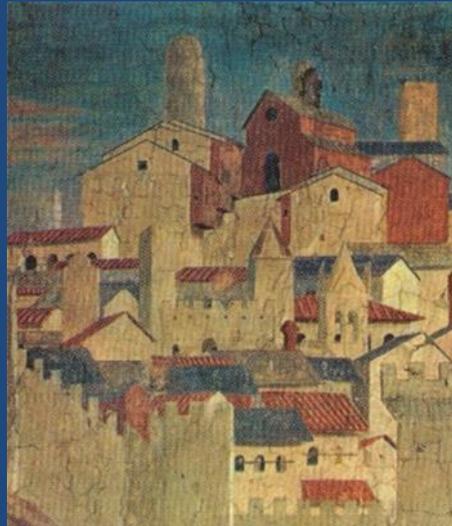


PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2014 - Numero 1

Saggi

- Sul volume di Paolo Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, di Ernesto Lupo p. 5
- A proposito di Paolo Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, di Giovanni Chiodi p. 9
- Sulla *Introduzione al Novecento giuridico* di Paolo Grossi, di Giuseppe Vettori p. 18
- I tempi della giustizia e il tempo dei diritti, di Luciana Breggia p. 23

Materiali e commenti

- Il “pasticcio” dell’art. 62 l. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo ovvero responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?, di Stefano Pagliantini .. p. 37

Attualità

- Il giudice comune e il principio di effettività della tutela giurisdizionale: note a margine di casazione 21255/2013, di Daniele Imbruglia p. 55
- Il controllo d’ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea, di Federico Della Negra p. 71

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori
Comitato di direzione: Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.
Comitato dei revisori: Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Sebastiano Ciccarello; Massimo Confortini; Giovanni D’Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Fabio Pado-vini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zaccheo.
Segreteria: P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.
E-mail: info@personaemercato.it
Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell’elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l’integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall’indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Luciana Breggia; Giovanni Chiodi; Federico Della Negra; Daniele Imbruglia; Ernesto Lupo; Stefano Pagliantini; Giuseppe Vettori;

Tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

Saggi

SUL VOLUME DI PAOLO GROSSI: *INTRODUZIONE AL NOVECENTO GIURIDICO*

Firenze, 4 ottobre 2013

di Ernesto Lupo

| 5

Occorre essere grati a Paolo Grossi e all'editore Laterza di avere raccolto sei riflessioni esposte, in diverse occasioni pubbliche, dall'Autore su temi collegati che attengono al concetto di diritto oggi e all'attuale ruolo del giurista. Viene così facilitata la comprensione globale del pensiero dell'eminente storico del diritto, che utilizza la sua esperienza di studioso per fornire una interpretazione approfondita ed organica dell'attuale realtà giuridica. Di guisa che i sei saggi offrono, nel loro complesso, una visione complessiva di filosofia del diritto, tanto originale quanto stimolante per uno che, come me, ha visto il diritto nella sua applicazione pratica e ne ha percepito, nei circa cinquanta anni di professione giudiziaria, le profonde trasformazioni.

Si tratta, invero, di sei lezioni magistrali (al di là delle diverse denominazioni utilizzate per gli interventi pubblici del Maestro), una delle quali – mi piace sottolineare – tenuta nella Aula Magna della Corte di Cassazione (quella che si interroga sulla *Crisi del diritto, oggi?*), quasi a segnalare, anche attraverso un segno esteriore, il collegamento tra le riflessioni teoriche sulla funzione del diritto e la vita pratica che lo stesso vive di fronte a situazioni conflittuali.

Le lezioni hanno una unitarietà estrinseca perché, come risulta dalla *Premessa* dell'Autore (di "Pasqua del 2011"), sono state redatte "nel giro di quest'ultimo anno". Ma, soprattutto, hanno, come ho già detto, una unitarietà intrinseca di pensiero,

sinteticamente, ma chiarissimamente espressa nella stessa *Premessa* (v. soprattutto il § 2).

L'Autore prende in esame il *Novecento giuridico*, che considera più ampio del secolo XX, perché esso inizia già alla fine del secolo XIX per poi continuare ancora all'inizio dell'attuale secolo, e quindi nel tempo che stiamo vivendo. Esso è visto come "tempo di transizione" e di "movimento/mutamento", e precisamente, per usare il linguaggio usuale del Grossi, come epoca in cui si ha la fine della "modernità giuridica" e delle sue "mitologie" ed irrompe il "pos-moderno", caratterizzato dalla crisi dello Stato, della legge, dell'assetto gerarchico delle fonti.

Queste crisi non sono considerate da Paolo Grossi con visione pessimistica. Si tratta, piuttosto, di fenomeni di passaggio e di modifica dell'ordine giuridico, che non devono spaventare ma possono essere compresi e dominati dai giuristi. E gli strumenti di analisi dello storico, che ha studiato le profonde modificazioni avvenute in passato nel mondo del diritto, sono particolarmente idonei ad una pacata visione del passaggio dalla modernità al pos-moderno.

Tra le modifiche indicate da Grossi evidente è la progressiva crisi della legge, ormai inidonea a conferire ordine alla materia su cui essa interviene.

Un significativo esempio di conferma traggo dalla mia materia professionale. L'art.108, co. 1, cost. dispone: "Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge".



Non entro nel problema, ampiamente discusso tra i costituzionalisti, della natura di siffatta riserva di legge e, correlativamente, della capacità normativa del CSM (per una rapida informazione v. H. Simonetti, *Commentario alla Costituzione* a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (Torino 2006), III, 2066). Mi limito a rilevare che, recentemente, è stato pubblicato il *Codice dell'Ordinamento giudiziario* (Milano 2013), a cura di M. Vietti. L'opera, di dimensioni mastodontiche (3410 pagine), è divisa in due parti in cui sono contenute, rispettivamente, la normativa qualificata "primaria" e la normativa "secondaria" (così denominata quella elaborata dal CSM). La seconda parte è più ampia della prima! E le norme di legge (e fonti equiparate) si riducono ulteriormente se si tiene presente che nella prima parte sono incluse anche le norme statali di natura regolamentare.

Osserva, condivisibilmente, Vietti nella *Premessa*: "intervenire sul sistema normativo primario avviene sempre più difficile e meno efficace". Da qui l'ampio spazio occupato, di fatto, dalla normativa del CSM (e, in generale, non legislativa), ma con un sostanziale mutamento di senso del sopra trascritto dettato costituzionale. E con l'insorgenza di svariati problemi che non è questa la sede per indicare.

Altra modifica che sta caratterizzando tutti i settori dell'ordinamento è il crescente spazio del diritto europeo, inteso in senso ampio sia come diritto dell'Unione europea sia come normativa della Cedu (con le rispettive Corti di Lussemburgo e di Strasburgo). Di questo processo Paolo Grossi coglie l'aspetto, credo, più importante: l'avvicinarsi dei "due pianeti, un tempo separatissimi, del *civil law* e del *common law*". Le due più recenti *Relazioni annuali sull'amministrazione della giustizia* presentate dalla Corte di cassazione (nelle inaugurazioni degli anni giudiziari 2013 e 2012) sono imperniate sulle innovazioni che sulla giurisprudenza nazionale hanno prodotto le pronunzie dei giudici europei, in cui incidono spesso la diversa cultura e *forma mentis* dei giudici di *common law* (www.cortedicassazione.it: *Relazione* per l'anno 2012, 12-29; *Relazione* per l'anno 2011, 11-35).

I mutamenti che caratterizzano il "secolo post-moderno" comportano un accresciuto ruolo della giurisprudenza, e in generale del giurista. I manuali di diritto privato e civile del periodo della mia formazione giovanile (ricordo, in particolare, quello del Messineo) non avevano riferimenti giurisprudenziali (o, comunque, essi erano rari) perché l'oggetto di studio era esclusivamente il dato legislativo. Oggi la conoscenza delle disposizioni del codice civile deve necessariamente essere integrata da quella delle interpretazioni-applicazioni giurisprudenziali. Paolo Grossi indica quale "esempio

emblematico di istituto profondamente plasmato dalle analisi e intuizioni giudiziali" quello della responsabilità civile. Ed in effetti qui si è in presenza di disposizioni del codice civile (per esempio, l'art.2059, sui danni non patrimoniali) che sono rimaste identiche nel tenore letterale, ma sono radicalmente mutate le norme che se ne traggono, onde il diritto risulta profondamente innovato pur nella permanenza degli enunciati normativi.

