

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

2014

numero speciale

I PRINCIPI NELL'ESPERIENZA GIURIDICA

Atti del Convegno

della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza

Roma, 14-15 novembre 2014



JOVENE EDITORE

RELAZIONI GENERALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I principi nella giurisprudenza della Corte costituzionale: i principi con funzione ordinante. – 3. I principi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: i principi con funzione nomofilattica. – 4. I principi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: i principi con funzione armonizzante. – 5. I diritti fondamentali come principi generali di diritto contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 6. L'osmosi dei principi: i "principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 7. L'osmosi dei principi: l'applicazione dei principi del diritto comunitario nel diritto interno. – 8. La percezione dei principi nella letteratura recente di diritto privato europeo. – 9. L'abuso dei principi generali. – 10. Il dilemma del legislatore moderno.

1. *Premessa*

Se si esaminano i "principi generali" nella prospettiva realistica del diritto occorre muovere innanzitutto da una ricognizione dei dati di fatto; e sulla base di questi si possono porre alcuni interrogativi di base: (*i*) in quali contesti sono citati i principi generali, (*ii*) da quale autorità vengono pronunciati, (*iii*) per quali scopi sono usati, (*iv*) quali significati possono rivestire nel contesto individuato, (*v*) quali risultati ha prodotto la loro applicazione.

Va da sé che per iniziare una ricerca e per raccogliere i dati sufficienti a costruire un discorso si deve muovere da una definizione stipulativa – almeno provvisoria – di "principio generale". La scelta più semplice consiste nell'assumere come tale la definizione giusformalista che dipinge i principi generali come regole aventi natura giuridica, quindi precetti cogenti, di tenore ampio, espressi con termini generici, ricavati in via induttiva da regole di portata più specifica; secondo l'intendimento diffuso i principi "generali" per essere tali debbono essere attinenti al diritto comune, non potendo ricavarsi principi generali dal diritto speciale, il quale, essendo circoscritto a singole fattispecie o a singoli settori dell'ordinamento, non potrebbe consentire la costruzione di principi di estensione generale.

Se si considerano i riferimenti testuali contenuti nei testi normativi si trovano diverse formulazioni dei principi: si parla di principi generali "del diritto", "dell'ordinamento giuridico dello Stato",

di principi “fondamentali”, di principi “direttivi”, di principi “regolatori”, e così via.

Una ricerca a lungo raggio impone di fare riferimento, in primo luogo, alle banche di dati, informatizzate o cartacee, che raccolgono informazioni, citazioni, esplicazioni, elenchi, definizioni, precetti, bibliografie riguardanti i principi: in questo lavoro si considereranno i *principi generali*. Ovviamente, le banche di dati obbediscono alle finalità perseguite dai loro creatori. Trattandosi di principi generali le banche di dati che contengono il maggior numero di riferimenti a questa locuzione sono quelle predisposte dalle Corti. È evidente che una ricerca condotta con queste modalità è esposta ad un alto numero di variabili dei criteri ordinanti.

Essa sconta necessariamente la finezza, la profondità e la vastità della cultura dell'interprete-redattore, è limitata dalla competenza dell'Autorità che pone o usa il principio, è condizionata dalla terminologia e dall'apparato concettuale che sta alla sua base. Soprattutto, è vincolata dai testi normativi in cui questo sintagma è contenuto. Sicché una ricerca effettuata nelle banche di dati predisposte dalle Corti deve tener conto: (i) dei testi normativi applicati dalla Corte considerata, (ii) delle tecniche di redazione dei provvedimenti emessi dalla Corte, e quindi (iii) della formazione culturale dell'estensore del provvedimento e/o del collegio che lo ha approvato, (iv) eventualmente delle memorie predisposte dagli avvocati alle quali il provvedimento faccia riferimento, e ancora – nel caso in cui il principio non sia contenuto nel testo normativo applicato né sia citato nel provvedimento approvato, ma sia frutto della ricostruzione interpretativa del redattore della banca di dati – deve tener conto (v) delle finalità perseguite dal redattore, che possono essere le più varie (semplificative, didascaliche, riassuntive, etc.).

Attese tutte queste cautele, appare evidente che una ricerca di questo tipo – peraltro inevitabile in un mondo del diritto così complesso come quello oggi esistente – deve considerarsi approssimativa e incompleta. E tuttavia, da quel che si dirà, risulta evidente quanto essa possa essere utile per individuare gli orientamenti, le mode, le tecniche dell'interpretazione giuridica oggi radicata nella nostra cultura. Una cultura composita, accademica, magistratuale, forense e notarile.

La fluidità della formula – si potrebbe dire anche la sua *vaghezza* – non finisce qui, se si considera che non esiste una accezione

unitaria del termine “principio generale”, non esiste né mai potrebbe esistere un catalogo o un elenco definitivo di “principi generali”, e che la creazione di principi generali è frutto di un processo logico che dipende dalla discrezionalità dell’interprete. Ma non si tratta, come spiegano i cultori dell’ermeneutica giuridica, di una libertà assoluta, in quanto l’interprete nella sua attività deve attenersi ai canoni consolidati e condivisi dalla comunità degli studiosi.

L’interprete, tuttavia, quando usa il sintagma che stiamo indagando non si fa tanti problemi, perché la locuzione è entrata nell’uso, viene utilizzata in modo disinvolto persino da legislatore, ora come regola di tenore generale, ora come regola che dà l’incipit ad un testo normativo, ora come definizione legislativa e così via.

Se ci si deve affidare alle monografie più recenti dedicate a questo tema, non stupisce che accanto ad opere che si pongono tutti i problemi sopra accennati, connaturati alla teoria generale del diritto¹ vi siano altre opere che prescindono da preoccupazioni definitorie e ricognitive, si limitano a sottolineare soprattutto la distinzione tra “principi” e “regole”, e si preoccupano di descrivere il modo nel quale alcuni principi generali sono utilizzati dal legislatore e dall’interprete² oppure si dedicano a raccogliere i principi al fine di armonizzare il diritto espresso dai diversi ordinamenti, come i Principi Unidroit, i PECL, i PETL, il Draft Common Frame of Reference, il CESL oppure ancora dedicano la loro attenzione a singoli principi, quali ad es. l’abuso del diritto³, il principio di effettività nel diritto comunitario⁴, il principio di eguaglianza nei rapporti contrattuali⁵ e a tutti gli altri che, per una ragione o per l’altra, sono considerati vitali, innovativi, o semplicemente più ricorrenti di altri.

La letteratura in materia è immensa, sia che si prendano in esame i principi generali come tecnica legislativa e /o interpretativa⁶,

¹ Ad es., *General Principles of EU Law and European Private Law*, curato da U. Bernitz, X. Groussot e F. Schulyok, Aalphen aan der Rijn, 2013.

² V. ad es. N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014.

³ *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di R. de la Feria e S. Vogenauer, Oxford e Portland, Oregon, 2011.

⁴ S.M. CARBONE, *Principi di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.

⁵ E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, *Riv. dir. civ.*, 2014, 247 ss.

⁶ Da ultimo v. P. MARCHAL, *Principes généraux de droit*, Bruxelles, 2013; G.P. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012; e già R. GUASTINI, *Le fonti del*

sia che li si consideri come criteri ordinanti di un settore dell'ordinamento⁷ o di un'area condivisa da più ordinamenti⁸, o di una tecnica espressiva di diritto non scritto⁹.

Ogni analisi di questo tipo può essere poi svolta in modo sincronico o in modo diacronico¹⁰.

Seguendo l'ordine del discorso, possiamo procedere ad una verifica dell'uso dei principi da parte dei giudici, cominciando dalla Corte che applica i principi generali menzionati esplicitamente dalla Costituzione o ricavati in via esegetica dal testo costituzionale.

2. *I principi nella giurisprudenza della Corte costituzionale: i principi con funzione ordinante*

Sono centinaia le sentenze della Corte costituzionale che, già dai primi anni di esercizio del suo magistero, ha fatto impiego dell'espressione "principi", talvolta senza qualificazione alcuna, altra volta con l'aggiunta di aggettivi quali *fondamentali*, *supremi*, *del diritto*, *dell'ordinamento* e così via. Secondo gli interpreti, la dizione "principio" non implica variazioni di significato anche se di volta in volta è aggettivata in modo variegato, essendo i principi regole di secondo grado giuridicamente vincolanti, che, come previste nel testo costituzionale o come ricavate per via interpretativa, inglobano anche *valori*. Ed in effetti i principi costituzionali si differenziano dai principi di diritto comune per il fatto di essere espressi nella carta fondamentale, per essere fondativi dell'intero ordinamento, per essere la fonte direttiva dell'interpretazione del giudice, il quale ad essi si deve uniformare¹¹.

diritto e l'interpretazione, Milano, 1993; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

⁷ Ad es. v. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, 1999; F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Una ricerca comparativa*, Milano, 2000; VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011; G. OPPO, *Principi*, nel *Trattato di diritto commerciale* diretto da V. Buonocore, Torino, 2001.

⁸ *Principes contractuels communs*, a cura di B. FAUVARQUE-COSSON, 2008.

⁹ G. ALPA, P.G. MONATERI, A. GUARNERI, R. SACCO (cur.), *Le fonti del diritto italiano*. Vol. 2: *Le fonti non scritte*, Torino, 1999; S. MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, Napoli, 2011.

¹⁰ A. JANNARELLI, *I 'principi nel diritto privato'. Tra dogmatica, storia e post-moderno*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2013, n. 34, 115 ss.

¹¹ F. RICCOBONO, *Linee per una riflessione sui principi di diritto*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; R. CALVANO, *Il ruolo dei principi fondamentali della Co-*

Ma nel linguaggio e nella giurisprudenza della Corte – la cui banca di dati non distingue più, nella ricerca per parole, quando il termine è contenuto nel preambolo, nello svolgimento del processo, nell'esposizione del fatto o nella motivazione in diritto, che poi costituisce il riferimento significativo per comprendere il ruolo del principio – i principi generali e i principi costituzionali tendono a identificarsi¹².

Tuttavia, alcune precisazioni sono d'obbligo.

Vi sono casi in cui la Corte intravede nei principi previsti in Costituzione prescrizioni di carattere generale – identificando quindi i principi costituzionali con i principi generali dell'ordinamento giuridico – prescrizioni peraltro diverse e più comprensive dei principi regolatori della materia¹³. Altri casi in cui la Corte deriva dai principi generali le linee per suggerire al legislatore inerte il modo con cui risolvere delicati problemi di lacune legislative: si pensi alla problematica relativa alla procreazione assistita e alla fecondazione artificiale¹⁴ all'accanimento terapeutico¹⁵ all'adozione di minore da parte di coppie dello stesso sesso¹⁶.

Sono poi da considerarsi principi generali tutte le disposizioni che riconoscono in capo al singolo *diritti fondamentali*, tema sul quale si farà solo un cenno breve, perché la problematica dei diritti fondamentali ha una storia a sé, si intreccia con i testi normativi comunitari e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, e con la problematica della applicazione diretta dei principi(-diritti) ai rapporti tra privati¹⁷. Per quanto riguarda il diritto privato, si riscontrano sentenze costituzionali – per la verità marginali – che citano ge-

stituzione nella giurisprudenza costituzionale, Rel. al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Capri, 3-4 giugno 2005, estr.

