionale ritiene che i diritti fondamentali siano più fortemente protetti dal diritto interno di quanto non lo siano della Corte europea dei diritti dell'uomo. In ogni caso, la Corte tedesca, anche se applica l'interpretazione della applicazione indiretta, non si esime dal considerare legittime le limitazioni contrattuali dettate dalla protezione dei diritti fondamentali.

Per quanto riguarda la Corte europea dei diritti umani – che Maurin, come si diceva, denomina «fondamentali» – l'applicazione orizzontale viene attuata caso per caso, e diritto per diritto. Ad es., l'A. documenta l'applicazione diretta in materia di tutela della vita privata (v. ad es. l'*affaire van Kueck*), ai sensi dell'art. 8 Conv., di trattamenti disumani (art. 3 Conv.) con l'*affaire Peers*, la repressione della schiavitù ex art. 4 Conv. (*affaire Siliadin*), ai sensi dell'art. 6 Conv. sull'equo processo (*affaire Cabourdin*), mentre la giurisprudenza della Corte EDU è più ondulatoria in materia di libertà di espressione (art. 10 Conv.); tuttavia, in senso positivo la Corte si è espressa nell'*affaire Fuentes Bobo*. Indiretta è l'applicazione nel caso di libertà di associazione.

Molteplici sono le decisioni che riguardano la violazione del principio di non discriminazione dettato dall'art. 14 Conv. che viene applicato direttamente (v. ad es. l'*affaire Pla et Puncerneau*). Ma anche il contratto viene considerato come un bene protetto, ai sensi del Primo Protocollo allegato alla Convenzione.

La disciplina del contratto viene dunque modellata dalla Corte EDU.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea applica in modo orizzontale le disposizioni della Carta di Nizza. Maurin cita le questioni più eclatanti, come quelle che ineriscono alla libera circolazione dei lavoratori nel mercato unico (caso *Bosman*), la libera cir-

colazione delle persone (casi *Viking* e *Laval*) le prestazioni di servizi che ledono la dignità umana (come il caso *Omega*), la libera circolazione delle merci e i diritti del fanciullo (il caso *Dynamic Medien*). Anche le direttive possono produrre un effetto diretto sul rapporto privatistico, se vi sono diritti fondamentali da proteggere, come testimoniano i casi *Mangold* e *Kucukdeveci*.

In ogni caso, la tesi difesa con radicata convinzione è che anche la libertà contrattuale sia un diritto fondamentale, come emerge dalla giurisprudenza della Corte EDU¹⁶³ e dalla giurisprudenza delle Corti francesi¹⁶⁴.

Secondo Maurin la libertà contrattuale, in quanto espressione della libertà personale, della libertà d'impresa, della libertà di funzionamento del mercato è un diritto fondamentale tutelato in ambito comunitario¹⁶⁵.

Trattandosi di valori posti sullo stesso piano – salva la dignità della persona, che costituisce al tempo stesso il fondamento dei diritti fondamentali e il perno di tutto l'ordinamento giuridico – occorre dunque bilanciare i valori per comprendere, nelle diverse situazioni in cui si possono trovare i contraenti, se sia ammissibile o meno la restrizione della libertà contrattuale per la tutela dei diritti fondamentali.

9. *La riforma del diritto dei contratti*

Anche il processo di riforma del Code civil ha coinvolto la dottrina sui temi dei diritti fondamentali. Tuttavia, mentre il primo progetto, curato da Pierre Catala nel 2005 non ne faceva menzione, il progetto predisposto da François Terré prevedeva nel suo incipit che il contratto dovesse esser conforme alle norme imperative, all'ordine pubblico e ai diritti fondamentali. La medesima dizione fu conservata nel nuovo progetto approvato nel febbraio del 2015, ma la redazione definitiva, approvata nel marzo 2016, ha soppresso ogni riferimento ai diritti fondamentali.

¹⁶³ *Op. cit.*, 38 ss.

¹⁶⁴ *Op. cit.*, 113 ss.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, 128 ss.

I DIRITTI FONDAMENTALI E LA COSTRUZIONE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

La costruzione di un diritto privato europeo non può prescindere dalla considerazione dei diritti fondamentali. Il tema è stato discusso in tante occasioni di dibattito da parte dei componenti dei gruppi di ricerca che hanno predisposto il Draft Common Frame of Reference, il progetto più semplificato di codice della vendita (Common European Sales Law) e i progetti settoriali riguardanti la disciplina del contratto, della responsabilità civile (tort law) del diritto delle persone e della famiglia (family law), ed altri ancora.

Nel Draft Common Frame of Reference l'espressione di volta in volta comprende regole che non hanno forza di legge, definizioni, regole generali¹⁶⁶. Ma è importante la presa di posizione che si legge nella introduzione: i principi fondamentali, sottostanti le regole, esprimono valori tra loro in conflitto, non sono collocati in un ordine prioritario, e sono citati solo in modo esemplificativo. In un primo inventario si segnalano:

«giustizia, libertà, *protezione dei diritti umani*, sviluppo del mercato interno, solidarietà e responsabilità sociale, libertà sicurezza e giustizia, protezione dei consumatori e degli altri soggetti che esigono protezione, conservazione del pluralismo culturale e linguistico, razionalità, certezza giuridica, prevedibilità, efficienza, affidamento ragionevole, e allocazione corretta della responsabilità per la creazione dei rischi».

A parte la menzione specifica in alcune norme dei diritti umani – di cui si dirà nel prosieguo – anche se i principi non sono posti in una scala gerarchica non si deve pensare che nella intenzione dei redattori del Draft i diritti umani costituiscano un gruppo di interessi che confliggono con altri interessi all'interno di un testo diretto a dare una disciplina sistematica alla materia del contratto, senza avere un ruolo di rilievo. Anzi. L'art. 1-1:102(2) dispone che le regole raccolte nel Draft «have to be read in the light of any applicable instru-

¹⁶⁶ C. VON BAR - E. CLIVE - H. SCHULTE - NOELKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Outline edition, a cura di von Bar, Clive, Schulte-Noelke, Monaco, 2009, 9; per una discussione di queste tecniche v. G. ALPA e M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto private europeo*, Milano, 2005.

ments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and any applicable constitutional laws».