Ormai non può negarsi che anche i giudici di *civil law*, come quelli di *common law*, concorrono alla creazione del diritto. Per quanto riguarda, in particolare, l'Italia, sono significative, in tal senso, alcune recenti pronunzie delle Sezioni unite della Cassazione. Cass. pen. 21-1-2010 n.18288, Foro it. 2010, II, 566, ha affermato che il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite, integra "un nuovo elemento di diritto", che rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata. Nella diffusa argomentazione del principio di diritto affermato dalle Sezioni unite si richiama, tra l'altro, l'orientamento pacifico della Corte di Strasburgo che, nel concetto di legalità, include sia il diritto di produzione legislativa, sia quello di derivazione giurisprudenziale. Anche le Sezioni unite civili, nella famosa sentenza sul c.d. *overruling* (11-7-2011 n.15144, Foro it. 2011, I, 2254), pur nel ribadire, in linea di principio, la funzione meramente dichiarativa della giurisprudenza, hanno attribuito al mutamento della propria interpretazione di una norma processuale un effetto (a certe condizioni) non diverso da quello derivante da una nuova fonte del diritto. E la teoria del "diritto vivente", posta a fondamento di tante decisioni della Corte costituzionale per interpretare il significato di disposizioni oggetto della valutazione di legittimità costituzionale, conferma che la giurisprudenza concorre a creare il diritto vigente.

Non può negarsi che i movimenti/mutamenti acutamente analizzati da Paolo Grossi comportano incertezze e producono - come si rileva già nelle prime parole della *Premessa* - una "instabilità, che appare così corrosiva della tranquilla sicurezza del giurista italiano".

L'incertezza del diritto va superata attraverso una maggiore stabilità e prevedibilità degli orientamenti giurisprudenziali. La Costituzione repubblicana è riuscita ad avere una funzione "ordinante" della vita sociale italiana di oltre un sessantennio (come condivisibilmente ritiene Paolo Grossi) grazie all'opera della Corte costituzionale, la quale, con la sua giurisprudenza stabile, ma non immobile, ha dato concretezza a valori costituzionali necessariamente astratti, rendendoli operanti in tutti i settori dell'ordinamento, ed ha costituito un punto di rife-





rimento essenziale per la vita civile e politica. Ruolo ugualmente essenziale, rispetto al diritto dell'Unione europea, ha svolto la Corte di giustizia di Lussemburgo con una giurisprudenza attenta al suo sviluppo anche nei momenti di crisi del processo di unificazione. La tutela dei diritti umani fondamentali nella più ampia comunità del Consiglio d'Europa non sarebbe stata operante senza la giurisprudenza ferma ed incisiva (pur se, in qualche aspetto, criticabile) della Corte di Strasburgo.

Rispetto al diritto interno sub-costituzionale la Corte di cassazione non è, invece, riuscita a svolgere compiutamente la funzione ad essa affidata dall'art.65 dell'ordinamento giudiziario e sostanzialmente confermata dalla Costituzione repubblicana, che l'ha voluta giudice su ogni doglianza di violazione di legge. L'istituzione è stata sommersa da un numero enorme di ricorsi, che ha comportato la necessità di un numero troppo elevato di giudicanti, inadeguato, di per sé solo (anche a prescindere dalla qualità professionale dei magistrati), a realizzare appieno la funzione di nomofilachia. Di recente, nella giustizia civile, il legislatore ha posto in risalto tale funzione (legge delega 14-5-2005 n.80 e d.lgs. 2-2-2006 n.40), ma senza operare alcuna modifica nella struttura e composizione della Istituzione, le quali appaiono ormai incompatibili o, almeno, incoerenti rispetto alla nomofilachia. L'origine del problema sta, però, nella mole dei ricorsi per cassazione, enormemente accresciuta rispetto a quella degli anni in cui fu scritta la Costituzione: all'epoca n. 3.000-4.000 ricorsi civili (nel 1947 n.2.989), oggi circa n. 30.000 ricorsi civili all'anno.

La maggiore complessità che Paolo Grossi ravvisa nella pos-modernità rende ancora più necessaria la funzione di nomofilachia per fornire punti di orientamento che possano facilitare il lavoro dei giudici di merito. Si pensi, per fare un esempio, alla complessità derivante dalla coesistenza, nell'esame di una determinata problematica, di fonti interne e di fonti europee, i cui rapporti non si pongono in chiave gerarchica, ma esigono spesso una non facile ed opinabile opera di interpretazione delle diverse fonti. Nella citata *Relazione della Corte di cassazione* del gennaio 2012 (23-24) si è indicato il caso del trattamento economico del personale scolastico A.T.A. (amministrativo, tecnico ed ausiliario) trasferito dagli enti locali allo Stato, in cui sono intervenute la Corte costituzionale, la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo; a seguito di questo apporto triangolare è spettato alla Cassazione (Sez. lavoro, 12-10-2011 n. 20980) indicare al giudice di rinvio la strada da seguire nel risolvere le diverse cause. Una recente monografia, dedicata da Vittorio Manes ai *Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sopranazionali*, è stata significativamente in-

titolata *Il giudice nel labirinto* (Roma 2012): lo studio riguarda la materia penale, ma pone problemi, per diversi aspetti, comuni a tutti i settori dell'ordinamento interno, nel loro rapporto con le fonti europee.

L'art.65 ord. giud., lungi dall'essere espressione del periodo in cui entrò in vigore, conserva attualità nel secolo pos-moderno, prevedendo una funzione essenziale per il dominio della complessità che lo caratterizza. Occorre, però, che la Corte di cassazione, preposta a tale funzione, sia chiamata a risolvere un contenzioso limitato numericamente perché riservato alla soluzione dei contrasti interpretativi di interesse generale, mentre il controllo sulla motivazione degli accertamenti di fatto va effettuato nel giudizio di appello, avente per oggetto la revisione del giudizio di primo grado, a sua volta ristrutturato in modo da essere idoneo all'accertamento completo dei fatti (v., *amplius*, la *Relazione* in ultimo citata, 67-68). Il conseguimento di siffatto risultato consentirebbe di limitare e qualificare il numero dei magistrati addetti al giudizio di legittimità (il che è compatibile con una loro non breve temporaneità) e può essere facilitato dalla previsione di un albo di avvocati con legittimazione esclusiva alla difesa in cassazione (analogamente al sistema francese ed a quello tedesco).

Più in generale, al di là del tema relativo al ruolo che dovrebbe essere assolto dalla Corte di legittimità, va osservato che l'interpretazione giuridica è caratterizzata da limiti connaturali ed essenziali e che l'attività decisoria del giudice, se non può essere ridotta ad una mera operazione sillogistica, non può neanche essere considerata così libera da avvicinarsi ad una scelta politica, legittimata soltanto dall'essere argomentata e dal fondarsi su un discorso giuridico. Va mantenuto fermo, nella teoria e nella pratica del diritto, il principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge, che – occorre aggiungere – sia conforme alla Costituzione ed alle fonti sopranazionali (e quindi, si potrebbe più propriamente dire: soggezione al diritto). Questo principio è stato, di recente, richiamato anche dalla Corte costituzionale, la quale, nella sentenza 12-10-2012 n.230, ha sottolineato che non può essere consegnato al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, una funzione legislativa, “in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale”.

Una diversa concezione del diritto, dimentica totalmente del principio della divisione dei poteri, produrrebbe effetti di caos normativo e di nichilismo giuridico. Ma queste prospettive sono ben lontane dalle opinioni di Paolo Grossi. Si leggano le pagine del saggio conclusivo della raccolta su *L'identità del giurista*, oggi: “Di fronte a un coacer-

vo confuso di leggi che si ammucciano sui Codici con il carattere sempre più marcato e immiserente di meri provvedimenti, di fronte a leggi vecchie o lacunose e a un legislatore che si dimostra incapace di reggere il confronto con i tempi e i bisogni novissimi, il giurista – teorico e pratico – non può non corrispondere a una chiamata che si trasforma per lui in un impegno etico prima ancora che professionale e che lo fa giganteschiare nel processo formativo del diritto” (p.135).

