



I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona.

Giuseppe Vettori – Professore Ordinario di Diritto civile

Sommario. 1. Il progetto europeo - 2. Dalla Cedu al Trattato di Lisbona - 3. Il principio democratico - 4. Il Mercato - 5. I diritti - 6. Le libertà - 7. Il processo - 8 Una conclusione parziale.

1. Il progetto europeo.

Nell'ultimo decennio si sono utilizzate, per valutare la qualità dell'assetto istituzionale in Europa coppie di termini antagonisti: mercato e diritti¹, liberalismo e solidarietà², liberismo e dirigismo³, ma i tratti fondamentali del progetto europeo⁴ possono essere compresi, a fondo, solo con uno sguardo al passato di un continente che è sempre stato “sede di migrazioni, di interazioni, di contrasti e di conflitti fra popoli e stirpi differenti”⁵. Basta qualche cenno alla storia a noi più vicina per fissare qualche dato essenziale.

Alla visione di un secolo breve (iniziato nel 1914 con gli spari di Sarajevo e finito nel 1989 con la caduta del muro di Berlino) si è contrapposta, in un bel libro recente, una diversa lettura che rappresenta gli ultimi due secoli come un secolo lungo, non ancora completamente terminato. L'inizio è fissato con gli assetti geo-politici del Congresso di Vienna (1815) come momento di emersione significativa “di quelle concezioni dei confini, dei territori e degli Stati che ancora oggi prevalgono nel continente europeo”⁶. E' noto che cosa accadde allora.

Nel versante occidentale la Francia fu costretta entro i confini anteriori alla rivoluzione e la Germania fu divisa ignorando le zone più sensibili, ove da sempre esistevano “sovrapposizioni di sovranità”. Nell'Europa centro-orientale, accanto ad un principato serbo soggetto all'influenza

¹ P.CARETTI, *La dimensione sovranazionale*, in M.Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, p.181 ss.

² F.D.BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei Principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in Riv. dir. civ. 2009, p. 287 ss.

³ G.COFRANCESCO (a cura di), *Il Diritto comunitario.Tra liberismo e dirigismo*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 2009, p. 1 ss.

⁴ V. in particolare il libro di G.BOCCHI- M.CERUTI, *Una e molteplici. Ripensare l'Europa*, Tropea, Milano, 2009, cui si farà, nella prima parte, costante riferimento.

⁵ G.BOCCHI-M.CERUTI, *op.cit.*, p. 69.

⁶ G.BOCCHI-M.CERUTI, *op. cit.*, p. 33 ss.



dell'impero ottomano si formarono “domini fatti di regioni eterogenee e di consuetudini disparate” con la costruzione di nuovi stati nazionali⁷.

In entrambi i casi in tutta Europa si sostituì all'intreccio di nazionalità, lingue e religioni lo stato nazionale mono-etnico, o con maggioranza etnica, con cittadinanza e autorità esclusiva, su un territorio delimitato con rigidità. E tutto ciò ha moltiplicato i conflitti identitari, condizionato le scelte di molti Stati nascenti⁸, favorito gli assetti territoriali dei paesi del socialismo reale e le “forme di centralizzazione di forme imperiali come la Germania del secondo Reich”⁹.

Anche dove lo Stato nazione ha dato il meglio di sé le vicende storiche sono state gravissime. Basta pensare al conflitto franco tedesco che si è sviluppato dal 1792 al 1945 con vette di violenza atroci. La rivendicazione del confine del Reno (da parte della Francia) e della Mosa (da parte della Germania) ha scatenato guerre sino alla rovina di entrambe le nazioni: la Francia nel 1940 e la Germania pochi anni dopo¹⁰.

I soli fatti positivi degli ultimi decenni, come la riconciliazione franco tedesca dopo la seconda guerra mondiale, la riunificazione della Germania e l'aggregazione degli Stati dell'Est dopo la caduta del muro di Berlino, sono accaduti grazie anche all'opera e al progetto dell'Unione europea su cui è tempo di soffermarsi¹¹.

2. Dalla Cedu al Trattato di Lisbona

La CECA fu creata con il Trattato di Parigi (del 18 aprile 1951) per risolvere un problema di risorse (il carbone e l'acciaio appunto) e di luoghi contesi da Francia, Germania, Belgio e Lussemburgo. Nel Trattato che dà vita alla CEDU (del 4 novembre 1951) gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa (10 in origine, 46 oggi) hanno instaurato un sistema effettivo di tutela di un ordine pubblico europeo, fondato sulla convinzione storica che solo la tutela dei diritti garantisce una configurazione democratica degli Stati.

Da qui i tratti originari di questo nuovo ordine affermato nel Trattato e scandito da un nucleo di situazioni fondamentali garantite da un accesso effettivo al giudice.

Alla Corte di Strasburgo ci si rivolge quando si sono esauriti i ricorsi interni o se questi non sono efficienti. Le sentenze di questo Giudice vincolano le parti e gli Stati ed hanno un ruolo importante nell'interpretazione delle leggi interne. La Corte ha tratti costituzionali sotto vari profili, come si è osservato.¹² Nel tono elevato delle sue motivazioni, rispetto a quello più pragmatico della Corte di Giustizia, nel bilanciamento dei valori che non risente del ruolo preminente del mercato e degli obiettivi economici dell'Unione, nella tutela dei diritti fondamentali¹³ ove non sono mancati casi di

⁷ G.BOCCHI-M.CERUTI, *op. cit.*, p. 35 ss.

⁸ Compresa l'Italia che poteva scegliere, al momento della sua unificazione, un modello federale e non unitario v. ancora G.BOCCHI-M.CERUTI, *op. cit.*, p. 35.

⁹ G.BOCCHI-M.CERUTI, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰ G. BOCCHI- M.CERUTI, *op. cit.*, p. 70 ss. Del resto anche le guerre dell'ultimo decennio del '900 non sono affatto solo il frutto di “eccentricità balcaniche” ma dei miti nazionali e delle loro logiche, con un esito sconcertante perché gli stati nati in quel periodo sono ancora scissi dalla storia, memoria e cultura dei popoli e sono ancora oggi plasmati dall'impronta di “costruzioni improvvisate e precarie”.

¹¹ V. per questa ricostruzione ancora G.BOCCHI-M.CERUTI, *op. cit.*, p. 33- 43.

¹² S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, (a cura di S.P.PANUNZIO), Napoli, 2005, p. 34 ss..

¹³ S.P. PANUNZIO, *op. cit.* p. 100 ss.



contrasto con la Corte di Giustizia sulla disciplina del processo, sulla tutela della vita privata e del domicilio estesa ai locali commerciali e alle persone giuridiche, sui diritti di difesa e la diffusione di notizie¹⁴.

E' chiaro il tratto essenziale della Convenzione.