¹² G.P. PARODI, *op. cit.*, 320.

¹³ G.P. PARODI, *op. cit.*, cap. III.

¹⁴ Corte cost., 10.6.2014, n. 162.

¹⁵ Corte cost., 8.10.2008, n. 334.

¹⁶ Corte cost., 15.4.2010, n. 138.

¹⁷ Per tutti v. V. SCIARRABBA, *Dopo Mangold la Corte di giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 2, 376 ss.). Da segnalare in ogni caso sono gli studi e le relazioni della Corte costituzionale in materia: da ultimo le relazioni annuali sull'attività della Corte costituzionale di F. GALLO, *Relazione*, 12.4.2013 e G. SILVESTRI, *Relazione* 27.2.2014, (di cui si segnala *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009; ma v. anche Paolo Grossi, a cura di G. ALPA, Roma-Bari, 2011).

nericamente i principi di diritto privato o di diritto comune; per contro sono rilevanti le pronunce che fanno riferimento all'*ordinamento civile* quale limite al potere legislativo regionale¹⁸ e sono particolarmente rilevanti le pronunce che stabiliscono singoli principi generali che afferiscono al diritto privato sostanziale. Interi comparti del diritto privato sono stati rifondati dalle sentenze della Corte: in materia di rapporti di famiglia, anticipando la riforma del 1975, e poi via via adeguando le regole privatistiche alle nuove esigenze sociali sempre alla luce degli artt. 2, 3, 29, 30, 31; in materia di diritti della persona, con la elaborazione del diritto generale della personalità; in materia di diritto alla salute, con il riconoscimento del c.d. *danno biologico*; con la riformulazione della nozione di *danno morale*; con la posizione del principio generale di autodeterminazione e del *consenso informato*¹⁹. Per non parlare poi della disciplina della proprietà, di cui si è sottolineata anche recentemente la funzione sociale²⁰. Sul tema si è raccolta una letteratura pressoché sconfinata di diritto pubblico e di diritto privato²¹.

Gli stessi giudici della Corte hanno svolto studi e relazioni sui principi generali²².

3. *I principi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: i principi con funzione nomofilattica*

Nella selva immensa della giurisprudenza della Corte di Cassazione, richiamate tutte le precauzioni esposte in apertura del discorso, esaminando le massime raccolte nella banca di dati Italgireweb si possono distinguere diverse categorie di principi, ripartite

¹⁸ Sul c.d. diritto privato regionale v. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2013.

¹⁹ Corte cost., 23.12.2008, n. 438.

²⁰ Corte cost., 14.3.2014, n. 50, in un caso di canone locatizio abitativo di misura largamente superiore a quella minima fissata dalla legge.

²¹ Da ultimo v. U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*. Vol. 1: *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013; C. SALVI (cur.), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2014.

²² V. ad es. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, 24-26 ottobre 2013; F. BILE, *La giustizia costituzionale nel 2006*, Roma, 8.2.2007, in cui gli orientamenti della Corte sono formulati secondo principi generali; e già F. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 153 ss.

innanzitutto secondo l'aggettivazione impiegata dal massimatore. Riscontriamo infatti formule espresse in termini di "principi generali" (circa 1220), oppure "principi generali del diritto" (24) "principi informatori" (3), "principi regolatori" (123) "principi supremi" (19) "principi di diritto comune" (12) "principi di diritto civile" (2). Salvo qualche caso in cui l'aggettivazione è tratta da norme di legge, come i principi informatori del giusto processo (Cass. 2012 n. 18551) l'aggettivazione di per sé non è indicativa di alcunché: e lo stesso richiamo ai principi non è risolutivo, ma semplicemente rafforzativo della soluzione, che, essendo "avallata" – in quanto ad essi conforme – dai principi generali, vorrebbe anche per questa ragione apparire incontestabile.

In altra ricerca ho documentato l'uso dei principi generali in materia di contratto. Qui i principi spesso si confondono o coincidono con *clausole generali*, e quindi espandono il potere discrezionale del giudice. Così è documentato da importanti contributi che si sono concentrati sulla giurisprudenza della Suprema Corte²³.

Osserva Michele Taruffo, nella prefazione a quest'ultima opera, che il controllo è strutturale alla competenza della Corte di Cassazione, perché rientra nella valutazione della legittimità dell'atto impugnato. Inoltre, valutando la conformità della decisione impugnata ai principi generali dell'ordinamento, che vengono esplicitati, la Corte esercita anche la sua istituzionale funzione nomofilattica. In questo senso, il controllo sui principi si ricollega alla funzione del *precedente*²⁴.

Non sfuggono però all'attenzione usi per così dire stravaganti dei principi generali, come il richiamo ai «principi generali del negozio giuridico», a proposito della interpretazione di uno statuto associativo²⁵; dico 'stravagante' perché la categoria del negozio giuridico, oggi storicizzata, appartiene al mondo della dommatica e non è mai penetrata nei testi normativi; oppure si registrano richiami curiosi, come quando si citano i principi generali «previsti dall'art. 2043

²³ V. ad es. F. ROSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988, 667; ID., *Il controllo della cassazione sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003.

²⁴ V. G. ALPA, *cur.*, *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, vol. I, Torino, 2000.

²⁵ Cass. 2006, n. 11756.

cod.civ.»²⁶ (nella specie il richiamo sarebbe servito per escludere la responsabilità dell'Anas per i danni provocati ad un veicolo da un cinghiale che aveva attraversato improvvisamente la strada); in questo caso si sarebbe potuto invocare l'art. 2052 sulle cose in custodia, oppure la responsabilità degli enti locali per la circolazione degli animali selvaggi piuttosto che non la regola generale dell'art. 2043; ma le cose sono andate diversamente.

Ancora. Si è fatto riferimenti ai principi generali per affermare la responsabilità del notaio per i danni provocati dalla errata iscrizione di un'ipoteca²⁷, anche se, per la verità, si tratta semplicemente di responsabilità professionale e di inadempimento di un obbligo di diligenza tipico dell'attività notarile. Si sono invocati i principi generali per argomentare la risoluzione del contratto di locazione dovuta all'incendio del bene locato²⁸ anche se la fattispecie è prevista specificamente dagli artt. 1588 e 1589 cod.civ. E così si sono invocati i principi generali di buona fede e correttezza nel caso di mancata cooperazione del creditore per mitigare il danno²⁹ pur essendo questa ipotesi specificamente normata dall'art. 1227 c. 2 cod.civ.: è chiaro che si tratta di un comportamento rientrante nell'ambito di applicazione del principio di buona fede e, se si vuole, di cooperazione del creditore all'adempimento (art. 1174 cod.civ.), ma il richiamo al principio generale sarebbe stato giustificato solo se non si fosse prevista una norma *ad hoc*.

Ed allora ci si può chiedere se talvolta l'uso del sintagma sia meramente esornativo anziché essere fondativo della decisione.

Frequenti sono i richiami a principi diversi, per dare fondamento al medesimo argomento: alla solidarietà sociale di cui all'art. 3 Cost. congiuntamente alla buona fede per sanzionare l'escussione ingiustificata di una fideiussione da parte della banca³⁰; oppure alla buona fede congiuntamente al giusto processo, quanto il creditore frazioni il credito per moltiplicare le procedure esecutive in danno al debitore³¹.

²⁶ Cass. 2006, n. 7080.

²⁷ Cass. 2002, n. 398.

²⁸ Cass. 2003, n. 9199.

²⁹ Cass. 2005, n. 6735.

³⁰ Cass. 2006, n. 23273.

³¹ Cass. 2007, n. 23726.

È frequente il richiamo alla buona fede come principio autonomo rispetto alla esecuzione del contratto, per fondare la responsabilità per inadempimento *ex lege*³².

Talvolta si eleva a principio generale una regola prevista per un istituto particolare: attualmente la riduzione della penale eccessiva si considera espressione di un principio generale che serve a moralizzare la vita economica e a portare maggior giustizia nel contratto³³.

Singolare l'elevazione a principio *generale* della regola sullo *squilibrio contrattuale*, che è criterio di controllo della vessatorietà della clausola introdotto dalla direttiva n. 13 del 1993, ed ora incorporato nel Codice del consumo, all'art. 33. È chiaro in questo caso che si tratta di una regola speciale, non appartenente all'area del diritto comune, di una regola del tutto nuova nel nostro ordinamento, volta a disciplinare solo i contratti conclusi con i consumatori, abbinata alla buona fede ed applicabile solo se la clausola qualificata come vessatoria non sia stata negoziata o non abbia riprodotto una disposizione di legge.

Dobbiamo poi prendere atto che una regola inserita nella disciplina del contratto di subfornitura – quindi non sussumibile in sé e per sé in un principio generale – è diventata per contro un principio applicabile a tutti i contratti in quanto rivolta a sindacare l'*abuso di dipendenza economica*.

Talvolta questa fattispecie è confusa con quella, altrettanto specifica, di *abuso di posizione dominante* prevista dalla disciplina della concorrenza, come si evince da questa massima:

«La disparità di trattamento contrattuale non è abusiva – ai sensi dell'art. 3 legge n. 287 del 1990 – soltanto a condizione che il contraente che la pratica non si trovi in posizione dominante, perché, in tal caso, tale disparità è frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali; mentre non è così quando la disparità di trattamento sia la conseguenza della posizione dominante di cui il contraente più forte abusi, a fronte della dipendenza economica dei contraenti più deboli, i quali sono costretti a sottostare a qualsiasi pretesa, dal momento che a loro è

³² Tra le tante v. Cass. 2005, n. 2855.

³³ Cass. 2010, n. 9504.

impossibile, o grandemente difficile, reperire sul mercato adeguate alternative»³⁴.

Credo tuttavia che la novità più rilevante in materia di principi generali nell'ultimo torno d'anni sia la scoperta (o forse potremmo dire la riscoperta) del principio di *abuso del diritto*. Poiché di questo principio fanno uso anche le altre Corti, e non solo la Corte di Cassazione, conviene posporre la trattazione di questo argomento.

Seguendo l'ordine del discorso in questo momento val la pena di verificare, per esempi e senza pretesa di completezza, le modalità con cui fanno impiego dei principi generali i giudici della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

4. *I principi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: i principi con funzione armonizzante*

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea fa un uso amplissimo dei principi e, grazie alla preziosa banca dati (*Curia*) in cui sono raccolti i provvedimenti della Grande Chambre e del Tribunale di prima istanza, l'osservatorio che si apre ai ricercatori si presenta come una vera e propria foresta. Ma, come per le foreste che non hanno strade e collegamenti interni ben segnati, occorre farsi strada...con il machete. Ciò perché sotto la voce "principes généraux" dell'indice della banca di dati (*Table des matières*) sono elencati più di cinquanta principi, a cui si debbono aggiungere le voci che riguardano i singoli diritti fondamentali che ai sensi dell'art. 6 del Trattato FUE sono da considerarsi principi generali. In connessione con ogni voce sono indicate le decisioni in cui il principio è stato applicato.

Sicché, almeno quantitativamente, si possono derivare da questo elenco alcune indicazioni significative. Innanzitutto, quelle relative ai principi più citati. Campeggiano, tra tutti, il diritto di difesa (300), il principio di proporzionalità (300), il principio di affidamento (300) il principio di certezza del diritto (*sécurité juridique*) (130), il principio di diligenza e buona amministrazione (100), il principio di tutela giurisdizionale effettiva (100).