8 Mi piace, in conclusione, raccogliere il “messaggio di speranza” che Paolo Grossi ha formulato proprio alla fine della già citata lezione tenuta in Cassazione (78-79). Se faccio un confronto tra le sentenze che ho scritto circa cinquanta anni fa e quelle dell’ultimo periodo della mia attività, mi rendo conto della differenza di sensibilità e cultura che sussiste tra i due periodi, nel senso del superamento di iniziali atteggiamenti legalistici e formalistici verso una maggiore attenzione ai valori della Costituzione, e quindi dell’avvenuto passaggio dalla applicazione, alcune volte astratta, della legge allo sforzo di interpretarla per adeguarne il disposto a tutte le caratteristiche concrete del fatto da giudicare.



A PROPOSITO DI PAOLO GROSSI, *INTRODUZIONE AL NOVECENTO GIURIDICO*, ROMA-BARI 2012

di Giovanni Chiodi

| 9

1. *Le coordinate della storia: la legalità del Codice.* Nei discorsi di cui è intessuto questo libro suggestivo e singolare trovano felice sintesi, in una visione complessiva che cattura sempre l'attenzione del lettore per l'esposizione chiara, accessibile e avvincente, tanti percorsi intellettuali caratterizzanti l'attività scientifica di Paolo Grossi. Tornano perciò, in forme diverse, i motivi conduttori di scritti a tutti noti, arricchiti di spunti, sfumature e messaggi forti sul Novecento, il secolo che ci siamo lasciati alle spalle, ma che dobbiamo necessariamente richiamare alla memoria per ritrovare la bussola di un processo ancora in atto. Il secolo di cui ci viene offerta una interpretazione, che è insieme narrazione storica e testimonianza attiva e critica dei modi in cui si sta ricomponendo la nostra identità presente. La storia qui riveste un ruolo centrale, perché chi intenda riflettere criticamente sul presente non può fare a meno di interrogarsi sul significato che oggi diamo a forme di legalità ereditate da un passato più o meno recente (codici e costituzioni) e al quale altre se ne sono aggiunte (diritto europeo e sovranazionale), in un accumulo produttivo, a volte liberatorio, a volte problematico, in una tensione inquieta che incide sulla nostra identità attuale e che ci viene restituita in questo volume con l'energia vigile che solo la parola dei maestri riesce a infondere nell'animo del lettore. Ripercorrere i fili rossi di questa brillante ricostruzione di un percorso è un invito prezioso anche ad allacciare relazioni con altri scritti di Paolo Grossi, di cui risuona, quasi familiarmente, l'eco nelle pagine di questi interventi. Il libro ha un respiro tridimensionale: parla di medio-

evo, modernità e pos-modernità; accosta in una visione dall'alto secoli di storia. Vorrei partire dal codice, in particolare quello civile: figura centrale del mondo ieri, apice del progetto giuridico moderno.

L'avvento del codice civile ha modificato il rapporto dei giuristi con il passato, li ha quasi dissociati e distanziati da esso. Di più: alla lunga il codice ha separato il diritto e i giuristi dalla società. Questa ora zero del diritto è evidente nel *Code civil*, di cui Paolo Grossi ha dato a suo tempo una lettura esemplare, qui ripresa: un codice figlio dell'ideologia giusnaturalista e illuminista, prodotto da un legislatore impegnato a progettare e ad edificare "un ordine giuridico razionale", un codice "pensato come sistema di principi e regole a proiezione universale¹", figlio di un legislatore icasticamente più volte definito come "novello re Mida capace di trasformare in oro tutto quel che toccava²".

Questa nuova legalità, avente al vertice il codice civile, è il simbolo di una "rottura fondamentale con la tradizione giuridica pre-rivoluzionaria", dal momento che il diritto civile, prima extra-statuale, secondo l'ormai classico predicato attribuitogli da Filippo Vassalli, veniva irrigidito in "testi autorevoli destinati a una vigenza proiettata in un tempo indefinito". Un codice che dominava come una "sorta di

¹ P. GROSSI, *Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35 (2006), I, 83-114, 87.

² ID., *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in M. LOBUONO, *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, Bari 2009, 17-46, ora in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari 2011, 211-238, 216.





| 10

superiore norma costituzionale dell'ordine borghese³ ed era dotato di due tratti fondamentali: astrattezza/purezza, rigidità/durezza. La codificazione, dunque, non fu una scelta neutrale, corrispose a una strategia precisa, di costruzione di un nuovo ordine giuridico controllato dall'alto, esclusivo, con un centro da cui tutto si dipartiva.

Sull'astrattezza o purezza del diritto civile codificato, frutto della "ipoteca giusnaturalistica, la più radicata e la più indiscussa", Paolo Grossi ha sempre insistito con forza, sottolineando il paradosso del diritto civile che, "chiamato a disciplinare la vita quotidiana dei privati e a calarsi, quindi, tra i fatti, di cui è intrisa la quotidianità, fu ben rinserrato nella fortezza cartacea del Codice, un testo vocato all'eternità dove protagonista era ancora il soggetto unitario di diritto naturale e dove non arrivava l'eco delle miserie d'ogni giorno⁴".

E' la confessione di un disagio, di fronte all'esito ultimo di quella lucida politica del diritto: il primato del codice e della legge. Da un lato, il codice che generalizza il soggetto a cui si rivolge, fa piazza pulita dei ceti, si rivolge a una società moderna astrattamente unificata intorno a individui liberi ed uguali, unifica i beni, ne facilita la circolazione, cancella le differenze, tutela l'autonomia privata, si proietta in una dimensione territoriale. Dall'altro, il primato dell'individuo isolato e astratto dalla società: "il soggetto... coniato dal giusnaturalismo settecentesco, non inserito in nessuna comunità intermedia se non in quella naturale della famiglia, né partecipe di alcuna fede religiosa⁵".

Il codice aveva anche la caratteristica della rigidità, che lo rendeva baluardo solidissimo di principi, messi al riparo dall'usura del tempo, deposito di regole concepite come immutabili, eterne, durevoli: "la sua qualità essenziale, quasi identitaria, sembrava ormai consistere nella sua corazza dura, nella sua durezza, una durezza che la purezza era chiamata a intensificare⁶". Una costituzione rigida e stabile, simbolo di certezza, permanente ed eterna, roccaforte dei valori borghesi, 'volutamente impermeabile dall'esterno⁷'. Castello di roccia dura, secondo un'immagine presa a prestito da Calamandrei, simi-

le al Castello dei Pirenei di René Magritte, sospeso in aria sull'oceano⁸.

La durezza dei principi accolti nel codice civile aveva indubbiamente consentito di mettere in sicurezza alcuni diritti e principi fondamentali e di garantirli opponendoli al potere politico: uguaglianza formale dei cittadini, proprietà, libertà di contratto, libertà di testare, uguaglianza successoria dei figli, nessuna responsabilità senza colpa. Ma, alla lunga, "la modernità appare come un cantiere freneticamente impegnato a disegnare certezze indiscutibili, le quali, proprio perché concepite quale approdo ultimo e insuperabile dell'umana ricerca, si traducono in posizioni e affermazioni dommatiche e assiomatiche (io direi: mitologiche)". Il rischio è quello di concepire il diritto come insieme di regole che "galleggiano *impassibili* al di sopra del divenire storico⁹".

Anche perché il nuovo breviario della società, nel suo prototipo massimo, testo autorevole come gli antichi testi della tradizione giuridica, produsse una dottrina dell'interpretazione intesa, almeno inizialmente, in modo strettamente volontaristico, conseguenza di una lettura rigida del principio di separazione dei poteri, che imponeva al giurista di rincorrere la volontà del legislatore: "e il compito di ogni cittadino e di ogni giustizia si restringeva allo sforzo di afferrarla e rispettarla con obbedienza assoluta, restando del tutto irrilevante la vita della norma nel tempo dopo che la volontà del legislatore l'aveva conclusa nel testo promulgato, il suo incontro coi fatti, il suo realizzarsi nei rapporti concreti della quotidianità¹⁰".

