

Giovanni D'Amico

Appunti per una dogmatica dei princìpi¹

SOMMARIO: 1. Premessa. Per una dogmatica dei princìpi. – 2. Cosa sono e che funzione hanno i princìpi. – 2.1. *Prima proposizione*: I princìpi (giuridici) sono norme giuridiche. – 2.2. *Seconda proposizione*: I princìpi (giuridici) si applicano sempre. – 2.3. *Terza proposizione*: Le “regole legislative” sono forme di realizzazione dei princìpi. – 3. Come si applica un principio. – 3.1. *Quarta proposizione*: Un principio non può (in genere) applicarsi “immediatamente” (per poter fungere da criterio di valutazione dell’azione dei consociati deve essere prima trasformato in una “regola” più specifica). – 3.2. *Quinta proposizione*: La “regola” che viene individuata in sede di “applicazione” di un principio, si determina attraverso un “bilanciamento” (con altri princìpi, pertinenti al caso). – 3.3. *Sesta proposizione*: In presenza di una “regola” (specifica), determinata dal legislatore, non è possibile per il giudice effettuare un nuovo (e diverso) “bilanciamento” tra i princìpi rilevanti (salva la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, in caso di ritenuto, insuperabile, contrasto con un principio costituzionale). – 4. Il conflitto tra princìpi (non bilanciabili) e il concorso (apparente) di princìpi. – 4.1. *Settima proposizione*: Il bilanciamento può operare (solo) tra princìpi dotati di eguale forza normativa. – 4.2. *Ottava proposizione*: Il bilanciamento non può operare tra princìpi che non sono “concorrenti” (in quanto operi tra gli stessi un criterio “di competenza”, in base al quale sia definito l’ambito di applicazione dei diversi princìpi). – 4.2.1. (*Segue*): possibili interferenze tra princìpi (solo formalmente) non concorrenti. In part.: il caso del conflitto tra libertà economiche (tutelate dai Trattati europei) e diritti fondamentali sociali (affidati agli ordinamenti nazionali).

¹ Lo scritto è stato destinato al *Liber amicorum* per il 90° compleanno di Pietro Rescigno.

1. Premessa. Per una dogmatica dei principi

Il presente contributo ha lo scopo di formulare (e illustrare in forma sintetica) alcune proposizioni che si inscrivono in quella che potrebbe definirsi una «dogmatica dei principi», vale a dire un insieme di “concetti” idonei a precisare (sulla base – del resto – di un’elaborazione su questi temi, che è, in larga misura, ormai consolidata) lo “statuto” (normativo) dei principi, la loro funzione, il modo della loro applicazione, i rapporti tra i principi e le “regole”, e così via².

Gli obiettivi che lo studio si pone (nei termini di una sorta di ricognizione preliminare) giustificano – si confida – il carattere (che apparirà probabilmente) schematico e apodittico di alcune affermazioni e di alcuni passaggi (con tutti i limiti cui va incontro un discorso di tipo assertivo, ma anche con il vantaggio – forse – di ridurre, almeno in parte, il rischio che si creino equivoci sul contenuto di tali affermazioni).

Un’ultima avvertenza che si prospetta come opportuna è che il discorso che qui sarà svolto non riguarderà tutti i principi, ma solo (e, comunque, in maniera assolutamente preponderante) quel tipo particolare di principi che prendono il nome di “principi *espressi*”, e più specificamente quella importante sottocategoria degli stessi costituita dai “principi costituzionali”.

²Nello svolgere il tentativo di assolvere al compito enunciato, siamo orientati dall’obiettivo lucidamente (intravisto e) indicato da FALZEA in un importante contributo, risalente ormai ad un quarto di secolo fa, nel quale il Maestro additava l’esigenza di costruire una «nuova dogmatica» (sostitutiva della dogmatica tradizionale, “costruita sul modello liberale della società e del diritto e fondata sul dogma della volontà”) chiamata ad elaborare «un sistema scientifico nel quale trovino il massimo di armonizzazione le esigenze particolari espresse dalle norme ma nella cornice delle esigenze generali espresse dai principi», e capace in particolare di “costituirsi come una dogmatica della mediazione tra i principi e le norme. In breve, una dogmatica della generalità intermedia, protesa ad un tempo verso i principi e verso le norme ...» (corsivi aggiunti). Cfr. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, Relazione al Convegno di Venezia del 23-26 giugno 1989 sul tema «La civilistica italiana dagli anni ’50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative» (la Relazione, oltre che negli Atti congressuali [Padova, 1991], è stata pubblicata in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 735-775, e, poi, nel volume I delle *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, Milano, 1999, 221 ss., dove il brano citato si legge a p. 310).

2. Cosa sono e che funzione hanno i principi

2.1. Prima proposizione: *I principi (giuridici) sono norme giuridiche*³

Questa prima affermazione richiede (oggi) ben poche giustificazioni. Essa vale a ribadire il concetto, secondo il quale anche i principi “contengono” (*recte*: consentono di ricavare) “regole vincolanti di azione” (ossia, appunto, “norme giuridiche”)⁴. Il che vale così per

³ Sul punto ci limitiamo a citare – tra i tanti – FALZEA, *I principi generali del diritto*, Relazione introduttiva al Convegno linceo del 27-29 maggio 1991, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 455 ss., e, ora, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 335 ss., spec. 339 ss. Ivi, si legge anzitutto l'affermazione secondo la quale «... La parola “norma” risulta impiegata almeno con un doppio significato: nel senso generico di *norma agendi*, e abbraccia allora ogni direttiva di comportamento, qualunque sia il suo contenuto e comunque si atteggi la sua modalità precettiva; ma anche nel senso specifico di regola di fattispecie, strutturata sulla previsione di un evento e sulla prescrizione di un'azione condizionata alla verifica dell'evento. In questa accezione specifica la norma si contrappone al principio, che è una regola almeno tendenzialmente incondizionata o sottoposta ad una condizionalità diffusa e non puntuale ...».

Fatta questa premessa, F. fissa (stipulativamente) il significato nel quale userà alcuni termini: «... Con la voce *regola giuridica* va indicata ogni possibile forma deontica e perciò, genericamente, sia la norma che il principio. Per *norma ordinaria* è da intendere ogni regola giuridica che disciplina situazioni di interesse determinate mediante progetti determinati. È per contro da riservare il nome *principio* alla regola giuridica caratterizzata dalla indeterminatezza quanto al momento dell'azione (il dover fare) o anche quanto al momento del risultato dell'azione (il dover-essere del valore giuridico) ...» (si noti, peraltro, che – alle pp. 360-361 – Falzea sembra ascrivere i “principi generali comuni”, espressione con la quale egli identifica i c.d. “principi inespressi”, al «campo delle norme ordinarie», contrapponendolo al «campo dei principi fondamentali» o “principi espressi”).

Sul piano terminologico – e ferma restando la sostanza (pienamente condivisa) delle distinzioni or ora ricordate – preferiamo (per adeguarci a un uso linguistico che ci sembra più diffuso) riservare il termine “norma giuridica” a quella che Falzea chiama “regola giuridica” (concetto comprensivo – come visto – sia delle «regole di fattispecie» sia dei principi), e indicare con il termine «regola» quella che F. chiama «norma ordinaria».

⁴ Il problema – com'è noto – si è posto, in particolare (ma non solo), per i “principi costituzionali”, ai quali sovente (in passato) è stato negato il carattere di vere e proprie norme giuridiche (si parlava di “norme programmatiche”).

i “principi espressi” (categoria alla quale appartengono non solo – come già detto – i principi costituzionali, ma anche principi sono *enunciati esplicitamente* dal legislatore ordinario⁵), come per quelli

Sul piano concettuale, la questione può dirsi archiviata ormai da tempo. Basti ricordare il noto contributo del 1952 di Vezio Crisafulli su *La costituzione e le sue disposizioni di principio* (Giuffrè), del quale può utilmente riportarsi il seguente brano, che si legge a p. 189: “(...) Una costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo e perciò le sue disposizioni debbono essere intese di regola (e salvo rarissime eccezioni eventuali, nei casi in cui non sia onestamente possibile fare altrimenti) come disposizioni normative: enuncianti, dunque, vere e proprie norme giuridiche, siano poi queste da annoverarsi tra le norme organizzative o tra le norme di scopo ovvero tra quelle disciplinanti rapporti tra soggetti esterni alla persona statale e via dicendo. In altre parole una costituzione deve essere intesa e interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati”.

Emerge peraltro, chiaramente, dal brano citato, come il carattere “normativo” delle disposizioni costituzionali non significhi (almeno nel pensiero di Crisafulli) che tali disposizioni siano (tutte) direttamente ed immediatamente applicabili nei rapporti “orizzontali” (tra privati).

⁵L'enunciazione esplicita di “principi” (che governano un dato settore (o una data materia) dell'ordinamento va sempre più diffondendosi, sia nella normativa “sostanziale” (si pensi, per es., all'art. 2 del Codice del consumo, che *sub specie* di “diritti fondamentali” dei consumatori, enuncia quelli che possono certamente considerarsi dei “principi generali” di questo settore dell'ordinamento, come i principi di correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti contrattuali; oppure si pensi ai “principi generali dell'attività amministrativa” enunciati nell'art. 1 della L. 7 agosto 1990 n. 241; o ai “principi” enunciati in diverse norme della L. 300/1970 – Statuto dei lavoratori; o, ancora, ai “principi generali” enunciati nell'art. 2 della L. 180/2011 – Statuto delle imprese; e così via esemplificando), sia in quella processuale (si pensi ai Principi generali del processo amministrativo enunciati nel Capo I del D.Lgs. 104/2010 – Codice del processo amministrativo).

Naturalmente, quando questi principi riproducono principi costituzionali, o principi che sono propri del diritto dell'Unione europea, la “forza normativa” che essi possiedono sarà (di riflesso) quella del principio costituzionale o del principio di diritto europeo (ad es., in quest'ultimo caso, sarà possibile la “disapplicazione” da parte del giudice comune della disposizione di legge interna che contrasti con il principio europeo). Ma, fuori da questi casi, il “principio” avrà la forza propria delle norme (di legge) ordinarie; cosa che vale anche per i principi entrati nel nostro ordinamento attraverso la legge di esecuzione della C.E.D.U. (si veda la problematica delle c.d. “norme interposte”, come sviluppata nelle famose sentt. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale).

c.d. “inespressi”. È vero, infatti, che questi ultimi sono (per defini-

Esemplare, per rigore, l'analisi condotta da FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, Relazione al Convegno linceo del 18-20 dicembre 1997, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 261 ss., e, ora, in *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, 455 ss., di cui si vedano specialmente le p. 498 ss., relative alla descrizione: a) dello statuto normativo delle «norme internazionali generali» di cui all'art. 10, comma 1, Cost. (statuto normativo, che viene riassunto con le seguenti parole: “... La circostanza che le norme internazionali generali agiscano, non sulle norme singole ma sull'ordinamento giuridico dello Stato, fa assumere loro la veste di principi – cioè di archetipi sui quali si assestano le norme ordinarie statali-. L'ulteriore circostanza, che il rapporto di conformità è prescritto da una norma costituzionale [art. 10 Cost.], si riflette sullo *status normativo* di queste regole internazionali, atteggiandole come principi costituzionali dello Stato e conferendo loro il medesimo ufficio condizionante, ermeneutico e di legittimità, di cui godono i principi costituzionali dello Stato, rispetto alle norme ordinarie dell'ordinamento giuridico nazionale ...»); b) dello statuto normativo delle norme di diritto comunitario (v. § 8, p. 502 ss., e in part. p. 514 ss., dove si chiariscono le differenze tra “disapplicazione” della norma interna contrastante con la norma comunitaria, e “illegittimità” della norma interna contrastante con una norma costituzionale. In particolare – tenendo presente che l'ordinamento euro-unitario si fonda su una parziale “rinuncia alla sovranità” degli Stati in favore di una competenza attribuita in determinate materie all'Unione europea – si capisce, osserva F., la «categoria dogmatica della inapplicazione, con la quale viene designata quella forma di inefficacia relativa della norma nazionale, che i giudici costituzionali definiscono come “ritrazione dell'ordinamento nazionale dall'area che occupano le regole comunitarie direttamente applicabili” ...»).