Quanto alla provenienza dei principi, a parte quelli che nella cultura giuridica diffusa sono imputati alla creatività del legislatore e

³⁴ Cass. 2009, n. 3638.

del giudice comunitario, come il principio di proporzionalità o quello di sussidiarietà, che sono propri di un ordinamento sovranazionale in cui si pongono questioni di coordinamento e relazione con i sistemi giuridici nazionali, la maggior parte dei principi sono, per così dire, di “importazione”: obbediscono cioè alla storia intrinseca di questo formidabile strumento normativo e interpretativo, che affonda le sue radici nel diritto romano³⁵.

(a) *Questioni di diritto processuale*

Molti principi sono correlati con l'attività giurisdizionale della Corte e si riferiscono a questioni di diritto processuale: mi riferisco all'autorità di cosa giudicata, al processo giusto, al ritardo ragionevole della procedura, al ricorso giurisdizionale effettivo, al diritto d'azione collettiva, al diritto di difesa, al contraddittorio, all'“égalité des armes”, al principio “in dubio pro reo”, al divieto di reformatio in peius, al ne bis in idem, alla pubblicità del dibattimento, alla presunzione di innocenza, al “respect assuré par le juge communautaire”, all'interpretazione del dispositivo alla luce della motivazione, al principio *lex specialis derogat generali*.

(b) *Interpretazione*

Sempre tra i principi assunti come regolatori dell'interpretazione del giudice, si annoverano i principi di “non retroattività” della legge, nulla poena nullum crimen sine lege, nulla poena sine culpa, patere legem quam ipse fecisti, buona amministrazione della giustizia, gerarchia delle norme interpretative.

A proposito della *interpretazione* della legge (comunitaria) i principi formulati dalla Corte riguardano la gerarchia delle norme, la tipologia dei criteri ermeneutici (storici, letterali, teleologici, analogici), la tipologia delle tecniche ermeneutiche (interpretazione letterale, stretta, sistematica, uniforme), la considerazione dei diversi usi linguistici, l'effetto utile (cioè conservativo) del processo ermeneutico, il *monopolio* dell'interpretazione del diritto comunitario da parte dei giudici comunitari, la conformità dell'interpretazione ai

³⁵ Per una ricognizione anche storica v. G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993 ed ora perspicuamente A. JANNARELLI, *op. ult. cit.*

principi generali del diritto comunitario, l'interpretazione conforme ai principi comuni degli Stati Membri. Si aggiunge a questi criteri il *valore del precedente* e l'utilità della *comparazione*.

Come premesso, sono enunciati poi i principi propri di un diritto sovranazionale che si pone in rapporto con i sistemi nazionali: sono i principi di "primauté" del diritto dell'Unione sui diritti nazionali, il principio di sussidiarietà, di proporzionalità, di precauzione, a cui si sono dedicati soprattutto i cultori del diritto dell'Unione europea.

(c) *Diritto sostanziale*

Una lunga teoria di principi riguardanti il diritto sostanziale ricalda in parte i principi che sono classificati ad vocem: in primo luogo il principio di eguaglianza inteso come parità di trattamento e divieto di discriminazione, l'equità (che è affiancato dalla "iniquità oggettiva"), la forza maggiore, l'arricchimento senza causa, la libertà di concorrenza, la cooperazione leale, la democrazia, la compensazione dei crediti, la buona fede, il segreto medico, il segreto negli affari, il segreto nella corrispondenza con il cliente, la certezza dei rapporti giuridici, la tutela dei dati personali, la tutela della proprietà, la difesa del minore, la protezione della famiglia, la dignità, la tutela della vita e dell'integrità, le libertà di associazione, di riunione, di espressione, di esercizio di attività economiche. In materia di responsabilità, si nota la presenza dei requisiti dell'atto illecito (nesso causale, pregiudizio, colpa); ma è codificato anche il principio di responsabilità senza colpa. In materia di diritto del lavoro, il congedo annuale pagato, la sicurezza sociale.

In osservanza alle disposizioni dei trattati in base ai quali i diritti fondamentali sono di per sé principi generali del diritto comunitario, ciascun diritto fondamentale è trattato a sé, ma deve essere incluso nella lista ricognitiva esposta nell'indice delle materie.

Come si può notare, molti sono i principi che provengono dalla tradizione giuridica degli ordinamenti che fanno parte dell'Unione, sia perché ripropongono massime di saggezza, le antiche *regulae iuris*, sia perché riflettono i principi costituzionali consacrati nelle Carte fondamentali, sia perché riprendono regole diffuse nei codici civili o comunque riconosciute negli ordinamenti dei Paesi aderenti all'Unione.

Su questi principi “comuni alla tradizione civilistica” si tornerà tra poco.

È utile considerare qualche esempio di utilizzazione dei principi.

Ecco un caso in materia di proprietà.

(d) Proprietà

Nella causa C-20/00 la Corte di Giustizia doveva risolvere alcune questioni pregiudiziali sollevate dalla Court of Session scozzese in una vicenda nella quale a causa di una epidemia i proprietari di un allevamento di pesci avevano dovuto procedere all'abbattimento di una certa quantità di pesci acquistati da un venditore. Così le espone la Corte:

«1) Nel caso in cui uno Stato membro, nell'adempimento dell'obbligo sancito dalla direttiva 93/53/CEE di disporre misure di controllo dirette a far fronte ad un'epidemia (...) adotti misure di diritto interno la cui applicazione comporti la distruzione e l'abbattimento di pesci, se i principi del diritto comunitario relativi alla tutela dei diritti fondamentali, in particolare del diritto di proprietà, debbano essere interpretati nel senso che impongono a tale Stato membro l'obbligo di prevedere la corresponsione di un indennizzo *a*) al proprietario dei pesci distrutti e *b*) al proprietario dei pesci di cui sia stato ingiunto l'abbattimento immediato. 2) Nel caso in cui uno Stato membro sia obbligato a prevedere un indennizzo, in base a quali criteri il giudice nazionale debba stabilire se i provvedimenti disposti siano compatibili con i diritti fondamentali, in particolare con il diritto di proprietà, di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto e che sono sanciti, in particolare, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Nell'ampia sentenza la Corte muove da una premessa molto ragionevole:

«i diritti fondamentali non risultano essere prerogative assolute, ma vanno considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune dei mercati, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano,

considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudichi la sostanza stessa di tali diritti»³⁶.

Sulla base di queste premesse la Corte ha stabilito che «in circostanze quali quelle delle fattispecie di cui alle cause principali, l'attuazione da parte di uno Stato membro di misure obbligatorie di lotta contro le malattie dell'elenco I identiche alle misure minime che la Comunità ha imposto per le dette malattie, senza prevedere la concessione di un indennizzo, non costituisce (...) un intervento sproporzionato e inammissibile tale da pregiudicare la sostanza stessa del diritto di proprietà.

D'altra parte, la distruzione e l'abbattimento immediati dei pesci che si trovano in un'azienda colpita da una delle malattie dell'elenco II consentono il ripristino, in uno Stato membro e il più rapidamente possibile, del riconoscimento di una zona compresa in una parte del territorio della Comunità in cui la detta malattia è assente. Un tale ripristino consente, quanto prima, la commercializzazione nella Comunità di pesci vivi delle specie sensibili alle dette malattie e il divieto, in una zona riconosciuta, della commercializzazione dei detti pesci vivi che non provengono da una zona riconosciuta o da un'azienda riconosciuta».

(e) *Persona*

Per i diritti della persona occorrerebbe svolgere un capitolo a sé stante, ma, ai fini di questa ricerca, possiamo limitarci ad alcuni riferimenti. Iniziando, in particolare, dal principio di dignità.

Il più celebre tra i giudizi in materia è quello del caso *Omega* (C-36/02), che riguardava la legittimità della diffusione di un gioco elettronico per bambini consistente nella utilizzazione della persona umana come bersaglio da colpire.

La questione pregiudiziale è così rappresentata dalla Corte: «il giudice del rinvio chiede, da un lato, se il divieto riguardante un'attività economica per ragioni di tutela dei valori fondamentali sanciti dalla Costituzione nazionale, come, in questo caso, la dignità umana, sia compatibile con il diritto comunitario e, dall'altro, se la facoltà di

³⁶ V. sentenze 13 luglio 1989, causa 5/88, Wachauf, *Racc.*, 2609, punto 18; 10 gennaio 1992, causa C-177/90, Kühn, *Racc.*, I-35, punto 16, e 15 aprile 1997, causa C-22/94, Irish Farmers Association e a., *Racc.*, I-1809, punto 27.

cui dispongono gli Stati membri di limitare, per tali ragioni, determinate libertà fondamentali garantite dal Trattato, ossia le libertà di prestazione dei servizi e di circolazione delle merci, sia subordinata, come potrebbe indicare la citata sentenza Schindler, alla condizione che tale restrizione si basi su una concezione del diritto comune a tutti gli Stati membri».

Il caso ha ricevuto molti commenti, ed è interessante perché la Corte doveva bilanciare due diritti fondamentali, la dignità da un lato e la libertà di prestazione di servizi e la libera circolazione delle merci dall'altro. Dopo una articolata riflessione la Corte argomenta in questo modo:

«Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone (...), sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi³⁷. Tuttavia si deve rilevare che misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e solo a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi»³⁸.

Anche la tutela della persona, *sub specie* di tutela della privacy nella raccolta conservazione e utilizzazione dei dati personali, deve fare i conti con la libertà di prestazione di servizi, e quindi richiede un bilanciamento dei principi in gioco.

In un caso recente³⁹ la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche)⁴⁰, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento euro-

³⁷ V., per quanto riguarda la libera circolazione delle merci, citata sentenza Schmidberger, punto 74.

³⁸ V., per quanto riguarda la libera circolazione dei capitali, citata sentenza *Église de scientologie*, punto 18.

³⁹ *Digital Rights Ireland Ltd.*, C-293/12, sentenza dell'8 aprile 2014.

⁴⁰ GU L 201, 37.

peo e del Consiglio, del 25 novembre 2009⁴¹, che ha per obiettivo l'armonizzazione delle disposizioni degli Stati membri necessarie per assicurare un livello equivalente di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata e alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche e per assicurare la libera circolazione di tali dati e delle apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all'interno dell'Unione europea.

Qui vengono in emersione i diritti fondamentali (diritto alla vita privata e protezione dei dati personali, in particolare il diritto all'oblio), il diritto allo svolgimento dell'attività economica e alla prestazione di servizi, l'interesse pubblico alla sicurezza; il bilanciamento di questi diritti/principi si effettua mediante il principio di *proporzionalità*.

Nel giudizio sono confluiti diversi procedimenti per questioni sollevate da varie Corti e su articolate questione tutte connesse al diritto alla vita privata e alla conservazione dei dati digitali utilizzati nelle comunicazioni elettroniche e nella telefonia. La Corte, riuniti i procedimenti, precisa, a mo' di premessa generale che «per accertare l'esistenza di un'ingerenza nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata, poco importa che le informazioni relative alla vita privata di cui trattasi abbiano o meno un carattere sensibile o che gli interessati abbiano o meno subito eventuali inconvenienti in seguito a tale ingerenza⁴². Di conseguenza, l'obbligo, imposto dagli articoli 3 e 6 della direttiva 2006/24 ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione elettronica, di conservare per un certo periodo dati relativi alla vita privata di una persona e alle sue comunicazioni, come quelli previsti dall'articolo 5 della suddetta direttiva, costituisce di per sé un'ingerenza nei diritti garantiti dall'articolo 7 della Carta».