La CEDU garantisce un minimo standard inderogabile di tutela dell'individuo e delle libertà negative, per lo più rispetto al potere pubblico e si differenzia in ciò dalle finalità della Unione europea che, nel suo lento procedere da Comunità economica a Unità politica, ha avuto un ruolo positivo e un obiettivo volto "alla concreta realizzazione e sviluppo dei diritti attraverso anche l'azione degli Stati"¹⁵.

Sappiamo tutti ciò che sta accadendo.

Dopo l'abbandono del Trattato costituzionale si è sottoscritto a Lisbona un testo che non sostituisce i due esistenti (TCE e TUE), ma li rivede "allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione allargata". In esso si rinuncia al termine Costituzione e all'esplicito riferimento alla supremazia del diritto comunitario ma si incorpora con pieno effetto legale la Carta di Nizza e la Unione Europea aderisce alla CEDU con due conseguenze importanti.

La piena efficacia giuridica della Carta accrescerà il ruolo della Corte di Giustizia nella tutela dei diritti fondamentali e l'adesione della UE alla CEDU attribuirà alla Corte di Strasburgo "le competenze a giudicare del rispetto della CEDU da parte dell'Unione e dei suoi organi, compresa la Corte di Giustizia". Con l'ulteriore vantaggio che i diritti non "muteranno di significato e di contenuto a seconda che rilevino in ambito nazionale, controllato dalla Corte di Strasburgo, o in ambito comunitario, controllato dalla Corte di Giustizia"¹⁶.

Certo è che, al di là del rilievo effettivo del Trattato di Lisbona¹⁷ il progetto europeo ha sdrammatizzato il problema dei confini e riconciliato l'Europa con la varietà delle proprie radici; si fonda su valori che risultano da condivisioni e stratificazioni di Stati e popoli; si presenta come laboratorio di innovazione istituzionale e culturale, per il governo dei processi di globalizzazione, per l'integrazione dinamica fra pubblico e privato, (dove "hanno fallito liberalismo e dirigismo unilaterali")¹⁸ e per la tensione ad una futura possibile condivisione di un modello di Stato sociale, creato in Europa nel corso del 900 in paesi diversi e da politiche diverse, come patrimonio a cui ora guarda anche l'altra sponda dell'Atlantico.

Un tale progetto elude *a priori* dogmi e astrazioni eccessive e si coniuga con la concretezza delle scelte da compiere in una comunità policentrica e molteplice.

Sono sufficienti sul punto solo alcuni esempi.

3. Il principio democratico.

Sulla legittimazione democratica dell'Unione esistono opinioni molto diverse.

Per alcuni "la migliore configurazione è quella attuale". I cittadini votano per i governi nazionali e il Parlamento Europeo opera da "condotto democratico secondario". "Gli Stati vogliono che l'Unione non si occupi di politiche sociali, fiscali, di sanità, pensioni, istruzione, ordine pubblico e

¹⁴ V. ancora l'analisi attenta di S.P. PANUNZIO, *op. cit.*, p. 46,47,48.

¹⁵ S.P. PANUNZIO, *op. cit.*, p. 80.

¹⁶ S.P. PANUNZIO, *op. cit.*, p. 76. Il Trattato di Lisbona è stato ratificato da tutti gli altri Stati aderenti all'Unione Europea.

¹⁷ V. per i profili istituzionali P. CARETTI, *op. cit.*, p.180,181.

¹⁸ G. BOCCHI-M. CERUTI, *op. cit.*, p. 88-89



l'Europa ha rispettato tale desiderio". Ciò perché "bisogna preferire i fatti ai miti, una democrazia pragmatica piuttosto che utopica" e tendere casomai verso un federalismo futuro.¹⁹

La risposta a tali considerazioni è altrettanto netta.

L'integrazione europea è iniziata per volontà politica con la costituzione della Comunità economica ed è proseguita con scelte politiche nel 1989 e nel 2004 con consistenti allargamenti. Ciò può determinare conseguenze drammatiche sul funzionamento della democrazia per una serie di motivi evidenti. La sola regolazione comporta una distribuzione di costi e benefici non sottoposta ad un controllo democratico. D'altra parte i governi rispondono di fronte agli elettori dell'equilibrio realizzato nel tempo mentre l'Unione non ha responsabilità diretta e ha privilegiato una competenza tecnica di una serie di questioni sottratte agli Stati. Il che è alla lunga intollerabile per molte ragioni. Non si può separare a lungo la regolazione economica e monetaria affidata alla UE e i provvedimenti sullo stato sociale e le tasse di competenza dei governi senza incidere sui fondamenti stessi della democrazia. Insomma, secondo questa tesi, i tempi sono maturi per sviluppare l'altro pilastro istituzionale, quello popolare²⁰, carente in Europa da sempre²¹.

Sino dagli anni sessanta i giudici statali sono stati "coinvolti nell'applicazione del diritto comunitario, mentre si è bloccato il processo di approvazione del Trattato costituzionale e dunque l'affermarsi di un principio democratico come principio di legittimazione"²².

Ed è "questo che manca per la transizione dal Trattato alla Costituzione"²³.

Molti oramai si chiedono "fino a quando e soprattutto sino a quale limite è possibile costruire l'Europa sul lato dei giudici. Mentre si va diffondendo l'opinione che "un aumento delle competenze dell'Unione e una conseguente disapplicazione del diritto statale a più vasto raggio diverrebbe problematica senza una crescita anche sull'altro lato, ovvero sul lato del principio democratico"²⁴.

Questo processo passa da una revisione della nozione di sovranità che superi l'idea ottocentesca dello stato liberale di diritto²⁵ per realizzare una forma di "sovranità temperata", un "intero composto di

¹⁹ A. MORAVSČIK, in *Yves Mény e Andrew Moravcsik discutono di democrazia europea*, in *Il Mulino*, 3, 2009, p. 457. Moravcsik osserva che solo una piccola parte di provvedimenti normativi provengono dalle istituzioni europee (9-15%) e sono comunque recepiti tramite processi interni ai singoli Stati. I sondaggi mostrano una fiducia nell'Europa spesso superiore agli Stati mentre la mancanza di democrazia è spesso sollevata dalle formazioni estreme della sinistra e della destra. I voti contrari espressi nei referendum sul Trattato costituzionale sono spesso dettati da motivazioni locali.