I *Principes directeurs* dell'Association Henri Capitant e della Société de Législation comparée (del 2008) distinguono i principi direttivi dagli altri principi, che considerano come regole generali condivise dai Paesi Membri dell'Unione. La raccolta corregge quindi i PECL che portano anche innovazioni tra le regole suggerite come modelli contrattuali da imitare, da cui trarre ispirazione o in cui trovare gli attrezzi per risolvere le questioni. Qui tra i principi direttivi si trovano (i) la libertà contrattuale, (ii) la certezza del diritto e (iii) la lealtà, termine che nel commento del Draft al riguardo viene tradotta con un significato tripartito in «good faith, fair dealing and cooperation»¹⁶⁷.

Non si parla di diritti fondamentali.

I diritti fondamentali si perdono per strada anche negli sviluppi successivi della armonizzazione delle regole sul contratto, che si affida a testi semplificati, sintetici, parziali.

Il testo di passaggio tra la disciplina dei contratti in generale del Draft (Book II) e il Progetto di Regolamento sulla vendita, denominato Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract law¹⁶⁸ (che risale al luglio 2011), non menziona i diritti fondamentali, prevede alcuni principi generali (reasonableness (art. 4), freedom of contract (art. 7), good faith and fair dealing (art. 8); e neppure in materia di interpretazione del testo si richiamano i principi generali o costituzionali accreditati dal diritto comunitario o dalle costituzioni nazionali. Il testo propone un *sistema chiuso*: «This instrument is to be interpreted and developed autonomously and in accordance with its objectives and the principles underlying it» (art. 1 (1)); il testo fa divieto di fare ricorso alle leggi nazionali (art. 1 (2)).

Finalmente il progetto di Regolamento relativo a un diritto europeo della vendita enuncia in apertura alcuni «principi generali» che identifica nella (i) libertà contrattuale, nella (ii) buona fede e correttezze, nella (iii) collaborazione. Anche questo è un testo chiuso, non fa riferimento ai diritti fondamentali, né alle regole interpretative che veicolano i valori del diritto comunitario.

¹⁶⁷ *Principles*, cit., 14.

¹⁶⁸ Vedilo in R. SCHULZE - J. STUYCK (a cura di), *Towards a European Contract Law*, Monaco, 2011.

La dottrina che si è occupata di diritto privato europeo ha proposto diverse soluzioni al problema della applicazione dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto privato (europeo). Ovviamente, ciascuno degli autori ha esaminato il problema nell'ottica dell'esperienza propria dell'ordinamento a cui appartiene: coloro che provenivano da esperienze che già avevano sperimentato la «costituzionalizzazione» del diritto privato, come gli autori tedeschi e italiani, non si sono fatti scrupolo di applicare ai rapporti privati sia le norme della propria Costituzione, sia le norme della Carta dei diritti fondamentali, sia ancora – con tutte le cautele e i limiti imposti dalla situazione – le disposizioni della Convenzione europea dei diritti umani.

Anche in queste ricerche e in queste proposte nella maggior parte dei casi i diritti fondamentali e i diritti umani si sovrappongono, ma nel fare riferimento alle singole proposte è opportuno specificare di volta in volta se la scelta riguarda la prima o la seconda categoria di diritti.

Diverse, come si è detto, sono le prospettive prescelte.

(i) La prima riguarda il complesso stesso del «diritto privato europeo» considerato come branca autonoma rispetto al diritto dell'Unione europea e al diritto comparato dei sistemi dei Paesi aderenti all'Unione europea. Ne è esempio preclaro il manuale a più voci coordinato da Mauro Bussani e Franz Verro¹⁶⁹. Proprio in apertura del discorso, a mo' di viatico, essi collocano il saggio di Samantha Besson, sui diritti fondamentali, che è anteposto ai contributi riguardanti gli istituti usuali del diritto privato, dal contratto alla responsabilità, alla proprietà, alla famiglia, alla tutela del credito, al diritto societario. Besson avvia il discorso considerando i tre livelli in cui la problematica si può porre: il livello dei diritti fondamentali nel diritto interno, nel diritto dell'Unione europea, nel diritto privato europeo. Distingue tra vertical application e horizontal application. E nel trattare dell'applicazione «orizzontale» distingue tra l'applicazione *diretta* e l'applicazione *indiretta*. Come si è anticipato, ogni autore ragiona tenendo a mente la situazione di casa propria. E così Besson¹⁷⁰ rileva che nel diritto svizzero poche sono le decisioni che

¹⁶⁹ M. BUSSANI e F. VERRO (edts), *European Private Law: A Handbook*, Berna, 2009), voll. I e II.

¹⁷⁰ S. BESSON, *Fundamental Rights and European Private Law*, ivi, 9 ss.

applicano direttamente i diritti fondamentali, mentre più frequenti sono le decisioni che applicano indirettamente i diritti fondamentali, ed in ogni caso i diritti fondamentali dispiegano un effetto «irradiante» tutto il sistema giuridico, alla luce del quale occorre disciplinare il rapporti tra privati. Ma prende in considerazione anche l'altra prospettiva promossa dalla dottrina (soprattutto quella inglese) che ragiona in termini di «obblighi» dello Stato, che possono essere anch'essi *verticali* (cioè riguardare il singolo cittadino) oppure *orizzontali*, cioè investire il rapporto tra cittadini. La conclusione è che l'applicazione dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto privato europeo implica l'operato di diverse corti, e quindi la competenza di diversi giudici, a seconda dei rapporti che si istituiscono, ma certamente questo movimento culturale e normativo porta ad una «costituzionalizzazione» del diritto privato europeo.