La Corte sindacava quindi un comportamento che era lecito, in quanto conforme alla direttiva, e si avvede che era il testo della direttiva a presentare aspetti di criticità, in quanto diretto a consentire la violazione dell'art. 7 della Carta. Ma non basta. La Corte rileva che «l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati costituisce

⁴¹ GU L 337, 11.

⁴² V., in tal senso, sentenza Österreichischer Rundfunk e. a., C-465/00, C-138/01 e C-139/01, EU:C:2003:294, punto 75.

un'ingerenza supplementare in tale diritto fondamentale⁴³. Pertanto, anche gli articoli 4 e 8 della direttiva 2006/24, i quali prevedono regole relative all'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati, sono costitutivi di un'ingerenza nei diritti garantiti dall'articolo 7 della Carta. Parimenti, la direttiva 2006/24 è costitutiva di un'ingerenza nel diritto fondamentale alla protezione dei dati personali garantito dall'articolo 8 della Carta, poiché prevede un trattamento dei dati personali. È giocoforza constatare che l'ingerenza che la direttiva 2006/24 comporta nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta si rivela essere, come peraltro osserva l'avvocato generale, in particolare ai paragrafi 77 e 80 delle sue conclusioni, di vasta portata e va considerata particolarmente grave. Inoltre, il fatto che la conservazione dei dati e l'utilizzo ulteriore degli stessi siano effettuati senza che l'abbonato o l'utente registrato ne siano informati può ingenerare nelle persone interessate, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 52 e 72 delle sue conclusioni, la sensazione che la loro vita privata sia oggetto di costante sorveglianza».

Di qui allora l'esigenza di bilanciare gli interessi in gioco.

Applicando il principio di proporzionalità la Corte ritiene, in base all'art. 52, paragrafo 1, della Carta, che possano essere apportate limitazioni a questi diritti e libertà solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Sulla base di queste premesse la Corte non ritiene che la conservazione dei dati costituisca una ingerenza particolarmente grave di questi diritti perché la conservazione non implica la possibilità di conoscere il contenuto dei dati, e quindi non si violerebbe direttamente l'art. 7 della Carta (che tutela la vita privata). Allo stesso modo per l'art. 8 (che tutela i dati personali) perché i fornitori di servizi hanno limitazioni nella conservazione di tali dati.

Il problema si rivela più delicato nel bilanciare questi diritti fondamentali con l'interesse alla sicurezza generale e all'azione delle pubbliche Amministrazioni, perché, osserva la Corte, "l'obiettivo so-

⁴³ V., per quanto riguarda l'articolo 8 della CEDU, sentenze della Corte EDU, *Leander c. Svezia*, del 26 marzo 1987, serie A n. 116, § 48; *Rotaru c. Romania* [GC], n. 28341/95, § 46, CEDU 2000-V, nonché *Weber e Saravia c. Germania* (dec.), n. 54934/00, § 79, CEDU 2006-XI.

stanziale della direttiva è pertanto quello di contribuire alla lotta contro la criminalità grave e, di conseguenza, in ultima analisi, alla sicurezza pubblica”. Si tratta di un interesse a cui l’Unione tiene particolarmente; e sono gli stessi giudici a ricordare che «come emerge dalla giurisprudenza della Corte, la lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali costituisce un *obiettivo di interesse generale dell’Unione*⁴⁴. Lo stesso vale per la lotta contro la criminalità grave al fine di garantire la sicurezza pubblica»⁴⁵. I giudici sottolineano inoltre che l’articolo 6 della Carta enuncia il diritto di ogni persona non solo alla libertà, ma altresì alla *sicurezza*.

Si impone dunque l’applicazione attenta del principio di proporzionalità.

A questo proposito la Corte precisa che «il principio di proporzionalità esige, secondo una costante giurisprudenza della Corte, che gli atti delle istituzioni dell’Unione siano idonei a realizzare gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi stessi»⁴⁶.

Per poter giustificare dunque la lesione di un diritto fondamentale occorre tener conto di più fattori concorrenti: la natura del diritto come garantito dalla Carta, la natura e la gravità dell’ingerenza nonché la finalità di quest’ultima⁴⁷.

Anche sotto questo profilo la Corte giustifica la necessità di conservare i dati personali “tenuto conto della crescente importanza dei mezzi di comunicazione elettronica” in quanto «i dati che debbono essere conservati in attuazione della detta direttiva permettono alle autorità nazionali competenti in materia di perseguimento di

⁴⁴ V., in tal senso, sentenze Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione, C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, punto 363, nonché Al-Aqsa/Consiglio, C-539/10 P e C-550/10 P, EU:C:2012:711, punto 130.

⁴⁵ V., in tal senso, sentenza Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, punti 46 e 47.

⁴⁶ V., in tal senso, sentenze Afton Chemical, C-343/09, EU:C:2010:419, punto 45; Volker und Markus Schecke e Eifert, EU:C:2010:662, punto 74; Nelson e a., C-581/10 e C-629/10, EU:C:2012:657, punto 71; Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punto 50, nonché Schaible, C-101/12, EU:C:2013:661, punto 29.

⁴⁷ V., per analogia, per quanto riguarda l’articolo 8 della CEDU, sentenza Corte EDU, S e Marper c. Regno Unito [GC], nn. 30562/04 e 30566/04, § 102, CEDU 2008-V.

reati di disporre di possibilità supplementari di accertamento dei reati gravi e, al riguardo, costituiscono quindi uno strumento utile per le indagini penali. Pertanto, la conservazione dei suddetti dati può essere considerata come idonea a realizzare l'obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva». Ed è evidente che la lotta contro la criminalità grave, in particolare contro la criminalità organizzata e il terrorismo, è di capitale importanza per garantire la sicurezza pubblica e la sua efficacia può dipendere in larga misura dall'uso delle moderne tecniche di indagine.

Fatte tutte queste premesse, che precluderebbero ad una declaratoria di legittimità della direttiva, la Corte, invece, esclude che la normativa, così come prevista, sia corretta: «simile obiettivo di interesse generale, per quanto fondamentale, non può di per sé giustificare il fatto che una misura di conservazione, come quella istituita dalla direttiva 2006/24, sia considerata necessaria ai fini della suddetta lotta e che (...). Pertanto, la normativa dell'Unione (...) deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura de qua e impongano requisiti minimi in modo che le persone i cui dati sono stati conservati dispongano di garanzie sufficienti che permettano di proteggere efficacemente i loro dati personali contro il rischio di abusi nonché contro eventuali accessi e usi illeciti dei suddetti dati»⁴⁸.

In altri termini, le disposizioni sono a maglie troppo larghe, l'accesso ai dati da parte delle autorità troppo libero.

È dunque un bilanciamento di interessi nel quale si fronteggiano i diritti della persona e i poteri dell'Autorità. In questo caso, è l'Autorità a soccombere, proprio grazie al principio di proporzionalità.

Con parole persuasive la Corte argomenta la conclusione, che porta alla declaratoria della *invalidità della direttiva*: «la direttiva 2006/24 riguarda in maniera globale l'insieme delle persone che fanno uso dei mezzi di comunicazione elettronica, senza tuttavia che le persone i cui dati vengono conservati debbano trovarsi, anche indirettamente, in una situazione che possa dar luogo a indagini penali. Essa pertanto si applica anche a persone per le quali non esiste alcun

⁴⁸ V., per analogia, per quanto riguarda l'articolo 8 della CEDU, sentenze Corte EDU, Liberty e altri c. Regno Unito, n. 58243/00, §§ 62 e 63, del 1° luglio 2008; Rotaru c. Romania, cit., §§ da 57 a 59, nonché S e Marper c. Regno Unito, cit., § 99.

indizio tale da far credere che il loro comportamento possa avere un nesso, ancorché indiretto o lontano, con reati gravi. Inoltre, essa non prevede alcuna deroga, e pertanto si applica anche a persone le cui comunicazioni sono soggette, in base alle norme del diritto nazionale, al segreto professionale. Dall'altro lato, pur mirando a contribuire alla lotta contro la criminalità grave, la suddetta direttiva non impone alcuna relazione tra i dati di cui prevede la conservazione e una minaccia per la sicurezza pubblica e, in particolare, non limita la conservazione dei dati a quelli relativi a un determinato periodo di tempo e/o a un'area geografica determinata e/o a una cerchia di persone determinate che possano essere coinvolte, in un modo o nell'altro, in un reato grave, né alle persone la conservazione dei cui dati, per altri motivi, potrebbe contribuire alla prevenzione, all'accertamento o al perseguimento di reati gravi». E sono troppo circoscritte le garanzie che si debbono assicurare per difendere i diritti fondamentali coinvolti.

(f) *Diritto all'informazione e repressione dell'aborto*

Nel caso *Grogan* la Corte risolve uno spinoso problema, riguardante la diffusione di informazioni (un diritto fondamentale) che si contrappone ad un altro diritto fondamentale, il diritto di opinione. Entrambi i diritti erano riferiti ad associazioni: il primo ad una associazione studentesca irlandese che faceva propaganda ai metodi abortivi praticati all'estero, il secondo ad una associazione per la tutela del diritto alla vita, che difendeva la legislazione antiabortista irlandese. La questione implicava anche la libertà di servizi, intendendosi come tali non solo le informazioni ma anche le prestazioni mediche oggetto delle informazioni.

Il caso è classificato nell'indice delle materie come risolto a tutelare la vita, valore difeso dalla associazione che si era prodigata per far cessare questa attività informativa. La questione pregiudiziale era così formulata: «1) Se un'attività organizzata o una pratica dirette a procurare l'aborto o l'interruzione della gravidanza per intervento medico rientrano nella definizione di 'servizi' contemplata nell'art. 60 del Trattato CEE. 2) Se, in mancanza di qualsiasi misura che stabilisca il ravvicinamento delle normative degli Stati membri relative alle attività organizzate o alle pratiche per procurare l'aborto o l'interruzione della gravidanza per intervento medico, uno Stato membro

possa vietare la diffusione di specifiche informazioni sull'identità, l'ubicazione di una o più cliniche determinate di un altro Stato membro in cui vengono praticati aborti o sulle modalità per entrare con esse in contatto. 3) Se nel diritto comunitario un soggetto disponga del diritto di diffondere nello Stato membro A specifiche informazioni sull'identità, l'ubicazione di una o più determinate cliniche di uno Stato membro B in cui vengono praticati aborti e sulle modalità per entrare con esse in contatto, qualora il procurato aborto sia vietato dalla costituzione e dalla legge penale dello Stato membro A, ma sia lecito, a determinate condizioni, nello Stato membro B»».

Trattandosi di questione inerente alla interruzione della gravidanza, materia riservata ai diritti nazionali, la Corte ha avuto buon gioco nell'astenersi dal giudicare direttamente nel merito, ed ha ritenuto che il divieto non fosse incompatibile con il diritto comunitario.

