

CESL, DIRITTI FONDAMENTALI, PRINCIPI GENERALI, DISCIPLINA DEL CONTRATTO

di GUIDO ALPA

SOMMARIO: 1. L'ambiguità del termine «principio». – 2. I principi generali «in contesto». – 3. I diritti fondamentali come principi generali: la Carta europea e la Convenzione europea, due percorsi distinti. – 4. I diritti fondamentali come principi generali di diritto contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 5. Il dilemma del legislatore moderno.

1. L'AMBIGUITÀ DEL TERMINE «PRINCIPIO».

Nel corso degli ultimi decenni si è diffuso un fenomeno molto interessante, il ricorso sempre più frequente (ma sempre meno avvertito) al termine «principio». L'uso si registra nell'ambito delle esperienze nazionali, negli atti dell'Unione Europea così come nell'ambito dei progetti di armonizzazione del diritto europeo. Nelle esperienze nazionali si può parlare di una «costante discussione» in cui i principi sono accreditati da una tradizione risalente. È il caso della cultura giuridica che si è formata in Italia⁽¹⁾, in Germania⁽²⁾ e in Austria⁽³⁾. Qui ha avuto fortuna prima lo studio e l'applicazione del diritto romano, e quindi delle *regulae iuris* (elencate nel libro L del Digesto giustiniano) che costituiscono una delle epifanie dei principi generali formulati in forma di brocardi⁽⁴⁾; poi lo studio del diritto naturale nella sua contrapposizione con il diritto positivo. Poi ancora la costruzione dell'ordinamento

(1) Per la ricostruzione storica della formula «principio generale» ed espressioni omologhe v. ALPA, *I principi generali*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 1993 (2a ed. 2006); GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 1993.

(2) Nell'ampia letteratura v. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, a cura di LA TORRE, Giuffrè, 1998.

(3) BYDLINSKY, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Monaco, 1991.

(4) STEIN, *Regulae juris. From juristic rules to legal maxims*, Edimburgo, 1966.

giuridico in forma «geometrica», secondo principi di razionalità. Si che anche nei testi ove si disciplinavano con legge le regole interpretative (le leggi speciali e i codici civili) i principi generali corrispondevano (e per alcune esperienze ancora corrispondono) all'*analogia legis*.

Per la cultura giuridica inglese si deve parlare piuttosto di una «riscoperta»: dopo i *Principles of Morals and Legislation*, di Jeremy Bentham, questa terminologia è migrata negli studi di logica e di filosofia. Per la cultura giuridica statunitense si può parlare di un rapporto «complesso», perché di recente la problematica si è svolta soprattutto all'interno della filosofia giuridica analitica di Ronald Dworkin che ha spiegato come i principi si debbano prendere sul serio, forse ricordando gli accenni dissacratori dei fondatori del realismo giuridico⁽⁵⁾. Per il diritto civile francese si può parlare di una «scoperta», perché – se si fa eccezione per l'opera di François GénY⁽⁶⁾, guardata sempre con sospetto dai formalisti, e tanto apprezzata invece in Italia – il diritto civile è stato sopravanzato dal diritto amministrativo nell'uso dell'espressione e nella sua applicazione pratica.

In questa panoplia di riferimenti l'espressione «principio» assume molteplici significati, che si moltiplicano ancor più se si considerano i contesti in cui la parola è impiegata nei progetti di armonizzazione, uniformazione, codificazione del diritto privato europeo.

Ecco qualche esempio: nei «principi» di Ole Lando e Hugh Beale (PECL), l'espressione indica le «*general rules of contract law*» [art. 1:101(1)] e così per i Principi Unidroit (Preambolo, § 1).

(5) DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, a cura di ORIANA e REBUFFA, Il Mulino, 1982; BENDITT, *Law as Rule and Principle*, Stanford, 1976.

(6) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, Parigi, 1899.