²⁰ Y. MÉNY, in *Yves Mény e Andrew Moravcsik discutono di democrazia europea*, cit. pp. 460-461, 464-466. Osserva Mény che la "camicia di forza" imposta dall'Europa favorisce alcune ideologie e alcuni partiti ispirati e ne penalizza altri. Genera scontenti fra gli elettori che finiscono per privilegiare posizioni estreme. Urta contro un dato di fondo. Le scelte economiche in una democrazia matura devono essere oggetto di dibattito e decisioni condivise, sicché la scelta è netta. O si riportano quelle decisioni in un ambito nazionale o si democratizzano le sfere decisionali sopranazionali. L'impossibilità della prima ipotesi induce a percorrere forzatamente la seconda. Tutto questo non comporterebbe affatto l'adozione di politiche sociali "predisposte e finanziate dalla Unione" che sarebbe un disastro, ma la ricerca di forme decisionali democratiche nel governo dell'economia rafforzata dalla supremazia del diritto.

²¹ V. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorso della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, p. 134 ss. Il processo costituente europeo non è sorto come discontinuità di un regime abbattuto (come è stato invece per le rivoluzioni del '700 e le costituzioni del '900), ma entro uno scenario federalistico che nella storia è stato in passato scandito da due tratti precisi. L'inserimento nel "processo di approvazione dei Trattati .. in modo sempre più incisivo della voce popolare diretta" e la disapplicazione da parte dei giudici del diritto degli Stati incompatibile con l'assetto sopranazionale, come è avvenuto negli USA nel corso di oltre un secolo successivo alle prime proclamazioni.

²² M. FIORAVANTI, *ivi*, p.140.

²³ M. FIORAVANTI, *ivi*, p.146.

²⁴ M. FIORAVANTI, *ivi*, p.140.

²⁵ M. FIORAVANTI, *ivi*, p.162 ss. Già le costituzioni del '900 superano questo positivismo statalista tendendo a circoscrivere i poteri statali, a introdurre partecipazione e consenso, sino a riconoscere diritti che "vengono opposti al potere politico e nello stesso tempo vengono garantiti attraverso il potere politico". Inizia poi un percorso di previsioni di limitazioni alla sovranità interna a favore di organismi esterni. Nell'attuale fase di ratifica del Trattato di Lisbona tale processo ha subito un



parti distinte”, un “contratto costituzionale che superi l’idea tradizionale di sovranità. Si deve ancora elaborare questo nuovo principio secondo tratti che appaiono già raffinati.²⁶

4. Il Mercato

Quanto alla disciplina della concorrenza e del mercato i cultori delle scienze sociali hanno molto da riflettere su ciò che è accaduto negli ultimi decenni del secolo passato.

Si era in quegli anni affermata l’idea che l’economia non ha bisogno del diritto e della politica, (viste da diverse ideologie come sovrastrutture) perchè esprime un proprio ordine guidato da tecnici capaci di trasformare le esigenze e i bisogni individuali e collettivi in modelli costanti. Che cosa è accaduto è spiegato già da una serie di analisi acute.

La finanza è stata per due decenni una fonte di reddito essenziale in America e nel Mondo. Solo che lo Stato ha rinunciato progressivamente alle funzioni sovrane della regolazione e del controllo monetario.

Gli esiti sono noti. Da un lato fallimenti delle banche, crisi dell’economia reale, licenziamenti e disoccupazione, povertà dei paesi più deboli. Dall’altro il ritorno della politica e del denaro pubblico con una serie di espedienti impensabili qualche anno fa.

Sono tornati centrali la politica e il diritto a cui si chiedono regole nuove e sono mutate le consapevolezze del passato recente perché l’alternativa non è più, a destra come a sinistra, fra lo Stato e il mercato, ma all’interno dello Stato fra mercato e sociale. Il mercato non è più inteso da nessuno come forza spontanea ma come motore di sviluppo da regolare entro le strutture dello Stato di diritto²⁷. Ma è significativo anche ciò che è accaduto nelle istituzioni europee con il recente caso Manfredi deciso dalla Corte di Giustizia²⁸ e il libro bianco del 2008.

La Corte di Giustizia si è posta “l’obiettivo sistematico di preservare la concorrenzialità del mercato”, tramite anche la funzione deterrente della responsabilità aquiliana azionata da ogni soggetto anche non consumatore²⁹. Il libro bianco ha la finalità di unire “alla cultura della concorrenza.. un altro principio guida” basato su un “metodo autenticamente europeo” e su “ misure equilibrate radicate nella cultura e nelle tradizioni giuridiche europee” con riguardo anche ai meccanismi di “aggregazione delle singole istanze delle vittime” e delle azioni collettive³⁰. E’ evidente in entrambi i casi la tensione verso l’individuazione di contenuti concreti del modello sociale enunciato nei Trattati³¹.

evoluzione importante. La stessa Francia attenta da sempre alle prerogative nazionali ha ammesso con una pronuncia del Conseil Constitutionnel del 20 dicembre 2007 che “la sovranità nazionale non impedisce affatto di riconoscere l’esistenza di un ordinamento giuridico sopranazionale. Mentre Italia, Spagna e Germania hanno adottato posizioni simili”.

²⁶ M.FIORAVANTI, *ivi*, p. 147 ss.

²⁷ V. sul punto G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 18 e F. FELICE, *L’economia sociale di mercato*, Rubbettino, 2009.

²⁸ Corte di Giustizia, cause riunite da C-295/04 a C 298/04.

²⁹ V. E CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, p. 65 ss.; N.DELLA BIANCA, *Illecito antitrust e la tutela collettiva dei consumatori*, in Resp. civ., 2009, p. 278, ma in particolare F.D.BUSNELLI, *op. cit.*, p. 300.

³⁰ F.D.BUSNELLI, *op. cit.*, p. 301.

³¹ F. FELICE, *op. cit.*



5. I diritti

E' noto che il modello comunitario si è formato attraverso la trentennale elaborazione della Corte di Giustizia recepita poi nell'art. 6.2 del Trattato di Maastricht³². Secondo questa chiara indicazione i diritti sono desunti da una serie di testi normativi con un'opera di astrazione e concretizzazione che ne esalta il ruolo e la funzione di principi.³³ Tutto questo con alcuni tratti di discontinuità rispetto alle costituzioni nazionali. In Europa, molto più che nei singoli ordinamenti, è stato centrale il ruolo dei giudici che hanno utilizzato indici formali molto generali ed hanno avuto un'ampia discrezionalità nella determinazione della tutela, limitata solo dal principio di proporzionalità e dalle finalità dell'Unione.

“La legge, come si è osservato, è apparsa solo sullo sfondo³⁴” ed ha avuto una finalità solo negativa perché non poteva introdurre limiti ulteriori rispetto “a quelli ritenuti ammissibili dal giudice comunitario” e non poteva svolgere il suo tipico ruolo di parametro essenziale per la concretizzazione dei diritti³⁵. Come accade nelle costituzioni nazionali, dotate di cataloghi dei diritti, di una riserva di legge per “promuoverne la applicazione” e di una riserva di giurisdizione che affida al giudice il compito del loro rispetto “entro limiti costituzionalmente predefiniti”³⁶.