Ma la materia è complessa, perché la stessa Corte di Strasburgo non ha saputo definire il diritto all'aborto come un diritto fondamentale, anche se nell'affaire A, B et C c. Irlanda⁴⁹ del 16 dicembre 2010 ha stabilito che pur non violando l'art. 8 della Convenzione europea in materia di tutela della vita privata, la disciplina antiabortista irlandese, che consente alla donna di abortire solo in caso di rischio alla vita, è troppo generica e tale da non proteggere adeguatamente la persona. La sentenza, molto elaborata, è stata oggetto di una lettura bustrofedica, e quindi ha portato a conclusioni tra loro opposte, ma si affida anch'essa ai principi generali per poter dirimere la problematica, che si è risolta con la condanna dell'Irlanda quanto ad una delle questioni ad essa sottoposte, rinviando al Parlamento irlandese per le precisazioni ulteriori del dettato normativo.

(g) *Responsabilità civile*

In materia di responsabilità civile i principi applicati dalla Corte riguardano diversi ambiti, sia quelli propri della responsabilità del datore di lavoro per i danni commessi dalle istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni “conformemente ai *principi generali comuni al diritto degli Stati membri*” (art. 340 TFUE), sia con riguardo alla responsabilità degli Stati membri per l'errata appli-

⁴⁹ Requête no 25579/05.

cazione del diritto comunitario, e quindi anche alla responsabilità per l'applicazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale⁵⁰, sia con riguardo alla disciplina delle diverse attività di imprese e professionisti, come ad es. quella derivante dalla produzione, distribuzione e fornitura di prodotti difettosi o servizi dannosi.

Proprio dal principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è nato il procedimento di infrazione nei confronti dell'Italia per la formulazione – ritenuta troppo restrittiva – della legge vigente in tema di responsabilità del magistrato. Il tema è aperto, e la questione è attualmente oggetto di ampio dibattito in Parlamento. Per la configurazione dell'illecito dello Stato per il comportamento del giudice si fa rinvio alle ricerche pregresse.

Conviene tuttavia ricordare che i precedenti più importanti riguardano due vicende, l'una relativa alla violazione del diritto comunitario da parte dello Stato tedesco in ordine al regime di importazione della birra, l'altra la violazione del Regno Unito in ordine al regime della navigazione marittima inerente alla iscrizione dei pescherecci; in entrambi i casi le legislazioni erano troppo restrittive e favorevoli agli imprenditori nazionali⁵¹.

L'accertamento della responsabilità è condizionato ad alcuni requisiti essenziali: l'esistenza di una disposizione comunitaria che attribuisca diritti ai singoli; la gravità della violazione; un danno concreto e apprezzabile; il nesso di causalità tra la violazione e il danno risentito. Mentre la sussistenza del nesso causale e l'entità del risarcimento appartengono – secondo la Corte di Giustizia – al merito, e quindi sono affidati alla competenza del giudice nazionale, i primi due requisiti devono essere accertati in sede comunitaria. La natura della responsabilità è legata a indici oggettivi.

Quanto al risarcimento del danno, la Corte ha stabilito che il risarcimento deve essere adeguato al danno e i criteri di liquidazione non possono essere più sfavorevoli di quelli previsti per la responsa-

⁵⁰ Emblematici a questo proposito sono i casi C. Giust. UE, 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*; 13.6.2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; 24.11.2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*.

⁵¹ CGCE, 5.3.1996, C-46, in *Foro it.*, 1996, IV, 185, sul caso *Brasserie du Pêcheur*; CGCE, 5.3.1996, C-48/93, sul caso *Factortame III*; il problema era stato affrontato, ma sotto il profilo della applicazione della disciplina nazionale al regime di responsabilità, nel caso *Francoovich* (CGCE, 19.11.1991, C-6/90 e C-9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, 145, nn.Barone e Pardolesi, Ponzanelli).

bilità civile domestica; inoltre si deve tener conto della mitigazione del danno, del lucro cessante ed eventualmente dei danni “esemplari”, nonché della possibilità di reintegrazione in forma specifica⁵².

Merita invece maggiore attenzione il primo profilo, specie quando esso è connesso con i danni derivanti dall’attività normativa delle istituzioni comunitarie. Il Testo del TFUE si occupa della *responsabilità diretta* della Banca centrale europea, ma non delle altre Istituzioni per l’attività propria.

Il caso – *Dubois* – è sorto – in particolare – per la soppressione della categoria degli agenti doganali a seguito della liberalizzazione del mercato interno avvenuta con l’Atto unico del 1986. Come si legge nella sentenza del Tribunale⁵³ «la causa aveva ad oggetto una domanda di risarcimento danni proposta ai sensi degli artt. 178 e 215, secondo comma, del Trattato CE e diretta ad ottenere la condanna della Comunità al risarcimento del preteso danno subito dalla ricorrente in conseguenza dell’istituzione, a partire dal 1° gennaio 1993, del mercato interno ai sensi dell’Atto unico europeo, e della conseguente soppressione dell’attività di spedizioniere doganale svolta sino a quel momento dalla ricorrente sul territorio francese».

La ricorrente era una società per azioni di diritto francese con quaranta succursali e corrispondenti che svolgeva l’attività di spedizioniere; asseriva di aver subito la soppressione della sua attività a seguito dell’approvazione dell’Atto unico, e aveva concluso per far dichiarare i convenuti responsabili, ai sensi dell’art. 215 c. 2 del Trattato CE, del danno ad essa causato dalle ripercussioni, sulla propria attività di spedizioniere doganale, dell’applicazione dell’Atto unico, che istituiva uno spazio senza frontiere fra gli Stati membri della Comunità a partire dal 1° gennaio 1993; intendeva perciò far condannare in solido il Consiglio e la Commissione a versare alla ricorrente, a titolo di risarcimento di tale danno, la somma di 112 339 702 FF più le spese di giudizio.

In sostanza, le domande erano due: una, fondata sulla responsabilità oggettiva della Comunità e l’altra, in subordine, fondata sulla responsabilità per fatto illecito della Comunità. La distinzione delle

⁵² Sul punto v. TORIELLO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Contr. impresa/Europa*, 1997, 701 ss. con riferimenti ampi alla giurisprudenza della CGCE.

⁵³ Causa T-113/96 del 29.1.1998.

due fattispecie può apparire curiosa al giurista italiano, perché la responsabilità oggettiva non è una fattispecie di responsabilità che esula dal fatto illecito: ma qui il ragionamento dell'attrice è svolto secondo i moduli del diritto francese, in cui il fatto illecito è collegato al *dolo* o alla *colpa*, e negli altri casi le ipotesi di responsabilità sono considerate eccezionali.

È interessante approfondire le argomentazioni impiegate dalla ricorrente per capire il modo nel quale la Corte intende il "principio responsabilità". Così le riassume la sentenza: «Il primo motivo si basa sulla nozione di lesione dell'uguaglianza di fronte agli oneri pubblici, tratta dal diritto amministrativo francese. Tale teoria consentirebbe di risarcire chi possa provare di aver subito, in assenza di fatto illecito, un danno anormale, specifico e diretto. La ricorrente ritiene che l'applicazione dell'Atto unico abbia comportato, a suo danno, una lesione dell'uguaglianza di fronte agli oneri pubblici e le abbia causato un danno anormale, specifico e diretto. Infatti, l'applicazione di tale trattato internazionale avrebbe comportato la soppressione dell'attività specifica di spedizioniere doganale nell'ambito degli scambi intracomunitari e quindi la perdita irreparabile dell'impresa commerciale della ricorrente, nonché oneri eccezionali di gestione nei settori sociale, tecnico ed amministrativo. Richiamandosi alla comunicazione della Commissione⁵⁴, nonché al regolamento n. 3904/92, in cui, nel quinto 'considerando' della motivazione, si rileva che la «soppressione delle formalità doganali alle frontiere intracomunitarie metterà bruscamente fine alle attività intracomunitarie di questa professione», la ricorrente considera che tale nesso di causalità diretta è difficilmente contestabile.

Il secondo motivo si ispira alla nozione di intervento equivalente ad un esproprio, tratta dal diritto tedesco. La ricorrente afferma, al riguardo, che l'applicazione dell'Atto unico costituirebbe nei suoi confronti un intervento equivalente ad un esproprio. Essa si richiama alle conclusioni dell'avvocato generale Sir Gordon Slynn per la sentenza 6 dicembre 1984, causa 59/83, Biovilac/CEE⁵⁵, in cui si rileva che «se la Comunità avesse il diritto di espropriare i beni, al proprietario spetterebbe una contropartita, che potrebbe venire attribuita in esito ad un'azione esperita a norma dell'art. 215, secondo

⁵⁴ P. 1, secondo capoverso.

⁵⁵ *Racc.*, 4057, 4091.

comma». La ricorrente conclude che tale principio è applicabile nei suoi confronti.

Il Tribunale affronta la tematica sotto il profilo formale e ragiona in termini di imputabilità. Del danno non può rispondere la Comunità perché l'Atto unico non è un atto della Comunità, ma un trattato, sottoscritto dagli Stati Membri. Le norme invocate – artt. 178 e 215 del Trattato CE – non si possono applicare estensivamente a fattispecie diverse da quelle espressamente disciplinate.

In questo modo i giudici risolvono il problema alla radice.

Quanto alla responsabilità per fatto illecito vengono in emersione altri principi generali. Ricordano i giudici che «a sostegno della domanda formulata in subordinate, fondata sulla responsabilità per fatto illecito, la ricorrente fa valere che i convenuti avrebbero posto in essere, nell'applicazione dell'Atto unico nonché nell'ambito dell'esame dei provvedimenti adottati in previsione degli effetti dell'Atto unico stesso o per controllarne talune conseguenze, violazioni gravi e manifeste di norme giuridiche di rango superiore dirette a tutelare i singoli. La ricorrente rileva, al riguardo, il preteso carattere insufficiente degli interventi compensativi della Comunità previsti dal regolamento n. 3904/92.

Le norme giuridiche di rango superiore dirette a tutelare i singoli violate dai convenuti sarebbero i principi del *rispetto dei diritti acquisiti* e di tutela del *legittimo affidamento*.

Prima di procedere all'esame degli addebiti specifici il Tribunale espone la struttura dell'illecito comunitario: «si deve ricordare, in limine, che, secondo una giurisprudenza consolidata, il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità presuppone che la parte ricorrente provi l'illiceità del comportamento contestato all'istituzione interessata, l'effettività del danno e l'esistenza di un nesso di causalità tra tale comportamento e il danno lamentato»⁵⁶.

Sulla base di questa premessa i giudici escludono che vi sia stata lesione dell'affidamento e di diritti quesiti.

⁵⁶ V. sentenze della Corte 29 settembre 1982, causa 26/81, Oleifici Mediterranei/CEE, *Racc.*, 3057, punto 16, e del Tribunale 13 dicembre 1995, cause riunite T-481/93 e T-484/93, *Exporteurs in Levende Varkens e a./Commissione*, *Racc.*, II-2941, punto 80; 11 luglio 1996, causa T-175/94, *International Procurement Services/Commissione*, *Racc.*, II-729, punto 44; 16 ottobre 1996, causa T-336/94, *Efisol/Commissione*, *Racc.*, II-1343, punto 30, e 11 luglio 1997, causa T-267/94, *Oleifici italiani/Commissione*, *Racc.*, II-1239, punto 20.