Le ambiguità del codice civile si riflettono anche nell'esperienza italiana, dove esso servì a edificare l'identità nazionale, a corollare un ideale di certezza e unificazione, ma anche ad esprimere il principio di sovranità dello Stato in modo assoluto.

2. *Una (prima) grande trasformazione.* Questo panorama tipico del mondo di ieri si incrina alla fine dell'Ottocento, quando la modernità, con i suoi miti, i suoi dogmi, le sue certezze, inizia a tramontare.

Entriamo così nel Novecento giuridico, di cui Paolo Grossi rifiuta la qualificazione di 'secolo breve', a suo tempo coniata (su altre basi) da Eric J. Hobsbawm, perché la fine dell'Ottocento inaugura un tempo nuovo, un lungo tempo che stiamo ancora vivendo. Un tempo che è rottura, cesura, rispetto

³ *Ibidem*, p. 214.

⁴ ID., *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio. Una pos-fazione*, in F. Macario - M. Lobuono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova 2010, 405-422, 406-407.

⁵ ID., *Code civile* cit., p. 97.

⁶ ID., *Il diritto civile* cit., p. 214.

⁷ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli 2009, ora in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari 2011, 19-40, p. 35.

⁸ *Le Chateau des Pyrénées* (1959) è un dipinto ad olio del grande pittore belga, conservato nell'Israel Museum di Gerusalemme.

⁹ P. GROSSI, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in *Paolo Grossi* cit., 153, 165.

¹⁰ ID., *Il diritto civile* cit., 218.

alla modernità e ai suoi miti. Non è tanto la caduta del muro di Berlino, dunque, quanto la caduta della barriera tra Stato e società, tra legge e società, a fare la differenza e a connotare il diritto pos-moderno: la perdita di quegli elementi essenziali di rigidità e purezza con i quali la legge civile veniva identificata, la caduta del monopolio legislativo, l'apertura al sociale. Il Novecento, il "secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione", secondo la lucida diagnosi di Luigi Mengoni, è dunque tempo di transizione.

Di questo periodo, Paolo Grossi mette a fuoco diversi momenti epocali, incominciando dalla rivoluzione industriale e dalla grande guerra, "pietra tombale che seppellisce l'età borghese"¹¹.

Il nuovo sentiero storico incomincia alla fine dell'Ottocento: questa è la tesi centrale affermata più volte nel libro. È il momento in cui i civilisti (per continuare ad assumere questo particolare angolo di osservazione) sono costretti a riflettere sui mutamenti economici e sociali, che reclamano risposte nuove: al liberalismo economico individualista e ottimista dei paleocivilisti succede un liberalismo critico, che spalanca gli occhi sulle disuguaglianze reali, recupera la solidarietà perduta e sogna addirittura un nuovo diritto privato sociale. Il diritto civile sembra avviarsi verso una palingenesi.

In realtà, il legislatore italiano inventiene pochissimo a ritoccare il codice e ad adeguare il diritto civile al passo dei tempi. Di fronte alla legislazione speciale, inoltre, l'atteggiamento della maggioranza dei civilisti è spesso scettico. I civilisti italiani del primo Novecento, convinti della necessità di una scienza nazionale che domini il divenire sociale, se non osano porre in discussione le basi dello Stato liberale di diritto, parlano sempre più frequentemente di 'cabale del diritto', di legislazione speciale caotica e disorganica, e difendono l'unità del sistema contro la frammentazione, nella convinzione che i principi del sistema offrano una risposta adatta a fronteggiare il divenire della società. Si è tuttavia affermata, nel lungo periodo, quasi a raffreddare il fuoco della critica sociale al codice, una concezione chiusa e pandettistica di sistema, inteso come complesso di principi generali concatenati e ordinati dedotti dal codice, che ha effettivamente liberato una serie di potenzialità del codice prima insospettite; instaurato collegamenti prima mai tentati tra le norme; aperto le porte, seppure con prudenza, alla discrezionalità giudiziale, ove autorizzata dal codice.

La dottrina affina i suoi strumenti del mestiere: se rifiuta con sdegno il verbo eretico del giusliberismo - il cui messaggio, lanciato alla fine

dell'Ottocento, sarà recuperato nel corso del Novecento, ma che nello Stato liberale borghese crea scompiglio perché mina alle fondamenta il monopolio del legislatore, spostando eccessivamente l'asse verso il potere giudiziario - essa accede comunque all'idea che le clausole generali presenti nel codice vadano valorizzate e che l'interpretazione del codice civile non possa essere mantenuta nel recinto delle idee che a suo tempo avevano ispirato il legislatore. Si parla di interpretazione evolutiva, autorizzando l'interprete a un doppio sguardo, al passato e al presente, soluzione di compromesso che consente di adeguare il diritto senza sconfessare i postulati liberali che pongono al centro del sistema la legge e il diritto positivo, la cui produzione resta monopolio del legislatore. È una prima riscoperta dei poteri creativi del giurista. Ma è soluzione verso la quale Paolo Grossi, recuperando un insegnamento di Santi Romano, non nutre particolare ammirazione: "l'interprete non può non guardare il testo normativo che con i suoi occhi e ... non lo si può costringere alla situazione innaturale di guardarvi con gli occhi lontani ed alieni del legislatore, tanto più che qui i suoi occhi rispecchiano fedelmente e senza costrizioni la realtà circostante che la norma è chiamata ad ordinare"¹².

L'adeguamento del codice alla società, comunque, fu per lo più vissuto all'ombra del diritto positivo. Anche i civilisti più creativi non sconfessarono il postulato, figlio di una concezione che identificava pur sempre il diritto nella legge positiva e che richiamava interpreti e giudici al rispetto del principio di legalità e del vincolo del testo, intesi però in senso intensamente legalistico. Perciò il giudizio di Paolo Grossi anche su questo momento liberatorio, in concreto pieno di limiti, non è benevolo: "un campiello cintato verso tutto il resto da mura altissime e insuperabili e percorso soltanto dai canali della logica formale, che nascevano al suo interno e che davano solo una parvenza di vitalità attiva a chi ne attingeva"¹³. Ciò che egli rimprovera a quella esperienza è di aver separato il diritto "dal divenire incomposto dei fatti", dalla società, dai fatti e dalla giustizia: "il grosso traguardo mancato della modernità"¹⁴, che segnò l'abbandono delle scelte a una politica senza possibilità di controllo..

Il rapporto tra scienza e giurisprudenza, inoltre, è prevalentemente impostato con la seconda sempre in posizione subalterna alla prima, vera custode dei dogmi e del loro adattamento, anche se i giuristi più

¹² Id., *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un convegno milanese, e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini*, 17, 1988, 517-532, ora in *Paolo Grossi cit.*, p. 145.

¹³ Id., *La fantasia nel diritto*, in *Quaderni fiorentini*, 15 (1986), 589-592, ora in *Paolo Grossi cit.*, p. 41.

¹⁴ Id., *Un impegno cit.*, 25, 40.

¹¹ Id., *Il diritto civile cit.*, p. 219; *Introduzione al Novecento giuridico*, p. 106 (Ordine).



| 12

attenti prendono atto della creatività della giurisprudenza, una creatività a volte disordinata e non in linea con le interpretazioni della dottrina, e ne accettano talvolta i suggerimenti.

Pur con queste aperture, dunque, si rimane pur sempre all'interno di un sistema che trova il suo epicentro nel codice e che accredita al solo legislatore il potere di produrre diritto. E rimane pur sempre la cronica difficoltà del Parlamento ad adeguare il diritto ai mutamenti economici e sociali, l'eccessiva prudenza con la quale si affrontano le riforme del codice.