Sul tema dell'applicazione diretta delle norme di diritto europeo (e, quindi, anche dei “principi”, elaborati in questo ambito) torneremo ancora più avanti. Qui va solo evidenziato – riprendendo subito lo spunto che emerge dalle acute notazioni di Falzea, or ora riportate – che l'applicazione diretta (da parte dei giudici) dei “principi” europei *a scapito di norme/regole nazionali* con esse contrastanti non può essere accostata all'applicazione diretta dei principi costituzionali *a scapito di “regole” poste dal legislatore*: la prima, infatti, si spiega pienamente con la circostanza che i legislatori nazionali non hanno (più) – nelle materie attribuite all'Unione – competenza a legiferare, con la conseguenza che, in presenza di una disciplina europea della materia (purché si tratti di una disciplina sufficientemente determinata), la norma nazionale deve considerarsi *tamquam non esset* (e, per questo essere *non applicata*); nel caso dei principi costituzionali (interni) non si pone invece un problema di “competenza” (perché non c'è dubbio – in ipotesi – che una certa materia può essere regolata dal legislatore ordinario), ma si pone invece un problema di “gerarchia” (il che implica che – in caso di contrasto, tra la “regola” ordinaria e il “principio” costituzionale – la norma “inferiore”, ossia la “regola” ordinaria, sia dichiarata “invalida”, ciò che è possibile solo ad opera della Corte costituzionale).

zione) ricavati *induttivamente* (e con un processo di astrazione generalizzante) da una serie di regole specifiche, e che pertanto – sotto questo profilo – si potrebbe pensare che la natura “normativa” appartenga *a codeste* “regole”, e non ai princìpi che da esse si estraggono; ma è anche vero che il “princìpio” (inespresso) ricavato da una serie di regole (ad es.: il princìpio di tutela dell'affidamento, che si desume da numerose disposizioni del diritto dei contratti) *oltrepassa* – poi – le (singole) regole da cui è tratto, e si pone come “norma” (potenzialmente) *produttiva di ulteriori regole*, destinate a disciplinare (attraverso il c.d. procedimento analogico⁶) “casi non regolati” (e che – attraverso la concretizzazione del princìpio – trovano, appunto, anch'essi la propria “regola” di disciplina).

⁶Ricomprendiamo nella locuzione “procedimento analogico” sia la c.d. *analogia legis* sia la c.d. *analogia iuris*, intesa quest'ultima come l'integrazione che si realizza attraverso il ricorso ai «princìpi generali dell'ordinamento giuridico».

Avvertiamo, tuttavia, che c'è una differenza di non poco conto tra i due tipi di “analogia”. Nella prima forma di analogia, infatti, *si procede (si deve procedere) ad una comparazione* tra il caso regolato e quello non regolato) e si applica analogicamente la (singola) “regola” (e, *indirettamente, il princìpio* di cui essa è espressione) che disciplina il singolo caso (considerato dal legislatore) – ovvero il “princìpio” che si ricava da una serie di “regole” che disciplinano una pluralità di fattispecie – se risulta che nel caso non regolato sono presenti *similitudini significative* con il caso/i casi regolato/i. Nella seconda forma di analogia, il caso non regolato, invece, viene assoggettato alla disciplina di un «princìpio generale dell'ordinamento» (ad es. il princìpio della «certezza del diritto»), che non si ricava da una singola norma, proprio perché permea di sé l'intero sistema normativo (e, da questo punto di vista, va osservato che princìpi siffatti sono il più delle volte princìpi “espresi”, e, quasi sempre, princìpi costituzionali).

Anche nel caso dell'*analogia legis*, dunque, vengono in rilievo i “princìpi” (cfr. FALZEA, *I princìpi generali*, cit., 352-353), ma sono quelli che Falzea (nello scritto appena citato) chiama “*princìpi di diritto comune*”, ossia i princìpi che sono sottesi alla (e si ricavano – attraverso un procedimento induttivo e astrattivo – dalla) singola o alle singole norme di legge (c.d. princìpi “inespressi”).

Nel caso dell'*analogia iuris*, invece, vengono in gioco i princìpi (generali) “espresi”, ossia (per usare, anche qui, la terminologia falzeiana) i “princìpi fondamentali” (siano essi esplicitati in disposizioni di legge ordinarie, ovvero – come più spesso accade – enunciati in disposizioni costituzionali).

2.2. Seconda proposizione: *I princìpi (giuridici) si applicano sempre*

Questa seconda proposizione richiede – al pari della prima – solo un breve commento.

L'affermazione in essa racchiusa costituisce uno dei corollari (forse il più immediato) di una premessa affatto condivisibile, che può riassumersi con le seguenti parole (che si leggono in un Manuale di *Nozioni introduttive* allo studio del diritto civile): «(...) *Ogni regola è riconducibile almeno ad un principio*. La regola riguarda un comportamento e lo valuta; *questo, valutato positivamente, costituisce un modo di attuare il principio*. La regola è quindi una scelta tra le molteplici opportunità di realizzazione del principio ...»⁷.

Alla luce della premessa indicata, appare evidente che il problema se i “princìpi” siano “norme applicabili” oppure no è un falso problema, perché, una volta riconosciuto che qualsiasi regola giuridica (persino – si precisa opportunamente – quelle che vengono considerate “eccezionali”) è riconducibile ad un “principio”, è evidente che applicando una regola si dà al contempo realizzazione (e, dunque, applicazione) anche al principio, di cui quella regola è espressione (o, se si preferisce, una delle tante, possibili, espressioni).

Le domande vere che bisogna porsi appaiono, allora, altre: *a*) chi individua le “regole” che danno attuazione ai vari “princìpi”? *b*) come si individuano queste regole? *c*) come si risolve il conflitto tra regole (diverse) che soggetti diversi pretendano di ricavare dal medesimo principio (o dai medesimi princìpi)?

A queste domande cercheranno di fornire una prima risposta le considerazioni che seguono.

⁷ PERLINGIERI-FEMIA, *Nozioni introduttive e princìpi fondamentali del diritto civile*², Napoli, 2004, 16 (enfasi aggiunta), dove si legge altresì: «(...) Il principio connette una serie di regole tra loro e ciascuna ha un proprio ruolo nell'attuazione del principio. In tal modo il principio unifica le regole nel comune riferimento ad un valore, quello in esso affermato; assegna alle regole una direzione, un senso. *Nessuna regola ha un senso se non sia riferita ad un principio. Quando la legge detta una regola – o insieme complessi di regole – effettua una scelta sul modo di realizzare il comando contenuto nel principio ...*» (corsivo aggiunto).

2.3. Terza proposizione: *Le “regole legislative” sono forme di realizzazione dei principi*

Se – come già chiarito nel punto precedente – qualsiasi regola (in particolare: *legislativa*) non è (e non può essere altro) che una maniera di dare attuazione ad un principio (o, anche, *a più principi*)⁸, appare altresì evidente come, *sotto questo profilo*, non possa che essere falsa e fuorviante una contrapposizione tra “legge” e “principi”: chi applica la “legge” (*recte*: chi applica “*regole*” *poste dal legislatore*) non pretermette (contrariamente a quanto talora si pensa) la considerazione dei “principi”, né può in alcun modo ritenere che questi siano messi fuori gioco dalla presenza della regola legislativa (che egli sta applicando).

La regola legislativa non è altro che una delle maniere attraverso cui un “principio” (o anche – il più delle volte – una pluralità di principi, “ponderati” tra di loro dal legislatore) può ricevere attuazione. E, del resto, lo stesso legislatore – sempre più spesso – si premura di indicare, all’inizio delle leggi che emana (o di talune di esse), il principio o i principi (soprattutto quando si tratta di principi costituzionali), di cui quelle leggi sono espressione e/o attuazione⁹.

⁸ O, se si preferisce un’altra formulazione: se qualsiasi “regola” (legislativa) è riconducibile, in maniera più o meno immediata e diretta, ad un principio.

⁹ Gli esempi potrebbero essere numerosissimi. Tra le tante leggi che si possono, al riguardo, indicare, v. ad es. l’art. 1 della L. 10 ottobre 1990, n. 287 (“Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”), ai sensi del quale «Le disposizioni della presente legge *in attuazione dell’art. 41 della Costituzione* a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica privata, etc.»; oppure (per andare ad una legge più recente) l’art. 1 della L. 6 giugno 2016, n. 106 (contenente “Delega al Governo per la riforma del Terzo settore”), il quale esordisce dicendo che «1. Al fine di sostenere l’autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l’inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, *in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione*, il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di riforma del Terzo settore». Anche l’art. 1 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (“Codice del consumo”) – per fare un ulteriore esempio – esordisce con la formula «*Nel rispetto della Costituzione ed in conformità ai principi* contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee, nel trattato dell’Unione europea, nella normativa comunitaria con particolare

Va subito aggiunto, peraltro, che un “principio” (ad es.: il principio di “buona fede”¹⁰, che è un *principio espresso*, enunciato esplicitamente in diverse disposizioni legislative in materia di obbligazioni e contratti) può ricevere attuazione non solo attraverso una regola posta dal legislatore (come dimostrano innumerevoli esempi, che potrebbero essere agevolmente individuati), ma anche attraverso l’“applicazione” da parte della giurisprudenza (ove manchi una regola legislativa specifica, che già dia attuazione – nell’ipotesi che interessa – al principio di buona fede)¹¹. In quest’ultimo caso, si può anche dire che il “principio” opera anche come *clausola generale*¹², ossia come “delega” al giudice a porre in essere (sulla base della “direttiva” espressa dal principio) il giudizio di valore (necessario per decidere un caso concreto), *ove appunto il principio non abbia già trovato concretizzazione (in relazione ad una determinata fattispecie) attraverso una regola legislativa*¹³.

riguardo all’art. 153 del Trattato istitutivo della Cee, nonché dei trattati internazionali, il presente codice armonizza e riordina etc.».

¹⁰La “buona fede” è spesso qualificata anche come una “clausola generale”, anziché come un “principio”. Le due qualificazioni non sono (a nostro avviso) incompatibili, e – in taluni contesti – possono, anzi, essere considerate come equivalenti. Detto altrimenti, è egualmente corretto dire che il legislatore o il giudice pongono una certa “regola” *in applicazione del principio* oppure *della clausola generale di buona fede*. V. anche la nota seguente.

¹¹Anche se il problema può essere considerato meramente terminologico, si potrebbe stabilire (stipulativamente) di parlare della “buona fede” come “principio” quando si allude ad essa quale direttiva rivolta (*in generale*) sia al legislatore che al giudice, e di “clausola generale (di buona fede)” quando più in particolare si intende alludere alla direttiva in questione *in quanto destinata alla concretizzazione giudiziale (in assenza di una determinazione legislativa)*.

Va osservato che l’enunciazione esplicita di un “principio”, *nell’ambito di una legge ordinaria*, ha come destinatario – normalmente – il giudice. Il legislatore, infatti, non è (astrattamente) *vincolato* al principio *posto da una disposizione di legge ordinaria*: sebbene sia da supporre che (di norma) egli rispetti il principio, non è escluso che in uno o più singoli casi (purché nel rispetto del canone costituzionale di eguaglianza e di ragionevolezza) egli possa decidere di “derogare” al principio (inteso come “regola generale”). Così, ad es., può darsi che sia presente nell’ordinamento un “principio generale” di *libera concorrenza* tra le imprese, e che tuttavia – in alcuni casi – il legislatore introduca delle deroghe a detto principio (ipotesi dei c.d. “monopoli legali”).

¹²V. la nota precedente.

¹³Così, ad es., se il legislatore – attuando il principio di correttezza e buona fe-

3. Come si applica un principio

3.1. Quarta proposizione: *Un principio non può (in genere) applicarsi "immediatamente" (per poter fungere da criterio di valutazione dell'azione dei consociati deve essere prima trasformato in una "regola" più specifica)*

Un principio è una "norma" troppo indeterminata e/o generica per poter essere considerata idonea *come tale* a regolare (*in via immediata*) un caso (o anche una pluralità di casi, accomunabili sotto il profilo considerato, ai fini dell'applicazione del principio¹⁴). Per questo è necessario che il principio si "specifichi", dando luogo ad una "regola" (una delle tante, che da esso possono essere ricavate¹⁵),

de nella formazione del contratto – decide di imporre a uno dei contraenti specifici obblighi di informazione (e non altri) a favore dell'altra parte, si dovrebbe, in linea di massima, ritenere che non ci sia spazio per la individuazione di *ulteriori obblighi informativi* da parte del giudice, desunti dal medesimo principio/clausola generale.

¹⁴ Si pensi all'ipotesi in cui si tratti di stabilire quali informazioni un contraente debba *ex fine bona* comunicare all'altra parte *in tutti i casi in cui venga stipulato un certo tipo di contratto* (poniamo: il contratto di *franchising*) o una categoria di contratti (ad es.: contratti di distribuzione, contratti traslativi, ecc.).

In altre parole, la determinazione delle "regole" che si possono desumere dall'applicazione di un principio può ben riguardare non un *caso concreto* ma una "fattispecie astratta". Il che – a ben vedere – è quanto avviene quando il "principio" riceve applicazione/attuazione *ad opera del legislatore*, atteso che quest'ultimo non formula le sue regole sulla base di "casi concreti", ma deve necessariamente enunciare delle "fattispecie astratte". Invece, il giudice che applica un principio/clausola generale lo fa *in relazione ad un caso concreto*, il che non toglie tuttavia che anch'egli debba porsi il problema di individuare una "regola" che sia "generalizzabile", ossia una regola che tenga bensì conto delle caratteristiche del caso concreto, ma immaginando che si tratti di caratteristiche *ripetibili in altri casi concreti* che potranno presentarsi all'esame del giudice. In questo senso, anche la decisione del giudice che applica una clausola generale finisce per individuare una "regola generale e astratta" (è questa – fra l'altro – la differenza tra [una decisione giudiziale che applichi la clausola di] buona fede ed [una decisione giudiziale che sia basata sull']equità, decisione quest'ultima che è in ipotesi fondata su caratteristiche specifiche del "caso concreto", che si assumano come *non ripetibili*, e in base alle quali cionondimeno il giudice ritenga di dover/poter fondare il proprio giudizio).

