

NUMERO 4 - 2014

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

GUIDO ALPA

I principi generali. Una lettura giusrealistica



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

Gli Autori di questo fascicolo p.918

PAOLO GROSSI

Sulla odierna "incertezza" del diritto p.921

GUIDO ALPA

I principi generali. Una lettura giusrealistica p.957

ANTONIO JANNARELLI

Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno p.991

CLAUDIO CONSOLO

È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla "degiurisdizionalizzazione" arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva p.1061

RAFFAELE DI RAIMO

Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati p.1095

FRANCESCO FIMMANÒ

Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività p.1135

MASSIMO RUBINO DE RITIS

Crisi economica e distribuzione dei rischi tra le parti contrattuali: apporti in associazione in partecipazione e limiti all'autonomia privata p.1191

I principi generali. Una lettura giusrealistica

I principi generali del diritto sono utilizzati frequentemente nei testi legislativi, nelle pronunce dei giudici, nei contributi degli studiosi. Il contesto è rilevante per scoprirne la funzione: di volta in volta sono assimilati alle regole di tenore generale, oppure ai valori sottostanti all'ordinamento, oppure ai criteri ordinanti di un settore dell'ordinamento. Mentre il legislatore li utilizza spesso a sproposito, dottrina e giurisprudenza sono più caute nella loro enunciazione e catalogazione. Le banche di dati delle corti sono significative a questo proposito. La Corte costituzionale considera le disposizioni della Carta fondamentale come principi generali che hanno una funzione direttiva; la Corte di Cassazione usa i principi come parametri ordinatori dell'interpretazione della legge; la Corte di Giustizia usa i principi per colmare le lacune sia dell'ordinamento primario sia dell'ordinamento secondario, cioè il complesso delle regole che vigono all'interno dei sistemi nazionali. I principi rimbalzano da una corte all'altra e da un ordinamento all'altro. Specie tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali si è istituita una osmosi che tende ad accreditare principi di diritto comune che riguardano il diritto sostanziale e il diritto processuale.

General principles of law are frequently used in legal texts, in legal decisions and in jurists's contributions. The context in which they are used is important

to reveal their role: from time to time they are assimilated to rules of wide scope, or to the fundamental values of the legal system, or to general criteria according to which a section of the legal system is organized. While the legislator often uses them inappropriately, authors and judges are more cautious when enunciating and enumerating them. Courts' data banks are significant on this purpose. The Constitutional Court consider as "general" (principles) all the provisions of the fundamental Charter, and attributes to them a directive function; the Supreme Court uses principles as parameters to harmonize the interpretation of law; the ECJ uses principles to complete lacunae of the primary and of the secondary legal system, which is the system of provisions derived by EC law and applied in national systems. Principles "jumps" from one Court to another one, from one legal system to another one. Then an osmosis has been created between EC law and national laws leading to the accreditation of general "common" principles concerning substantial and procedural law.

Sommario: 1. Premessa. – 2. I principi nella giurisprudenza della Corte costituzionale: i principi con funzione ordinante. – 3. I principi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: i principi con funzione nomofilattica. – 4. I principi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: i principi con funzione armonizzante. – 5. (*Segue*): I diritti fondamentali come principi generali del diritto contrattuale. – 6. (*Segue*): L'osmosi dei principi: l'applicazione dei principi del diritto comunitario nel diritto interno. – 7. La percezione dei principi nella letteratura recente di diritto privato europeo. – 8. L'abuso dei principi generali.

1. - Premessa.

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

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

Se si considerano i riferimenti testuali contenuti nei testi normativi si trovano diverse formulazioni dei principi: si parla di principi generali “del diritto”, “dell’ordinamento giuridico dello Stato”, di principi “fondamentali”, di principi “direttivi”, di principi “regolatori”, e così via.

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

Essa sconta necessariamente la finezza, la profondità e la vastità della cultura dell’interprete-redattore, è limitata dalla competenza dell’Autorità che pone o usa il principio, è condizionata dalla terminologia e dall’apparato concettuale che sta alla sua base. Soprattutto, è vincolata dai testi normativi in cui questo sintagma è contenuto. Sicché una ricerca effettuata nelle banche di dati predisposte dalle Corti deve tener conto: (i) dei testi normativi applicati dalla Corte considerata, (ii) delle tecniche di redazione dei provvedimenti emessi dalla Corte, e quindi (iii) della formazione culturale dell’estensore del provvedimento e/o del collegio che lo ha approvato, (iv) eventualmente delle memorie predisposte dagli avvocati alle

quali il provvedimento faccia riferimento, e ancora – nel caso in cui il principio non sia contenuto nel testo normativo applicato né sia citato nel provvedimento approvato, ma sia frutto della ricostruzione interpretativa del redattore della banca di dati – deve tener conto (*v*) delle finalità perseguite dal redattore, che possono essere le più varie (semplificative, didascaliche, riassuntive, etc.).

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

La fluidità della formula – si potrebbe dire anche la sua *vaghezza* – non finisce qui, se si considera che non esiste una accezione unitaria del termine “principio generale”, non esiste né mai potrebbe esistere un catalogo o un elenco definitivo di “principi generali”, e che la creazione di principi generali è frutto di un processo logico che dipende dalla discrezionalità dell'interprete. Ma non si tratta, come spiegano i cultori dell'ermeneutica giuridica, di una libertà assoluta, in quanto l'interprete nella sua attività deve attenersi ai canoni consolidati e condivisi dalla comunità degli studiosi.

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

Se ci si deve affidare alle monografie più recenti dedicate a questo tema, non stupisce che accanto ad opere che si pongono tutti i problemi sopra accennati, connaturati alla teoria generale del diritto ¹ vi siano altre opere che prescindono da preoccupazioni definitive e ricognitive, si limitano a sottolineare soprattutto la distinzione tra “principi” e “regole”, e si preoc-

¹ Ad es., U. BERNITZ-X. GROUSSOT-F. SCHULYOK (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Aalphen aan der Rijn, 2013.

cupano di descrivere il modo nel quale alcuni principi generali sono utilizzati dal legislatore e dall'interprete² oppure si dedicano a raccogliere i principi al fine di armonizzare il diritto espresso dai diversi ordinamenti, come i Principi Unidroit, i PECL, i PETL, il Draft Common Frame of Reference, il CESL oppure ancora dedicano la loro attenzione a singoli principi, quali ad es. l'abuso del diritto³, il principio di effettività nel diritto comunitario⁴, il principio di eguaglianza nei rapporti contrattuali⁵ e a tutti gli altri che, per una ragione o per l'altra, sono considerati vitali, innovativi, o semplicemente più ricorrenti di altri.