(ii) Più articolata è la prospettiva di quanti muovono da una comparazione degli ordinamenti, verificando in ciascuno di essi se il fenomeno della «costituzionalizzazione» del diritto privato si sia già verificata. È il caso dei contributi raccolti da Gert Brueggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi e Giovanni Comandé¹⁷¹. Qui si trovano le approfondite analisi dei sistemi dell'Europa continentale e del Regno Unito, sia con riguardo alla applicazione delle regole della CEDU sia con riguardo alla applicazione delle regole della Carta europea sia con riguardo alla applicazione dei Trattati. Ferma la considerazione che la Corte di Giustizia ha più frequentemente applicato le regole dei Trattati sulle libertà fondamentali, piuttosto che non i diritti fondamentali, ai rapporti tra privati, per l'applicazione diretta si segnalano i caso *Bosman* e *Aragonese*. Non si tratta di un'ampia messe di pronunce, ma la via è stata aperta, sì che dandosi per appurata e legittima la costruzione, si può pensare che, a partire da questi casi, la Corte di Giustizia possa avere ben altre occasioni per esprimersi. Ed è sintomatico notare che le Autrici del contributo riguardanti l'Inghilterra si siano soffermate sulla applicazione della CEDU e del Human Rights Act, piuttosto che non della Carta europea dei diritti fondamentali¹⁷².

¹⁷¹ G. BRUEGGEMEIER, A. COLOMBI CIACCHI, G. COMANDÉ, *Fundamental rights and Private Law in the European Union*, voll. I e II, Cambridge, 2010.

¹⁷² J. GAJSODOVA e J. ZEHETNER, ENGLAND, *op. cit.*, 119.

(iii) Tutt'altra prospettiva è quella che individua alcuni principi per così dire fondativi del diritto dell'Unione europea e li applica ai rapporti di diritto privato: si tratta dei principi di *competenza* (dell'Unione europea rispetto ai rapporti tra privati), *sussidiarietà*, *proporzionalità*, e *corretta cooperazione*¹⁷³.

Ciascuno di questi principi gioca un ruolo diverso nell'ambito dei rapporti tra privati, ma come si evince dalla stessa linea prospettica prescelta, l'idea di applicare oltre a questi principi anche i principi in cui si traducono (secondo l'art. 6 del Trattato di Lisbona) i diritti fondamentali è assai lontana dai temi posti in discussione in queste pagine.

(iv) Olha Cherednychenko, ritornando sul tema che ha fatto oggetto di una delle prime monografie in materia, ha sollevato il problema della definizione stessa di *diritto privato* nel contesto europeo, e ha sostenuto che l'Unione Europea non ha mai accettato l'idea di diritto privato che tradizionalmente era maturata nella cultura dell'Europa continentale. Nei sistemi nazionali il diritto privato ha coinvolto la «giustizia» del mercato, nella politica dell'Unione il diritto privato è servito per raggiungere gli obiettivi della integrazione europea. Sì che mentre nei sistemi nazionali il diritto privato tende a confliggere con la regolazione pubblica, nell'Unione la distinzione non è così netta e si privilegiano i rapporti «negoziati» piuttosto che non i rapporti regolati *ab externo*. Di qui la scommessa che ha raccolto la dottrina nel tentativo di «internalizzare» la dimensione pubblicistica nell'ambito del diritto privato¹⁷⁴.

(v) Con riferimento specifico al diritto contrattuale Roger Brownsword¹⁷⁵ tende a mettere in guardia l'interprete dall'applicazione diretta dei diritti umani (l'A., inglese, si riferisce al Human Rights Act, naturalmente) al contratto concluso dai privati, perché dietro i diritti umani si nasconde il valore della *dignità* della persona, e pertanto l'oggetto del contratto non può confliggere con il valore

¹⁷³ K. GUTMAN, *The Constitutional Foundations of European Contract Law. A Comparative Analysis*, Oxford, 2015, 282 ss.

¹⁷⁴ O. CHEREDNYCHENKO, *Private Law Discourse and Scholarship in the Wake of the Europeanisation Private Law*, in DEVENNEY e KENNY, *The Transformation of European Private Law. Harmonization, Consolidation, Codification or Chaos?*, Cambridge, 2013, 148 ss.

¹⁷⁵ R. BROWNSWORD, FREEDOM OF CONTRACT, *Human Right and Human Dignity*, in *Human Rights in Private Law*, Oxford e Portland (OR), 202, 181 ss.

della dignità. Valore che, in certe situazioni, può trasformarsi in un limite all'applicazione dei diritti umani, quando oggetto del contratto sono ad es. beni che riguardano direttamente la persona umana, e che implicano l'applicazione di principi di bio-diritto, che sono contrari alla libertà contrattuale.

1. *Premessa*

Ci sono voluti anni¹⁷⁶ per rimuovere l'impalcatura al tempo stesso concettuale e dogmatica con cui si assorbiva nella fattispecie «contratto» ogni fenomeno negoziale. È una sorta di «tenaglia» che schiaccia, comprime, sgretola la solida crisalide nella quale si voleva proteggere la libertà contrattuale: dall'alto il diritto sovranazionale, dal basso il diritto regionale.

La svolta si è registrata con la riscoperta della Costituzione, e dei suoi *valori*, dopo i primi esperimenti tentati negli anni Sessanta.

Come si è anticipato, la tutela costituzionale del contratto ha incontrato molti ostacoli sul suo cammino: offrire tutela costituzionale significa rafforzare ciò che il contratto rappresenta, cioè l'autonomia contrattuale, ed è evidente che, a seconda di come sia orientato ideologicamente l'interprete, la garanzia gioca a favore degli interessi liberistici, se l'autonomia è considerata espressione della libertà della persona che negozia, oppure gioca a favore della libertà *dal* contratto, se l'orientamento è volto a tutelare la parte che subisce l'imposizione di condizioni dettate dal contraente più forte. Non è quindi rivendicandone una tutela costituzionale che si ottiene un rafforzamento dell'istituto, se esso dovesse essere utilizzato per ledere gli interessi della parte socialmente più debole.

In un saggio famoso Luigi Mengoni spiega perché l'area del contratto deve includersi non nell'ambito di applicazione dell'art. 2 ma in quello dell'art. 41 Cost., e come non sia possibile da parte del giudice ordinario applicare direttamente l'art. 41 Cost. per sindacare la libertà contrattuale o, peggio, i contenuti del contratto, nel caso in cui si avvedesse che esso, come atto di autonomia privata, si pone in contrasto con la Costituzione. E ribadisce che le clausole generali, come correttezza e buona fede, incorporate negli artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c., l'ordine pubblico e il buon costume, non hanno bisogno di una «copertura» costituzionale per poter indurre le parti a comportarsi in modo da cooperare secondo canoni di solidarietà¹⁷⁷.