¹⁵ La caratteristica secondo cui da un "principio" sono ricavabili una pluralità di

che sia (maggiormente) determinata tanto in relazione al “fatto” al quale essa (regola) può/deve essere riferita, quanto in relazione all’“effetto” che (in presenza di quelle determinate circostanze di fatto) si può considerare espressione/realizzazione del “principio”¹⁶.

Consideriamo ad es. il principio di “solidarietà” (sociale). Questo principio è *notevolmente* indeterminato¹⁷, sia sotto il profilo delle situazioni di fatto alle quali può essere riferito, sia sotto il profilo delle “regole di comportamento” che da esso possono ricavarsi. Vediamo – a titolo esemplificativo – alcune “regole”¹⁸ (che non sono, eviden-

regole (caratteristica che può indicarsi come “genericità” del principio) non va intesa nel senso della *indifferenza* (purché sia raggiunto lo scopo) del contenuto di tali regole (così, invece, LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, 2010), ma piuttosto nel senso che ogni principio può ricevere applicazione attraverso (diverse) regole che ne esprimano variabili “gradi” di realizzazione, in funzione del “bilanciamento” con altri principi che vengano in rilievo nel caso da decidere.

¹⁶Cfr. FALZEA, *I principi generali*, cit., 347: «... poiché il grado elevato di indeterminatezza dei principi generali li fa gravitare sul dover-essere della situazione auspicata piuttosto che sul dover-fare dell’azione realizzatrice, essi esigono la integrazione di eventi o di interventi determinativi, e tra questi assume una posizione eminente la produzione della norma ordinaria e soprattutto della norma legislativa; la certezza del diritto è meglio garantita se le norme ordinarie sono fissate ed enunciate in anticipo rispetto alle iniziative dei consociati anziché dopo il fatto che ne provoca la fissazione e l’enunciazione»; ID., *La Costituzione e l’ordinamento giuridico*, cit., 477, ove si legge che «... la norma ordinaria, con la sua struttura condizionale, è l’unica, tra tutte le regole giuridiche, in grado di entrare automaticamente in applicazione al verificarsi, nella realtà empirica della vita sociale, della situazione di interesse alla cui tutela è predisposta. (...) Perché una regola giuridica di maggiore astrattezza, di più estesa generalità e di più elevata indeterminatezza – come sono i principi, e non soltanto i principi costituzionali – possa trovare attuazione è indispensabile che prima venga a dimensionarsi nella posizione della generalità propria della norma ordinaria, la sola che, collocandosi nel piano della assiologicità intermedia, può scendere al piano delle situazioni di interesse concrete nel quale stanno le regole casuali. L’apparente applicazione diretta dei principi costituzionali – che è cosa diversa dalla loro generale precettività – cela un articolato processo, del quale è momento essenziale la norma ordinaria intermedia (...). La incondizionalità dei principi ne permette la diffusa operatività, ma la subordina ad un processo di determinazione progressiva nel corso del quale sta sempre una norma ordinaria, anche se non necessariamente una norma legislativa ...».

¹⁷ Il che vuol dire che esso ha un (potenziale) ambito di applicazione alquanto ampio.

¹⁸ Intendiamo qui per “regola” l’insieme costituito sia dalla “situazione di fatto” sia dall’“effetto”, previsti dalla norma.

temente, le sole) che è possibile ricavare dal principio di solidarietà.

Una di tali “regole” è sicuramente quella contenuta nell’art. 593 c.p., che prevede il reato di omissione di soccorso, e stabilisce (al comma 1) che «Chiunque, trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni dieci, o un’altra persona incapace di provvedere a se stessa, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa, omette di darne immediato avviso all’autorità è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a 2.500 euro», aggiungendo poi (al comma 2) che «Alla stessa pena soggiace chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l’assistenza occorrente o di darne immediato avviso all’autorità”. Come si vede, la disposizione citata “costruisce” (ricavandola dal principio di solidarietà) una “regola d’azione”, formulata nei termini di un “*obbligo di avvertire l’autorità*” (e, in alcuni casi, di un *obbligo di prestare senz’altro «l’assistenza occorrente»*), in presenza delle *circostanze di fatto* (fattispecie) individuate dalla medesima disposizione¹⁹.

Un altro esempio potrebbe essere costituito dalla figura (civilistica) della gestione di affari altrui, figura che viene anch’essa ricondotta solitamente al principio di “solidarietà sociale” (che ne costituirebbe la *ratio*). Anche in questo caso la “regola” (ancora una volta, di fonte legislativa), che viene desunta dal principio in questione (o, se si vuole, dall’esigenza di non scoraggiare i comportamenti che ad esso appaiano ispirati) – ossia la regola che non solo “legittima” (eccezionalmente) l’ingerenza del terzo nell’altrui sfera giuridica, ma fa sorgere altresì degli obblighi in capo al *dominus negotii* (oltre che in capo allo stesso *negotiorum gestor*), è una regola che viene costruita individuando le *circostanze di fatto* (fattispecie) che ne consentono l’insorgenza (*absentia domini, utiliter coeptum, “spontaneità”* del comportamento del gestore, etc.) e specificando il tipo di conseguenza giuridiche (ossia di effetti) che conseguono all’intervento del gestore.

¹⁹ Sono circostanze formulate a loro volta mediante il ricorso a termini relativamente vaghi (quali “incapacità di provvedere a se stesso”, “vecchiaia”, “malattia di mente o di corpo”, ecc.), ma che comunque circoscrivono in qualche modo l’ambito della fattispecie penale (che altrimenti dovrebbe essere considerata costituzionalmente illegittima per violazione del principio di determinatezza). E va da sé che l’obbligo (penalmente sanzionato) non sorge se non ricorrono dette circostanze (di fatto).

Come risulta dai due esempi sopra proposti, l'applicazione di un principio (non importa, se da parte del legislatore o del giudice) non avviene mai *in via diretta* (o, per meglio dire: *immediata*), perché il principio (il più delle volte, se non sempre) non si riferisce ad una fattispecie specifica²⁰ (fattispecie che deve, pertanto, essere costruita – dal legislatore o dal giudice), e nemmeno implica un “effetto” determinato (che deve anch'esso essere individuato – dal legislatore o dal giudice).

Detto altrimenti: per poter essere assunto come *criterio (di valutazione) dell'azione dei consociati* il principio deve necessariamente essere “trasformato” in una regola *specificata*. Tale “regola”, poi, potrà essere individuata *preventivamente* (il che è quanto accade quando sia il legislatore a “specificare” il principio²¹)²² oppure potrà esserlo

²⁰ Anche quando l'applicazione di un “principio” è (in qualche modo) *circoscritta* (ad es., il principio della “funzione sociale” ai applica – secondo l'art. 42 Cost. – alla “proprietà privata”), non sono tuttavia, in genere, individuate le situazioni specifiche nelle quali potrà venire in rilievo l'applicazione del principio.

²¹ Come negli esempi sopra fatti del reato di omissione di soccorso e della figura della *negotiorum gestio* (entrambi in relazione al “principio di solidarietà”).

²² Naturalmente, sappiamo bene che la “regola generale e astratta” (ossia quella formulata *dal legislatore*, attuando un principio) non è ancora la “regola del caso” (o norma casuale), e che il tratto che separa la prima dalla seconda dovrà necessariamente essere “riempito” da una serie di “regole intermedie”, che rappresentano approssimazioni successive, sia in direzione della determinazione del *significato della norma* (un significato, alla individuazione del quale, in certo qual modo, concorre anche la considerazione delle fattispecie concrete che si ritiene di poter ricondurre nell'ambito applicativo della norma: riconduzione che – dunque – è un procedimento non unidirezionale, bensì “circolare”), sia in direzione della costruzione del “fatto” (che avviene *estrapolando* – dalla successione indistinta degli eventi temporali – i dati che appaiono *rilevanti*, alla luce fra l'altro della ineliminabile *precomprensione* dell'operatore giuridico circa la norma o le norme ragionevolmente applicabili al caso di specie).

In questo senso – e avuto riguardo alla “regola finale” che sarà individuata come “regola del caso” – si potrà pure dire che codesta regola *non preesiste* alla considerazione del caso concreto; ma ciò solo nel senso che non ci si trova, per l'appunto, di fronte ad una *meccanica* applicazione della regola generale, e che la “regola casuale” (del singolo caso) non è mai perfettamente *identica* a quella “generale” (non foss'altro perché quest'ultima viene applicata ad un “caso” che, nella sua individualità, è comunque diverso da qualunque altro caso singolo, che pur venga ricondotto alla medesima norma). Resta comunque vero che non è possibile

ex post (come accade quando, in assenza di una regola legislativa *determinata*²³, il principio sia “specificato” dal giudice, in sede di valutazione di un comportamento o di qualificazione di una situazione, oggetto di una controversia innanzi al medesimo giudice).

3.2. Quinta proposizione: *La “regola” che viene individuata in sede di “applicazione” di un principio, si determina attraverso un “bilanciamento” (con altri principi, pertinenti al caso)*

Le “regole”, che il legislatore o il giudice individuano²⁴ quando

ritenere che la situazione in cui esiste una regola legislativa preventivamente individuata (ad es. la regola del Codice della strada, che fissa in 50 Km/h la velocità massima degli autoveicoli nei centri abitati) sia identica a quella in cui manchi del tutto una regola siffatta (e si debba – per restare all’esempio – valutare il comportamento degli automobilisti solo verificando l’osservanza o meno di un generico “principio” che imponga di *moderare la velocità al fine di non mettere in pericolo l’incolumità dei terzi*, e individuando pertanto esclusivamente *ex post* la norma che nella specie avrebbe dovuto essere osservata [ad es., la regola di non procedere a più di 35 km/h]).

²³ L’ipotesi che nel testo indichiamo come “assenza di una regola legislativa determinata” ricorre anche quando l’(unica) disposizione legislativa riferibile al caso specifico da decidere sia espressa nella forma di una “clausola generale”. Anche in questo caso, infatti, la “regola” non può considerarsi *preesistente* (se non nella forma di una *direttiva generica*), ed essa dovrà pertanto essere individuata dal giudice. Così ad es., ipotizzato che il giudice debba valutare se *nell’effettuare una telefonata a scopo (di promozione) commerciale di un prodotto o di un servizio* (“fatti-specie” oggetto del giudizio), colui che effettua la telefonata abbia o meno *l’obbligo di dichiarare lo scopo della stessa, e, se sì, in quale momento debba farlo* (effetto giuridico), e supposta l’inesistenza di una regola legislativa specifica (ma v., nella specie, il comma 5 dell’art. 51 c. cons.), sarà lo stesso giudice a dover decidere la controversia formulando la “regola” che egli riterrà appropriata alla luce del principio/clausola generale di buona fede e correttezza nelle relazioni contrattuali (art. 1337 c.c.). Inoltre (sempre supponendo l’assenza di una disciplina legislativa) sarà ancora il giudice a stabilire – ove accerti la violazione dell’obbligo da lui ricavato dal principio di buona fede – se il *rimedio* da applicare debba essere (poniamo) la *nullità* del contratto concluso ovvero un altro rimedio (ad es.: *risarcimento del danno*).

²⁴ L’individuazione di “regole” (ossia di una norma che si ponga ad un livello di “generalità” e di “indeterminatezza” meno elevato di quello che caratterizza i prin-

applicano (= danno attuazione a) un principio (espresso)²⁵, risultano dal “bilanciamento” di quel principio con altri principi che, in ipotesi, possano rilevare nella situazione considerata (ossia con riferimento al conflitto di interessi, cui deve essere data soluzione).

Certo, vi sono dei casi in cui il principio può e deve trovare sicura applicazione perché alla sua (piena) attuazione non può essere opposto alcun (altro) interesse (e principio) giuridicamente rilevante (e lecito). Così, ad es., il principio di tutela della vita (che si traduce nel precetto “*non uccidere*”) può e deve ricevere attuazione assoluta tutte le volte in cui a questa attuazione (piena) non si contrapponga un qualche interesse giuridicamente apprezzabile, la cui presenza potrebbe, all’opposto, financo condurre al sacrificio della vita umana (si pensi a situazioni come “stato di necessità”, “legittima difesa”, etc.).

Senonché, le problematiche più rilevanti in materia di (applicazione dei) principi si pongono proprio quando insorga un conflitto tra interessi (e correlativi principi) che siano tutti giuridicamente (anche se variamente) apprezzabili, e che risultino rilevanti nella fattispecie da decidere. In questo caso – premesso che (nessun interesse e) nessun principio può pretendere (*a priori*) una *preminenza assoluta e illimitata*

cipi) è indispensabile – come abbiamo già evidenziato – perché il “principio” possa essere, per così dire, “avvicinato” al caso che deve essere disciplinato.

Individuare una “regola” significa poi – naturalmente – sia delimitare la *species facti* (una delle tante) alla quale si ritiene che il principio possa essere “pertinente” (ad es. lo “stato di abbandono” di un minore, quale presupposto per l’applicazione del principio di solidarietà), sia determinare l’*effetto* (ossia la regola d’azione) che si ritiene di desumere (con riguardo a quella particolare fattispecie, presa in considerazione) dal principio di cui si fa applicazione (ad es. *l’obbligo di avvertire l’autorità*, di cui parla l’art. 328 c.p.).