La letteratura in materia è immensa, sia che si prendano in esame i principi generali come tecnica legislativa e/o interpretativa⁶, sia che li si consideri come criteri ordinanti di un settore dell'ordinamento⁷ o di un'area condivisa da più ordinamenti⁸, o di una tecnica espressiva di diritto non scritto⁹.

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

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

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

³ R. DE LA FERIA-S. VOGENAUER (a cura di), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, Oxford-Portland-Oregon, 2011.

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

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

⁶ Da ultimo v. P. MARCHAL, *Principes généraux de droit*, Bruxelles, 2013; G.P. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012; e già R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

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

⁸ B. FAUVARQUE COSSON-D. MAZEAUD (a cura di), *Principes contractuels communs*, in *Collection droit privé, comparé et européen*, 2008.

⁹ G. ALPA-P.G. MONATERI-A. GUARNERI, *Le fonti del diritto italiano. Vol. 2: Le fonti non scritte*, a cura di R. Sacco, Torino, 1999; S. MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, Napoli, 2011.

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

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

Sono centinaia le sentenze della Corte costituzionale che, già dai primi anni di esercizio del suo magistero, ha fatto impiego dell'espressione "principi", talvolta senza qualificazione alcuna, altra volta con l'aggiunta di aggettivi quali *fondamentali*, *supremi*, *del diritto*, *dell'ordinamento* e così via. Secondo gli interpreti, la dizione "principio" non implica variazioni di significato anche se di volta in volta è aggettivata in modo variegato, essendo i principi regole di secondo grado giuridicamente vincolanti, che, come previste nel testo costituzionale o come ricavate per via interpretativa, inglobano anche *valori*. Ed in effetti i principi costituzionali si differenziano dai principi di diritto comune per il fatto di essere espressi nella carta fondamentale, per essere fondativi dell'intero ordinamento, per essere la fonte direttiva dell'interpretazione del giudice, il quale ad essi si deve uniformare ¹¹.

Ma nel linguaggio e nella giurisprudenza della Corte – la cui banca di dati non distingue più, nella ricerca per parole, quando il termine è contenuto nel preambolo, nello svolgimento del processo, nell'esposizione del fatto o nella motivazione in diritto, che poi costituisce il riferimento significativo per comprendere il ruolo del principio – i principi generali e i principi costituzionali tendono a identificarsi ¹².

Tuttavia, alcune precisazioni sono d'obbligo.

Vi sono casi in cui la Corte intravede nei principi previsti in Costituzione prescrizioni di carattere generale – identificando quindi i principi costituzionali con i principi generali dell'ordinamento giuridico – prescrizioni peraltro diverse e più comprensive dei principi regolatori della materia ¹³. Altri casi in cui la Corte deriva dai principi generali le linee per suggerire al legislatore inerte il modo con cui risolvere delicati problemi di lacune legislative: si pensi alla problematica relativa alla procreazione assistita e

¹¹ F. RICCOBONO, *Linee per una riflessione sui principi di diritto*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; R. CALVANO, *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Capri, 3-4 giugno 2005, estr.

¹² G.P. PARODI, *Le fonti del diritto*, cit., 320.

¹³ G.P. PARODI, *Le fonti del diritto*, cit., cap. III.

alla fecondazione artificiale¹⁴ all'accanimento terapeutico¹⁵ all'adozione di minore da parte di coppie dello stesso sesso¹⁶.

Sono poi da considerarsi principi generali tutte le disposizioni che riconoscono in capo al singolo *diritti fondamentali*, tema sul quale si farà solo un cenno breve, perché la problematica dei diritti fondamentali ha una storia a sé, si intreccia con i testi normativi comunitari e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, e con la problematica della applicazione diretta dei principi (-diritti) ai rapporti tra privati¹⁷. Per quanto riguarda il diritto privato, si riscontrano sentenze costituzionali – per la verità marginali – che citano genericamente i principi di diritto privato o di diritto comune; per contro sono rilevanti le pronunce che fanno riferimento all'*ordinamento civile* quale limite al potere legislativo regionale¹⁸ e sono particolarmente rilevanti le pronunce che stabiliscono singoli principi generali che afferiscono al diritto privato sostanziale. Interi comparti del diritto privato sono stati rifondati dalle sentenze della Corte: in materia di rapporti di famiglia, anticipando la riforma del 1975, e poi via via adeguando le regole privatistiche alle nuove esigenze sociali sempre alla luce degli artt. 2, 3, 29, 30, 31; in materia di diritti della persona, con la elaborazione del diritto generale della personalità; in materia di diritto alla salute, con il riconoscimento del c.d. *danno biologico*; con la riformulazione della nozione di *danno morale*; con la posizione del principio generale di autodeterminazione e del *consenso informato*¹⁹. Per non parlare poi della disciplina della proprietà, di cui si è sottolineata anche recentemente la funzione

¹⁴ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162.

¹⁵ Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334.

¹⁶ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138.

¹⁷ Per tutti v. V. SCIARRABBA, *Dopo Mangold la Corte di giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, 2, 376 ss. Da segnalare in ogni caso sono gli studi e le relazioni della Corte costituzionale in materia: da ultimo le relazioni annuali sull'attività della Corte costituzionale di F. GALLO, *Relazione*, 12 aprile 2013 e G. SILVESTRI, *Relazione*, 27 febbraio 2014, [di cui si segnala *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009; ma v. anche G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma-Bari, 2011].

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

¹⁹ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438.

sociale ²⁰. Sul tema si è raccolta una letteratura pressoché sconfinata di diritto pubblico e di diritto privato ²¹.

Gli stessi giudici della Corte hanno svolto studi e relazioni sui principi generali ²².