¹⁷⁶ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2015.

¹⁷⁷ V. già S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1965, I, 149, e in particolare L. MENGONI, *Autonomia privata e*

La «costituzionalizzazione» del contratto, nonostante gli auspici di molti civilisti, non si è mai compiuta. Anche di recente, nell' esaminare il processo di formazione della «costituzione economica», sulla base della lettura dell'art. 41 Cost. nelle diverse epoche che hanno contraddistinto la giurisprudenza della Corte di legittimità e l'evolvere della dottrina costituzionalistica, Massimo Luciani¹⁷⁸ ha posto in luce il collegamento tra l'art. 41 e l'art. 3 Cost., non coinvolgendo nel discorso l'art. 2 Cost. La libertà economica è vista dunque come espressione sì delle libertà individuali, ma come una libertà da esercitare secondo i canoni della concorrenza e della utilità sociale e quindi in una dimensione *collettiva*, tale da non incidere sulle forme di espressione della persona¹⁷⁹.

In altri termini, un conto è la valutazione dei diritti fondamentali che sono coinvolti nell'operazione contrattuale, altro conto è la possibilità di concludere in sé e per sé quell'operazione come espressione di esercizio di un diritto fondamentale. In questo secondo aspetto non si può scorgere la via per giungere alla protezione costituzionale del contratto. Anche di recente Pietro Rescigno¹⁸⁰ lo ha ribadito in modo netto, chiamando a confronto il modello tedesco, per sottolinearne le differenze con il modello italiano. Né si può giungere a quel risultato considerando il contratto come il momento fondativo della libertà di associazione e della libertà matrimoniale. Peraltro il disposto dell'art. 41 Cost. funziona come limite alla libertà contrattuale, piuttosto che non come suo sostegno.

Se si collega la meritevolezza al dovere di solidarietà si rischia di lambire la funzionalizzazione del contratto, ma «basta spostare la mira (come del resto è naturale) dall'art. 2 all'art. 41 Cost. perché la soluzione si presenti in termini più equilibrati. Se non forse al contratto in genere, al contratto d'impresa come strumento essenziale di attività economica può essere imposto il rispetto dell'*utilità* sociale

Costituzione, in *BBTC*, 1997, I, 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 568; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 42; A. LISERRE, *Coesistenza e autonomia contrattuale*, in *Jus*, 2008, 1, 83 ss.

¹⁷⁸ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno AIC, Torino, 27-29 ottobre 2011, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

¹⁷⁹ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit.

¹⁸⁰ P. RESCIGNO, *Premessa al Trattato dei contratti*, vol. I, Torino, 2006.

(del bene *economico* comune) non come dovere di attuarla o di promuoverla, ma come dovere di *non contrastarla*»¹⁸¹.

Diversa è invece la problematica della *Drittwirkung* delle norme costituzionali ai rapporti tra privati, ma di questo si parlerà tra poco¹⁸².

Non si deve cadere nell'equivoco che le due prospettive siano unificate: più che di costituzionalizzazione del contratto si può parlare in questo caso di controllo dell'atto di autonomia privata secondo i valori costituzionali al fine di tutelare il contraente che subisce la lesione di quei diritti attraverso l'accettazione del contratto: è, in altri termini, la prospettiva qualificata in termini di «legalità costituzionale»¹⁸³ la quale consente al giudice di applicare direttamente al contratto le regole costituzionali, sia utilizzando le clausole generali, sia qualificando il contratto come illegale (se in contrasto con la normativa costituzionale), sia utilizzando i parametri derivanti dalla legislazione comunitaria ove applicabili (in particolare, il principio di proporzionalità e il principio di eguaglianza). Più difficile accogliere la tesi di chi ritiene che la libertà contrattuale risieda anche nella connessione con i valori della tutela dell'ambiente o della tutela del lavoro dipendente che vieta sfruttamento dei minori da parte delle imprese fornitrici¹⁸⁴: non è tanto la tutela costituzionale che può legittimare la scelta dei consumatori, che è già libera secondo il disposto del codice civile. E se si dovesse proiettare questa problematica sul recesso dal contratto, si dovrebbe pervenire ad una risposta negativa. Il recesso – così come contemplato nel codice civile – non consente lo scioglimento unilaterale del rapporto per ragioni che non incidono direttamente sulla persona che esercita il diritto; e come contemplato nel codice del consumo potrebbe essere comunque esercitato senza motivazione alcuna, purché nei limiti di tempo e secondo le modalità prescritte da questo testo.

La giurisprudenza costituzionale, come dicevo, non è approdata a decisioni particolarmente rilevanti e copiose in materia di disci-

¹⁸¹ G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 639.

¹⁸² P. RESCIGNO, *Premessa al Trattato*, cit., XLIII ss.

¹⁸³ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 751.

¹⁸⁴ A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Il corriere giuridico*, 2008, 155.

plina del contratto, se si fa eccezione per i casi di legittimazione dei limiti connessi ai prezzi imposti o ai casi in cui si è valutata la legittimità della normativa sulla tutela del consumatore¹⁸⁵.

Le novità, di cui si dirà più oltre, riguardano: le limitazioni dovute alla tutela di diritti fondamentali; le limitazioni previste nei progetti di uniformazione della disciplina in sede europea; le limitazioni considerate dal punto di vista della valutazione «sociale» dei progetti europei.

2. *Libertà contrattuale e Costituzione*

Si deve a Pietro Rescigno¹⁸⁶ la riflessione più rilevante su questo tema.