Nel *Draft Common Frame of Reference* l'espressione di volta in volta comprende regole che non hanno forza di legge, definizioni, regole generali (7). Ma è importante la presa di posizione che si legge nella introduzione: i principi fondamentali, sottostanti le regole, esprimono valori tra loro in conflitto, non sono collocati in un ordine prioritario, e sono citati solo in modo esemplificativo. In un primo inventario si segnalano: «giustizia, libertà, *protezione dei diritti umani*, sviluppo del mercato interno, solidarietà e responsabilità sociale, libertà sicurezza e giustizia, protezione dei consumatori e degli altri soggetti che esigono protezione, conservazione del pluralismo culturale e linguistico, razionalità, certezza giuridica, prevedibilità, efficienza, affidamento ragionevole, e allocazione corretta della responsabilità per la creazione dei rischi».

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

I *Principes directeurs* dell'Association Henri Capitant e della Société de Législation comparée (del 2008) distinguono i principi direttivi dagli altri principi, che considerano come regole generali condivise dai Paesi Membri dell'Unione. La raccolta corregge quindi i PECL che portano anche innovazioni tra le regole suggerite come modelli contrattuali da imitare, da cui trarre ispirazione o in cui trovare gli atrezzi per risolvere le questioni. Qui tra i prin-

cipi direttivi si trovano (i) la libertà contrattuale, (ii) la certezza del diritto e (iii) la lealtà, termine che nel commento del *Draft* al riguardo viene tradotta con un significato tripartito in «*good faith, fair dealing and cooperation*» (8).

Non si parla di diritti fondamentali.

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

Il testo di passaggio tra la disciplina dei contratti in generale del *Draft (Book II)* e il Progetto di Regolamento sulla vendita, denominato *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law* (9) (che risale al luglio 2011), non menziona i diritti fondamentali, prevede alcuni principi generali (*reasonableness* (art. 4), *freedom of contract* (art. 7), *good faith and fair dealing* (art. 8); e neppure in materia di interpretazione del testo si richiamano i principi generali o costituzionali accreditati dal diritto comunitario o dalle costituzioni nazionali. Il testo propone un *sistema chiuso*: «*This instrument is to be interpreted and developed autonomously and in accordance with its objectives and the principles underlying it*» [art. 1 (1)]; il testo fa divieto di fare ricorso alle leggi nazionali [art. 1 (2)].

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

Questa cultura varia, che sorregge i redattori dei testi, portatori di diverse tradizioni linguistiche, culturali, tecniche, è dunque refrattaria ad una rigorosa utilizzazione del termine «principio generale», ma non lo rifiuta, anzi lo accredita. E lo accredita non per essere inteso come termine tecnico-scientifico da impiegare con cautela e con consapevolezza, ma piuttosto

(7) VON BAR-CLIVE-SCHULTE NOELKE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Outline edition, Monaco, 2009, 9; per una discussione di queste tecniche, v. ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, 2005.

(8) VON BAR-CLIVE-SCHULTE NOELKE (a cura di), *op. cit.*, 14.

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

come un termine polivalente dotato di significato convenzionale evanescente, una sorta di enunciato formulato con espressioni generali di volta in volta allusivo a un valore, a una regola, a un indirizzo interpretativo e così via. Tutti i giuristi possono intendere il significato di «principio» e si sentono autorizzati ad impiegarlo nei modi più diversi. E poiché il linguaggio, le mode, le prassi non sono governabili, occorre di volta in volta verificare l'accezione di principio che si ha davanti per poter intendere appieno il significato a cui alludeva chi lo ha impiegato.

La sensibilità per questo termine varia a seconda della cultura e della matrice d'origine del giurista. Per esempio, non so quanto sia nota fuori dei confini patrii la storia dei «principi generali» che contrassegna la cultura giuridica italiana dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni. È una storia che non si ferma solo ad indagare il significato giuridico formale di questa categoria, ma ne approfondisce il significato ideologico e pratico.

Il giurista legato al testo scritto ha difficoltà ad accreditare l'idea che sia utile coniare disposizioni di tenore generale, con un ambito di applicazione molto ampio, e che descrive la fattispecie (*Tatbestand*) in termini vaporosi. Ed è quindi portato a distinguere le regole specifiche, dettagliate, dalle regole generali – per l'appunto un enunciato a fattispecie ampia; ed è portato a distinguere le regole generali dai principi generali, che invece ha ricavato con un processo logico induttivo procedendo da tante regole particolari per arrivare ad un enunciato generale. Il giurista attento al dato normativo distingue poi i principi *supremi* dell'ordinamento giuridico *dello Stato* da quelli che emergono da altri contesti. E si chiede se i principi generali esplicitamente formulati in una disposizione di legge abbiano un ruolo diverso da quelli che si ricavano induttivamente dalle disposizioni senza esservi esplicitati.