La Carta dei diritti, inserita con piena giuridicità nel contesto del Trattato di Lisbona, ha con tale quadro elementi di continuità e discontinuità.

La comprensione dei sei titoli entro altrettanti principi senza distinguere fra diritti di libertà e diritti sociali, ha la funzione di clausola generale aperta senza predeterminazioni di limiti tassativi e ciò rende possibili interpretazioni adeguate di grande interesse e utilità³⁷.

D'altra parte la presenza di un catalogo codificato muta l'attività del giudice³⁸ rispetto al passato e pone in luce un potere che assicura tutela e si obbliga a promuoverli in senso positivo, in base ad una “policy europea dei diritti fondamentali” potenziata dal collante giurisprudenziale delle Corti superiori che hanno iniziato a dialogare anche attraverso il rinvio pregiudiziale³⁹.

Questo potere (nell'art. 3 T.U.E.) si propone obiettivi precisi. “Combatte(re) l'esclusione sociale e le discriminazioni, promuove(re) la giustizia, la protezione sociale e la parità fra gli uomini e donne, nonché la solidarietà tra le generazioni, impegna(ndosi) a promuovere la coesione economica sociale e territoriale tra gli stati membri”.

³² Ove si afferma che “l'unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali... e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto”.

³³ P.CARETTI, *op. cit.*, p. 185.

³⁴ Sul ruolo della legge nella garanzia dei diritti fondamentali v. M.DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M.FIORAVANTI, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 41 ss.

³⁵ P.CARETTI, *op.cit.*, p. 185.

³⁶ P.CARETTI, *op. cit.*, p. 186.

³⁷ Mi permetto di richiamare quanto già osservato nel volume *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 15 ss.

³⁸ Ciò (secondo P. CARETTI, *op. cit.*, p. 187 ss.) almeno sotto tre aspetti essenziali. L'introduzione di una riserva che attribuisce alla legge il compito esclusivo di apporre limitazioni, la implicita necessità di un bilanciamento che può spostare l'asse di valutazione da contenuti economici a valori non patrimoniali e in particolare il diretto rapporto fra il potere e i diritti

³⁹ P.CARETTI, *op. cit.*, p. 188.



Se si riflette su questi dati positivi è davvero difficile ritenere che i principi comuni in Europa abbiano l'unico fine di instaurare e far funzionare il mercato per raggiungere gli scopi della tecno-economia⁴⁰, o che sia in atto una mutazione rispetto alle origini. Quasi un'alterazione del limpido liberismo ideale della Comunità economica, nata con il Trattato di Roma, verso una "controriforma" che si affida, per la realizzazione degli obiettivi sociali, ad una eccessiva "discrezionalità interpretativa e applicativa"⁴¹.

Vero è invece che l'effettività della tutela dei diritti fondamentali è da sempre il presupposto della legittimità democratica dell'Unione e il suo tratto specifico in ogni settore.

E' sufficiente ricordare sul punto la coesistenza della tutela delle libertà fondamentali con una forte protezione dell'eguaglianza (non dissimile dall'art. 3, 2° comma della Cost.), della dignità, della non discriminazione e dei diritti sociali valorizzati dal principio di indistinzione dai diritti civili ed economici. Ma è opportuno anche sottolineare le linee chiare e pragmatiche in tema di protezione integrale della persona nel suo intero progredire biologico. Dalla valorizzazione del consenso libero e informato al divieto delle pratiche eugenetiche, della clonazione riproduttiva e del commercio del corpo (art. 3 della Carta dei diritti).

Da tutto ciò si trae l'adesione ad un principio che vuol tenere distinte le regole di condotta per la convivenza civile da fedi e ideologie che potrebbero allontanare scelte ampiamente condivise, razionali ed efficienti.

Ma anche sulle libertà economiche il progetto è chiaro.

6. Le libertà

Nell'art. 16 della Carta dei diritti si riconosce la libertà di esercitare un'attività economica, di operare in un mercato concorrenziale, di concludere contratti, mentre la doverosità che completa il precetto emerge dal diritto comunitario applicato dalla Corte Giustizia che individua nella dignità della persona e nei diritti fondamentali un limite certo di tale libertà.

E' notissimo il caso Omega ove la dignità è riconosciuta come principio generale del diritto comunitario idoneo a limitare il contenuto della libertà di contratto⁴², ma già nel caso Schmidberger la Corte aveva affermato che "la tutela dei diritti fondamentali può prevalere su di una libertà economica riconosciuta dal Trattato, previo un loro attento bilanciamento"⁴³.

⁴⁰ N. IRTI, (*Il metodo*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO-V. MAZZAMUTO, Milano, 2007, p. 57 ss.) osserva che il diritto europeo, abbassando i legami storici a materiale costruttivo, richiede quel metodo che va avanti ad ogni altro il metodo letterale...bisogna ricominciare da capo...i concetti giuridici non appartengono ad una logica eterna, svelata una volta per sempre e applicabile a qualsiasi diritto...sono tutt'uno con la storicità dell'oggetto..e se questo oggetto è orientato dalla tecno-economia ..i concetti sono chiamati a rispecchiare i medesimi scopi ed a muoversi nella stessa direzione..... Il diritto europeo non è un corpo di regole che stia a sé sospeso al di sopra dei diritti nazionaliè solo espressione riassuntiva dei diritti nazionali uni-formi e anche di ciò deve tener conto il metodo.

⁴¹ Secondo un modello che alcuno di recente avvicina "alla Chiesa cattolica uscita dalla Controriforma, nella quale la condotta umana..veniva disciplinata, a partire da posizioni "dogmatiche", attraverso tutta una serie di eccezioni e di contro eccezioni, tutte di interpretazione ovviamente elastica caso per caso⁴¹. Le eccezioni sarebbero state allora ammesse a discrezione della Chiesa "come lo sono oggi, in Europa, a discrezione della tecnostruttura di BruxellesP.Ostellino, Controriforma targata Europa, in *Corriere della Sera*, 23 agosto 2009 p. 35

⁴² Corte di Giustizia 36/02 (2004) ECR I-09609 (ECJ) ma vedi anche Corte di Giustizia 260/89 (1991) ECR I-2925 (ECJ); Corte di Giustizia 94/00 (2002) ECR I-9011 ,25 (ECJ) v. sul punto ora G.VETTORI, *op. cit.*, p. 40ss.

⁴³ V. il Caso Schmidberger (2003) ECR I-5659,71 (ECJ) e sul punto ancora G.VETTORI, *op. cit.*, p. 41.