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

Nella selva immensa della giurisprudenza della Corte di Cassazione, richiamate tutte le precauzioni esposte in apertura del discorso, esaminando le massime raccolte nella banca di dati Italgjureweb si possono distinguere diverse categorie di principi, ripartite innanzitutto secondo l'aggettivazione impiegata dal massimatore. Riscontriamo infatti formule espresse in termini di "principi generali" (circa 1220), oppure "principi generali del diritto" (24), "principi informatori" (3), "principi regolatori" (123), "principi supremi" (19), "principi di diritto comune" (12), "principi di diritto civile" (2). Salvo qualche caso in cui l'aggettivazione è tratta da norme di legge, come i principi informatori del giusto processo (Cass. n. 18551 del 2012) l'aggettivazione di per sé non è indicativa di alcunché: e lo stesso richiamo ai principi non è risolutivo, ma semplicemente rafforzativo della soluzione, che, essendo "avallata" – in quanto ad essi conforme – dai principi generali, vorrebbe anche per questa ragione apparire incontestabile.

In altra ricerca ho documentato l'uso dei principi generali in materia di contratto. Qui i principi spesso si confondono o coincidono con *clausole generali*, e quindi espandono il potere discrezionale del giudice. Così è

²⁰ Corte cost., 14 marzo 2014, n. 50, in un caso di canone locatizio abitativo di misura largamente superiore a quella minima fissata dalla legge.

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

²² V. ad es. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, 24-26 ottobre 2013; F. BILE, *La giustizia costituzionale nel 2006*, Roma, 8 febbraio 2007, in cui gli orientamenti della Corte sono formulati secondo principi generali; e già F. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 153 ss.

documentato da importanti contributi che si sono concentrati sulla giurisprudenza della Suprema Corte ²³.

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

Non sfuggono però all'attenzione usi per così dire stravaganti dei principi generali, come il richiamo ai «principi generali del negozio giuridico», a proposito della interpretazione di uno statuto associativo ²⁵; dico «stravagante» perché la categoria del negozio giuridico, oggi storicizzata, appartiene al mondo della dommatica e non è mai penetrata nei testi normativi; oppure si registrano richiami curiosi, come quando si citano i principi generali «previsti dall'art. 2043 c.c.» ²⁶ (nella specie il richiamo sarebbe servito per escludere la responsabilità dell'Anas per i danni provocati ad un veicolo da un cinghiale che aveva attraversato improvvisamente la strada); in questo caso si sarebbe potuto invocare l'art. 2052 sulle cose in custodia, oppure la responsabilità degli enti locali per la circolazione degli animali selvaggi piuttosto che non la regola generale dell'art. 2043; ma le cose sono andate diversamente.

Ancora. Si è fatto riferimento ai principi generali per affermare la responsabilità del notaio per i danni provocati dalla errata iscrizione di un'ipoteca ²⁷, anche se, per la verità, si tratta semplicemente di responsabilità professionale e di inadempimento di un obbligo di diligenza tipico dell'attività notarile. Si sono invocati i principi generali per argomentare la risoluzione del contratto di locazione dovuta all'incendio del bene loca-

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

²⁴ V. G. ALPA (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, vol. I, Torino, 2000.

²⁵ Cass. n. 11756 del 2006.

²⁶ Cass. n. 7080 del 2006.

²⁷ Cass. n. 398 del 2002.

to²⁸ anche se la fattispecie è prevista specificamente dagli artt. 1588 e 1589 c.c. E così si sono invocati i principi generali di buona fede e correttezza nel caso di mancata cooperazione del creditore per mitigare il danno²⁹ pur essendo questa ipotesi specificamente normata dall'art. 1227, comma 2, c.c.: è chiaro che si tratta di un comportamento rientrante nell'ambito di applicazione del principio di buona fede e, se si vuole, di cooperazione del creditore all'adempimento (art. 1174 c.c.), ma il richiamo al principio generale sarebbe stato giustificato solo se non si fosse prevista una norma *ad hoc*.

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

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

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

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

Singolare l'elevazione a principio *generale* della regola sullo *squilibro contrattuale*, che è criterio di controllo della vessatorietà della clausola introdotto dalla direttiva n. 13 del 1993, ed ora incorporato nel Codice del consumo, all'art. 33. È chiaro in questo caso che si tratta di una regola speciale, non appartenente all'area del diritto comune, di una regola del tutto nuova nel nostro ordinamento, volta a disciplinare solo i contratti

²⁸ Cass. n. 9199 del 2003.

²⁹ Cass. n. 6735 del 2005.

³⁰ Cass. n. 23273 del 2006.

³¹ Cass. n. 23726 del 2007.

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

³³ Cass. n. 9504 del 2010.

conclusi con i consumatori, abbinata alla buona fede ed applicabile solo se la clausola qualificata come vessatoria non sia stata negoziata o non abbia riprodotto una disposizione di legge.

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

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

«La disparità di trattamento contrattuale non è abusiva – ai sensi dell'art. 3 legge n. 287 del 1990 – soltanto a condizione che il contraente che la pratica non si trovi in posizione dominante, perché, in tal caso, tale disparità è frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali; mentre non è così quando la disparità di trattamento sia la conseguenza della posizione dominante di cui il contraente più forte abusi, a fronte della dipendenza economica dei contraenti più deboli, i quali sono costretti a sottostare a qualsiasi pretesa, dal momento che a loro è impossibile, o grandemente difficile, reperire sul mercato adeguate alternative»³⁴.

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

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

³⁴ Cass. n. 3638 del 2009.

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

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

Sicché, almeno quantitativamente, si possono derivare da questo elenco alcune indicazioni significative. Innanzitutto, quelle relative ai principi più citati. Campeggiano, tra tutti, il diritto di difesa (300), il principio di proporzionalità (300), il principio di affidamento (300), il principio di certezza del diritto (*sécurité juridique*) (130), il principio di diligenza e buona amministrazione (100), il principio di tutela giurisdizionale effettiva (100). Quanto alla provenienza dei principi, a parte quelli che nella cultura giuridica diffusa sono imputati alla creatività del legislatore e del giudice comunitario, come il principio di proporzionalità o quello di sussidiarietà, che sono propri di un ordinamento sovranazionale in cui si pongono questioni di coordinamento e relazione con i sistemi giuridici nazionali, la maggior parte dei principi sono, per così dire, di "importazione": obbediscono cioè alla storia intrinseca di questo formidabile strumento normativo e interpretativo, che affonda le sue radici nel diritto romano ³⁵.

a) *Questioni di diritto processuale.*

Molti principi sono correlati con l'attività giurisdizionale della Corte e si riferiscono a questioni di diritto processuale: mi riferisco all'autorità di