Ciò perché vi sono ordinamenti giuridici, come quello italiano, in cui il codice civile, la costituzione e altri importanti testi normativi (che potremmo definire le «tavole della legge») usano spesso il termine «principio», e quindi legano l'interprete molto di più di quegli ordinamenti in cui i principi sono poco menzionati nei testi, sono frutto della elaborazione dottri-

nale (logica, assiologia, ermeneutica, *etc.*) o addirittura sono proposti, sempre dalla dottrina, come «regole direttive» per l'armonizzazione di un settore dell'ordinamento interno o di un ordinamento sovranazionale o di un ordinamento *in fieri*, denominato «diritto privato europeo». I giuristi meno legati a testi che menzionano i principi sono quindi più liberi, più disinvolti nell'inventare, manipolare, inventariare, classificare i «principi».

Questi sono solo alcuni dei problemi che i giuristi italiani, nel corso di più di un secolo hanno dibattuto a lungo: uno dei vertici più alti di questo dibattito si è toccato all'Accademia dei Lincei, in un convegno organizzato a Roma nei giorni 27-29.5.1991, nel corso del quale Maestri di diverse discipline hanno individuato, catalogato, discusso i principi sia nella prospettiva filosofica e storica, sia in quella giuridica ed operativa, con riguardo alle diverse partizioni del diritto ⁽¹⁰⁾.

2. I PRINCIPI GENERALI «IN CONTESTO».

Dal 1991 ad oggi sono trascorsi vent'anni nei quali, con un ritmo certo non usuale per la cultura giuridica, si sono accumulati così tanti studi, indirizzi, testi normativi progetti, orientamenti giurisprudenziali che hanno profondamente modificato le esperienze giuridiche nazionali e quella che possiamo – non solo geograficamente – denominare europea. Sono esperienze che non si possono ignorare. Mi riferisco in particolare a quelle esperienze che costituiscono l'*humus* nel quale si è radicata la nuova cultura giuridica e che pertanto non solo sono centrali nel discorso del giurista, ma sono anche irreversibili.

Gli eventi, meglio, gli indirizzi e le vicende culturali che si sono via via affermati ed hanno cambiato il significato e il ruolo dei principi generali sono essenzialmente tre: (i) il superamento definitivo della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico; (ii) la introduzione della Carta europea dei diritti fondamentali; (iii) la utilizzazione dei principi della Conven-

⁽¹⁰⁾ AA.Vv., *Atti dei convegni Lincei* (96), *Convegno sul tema: I principi generali del diritto*, Roma, 27-29 maggio 1991, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992.

zione europea dei diritti umani da parte della Corte di Giustizia europea e di molte corti costituzionali e di legittimità; in questo caso principi sono la formulazione dei diritti umani a cui si uniforma l'Unione europea.

Mentre i testi normativi sono precisi, i testi delle sentenze e spesso i contributi dottrinali sono generici o superficiali, sicché talvolta si usano indifferentemente le espressioni «principi generali», «valori», «diritti fondamentali», «diritti umani».

Grazie a questi indirizzi e vicende culturali l'universo dei principi si è dunque ulteriormente arricchito e rinnovato, dimostrando una vitalità che era assolutamente impensabile immaginare alla fine dell'Ottocento, quando aveva preso avvio la discussione sui principi intesi in modo moderno.

Con il nuovo Millennio si è assistito ad una svolta molto rilevante, che al tempo stesso ha inciso l'evoluzione del diritto comunitario e il processo di avvicinamento degli ordinamenti nazionali, con la costruzione di valori comuni, la riformulazione dei rapporti tra il cittadino e le istituzioni dell'Unione Europea, e al tempo stesso con la formazione di un nucleo essenziale di regole (*acquis communautaire*) in cui si sono declinati principi uniformanti dei contratti dei consumatori ⁽¹¹⁾.