D'altra parte la Corte di Giustizia⁴⁴ ha affermato di recente che il riordino dei monopoli nazionali deve escludere qualsiasi discriminazione fra i cittadini e nella specie si osserva che i Trattati esigono trattamenti paritari, trasparenza e rispetto dei diritti dei singoli mentre contrasta con tale ordine la legge italiana che «ha consentito a soggetti eccedenti i limiti *antitrust* di continuare la loro attività, escludendo operatori che pur in possesso di concessione non hanno potuto svolgere la loro attività per mancanza di assegnazione di frequenze già tutte impegnate da altri».

Il contenuto delle libertà economiche e i limiti al loro esercizio emergono qui in un chiaro contesto di diritti e principi.

Sul contratto il diritto di provenienza comunitaria accomuna metodi e riflessioni diverse con ampio utilizzo della ragionevolezza, della buona fede, di un ruolo nuovo del giudice nel controllo dell'atto e del rapporto. Su di esse sono opportune alcune precisazioni.

Tali principi non presuppongono affatto una visione etica né una scelta di forme predeterminate di giustizia sociale che esige un atto politico di bilanciamento fra valori diversi⁴⁵. Hanno invece una funzione distributiva perché la diversa configurazione degli elementi strutturali degli istituti e delle tutele distribuisce in modo diverso i rischi derivanti dall'esercizio dell'autonomia dei privati. Questo insieme di principi, insomma, indicano solo l'esigenza che anche nel diritto dei privati si debba riflettere e fissare, con ragionevole precisione, le regole e i rimedi adeguati ai tempi e alle materie trattate, coniugando eguaglianza e singolarità (con uno sforzo di aggiustamento e un rischio di inesattezza che è connaturale ad ogni idea sana di giustizia che esige solo di spingersi sempre alla ricerca di "ancora di più e di ..ancora oltre"⁴⁶) nell'attribuire a ciascuno quanto è dovuto tenendo conto del valore assoluto e irripetibile di ogni individualità⁴⁷.

Se è così contro generalizzazioni improponibili (ispirate al sacro o alla natura delle cose) emerge la necessità di riflettere e di costruire rimedi adeguati alla complessità di un sistema di fonti complesse. Ciò in base a strumenti rigorosi e fondati sul diritto positivo, con il richiamo all'analogia fra diritti speciali e con largo impiego di principi elaborati con forza e coerenza diverse⁴⁸.

Sul piano dell'atto di fronte ad un abuso e uno svantaggio si invita a rivedere i modelli tradizionali della nullità (più la rideterminazione) e della validità (più il risarcimento). L'utilizzo della responsabilità pre-contrattuale da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, valorizza in modo del tutto convincente il secondo modello e rafforza l'idea che la buona fede sia una regola di valutazione dei contegni e solo indirettamente di correzione dell'atto.

Sull'equità occorre una precisazione. Essa non ha rilievo generale sulla struttura. Il contratto iniquo non ha un trattamento generalizzato né una sanzione generale. Ha rilievo solo in presenza di una norma e l'art. 1374 ha il senso di richiamare in via riassuntiva tutte le indicazioni specifiche che trattano di equità correttiva. Ma queste norme vanno valutate in merito alla loro natura, caso per caso. Spesso

⁴⁴C. giust. 31 gennaio 2008, causa C- 380/05 (Centro Europa 7 Srl / Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni)

⁴⁵ V. *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common frame of References (DCFR)* Sellier, Munich 2009; e di recente G. DI CRISTOFARO (a cura di), *Principi del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009.

⁴⁶ J. NANCY, *Il giusto e l'ingiusto*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 28 "Essere giusto è pensare che la giustizia è ancora da compiere che essa può esigere ancora di più e andare oltre". Ogni persona (oppure ogni gruppo di persone) convinta di sapere cosa è giusto e cosa è ingiusto, convinta di fare la giustizia, di non dovere compiere lo sforzo di diventare più giusta, ogni persona di questo tipo è pericolosa. L'inizio della giustizia..consiste nel sapere che non si è mai sufficientemente giusti" (p. 58). "La giustizia si fa sempre in funzione degli altri" (p. 59).

⁴⁷ G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in Eur. dir. priv., 2006, p. 53 ss.

⁴⁸ Mi permetto di richiamare qui l'analisi compiuta a fini solo didattici in G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008.



non sono affatto eccezionali ma estensibili per *analogia iuris* tutte le volte che emerge dalle fonti un “principio ordinatore della materia”. (v. art. 7, *legge sui ritardi di pagamento* ma anche art. 5 *legge sul divorzio*).

Sul piano del rapporto è sempre più avvertita l’idea che nei “contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, (l’equità esige che) si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato o opportuno”⁴⁹. In tale opera costruttiva “gli italiani partono favoriti in virtù degli articoli 1366, 1375 e soprattutto in virtù dell’art. 1374”⁵⁰. Non solo. Emerge qui lo specifico rilievo della categoria dei contratti relazionali e di durata che trova ora un riferimento normativo nella legge di pochi giorni fa sul contratto di rete ove si richiede necessariamente un specifico riferimento alla durata del contratto e alle relative ipotesi di recesso⁵¹.

Il tratto comune è chiaro anche nella disciplina del contratto. Si passa da un controllo di conformità fra atti e contegni racchiusi in modelli strutturali prefigurati nei codici nazionali ad una ricerca della tutela più adeguata ed efficiente per l’interesse tutelato o il conflitto da risolvere in un complesso sistema di fonti.

Per la proprietà⁵² sono note le recenti sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo recepite dalla nostra Corte costituzionale⁵³.

Nelle cause Scordino⁵⁴ si è affermato che l’indennità di espropriazione deve realizzare un giusto equilibrio tra l’interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell’individuo; sicché in caso di esproprio isolato solo una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il bene, mentre obiettivi di utilità pubblica o di giustizia sociale possono giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo.

⁴⁹ V. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, in particolare Cap. III; Id. *Le sopravvenienze*, in Tratt. Roppo, Milano 2008, p. 689 ss.

⁵⁰ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 204.

⁵¹ V. sul punto ancora G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 180 ss.

⁵² Riproduco qui quanto ho già sostenuto sul punto in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 75 ss.