La “regola” (*risultato del “bilanciamento”*) riceve sempre una “formalizzazione”: evidente, quando si tratti di una regola elaborata dal legislatore (perché in questo caso la regola sarà contenuta in un enunciato legislativo), ma presente anche quando il principio sia (in assenza di una regola legislativa) applicato direttamente dal giudice (in questo caso la “formalizzazione” della “regola” avverrà attraverso l’enunciazione di essa nel dispositivo della sentenza con cui si decide il caso; dispositivo che potrà poi costituire un “precedente” utilizzabile da altri giudici *in casi identici o analoghi*).

²⁵ L’applicazione di “principi inespressi” (in sede di procedimento analogico) a casi non regolati non comporta l’effettuazione di un nuovo “bilanciamento”, ma piuttosto l’applicazione del “bilanciamento” sotteso alla regola o alle regole da cui è stato ricavato il “principio” (inespresso).

(che si tradurrebbe in una inammissibile “tirannia” del valore, di cui quel principio è espressione) – la “regola” che è destinata a disciplinare (e comporre) il conflitto non potrà che essere la risultante di un “bilanciamento” tra (gli interessi e) i principi che vengono in considerazione. Un bilanciamento che potrà portare – in casi limite – financo al sacrificio totale (*occasionalmente*) di uno degli interessi (e dei principi) in questione (e alla correlativa affermazione – nel caso di specie – dell’altro o degli altri interessi e principi rilevanti), sebbene nella maggior parte dei casi l’esito (del bilanciamento) sarà verisimilmente quello di una attuazione “graduata” (magari – come quasi sempre accade – con “pesi” diversi) dei vari interessi (e principi) che vengono in gioco (interessi e principi che, in un’ulteriore e diversa ipotesi – caratterizzata da circostanze differenti – potrebbero ricevere una diversa, e magari opposta “ponderazione”)²⁶. Ma poiché – a ben vedere – anche l’ipotesi della (in)esistenza, in fatto, di interessi (e principi) che possano legittimamente limitare l’attuazione (piena) di un altro principio, richiede una verifica che non può che avvenire al momento del giudizio concreto, si può dire che il “bilanciamento” sia la *regola generale di applicazione dei principi* (posto che esso può considerarsi operante anche quando il giudice accerti che, nella situazione data, un dato principio non deve subire alcuna limitazione, mancando in fatto un principio diverso che possa “controbilanciare” – in misura più o meno ampia – il principio di cui trattasi).

Qualche voce (peraltro, del tutto isolata) sostiene che anche le

²⁶ Si ricordi la definizione (alexiana) dei principi come “precetti di ottimizzazione di un valore”, ossia precetti che impongono la massima realizzazione possibile di un valore, *compatibilmente* (si aggiunge) con la necessità di realizzare anche altri valori (concorrenti e/o confliggenti).

Per altro verso, da quanto detto nel testo emerge altresì che nessuna “regola” specifica può esaurire il contenuto deontologico (potenziale) di un principio. Cfr. FALZEA, *I principi generali del diritto*, cit., 359, dove – dopo aver premesso che «i principi fondamentali [*id est*: i principi “espressi”], pur con la loro forte idealità, sono regole di diritto positivo», la cui “positività formale” si arricchisce di “effettività sostanziale” attraverso il recepimento (del principio) da parte delle norme ordinarie – l’A. osserva che «nell’entrare a far parte del diritto positivo i principi fondamentali non perdono del tutto l’originario tratto ottativo, che consente ad essi di mantenere le distanze dalle norme comuni e *di tenerne in costante evidenza, col fatto stesso della loro presenza, la condizione di perfettibilità*, proponendosi come modello e traguardo del loro perfezionamento ...».

“regole” si applicherebbero con la tecnica del “bilanciamento” ma l’opinione assolutamente prevalente è che la “regola” (sia essa legislativa o giudiziale) sia piuttosto *il risultato del bilanciamento* (già, dunque, effettuato), sicché – una volta che essa sia individuata – la sua “applicazione” al caso concreto non può avvenire che con la tecnica della “sussunzione” (del fatto concreto nella norma astratta)²⁷. Il che – si badi – vale anche per la “regola giudiziale”, quando (naturalmente) essa sia assunta nella veste di “precedente” (non importa se vincolante o meno), al quale si richiami il giudice che deve decidere un nuovo caso (analogo a quello deciso in un precedente giudizio)²⁸.

²⁷ Anche alla luce di quanto già osservato nella precedente nota 22, è appena il caso di evidenziare che la c.d. “sussunzione” (quando avvenga con riferimento ad una regola posta dal legislatore) non viene qui affatto immaginata come un’operazione puramente “logica” e/o di tipo “meccanico”. Essa infatti implica l’effettuazione di operazioni *valutative* tanto nella individuazione della “premessa maggiore” del sillogismo giudiziale (atteso che tale premessa è il risultato della *interpretazione* di una o più disposizioni legislative) quanto nella individuazione della “premessa minore” (che comporta la “costruzione” del “fatto”, che viene ricavato dall’esame di una serie di “eventi temporali”).

Si aggiunga che questo processo è, in qualche misura, circolare: la “disposizione” (*recte*: la norma da essa ricavata) da utilizzare come “premessa maggiore” viene, infatti, individuata *con riferimento al “fatto”*, e, a sua volta, il “fatto” viene “costruito” a partire dagli elementi che sono contemplati in una o più “fattispecie normative” che si pensa possano essere (astrattamente) idonee a qualificare la situazione oggetto di giudizio (c.d. precomprensione).

Sul punto cfr., ad es., FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, Relazione Conv. SHIDA, Crotone 16-20 settembre 1997, ora in ID., *Ricerche*, I, 425 ss., 431, dove si legge: «... Gli automatismi immaginati dal formalismo giuridico, come la c.d. regola della interezza della fattispecie o il meccanismo della causalità giuridica tra fatto giuridico ed effetto giuridico, in sé ineccepibili sotto il profilo logico-formale, esigono profondi adattamenti sotto il profilo empirico-sostanziale, ove si consideri che *la indeterminatezza della norma ammette specificazioni molteplici sia nella determinazione del fatto sia nell’individuazione dell’effetto, tutte egualmente legittime perché tutte compatibili tanto con la previsione normativa quanto con la verifica fattuale ...*» (corsivo aggiunto).

²⁸ La “regola giudiziale” formulata per la prima volta in attuazione *diretta* di un “principio” non può che essere (al pari della regola legislativa) il risultato di un “bilanciamento” (tra interessi e/o valori contrapposti).

Ma una volta che essa sia formulata (si pensi ad una “regola” che il giudice ri-

3.3. Sesta proposizione: *In presenza di una “regola” (specifica), determinata dal legislatore, non è possibile per il giudice effettuare un nuovo (e diverso) “bilanciamento” tra i principi rilevanti (salva la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, in caso di ritenuto, insuperabile, contrasto con un principio costituzionale)*

Abbiamo or ora detto che le “regole” (attraverso le quali sono risolti i conflitti di interesse rilevanti per l’ordinamento giuridico) sono il frutto del “bilanciamento” tra i diversi (interessi e) principi che vengono in rilievo nei vari casi che si pongono all’attenzione.

Tale “bilanciamento” è – nella maggior parte delle ipotesi – compiuto in via *generale ed astratta* (e, dunque, *preventivamente*), ossia attraverso regole fissate *dal legislatore*²⁹. Anche queste regole – come

cavi direttamente dal principio di buona fede, e che sia così formulata “*Il professionista, che contatti telefonicamente un potenziale cliente allo scopo di promuovere la conclusione di un contratto, ha l’obbligo di dichiarare sin all’inizio della telefonata lo scopo commerciale della stessa*”), un nuovo giudice – che condivide l’anzidetta specificazione/attuazione del principio di buona fede – potrà limitarsi a “sussumere” il caso concreto da giudicare (che presenti le medesime caratteristiche fattuali del “precedente”) nella “regola” in questione (senza necessità di effettuare un nuovo bilanciamento).

Cfr. anche FALZEA, *op. cit.*, 346, dove si legge il seguente brano: «... Da regole *a priori*, e perciò astratte, quale mezzo necessario alla garanzia della certezza del diritto, non prescinde neppure la *common law*, che pure viene additata come esempio tipico di diritto casuale. E difatti, allorché si considera come regola fondamentale della *common law* la vincolatività del precedente, la decisione della Corte da regola del singolo caso evolve a regola generale operante normativamente per il futuro; ma anche quando il singolo caso è il primo caso, la regola che si pone essa medesima come precedente con la pretesa di non avere precedenti, in realtà i precedenti li ha e sono rappresentati da quegli indirizzi generali che scaturiscono dallo spirito del diritto comune e che hanno come veicolo conoscitivo sufficientemente definito il senso del diritto, delle Corti ma anche, e prima ancora, dei consociati ...».

Sul tema del “precedente” cfr., da ultimo, SCODITTI, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, Quaderno monografico dedicato al tema “*Il giudice e la legge*”, p. 129 ss.

²⁹ Anche i “precedenti” giudiziali sarebbero idonei ad indicare *preventivamente* la soluzione dei conflitti di interesse, ma solo a condizione che si tratti di precedenti *vincolanti* (per i giudici successivi).

abbiamo già evidenziato – sono la risultante (della considerazione e) del “bilanciamento”, da parte appunto del legislatore, dei diversi principi pertinenti e rilevanti nel caso di specie, *ivi compresi (naturalmente) i “principi” generali (espressi) che lo stesso legislatore abbia enunciato con riferimento ai diversi settori dell’ordinamento o a specifici istituti* (ad es. il principio di “buona fede” in materia contrattuale; il principio del “migliore interesse del minore” con riguardo all’istituto della filiazione; ecc.). Detto altrimenti, deve ritenersi che le “regole” specifiche che il legislatore detta di volta in volta (ad es. – poniamo – in tema di risoluzione del contratto, di rescissione, di annullabilità per vizio del volere, ecc. ecc.) siano regole che abbiano già scontato la considerazione dei principi pertinenti, tra cui il principio di buona fede. Sarebbe – invero – ben strano che il legislatore, dopo aver indicato la “buona fede” quale principio fondamentale in materia di (formazione, interpretazione ed esecuzione del) contratto, dettasse egli stesso delle regole in contrasto con detto principio (come anche con altri “principi” che concernano la materia da disciplinare)³⁰. *In ogni caso* – almeno se si parte dall’assunto che il principio (generale) di buona fede (per restare all’esempio che stiamo facendo)

In tal caso, la *prevedibilità* della decisione giudiziale su un nuovo caso (e, con essa, la “*certezza*” delle situazioni giuridiche, nei limiti in cui essa è possibile) sarebbe garantita in forma abbastanza simile (sebbene non identica) a quanto avviene in presenza di una regolamentazione legislativa.

³⁰Ove, cionondimeno, dovesse verificarsi qualcosa del genere, non resterebbe che prendere atto della circostanza che il legislatore avrebbe (nel caso specifico) ritenuto di *derogare* al principio (generale) da lui stesso enunciato. Deroga da considerarsi, certo, “eccezionale”, ma comunque non censurabile, almeno sin tanto che il principio di buona fede viene ascritto al livello della “legge ordinaria”, e non anche a quello delle normative costituzionali.

Com’è evidente – del resto – l’ipotesi più verisimile non è quella di una *deroga assoluta* (che non si saprebbe neanche immaginare), quanto piuttosto quella della *graduazione di attuazione* del principio (all’esito del bilanciamento con altri principi, in ipotesi rilevanti). E così, ad es., la tutela dell’affidamento, che può ritenersi espressione del principio di buona fede, può tradursi – nella disciplina dei vizi del consenso – nella semplice imposizione (al contraente che ha colpevolmente suscitato l’affidamento) di un obbligo di risarcimento del danno (lasciando ferma la annullabilità del negozio) oppure può ricevere un’attuazione *più incisiva* escludendo che, in presenza di un affidamento suscitato dal proprio comportamento, il contraente il cui consenso sia viziato possa chiedere l’annullamento dell’atto (che dunque sarà considerato un atto *valido*). V. anche infra, nota 33.

appartenga pur sempre al livello della normativa di legge ordinaria³¹ – è chiaro che la *lex specialis* (in ipotesi “derogatoria” del principio³²) prevarrebbe sulla *lex generalis*³³ (ossia sul principio medesimo, privo di rango costituzionale).

³¹ Altro, naturalmente, sarebbe, ove si ritenesse che il principio di buona fede abbia “rango costituzionale”, nel qual caso esso fungerebbe da criterio di legittimità (costituzionale) di qualunque norma legislativa ordinaria in materia di contratto.