Il percorso che si è compiuto avendo alla base il collegamento stretto tra i diritti fondamentali e i principi generali ha portato a far sì che le disposizioni comunitarie non si possano applicare in contrasto con i principi generali (e quindi con i diritti fondamentali) e che le autorità, i giudici, le amministrazioni nazionali non possano applicare le regole di derivazione comunitaria senza applicare i principi generali e quindi i diritti fondamentali ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ SCHULTE NOELKE-TWIGG FLESNER-EBERS (a cura di), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Monaco, 2008; SCHULZE (a cura di), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Monaco, 2009; AA.VV., *I «Principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Giappichelli, 2009.

⁽¹²⁾ È la tesi che ho sostenuto anni fa in ALPA, *L'applicabilità della Convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Eur. e dir. priv.*,

3. I DIRITTI FONDAMENTALI COME PRINCIPI GENERALI: LA CARTA EUROPEA E LA CONVENZIONE EUROPEA, DUE PERCORSI DISTINTI. La Carta europea dei diritti fondamentali, la giurisprudenza della Corte europea di Giustizia e le pronunce delle Corti costituzionali nazionali sono la base di diritto positivo che ha accreditato la tesi secondo la quale *i diritti fondamentali sono principi generali*.

Dal punto di vista formale, se ci arrestassimo a considerare solo la lettera della Carta, si potrebbe discutere se i diritti fondamentali della persona siano da intendersi come «principi» di diritto in quanto tali. Leggendo il Preambolo della Carta sembrerebbe di capire che i diritti fondamentali sono *valori* che si fondano sui principi di democrazia e dello Stato di diritto ⁽¹³⁾. Così recita il testo: «Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

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

Ma il passo più rilevante riguarda la natura di questi valori/principi/diritti: «Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati in appresso».

Non si tratta dunque di enunciazioni enfatiche che esauriscono la loro funzione nel dipingere l'immagine ideale della Carta: i diritti fondamentali sono o esprimono principi che han-

1999, 873; WADE, *Horizons and Horizontality* (2000) 11 *LQR* 217.

⁽¹³⁾ RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come atto giuridico*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, 2001.

no valore giuridico, che fanno sorgere responsabilità e doveri nei confronti dello Stato o dell'Unione e *nei confronti degli altri*.

Nel 2007 con una Risoluzione del Parlamento europeo si è conferito valore giuridico alla Carta, anche se da tempo la Corte di Giustizia e le Corti nazionali si erano determinate autonomamente a considerare vincolante la Carta e ad ispirarsi ad essa per risolvere le questioni e decidere le controversie⁽¹⁴⁾. La Carta è entrata subito nel corpo di «diritto vivente» ed ha assommato al suo valore politico anche un valore giuridico.

Di più. Il Trattato dell'unione europea è stata modificato dal Trattato di Lisbona con l'aggiunta dell'art. 1 *bis* che recita: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.»

E l'art. 6 recita: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

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

Per parte loro i diritti umani come riconosciuti e classificati nella Convenzione europea hanno ricevuto un ulteriore riconoscimento

nel Trattato di Lisbona. Recita infatti l'art. 6, comma 3°: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto *principi generali*». Questa formula chiarisce meglio il testo del Trattato di Maastricht del 1992, secondo il quale «l'Unione rispetta i diritti fondamentali [...] in quanto principi generali del diritto comunitario».

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

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

La questione aveva ricevuto echi anche nel corso del convegno dei Lincei sopra citato. Rodolfo Sacco ne aveva parlato – a proposito dei principi in generale – citando il Trattato istitutivo della CEE (l'allora art. 215, comma 2°), che *per tabulas* inscriveva i principi tra le *fonti* del diritto comunitario (i principi sono regole giuridiche di secondo grado fondative dell'ordinamento comunitario)⁽¹⁵⁾; Angelo Falzea aveva sottolineato l'elevata assiologicità dei principi fondamentali⁽¹⁶⁾ che «pur con la loro forte idealità sono regole di diritto positivo»; Pietro Rescigno a proposito dei principi inseriti nella Costituzione della Repubblica italiana, e nella misura in cui erano riconosciuti dalla comunità internazionale, aveva teorizzato che essi potevano persino costituire un limite alla sovranità nazionale⁽¹⁷⁾. Ma soprattutto avevano riconosciuto nei diritti fondamentali il rango e il ruolo di principi generali Giorgio Oppo e Luigi Mengoni. Oppo aveva sottolineato che i principi generali governano i comportamenti anche nell'ambito dell'autonomia privata: «i sommi valori sono [...] quelli della libertà, uguaglianza e solidarietà ("politica, economica, sociale") [citando per l'appunto l'art. 3 della Carta costituzionale italiana] e i primi principi

⁽¹⁴⁾ CELOTTO-PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur. it.*, 2004.