Nell'ambito della nozione di autonomia negoziale, l'autonomia contrattuale si presenta come capace di svolgersi secondo modalità e vie assai più larghe di quelle consentite al privato che si avvale di altri strumenti. Essa significa (ai sensi dell'art. 1329) libertà di determinare il contenuto del contratto e di concludere contratti che non rientrino nei tipi previsti, significa libertà di forma e inclusione del contratto. Queste specificazioni però sembrano ipotesi di scuola. Qual è l'essenza della autonomia contrattuale? Non sembra che la nostra Costituzione (a differenza della Costituzione di Bonn) contempli una garanzia neppure indiretta della libertà contrattuale. È improprio il richiamo all'art. 2 Cost. perché non è vero che ogni contratto crei una comunità (concezione propria della dottrina tedesca intrisa di principi nazisti). Sono garantite solo talune manifestazioni dell'autonomia contrattuale, quali la libertà di associazione (art. 8), la libertà matrimoniale (art. 29). In questi casi si tocca il problema del «se» del contratto.

¹⁸⁵ Sul punto v. S. BARTOLE e R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, *sub* art. 41, 406, 424; *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Milano, 2006, 858.

¹⁸⁶ P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, 3. La letteratura in materia è pressoché sconfinata; SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, IV, 229 ss.; e v. pure G. ALPA, M. BESSONE, V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; R. ALESSI, (Rosalba) cur., *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999; F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, 1491 ss.; ed ora G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011.

La mancanza di una garanzia costituzionale della libertà di contratto non vale a risolvere un altro problema, cioè a istituire una graduatoria di valori che imporrebbe alla libertà negoziale il rispetto di tutti i diritti fondamentali iscritti nel catalogo in cui essa non trova posto. È il tema della applicabilità diretta (*Drittwirkung*) dei diritti fondamentali, della efficacia immediata dei *Grundrechte* rispetto alle private disposizioni e convenzioni. Si tratta, nei casi più frequenti, di discriminazioni operate dal privato nell'esercizio dell'autonomia negoziale: discriminazioni che, se operate dalla legge, sarebbero costituzionalmente illegittime (v. art. 3 comma 1 Cost.).

In verità i risultati della *Drittwirkung* possono raggiungersi coi tradizionali strumenti di giudizio sul contratto privato, l'ordine pubblico e il buon costume. Inoltre certi principi (ad es. uguaglianza) hanno una validità sul piano degli istituti del diritto privato. Al di fuori delle norme sopra richiamate, si può risalire alla libertà contrattuale dalla garanzia di altri istituti (artt. 41, 42).

La connessione tra proprietà privata e iniziativa economica privata è innanzitutto di ordine storico; solo la vicenda storica dello sviluppo del capitalismo porta a considerare in certi ambienti come limitazione alla proprietà privata fatti che altrove sono visti come incidenti sulla libertà di iniziativa.

Si è proposta una lettura degli artt. 41-47 Cost. nel senso di portare l'utilità sociale a fondamento dell'iniziativa privata e solamente entro il limite di realizzazione dell'utilità sociale ritenere tutelati gli strumenti dell'iniziativa, che sono i beni e l'attività, la proprietà e il contratto.

Se ci si ferma al tenore dell'art. 41 c. 2 il contrasto con l'utilità sociale come il danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, sembra funzioni da limite esterno al carattere negativo della libertà d'iniziativa. Ma nella prospettiva ricordata l'utilità sociale si trasforma nella ragione stessa dell'esercizio dell'iniziativa economica privata. Di qui si giunge al discorso della funzionalizzazione dell'impresa (e di proprietà e di contratto). Il 3° comma dell'art. 41 ripropone il problema dei rapporti tra autonomia e programmazione. Né si può affermare che la programmazione limiti l'autonomia contrattuale perché già nella fase più avanzata dell'economia capitalista il policentrismo negoziale ha subito numerosi cedimenti (l'esempio più eclatante è il contratto per adesione). Inoltre la produzione di massa

porta ad una sostanziale mancanza di libertà contrattuale (libera determinazione del contenuto) anche al di fuori di questi contratti: il consumatore viene raggiunto dai prodotti nell'ultima fase di distribuzione; si ha l'obbligo legale a contrarre; vi sono clausole imposte.

Vi è inoltre un altro discorso: la posizione del giudice che sindacava nel merito l'operazione contrattuale e corregge la sperequazione di potere tra le parti.

Allo stesso risultato conduce l'autonomia sindacale. Sono due processi paralleli causati dalla concentrazione industriale. Dalla mobilità del contratto, qual fu concepito in astratto dai codici liberali, si ritorna alla rigidità degli *status*. Non perché la condizione sociale della persona ne domini tutta la vita e il destino, ma il ritorno allo *status* viene inteso nel senso che per ogni settore di attività i contratti siano destinati a modellarsi secondo tipi e discipline che rispecchiano la posizione sociale delle parti fino al punto di vedere nel contratto un mezzo onde si esprime la politica economica dello Stato. Dove più acuta si avverte la necessità di stabilire equi rapporti sociali il legislatore interviene, v. ad es. la legge del 1964 sui contratti agrari, sopprimendo figure tipiche e vietando schemi atipici antichi, limitando l'autonomia privata attraverso la nullità sopravvenuta e proponendo interventi quale la sostituzione legale del tipo contrattuale. L'autonomia contrattuale si definisce nel sistema non solo attraverso la libera determinabilità del contenuto e il possibile ricorso a schemi atipici ma altresì attraverso la norma che circoscrive alle parti l'efficacia del contratto, escludendo che possano esserne colpiti i terzi. Nel sistema economico del più maturo capitalismo il contratto nel senso di pienezza della libertà delle scelte e degli strumenti funziona in un'area assai ristretta, al vertice, dove si incontrano persone e gruppi depositari del potere economico. I contratti sono liberi solo nel senso di mancanza di cause perturbatrici del valore.

È evidente allora che la logica del sistema capitalistico, là dove assicura la libertà contrattuale, consente di spiegare effetti che vanno al di là della sfera dei contraenti e che investono addirittura il pubblico in generale e cioè tutti coloro che chiederanno o consumeranno determinati beni o usufruiranno di particolari servizi.

Non a caso i primi studi sulle intese restrittive della concorrenza cercano di individuare, per discuterne la libertà, la categoria dei contratti a danno dei terzi.