⁵³ V. Corte Cost. n. 16 giugno 1993, n. 283, in *Foro it.*, 1993, I, 2089 ed in *Corriere giur.*, 1993, p. 789, con nota di CARBONE e p. 921 di A. DI MAJO. In essa si ribadiva che l’indennizzo «se non deve costituire una integrale riparazione della perdita subita...non può essere tuttavia fissato in misura irrisoria o meramente simbolica ma deve rappresentare un serio ristoro. Perché ciò possa realizzarsi occorre far riferimento per la determinazione dell’indennizzo al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali. Il principio del serio ristoro è violato, secondo tale pronuncia, quando per la determinazione dell’indennità non si considerino le caratteristiche del bene da espropriare ma si adotti un diverso criterio che prescindendo dal valore di esso». La Corte dunque «ha tenuto a precisare che la mediazione tra l’interesse generale sotteso all’espropriazione e l’interesse privato, espresso dalla proprietà privata, non può fissarsi in un indefettibile e rigido criterio quantitativo, ma risente sia del contesto complessivo in cui storicamente si colloca sia dello specifico che connota il procedimento espropriativo, non essendo il legislatore vincolato ad individuare un unico criterio di determinazione dell’indennità, valido in ogni fattispecie espropriativa». Insomma «né il criterio del valore venale...né alcuno dei criteri mediati prescelti dal legislatore possono avere i caratteri dell’assolutezza e della definitività. La loro collocazione nel sistema e la loro compatibilità con i parametri costituzionali subiscono variazioni legate al decorso del tempo e al mutamento del contesto istituzionale e normativo, che non possono restare senza conseguenze nello scrutinio di costituzionalità della norma che li contiene». Come è noto la Corte aveva ritenuto che anche un «contesto complessivo caratterizzato da una sfavorevole congiuntura economica.. può conferire un diverso peso ai configgenti interessi oggetto del bilanciamento legislativo».

⁵⁴ Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. Grand Court, 29 marzo 2006, in *Europa dir. priv.*, 2007, 2, p. 541 con nota di BOVA.



Così la Corte di Strasburgo ha dichiarato che l'Italia aveva il dovere di porre fine alla violazione dell'art. 1 del Protocollo e la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la legislazione vigente⁵⁵, e sollecitato un nuovo intervento legislativo⁵⁶ che potrà discostarsi, ma in modo ragionevole e rigoroso dal valore di mercato del bene in ossequio all'art. 42 della Costituzione.⁵⁷

Da tutto ciò non si può trarre un principio comune perché nei Trattati non è presente una disciplina organica della proprietà⁵⁸ perché l'assenza di una cultura giuridica uniforme ha reso difficile la formulazione di una normativa comune⁵⁹. Basta pensare che l'art 295 (T.U.E.) è solo espressione sul punto del principio di sussidiarietà⁶⁰ e che la Carta di Nizza formula un precetto (art. 17) discusso e discutibile per il collegamento tra proprietà e libertà⁶¹ che si reputa improprio e antistorico⁶², sino a

⁵⁵ V. Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, cit., ove si osserva che «una indennità congrua seria e adeguata non può adottare il valore di mercato del bene come mero punto di partenza per calcoli successivi che si avvalgono di elementi del tutto sganciati da tale dato», senza contare che la riduzione del 40 per cento è priva di qualsiasi riferimento al valore della cosa anche se esso viene escluso in caso di cessione volontaria.

⁵⁶ La Corte costituzionale (24 ottobre 2007, n. 348, cit.) ha ribadito peraltro che il legislatore non è obbligato a predisporre criteri equiparati al valore venale del bene perché la funzione sociale (artt. 42 e 2) richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri di solidarietà mentre livelli troppo alti di spesa per l'espropriazione di aree «potrebbero pregiudicare la tutela effettiva dei diritti fondamentali» ed «essere di freno per la realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica».

⁵⁷ Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, cit. Analogamente in altra parallela sentenza, in tema di occupazione acquisitiva, si è precisato che la CEDU garantisce la legalità dell'azione amministrativa ed il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato mentre l'art. 42 della Costituzione esige un giusto equilibrio fra interesse privato e interesse pubblico che non può dirsi soddisfatto «da una disciplina che permetta alla pubblica amministrazione di acquisire un bene in difformità dallo schema legale e di conservare l'opera pubblica realizzata, senza che almeno il danno cagionato corrispondente al valore di mercato del bene, sia integralmente risarcito».

⁵⁸ M. TRIMARCHI, *La proprietà*, in C. CASTRONOVO E S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 3 ss. Emblematica è la differenza fra *civil* e *common law*. Lo stesso termine *properties* «non corrisponde a quello di proprietà...nella *common law* non identifica nemmeno i diritti reali bensì qualcosa di molto più ampio, perché rientrano nel concetto molti rapporti che in diritto italiano sono parte della materia delle obbligazioni; e si distingue così una *real property*, assistita da un'azione recuperatoria e una *personal property* alla quale è ricollegata solo un'azione di risarcimento del danno».

⁵⁹ V. per queste osservazioni la bella sintesi di M. TRIMARCHI, *op. cit.*

⁶⁰ M. TRIMARCHI, *op. loc. cit.*: «L'art. 295 deve essere inteso nel senso che la materia rimane nella competenza esclusiva degli Stati solo se non ricorrono finalità comunitarie che impongono l'adozione in dati settori di normative europee della proprietà». Manca dunque organicità e completezza di disciplina ma è in atto un processo «evolutivo dei diritti nazionali della proprietà nella logica e sotto l'influenza del diritto comunitario». Il legislatore comunitario può intervenire quando «dati obiettivi da perseguire possono essere meglio realizzati a livello europeo piuttosto che a livello nazionale...ed è sufficiente richiamare lo (2 e 3) «sviluppo armonioso equilibrato e sostenibile delle attività economiche», «l'elevato livello di protezione dell'ambiente», «l'elevato livello di occupazione e di protezione sociale», «il miglioramento del tenore della qualità della vita», «le politiche e le legislazioni in materia di moneta, beni culturali, commercio, libera circolazione, trasporti, agricoltura, concorrenza, ambiente, salute e consumatori?».

⁶¹ P. RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 325. L'art. 17 prevede il diritto di godere dei beni, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità, richiede in caso di esproprio una giusta indennità, rinvia alla legge per l'imposizione di limiti nell'interesse generale e trova collocazione nel titolo secondo (Libertà) dedicato alla tutela di valori, interessi e diritti aventi prevalentemente natura personale quali, fra gli altri, il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto di costituire una famiglia, la libertà di pensiero, la libertà di religione, la libertà di associazione, il diritto all'istruzione e al lavoro.

⁶² M. COMPORTE, *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, a cura di M. COMPORTE, Milano, 2005, p. 10 ss.



lamentare un ritorno all'idea ottocentesca di dominio⁶³ per l'abbandono del richiamo alla funzione sociale».⁶⁴

A ben vedere la norma non contiene, se interpretata in modo sistematico, un'equazione proprietà-libertà, nè prevede una libertà assoluta di godere e disporre od opera rinvii al diritto naturale. Afferma solo il potere di un soggetto di porre in essere comportamenti in ordine ai beni e garantisce la libertà di scelta senza configurare arbitri o poteri incondizionati (52.3, 53, 54)⁶⁵. Senza richiamare una concezione ottocentesca della proprietà⁶⁶, non fosse altro perché «i poteri del proprietario non possono espandersi o esercitarsi in modo tale da ledere diritti e valori di singoli, gruppi o dell'intera collettività quali la tutela dell'ambiente, della salute, del lavoro, dell'abitazione o di libertà fondamentali».