Dopo l'immane catastrofe della prima guerra mondiale, tuttavia, il diritto civile si avvia con più decisione a perdere astrattezza e purezza ovvero, con un'altra immagine tipicamente grossiana, a macchiare le sue candide vesti, a smettere di indossare "vestiti irrimediabilmente invecchiati"¹⁵. I giuristi più acuti, nell'afferrare i segni del cambiamento, colgono con precisione questo fenomeno, che tocca l'acme durante le ultime fasi del conflitto, e si dimostra irreversibile nei decenni successivi, con delle ricadute non solo nella legislazione speciale, ma anche nel nuovo codice civile del 1942. Si registra lo spostamento della linea di confine tra pubblico e privato, aumenta l'ingerenza statale nei rapporti privati.

La prima grande trasformazione annunciata da questi provvedimenti settoriali investe nelle fondamenta il diritto civile. Da diritto astratto, costruito su un soggetto virtuale identificato come *homo oeconomicus*, su una proprietà astratta e assoluta e su una categoria unitaria di beni, si passa gradualmente a un diritto civile che detta norme e limiti, che si propone compiti sociali, che invade spazi privati, proteggendo categorie differenziate di individui e facendo emergere nuovi soggetti collettivi. Anche la proprietà si differenzia, a seconda della diversità dei beni (la finziana "officina delle cose"), e si parla delle proprietà al posto di un'unica proprietà. Il diritto del proprietario, inoltre, da assoluto diventa relativo, funzione sociale. Il contratto non è più solo individuale, ma collettivo e di impresa, rivolto all'"uomo-massa attuale ... un primitivo che dalle quinte si è insinuato sul palcoscenico della terra"¹⁶. La disciplina del contratto non è più rivolta solo a un soggetto unico di contraente, ma considera *status* più specifici, tra i quali predomina la figura del consumatore. La forza di legge del contratto si allenta e si allarga il campo giurisdizionale di controllo dell'autonomia privata, verso scopi che l'ordine borghese aveva tematizzato, ma sempre

con prudenza (equilibrio contrattuale e giustizia sociale). La colpa non è più l'unico parametro della responsabilità civile. Il presupposto della responsabilità contrattuale non viene più identificato nella sola possibilità oggettiva e naturalistica di adempiere. Dottrina e giurisprudenza valorizzano le clausole generali contenute nel codice civile. Dal diritto civile nasce e si distacca il diritto del lavoro, dedicato a un soggetto autonomo, il lavoratore subordinato; una autonoma *species* contrattuale, il contratto di lavoro. Il diritto agrario per il fondo rustico emerge dall'ampio mare dell'astrattezza civilistica.

Deriva da qui la ricerca appassionata di Paolo Grossi per le voci fuori dal coro, la valorizzazione di quei giuristi che hanno inteso trasmettere messaggi originali, che hanno avuto visioni nuove del diritto, i dissonanti: quelli che, magari senza proclamare la morte della tonalità, rivoluzionarono l'armonia. Tra questi, nei saggi qui raccolti, è la figura di Santi Romano a giganteggiare e a ottenere un rilievo particolare per il messaggio pluriordinamentale, per aver spostato l'asse sulla società¹⁷. A lui spetta di aver posto con forza l'accento sulla necessità di riscoprire il pluralismo giuridico, il diritto oltre lo Stato e la legge statutale, oltre il diritto positivo, e insieme di aver colto una verità: che la crisi, già evidente ai suoi tempi, non era del diritto, ma dello Stato moderno, della sua sovranità esclusiva e della sua massima espressione, la legge statutale, in caduta libera. Una crisi che, chiarisce bene Paolo Grossi, va intesa positivamente come movimento e mutamento verso un nuovo assetto delle fonti del diritto; "punto di partenza è ciò che la crisi ci ha fatto capire", si potrebbe chiosare con le parole di Habermas¹⁸. E si potrebbero ricordare anche i tanti lavori dedicati ad altri personaggi che hanno contribuito, con la loro visione non appiattita sul mero dato positivo, ad arricchire il panorama civilistico dall'Ottocento al Novecento: figure originali come quelle di Giacomo Venezian, Enrico Finzi, Filippo Vassalli; Cesare Vivante per i giuscommercianti¹⁹; Francesco Carrara per la penalistica civile, per limitarsi solo a qualche nome di un itinerario culturale che si estende fino a Tullio Ascarelli²⁰ e Luigi Mengoni.

La legalità di ieri aveva anche un altro aspetto fondamentale: era formale, come formale era l'uguaglianza giuridica assicurata dai codici. Come insegna Paolo Grossi, "la norma suprema al vertice della piramide gerarchica, cioè la legge, è in questo progetto un contenitore vuoto, perché – essendo per

¹⁷ GROSSI, *Introduzione* cit., p. 108 (Ordine).

¹⁸ J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, trad. di L. Ceppa, Roma-Bari 2013, p. 73.

¹⁹ *Ibidem*, p. 84.

²⁰ *Ibidem*, p. 134.

¹⁵ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶ J. ORTEGA Y GASSET, *La ribellione delle masse*, Milano 2001, p. 110.

definizione assiomatica espressione della volontà generale – non ha dai diversi contenuti alcun contributo alla sua figura essenziale”. E ancora: “La legge vuota era una sorta di sapientissima forma entro la quale un legislatore onnisciente infallibile onnipotente poteva ospitare a suo arbitrio qualsiasi contenuto²¹”.

Questa visione, frutto di una strategia che nella pagine di Paolo Grossi viene continuamente evocata, ha determinato la perdita, da parte del costituzionalismo liberale, della sua vocazione di opposizione al potere politico, che alla lunga avrebbe condotto a risultati iniqui: “il principio di legalità perde qui ogni sua valenza garantistica per rappresentare soltanto il fossato invalicabile che circonda perfettamente e chiude il castello mitico così edificato²²”.

3. *Costituzione*. Nel pensiero di Paolo Grossi, le manifestazioni più importanti del diritto post-moderno sono rappresentate dalla legalità costituzionale, dalla giurisprudenza europea e dalla globalizzazione. Sono fenomeni imponenti, che hanno consentito di superare la visione tradizionale e monista del diritto, spezzando il monopolio dello Stato, mettendo in crisi la sua sovranità, dando luogo a nuovi equilibri tra i poteri. Nel corso del Novecento, infatti, come è sottolineato più volte nei discorsi pubblicati in questa raccolta, il diritto ha perso la ‘compattezza’ di un tempo ed è tornato a farsi complesso.

‘Complessità’: è questo il sintagma efficacemente adoperato, di cui Paolo Grossi avverte lucidamente l’importanza.

Una complessità, innanzitutto, che non dobbiamo leggere come restaurazione di un passato che non torna, quel passato rappresentato dall’esperienza medievale, in sé conclusa e consegnata alla riflessione dello storico. È una complessità, dunque, diversa, popolata di tanti attori, e che arricchisce la legalità di nuove prospettive. Una complessità che non elimina la dimensione della legalità ordinaria, dei Codici e delle leggi ordinarie dello Stato (l’avanzata delle leggi speciali, anzi, anche sotto la spinta delle direttive europee, è stata notevole e ha comportato la perdita di centralità del codice civile), ma la integra con altre fonti in un nuovo sistema, con uno sguardo che si proietta fuori dei confini nazionali. La legalità, oggi, si compone di una pluralità di volti e dimensioni.

La nuova legalità pos-moderna, per Paolo Grossi, è rappresentata in primo luogo dalla distinzione tra due sfere sovrapposte di legalità, quella ordinaria

e quella costituzionale, con quest’ultima che rivendica il suo primato sulla prima. Irrompono sulla scena delle nuove democrazie del secondo dopoguerra le costituzioni, tra cui anche la nostra repubblicana, espressione di una legalità diversa da quella del codice civile, la legge suprema del mondo di ieri, a causa del metodo di lavoro e dei contenuti in essa racchiusi.