³⁵ Per una ricognizione anche storica v. G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993 ed ora perspicuamente A. IANNARELLI, *I principi nel diritto privato*, cit.

cosa giudicata, al processo giusto, al ritardo ragionevole della procedura, al ricorso giurisdizionale effettivo, al diritto d'azione collettiva, al diritto di difesa, al contraddittorio, all'“égalité des armes”, al principio “in dubio pro reo”, al divieto di *reformatio in peius*, al *ne bis in idem*, alla pubblicità del dibattimento, alla presunzione di innocenza, al “respect assuré par le juge communautaire”, all'interpretazione del dispositivo alla luce della motivazione, al principio *lex specialis derogat generali*.

b) *Interpretazione.*

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

A proposito della *interpretazione* della legge (comunitaria) i principi formulati dalla Corte riguardano la gerarchia delle norme, la tipologia dei criteri ermeneutici (storici, letterali, teleologici, analogici), la tipologia delle tecniche ermeneutiche (interpretazione letterale, stretta, sistematica, uniforme), la considerazione dei diversi usi linguistici, l'effetto utile (cioè conservativo) del processo ermeneutico, il *monopolio* dell'interpretazione del diritto comunitario da parte dei giudici comunitari, la conformità dell'interpretazione ai principi generali del diritto comunitario, l'interpretazione conforme ai principi comuni degli Stati membri. Si aggiunge a questi criteri il *valore del precedente* e l'utilità della *comparazione*.

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

c) *Diritto sostanziale.*

Una lunga teoria di principi riguardanti il diritto sostanziale ricalca in parte i principi che sono classificati *ad vocem*: in primo luogo il principio di eguaglianza inteso come parità di trattamento e divieto di discriminazione, l'equità (che è affiancato dalla “iniquità oggettiva”), la forza maggiore,

l'arricchimento senza causa, la libertà di concorrenza, la cooperazione leale, la democrazia, la compensazione dei crediti, la buona fede, il segreto medico, il segreto negli affari, il segreto nella corrispondenza con il cliente, la certezza dei rapporti giuridici, la tutela dei dati personali, la tutela della proprietà, la difesa del minore, la protezione della famiglia, la dignità, la tutela della vita e dell'integrità, le libertà di associazione, di riunione, di espressione, di esercizio di attività economiche. In materia di responsabilità, si nota la presenza dei requisiti dell'atto illecito (nesso causale, pregiudizio, colpa); ma è codificato anche il principio di responsabilità senza colpa. In materia di diritto del lavoro, il congedo annuale pagato, la sicurezza sociale.

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

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

Su questi principi "comuni alla tradizione civilistica" si tornerà tra poco. È utile considerare qualche esempio di utilizzazione dei principi.

Ecco un caso in materia di proprietà.

d) *Proprietà.*

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

«1) Nel caso in cui uno Stato membro, nell'adempimento dell'obbligo sancito dalla direttiva 93/53/CEE di disporre misure di controllo dirette a far fronte ad un'epidemia (...) adotti misure di diritto interno la cui applicazione comporti la distruzione e l'abbattimento di pesci, se i principi del

diritto comunitario relativi alla tutela dei diritti fondamentali, in particolare del diritto di proprietà, debbano essere interpretati nel senso che impongono a tale Stato membro l'obbligo di prevedere la corresponsione di un indennizzo *a)* al proprietario dei pesci distrutti e *b)* al proprietario dei pesci di cui sia stato ingiunto l'abbattimento immediato. – 2) Nel caso in cui uno Stato membro sia obbligato a prevedere un indennizzo, in base a quali criteri il giudice nazionale debba stabilire se i provvedimenti disposti siano compatibili con i diritti fondamentali, in particolare con il diritto di proprietà, di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto e che sono sanciti, in particolare, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Nell'ampia sentenza la Corte muove da una premessa molto ragionevole: «i diritti fondamentali non risultano essere prerogative assolute, ma vanno considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune dei mercati, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudichi la sostanza stessa di tali diritti»³⁶.

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

D'altra parte, la distruzione e l'abbattimento immediati dei pesci che si trovano in un'azienda colpita da una delle malattie dell'elenco II consentono il ripristino, in uno Stato membro e il più rapidamente possibile, del

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

riconoscimento di una zona compresa in una parte del territorio della Comunità in cui la detta malattia è assente. Un tale ripristino consente, quanto prima, la commercializzazione nella Comunità di pesci vivi delle specie sensibili alle dette malattie e il divieto, in una zona riconosciuta, della commercializzazione dei detti pesci vivi che non provengono da una zona riconosciuta o da un'azienda riconosciuta».

e) *Persona*.

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

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

La questione pregiudiziale è così rappresentata dalla Corte: «il giudice del rinvio chiede, da un lato, se il divieto riguardante un'attività economica per ragioni di tutela dei valori fondamentali sanciti dalla Costituzione nazionale, come, in questo caso, la dignità umana, sia compatibile con il diritto comunitario e, dall'altro, se la facoltà di cui dispongono gli Stati membri di limitare, per tali ragioni, determinate libertà fondamentali garantite dal Trattato, ossia le libertà di prestazione dei servizi e di circolazione delle merci, sia subordinata, come potrebbe indicare la citata sentenza Schindler, alla condizione che tale restrizione si basi su una concezione del diritto comune a tutti gli Stati membri».

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

«Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone (...), sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servi-

zi³⁷. Tuttavia si deve rilevare che misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e solo a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi»³⁸.

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

In un caso recente³⁹ la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche)⁴⁰, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009⁴¹, che ha per obiettivo l'armonizzazione delle disposizioni degli Stati membri necessarie per assicurare un livello equivalente di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata e alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche e per assicurare la libera circolazione di tali dati e delle apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all'interno dell'Unione europea.