Ma c'è di più.

«La proprietà non può che essere riconosciuta e regolata in funzione degli scopi perseguiti dall'Unione europea e dei valori su cui essa si fonda». Gli artt. 1, 2 e 6 del Tr. UE e 2, 3, 4 del Tr. CE delineano un «ordinamento basato in campo economico sociale sul principio di un' economia di mercato aperta e in libera concorrenza ed al tempo stesso proteso al conseguimento di obiettivi solidaristici quali la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, l'occupazione, la protezione sociale, l'ambiente, la cultura, il tenore e la qualità della vita»⁶⁷.

Compare insomma la doverosità e il limite, con una sostanziale differenza rispetto al nostro modello proprietario. L'idea di funzione è tanto ambigua che si era sostenuto in passato che gli artt. 41, 42 e 43 della nostra Costituzione avrebbero legittimato anche una disciplina legislativa ispirata al piano, svincolata dal rispetto di un contenuto essenziale della proprietà. L'interpretazione sistematica dell'art. 17 esclude senza ambiguità tale conclusione e con essa un'evoluzione non conforme ad un assetto fondato su un'economia sociale di mercato⁶⁸. Al diritto del proprietario pubblico o privato si contrappongono in funzione di limite i valori della concorrenza e dei diritti individuali e collettivi⁶⁹ e la

⁶³ A. LUCARELLI, *Art.17. Diritto della proprietà*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 139 ss.

⁶⁴ Così M. COMPORI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, a cura di L. BRUSCUGLIA - G. GRISI - O. T. SCOZZAVAFÀ, Napoli, 2007, p. 1 ss. in part. 26.

⁶⁵ L'art. 52.3 prevede che «ogni disposizione ..va interpretata in modo che conferisca diritti con significato e portata almeno uguali a quelli previsti dalla CEDU». Ciò al di là delle differenze fra i due testi non può non significare che l'interpretazione dell'art. 17 deve tener conto degli orientamenti giurisprudenziali formatisi attraverso le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Secondo l'art. 53 l'interpretazione della Carta deve essere condotta in modo da non limitare o ledere i diritti e le libertà riconosciute dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle Convenzioni internazionali, dalle Costituzioni degli Stati membri. Il richiamo alle Carte Costituzionali e non alle tradizioni è importante.

L'art. 54 prevede il divieto di abuso di diritto sicchè «l'art. 17 non può essere intesa puramente e semplicemente nel senso che attribuisce al titolare del diritto il potere di godere, usare e disporre e di lasciare in eredità.. in quanto operando in siffatto modo non si tengono nel debito conto le possibili conseguenze dell'esercizio di quei poteri in termine di lesione di altri diritti e libertà ugualmente tutelati». «Il che poi equivale sostanzialmente ad affermare che l'interpretazione dell'art. 17 deve essere condotta con metodo sistematico per armonizzarla con le altre previsioni, nell'ambito di un insieme che vede i valori della persona umana quale dato di riferimento e di coesione» (così M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 6 ss.).

⁶⁶ S. RODOTÀ, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, in *La proprietà nella Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 159 ss.; ID. *La proprietà tra ritorno e rifiuto*, in *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, cit., p. 27 ss.

⁶⁷ M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p.11 ss.

⁶⁸ G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "costituzione europea"*, Milano, 2005, p. 82.

⁶⁹ V. ancora G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 84 ss.



ragione è evidente. La proprietà transita da centro di doveri finalizzati ad un preciso obiettivo politico ad un nuovo rapporto fra interesse generale e individuale.⁷⁰ Tutto da costruire⁷¹.

7. Il processo.

L'art. 6 della CEDU riconosce ad ogni persona il diritto ad un esame equo, pubblico ed entro un termine ragionevole della propria causa che deve essere decisa da un Tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, mentre l'art. 8, in caso di violazione di diritti e libertà personali, prevede il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un giudice nazionale. Nella Carta di Nizza spicca, ai nostri fini, l'art. 47 sul diritto ad un rimedio effettivo richiamato dalla Corte di Giustizia⁷² e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁷³ come *principio*⁷⁴ generale del diritto comunitario⁷⁵.

Dunque le Carte e le Corti invitano a tutelare non solo il diritto ad una ragionevole durata del processo ma a realizzare un equilibrio fra i valori della celerità ed effettività (effettività del processo) e le garanzie individuali del contraddittorio come espressione del diritto di difesa e di prova. Ma c'è di più.

La Corte di Strasburgo e la Corte di Cassazione italiana hanno chiarito che "ogni processo, civile penale e amministrativo, costituisce di per sé una fonte di pregiudizio in quanto, anche nei casi in cui non provoca danni patrimoniali, comporta turbamenti e sofferenze capaci di peggiorare la situazione di chi lo vive"⁷⁶.

Da qui un principio orientativo che si articola in regole diverse.

Dalla necessità di un rapido intervento di un giudice terzo e imparziale ad un indirizzo che assegna a quel giudice "il compito di privilegiare, fra diverse interpretazioni possibili delle norme, quella che, nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali, sia più idonea a dare attuazione al principio della durata ragionevole del processo, secondo il vigente art. 111, comma 2 della Costituzione".

⁷⁰ M. TRIMARCHI, *La proprietà*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 6 ss. La verità è che il modo di procedere delle Istituzioni comunitarie non è diverso da quello dei legislatori nazionali. Non esiste un inquadramento sistematico ma «la previsione di poteri e obblighi funzionali di volta in volta al conseguimento di determinati obiettivi. D'altra parte è difficile individuare, se non in modo approssimativo, uno statuto della proprietà mobiliare e uno statuto della proprietà immobiliare perché non c'è nei Trattati la distinzione fra beni mobili e immobili». «Il riferimento di gran lunga più importante è alle merci e ai beni di consumo» attraverso «una vasta normativa incidente sul regime giuridico e sulle situazioni aventi come punto di riferimento oggettivo tali beni.

⁷¹ V. per tutte queste osservazioni M. TRIMARCHI, *La proprietà*, cit., p. 6 ss. Per quanto riguarda gli immobili, in particolare, «non esiste a livello comunitario uno schema tecnico-definitivo di base ... anche se esistono disposizioni che incidono su tale categoria di beni come la normativa sull'ambiente o il patrimonio culturale che riguarda il territorio, il suolo, gli edifici».

Insomma a ben vedere il diritto comunitario «tratta la materia dalla prospettiva della circolazione del bene e cioè regolando il contratto che ha per oggetto il trasferimento (es. la multiproprietà o garanzia per la vendita dei beni di consumo)» e sono relevantissimi i profili di novità sul trasferimento della proprietà, sui vincoli alla destinazione dei beni e sulla responsabilità patrimoniale.