Più spinosa era però una questione aggiuntiva riguardante le scelte politiche di evidente natura discrezionale fatte dalla Comunità e la presunta “espropriazione” dell’attività subita dalla ricorrente. In effetti, lo svolgimento di una attività economica è da considerarsi oggetto di un diritto fondamentale, sì che se la Comunità avesse violato un diritto fondamentale, il diritto al risarcimento non si sarebbe potuto negare.

A questo proposito osservano i giudici:

«I diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali i giudici comunitari garantiscono l’osservanza. Nel garantire la tutela di tali diritti, questi ultimi sono tenuti ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbero quindi essere ammessi nella Comunità provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di tali Stati. I Trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell’uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tener conto⁵⁷.

Il diritto al libero esercizio delle attività professionali fa parte dei principi generali del diritto comunitario. Tale principio non costituisce tuttavia una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni al libero esercizio di un’attività professionale, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa del diritto così garantito⁵⁸.

Nella fattispecie, il Tribunale rileva che la realizzazione del mercato interno non pregiudica l’esistenza dell’impresa della ricorrente o l’essenza della libera scelta della professione. Essa non incide direttamente, bensì solo indirettamente, su un diritto relativo a quest’ultima, in quanto l’abolizione di talune formalità doganali e fiscali ad essa conseguenti produce talune ripercussioni sulle possibilità di gestione dell’impresa della ricorrente e, solo a seguito di ciò, sull’e-

⁵⁷ Sentenze della Corte 13 dicembre 1979, causa 44/79, Hauer, *Racc.*, 3727, punto 15, e parere della Corte 28 marzo 1996, 2/94, *Racc.*, I-1759, punto 33.

⁵⁸ Sentenze della Corte 11 luglio 1989, causa 265/87, Schröder, *Racc.*, 2237, punto 15; 30 luglio 1996, causa C-84/95, Bosphorus, *Racc.*, I-3953, punto 21, e del Tribunale 15 aprile 1997, causa T-390/94, Schröder e a./Commissione, *Racc.*, II-501, punto 125.

esercizio della professione. Si deve poi rilevare che la realizzazione del mercato interno costituisce un obiettivo di evidente interesse generale. In considerazione della finalità essenziale così perseguita, essa non implica alcuna indebita limitazione all'esercizio del diritto fondamentale di cui trattasi».

In tal modo, bilanciando gli interessi – e quindi i principi – in gioco, i giudici risolvono una spinosa questione che avrebbe, se risolta in senso affermativo, compromesso di molto l'azione economica della Comunità.

5. *I diritti fondamentali come principi generali di diritto contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*

Il riferimento ai diritti fondamentali contenuti nella Carta è essenziale, ma ovviamente il discorso involge tutto il dibattito sul riconoscimento in ambito europeo dei principi comuni riguardanti la persona diffusi e riconosciuti nelle Carte costituzionali dei Paesi Membri. Ed involge anche il rapporto tra la Carta dell'Unione e la Carta europea dei diritti dell'uomo, nonché il cosiddetto 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 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 pas-

sare in rassegna i casi più eclatanti, come il caso Bartsch⁵⁹, o i casi di applicazione del principio di dignità della persona⁶⁰ o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In materia di contratti è esemplare il caso Omega Spielhallen⁶¹ in cui si sono vietati giochi che usavano strumenti di elettronici in cui figure umane fungevano da bersaglio⁶².

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 nulle⁶³.

Un'analisi attenta dell'impatto dei diritti fondamentali sulla giurisprudenza delle corti dovrebbe include 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.

6. *L'osmosi dei principi: i "principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*

L'esame dei casi più significativi sottoposti al giudizio della Corte è alla base di alcuni pregevoli contributi di studiosi olandesi e tedeschi⁶⁴.

⁵⁹ Del 13.9.2008, n. C-46/07.

⁶⁰ C-152/82 13.11.1990.

⁶¹ C-36/02.

⁶² C-36/02.

⁶³ C-236/09. Una ricca e dotta raccolta di casi commentati si deve ora a COSIO-FOGLIA (a cura di), *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.

⁶⁴ M. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law»: Their Nature, Roles and Legitimacy*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, 35, 2011; K. PURNHAGEN, *Principles of European Private or Civil Law? A Reminder of the Symbiotic*

Nel caso della *Société thermale d'Eugénie-Les-Bains* si discuteva se il deposito effettuato dal cliente a titolo di prenotazione per il soggiorno in albergo dovesse considerarsi un servizio separato rispetto al contratto d'albergo e quindi essere assoggettato a un trattamento fiscale diverso. La Corte ha invocato i *principi generali del diritto civile* per sostenere che le obbligazioni discendenti dal contratto d'albergo impongono di adempiere il contratto correttamente, e quindi le due operazioni non si potevano considerare separate.

La Corte pur dovendo interpretare le regole fiscali comunitarie, e non quelle proprie del diritto francese (il caso era per l'appunto francese) ha preso lo spunto dalle disposizioni del *Code civil* (art. 1590) e dal *Code de la consommation* francesi per pervenire a quel risultato. Al di là della valutazione del caso nel merito, e della configurazione giuridica della "prenotazione", rispetto al contratto d'albergo, che potrebbe portare a diverse conclusioni, è evidente il richiamo ad un principio desunto da un ordinamento statale, anche se condiviso da tutti gli ordinamenti statuali degli altri Paesi Membri, il principio in base al quale il contratto ha forza vincolante tra le parti e quindi deve essere eseguito puntualmente: il riferimento però è servito per risolvere un caso che riguardava l'applicazione del diritto comunitario⁶⁵.

Un altro esempio è dato dal caso *Hamilton*⁶⁶, in cui la Corte doveva rispondere alla questione se il consumatore (tedesco), che aveva concluso un contratto al di fuori dei locali commerciali, potesse esercitare il diritto di recesso, essendo ormai trascorso un mese dal momento in cui le prestazioni erano state compiutamente eseguite; il recesso era fondato sul fatto che il consumatore non aveva ricevuto informazioni corrette prima della conclusione del contratto e quindi si era indotto a concluderlo senza avere un quadro completo di dati per l'adeguata valutazione della convenienza dell'affare.

La Corte ha utilizzato i *principi generali del diritto civile* (senza riferirsi all'ordinamento comunitario, ma) avendo riguardo ad una regola di logica, non ad una regola di diritto scritto. Ma al di là dell'esattezza della soluzione, il semplice richiamo a principi di diritto

Relationship between the FCJ and the DCFR in a Pluralistic European Private Law, in *European Law Journal*, 18, 2012, 844 ss.; J. BASEDOW *The Court of Justice and Private Law*», cit.

⁶⁵ C-277/05.

civile sembra evocare le *regulae iuris* di tradizione romanistica, piuttosto che non (come aveva proposto l'Avvocato generale nel caso di specie) principi comuni di diritto civile condivisi dagli ordinamenti statuali degli Stati membri.

L'impiego della locuzione è stato effettuato anche in un altro caso di recesso⁶⁷. Qui il consumatore (tedesco) non era stato informato sui diritti che avrebbe potuto esercitare nell'eventualità che la cosa acquistata mediante un contratto a distanza presentasse dei difetti. Nel frattempo il consumatore aveva fatto impiego del prodotto ed, esercitato il recesso, aveva dovuto rispondere del danno risentito dal venditore per l'uso della cosa effettuato tra l'acquisto e l'esercizio del recesso.

La Corte procede riferendosi ai principi generali del diritto civile – qui formulati in termini di buona fede e arricchimento ingiustificato – e rinvia la questione al giudice nazionale a cui spetta il compito di determinare l'ammontare del danno subito dal professionista per l'uso del prodotto. Sempre in un caso sollevato dal giudice tedesco, che riguardava il recesso da un contratto di *partnership* concluso mediante la tecnica di vendita "porta a porta", la Corte ha fatto riferimento ai principi generali di diritto civile per stabilire che l'attore non poteva pretendere la restituzione della somma originariamente corrisposta ma semplicemente il valore della sua quota al momento del recesso. È il principio di equa ripartizione dei rischi che viene in soccorso, ancorché la Corte non faccia alcun riferimento al diritto tedesco.

In altro caso⁶⁸ si discuteva se il consumatore dovesse egualmente corrispondere le rate di un mutuo contratto (con la tipologia del credito al consumo) per sostenere le spese di un viaggio organizzato dall'agenzia, viaggio che poi era stato solo in parte conforme alle prestazioni promesse. Pur essendo i contratti collegati, e pur avendo l'agenzia come unico referente l'istituto finanziatore a cui aveva indirizzato il cliente, il diritto spagnolo non prevedeva la sospensione delle rate del mutuo perché il legislatore nazionale non aveva ancora attuato la direttiva in materia.

L'Avvocato generale aveva concluso per la soluzione sfavorevole al consumatore, dal momento che in quel momento l'orientamento

⁶⁶ C-412/06.

⁶⁷ *Messner*, C-489/07.

della Corte di Giustizia era sfavorevole alla applicazione diretta della direttiva, che avrebbe consentito alla turista di invocare il rapporto esclusivo sussistente tra il finanziatore e l'agenzia di viaggi al fine di sospendere il rimborso della somma mutuata. Ma aveva sottolineato che il ricorso ai principi generali del diritto civile spagnolo per la soluzione del caso di specie avrebbe portato però a un risultato in conflitto con gli scopi della direttiva, giacché in base ad essi un contratto tra due soggetti giuridici non può incidere in linea di principio sul rapporto giuridico con un terzo.

La Corte, con sentenza del 7 marzo 1996, ha deciso che «nel caso in cui il risultato prescritto dalla direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, occorre (...) ricordare che, secondo la sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati ai singoli a causa della mancata attuazione di una direttiva, purché siano soddisfatte tre condizioni. Innanzi tutto, la direttiva deve avere lo scopo di attribuire diritti ai singoli. Deve essere poi possibile individuare il contenuto di tali diritti sulla base delle disposizioni della direttiva. Infine deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito (...). In mancanza di misure di attuazione, nei termini prescritti, della direttiva del Consiglio 22 dicembre 1986, 87/102/CEE, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, e pur tenendo conto dell'art. 129 A del Trattato CE, il consumatore non può fondare sulla direttiva stessa un diritto di procedere contro un prestatore di fondi, persona privata, per inadempimenti in sede di fornitura di beni o di servizi da parte del fornitore con cui detto prestatore di fondi abbia concluso un accordo di esclusiva in materia di credito al consumo, né può esercitare tale diritto innanzi a un giudice nazionale».

Anche nel caso *Faccini Dori*⁶⁹ l'Avvocato generale aveva discusso se, tra le diverse ipotesi che si potevano percorrere per consentire l'esercizio del diritto di recesso a chi avesse sottoscritto un contratto fuori dei locali commerciali, nell'ambito di un ordinamento nazionale in cui la direttiva ad hoc non fosse stata ancora applicata, si potessero invocare i principi generali del diritto civile; ma aveva pro-

⁶⁸ *El Corte Inglés*, C-192/94.

peso poi per l'azione risarcitoria del consumatore nei confronti dello Stato inadempiente. Soluzione poi accolta dalla Corte.