Proprietà, contratto, responsabilità civile sono istituti esaminati di solito sotto l'angolo visuale della crisi; altri vedono nel contratto uno strumento fungibile per le più diverse funzioni. E il rifiuto del significato tradizionale è proprio consacrato dall'art. 1322; il richiamo all'ordinamento giuridico nella sua interezza vuol essere per il giurista un richiamo costante alla storicità della sua funzione perché la suggestione dei nomi che non mutano non lo induca a credere ad un legame indissolubile delle forme giuridiche con la cultura che ebbe ad elaborarle e ad affinarle.

3. *La libertà contrattuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Nel dibattito recente, significato e ampiezza della libertà di iniziativa economica si sono riesaminati sotto diversi profili.

Si è riaperta la questione della connessione tra libertà economica e tutela della persona; in particolare si è sostenuto che l'autonomia negoziale trovi le sue radici nell'art. 2 Cost.¹⁸⁷, mentre chi ritiene che l'art. 2 non sia norma aperta¹⁸⁸ lo esclude, sostenendo che la tutela costituzionale della libertà negoziale sia solo indiretta.

Si è sostenuto che il mercato era concetto del tutto ignorato dai Costituenti e quindi dalla Costituzione¹⁸⁹ e quindi che si può parlare di libertà del mercato nei limiti stabiliti dall'art. 41. 2 Cost.¹⁹⁰, tale disposizione è rivolta non solo al legislatore, ma a tutti, compresi gli operatori¹⁹¹.

Si è revocato in dubbio che lo stato e gli enti pubblici possano intervenire direttamente in concorrenza con i privati; essi dovrebbero intervenire solo in via sussidiaria qualora manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata. Questa deduzione però non è suffragata dal testo costituzionale.

In conclusione, la libertà economica non si deve confondere né con le libertà individuali né con la garanzia della proprietà. È un

¹⁸⁷ G. GUARINO, *Quale costituzione?*, Milano, 1986.

¹⁸⁸ A. PACE, *Libertà del mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 327.

¹⁸⁹ G. AMATO, *La costituzione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977, 209 ss.

¹⁹⁰ A. PACE, *op. cit.*

¹⁹¹ G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 311.

quid pluris dato dalla utilizzazione congiunta di una somma di diritti e di libertà per l'esercizio di una attività organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi¹⁹².

Questa conclusione è avallata anche dalla Corte costituzionale la quale, con diverse sentenze, ha precisato che l'autonomia contrattuale non riceve tutela diretta dalla Costituzione, ma è strumentale all'esercizio della libertà economica (sent. 7/1962); che la ricerca del profitto è legittima, e quindi, pur essendo ammissibile la regolamentazione dei prezzi, non si deve deprimere l'iniziativa economica con leggi (sent. 144/1972); che le limitazioni all'iniziativa debbono essere imposte con legge (sent. 4/1962); che la riserva di legge è solo relativa; che è legittimo l'intervento dello Stato rivolto a reprimere i monopoli privati (sent. 59/1960); che l'intervento rivolto a reprimere gli ostacoli alla libera concorrenza può estrinsecarsi nella imposizione di un monopolio pubblico (sent. 255/1974); che i fini di utilità sociale possono essere esplicitati in dichiarazioni pragmatiche, ma i programmi non possono essere né troppo rigidi né arbitrari (sent. 46/1963), che le intese per limitare la concorrenza possono essere represses per tutelare l'interesse collettivo (sent. 223/1982).

In conclusione l'affermazione di limiti alla libertà economica è legittima e utile. Non si vede perché la discussione attuale si affanni a sostenere la libertà di mercato, quasi che mercato e iniziative economiche non dovessero essere per loro natura suscettibili di limiti, controlli, ecc. Ogni diritto, e quindi anche i diritti di libertà, è limitato in quanto nasce limitato: in primo luogo, nasce limitato dai diritti individuali altrui, come osservava Kant; la libertà dell'individuo, per poter sussistere, implica necessariamente che sia rispettata la libertà degli altri individui; la libertà dell'uno spinge fin là dove non si possa conculcare la libertà dell'altro; in secondo luogo, nasce limitata dall'interesse pubblico; l'esercizio libero di una attività economica può essere dannoso per i consumatori, per i passanti (c.d. *bystanders*), per l'economia nazionale, ecc.

Non ci si deve stupire se oggi si deve parlare di limiti alla libertà economica in cui non si deve lasciar prendere la mano da facili entusiasmi per il liberismo puro¹⁹³. Basta considerare che ogni libertà presenta, o sopporta, comunque limiti: la libertà personale può es-

¹⁹² F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1992, 161.

¹⁹³ M. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992.

sere limitata o soppressa in caso di sanzioni penali; la libertà di residenza può essere limitata in caso di confino e di soggiorno obbligato; la libertà di associazione è limitata quanto agli scopi perseguiti e alla pubblicità dell'associazione medesima; la libertà di stampa trova limiti nella non veridicità della notizia, nella tutela della *privacy*, dell'onore, della reputazione delle persone implicate nella cronaca giornalistica e così via.

Si consideri infine che la libertà economica non è considerata dalla Costituzione tra i diritti fondamentali, bensì tra i rapporti economico-sociali. Essa quindi è assai meno garantita delle libertà personali. Nel conflitto tra interesse privato e interesse pubblico, tale libertà è assoggettata al limite della utilità sociale, nonché della libertà, della dignità e della salute della persona.

La giurisprudenza della Corte costituzionale si è occupata di disciplina del contratto, ma i suoi interventi, raramente rivolti ad accogliere le domande di illegittimità, si sono dispiegati soprattutto nella materia dei contratti speciali, là dove il rapporto contrattuale, per ragioni di natura economica e sociale, era stato oggetto di provvedimenti legislativi miranti a realizzare finalità dirette a bilanciare il rapporto tra le parti o ad offrire una particolare tutela alla parte considerata più debole. Queste considerazioni riguardano i contratti speciali diversi dal contratto di lavoro, per il quale la legislazione speciale, la giurisprudenza ordinaria agglomeratasi nel corso del tempo e la separatezza dottrinale esistente nella nostra esperienza, si deve fare un discorso a sé che esula dai confini di questo lavoro.