³² Risulta, peraltro, da quanto sin qui detto (e, in particolare, dalla definizione dei principi come “precetti di ottimizzazione di un valore” (definizione nella quale è implicita l’idea che il valore – come tale – sia suscettibile di gradi di realizzazione diversi), che non è tanto da prospettare l’ipotesi (francamente irrealistica) di una *radicale pretermissione di un principio* (nel nostro esempio, il principio di buona fede), e del corrispondente valore, quanto piuttosto che si possa presentare l’eventualità che il principio risulti attuato *secondo graduazioni differenti*, che possono anche non essere (e – normalmente – non sono) coincidenti con il *grado massimo* di attuazione del valore, di cui il principio è espressione. Ad es. il principio di buona fede potrebbe (in astratto, e in assoluto) richiedere che non si dia effetto ad un contratto quando una parte lo abbia concluso per un *errore sul motivo, conosciuto dall’altro contraente*; senonché, ammettere come causa di annullabilità del contratto anche una tale situazione avrebbe l’inconveniente di rendere alquanto *instabili* le convenzioni private, motivo per cui il legislatore preferisce negare *tout court* la rilevanza del mero errore sul motivo, e agganciare la possibilità di annullamento del contratto per errore ad elementi “oggettivi”. Analogamente, nella disciplina degli altri vizi del volere, si sanziona certamente la *mala fede* del contraente (che inganni l’altra parte o eserciti su di essa una pressione indebita), e in tal modo si attua il principio secondo il quale, nella formazione del contratto, bisogna comportarsi *correttamente*; tuttavia, la tutela del contraente che subisce il comportamento scorretto, non è assoluta (almeno ai fini della *annullabilità* del contratto), perché il legislatore pone una serie di requisiti alla sussistenza dei quali subordina la rilevanza *quoad invaliditatem* del raggiro o della minaccia.

³³ Cfr. FALZEA, *op. cit.*, 349: «(...) La norma ... sta al principio come la regola di specie sta alla regola di genere e perciò *in presenza della norma* non vi è spazio per il principio se non sotto il profilo indiretto, di una superiore ricerca ermeneutica che voglia enucleare nella norma una *ratio* più autentica ed essenziale».

Sebbene Falzea si riferisca, qui, a quelli che egli chiama «principi comuni» (o principi *inespressi*) – e che egli distingue dai “principi fondamentali”, identificati con i principi «*espressi*» (v. anche *supra*) – il ragionamento sembra potersi ripetere (*mutatis mutandis*) anche per questi ultimi (ovviamente – come precisiamo nel testo – quando si tratti di principi enunciati da norme di legge ordinaria).

Quando esista una “regola” legislativa specifica (che abbia effettuato un determinato “bilanciamento”) non è possibile che il giudice disapplichì la “regola” in questione, e la sostituisca con una diversa “regola”, frutto di un differente “bilanciamento”, che egli ritenga debba effettuarsi tra i principi che possono rilevare con riferimento al caso da decidere³⁴.

Quanto detto vale anche quando, tra i principi da considerare, vi siano principi costituzionali. In questo caso, infatti, sempreché non sia in alcun modo possibile fornire una interpretazione della “regola” legislativa (e del bilanciamento di cui essa costituisce il risultato) *conforme al principio costituzionale*³⁵, non resterà che sollevare la questione di legittimità costituzionale, per far espungere dall’ordinamento la norma che sia ritenuta in (*insuperabile*) contrasto con un principio della Costituzione³⁶.

³⁴ Sia consentito il rinvio a D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustizia civile* (nuova serie), 2016, 443 ss., spec. 460 ss. (e, poi, anche in AA.VV., *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico* a cura di G. D’Amico, Milano, 2017, 49 ss., spec. 66 ss.).

³⁵ Sull’interpretazione “conforme a Costituzione” si veda, per tutti, LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016 (cui si rinvia per ogni opportuno riferimento dottrinale e giurisprudenziale).

Sul “dovere” del giudice (comune) di interpretare le disposizioni di legge ordinaria in senso conforme alla Costituzione, ci limitiamo a citare la nota “massima” di Corte cost., sent. n. 356/1996, secondo la quale «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

³⁶ Siccome i principi sono – come già ricordato – “precetti di ottimizzazione di un valore”, che tollerano (per definizione) una realizzazione “graduata” (in relazione alla necessità di tenere presenti altri principi e valori che sono rilevanti per la fattispecie da decidere), non si può pensare che il singolo principio (anche quello che corrisponda ai valori più importanti, come potrebbe essere il valore della vita) possa ottenere una realizzazione massima ed incondizionata. Di fatto, i singoli principi ricevono delle attuazioni (sempre) parziali, che sono frutto del “bilanciamento” con gli altri interessi e principi rilevanti.

Quanto detto implica che quella che viene chiamata “*conformità al principio costituzionale*” – e configurata quale criterio ermeneutico cui deve attenersi il giudice nell’interpretazione ed applicazione delle norme di legge – non può essere intesa come la “*massima attuazione*” (possibile) *in assoluto* del principio

4. *Il conflitto tra principi (non bilanciabili) e il concorso (apparente) di principi*

4.1. *Settima proposizione: Il bilanciamento può operare (solo) tra principi dotati di eguale forza normativa*

Il “bilanciamento” tra principi (come tecnica per individuare la “regola” chiamata a risolvere un determinato conflitto di interessi) presuppone, naturalmente, che i “principi” (che vengono “bilanciati”) *appartengano al medesimo livello normativo*. Non si dà – in senso proprio – bilanciamento (ma rapporto di prevalenza “gerarchica”), ad es., tra un principio costituzionale e un principio di legge ordinaria, sia che si tratti di un principio “inespresso” (nel qual caso il principio costituzionale, come prevale sulle singole norme ordinarie da cui si ricava il principio, così prevale anche su quest’ultimo), sia che si tratti di un principio “espresso”³⁷.

di cui trattasi (e del relativo valore). Essa piuttosto sembra da intendere come *l’attuazione minima* che un principio deve ricevere (scilicet: *non può non ricevere*), perché possa dirsi che esso non è stato *pretermessso* da chi ha effettuato la valutazione.

Detto altrimenti, solo se il giudice ritenga che la norma di legge *non* attua un determinato principio *neanche in questa misura minima* (quale sia questa misura è, tuttavia, da stabilire), egli potrà sollevare la questione di legittimità costituzionale, ritenendo che quella norma di legge contrasti con il principio di cui trattasi. Ove, invece, il giudice ritenga che il legislatore avrebbe dovuto attuare quel principio (costituzionale) *in maniera più ampia* di quanto non abbia fatto, la questione di legittimità costituzionale si direbbe irricevibile (sarebbe come dire che è possibile che la misura di attuazione di un “valore”, quale ritenuta dal giudice, debba prevalere sul “bilanciamento” effettuato dal legislatore), *almeno con riguardo diretto al principio di cui trattasi* (la si potrà eventualmente porre, piuttosto, *in via indiretta*, e cioè con riferimento alla *ragionevolezza* – o meglio: alla supposta *irragionevolezza* – del trattamento che è stato previsto per una determinata situazione di vita, alla quale va riferito il principio costituzionale in questione, meritevole di una maggiore considerazione). Ammettere *un sindacato di costituzionalità*, in questi casi, sembrerebbe una invasione in un ambito di *discrezionalità*, che deve ritenersi rimesso al legislatore.

³⁷ L’ipotesi che facciamo nel testo è quella di un principio (espresso o inespresso) *di legge ordinaria* che tuteli un valore *non* di rango costituzionale (ad es.: prin-

Deve escludersi, peraltro, che il principio costituzionale possa (nelle situazioni che stiamo ipotizzando) applicarsi *direttamente* (ossia: da parte del giudice, in sede di interpretazione) attraverso il “criterio *sistematico*” (o – come qualche autore sostiene – attraverso la tecnica del c.d. “combinato disposto”). Il criterio “sistematico” si basa, invero, sulla *reciprocità*: la disposizione *A* si interpreta alla luce della disposizione *B*, e di tutte le eventuali altre (*C*, *D*, ... *N*) con le quali si ritiene che essa possa/debba “fare sistema”; ma (reciprocamente) anche l’interpretazione di queste altre disposizioni deve tener conto (in virtù dello stesso criterio) della esistenza e della portata della disposizione *A*. Sicché il significato che si individua all’esito dell’applicazione del canone di “interpretazione sistematica” potrebbe essere di volta in volta quello ricavabile da una sola delle disposizioni considerate (*A*, *B*, *C*, ... *N*), se essa venga – a seguito della ricostruzione “sistematica” – ritenuta “prevalente”³⁸ (ma la prevalenza non deve affermarsi sulla base di un mero criterio gerarchico, che – ove applicabile – sarebbe *di per sé* risolutivo), oppure potrebbe anche essere un significato ulteriore (diverso da quello ricavabile da ciascuna delle norme considerate, e) *che tiene conto sia della disposizione A che delle disposizioni B, C, D, ..., N* (il che, ancora una volta, è incompatibile con il criterio gerarchico, non sfuggendosi alla seguente alternativa: o si applica il criterio gerarchico, e ciò – come detto – dovrebbe sancire *a priori* la prevalenza di un significato

cipio del numero chiuso dei diritti reali, per chi non ritenga di fondarlo sull’art. 42 Cost.; principio di affidamento, ecc.), e che – in ipotesi – venga in rilievo, nella qualificazione/valutazione di una determinata fattispecie, unitamente ad un principio costituzionale *con esso in qualche modo contrastante*.

³⁸ Ad es. il significato dell’espressione “centro abitato” utilizzata dal legislatore nel Codice della strada (si pensi alla disposizione secondo cui “*Nei centri abitati non si può superare la velocità di 50 Km/ora*”), va ricostruito tenendo presente (in base al criterio “sistematico”) la nozione di “centro abitato” che emerge dalla legislazione urbanistica. Ed è probabile che quest’ultima nozione sia considerata *prevalente*, rispetto ad una nozione (eventualmente) diversa che dovesse *prima facie* emergere dalla lettura della sola disposizione del Codice della strada (a meno che non si decida di abbandonare il criterio sistematico, e di affermare che il Codice della strada contiene una nozione “autonoma” di “centro abitato”, che prevale – ad es. in base al criterio di “specialità” – sulla nozione *generale* desumibile dalla legislazione urbanistica).

sull'altro; oppure la suddetta prevalenza non è fissata *a priori*, e allora non sussiste in ipotesi una "gerarchia" tra le disposizioni che sono oggetto di interpretazione "sistemica", e – almeno astrattamente – non potrebbe escludersi financo la prevalenza – in qualche caso – del principio ordinario su quello costituzionale, cosa che appare però inammissibile³⁹).

Si conferma, dunque, l'impossibilità di immaginare una interpretazione "sistemica" (*in senso proprio*) tra norme tra le quali sussista un rapporto di gerarchia, e dunque, nello specifico, tra principi costituzionali e principi (o regole) di rango ordinario⁴⁰.

4.2. Ottava proposizione: *Il bilanciamento non può operare tra principi che non sono "concorrenti" (in quanto operi tra gli stessi un criterio "di competenza", in base al quale sia definito l'ambito di applicazione dei diversi principi)*

Il bilanciamento non può operare neanche tra (due) "principi"

³⁹Problema diverso è se si possa porre una gerarchia anche tra principi che appartengano al medesimo livello normativo (ad es., il livello costituzionale), ma siano espressivi di valori di rango diverso (ad es., valori della persona e valori di tipo economico).

⁴⁰E cfr. anche FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, cit., 479. L'illustre Maestro parla bensì della necessità di interpretare/applicare le norme ordinarie confrontandole "sistematicamente" con le norme (principi) costituzionali. Ma il collegamento "sistematico" non sarebbe, in questo caso, *diretto* (tra singola norma ordinaria e principio), ma sarebbe piuttosto un collegamento tra il "sistema" delle norme ordinarie e il sistema delle norme costituzionali. In altre parole – secondo la prospettazione di F. – si deve procedere dapprima alla individuazione del significato della norma ordinaria, considerata (esclusivamente) *nel «sistema delle norme ordinarie»* (e dunque anche dei «principi generali comuni», che a quel sistema appartengono). Solo dopo si procede a quella che Falzea chiama la «interpretazione sistematica allargata», nell'ambito della quale «l'interprete deve guardare al di là del sistema normativo ordinario e metter in rapporto la norma ordinaria, come ricostruita sistematicamente nella prima fase, con i principi costituzionali. Questo articolato processo interpretativo *conduce all'adeguamento costituzionale della norma ordinaria*. Ove l'adeguamento costituzionale non fosse praticabile, a causa della distanza tra le due entità deontiche a confronto, insorge la crisi della norma ordinaria, che spetta alla Corte costituzionale di sciogliere ...».

che non siano “concorrenti” tra loro (o lo siano solo apparentemente), in quanto uno di essi non è in realtà “*competente*” a regolare una determinata materia.

Giova, anzitutto, precisare che l'ipotesi che adesso consideriamo non è quella – sin qui presa in esame – di *principi diversi* che “concorrano” nella (ipotetica) disciplina di una certa fattispecie (ad es.: principio della libertà di manifestazione del pensiero e principio di tutela della *privacy*, come principi che hanno rilievo contestualmente nella disciplina dell'attività giornalistica; libertà di iniziativa economica privata e tutela della sicurezza delle persone, come principi concorrenti nella disciplina di una attività “pericolosa”; etc.), ma piuttosto quella di “*principi*” *relativi al medesimo istituto* (ma che ricevano una definizione e un contenuto differenziati) *nell'ambito di ordinamenti (o di fonti) diversi* (ad es.: il principio della tutela della proprietà privata nell'ordinamento europeo e in quello italiano; il principio che tutela il diritto di sciopero negli ordinamenti nazionali rispettivi di due Paesi diversi; e così via).

Orbene – come appena detto – un criterio che (assai spesso) risolve *a monte* il possibile “conflitto” che può in questi casi profilarsi (e che, proprio per questo, si palesa come meramente apparente – e non come reale, ed effettivo), è il *criterio di competenza*.