L'occasione di utilizzare i principi generali del diritto civile si è riproposta nella decisione del caso *Hirmann* (C-74/12, del 19 dicembre 2013). Qui si discuteva se il sottoscrittore di azioni acquistate al secondo mercato che avesse subito un danno a causa di inesatte informazioni contenute nel prospetto, avesse diritto all'annullamento del contratto di acquisto e al risarcimento pieno del danno, oppure soltanto al rimborso della somma versata inizialmente, o, come chiedeva l'emittente, alla restituzione della somma calcolata sulla base del valore attuale delle azioni.

La Corte ha precisato che:

«sebbene, contrariamente all'articolo 25, paragrafo 1, della direttiva “prospetti”, gli articoli 28, paragrafo 1, della direttiva “trasparenza” e 14, paragrafo 1, della direttiva “abusi di mercato” non si riferiscano esplicitamente ai regimi di responsabilità civile degli Stati membri, (...) per quanto riguarda il riconoscimento del risarcimento del danno e un'eventuale possibilità di liquidare danni a titolo sanzionatorio, in mancanza di disposizioni del diritto dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentano di determinare l'entità del risarcimento, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati».

In altri termini, la Corte ha ritenuto che l'investitore avesse diritto a chiedere l'annullamento del contratto, la restituzione delle azioni acquistate e il risarcimento del danno, rimettendo al giudice nazionale la decisione sulla questione degli effetti dell'annullamento e sulla restituzione delle azioni⁷⁰.

Qui i principi invocati sono diversi: alcuni sono intesi dalla Corte come incorporati nel diritto dell'Unione – il principio di equivalenza e il principio di effettività – mentre altri, applicati nel caso *E. Fritz*, richiamato in motivazione, sono disattesi in quanto non si ritiene che siano in gioco l'equilibrio degli interessi delle parti né il problema di un'equa ripartizione dei rischi⁷¹ che invece nel caso *E. Fritz* avevano avuto un ruolo dirimente.

⁶⁹ C-91/92.

⁷⁰ V., per analogia, le sentenze del 13 luglio 2006, *Manfredi e a.*, da C-295/04 a C-298/04, punto 92, nonché del 6 giugno 2013, *Donau Chemie e a.*, C-536/11, punti da 25 a 27.

Il caso *E. Fritz*⁷² era infatti diverso.

Attesa la peculiarità, riguardante la vendita porta a porta di una partecipazione ad una società di persone, e la rilevanza che nella motivazione acquista il richiamo ai “principi generali del diritto civile”, val la pena di approfondire il tema.

La questione pregiudiziale era così formulata:

«Se l'art. 1, n. 1, prima frase, della direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali debba essere interpretato nel senso che esso comprende l'adesione di un consumatore ad una società di persone, ad una società commerciale di persone, ad un'associazione o ad una cooperativa, laddove lo scopo dell'adesione non consista in via prioritaria nel divenire socio della società, dell'associazione o della cooperativa, bensì – il che avviene spesso soprattutto nel caso di partecipazione ad un fondo immobiliare chiuso – la partecipazione societaria rappresenti solo una strada alternativa per investire capitali ovvero ottenere prestazioni che costituiscono tipicamente l'oggetto dei contratti sinallagmatici.

Se l'art. 5, n. 2, della direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad un effetto giuridico nazionale (previsto dalla giurisprudenza) ai sensi dell'art. 7 della direttiva, in forza del quale una tale adesione effettuata da un consumatore in una situazione di contratto concluso a domicilio comporta, in caso di recesso dall'adesione, l'acquisto, da parte del consumatore che recede, di un diritto nei confronti della società, dell'associazione o della cooperativa alla quota di liquidazione, calcolato facendo riferimento al momento in cui il recesso acquista efficacia, vale a dire una somma corrispondente al valore della sua quota di partecipazione alla società, all'associazione o alla cooperativa al momento della sua uscita, con la (possibile) conseguenza che lo stesso, a causa dell'andamento economico della società, dell'associazione o della cooperativa, ottenga la restituzione di un importo inferiore al valore del suo conferimento ovvero si trovi esposto, nei confronti delle medesime, oltre alla perdita dei conferimenti effettuati, anche ad obblighi di pagamento, in quanto la quota di liquidazione ha un valore negativo».

⁷¹ V. la sentenza *Hamilton* sopra richiamata, punti 39 e 40.

Il giudice rimettente era il *Bundesgerichtshof*, il quale si era richiamato ai principi generali del diritto civile (in quel caso, il diritto civile tedesco). La Corte, con sentenza del 15 aprile 2010, ha così argomentato:

«(...) come ha rilevato il Bundesgerichtshof nella sua decisione di rinvio, tale norma è volta a garantire, conformemente ai principi generali del diritto civile, un equilibrio che soddisfi proprio un'equa ripartizione dei rischi tra le differenti parti interessate.

In particolare, da una parte, una norma siffatta offre al consumatore che revoca la sua adesione ad un fondo immobiliare chiuso costituito in forma di società di persone la possibilità di restituire la sua quota pur assumendosi una parte dei rischi inerenti a qualsiasi investimento di capitali del tipo di quello in questione nella causa principale. Dall'altra, essa consente anche ai consociati e/o a terzi creditori di non essere tenuti a sopportare, in circostanze come quelle della causa principale, le conseguenze finanziarie della revoca di tale adesione, che del resto si è prodotta in seguito alla firma di un contratto del quale questi ultimi non erano parti.

Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre quindi risolvere la seconda questione nel senso che l'art. 5, n. 2, della direttiva non osta, in circostanze quali quelle della causa principale, ad una norma nazionale in forza della quale, in caso di revoca dell'adesione ad un fondo immobiliare chiuso costituito in forma di società di persone, prestata a seguito di una vendita a domicilio non richiesta, il consumatore può invocare nei confronti di tale società, sul saldo di liquidazione, un diritto calcolato in funzione del valore della sua partecipazione al momento del suo recesso da tale fondo e, pertanto, può ottenere eventualmente la restituzione di un importo inferiore al suo conferimento ovvero può essere tenuto a partecipare alle perdite del detto fondo». In questo senso la Corte ha applicato la direttiva sulle vendite fuori dai locali commerciali anche alla fattispecie di acquisto di una quota di un fondo immobiliare chiuso costituito in forma di società di persone, e ha ritenuto che il consumatore può invocare nei confronti di tale società, sul saldo di liquidazione, un diritto calcolato in funzione del valore della sua partecipazione al momento del suo recesso da tale fondo e, pertanto, può ottenere eventualmente la restituzione di un importo inferiore al suo conferimento ovvero può essere tenuto a partecipare alle perdite del detto fondo.

La dottrina ha anatomizzato l'espressione "principi" "generali" del diritto "civile", ma anche questa operazione chirurgica, per il giurista italiano, può apparire curiosa, se si considera la storia della categoria dei "principi" comunque aggettivati, che connota la nostra cultura giuridica⁷³. Inoltre si è posta il problema se vi sia competenza della Corte di Giustizia per introdurre surrettiziamente una fonte non scritta nell'ambito di un ordinamento nel quale si contesta la introduzione di un "codice europeo di diritto privato"⁷⁴. Il dubbio può sorgere per il fatto che la stessa Corte si è autolimitata nell'estensione della propria competenza, in quanto, a proposito dei principi generali del diritto comunitario, ivi compresi i diritti fondamentali, ha sostenuto che essi non si applicano ai settori nei quali l'Unione non è competente⁷⁵.

Ma si sa che l'interprete non sempre rispetta queste autolimitazioni, come hanno dimostrato le Corti nazionali e pure la stessa Corte di Giustizia a proposito della applicazione diretta dei principi contenuti nella Carta di Nizza.

Meno convincenti sono i dubbi inerenti la "generalità" intesa come regola estesa ai rapporti contrattuali che vedono parti non qualificabili come consumatori: i principi generali sono norme, e sono tali non perché estensibili da una categoria di soggetti (consumatori) ad altra categoria, ma semplicemente perché – di regola – in via di induzione non è possibile generalizzare regole contenute in leggi speciali. Vi sono eccezioni, ovviamente, come è accaduto nella nostra esperienza per la generalizzazione dell'abuso di dipendenza economica, ma tale operazione è stata compiuta riassorbendo quel principio nel più generale principio di buona fede. Essendo generali, i principi trascendono i confini nazionali, ed è quindi corretto ritenerli propri del sistema del diritto comunitario. È la flessibilità della categoria logica dei principi generali che consente di evitare di distinguere tra principi di origine nazionale, e in quanto tali applicabili solo all'interno degli ordinamenti nazionali, e principi di "diritto ci-

⁷² Causa C-215/08.

⁷³ G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993.

⁷⁴ M. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law*, cit.; contrario all'applicazione dei principi del diritto civile è S. WEATHEWILL, "The principles of civil law" as a basis for interpreting the legislative acquis, in *European Review of Contract Law*, 6, 2010, 74 ss.

vile europeo”. D'altra parte la distinzione si può fare solo se si opta per la concezione dualistica, e non per quella unitaria, ormai assodata da un orientamento costante della Corte di Giustizia e condivisa dalla nostra Corte costituzionale.

La loro funzione – che la dottrina in esame ritiene triplice⁷⁶ (interpretazione *secundum legem*, *praeter legem*, *contra legem*) – non collima però con la funzione che l'art. 12 delle preleggi assegna ai principi generali: in questo senso i principi sono norme da norme, creati in via induttiva da altre norme e quindi dovrebbero essere sempre conformi alla legge (*secundum legem*) essendo essi stessi “la legge”; ben possono colmare le lacune, se si crede alla esistenza di lacune e alla incompletezza dell'ordinamento, ovviata mediante l'analogia, e quindi possono operare *praeter legem*; ma non possono derogare alla legge, in quanto essi ne sono espressione.

Qui si confondono i principi intesi come regole giuridiche con le clausole generali (quali la buona fede) che possono avere anche funzione correttiva, ma non della legge, bensì degli atti e dei comportamenti delle parti.

In questo senso, non sembra un problema – al giurista italiano – sostenere che i principi generali del diritto civile, così come intesi dalla Corte, possano essere applicati direttamente ai rapporti fra privati. Alla risposta positiva, che ci parrebbe di poter dare, qualche autore contrappone l'argomento secondo il quale solo le regole precise che istituiscono diritti in capo ai singoli possono essere applicate direttamente. Il che implicherebbe che i principi generali di diritto civile possono essere invocati dalla Corte solo se appartenenti al diritto comunitario primario (quello previsto dai Trattati) e non se appartenenti al diritto comunitario secondario (quello previsto dai regolamenti e dalle direttive)⁷⁷.

A questa applicazione più restrittiva sembrerebbe giungere la Corte in qualche precedente, peraltro superato da quelli sopra citati, ad es., nel caso *Audiolux*⁷⁸. Ciò dipende dall'estensione del significato che si vuole dare ai principi di rilevanza *costituzionale* in ambito

⁷⁵ V. il caso *Seda*, C-555/07.

⁷⁶ M. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law*, cit., 19.

⁷⁷ Così M. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law*, cit., 19. Meno drastico A.S. HARTCAMP, *The General Principles of E.U. Law and Private Law*, in *RabelsZ*, 75, 2011, 250.

⁷⁸ C-101/08.

comunitario, rispetto agli altri principi, pur generali, che non assurgono a tale livello. È evidente, ad esempio, che il principio di buona fede non ha rilevanza costituzionale (a livello comunitario, e neppure a livello costituzionale).