La Costituzione, infatti, mette al centro della scena non l’individuo astratto, ma la persona nei suoi bisogni e nelle sue molteplici relazioni sociali (dalla famiglia alla scuola e al lavoro) “immersa al centro di un tessuto relazionale di diritti e di doveri, sempre pensata in dialettica con l’*altro* e inserita in formazioni sociali che la arricchiscono e ne incrementano lo spessore²³”. Essa estende le sue garanzie a persone concrete, con le loro differenze, e non a soggetti astratti. La Costituzione è infatti la fotografia della società e dei suoi valori, espressi in appositi principi, la cui attuazione, come rivela un lungo e accidentato cammino di presa di coscienza, è affidata non solo al legislatore ma anche ai giudici. Anche per questo, secondo un’altra felice definizione grossiana, la nostra carta appare non tanto come un atto di volontà di un legislatore, ma di conoscenza e ragione; non è un comando calato dall’alto sulla società da un potere distante, ma una lettura intesa a riconoscere i valori specifici di una società e a tradurli in norma²⁴.

L’aggiunta di questo nuovo strato di legalità ha inciso sulla preesistente e persistente legalità in almeno due modi. Le costituzioni del dopoguerra hanno riscoperto e ricostruito il secondo lato del costituzionalismo. La Costituzione infatti si presenta infatti come un *prius* rispetto allo Stato e di questo *prius* fanno parte i diritti fondamentali in essa tutelati. La rigidità, che prima era connotato del codice (ma anche, per certi aspetti, dello Statuto), si trasferisce sulla Costituzione e in particolare sui diritti fondamentali in essa affermati e salvaguardati. La Costituzione, quindi, diventa espressione di una legalità non solo diversa, ma anche superiore a quella ordinaria. Il potere legislativo non gode più del privilegio della insindacabilità: ora vi è un nuovo giudice speciale, autorizzato, secondo il modello di controllo accentratore di costituzionalità, a dichiarare l’illegittimità delle leggi e a risolvere i conflitti tra i poteri. La tutela del nuovo piano di legalità è affidato a una nuova Corte, con un radicale mutamento di prospettiva nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario. L’avvento della Costituzione, soprattutto una volta che la cultura giuridica ne riconobbe

²¹ P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, ora in Paolo Grossi cit., p. 131.

²² *Ibidem*, p. 131.

²³ *Ibidem*, p. 166.

²⁴ GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, p. 27 (Novecento); p. 73 (Crisi del diritto); pp. 110-112 (Ordine).

la natura non di semplice ‘prologo in cielo’, ma di “norma giuridica fondamentale della nuova lìa²⁵”, ha coinciso indubbiamente con un momento di rottura nel tradizionale equilibrio dei poteri.

La legalità costituzionale ha influito infatti sull’interpretazione dei codici e delle leggi da parte degli stessi giudici comuni e del loro vertice, la Cassazione, custode della legalità legale. La nuova sfera di legalità ha comportato un graduale ampliamento anche dei poteri dei giudici delle corti inferiori e della Cassazione, attraverso lo strumento dell’interpretazione conforme a Costituzione. Il diritto è divenuto sempre più giurisprudenziale, sempre più modellato dall’attivismo dei giudici. Pensiamo alle tecniche interpretative innovative e più libere dei testi normativi di cui troviamo abbondanti esempi nelle sentenze dei giudici del lavoro, tra cui uno spazio considerevole è stato riservato alle riletture ispirate ai principi costituzionali, rilevanti al punto da diventare, come è stato scritto, “la cifra della giurisprudenza del lavoro”, simbolo della centralità della Costituzione, considerata come “la vera stella polare” e “il luogo dei fondamenti ultimi della materia”, caratterizzata da un “uso massiccio, pressoché quotidiano, dell’argomentazione costituzionale²⁶”.

Coglie dunque perfettamente nel segno Paolo Grossi quando ritiene che uno dei caratteri essenziali del diritto pos-moderno risiede nella riscoperta dell’interpretazione come motore primario del sistema, un’idea che è riuscita a trasformare anche la vecchia legalità formale dei Codici e della legge ordinaria: “a una vecchia idea di legalità, legalità formale, va sostituendosi e sempre più deve sostituirsi una legalità diversa che tenga infine pienamente conto dei due piani di legalità in cui ormai si articolano i moderni ordinamenti²⁷”. Questo nuovo movimento verso il potere giudiziario ha contribuito inoltre a corroborare un’altra idea che è centrale nella riflessione grossiana, secondo cui l’interpretazione (tanto dottrinale quanto giurisprudenziale) “non è una semplice appendice estranea a tutto il processo formativo della regola, ma è l’ultimo momento formativo della norma; il testo non è una realtà autosufficiente, ma anzi incompleta e incompiuta; non è operazione meramente conoscitiva ma è comprensione²⁸”. La legge perde la sua corazza di rigidità. Il principio della divisione dei

poteri è inteso in modo meno rigido. L’interprete non vive più all’ “ombra della legge²⁹”.

4. *L’Europa dei diritti vs mercato*. Quando si esce dai confini nazionali, si trovano ulteriori conferme di un’evoluzione che ha portato il diritto a vivere oltre l’orizzonte chiuso della legge statuale, incorporata in testi normativi scritti. È quanto accade, infatti, nell’odierna Europa del diritto, che Paolo Grossi rappresenta come un laboratorio attivissimo, nel quale operano giudici autorevoli, se si guarda all’attività della Corte di giustizia europea; avvocati e arbitri internazionali, se si considerano i fenomeni del diritto globale; tutti non meri applicatori di leggi, ma produttori di nuovo diritto.

Il diritto, dunque, ha iniziato a scorrere attraverso altri canali, diversi da quelli della legislazione statale nazionale, e a superare i confini.

Il nostro Autore, ad esempio, scrive pagine molto suggestive sul volto giurisprudenziale del diritto europeo, frutto della creatività della giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo, composta da giudici che hanno saputo tutelare altre libertà, oltre a quella di iniziativa economica, dei cittadini, e a costruire un intero sistema di tutela dei diritti fondamentali con i soli strumenti dell’interpretazione.

Da questo punto di vista, è vero che “il diritto dell’Unione è assai più un prodotto della Corte che non dei supremi organi istituzionali³⁰”. Si tratta di un’altra rilevante conferma di un diritto prodotto fuori dallo Stato e non da legislatori, ma da giudici a contatto con fatti e problemi concreti, i quali, allo scopo di tutelare i diritti fondamentali della persona, pur non trovando norme specifiche nei trattati, non si sono arrestati dinnanzi a questo ‘vuoto’, come è stato rimarcato anche di recente³¹, ma hanno fatto ricorso alle tradizioni costituzionali dei paesi dell’Unione: “questi giudici europei non vogliono comodamente rifugiarsi all’ombra di testi cartacei o di ineludibili comandi normativi, ma scelgono il terreno complesso e inespresso delle tradizioni”, che vengono “individuate, interpretate e consolidate in principii”; essi “sono andati alla ricerca di *valori* su cui costruire dei *principii* capaci di dare adeguata fondazione a situazioni giuridiche vitali per l’esistenza del cittadino europeo³²”. Attraverso questa operazione squisitamente ermeneutica, la Corte ha allargato il raggio del controllo di legalità ad essa affidato ben oltre i limiti di partenza, trasformandosi

²⁵ ID., *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41 (2012), 627-656, p. 632.

²⁶ R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano 2013, 175-192.

²⁷ ID., *Oltre le mitologie* cit., p. 133.

²⁸ ID., *Introduzione* cit., p. 34-35 (Novecento); p. 77 (Crisi).

²⁹ *Ibidem*, p. 123 (Identità).

³⁰ GROSSI, *Un impegno* cit., p. 31.

³¹ Da M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna 2007, pp. 13-66.

³² P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell’Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2013, 681-695, 689-690.



in una Corte dei diritti: un processo che ha trovato ulteriore espansione dopo l’emanazione della Carta europea dei diritti, giungendo a far prevalere i diritti civili fondamentali sulle libertà economiche, e rendendo sempre più autorevole e centrale la giurisprudenza della Corte di Giustizia³³.

Anche altra parte consistente del diritto privato europeo, del resto, nasce dal basso, per usare un’espressione cara al lessico di Paolo Grossi, cioè da iniziative scientifiche, e si sostanzia in norme diverse da quelle di legge. Anche in questo caso, si tratta di principi generali, che vanno a costituire un corpo di *soft law*, proposto e non imposto, destinato a circolare nella prassi contrattuale e a presentarsi all’attenzione degli operatori.