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

Nel giudizio sono confluiti diversi procedimenti per questioni sollevate da varie Corti e su articolate questioni tutte connesse al diritto alla vita privata

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

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

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

⁴⁰ GU L 201, p. 37

⁴¹ GU L 337, p. 11

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

La Corte sindacava quindi un comportamento che era lecito, in quanto conforme alla direttiva, e si avvede che era il testo della direttiva a presentare aspetti di criticità, in quanto diretto a consentire la violazione dell'art. 7 della Carta. Ma non basta. La Corte rileva che «l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati costituisce un'ingerenza supplementare in tale diritto fondamentale⁴³. Pertanto, anche gli articoli 4 e 8 della direttiva 2006/24, i quali prevedono regole relative all'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati, sono costitutivi di un'ingerenza nei diritti garantiti dall'articolo 7 della Carta. Parimenti, la direttiva 2006/24 è costitutiva di un'ingerenza nel diritto fondamentale alla protezione dei dati personali garantito dall'articolo 8 della Carta, poiché prevede un trattamento dei dati personali. È giocoforza constatare che l'ingerenza che la direttiva 2006/24 comporta nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta si rivela essere, come peraltro osserva l'avvocato generale, in particolare ai paragrafi 77 e 80 delle sue conclusioni, di vasta portata e va considerata particolarmente grave. Inoltre, il fatto che la conservazione dei dati e l'utilizzo ulteriore degli stessi siano effettuati senza che l'abbo-

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

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

nato o l'utente registrato ne siano informati può ingenerare nelle persone interessate, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 52 e 72 delle sue conclusioni, la sensazione che la loro vita privata sia oggetto di costante sorveglianza».

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

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

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

Il problema si rivela più delicato nel bilanciare questi diritti fondamentali con l'interesse alla sicurezza generale e all'azione delle pubbliche Amministrazioni, perché, osserva la Corte, «l'obiettivo sostanziale della direttiva è pertanto quello di contribuire alla lotta contro la criminalità grave e, di conseguenza, in ultima analisi, alla sicurezza pubblica». Si tratta di un interesse a cui l'Unione tiene particolarmente; e sono gli stessi giudici a ricordare che «come emerge dalla giurisprudenza della Corte, la lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali costituisce un *obiettivo di interesse generale dell'Unione* ⁴⁴. Lo stesso vale per la lotta contro la criminalità grave al fine di garantire la sicurezza pubblica» ⁴⁵. I giudici sottolineano inoltre che l'articolo 6 della Carta enuncia il diritto di ogni persona non solo alla libertà, ma altresì alla *sicurezza*.

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

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

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

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

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

Anche sotto questo profilo la Corte giustifica la necessità di conservare i dati personali «tenuto conto della crescente importanza dei mezzi di comunicazione elettronica» in quanto «i dati che debbono essere conservati in attuazione della detta direttiva permettono alle autorità nazionali competenti in materia di perseguimento di reati di disporre di possibilità supplementari di accertamento dei reati gravi e, al riguardo, costituiscono quindi uno strumento utile per le indagini penali. Pertanto, la conservazione dei suddetti dati può essere considerata come idonea a realizzare l'obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva». Ed è evidente che «(...) la lotta contro la criminalità grave, in particolare contro la criminalità organizzata e il terrorismo, è di capitale importanza per garantire la sicurezza pubblica e la sua efficacia può dipendere in larga misura dall'uso delle moderne tecniche di indagine».

Fatte tutte queste premesse, che preluderebbero ad una declaratoria di legittimità della direttiva, la Corte, invece, esclude che la normativa, così come prevista, sia corretta: «simile obiettivo di interesse generale, per quanto fondamentale, non può di per sé giustificare il fatto che una misura di conservazione, come quella istituita dalla direttiva 2006/24, sia considerata necessaria ai fini della suddetta lotta» e che «Pertanto, la normativa dell'Unione (...) deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura *de qua* e impongano requisiti minimi

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

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

in modo che le persone i cui dati sono stati conservati dispongano di garanzie sufficienti che permettano di proteggere efficacemente i loro dati personali contro il rischio di abusi nonché contro eventuali accessi e usi illeciti dei suddetti dati»⁴⁸.

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

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

Con parole persuasive la Corte argomenta la conclusione, che porta alla declaratoria della *invalidità della direttiva*: «da direttiva 2006/24 riguarda in maniera globale l'insieme delle persone che fanno uso dei mezzi di comunicazione elettronica, senza tuttavia che le persone i cui dati vengono conservati debbano trovarsi, anche indirettamente, in una situazione che possa dar luogo a indagini penali. Essa pertanto si applica anche a persone per le quali non esiste alcun indizio tale da far credere che il loro comportamento possa avere un nesso, ancorché indiretto o lontano, con reati gravi. Inoltre, essa non prevede alcuna deroga, e pertanto si applica anche a persone le cui comunicazioni sono soggette, in base alle norme del diritto nazionale, al segreto professionale. Dall'altro lato, pur mirando a contribuire alla lotta contro la criminalità grave, la suddetta direttiva non impone alcuna relazione tra i dati di cui prevede la conservazione e una minaccia per la sicurezza pubblica e, in particolare, non limita la conservazione dei dati a quelli relativi a un determinato periodo di tempo e/o a un'area geografica determinata e/o a una cerchia di persone determinate che possano essere coinvolte, in un modo o nell'altro, in un reato grave, né alle persone la conservazione dei cui dati, per altri motivi, potrebbe contribuire alla prevenzione, all'accertamento o al perseguimento di reati gravi». E sono troppo circoscritte le garanzie che si debbono assicurare per difendere i diritti fondamentali coinvolti.

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

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

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

Il caso è classificato nell'indice delle materie come risolto a tutelare la vita, valore difeso dalla associazione che si era prodigata per far cessare questa attività informativa. La questione pregiudiziale era così formulata: «1) Se un'attività organizzata o una pratica diretta a procurare l'aborto o l'interruzione della gravidanza per intervento medico rientrano nella definizione di 'servizi' contemplata nell'art. 60 del Trattato CEE. – 2) Se, in mancanza di qualsiasi misura che stabilisca il ravvicinamento delle normative degli Stati membri relative alle attività organizzate o alle pratiche per procurare l'aborto o l'interruzione della gravidanza per intervento medico, uno Stato membro possa vietare la diffusione di specifiche informazioni sull'identità, l'ubicazione di una o più cliniche determinate di un altro Stato membro in cui vengono praticati aborti o sulle modalità per entrare con esse in contatto. – 3) Se nel diritto comunitario un soggetto disponga del diritto di diffondere nello Stato membro A specifiche informazioni sull'identità, l'ubicazione di una o più determinate cliniche di uno Stato membro B in cui vengono praticati aborti e sulle modalità per entrare con esse in contatto, qualora il procurato aborto sia vietato dalla costituzione e dalla legge penale dello Stato membro A, ma sia lecito, a determinate condizioni, nello Stato membro B».