7. *L'osmosi dei principi: l'applicazione dei principi del diritto comunitario nel diritto interno*

Il mondo dei principi è un mondo aperto: la circolazione dei principi non avviene soltanto nel senso della migrazione dagli ordinamenti nazionali al linguaggio, all'apparato concettuale e alle tecniche di ragionamento dei giudici dell'Unione europea, ma anche nel senso opposto. Prova ne sia che, a quanto risulta dalla banca di dati della giurisprudenza della Corte di Cassazione, più di cinquanta sono negli ultimi decenni le pronunce in cui si è applicato il principio di *proporzionalità*, soprattutto nell'ambito del rapporto di lavoro, e con riguardo ai diritti del datore e agli obblighi del dipendente; si registrano anche pronunce che hanno applicato i principi di *sussidiarietà* e di *precauzione*.

Di particolare interesse per la dottrina privatistica è l'applicazione del principio di eguaglianza e *non-discriminazione*, collegato con il principio di *dignità* della persona. La letteratura in materia è ormai davvero abbondante e assai apprezzabile. Non è possibile in queste pagine prendere posizione sulla applicazione dei singoli principi, né sul principio dell'abuso del diritto, oggetto di una amplissima letteratura, anche recente, in cui si discute se sia stato consolidato nel diritto dell'Unione europea. Emblematico a questo riguardo il titolo di una ricerca condotta da un gruppo di studiosi coordinati da R. de la Feria e S. Vogenauer, *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law*⁷⁹.

8. *La percezione dei principi nella letteratura recente di diritto privato europeo*

Come si è anticipato, la sofisticata e complessa discussione sulla natura giuridica dei principi, che si è avviata negli anni Ottanta al-

⁷⁹ Oxford e Portland, Oregon, 2011.

l'apparire del libro di Ronald Dworkin⁸⁰ ha solo scalfito gli autori delle opere più rilevanti in materia di principi generali del diritto europeo. Il contributo, per certi aspetti fondamentale, di Takis Tridimas⁸¹ non si sofferma più di tanto sulla questione, passando in rassegna nell'introduzione piuttosto i problemi che attengono ai rapporti tra il diritto interno e il diritto dell'Unione europea. Fonte del diritto, espressi in forma non scritta, i principi generali sono presi sul serio – ovviamente – ma sono esaminati nel loro concreto operare. Tridimas si sofferma soprattutto sui principi di eguaglianza, proporzionalità, certezza del diritto e legittimo affidamento, sui diritti fondamentali, sul diritto di difesa, sul principio di effettività dei rimedi e sui principi di responsabilità e risarcimento del danno. Segue il suo esempio Norbert Reich⁸², includendo però nel novero dei principi trattati l'autonomia contrattuale e la libertà delle parti, la protezione della parte debole, il principio del bilanciamento degli interessi in gioco, accanto ai più tradizionali principi di non discriminazione, effettività, proporzionalità, e chiude il discorso con l'interrogativo sul principio di buona fede e di abuso del diritto.

Più approfondita l'analisi effettuata al congresso di Stoccolma⁸³ in cui, accanto ai principali principi generali, si è discusso in una sessione apposita, dei principi che regolano la concorrenza, e, soprattutto, della applicazione orizzontale e verticale dei principi generali.

Le raccolte di principi nei diversi settori del commercio internazionale, o del diritto privato, non si pongono problemi di natura teoretica: i principi sono equiparati alle regole generali, ma, anziché essere parte delle fonti non scritte, sono esplicitati e codificati, sicché assomigliano di più alle "regole-cornice" piuttosto che non a principi ricavati in via induttiva da altrettante regole più specifiche.

9. *L'abuso dei principi generali*

Di recente si è diffusa una certa insofferenza per l'uso eccessivo, inappropriato, ripetitivo dei principi generali o di formule a cui si attribuisce la qualificazione di principi generali. Si è riportata l'atten-

⁸⁰ *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977.

⁸¹ *The General Principles of EC Law*, Oxford, 1999.

⁸² *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014.

⁸³ Lidings, 8-9 novembre 2012, Alphen aan den Rijn, 2013.

zione sulla distinzione tra principi generali ed altri strumenti interpretativi con cui i principi generali condividono il ruolo di “attrezzi del mestiere” del giurista-interprete⁸⁴ e si sono soprattutto studiati i principi del diritto comunitario come “importati” o intesi nel diritto interno. Sintomatico a questo proposito è il significato e l’uso del principio di proporzionalità, che, anziché essere utilizzato per bilanciare gli interessi dell’ordinamento, come avviene nel diritto comunitario, è stato utilizzato per valutare l’equilibrio tra le prestazioni e la meritevolezza dell’interesse contrattuale perseguito⁸⁵; ma si pensi anche al principio di ragionevolezza⁸⁶. Ciò che preoccupa è che un uso poco sorvegliato dei principi da parte degli interpreti, in particolare dei giudici, possa incidere sull’ambito dell’autonomia privata apportando limiti alla libertà contrattuale che il legislatore non aveva previsto e che neppure il testo costituzionale consentirebbe di introdurre⁸⁷.

Da un lato il ricorso ai principi appare assolvere ad una funzione di completezza dell’ordinamento giuridico e di garanzia della tutela degli interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nel testo normativo scritto. E appunto il ruolo dello *ius non scriptum* servirebbe proprio a questo scopo, secondo quanto sostenuto da Rodolfo Sacco e Stephan Meder⁸⁸.

Dall’altro l’abuso dei principi porta ad un eccessivo potere interpretativo del giudice, che condurrebbe ad un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti⁸⁹.

E si consideri che sono ancora contestate le proposte di applicazione diretta ai rapporti tra privati dei principi dell’Unione euro-

⁸⁴ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 360 ss.; A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 300 ss.

⁸⁵ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 335 ss.

⁸⁶ E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 23; S. PATTI, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 7 ss.; S. TROIANO, *La “ragionevolezza” nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

⁸⁷ A. CATAUDELLA, *L’uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 749 ss.

⁸⁸ Op. loc. cit.

⁸⁹ In questo senso da ultimo v. L. ALEXANDER e K. KRESS, *Una critica dei principi del diritto*, Napoli, 2014.

pea sia sotto forma di diritti fondamentali⁹⁰ sia con riguardo agli altri principi sopra elencati, anche per timore del “judicial activism”⁹¹.

10. *Il dilemma del legislatore moderno*

Attesa la enorme importanza che hanno i principi, anche se intesi in senso “debole”, cioè come valori e formule vaghe, nel diritto comunitario e nei diritti nazionali, i cultori del diritto civile si pongono oggi con le Carte dei diritti, in particolare, con la Carta dei diritti fondamentali, i problemi che si ponevano più di mezzo secolo fa con la Carta costituzionale. Ciò non tanto per i settori che riguardano i diritti della persona, ma piuttosto per i settori del diritto patrimoniale in senso stretto, cioè i diritti reali, il diritto contrattuale, il diritto della responsabilità civile.

Il tema più intrigante oggi riguarda l’armonizzazione del diritto contrattuale, in generale e con specifico riferimento alla vendita.

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) del contratto in genere e della vendita 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 assoggettato di per sé ai principi generali e quindi ai diritti fondamentali codificati nella Carta;

⁹⁰ In particolare nei contratti: v. O. CHEREDNICHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, Monaco, 2007; *contra*: 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.

⁹¹ K. LENAERTS e J.A. GUTIERREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market L.Rev.*, 2010, 1629 ss.

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

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 fondamentali.

Hans Micklitz⁹² segnala che tra i diritti fondamentali occorre tener conto anche dei diritti sociali, e che questi non sono però al sicuro: «the expansion of social rights does not help to overcome the narrow boundaries of the EU competence on The Social». E in un ragionamento più ampio che propone una rivisitazione delle fonti comunitarie, Micklitz vede nella combinazione di una Costituzione europea e di un codice civile europeo il quadro in cui si può davvero dare luogo ad un mercato integrato in cui non sono rilevanti solo i diritti individuali ma anche i diritti collettivi e trova pieno riconoscimento accanto al principio di dignità anche quello di solidarietà.

In una prospettiva più riduttiva e cauta Olga Cherednychenko preferisce parlare di complementarietà tra diritti fondamentali e disciplina del contratto: «it is obvious (dice in conclusione di un recente saggio) that the complementary 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»⁹³. 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

⁹² MICKLITZ, *Failure or Ideological Preconceptions. Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code*, EUJ Working Papers. Law 2010/04, 5.

⁹³ CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, ERPL, 2010, VI, 63.

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 comparatistica⁹⁴.

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 personali⁹⁵.

Il dilemma del legislatore moderno che voglia dare un nuovo volto al diritto contrattuale 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

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Così 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.

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 nel testo la menzione dei diritti fondamentali, anche se non si tratta di una tutela ampia e se i rimedi accordati per la loro violazione contrattuale consistono nel risarcimento del danno piuttosto che non nella nullità del contratto.

Tra i *principes directeurs* del nuovo progetto di riforma del diritto dei contratti diretto da François Terré si prevede 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 Rouhette⁹⁶, è apprezzata da Carole Aubert de Vincelles⁹⁷, la quale sottolinea come essa riceva poi applicazione specifica all'art. 59 del progetto in materia di contenuto del contratto.

La lettura "giusrealistica" dei principi generali ci conferma dunque che si tratta di una materia vasta, variegata, stratificata, disordinata, intesa spesso in modo contrastante e non riconducibile agli astratti perfetti teoremi geometrici in cui si vorrebbe inquadrare. I principi generali non si possono ingabbiare, e quindi gli sforzi che gli interpreti fanno per individuarli, elencarli, codificarli, sono tutti volti a sfuggire alla loro tirannia. È una materia da considerare con grande attenzione, assumendo le precauzioni dovute alla facilità di commettere errori, scambiando un principio per una regola, invocando un principio in un contesto non appropriato, oppure usando il principio in modo esornativo anziché risolutivo.

Ma la ricerca ci dice anche che dei principi non si può fare a meno, sia che essi vengano utilizzati per colmare le lacune della

⁹⁶ ROUHETTE, *Regard sur l'avant-projet de réforme de droit des obligations*, *Rev. dr. comp.*, 4, 2007, 1393.

⁹⁷ 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.

legge, sia che vengano utilizzati con finalità interpretative della legge. Sono essi stessi “legge”, e si inquadrano nel potere normativo esercitato dal giudice (consapevolmente o meno) anche quando egli finge di essere semplicemente la *bouche de la loi*. Quanti temono che l’uso dei principi implichi una contaminazione dei poteri, o un esercizio abusivo del potere per l’eccessivo attivismo dei giudici o per la loro sconfinata fantasia che si chiama creatività, dimenticano che i giudici seguono un procedimento interpretativo collocato all’interno di un procedimento giudiziale, che entrambi questi procedimenti hanno regole la cui violazione porta al sindacato del prodotto dell’attività del giudice, che il percorso seguito dal giudice non è “tutta farina del suo sacco”, ma è preparato dalle memorie degli avvocati, in contraddittorio tra loro, e che quindi molti dei pericoli paventati sono evitati dallo stesso apparato messo a disposizione dall’ordinamento giuridico.

Ma dimenticano soprattutto l’insegnamento di Jerome Frank, il quale, nel concludere il suo libro su *Law and Modern Mind*⁹⁸ raccomandava ai giuristi di liberarsi dal feticismo della regola scritta.

⁹⁸New York, 1930.