⁽¹⁵⁾ SACCO, *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, in *Atti*, cit., 163.

⁽¹⁶⁾ FALZEA, *Relazione introduttiva*, *ivi*, 25.

⁽¹⁷⁾ RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, *ivi*, 341.

che ne discendono sono quelli di pari autonomia dei consociati e dell'imputazione all'agente delle conseguenze, attive e passive, del comportamento»⁽¹⁸⁾. Mengoni aveva identificato i diritti inviolabili con i principi generali, precisando però che essi sono da coordinare con le altre norme-principio, perché la Costituzione è una tavola di valori che hanno spesso opposto significato e quindi tra loro devono essere bilanciati.

Ne veniva riaffermata la distinzione di Ronald Dworkin tra regole e principi effettuata in ordine alla loro funzione: le regole ammettono solo una pedissequa osservanza, i principi orientano l'interprete⁽¹⁹⁾; questi e quelle sono norme che differiscono non per la struttura ma per i loro effetti.

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

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

Ha ragione Hugh Collins quando sostiene che si possono capire meglio queste problematiche quando si viene da esperienze in cui la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico ha perso il suo rilievo plurisecolare, e quando in quelle esperienze si è affermato il processo di costituzionalizzazione del diritto privato⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ OPPO, *L'esperienza privatistica*, *ivi*, 227.

⁽¹⁹⁾ MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, *ivi*, 325.

⁽²⁰⁾ COLLINS, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*, a cura di ANDENAS, ANDREW e TAMARUYA, Legal Studies Research. Paper Series, University of Cambridge, Paper No. 13/2011, ma v. anche GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan der Rijn, 2008; HESSELINK-MAK-RUT-

Non si possono fare generalizzazioni.

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

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

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

4. I DIRITTI FONDAMENTALI COME PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO CONTRATTUALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA. Mi occupo qui dei diritti fondamentali contenuti nella Carta, ma ovviamente il discorso involge tutto il dibattito sul riconoscimento in ambito europeo dei principi comuni riguar-

gers, *Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Center for the Study of European Contract Law Working Papers Series No. 2009/05.

danti la persona diffusi e riconosciuti nelle Carte costituzionali dei Paesi Membri. Ed coinvolge anche il rapporto tra la Carta dell'Unione e la Carta europea dei diritti dell'uomo, nonché il c.d. dialogo tra le Corti, la tutela multilivello dei diritti fondamentali, e il coordinamento delle pronunce delle Corti le quali con diversa competenza e con un raggio d'azione diverso si occupano della materia dei diritti fondamentali.

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

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

Il mercato del lavoro, e quindi il contratto di lavoro, è stato il bersaglio più frequentemente colpito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulla base di principi generali quali il principio di eguaglianza (qui sotto forma di parità tra uomo e donna nel trattamento pensionistico), diritto fondamentale riconosciuto da tutte le Costituzioni moderne e dalle prime dichiarazioni dei diritti. Si può leggere il testo anche nel senso inverso, e cioè come applicazione del principio di non discriminazione. Non è il caso in questa sede di passare in rassegna i casi più eclatanti, come il caso *Bartsch* (CORTE GIUST. CE, 13.9.2008, causa C-46/07) o i casi di applicazione del principio di dignità della persona (CORTE GIUST. CE, 13.11.1990, causa C-152/82) o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In materia di contratti è esemplare il caso *Omega Spielballen* (CORTE GIUST. CE, 14.10.2004, causa C-36/02) in cui si sono vietati giochi che usavano strumenti elettronici in cui figure umane fungevano da bersaglio.

Più di recente, in materia di contratti di assicurazione, la Corte di Giustizia ha stabilito che l'art. 5, n. 2, della direttiva 2004/113/CE sul principio di eguaglianza tra uomini e donne è invalido e quindi le clausole contenute nelle polizze assicurative che discriminano le donne,

per età, rispetto agli uomini, sono nulle (causa C-236/09) ⁽²¹⁾.