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

Ma la materia è complessa, perché la stessa Corte di Strasburgo non ha saputo definire il diritto all'aborto come un diritto fondamentale, anche se

nell'*affaire A, B et C c. Irlanda*⁴⁹ del 16 dicembre 2010 ha stabilito che pur non violando l'art. 8 della Convenzione europea in materia di tutela della vita privata, la disciplina antiabortista irlandese, che consente alla donna di abortire solo in caso di rischio alla vita, è troppo generica e tale da non proteggere adeguatamente la persona. La sentenza, molto elaborata, è stata oggetto di una lettura bustrofedica, e quindi ha portato a conclusioni tra loro opposte, ma si affida anch'essa ai principi generali per poter dirimere la problematica, che si è risolta con la condanna dell'Irlanda quanto ad una delle questioni ad essa sottoposte, rinviando al Parlamento irlandese per le precisazioni ulteriori del dettato normativo.

g) *Responsabilità civile.*

In materia di responsabilità civile i principi applicati dalla Corte riguardano diversi ambiti, sia quelli propri della responsabilità del datore di lavoro per i danni commessi dalle istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni «conformemente ai *principi generali comuni al diritto degli Stati membri*» (art. 340 TFUE), sia con riguardo alla responsabilità degli Stati membri per l'errata applicazione del diritto comunitario, e quindi anche alla responsabilità per l'applicazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale⁵⁰, sia con riguardo alla disciplina delle diverse attività di imprese e professionisti, come ad es. quella derivante dalla produzione, distribuzione e fornitura di prodotti difettosi o servizi dannosi.

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

Conviene tuttavia ricordare che i precedenti più importanti riguardano due vicende, l'una relativa alla violazione del diritto comunitario da parte

⁴⁹ *Requête* n. 25579/05.

⁵⁰ Emblematici a questo proposito sono i casi Corte giust. UE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*; 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*.

dello Stato tedesco in ordine al regime di importazione della birra, l'altra la violazione del Regno Unito in ordine al regime della navigazione marittima inerente alla iscrizione dei pescherecci; in entrambi i casi le legislazioni erano troppo restrittive e favorevoli agli imprenditori nazionali⁵¹. L'accertamento della responsabilità è condizionato ad alcuni requisiti essenziali: l'esistenza di una disposizione comunitaria che attribuisca diritti ai singoli; la gravità della violazione; un danno concreto e apprezzabile; il nesso di causalità tra la violazione e il danno risentito. Mentre la sussistenza del nesso causale e l'entità del risarcimento appartengono – secondo la Corte di Giustizia – al merito, e quindi sono affidati alla competenza del giudice nazionale, i primi due requisiti devono essere accertati in sede comunitaria. La natura della responsabilità è legata a indici oggettivi.

Quanto al risarcimento del danno, la Corte ha stabilito che il risarcimento deve essere adeguato al danno e i criteri di liquidazione non possono essere più sfavorevoli di quelli previsti per la responsabilità civile domestica; inoltre si deve tener conto della mitigazione del danno, del lucro cessante ed eventualmente dei danni "esemplari", nonché della possibilità di reintegrazione in forma specifica⁵².

Merita invece maggiore attenzione il primo profilo, specie quando esso è connesso con i danni derivanti dall'attività normativa delle istituzioni comunitarie. Il Testo del TFUE si occupa della *responsabilità diretta* della Banca centrale europea, ma non delle altre Istituzioni per l'attività propria. Il caso – *Dubois* – è sorto – in particolare – per la soppressione della categoria degli agenti doganali a seguito della liberalizzazione del mercato interno avvenuta con l'Atto unico del 1986. Come si legge nella sentenza del Tribunale⁵³ «la causa aveva ad oggetto una domanda di risarcimento danni proposta ai sensi degli artt. 178 e 215, comma 2, del Trattato CE e

⁵¹ Corte giust. CE, 5 marzo 1996, C-46, in *Foro it.*, 1996, IV, 185, sul caso *Brasserie du Pêcheur*; Corte giust. CE, 5 marzo 1996, C-48/93, sul caso *Factortame III*; il problema era stato affrontato, ma sotto il profilo della applicazione della disciplina nazionale al regime di responsabilità, nel caso *Francoovich* (Corte giust. CE, 19 novembre 1991, C-6/90 c. C-9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, 145, con note di BARONE-PARDOLESI e PONZANELLI).

⁵² Sul punto v. V.F. TORIELLO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Contr. impr. EU*, 1997, 701 ss. con riferimenti ampi alla giurisprudenza della Corte giust. CE.

⁵³ Causa T-113/96 del 29 gennaio 1998.

diretta ad ottenere la condanna della Comunità al risarcimento del preteso danno subito dalla ricorrente in conseguenza dell'istituzione, a partire dal 1° gennaio 1993, del mercato interno ai sensi dell'Atto unico europeo, e della conseguente soppressione dell'attività di spedizioniere doganale svolta sino a quel momento dalla ricorrente sul territorio francese».

La ricorrente era una società per azioni di diritto francese con quaranta succursali e corrispondenti che svolgeva l'attività di spedizioniere; asseriva di aver subito la soppressione della sua attività a seguito dell'approvazione dell'Atto unico, e aveva concluso per far dichiarare i convenuti responsabili, ai sensi dell'art. 215, comma 2, del Trattato CE, del danno ad essa causato dalle ripercussioni, sulla propria attività di spedizioniere doganale, dell'applicazione dell'Atto unico, che istituiva uno spazio senza frontiere fra gli Stati membri della Comunità a partire dal 1° gennaio 1993; intendeva perciò far condannare in solido il Consiglio e la Commissione a versare alla ricorrente, a titolo di risarcimento di tale danno, la somma di 112.339.702 FRF più le spese di giudizio.

In sostanza, le domande erano due: una, fondata sulla responsabilità oggettiva della Comunità e l'altra, in subordine, fondata sulla responsabilità per fatto illecito della Comunità. La distinzione delle due fattispecie può apparire curiosa al giurista italiano, perché la responsabilità oggettiva non è una fattispecie di responsabilità che esula dal fatto illecito: ma qui il ragionamento dell'attrice è svolto secondo i moduli del diritto francese, in cui il fatto illecito è collegato al *dolo* o alla *colpa*, e negli altri casi le ipotesi di responsabilità sono considerate eccezionali.