5. *Globalizzazione*. In tutti i suoi interventi Paolo Grossi sottolinea l’incapacità del legislatore statale di far fronte ai mutamenti economici e sociali del presente. Al ritardo, all’insufficienza, all’imperfezione o all’assenza delle leggi, che non sono state in grado per vari motivi di offrire soluzioni appaganti o complete di fronte all’incalzante divenire dei fatti e al premere delle esigenze economiche e dei bisogni di tutela della persona, hanno provveduto altri soggetti. Tra questi nuovi “canali privati in cui scorre una giuridicità di nuovo stampo³⁴”, canali che si pongono “accanto al grande canale navigabile e navigato del diritto dei vari stati o del diritto comunitario o del diritto internazionale... che corrono paralleli e che diventano sempre più navigati”, un posto di rilievo è occupato dal diritto globale, un diritto a frontiere mobili e transnazionali, frutto di prassi contrattuali e non di leggi, opera di avvocati, che hanno inventato e diffuso nuovi schemi e regole contrattuali, affidandosi, per la loro applicazione e interpretazione, a giudici privati, arbitri internazionali, a preferenza dei giudici togati: “un diritto privato prodotto da privati³⁵”. Ha scritto puntualmente Enzo Roppo, a proposito di questo diritto nuovo creato dal “braccio giuridico” delle grandi imprese, da questa “nuova élite giuridica, a base professionale”, che si tratta di “norme create a colpi di contratto. Perché il contratto si fa prassi; la prassi genera l’uso; e l’uso crea la norma³⁶”. C’è una osservazione illuminante, che risuona spesso nei discorsi e nelle pagine di Paolo Grossi, e che scolpisce i tratti di questa novità rispetto al passato:

³³ Esemplare M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l’universalità dei diritti umani*, in *La Costituzione italiana 60 anni dopo* (Roma, 28-29 febbraio 2008).

³⁴ GROSSI, *Un impegno* cit., p. 35.

³⁵ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CCCIC, 2012, ora in *Paolo Grossi* cit., pp. 190-210, p. 199.

³⁶ E. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, in *Politica del diritto*, 2001, pp. 529-54, p. 531.

“l’impietoso diritto statale moderno” aveva in buona sostanza bloccato lo sviluppo di consuetudini *contra legem*³⁷, mentre lo spazio globale conferisce primato alla fattualità del diritto, alla “invadenza riottosa dei fatti³⁸”, alla creazione spontanea di un diritto non imposto dall’alto ma forgiato dal basso, che supera i confini statuali e addirittura europei, spinto da esigenze economiche concrete. Esso è anche il risultato dell’incontro e del dialogo tra culture diverse. Vi è da rilevare, in questo ulteriore fenomeno, che spesso si tratta della rivincita del mondo di *common law* su quello di *civil law*, un mondo che ha sempre fatto grande affidamento sui giuristi; ma accade pure che si adotti un modello di diritto contrattuale europeo su ogni altro, con una scelta destinata a ripercuotersi in maniera più incisiva nei paesi che quel modello non adottano nei loro ordinamenti.

Di questo diritto nuovo a proiezione transnazionale, che ha contribuito a spezzare il monopolio statale e a far perdere centralità al codice civile (“il castello pietra forte del passato, dagli impenetrabili accessi, è in buona parte disabitato³⁹”), Paolo Grossi non nasconde, peraltro, i lati oscuri, i pericoli di abuso, di degenerazione, di strumentalizzazione a danno delle persone. Se molti considerano questo fenomeno diverso da quello della *lex mercatoria* medievale e moderna, “perché, mentre la tradizionale *lex mercatoria* si veniva costruendo nella «lunga durata», con progressione lenta e costante, per sovrapposizioni e sedimentazioni successive, le regole create dai nuovi «mercanti del diritto» (per riprendere il felice epiteto di Yves Dezalay) seguono ritmi di formazione/trasformazione più accelerati e violenti⁴⁰”, Paolo Grossi non dissimula altre possibili degenerazioni del fenomeno: “non si tratta qui di mercantelli medievali che creano il diritto commerciale e inventano la cambiale, le società commerciali, il fallimento ... ma di grandi imprese multinazionali; e il rischio qual è? E’ lo stritolamento della persona umana, la sua mercificazione in nome del maggior profitto. Questo allora è l’anti-diritto, il capovolgimento del diritto⁴¹”.

6. *Dialoghi tra i giudici e campi di tensione*. Nei suoi discorsi, come abbiamo visto, Paolo Grossi invita il giurista a prendere atto della straordinaria ricchezza del panorama attuale delle fonti del diritto, composto di forme o strati diversi di legalità, che non sono più appannaggio dei legislatori, ma anche di giudici, avvocati e professori. Il giudice, anzi i

³⁷ GROSSI, *Globalizzazione* cit., p. 201.

³⁸ ID., *Introduzione* cit., p. 114 (Ordine).

³⁹ ID., *Un impegno* cit., p. 35.

⁴⁰ ROPPO, *Il contratto* cit., 531.

⁴¹ *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni e E. Ripepe, Pisa 2007, p. 37.



giudici: ad essi, come veri protagonisti del nostro complesso presente, Paolo Grossi attribuisce più volte un ruolo centrale. Nel corso del Novecento, i poteri del giudice si sono trasformati, sono risultati sempre più in espansione e hanno condotto all'instaurarsi di nuovi rapporti, tra le corti, nazionali e sovranazionali, e tra queste e il potere legislativo o esecutivo.

Il compito del giudice, già nella ricerca delle norme prima ancora che nella loro interpretazione, è divenuto infatti nel tempo sempre più complesso e più discrezionale rispetto al passato a causa del sovrapporsi degli ulteriori livelli di legalità di cui si è parlato, e dei rispettivi livelli di giurisdizione concorrenti. Oggi l'interpretazione opera in un contesto normativo e giurisdizionale allargato. Il giudice deve tenere conto di più sistemi di diritto ed è chiamato a integrarli e armonizzarli. Lo Stato non è più il produttore esclusivo di diritto. La compresenza di questi piani è il dato che si offre all'attenzione: i piani nazionali della legalità costituzionale e legale; i piani sovranazionali e internazionali. Ma il primato tipicamente post-moderno della giurisdizione apre anche una serie di problemi. La moltiplicazione delle sfere di legalità si è tradotta anche nella moltiplicazione di tutela giudiziaria dei diritti, affidate a corti diverse e concorrenti. Da qui anche l'insorgere di tensioni e conflitti non solo con il potere legislativo, ma anche tra le corti stesse, chiamate a soddisfare una domanda sempre più crescente di tutela da parte dei cittadini, in modi e forme diverse a seconda della tipologia di ogni corte. La lettura delle pagine di Paolo Grossi sollecita, a questo proposito, almeno due ordini di considerazioni.

La prima è questa: l'aumento di discrezionalità interpretativa dei giudici comuni ha incontrato il favore delle stesse corti costituzionali e supreme, che hanno offerto il loro supporto alle varie forme di 'interpretazione conforme' a Costituzione, al diritto europeo, alla Cedu.

La Corte costituzionale, ad esempio, ha dapprima incoraggiato e in seguito obbligato i giudici ordinari a scegliere, tra più interpretazioni, quella conforme a Costituzione, prima di rivolgersi, come *extrema ratio*, alla Corte. I giudici ordinari e la Corte di cassazione hanno risposto positivamente, modificando di conseguenza le proprie tecniche interpretative.

Un itinerario per certi aspetti simile, ma per altri dotato di una sua cifra peculiare – per il diverso rapporto con la giurisprudenza della Corte di giustizia e per il fatto che i giudici possono arrivare fino a disapplicare la legge nazionale contraria a norme europee direttamente applicabili – può essere tracciato per l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. L'attuazione del diritto euro-

peo è affidata infatti, tra gli altri organi, anche ai giudici nazionali, i quali applicano sia il diritto nazionale sia il diritto europeo, e per questo è stato detto, con una felice metafora, che essi "indossano due cappelli"⁴².