Un esempio. L'art. 17 della Carta di Nizza fissa i principi “europei” in materia di (tutela della) proprietà privata, in un modo che a parecchi è apparso sensibilmente diverso da (se non opposto a) quello di molti ordinamenti (costituzionali) nazionali, tra cui il nostro (v. art. 42 Cost. it.). Orbene – indipendentemente dal fatto che si ritenga effettivamente sussistente (oppur no) l'evidenziato contrasto (più o meno enfatizzato dai vari autori) – resta il fatto che l'art. 17 Carta di Nizza e l'art. 42 Cost. it. formalmente *non sono (norme) in concorso tra di loro*. Posto, infatti, che le disposizioni della Carta di Nizza non hanno il potere di estendere le competenze dell'Unione (v. art. 6, comma 2, Trattato di Lisbona), e che l'art. 51 della Carta di Nizza dichiara esplicitamente che le previsioni contenute nella Carta (e, dunque, anche l'art. 17) «si applicano [alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure] agli Stati membri *esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*», appare chiaro che – almeno in teoria – non dovrebbe esserci interferenza (e quindi neanche collisione) tra principi della Carta di Nizza (che trovano applicazione solo nelle materie che costituiscono attuazione del diritto dell'Unione)

e principi costituzionali (che hanno invece un ambito di applicazione meramente “interno” agli ordinamenti dei singoli Stati)⁴¹.

4.2.1. (Segue): *possibili interferenze tra principi (solo formalmente) non concorrenti. In part.: il caso del conflitto tra libertà economiche (tutelate dai Trattati europei) e diritti fondamentali sociali (affidati agli ordinamenti nazionali)*

Tuttavia, le cose non sono sempre (così) semplici. Il criterio di competenza (richiamato nel paragrafo precedente), in base al quale il problema (della ipotetica collisione tra principi) si può risolvere semplicemente⁴² guardando se l'applicazione di un “principio” debba avvenire – nell'esempio che si è proposto – (esclusivamente) nella sfera che rientra “nell'attuazione del diritto dell'Unione” ovvero (esclusivamente) in quella “interna” all'ordinamento di uno dei Paesi

⁴¹ Ciò non toglie che sovente sia difficile individuare con sicurezza e con nettezza la linea di separazione tra i due “ambiti”, ma anche in queste ipotesi dovrebbe essere possibile trovare un *punto di conciliazione* tra “principi” europei e principi (costituzionali) nazionali (sul punto sia consentito il rinvio a D'AMICO, *Proprietà e diritto europeo. Le ragioni di un Convegno*, in AA.VV., *Proprietà e diritto europeo*, a cura di G. D'Amico, Napoli, 2013).

“Punto di conciliazione” che non significa – com'è evidente – “bilanciamento” tra i principi in questione, ma semmai “ravvicinamento” dei risultati del bilanciamento cui ciascuno di detti principi è soggetto (nell'ordinamento in cui opera) con altri principi (ad es.: il principio della tutela dell'“interesse generale”, nell'ordinamento europeo, e il principio della “funzione sociale” nell'ordinamento italiano).

⁴² Naturalmente, siamo ben consapevoli che *neanche in questo caso* si può ipotizzare una assoluta *non interferenza* tra i principi di cui trattasi. Anche senza affrontare la questione generale (e ancor oggi irrisolta) se “ordinamento” euro-unitario e ordinamenti nazionali, costituiscano ordinamenti distinti e separati ovvero siano da considerare alla stregua di un unico ordinamento, resta il fatto che la compresenza, nei due ambiti, di “principi” eventualmente differenziati non può non riflettersi sul significato sia dell'uno che dell'altro (nel senso che nell'interpretazione dell'uno si debba tener conto anche dell'altro, e viceversa). Del resto, questa indicazione è esplicita nell'art. 52, comma 4, della Carta di Nizza, dove si legge che i diritti previsti nella Carta devono essere interpretati «*in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*».

Della questione ci siamo già occupati in D'AMICO, *Le ragioni di un Convegno*, cit., 7 ss., spec. 20 ss.

dell'Unione, non sempre consente di tracciare (in questo, come in casi analoghi, che possono immaginarsi) un confine preciso, e ciò perché ci possono essere (o possono crearsi) *interferenze*, che portano (nuovamente) a dover immaginare (la necessità di) una qualche forma di “bilanciamento” (tra principi – “formalmente” e apparentemente – non in concorso tra di loro)⁴³.

Un'ipotesi – che è stata negli ultimi anni assai discussa – è, ad es., quella in cui si assista al (potenziale) conflitto tra una “libertà fondamentale”⁴⁴ enunciata dai Trattati europei⁴⁵ e un “diritto fundamenta-

⁴³ L'ipotesi che prendiamo in considerazione in questo paragrafo – come già abbiamo evidenziato – si differenzia da quella esaminata nel paragrafo precedente in quanto il “criterio di competenza” è qui riferito a “*principi diversi*” (libertà economiche *versus* diritti fondamentali) mentre nel paragrafo precedente esso riguardava l'operare di un analogo principio (nell'esempio fatto: il *principio di tutela della proprietà privata*) in *ordinamenti diversi*.

⁴⁴ Le “libertà fondamentali” – secondo una suggestiva prospettazione – possono configurarsi come congegni tecnici che “operano quale strumento che consente agli operatori di rivendicare il passaggio dalla legislazione di uno Stato membro a quella di un altro Stato membro, *cioè da un modo x ad un modo y di dare concretezza tramite la normativa ai diritti fondamentali*” (così NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 878 ss., spec. 892). Secondo questa configurazione, le “libertà fondamentali” avrebbero (se intendiamo bene) un contenuto “formale” (o – se si vuole – un valore “strumentale”), piuttosto che un valore “finale”. E da questo punto di vista non potrebbero considerarsi alla stregua di “principi”.

Tuttavia, in un altro significato, la “libertà fondamentale” può essere accostata ad un “principio”, e così vedersi assegnare un contenuto sostanziale (e non solo formale). E, così, la “libertà di stabilimento”, come pure quella di “circolazione delle merci”, sono espressione del principio che riconosce e tutela l'*iniziativa economica privata*, principio che, *nella sua estensione al “mercato unico”* (e, dunque a un mercato che supera e ingloba i singoli mercati nazionali), richiede appunto di essere espresso (anche) nelle forme della “libertà di stabilimento”, della “libertà di circolazione delle merci”, ecc. ecc.

Mentre nell'accezione “formale” la “libertà fondamentale” sembrerebbe sottrarsi al “bilanciamento” (non essendo – apparentemente – portatrice di un valore finale), nell'accezione “sostanziale” (che la considera alla stregua di un “principio”) essa è invece soggetta al bilanciamento (con altri principi), nei termini che analizzeremo subito appresso.

⁴⁵ Cfr. art. 26 Trattato UE (ex *art. 14 TCE*), che apre la Parte Terza (Politiche dell'Unione e azioni interne), Titolo I (Mercato interno), e che al comma 2, recita:

le” riconosciuto da un ordinamento nazionale (che, in ipotesi, abbia – almeno apparentemente – *competenza “esclusiva”* a regolarlo).

Si considerino – ad es. – la libertà circolazione delle merci (quale si realizza anche attraverso la tecnica c.d. di “mutuo riconoscimento”⁴⁶, la quale implica che ogni Stato membro è tenuto a consentire la commercializzazione nel proprio territorio di merci che siano prodotte *in conformità alle regole dello Stato membro cui appartiene l'impresa produttrice [paese di origine]*), oppure la “libertà di stabilimento”⁴⁷ (che, a sua volta, si traduce nel diritto delle imprese di essere assoggettate, quando si stabiliscono in un paese diverso da quello di origine, a *regole diverse non diverse da quelle che il paese di destinazione applica alle imprese “domestiche”*).

Orbene, alcune notissime pronunce della Corte di giustizia europea (in particolare, le sentenze “Viking” e “Laval”) hanno esaminato fattispecie in cui una di queste libertà veniva in conflitto con un “diritto fondamentale” di “azione collettiva” (quale, ad es., il diritto di sciopero), che gli ordinamenti nazionali (ai quali questa materia è riservata, *apparentemente* in via esclusiva⁴⁸) tutelano⁴⁹.

«Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale sia assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati».

⁴⁶La libertà di circolazione delle merci è disciplinata nella Pt. III, Tit. II, del Trattato UE (artt. 28 ss.). In part., il capo 3 di detto Titolo enuncia (art. 34) il divieto tra gli Stati membri di restrizioni quantitative all'importazione, nonché *di qualsiasi misura di effetto equivalente* (formula, quest'ultima, sulla base della quale è stata costruita la dottrina del c.d. “mutuo riconoscimento”).

⁴⁷La libertà di stabilimento – secondo l'art. 49, comma 2, TUE – «importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 54, secondo comma, *alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini ...*».

⁴⁸Si è sostenuto peraltro che – nelle sentenze Laval e Viking (su cui v. subito *infra*) – la Corte di giustizia abbia utilizzato le libertà fondamentali proprio come «*leva per scardinare l'assetto rigido delle competenze*», in virtù del quale sono gli ordinamenti nazionali ad avere legittimazione a regolare i diritti sociali (specie collettivi). In realtà – come diciamo più avanti – a noi sembra che la Corte di giustizia, più che “scardinare” l'assetto delle competenze, abbia operato sul presupposto (tutt'altro che arbitrario) che questo assetto non sia in realtà così “rigido” (o lineare), come *prima facie* potrebbe apparire.

In entrambi i casi, la Corte di giustizia ha ritenuto che si debba ope-

Per un commento – tra i più equilibrati ed acuti – alle sentenze in esame, cfr. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Working Papers del Centro Studi di Diritto del lavoro Europeo* “Massimo D’Antona”, n. 61/2008.

⁴⁹Il caso *Viking* (deciso da C. giust. CE, 11 dicembre 2007, C-438/05) riguardava la seguente vicenda. Viking era una società di diritto finlandese, che gestiva sette traghetti (tra cui il Rosella) battenti bandiera finlandese. Essa aveva progettato di registrare il traghetto “Rosella” in Estonia, ma il sindacato finlandese (FSU-Finnisch Seamen’s Union) affiliato all’ITF-International Transport Workers’ Federation (con sede in Londra) cui aderivano i marinai del Rosella, si era opposto al mutamento di bandiera (accusato di determinare un abbassamento delle tutele previste per i marinai) insistendo (con la minaccia di dar corso ad uno sciopero) per l’affermazione del principio secondo il quale solo i sindacati dello Stato di appartenenza del proprietario della nave (in questo caso la Filandia) possono concludere contratti collettivi relativi a tale nave (tesi che viene avallata da una circolare sollecitata alla – ed effettivamente emanata dalla – ITF). La Viking, a questo punto, agì in giudizio per far dichiarare che l’“azione collettiva” intrapresa dalla ITF e dalla FSU era contraria alla *libertà di stabilimento* (tutelata dall’art. 43 TCE, oggi art. 49 TUE), e che la FSU doveva astenersi dall’ostacolare i diritti spettanti alla Viking ai sensi dell’ordinamento comunitario. ITF e FSU si difesero asserendo che il diritto dei sindacati di avviare un’azione collettiva (sciopero) per tutelare posti di lavoro costituisce un diritto fondamentale riconosciuto dal titolo XI del Trattato Ce (e in particolare dall’art. 136 TCE, oggi art. 151 TUE), diritto il cui esercizio deve ritenersi sottratto alla sfera di applicazione dell’art. 43 TCE in quanto l’art. 137, comma 5 TCE lo attribuisce alla competenza degli Stati membri.

Nel caso *Laval* (C. giust. CE, 28 dicembre 2007 C-341/05), veniva invece in gioco la *libertà di prestazione dei servizi*. Questa la vicenda: nel maggio 2004 una società lettone, la Laval, aveva distaccato circa 35 lavoratori in alcuni cantieri per la costruzione di scuole nella città di Valxhom, in Svezia, dove operava una consociata svedese della società Laval (la Baltic Bigg), che aveva vinto l’appalto. Non avendo raggiunto un accordo con il sindacato svedese dei lavoratori edili per estendere ai suoi lavoratori distaccati (che non erano iscritti al sindacato svedese) l’applicazione del contratto collettivo di settore svedese, Laval firmò un contratto con il sindacato lettone. Il sindacato svedese iniziò, allora, un’azione collettiva volta a bloccare tutti i cantieri della Laval in Svezia. Nel 2005 la città di Valxhom chiese la risoluzione del contratto di appalto, e la Baltic Bigg fu dichiarata fallita. Nel frattempo la Laval aveva iniziato un’azione contro il sindacato svedese chiedendo che le azioni collettive da esso intraprese fossero dichiarate illegali, e nell’ambito di tale giudizio il tribunale (svedese) adito effettuò un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendole di interpretare le norme del Trattato sulla libertà di prestazione di servizi, nonché la dir. 96/71 sul distacco dei lavoratori.

rare un “bilanciamento” tra “libertà economica” e “diritto fondamentale”, e ciò – si badi – sul presupposto che entrambe le situazioni (e non soltanto quelle relative alle “libertà economiche”⁵⁰) costituiscano “principi” che hanno rilevanza *nell’ambito dell’ordinamento europeo*⁵¹.