È interessante approfondire le argomentazioni impiegate dalla ricorrente per capire il modo nel quale la Corte intende il "principio responsabilità". Così le riassume la sentenza: «Il primo motivo si basa sulla nozione di lesione dell'uguaglianza di fronte agli oneri pubblici, tratta dal diritto amministrativo francese. Tale teoria consentirebbe di risarcire chi possa provare di aver subito, in assenza di fatto illecito, un danno anormale, specifico e diretto. La ricorrente ritiene che l'applicazione dell'Atto unico abbia comportato, a suo danno, una lesione dell'uguaglianza di fronte agli oneri pubblici e le abbia causato un danno anormale, specifico e diretto. Infatti, l'applicazione di tale Trattato internazionale avrebbe comportato la soppressione dell'attività specifica di spedizioniere doganale nell'ambi-

to degli scambi intracomunitari e quindi la perdita irreparabile dell'impresa commerciale della ricorrente, nonché oneri eccezionali di gestione nei settori sociale, tecnico ed amministrativo. Richiamandosi alla comunicazione della Commissione ⁵⁴, nonché al regolamento n. 3904/92, in cui, nel quinto 'considerando' della motivazione, si rileva che la "soppressione delle formalità doganali alle frontiere intracomunitarie metterà bruscamente fine alle attività intracomunitarie di questa professione", la ricorrente considera che tale nesso di causalità diretta è difficilmente contestabile. – Il secondo motivo si ispira alla nozione di intervento equivalente ad un esproprio, tratta dal diritto tedesco. La ricorrente afferma, al riguardo, che l'applicazione dell'Atto unico costituirebbe nei suoi confronti un intervento equivalente ad un esproprio. Essa si richiama alle conclusioni dell'avvocato generale Sir Gordon Slynn per la sentenza 6 dicembre 1984, causa 59/83, *Biovilac/CEE* ⁵⁵, in cui si rileva che "se la Comunità avesse il diritto di espropriare i beni, al proprietario spetterebbe una contropartita, che potrebbe venire attribuita in esito ad un'azione esperita a norma dell'art. 215, secondo comma". La ricorrente conclude che tale principio è applicabile nei suoi confronti».

982

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

In questo modo i giudici risolvono il problema alla radice.

Quanto alla responsabilità per fatto illecito vengono in emersione altri principi generali. Ricordano i giudici che «a sostegno della domanda formulata in subordine, fondata sulla responsabilità per fatto illecito, la ricorrente fa valere che i convenuti avrebbero posto in essere, nell'applicazione dell'Atto unico nonché nell'ambito dell'esame dei provvedimenti adottati in previsione degli effetti dell'Atto unico stesso o per controllarne talune conseguenze, violazioni gravi e manifeste di norme giuridiche di

⁵⁴ Pagina 1, secondo capoverso.

⁵⁵ Racc. pagine 4057, 4091.

rango superiore dirette a tutelare i singoli. La ricorrente rileva, al riguardo, il preteso carattere insufficiente degli interventi compensativi della Comunità previsti dal regolamento n. 3904/92. – Le norme giuridiche di rango superiore dirette a tutelare i singoli violate dai convenuti sarebbero i principi del *rispetto dei diritti acquisiti* e di tutela del *legittimo affidamento*». Prima di procedere all'esame degli addebiti specifici il Tribunale espone la struttura dell'illecito comunitario: «si deve ricordare, in limine, che, secondo una giurisprudenza consolidata, il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità presuppone che la parte ricorrente provi l'illiceità del comportamento contestato all'istituzione interessata, l'effettività del danno e l'esistenza di un nesso di causalità tra tale comportamento e il danno lamentato»⁵⁶.

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

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

A questo proposito osservano i giudici:

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

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

bri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tener conto»⁵⁷.

«Il diritto al libero esercizio delle attività professionali fa parte dei principi generali del diritto comunitario. Tale principio non costituisce tuttavia una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni al libero esercizio di un'attività professionale, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa del diritto così garantito»⁵⁸.

Nella fattispecie, il Tribunale rileva che «la realizzazione del mercato interno non pregiudica l'esistenza dell'impresa della ricorrente o l'essenza della libera scelta della professione. Essa non incide direttamente, bensì solo indirettamente, su un diritto relativo a quest'ultima, in quanto l'abolizione di talune formalità doganali e fiscali ad essa conseguenti produce talune ripercussioni sulle possibilità di gestione dell'impresa della ricorrente e, solo a seguito di ciò, sull'esercizio della professione. Si deve poi rilevare che la realizzazione del mercato interno costituisce un obiettivo di evidente interesse generale. In considerazione della finalità essenziale così perseguita, essa non implica alcuna indebita limitazione all'esercizio del diritto fondamentale di cui trattasi».

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

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

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

5. - (Segue): I diritti fondamentali come principi generali del diritto contrattuale.

Il riferimento ai diritti fondamentali contenuti nella Carta è essenziale, ma ovviamente il discorso involge tutto il dibattito sul riconoscimento in ambito europeo dei principi comuni riguardanti la persona diffusi e riconosciuti nelle Carte costituzionali dei Paesi membri. Ed involge anche il rapporto tra la Carta dell'Unione e la Carta europea dei diritti dell'uomo, nonché il cosiddetto dialogo tra le Corti, la tutela multilivello dei diritti fondamentali, e il coordinamento delle pronunce delle Corti le quali con diversa competenza e con un raggio d'azione diverso si occupano della materia dei diritti fondamentali.

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

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

Il mercato del lavoro, e quindi il contratto di lavoro, è stato il bersaglio più frequentemente colpito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla base di principi generali quali il principio di eguaglianza (qui sotto forma di parità tra uomo e donna nel trattamento pensionistico), diritto fondamentale riconosciuto da tutte le Costituzioni moderne, e dalle prime dichiarazioni dei diritti. Si può leggere il testo anche nel senso inverso, e cioè come applicazione del principio di non discriminazione. Non è il caso in questa sede di passare in rassegna i casi più eclatanti, come il caso *Bartsch*⁵⁹, o i casi di applicazione del principio di dignità della persona⁶⁰ o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In materia di contratti è esemplare il caso *Omega Spielhallen*⁶¹ in cui si sono

⁵⁹ Del 13 settembre 2008, n. C-46/07.