⁷² CGCE 27 giugno 2006, C-540/03, in *Dir. immigrazione*, 2006, 3, p. 110.

⁷³ G. BRONZINI - V. PICONE, *Parlamento europeo, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo rilanciano la Carta di Nizza: un messaggio alla futura conferenza intergovernativa?*, in www.europeanrights.eu, 5.5.2007.

⁷⁴ CGCE 13 marzo 2007 Unibet, C-432-05, in GUCE C95/9 del 28 aprile 2007.

⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 aprile 2007 (Vilho Eskelinen e altri / Finlandia), ric. n. 63235/00.

⁷⁶ Cass., sez.un. 15 dicembre 2008, n. 29294.



8. Una conclusione parziale.

La conclusione che si può trarre da quanto si è riassunto è chiara.

Non si può descrivere ciò che sta accadendo in Europa come una coppia di antitesi in conflitto (mercato e diritti, liberalismo e solidarietà, liberismo e dirigismo) ma come un progetto “per pensare assieme identità e diversità, unità e molteplicità in una opportunità antropologica e politica tipica della contemporaneità”⁷⁷.

Resta da precisare come.

La complessità del presente rende impossibile il ritorno all’osservazione e semplificazione di una forma costruita da un ordine stabile. I sociologi e i filosofi parlano di una modernità liquida⁷⁸ intenta a ricostruire le proprie basi in mare aperto” con i resti del proprio e dei precedenti naufragi.⁷⁹

Ciò non induce ad esaltare o a demonizzare il relativismo⁸⁰ che può indicare utili strumenti di analisi. D’altra parte è lucida la proposta che sollecita il diritto e la politica, accerchiati dalla tenaglia della tecno-economia e delle fedi religiose, ad abbandonare queste pretese di verità per rivalutare le ideologie capaci di far prevalere nello scontro politico “visioni della vita e forme di pensiero non condizionate da diversi fondamenti assoluti” (storia, natura, assoluto, relativo, sacralità e laicità).

Solo che il legame fra valori e ideologia è strettissimo⁸¹. Non si può demonizzare gli uni e osannare l’altra. Il valore è un vettore di ideologia. Se l’uno conduce al “fondamentalismo, al fanatismo e al terrorismo della virtù”⁸². Se il pensare per valori “consente di ripagare il male con il male, trasformando la nostra terra in un inferno, ma l’inferno in un paradiso di valori”⁸³, il rimedio non è l’ideologia che sui valori si fonda ma casomai un pensiero giuridico capace di far ordine nelle cose e nei fatti della storia⁸⁴.

Sono convinto che la dimensione del giurista sia la contemporaneità⁸⁵ e ciò comporta anzitutto la necessità di “adeguare le proprie categorie concettuali – sistematiche all’evoluzione normativa della società”, “abbandonare una mentalità vecchia e strumenti invecchiati”, diffidare dell’astrazione per guardare da sotto in su, partendo dalle cose e dai fatti. Ciò non significa abbracciare “un’arcana

⁷⁷ G. BOCCHI-M. CERUTI, *op. cit.*, p. 79-87.

⁷⁸ Z. BAUMAN, Roma-Bari, 2002, ove la coesistenza di troppi modelli confonde ogni riferimento certo e “ tutto appare fluido, giustificato o giustificabile, in rapporto all’onda che passa”. V. anche B. FORTE, *La torre di Babele del nostro tempo*, Sole 24 ore 18.4.09

⁷⁹ Resta da precisare a quali tavole o scialuppe possiamo aggrapparci. Ancora i filosofi ci indicano alcune alternative possibili: l’assemblaggio di tavole diverse come forme disparate del passato verso una condizione di “meticcio” che valorizzi visioni molteplici, plurali, meticce, appunto, come alternativa alla “barbarie dissolvente” della purezza, dell’identità, della razza (R. DALBOUX, *Métissage ou Barbarie*, Paris, 1994, A. MAALOUF, *Identità*, Bompiani, Milano, 2007, p.7). L’abbandono di una modernità che non si appoggi al bastone della conoscenza e della saggezza. “Una politica e un’economia che si faccia carico di proteggere e di promuovere il senso di coappartenenza” (P. GOMARASCA, *Meticcio: convivenza o confusione?*, Venezia, 2009, p. 183). Un invito esplicito alla riscoperta di valori condivisi.

⁸⁰ V. G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Meltemi, 2009, secondo cui lo sfaldarsi della pretesa di verità è alla base della stessa democrazia. E R. BOUDON, *Il relativismo*, Il Mulino, 2009, ove si osserva “che non c’è la dura e netta alternativa tra ragione e convenzione, perché taluni principi sono partecipati e diffusi, si consolidano nel tempo e si rendono incontestabili”. Così N. IRTI, *Il congedo dalla verità*, in *Corriere della Sera*, 12 agosto 2009.

⁸¹ V. la nuova edizione del saggio di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano 2008, ed *ivi* il saggio F. VOLPI, *Autonomia dei valori*.

⁸² V. F. VOLPI, *Autonomia dei valori*, cit., p. 90.

⁸³ V. F. VOLPI, *ivi*, p. 92.

⁸⁴ SCHMITT parla di jus pubblico a cui si affida “per la sua capacità di contenere e neutralizzare le conflittualità, contro la tendenza a discriminare il nemico”. così VOLPI, *op. cit.*, p. 94.

⁸⁵ V. il bellissimo saggio di G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*,



impenetrabile sapienza quotidiana⁸⁶, non significa abbandonare la ineliminabile fatica del concetto. Significa solo che la diffidenza e i dubbi di legittimità sull'uso dei principi e delle clausole generali da parte delle Corti e della dottrina non è oggi giustificata. Quella idea è frutto del pregiudizio illuminista che sia riservato solo al potere legislativo e politico l'espressione della volontà generale e negato al diritto civile nelle sue articolazioni la funzione ordinante che ci ha insegnato il diritto romano e medievale in passato e ci ricorda sempre la *common law*⁸⁷.

Oggi come allora il civilista ha un compito preciso perché “nell'ampliare gli spazi di libertà e di giustizia lo strumento pubblico, lo Stato, è sempre più inidoneo e insufficiente mentre è per eccellenza il diritto privato il terreno su cui manifestare la volontà di capire. In primo luogo, e poi anche di innovare la realtà e il sistema⁸⁸”.

⁸⁶ Così M. ORLANDI, *Dominanza relativa ed illecito commerciale*, in G. GITTI-G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna 2008, p. 137 ss.

⁸⁷ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*. Lectio magistralis letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli 2007, p. 58.

⁸⁸ P. RESCIGNO, Laurea Honoris causa conferita dall'Università di Macerata in teoria e tecniche della normazione giuridica, Macerata, 21 maggio 2008.