⁵⁰ Risiede qui un’importante novità che, comunque, le sentenze Viking e Laval segnano nell’evoluzione della giurisprudenza europea in materia di diritti sociali. Per la prima volta, infatti, la Corte di giustizia ammette che anche questi “diritti” (fondamentali) fanno parte dei “principi” (generali) dell’ordinamento europeo. Il che costituisce un’affermazione di grande rilievo, spesso “oscurata” dalla critica che, per altro verso, diversi autori hanno rivolto al “bilanciamento” effettuato in concreto dai giudici di Lussemburgo tra libertà economiche e diritto di sciopero, [bilanciamento] che è apparso eccessivamente orientato a favore delle prime rispetto al secondo.

⁵¹ Nella pronuncia che decide il “caso Viking” la Corte di Giustizia, ammette che il diritto di associazione, di sciopero e di serrata non rientrino nella competenza della Comunità, ma in quella degli Stati, ma osserva altresì: *a*) che il diritto di intraprendere un’azione collettiva *costituisce un diritto fondamentale, parte dei principi generali del diritto comunitario* (e, in quanto tale, esso costituisce un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché relativi ad una libertà fondamentale); *b*) che, a propria volta, l’esercizio dei diritti fondamentali deve essere conciliato con le esigenze relative al Trattato, *conformemente al principio di proporzionalità*. La conclusione su questa prima questione è, dunque, che l’azione collettiva in questione *non esula dal campo di applicazione dell’art. 43 TCE* (ossia della norma che sancisce la libertà di stabilimento).

Ne discende che il “bilanciamento” tra i due principi *non comporta una invasione di una sfera di competenza esclusiva degli Stati membri*. Si tratta, infatti, semplicemente dell’esercizio del potere (sicuramente spettante alla Corte di Lussemburgo) di valutare se si possa configurare *veramente* un “ostacolo legittimo” all’esercizio della libertà di stabilimento. Più precisamente – e posto che la Corte ha già riconosciuto che, *in astratto*, il diritto di sciopero costituisce un interesse che *legittimamente* può giustificare una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario (v. la nota precedente) – si tratta di verificare se, *nel caso concreto*, la limitazione alla libertà fondamentale possa dirsi “proporzionata” alla gravità delle ragioni sottese all’esercizio del diritto fondamentale; valutazione che viene rimessa – si noti – al giudice nazionale, il quale (scrivono i giudici della Corte di giustizia) dovrà verificare se gli obiettivi perseguiti dai sindacati (nel caso di specie) riguardassero o meno la tutela dei lavoratori, cosa che – secondo la Corte – dovrebbe escludersi qualora fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro non erano compromessi o seriamente minacciati a seguito del mutamento di bandiera.

È quest’ultima affermazione dei giudici di Lussemburgo ad aver fatto parlare di un “bilanciamento asimmetrico” tra “libertà economica” (di stabilimento) e “diritto

fondamentale” (di sciopero). In effetti – e se non intendiamo male – il senso della pronuncia è che sussiste(rebbe) un rapporto di *proporzionalità* che giustifica la limitazione della libertà di stabilimento in vista della necessità di tutelare il diritto fondamentale dei lavoratori, (solo) quando ad essere minacciato o lesa è – per così dire – il “nucleo essenziale” di tale diritto (che la Corte sembra identificare nel mantenimento del posto di lavoro), non anche quando l’esercizio della libertà di stabilimento (e dei diritti che ad esso conseguono) *non* tocca questo “nucleo essenziale”.

Si è osservato che in tal modo si favoriscono pratiche di c.d. *dumping sociale*. Ma – ammesso che fosse così nel caso esaminato (come anche noi siamo propensi a ritenere) – la soluzione non dovrebbe essere quella di affermare (come hanno, per lo più, fatto i critici della sentenza Viking, rovesciando il “bilanciamento” operato dalla Corte) la prevalenza (assoluta, ossia sempre e comunque) dei diritti sociali rispetto alle libertà economiche, ma piuttosto quella di verificare l’eventuale esistenza di un *abuso della libertà di stabilimento*, ossia di una pretesa di esercizio di tale libertà puramente strumentale, e non corrispondente alla effettiva situazione economica del soggetto. Detto altrimenti, la domanda che – a nostro avviso – ci si sarebbe dovuti porre era se la Viking avesse cambiato bandiera perché effettivamente la sua attività (con la nave Rosella) si era spostata in Estonia, o, all’opposto, se il mutamento di bandiera non fosse solo un *escamotage* per assoggettare i propri dipendenti ad una normativa (contratto collettivo di lavoro) meno favorevole di quella di cui essi avrebbero usufruito se avessero continuato ad essere soggetti al diritto finlandese. In quest’ultimo caso, la pretesa della Viking avrebbe dovuto essere rigettata, in quanto costituente un *abuso della libertà economica di stabilimento* (pur riconosciuta in astratto dal Trattato); nel primo caso, invece, probabilmente sarebbe stata la pretesa del sindacato ad essere illegittima.

Del resto, un’altra considerazione merita di essere fatta. Cosa sarebbe successo se la Viking avesse cambiato bandiera ad una delle sue navi, e utilizzato sulla stessa non lavoratori finlandesi (iscritti al sindacato finlandese), bensì lavoratori estoni? Avrebbe avuto il sindacato finlandese diritto di impedire l’applicazione a questi lavoratori dei contratti collettivi vigenti in Estonia? La risposta, probabilmente, è che *se il cambio di bandiera non fosse risultato strumentale*, e se esso fosse coinciso con uno “spostamento” effettivo dell’attività della Viking, allora la pretesa del sindacato (finlandese) avrebbe dovuto dirsi senz’altro infondata (altrimenti si dovrebbe affermare che i sindacati nazionali sono legittimati ad impedire la “delocalizzazione” in altri Paesi dell’Unione di imprese, che vogliano stabilire altrove i propri stabilimenti e svolgere altrove le proprie attività produttive).

Considerazioni – quelle sopra svolte – che non escludono, peraltro, la necessità di collocare la riflessione in un quadro più ampio, che consenta di evitare sia il rischio di un bilanciamento “asimmetrico” (al quale si potrebbe finire per approdare in una visione che, muovendo dall’ordinamento europeo, consideri i diritti sociali come meri “limiti” alle libertà economiche, e non come principi posti sullo stesso piano), sia il rischio di leggere il (potenziale) conflitto tra libertà economiche

L'affermazione si legge espressamente nella sentenza "Laval", dove (non diversamente, del resto, che nella sentenza Viking) i giudici affermano che il diritto di intraprendere un'azione collettiva è (anch'esso) un diritto fondamentale riconosciuto come principio generale nell'ordinamento comunitario, aggiungendo che esso può cionondimeno essere sottoposto a restrizioni, in quanto «l'esercizio dei diritti fondamentali non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato, ma *deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che essere conforme al principio di proporzionalità*»⁵².

Senza soffermarci ulteriormente su tali pronunce, e sulle discussioni alle quali esse hanno dato luogo⁵³, interessa qui solo evidenzia-

e diritti di azione collettiva secondo una visuale "nazionale", senza tener conto dell'esigenza di ripensare tale conflitto nella prospettiva nuova in cui lo colloca la dimensione "europea". Su tutti questi aspetti si veda l'acuta e incisiva riflessione di CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale*, cit., *passim*.

⁵²In particolare, secondo la Corte, «una restrizione alla libera prestazione di servizi può essere ammessa solo se persegue un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale, *purché sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di quanto necessario per raggiungerlo*».

«Il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro una pratica di *dumping* sociale può costituire una ragione imperativa di interesse generale tale da giustificare una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato» (e ciò in quanto – come scrive sempre la Corte di giustizia – la Comunità europea non ha solo uno scopo economico, bensì anche uno scopo di protezione sociale», sicché «i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali *devono essere bilanciati con gli obiettivi della politica sociale*»). Tuttavia – aggiunge la Corte – una restrizione alla libera prestazione di servizi (quale consegue all'esercizio di un'azione collettiva mediante la quale le organizzazioni sindacali tendano ad obbligare le imprese a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia) può essere ammessa solo se l'azione collettiva sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di quanto necessario per raggiungerlo.

⁵³Un punto particolarmente importante, consiste nel fatto che il "bilanciamento" al quale le sentenze in esame sottopongono "libertà economiche" e "diritti fondamentali", finisce per sottoporre anche le relazioni tra privati (nella specie: la relazione tra l'impresa e i lavoratori, o – se si preferisce – tra l'impresa e il sindacato, titolare del diritto di azione collettiva) al *test di proporzionalità*, al quale sono assoggettati i comportamenti degli Stati che pretendano di avvalersi di "deroghe" all'applicazione delle "libertà economiche" sancite dai Trattati (ad es., in materia di libertà di circo-

re come la premessa alla quale i giudici di Lussemburgo hanno legato la (possibilità di) effettuazione dell'operazione di "bilanciamento" nelle ipotesi considerate, è (stata) quella della appartenenza – a pari titolo – sia delle "libertà economiche" sia dei "diritti fondamentali" al medesimo ordinamento (nella specie, l'ordinamento euro-unitario).

Il che conferma che – nei casi considerati – non vi è, a ben vedere, alcuna eccezione alla regola (sopra formulata) secondo la quale il "bilanciamento" può avvenire solo tra "principi" che appartengano *al medesimo ordinamento* (e tra i quali non sussista un "rapporto di gerarchia", che – ove esistente – sarebbe di per sé risolutivo dell'eventuale conflitto).

lazione delle merci, l'art. 36 TUE stabilisce che «Le disposizioni degli artt. 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico, o di tutela della proprietà industriale o commerciale. *Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*»; mentre – in materia di libertà di stabilimento – l'art. 50 TUE affida direttamente al Parlamento europeo e al Consiglio il compito di emanare «direttive volte a favorire la realizzazione della libertà di stabilimento in una determinata attività», direttive che fisseranno anche l'ambito e i limiti in cui saranno possibili eventuali "deroghe" legittimamente utilizzabili dagli ordinamenti nazionali (a tutela di interessi preminenti).

Ciò ha indotto a vedere nella posizione della Corte di giustizia l'accoglimento dell'idea della "efficacia orizzontale" (e non soltanto "verticale") delle "libertà fondamentali" (sul punto si vedano in particolare i §§ 29 e ss. delle *Conclusioni* che l'Avvocato generale Maduro ha rassegnato nel caso Viking; e cfr. anche, NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati*, cit., ove si trovano gli opportuni riferimenti bibliografici). Per parte nostra riteniamo che quella che potrebbe (*prima facie*) apparire come (l'affermazione di) una "efficacia orizzontale" delle libertà economiche, sia probabilmente da ricostruire come una forma particolare di "efficacia *verticale allargata*". Il che dà conto anche di una peculiarità del "bilanciamento" che la Corte di giustizia ipotizza: che è – sì – un bilanciamento *tra diritti* fondamentali, ma in una logica alla quale non è estraneo anche un bilanciamento *tra ordinamenti* (quello europeo e l'ordinamento nazionale, che di volta in volta viene in gioco). Il che spiega anche – incidentalmente – perché a questo bilanciamento "complesso" concorrano sia il giudice nazionale (chiamato a "ponderare" i diritti, nel concreto porsi del loro conflitto) sia la Corte di giustizia (cui spetta, invece, il compito di verificare che il "bilanciamento" effettuato dal giudice nazionale non comporti un sacrificio "sproporzionato" delle "libertà economiche" che sono tutelate dai Trattati).

Stefano Pagliantini

L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)

SOMMARIO: 1. Il problema: da “un’illusione di armonizzazione” al principio europeo di effettività quale “clausola generale” concretizzata giudizialmente. – 2. *Idem.* – 3. Quando l’effettività della tutela (ispira?) una concretizzazione della CGUE: il caso dell’intrasparenza come sinonimo di vessatorietà: da *Árpád Kásler* a *Ruxandra Paula Andriciuc*. – 4. Spunti da una recente critica dottrinale. – 5. Su alcuni corollari sistematici interni che andrebbero dedotti da una intrasparenza maneggiata quale regola di validità. – 6. I due modelli di abusività, quello minimo dell’art. 3, § 1, dir. 93/13/CEE e quello, risultante *ope legis* da una deroga *in melius*, dell’art. 8 dir. 93/13/CEE. – 7. Armonizzazione minima, deroga *in melius* e principio di stretta legalità? *Focus*, in nota, sul principio di meritevolezza *ex art.* 1322, comma 2, c.c. maneggiato alla stregua di una norma più favorevole al consumatore. – 7.1. Quando l’effettività, come *prius* e non quale *posterius*, dovesse ispirare, nel policentrismo delle fonti, una concretizzazione (del giudice nazionale) disapplicante una norma di dettaglio difforme. – 8. Spigolature critiche su di un risultato *extra legem* che però si vorrebbe nel contempo *intra ius*. Dalla pratica di un “bilanciamento diverso” all’espedito verbale di una *lacuna*. – 8.1. L’illusione ottica, inespessiva di significato, di un’*interpretazione armonizzante* o *comparata*. – 9. Epilogo: l’intangibilità, per una Corte nazionale, del livello (conforme) di armonizzazione minima. L’*armonizzazione estensiva* come affare del legislatore (*Volksbank*, C-602/10), con un cenno sui contratti transfrontalieri. – Postilla.