⁶⁰ C-152/82 del 13 novembre 1990.

⁶¹ C-36/02.

vietati giochi che usavano strumenti di elettronici in cui figure umane fungevano da bersaglio ⁶².

Più di recente, in materia di contratti di assicurazione, la Corte di Giustizia ha stabilito che l'art. 5 n. 2 della direttiva 2004/113/CE sul principio di eguaglianza tra uomini e donne è invalido e quindi le clausole contenute nelle polizze assicurative che discriminano le donne, per età, rispetto agli uomini, sono nulle ⁶³.

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

6. - (Segue): L'osmosi dei principi: l'applicazione dei principi del diritto comunitario nel diritto interno.

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

⁶² C-36/02.

⁶³ C-236/09. Una ricca e dotta raccolta di casi commentati si deve ora a R. COSIO-R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2012; in argomento v. A. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2012.

dipendente; si registrano anche pronunce che hanno applicato i principi di *sussidiarietà* e di *precauzione*.

Di particolare interesse per la dottrina privatistica è l'applicazione del principio di eguaglianza e *non-discriminazione*, collegato con il principio di *dignità* della persona. La letteratura in materia è ormai davvero abbondante e assai apprezzabile. Non è possibile in queste pagine prendere posizione sulla applicazione dei singoli principi, né sul principio dell'abuso del diritto, oggetto di una amplissima letteratura, anche recente, in cui si discute se sia stato consolidato nel diritto dell'Unione europea. Emblematico a questo riguardo il titolo di una ricerca condotta da un gruppo di studiosi coordinati da R. de la Feria e S. Vogenauer, *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*⁶⁴.

7. - La percezione dei principi nella letteratura recente di diritto privato europeo.

Come si è anticipato, la sofisticata e complessa discussione sulla natura giuridica dei principi, che si è avviata negli anni Ottanta all'apparire del libro di Ronald Dworkin⁶⁵ ha solo scalfito gli autori delle opere più rilevanti in materia di principi generali del diritto europeo. Il contributo, per certi aspetti fondamentale, di Takis Tridimas⁶⁶ non si sofferma più di tanto sulla questione, passando in rassegna nell'introduzione piuttosto i problemi che attengono ai rapporti tra il diritto interno e il diritto dell'Unione europea. Fonte del diritto, espressi in forma non scritta, i principi generali sono presi sul serio – ovviamente – ma sono esaminati nel loro concreto operare. Tridimas si sofferma soprattutto sui principi di eguaglianza, proporzionalità, certezza del diritto e legittimo affidamento, sui diritti fondamentali, sul diritto di difesa, sul principio di effettività dei rimedi e sui principi di responsabilità e risarcimento del danno. Segue il suo esempio Norbert Reich⁶⁷, includendo però nel novero dei principi

⁶⁴ R. DE LA FERIA-S. VOGENAUER, *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, Oxford-Portland-Oregon, 2011.

⁶⁵ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977.

⁶⁶ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, 1999.

⁶⁷ N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014.

trattati l'autonomia contrattuale e la libertà delle parti, la protezione della parte debole, il principio del bilanciamento degli interessi in gioco, accanto ai più tradizionali principi di non discriminazione, effettività, proporzionalità, e chiude il discorso con l'interrogativo sul principio di buona fede e di abuso del diritto.

Più approfondita l'analisi effettuata al congresso di Stoccolma⁶⁸ in cui, accanto ai principali principi generali, si è discusso in una sessione apposita, dei principi che regolano la concorrenza, e, soprattutto, della applicazione orizzontale e verticale dei principi generali.

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

8. - L'abuso dei principi generali.

Di recente si è diffusa una certa insofferenza per l'uso eccessivo, inappropriato, ripetitivo dei principi generali o di formule a cui si attribuisce la qualificazione di principi generali. Si è riportata l'attenzione sulla distinzione tra principi generali ed altri strumenti interpretativi con cui i principi generali condividono il ruolo di "attrezzi del mestiere" del giurista-interprete⁶⁹ e si sono soprattutto studiati i principi del diritto comunitario come "importati" o intesi nel diritto interno. Sintomatico a questo proposito è il significato e l'uso del principio di proporzionalità, che, anziché essere utilizzato per bilanciare gli interessi dell'ordinamento, come avviene nel diritto comunitario, è stato utilizzato per valutare l'equilibrio tra le prestazioni e la meritevolezza dell'interesse contrattuale perseguito⁷⁰; ma

⁶⁸ Lidingo, 8-9 novembre 2012, Alphen aan den Rijn, 2013.

⁶⁹ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 360 ss.; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 300 ss.

⁷⁰ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 335 ss.

si pensi anche al principio di ragionevolezza⁷¹. Ciò che preoccupa è che un uso poco sorvegliato dei principi da parte degli interpreti, in particolare dei giudici, possa incidere sull'ambito dell'autonomia privata apportando limiti alla libertà contrattuale che il legislatore non aveva previsto e che neppure il testo costituzionale consentirebbe di introdurre⁷².

Da un lato il ricorso ai principi appare assolvere ad una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela degli interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nel testo normativo scritto. E appunto il ruolo dello *ius non scriptum* servirebbe proprio a questo scopo, secondo quanto sostenuto da Rodolfo Sacco e Stephan Meder⁷³.

Dall'altro l'abuso dei principi porta ad un eccessivo potere interpretativo del giudice, che condurrebbe ad un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti⁷⁴.

E si consideri che sono ancora contestate le proposte di applicazione diretta ai rapporti tra privati dei principi dell'Unione europea sia sotto forma di diritti fondamentali⁷⁵ sia con riguardo agli altri principi sopra elencati, anche per timore del "judicial activism"⁷⁶.

⁷¹ E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 23; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 7 ss.; S. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

⁷² A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 749 ss.

⁷³ S. MEDER, *Ius non scriptum*, cit.

⁷⁴ In questo senso da ultimo v. L. ALEXANDER-K. KRESS, *Una critica dei principi del diritto*, Napoli, 2014.

⁷⁵ In particolare nei contratti: v. O. CHEREDNICHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, Monaco, 2007; contra: C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Milano, 2008.

⁷⁶ K. LENAERTS-J.A. GUTIERREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Rev.*, 2010, 1629 ss.