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

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

Le vie possibili per includere i principi della Carta tra i principi del diritto contrattuale europeo, tra i principi del *Common Frame of Reference*, tra i principi del Regolamento sulla vendita, possono essere diverse: (i) la più semplice è quella del richiamo diretto, anche senza la loro riproduzione; (ii) la più naturale per il giurista che preferisce interpretare il testo piuttosto che non riscriverlo, è di considerare ogni testo (dai PECL al Regolamento) come necessariamente interpretato e applicato alla luce dei principi della Carta (e della convenzione, che vale come complesso di principi generali); (iii) la più tradizionale consiste nel considerare i principi fondamentali come norme imperative, e quindi come norme che comunque debbono essere applicate.

⁽²¹⁾ Una ricca e dotta raccolta di casi commentati si deve ora a COSIO-FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, 2012; in argomento v. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Esi, 2012.

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

In dottrina si trovano però posizioni diversificate.

Ad esempio 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 Micklitz⁽²²⁾ segnala che tra i diritti fondamentali occorre tener conto anche dei diritti sociali e che questi non sono però al sicuro: «the expansion of social rights does not help to overcome the narrow boundaries of the EU competence on The Social». E in un ragionamento più ampio che propone una rivisitazione delle fonti comunitarie, Micklitz vede nella combinazione di una Costituzione europea e di un codice civile europeo il quadro in cui si può davvero dare luogo ad un mercato integrato in cui non sono rilevanti solo i diritti individuali, ma anche i diritti collettivi e trova pieno riconoscimento accanto al principio di dignità anche quello di solidarietà.

In una prospettiva più riduttiva e cauta Olga Cherednychenco preferisce parlare di complementarità tra diritti fondamentali e disciplina del contratto: «it is obvious (dice in conclusione di un recente saggio) – that the complementarity between fundamental rights and contract law can only be achieved if the ECJ refrains from interfering in such cases by means of the fundamental rights review of the provisions of the CFR or the interpretation of the general clauses contained therein»⁽²³⁾. Ma

la rilevanza dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto privato europeo e quindi della loro diretta applicazione nei rapporti di diritto contrattuale non è negata dall'a. la quale pone allora una questione ulteriore: atteso questo assunto, il problema non consiste tanto nel loro riconoscimento all'interno del diritto contrattuale, ma *fino a che punto* si debba spingere la protezione dei diritti fondamentali, quando gli interessi conflittuali delle parti richiedano un bilanciamento accettabile. In questo senso l'a. distingue, tenendo conto dei diversi modelli affermatasi nelle esperienze europee, un effetto diretto, un forte effetto indiretto, un debole effetto indiretto.

Ma siamo arrivati al dunque. Se si muove dal presupposto che la Carta dei diritti fondamentali sta alla base dell'intero ordinamento comunitario, anziché di complementarità tra i diritti fondamentali e il diritto contrattuale europeo, si deve parlare di subordinazione di questo a quello, come correttamente sostiene Chantal Mak, ad esito di un'ampia e accurata ricerca comparatistica⁽²⁴⁾.

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 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 personali⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ MICKLITZ, *Failure or Ideological Preconceptions-Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code*, EUI Working Papers.Law 2010/04, 5.

⁽²³⁾ CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, in ERPL, 2010, vol. 6, 63.

⁽²⁴⁾ 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.

⁽²⁵⁾ Così BROWNSWORD, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in *The Foundations of European Private Law*, a cura di BROWN-

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

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

mento 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 Rouhette⁽²⁶⁾, è apprezzata da Carole Aubert de Vincelles⁽²⁷⁾, la quale sottolinea come essa riceva poi applicazione specifica all'art. 59 del progetto in materia di contenuto del contratto.

SWORD, MICKLITZ, NIGLIA e WEATHERILL, Oxford-Portland, 2011, 192.

⁽²⁶⁾ ROUHETTE, *Regard sur l'avant-projet de réforme de droit des obligations*, in *Rev. dr. comp.*, 2007, 1393.

⁽²⁷⁾ DE VINCELLES, *Les principes généraux relatifs au droit des contrats*, in *Pour une réforme de droit des contrats*, a cura di TERRÉ, Parigi, 2009, 115.