Gli interventi della Corte sono uniformi nel tempo, non si registrano svolte significative nel fissare i principi riguardanti l'interpretazione delle disposizioni costituzionali: principi che, come già si è anticipato, non comprendono il contratto – inteso come strumento utilizzato dalle parti per realizzare una operazione economica – nell'ambito della sfera di protezione della persona, non ne assicurano una «copertura» costituzionale, e quindi tendenzialmente legittimano ogni intervento legislativo che ritagli, delimiti e conformi la volontà espressa dalle parti per finalità di tutela di altri valori costituzionali rispetto a quello della libertà contrattuale. I diritti della persona sono tutelati nel senso che la volontà delle parti non si può spingere fino a violarli: non è quindi la libertà contrattuale in sé a ricever protezione, ma i singoli diritti personali che sono oggetto

del contratto e che non possono essere prevaricati dalla parte più forte. La connessione con la libertà d'impresa – e quindi di concludere le operazioni contrattuali necessarie a esplicitarla – non si spinge fino a ritenere intangibile la libertà contrattuale in sé e per sé considerata.

In materia di mezzadria, una delle prime sentenze della Corte (la sentenza n. 118 del 1957) esclude che la legge che dispone i criteri di valutazione delle scorte vive da restituire in caso di risoluzione del rapporto possano essere oggetto di sindacato, anche se l'intervento legislativo vulnera l'autonomia privata.

Eguale per quanto riguarda i canoni dei rapporti contrattuali in agricoltura: la perequazione dei canoni disposta per legge essendo determinata da ragioni sociali giustifica l'intervento che limita la libertà contrattuale. Osserva il relatore (in quel caso si trattava di Costantino Mortati) che gli artt. 41 e 42 Cost. «mentre affermano in via di massima la libertà della iniziativa economica privata ed il libero godimento della proprietà privata, consentono tuttavia che all'una e all'altro siano imposti limiti, al fine di farli armonizzare con l'utilità sociale e render possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento dei beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva. L'esigenza del conseguimento di tali fini come giustifica l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, così può consentire la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale». E prosegue: «(...) non può esser dubbio che ricondurre ad equità i rapporti contrattuali i quali appaiono gravemente sperequati a danno di una delle parti, e tanto più di quella da ritenere più debole, ai sensi del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, rientri nei poteri che l'art. 41 conferisce al legislatore». Ciò non significa ovviamente che la parte che si ritenga lesa non possa, ove ne sussistano i presupposti, fare ricorso all'art. 1467 cod. civ. e dimostrare la sopravvenienza di circostanze imprevedibili che abbiano reso particolarmente onerosa la sua prestazione (sent. n. 7 del 1962). Allo stesso modo si decide per la revisione dei canoni enfiteutici, dovuta alle conseguenze della Seconda guerra mondiale (sentenza n. 37 del 1969).

Il potere di incisione della libertà contrattuale non è tuttavia illimitato: ciò perché solo una legge dello Stato (e quindi con la ga-

ranza della tutela dettata dalla riserva di legge) può circoscrivere la volontà dei privati; tale potere non può essere esercitato con atto amministrativo dalla pubblica Amministrazione in difetto di una specifica disposizione. Così la corte decide in merito alla fissazione dei prezzi di cessione delle barbabietole per la raffinazione dello zucchero (sentenza n. 35 del 1961).

Insomma, l'intervento legislativo è ammesso, ma si presuppone pur sempre che il principio di autonomia (o di libertà) contrattuale sia onnipervasivo: l'intervento deve essere giustificato da una legge. Era il caso del trasferimento obbligatorio del contratto di assicurazione della responsabilità civile per la circolazione dei veicoli all'acquirente, salva diversa disposizione dell'alienante, giustificato dalla tutela del terzo danneggiato in virtù del principio di solidarietà sociale dettato dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 77 del 1983).

Vi sono però confini all'esercizio del potere legislativo? Sono i limiti stabiliti dall'art. 3, e dagli artt. 41 e 42 Cost. Occorre cioè che l'intervento legislativo esprima esigenze di perequazione, oppure di finalità economico-sociali apprezzabili. Così si esprime la corte con la sentenza n. 109 del 1977, la quale giustifica il monopolio dell'Istituto Luce, deputato a realizzare cortometraggi per conto dell'Amministrazione statale (oggi forse l'esito sarebbe capovolto, attesa la liberalizzazione dell'attività economica in questo campo)¹⁹⁴.

Oltre ai contratti agrari, molti interventi riguardano la disciplina dei contratti di locazione di immobili urbani, sia quelli privati sia quelli appartenenti al patrimonio degli enti istituiti per l'edilizia residenziale agevolata e convenzionata. La corte legittima ogni limitazione, sia con riguardo alla durata del rapporto sia con riguardo alla entità del canone, essendo rilevante il bisogno sociale che il legislatore vuole tutelare. In dottrina si parlerà, anche a questo proposito, ma non solo, di un vero e proprio diritto all'abitazione sussistente in capo ad ogni cittadino, per principio costituzionale. È il caso della sentenza n. 155 del 1988, della sentenza n. 323 del 1993 (che conferma le precedenti pronunce n. 3 del 1976, n. 225 del 1976, n. 89 del 1984) tutte in materia di proroga del rapporto e di entità dei canoni.

¹⁹⁴ V., da ultimo sul punto, Corte cost. 22 maggio 2013 n. 92; Corte cost. 29 maggio 2013 n. 103 e Corte cost. 27 giugno 2013 n. 160, tutte in *Giur. it.*, 2014, 25 ss., con nota di E. DEL PRATO, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*.

Più diffusa sulla libertà contrattuale è la pronuncia n. 241 del 1990 a proposito della protezione del diritto d'autore, affidata alla S.I.A.E., di cui si esclude l'esercizio di poteri arbitrari e comunque incontrollabili in materia di compensi. La questione era stata sollevata non da parte degli autori, ma da parte di reti televisive private alle quali la S.I.A.E. aveva imposto compensi agli autori pari a quelli imposti alla R.A.I.