1. *Il problema: da “un’illusione di armonizzazione” al principio europeo di effettività quale “clausola generale” concretizzata giudizialmente*

Nella succosa pagina di un recente libro è messo in risalto come il diritto contrattuale europeo restituisca l’immagine di un’*illusione di*

armonizzazione in quanto, come scrive Patti, le clausole generali ne permettono una «agevole ... a livello terminologico, ma a questa non segue *a volte* un'armonizzazione di tipo sostanziale»¹.

Calata com'è nelle singole esperienze nazionali, il giudice interno che, in sede di accertamento della vessatorietà, maneggi la buona fede, in realtà pone, così prosegue sempre Patti, «una norma, una regola del caso concreto, che risulta diversa a seconda del singolo ordinamento di riferimento, poiché ciascun giudice segue parametri vicini alla tradizione giuridica del proprio Paese»². In effetti, potremmo chiosare, è da *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02)³, che la CGUE ripete, come Patti ben ci ricorda, il recitativo per cui la valutazione *ex fide bona* di abusività di una clausola, ai sensi dell'art. 3, n. 1 dir. 93/13/CEE, è *affare* del giudice nazionale (§§ 21, 22, e 25)⁴, alla Corte spettando invece *interpretare* i criteri generali, posti dal legislatore europeo, per definire la nozione di abusività. Di qui il risultato, che date le premesse esposte è deduttivamente consequenziale, di una buona fede la quale segnerebbe di fatto, in un destino accomunante tutte le clausole generali, «un ritorno al diritto nazionale»⁵.

Ora, c'è indubbiamente del vero in questa asserzione, che del resto fa da abbrivio al periodare di chi, e non sono pochi gli interpreti a pensarla così⁶, denuncia il *low profile* della CGUE etichettandolo come segno tangibile di un'abdicazione della stessa al controllo contenutistico, donde la preferenza, assai marcata nella pratica corrente, per una tutela affidata a «solide e piatte presunzioni di liste»⁷. Potrebbe

¹ Così S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in RESCIGNO-PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 157.

² *Op. loc. ult. cit.*

³ CGUE, 1 aprile 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c. Hofstetter*.

⁴ V., successivamente, CGUE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium* (§ 22).

⁵ Cfr. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, cit., 158.

⁶ V. ad es., DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Tra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 398-405 (che ne fa una questione di disomogeneità nella c.d. funzione nomofillatica della CGUE) e nella letteratura tedesca, STEMPER, *Der lange Weg zur Teilvereinheitlichung der AGB-Kontrolle in Europa. Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 93/13*, in ZEUP, 2017, 106 ss.

⁷ Così FERRANTE, *Alcune considerazioni "malgrado" o "contro" la buona fede do-*

però replicarsi, come ci è capitato altrove di osservare⁸, che la riluttanza della CGUE a coniare una nozione sovranazionale di buona fede (o di ragionevolezza) deriva, per la verità, dal fatto che la stessa tende piuttosto a praticare, per il medio di un'autonoma interpretazione finalistica, un'*armonizzazione per principi*, dedotta per lo più dal combinato disposto degli artt. 38 e 47 CDFUE, donde si una subalternità funzionale (delle clausole generali) ma in quanto le si viene a maneggiare a guisa di formanti provvisti di una latitudine semantica strumentalmente votata al conio di un rimedialismo consumeristico *magis ut valeat*. Insomma, questo almeno già ci è parso di poter sostenere, le clausole generali non rilevano, nella giurisprudenza della CGUE, in presa diretta bensì a guisa di un *postutto* incentivante il *private enforcement* mercatistico del diritto europeo.

Non è però questo l'aspetto sul quale si vuole qui focalizzare l'attenzione, sembrando più utile soffermarsi su due possibili (ed intriganti) sviluppi di questa armonizzazione che, nella sostanza, si vor-

po la rettifica della dir. CE 13/93, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 541 ss., spec. 562. È il problema, ma il discorso già ci porterebbe troppo lontano, di una valutazione di vessatorietà che non è accertabile senza il medio di un contesto circostanziale e del diritto nazionale applicabile. Il punto, detto ellitticamente, è se il sentenziare sul parametro, *ma non sul merito della vessatorietà*, non implichi un ridimensionamento della buona fede europea. Siccome, viene fatto notare, la contrattazione consumeristica è di tipo seriale, pure il contesto circostanziale che le fa da corona non è da intendere riferito al singolo rapporto dedotto in giudizio bensì come rinviante ad un contesto individuabile *per relationem*, dovendosi dedurlo dall'insieme, a sua volta standardizzato, delle circostanze fattuali ancillari al segmento di mercato ove quel rapporto si iscrive. Se così è, prosegue questa tesi, non è che una cognizione della CGUE la trasformerebbe automaticamente in un giudice del merito, se è vero che a venire in rilievo comunque sarebbe una prassi contrattuale uniforme. È la premessa (esatta) di un discorso che porta a pensare, il che è invece più discutibile (v. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 978) che la CGUE potrebbe operare con la «stessa cognizione richiesta per qualsiasi controllo general – preventivo ed inibitorio, sia esso giudiziale o, come accade di frequente in Italia, amministrativo» (così FERRANTE, *op. ult. cit.* 564). V. comunque *infra* nt. 50.

⁸ In *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di giustizia (in particolare nei rapporti b2c)*, in D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 201 ss. Per un lucido inquadramento del tema v. adesso VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali X*, Milano, 2017, 393 ss.

rebbe, e non soltanto dalla dottrina citata, *abgebroche*⁹, dunque e per ciò stesso *apparente* o *finta*.

Sunteggiando al massimo l'economia del discorso, quelle che ci faremo sono domande sintetizzabili così:

a) *Quid iuris* quando l'interpretazione autentica della CGUE, realisticamente definita (di recente) non interpretazione bensì un «accrescimento del dato normativo»¹⁰, dovesse veicolare una declinazione conformativa del diritto europeo ricalcante, nel senso che mima, la cifra di una (in particolare) tra le leggi di attuazione nazionale, sottintendendo naturalmente che *codesta legge* sia (di fatto) selezionata in quanto garantisce un maggior effetto utile per il consumatore? Il perno di tutto il discorso, come dovrebbe risultare evidente, ruota intorno al principio di effettività, di cui qui discorriamo non nel significato pacifico¹¹, almeno nelle materie di competenza dell'Unione, di una *primauté* del diritto europeo quanto e piuttosto nel senso (pregnante e proprio) dell'individuazione della *norma-risultato* quale deducibile dalla sintesi tra la fonte europea e quella interna¹². Principio espresso dunque, e non implicito¹³, così come *prestabilito* dal legislatore, in quanto sta dentro e non fuori «le leggi positive»¹⁴. Proseguendo,

⁹Secondo la ben nota formula coniata da BASEDOW, *Der europäische Gerichtshof und die Klauselrichtlinie 93/13: der verweigerte Dialog*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010, 150 s. e ID., *The Court of Justice and private Law: Vacillation, General Principles and the architecture of the European Judiciary*, in *ERPL*, 2010, 443 ss.

¹⁰Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 228.

¹¹V., per tutti, SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 415 e E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2008, 263 ss.

¹²Cioè, come non a caso scrive LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, ora in (e da qui citeremo) ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 141, effettività quale «risultato del processo di metabolizzazione di ciascun diritto nazionale con le determinazioni di derivazione comunitaria». È per altro vero, come sempre non casualmente nota Lipari, che abbinare l'effettività alla *primauté* rende la prima una nozione di (quasi impercettibile) utilità.

¹³Qual è quello che si ricava per «induzione da un insieme di norme particolari e condensabili in formule dottrinali, dette dai giuristi romani *regulae juris*»: così MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, convegno linceo 27-29 maggio 1991, Roma, 1992, 319.

¹⁴Così IRTI, *I "cancelli delle parole"*, Napoli, 2015, 17.

b) è pacifico, basta al riguardo compulsare i testi normativi, che la deroga *in melius* all'armonizzazione minima, in vista di un livello supplementare di protezione, risulta sempre affidata al sintagma "disposizioni più rigorose": vuol questo allora significare, come l'A.G. Mengozzi adombra nelle sue *Conclusioni* alla sentenza sulle clausole *floor*¹⁵, che l'armonizzazione minima è tecnicamente blindata dal *limite*, per il giudice interno, di una *riserva di legge* oppure, quantunque *una regola nazionale derivata vi sia*, può darsi il caso di un principio europeo fondamentale declinato alla stregua di una *clausola generale* e dunque operante per la via di una concretizzazione giudiziale superante la (concreta) modellatura nazionale?¹⁶ Scoperta l'allusione all'effettività della tutela (art. 47 CDFUE ed art. 19, § 1, comma 2 del Trattato) qui, perciò, adoperata quale principio che passerebbe al setaccio il modo in cui un «certo risultato può essere conseguito nella vicenda applicativa del diritto interno»¹⁷. In quanto principio, com'è dai più ormai riconosciuto, l'effettività europea è infatti pur sempre raffigurabile con i tratti tipici di una *norma senza fattispecie*: e, se i principi sono *norme*, l'effettività è *norma* di secondo grado o, comunque, una *norma superiore*¹⁸. Ri-

¹⁵ *Conclusioni*, in cause riunite C-154/15 e C-307/15, *Gutiérrez Naranjo e Palacios Martínez c. Cajasur Banco e BBVA*, § 41, nt. 18.

¹⁶ Quantunque sia abitualmente negletto, dovrebbe pure tenersi conto del fatto che la dir. 2011/83/UE, sui diritti dei consumatori ha introdotto un nuovo art. 8-*bis* nella dir. 93/13, contemplante l'*obbligo*, per gli Stati membri, allorché adottino *disposizioni* conformemente all'articolo 8 di quest'ultima, di *informarne* la Commissione: segno, verrebbe da osservare, che una riserva di legge *c'è*. L'obbligo, come recita l'art. 32, si rivolge in particolare a "disposizioni" che dovessero estendere «la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente o all'adeguatezza del prezzo o della remunerazione», oppure a "disposizioni" contenenti «liste di clausole contrattuali che devono essere considerate abusive». Per inciso, non si tratta di un *unicum*, se è vero che già il successivo art. 33, sempre della direttiva in oggetto, ha disposto l'interpolazione, anche nel testo della dir. 99/44/CE, di un nuovo art. 8-*bis*, prescrivente l'obbligo per i legislatori nazionali, ove abbiano adottato "*disposizioni di protezione*" più rigorose di quelle previste dalla normativa armonizzata, di informare la Commissione.

¹⁷ Cfr. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, cit., 142 nonché LUMINOSO, *L'interpretazione del diritto privato comunitario (regole e tecniche)*, in SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, 276 ss.

¹⁸ Si mutua l'espressione da IRTI, I "*cancelli delle parole*", cit., 14.

formuliamo così, senza tante perifrastiche, la domanda: possono compararsi *due norme*, rispettivamente la regola derivata nazionale e quella ricavabile in virtù di un'applicazione diretta dell'art. 47, «reputate espressive di un *medesimo* valore»¹⁹, con la seconda evidentemente valutata (dal giudicante) come *maggiormente rispondente* all'attuazione del principio sovraordinato? Non foss'altro per un'elementare esigenza di ordine nella teoria delle fonti, dobbiamo infatti sapere quale sia il diritto applicabile. Il fatto è che, se lo si dovesse reputare ammissibile, il sentenziare descritto postula allora che *può* una Corte nazionale, direttamente richiamandosi al principio di effettività, qualificare *come non in contrasto*, con una normativa derivata/armonizzata conforme, una regola estratta da un altro diritto derivato nazionale, più garantista, quantunque (*cave!*) i due diritti derivati in realtà *contrastino* e quello dello Stato di appartenenza del giudice disapplicante sia, in quanto normativa vigente²⁰, da reputare come per ciò stesso *inderogabile*: un attributo, questo, che l'approccio sunteggiato, facendo del problema descritto una questione di ordinamento del caso concreto ovvero di un'ermeneutica teleologicamente orientata alla *qualità* della tutela giuridica²¹, si trova invece a degradare, e non potrebbe essere altrimenti, al rango, se non di un diritto legislativo illegittimo, di *una* soltanto delle (possibili) modalità manifestative di una discrezionalità legislativa puramente contingente²². Già di primo acchito si potrebbe infatti repli-

¹⁹ Così, ma il c.vo è aggiunto, FEMIA, *Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine*, in PERLINGIERI-RUGGIERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, Napoli, 2009, 60, il quale, non a caso e con grande suggestione, scrive «siamo educati a comparare regole, forse, a comparare principi, ma come si fanno a comparare due norme reputate espressive di un medesimo valore?». V., in una prospettiva d'insieme, REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, 89 ss., 120 s.

²⁰ Dettata, come si sa, in adempimento di uno specifico obbligo comunitario: v. FALZEA, *Effettività del diritto europeo*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 19.

²¹ E dunque una questione di individuazione, in un sistema di fonti che si presenterebbe come unitario, della «disciplina più adeguata e congrua da applicare»: così P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di Pennasilico, Napoli, 2012, 1141.

²² V., persuasivamente, al termine di una critica tagliente, CASTRONOVO, *Di-*