È interessante però osservare – qualunque sia la posizione che si voglia assumere in ordine alla legittimità dell'operato della S.I.A.E. (la cui posizione anfibola, di mediatrice degli interessi degli autori e delle loro controparti, e di unica titolare sul mercato di questa prerogativa, sottoposta anche al vaglio della corte di Giustizia europea) – che la Corte precisa come la posizione preminente di una parte sull'altra (qui stabilita dal legislatore, ma nel mercato derivante anche da ragioni di fatto) non possa essere corretta facendo solo ricorso alle regole del codice civile, cioè a regole «interne» alla dinamica del rapporto. Nel suo *obiter dictum* osserva infatti la Corte che «i principi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella formazione ed esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 cod. civ.), le regole della correttezza professionale (art. 2598, n. 3, cod. civ.) ed i doveri correlati alla responsabilità contrattuale (art. 2043 cod. civ.) non costituiscono un argine sufficiente alla libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l'autonomia contrattuale, e non sono perciò idonei a sopperire all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia».

Ciò implica che quando una delle parti è in posizione di supremazia per disposizione di legge, questa disposizione deve essere giustificata da ragioni fondate sulla Costituzione.

In coerenza con questo indirizzo la corte ha escluso che la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori – riservata al consumatore persona fisica – sia in contrasto con l'art. 3 Cost. perché la supremazia di fatto esercitata dal professionista/imprenditore nei confronti dell'altra parte non è stabilita per legge; al contrario la legge tutela la persona fisica ma non gli altri soggetti di diritto¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Corte cost. 22 novembre 2002, n. 469 questione infondata con riguardo alle

Le limitazioni alla libertà contrattuale possono provenire solo dalla legge statale, perché la disciplina del contratto è riservata dall'art. 117 Cost. allo Stato, sotto la formula di *ordinamento civile*. Ne consegue che le leggi regionali che si intrudono nel rapporto contrattuale dei privati sono in contrasto con il dettato costituzionale. Così si è deciso a proposito di una legge della Regione Friuli-Venezia Giulia concernente l'impianto e la tenuta dei libri fondiari, che prevedeva la sanzione della nullità dell'iscrizione causata dalla mancata approvazione dell'assetto negoziale convenuto da soggetti privati in ordine alla loro esclusiva proprietà dando luogo ad «una indebita invasione» della legge regionale; e pertanto la legge è stata dichiarata incostituzionale (sentenza n. 237 del 2003). Parimenti per una legge della Regione Puglia che sottraeva all'esecuzione forzata le assegnazioni di fondi a favore dei consorzi di bonifica, se destinate a particolari scopi (sentenza n. 273 del 2012). La Corte non si pone il problema sollevato dal giudice a quo, secondo il quale (direi correttamente) la legge inciderebbe sull'affidamento del contraente e rimetterebbe l'adempimento dell'obbligazione alla sola volontà del debitore, ma si ferma al problema più generale della invasione di campo del diritto statale. «L'ordinamento del diritto privato – si legge nella motivazione – si pone quale limite alla legislazione regionale in quanto fondato sull'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza di garantire nel territorio nazionale l'uniformità della disciplina dettata per i rapporti privati. Il limite dell'ordinamento privato, quindi, identifica un'area riservata alla competenza esclusiva della legislazione statale e comprende i rapporti tradizionalmente oggetto di codificazione» (*ex plurimis*, sentenze n. 295 del 2009 e n. 352 del 2001; analogamente, sentenza n. 50 del 2005).

Molte sono le sentenze della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione che applicano il principio-valore della dignità. Ma la tematica della applicazione dei diritti e delle libertà fondamentali ai rapporti tra privati è ancora aperta. I saggi che abbiamo inserito in

piccole imprese e alle imprese artigiane). Analogamente v. Corte cost. 30 giugno 1999, n. 282 per le persone giuridiche.

Per la manifesta infondatezza della questione di legittimità dell'art. 1469-*bis* c.c., perché non include, oltre al consumatore, anche il lavoratore v. Corte cost. 16 luglio 2004, n. 235 (ord.).

questa raccolta ne dimostrano tutte le sfaccettature e al tempo stesso le difficoltà. La situazione italiana non è dunque così distante da quella di altre esperienze: è più vicina a quella tedesca, e più lontana da quella inglese, che ha caratteristiche sue proprie e da quella francese. Le difficoltà che si incontrano non devono però scoraggiare gli interpreti. La lezione che ci ha insegnato Stefano Rodotà, da ultimo nel prestigioso contributo su *Il diritto di avere diritti*, è che i diritti fondamentali sono affidati a costruzioni fragili, si debbono difendere giorno per giorno, e non si deve mai dare per scontato che, una volta affermati e consolidati, essi rimangano scolpiti sulla pietra. Al contrario, i mutamenti degli scenari mondiali, la evoluzione delle categorie della politica, le derive della globalizzazione, ne fanno un terreno di sfida per il giurista del tempo post-moderno.

Abstract

L'A., premessa una introduzione sul dibattito in essere sui diritti fondamentali, si occupa della loro applicazione al contratto concluso dalle parti, e tratta del ruolo dei principi e delle libertà riconosciute dalla Carta europea dei diritti umani e dalla Carta europea dei diritti fondamentali. Esamina anche la giurisprudenza delle due Corti sovranazionali, la Corte europea di Giustizia e la Corte EDU. Offre poi uno spaccato dei modelli stranieri a confronto: il modello inglese in cui sono state introdotte due leggi che attuano i principi della Convenzione EDU, lo Human Rights Act e l'Equality Act. Passa poi a discutere i due fenomeni che caratterizzano l'evoluzione del diritto privato nella sua fase più recente: la sua costituzionalizzazione e la sua europeizzazione. Qui emerge la originalità del diritto italiano, che l'A. brevemente illustra.

With an introduction concerning the contemporary discussion about fundamental rights, the A. looks at their application to the contractual relationship created by private parties, and examines their role (as principles and freedoms) in post-modern private law. He takes in account also the case law of ECJ and HR European Court. Then he gives an illustration of some foreign legal systems : the English legal system, with the two statutes in this field, Human Rights Act and Equality Act. The conclusion of this essay concerns the evolution of private law, its "constitutionalization" and its "europeanization". Here comes out the originality of the Italian legal system.