A questo compito impegnativo è chiamata anche la Cassazione, che è anche obbligata, in caso di dubbio interpretativo, a rivolgersi ai giudici di Lussemburgo. Questa circostanza, tra l'altro, lungi dall'intaccarne il ruolo di corte suprema, in realtà lo ha rafforzato, perché l'affermarsi del principio dell'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto europeo ha aperto nuovi spazi e offerto nuovi argomenti all'attività interpretativa del diritto nazionale.

Anche il dialogo tra Cassazione e Corte europea dei diritti dell'uomo ha contribuito ad ampliare i poteri del giudice nazionale: pensiamo al caso Drasich, nel quale la Cassazione penale non si è sottratta al compito di colmare le lacune della legge processuale, individuando nel sistema i rimedi e gli strumenti adatti a dare attuazione al giudicato europeo⁴³.

Dovendo il giudice tenere conto di una pluralità di fonti del diritto e muoversi in una prospettiva europea e sovranazionale, è quindi aumentata la discrezionalità ermeneutica. Una prima naturale conseguenza è quella della pluralità di opzioni ermeneutiche della regola, che si offre all'interprete odierno nel gioco complesso delle norme, dei sistemi e delle corti. L'interpretazione dei Codici e delle leggi si è fatta quindi più flessibile (altro aggettivo caro a Paolo Grossi), ma anche più suscettibile di mutamenti e ripensamenti, di contrasti giurisprudenziali, di attriti tra dottrina e giurisprudenza. Ritorna quindi a farsi attuale, sotto un altro punto di vista, il problema dei limiti dell'interpretazione e del rispetto del confine, non sempre facile da stabilire, tra interpretazione e disapplicazione di una legge, problema rilevante perché da una parte l'eccessiva creatività del giudice rischia di rompere l'equilibrio con il potere legislativo e dall'altra perché una prassi ermeneutica troppo disinvolta da parte dei giudici comuni rischia di erodere i poteri della Corte costituzionale, alla quale soltanto, in un modello accentrato di controllo di costituzionalità, spetta di dichiarare illegittima una legge.

Le riflessioni che a proposito di questo importante snodo della post-modernità possono fornire le stimolanti pagine di Paolo Grossi lasciano aperte

⁴² E' un epiteto coniato da Rodríguez Iglesias, ex presidente della Corte di giustizia dell'Unione europea, ricordato da R. ROMBOLI, *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, in *Il ruolo del giudice* cit., p. 50.

⁴³ G. LATTANZI, *La cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sovranazionali*, *ibidem*, pp. 79-94.



soluzioni diverse, che vanno però tutte nella direzione dell'impegno per la costruzione di un nuovo ordine di relazioni. Il rapporto da instaurare tra le Corti dovrebbe essere di collaborazione, dialogo e cooperazione reciproca. L'ordine delle giurisdizioni dovrebbe essere un ordine di relazioni, di reti (capovolgendo perciò la vecchia immagine della rete che imbriglia⁴⁴), di soggetti concorrenti, piuttosto che di gerarchie. Il vocabolo gerarchia evoca un'idea, quella del monopolio e del soggetto unico chiamato a produrre diritto, che richiama il vecchio riduzionismo. La tentazione da sfuggire è quella dell'instaurarsi di nuovi monopoli, nuovi assolutismi, nuovi primati che facciano perno su un potere piuttosto che su un altro. L'attivismo del giudice contemporaneo, che ha così profondamente trasformato la legalità anche nel campo penale, deve essere scrupolosamente bilanciato; il legislatore stesso, secondo i più recenti orientamenti della Corte costituzionale⁴⁵, deve tenere maggiormente conto della discrezionalità giudiziale. Ciò significa anche ripensare gli spazi di autonomia decisionale delle varie corti, soprattutto quelle costituzionali, in confronto a quelle sovranazionali, diventate anch'esse protagoniste nella tutela dei diritti.

Una sfida, certamente, per il giurista di oggi e di domani. Sono molte, infatti, le vicende che dimostrano l'esistenza di una tensione tra diversi soggetti-attori dell'interpretazione.

La Cassazione, ad esempio, ha avanzato un primato della propria giurisprudenza consolidata non solo sugli orientamenti dottrinali, ma anche sulle contrarie opzioni interpretative del legislatore.

Nella tutela dei diritti fondamentali, la dialettica tra potere giudiziario e potere legislativo e il rapporto tra universalismo e particolarismo, temi che sono oggetto anche delle considerazioni di Paolo Grossi, sono al centro dell'interesse dei giuristi più sensibili ai mutamenti e sollevano quesiti pressanti. Quale spazio residua alla dimensione legislativa e politica nella tutela dei diritti fondamentali? Può l'innegabile crisi della politica giustificare lo spostamento dell'asse sulla dimensione giurisdizionale oppure è opportuno trovare dei bilanciamenti tra i due piani, tra decisione e giudizio? Quale rispetto è garantito alle diverse tradizioni costituzionali nazionali nel nuovo spazio giuridico europeo? Come conciliare la c.d. tutela multilivello dei diritti fondamentali, che si basa sull'universalità dei diritti fondamentali, con le tradizioni costituzionali nazionali, la cui tutela è affidata alle corti costituzionali? Come affrontare il rapporto tra centralismo e diffu-

sione nella tutela dei diritti, come coordinare, in dialogo armonico, la giurisprudenza delle corti di Lussemburgo e Strasburgo con quelle costituzionali?

Nel tempo presente giuristi, giudici e corti, riconquistato il ruolo di protagonisti - non a caso nel costituzionalismo di ultima generazione (Ran Hirschl) si parla anzi di *juristocracy* - devono convivere instaurando sinergie e raccordi. Le tensioni ci sono, ma vanno affrontate e richiedono soluzioni aperte e non chiusure e sordità. La complessità del nostro presente va governata, invita a stabilire confini e limiti, a sollevare interrogativi, ma non ad alzare dei muri. Il diritto che è immerso intrinsecamente nel tempo e nella società non può vivere costretto in una sola dimensione. Il pluralismo è una fonte di arricchimento, ma reclama coscienza e consapevolezza da parte dei giuristi nel dare ordine alla complessità, tra unità e rispetto delle diversità: "armonia di diversità" è la bella espressione adoperata da Paolo Grossi⁴⁶. Nei discorsi inclusi in questa silloge queste parole tornano di continuo, come un messaggio di fiducia e di sprone che egli rivolge ai giuristi attuali e futuri. È il richiamo a una funzione attiva dei giuristi, a una "etica della responsabilità⁴⁷".

⁴⁴ GROSSI, *Introduzione* cit., p. 105 (Ordine).

⁴⁵ S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3 (2012), pp. 603-624p. 614.

⁴⁶ GROSSI, *Introduzione* cit., p. 115 (Ordine).

⁴⁷ ID., *Un impegno* cit., p. 40.

SULLA INTRODUZIONE AL NOVECENTO GIURIDICO DI PAOLO GROSSI

Di Giuseppe Vettori

| 18

Sulla Introduzione al Novecento giuridico di Paolo Grossi
(Giuseppe Vettori)

SOMMARIO: 1. *Il secolo lungo e la pos-modernità.* 2. *Il sistema delle fonti e le divisioni della scienza giuridica.* 3. *Il sistema delle fonti e “l’enigma democrazia”.*

1. Il secolo lungo e la pos-modernità.

Paolo Grossi scolpisce sin dalle prime pagine del libro i tratti di questo secolo lungo¹ che lascia alle spalle la modernità, incrocia una realtà totalmente diversa dal passato senza lasciar intravedere, ancora, un approdo certo e definitivo.

Il volume traccia una linea fra l’inizio del 900 e il presente, muovendo dalle intuizioni di Santi Romano, sino alla svolta della nuova Costituzione e alla peculiarità del laboratorio europeo che si confronta con la fattualità dell’*homo oeconomicus* e la logica millenaria della *common law*, capace di ispirare un mutamento profondo di mentalità. Tutto ciò evoca l’idea del 900 come tempo di transizione, lontano da un assetto sicuro perché tutto è stato rimesso in discussione². Basta uno sguardo al passato.

Il giuspositivismo agli inizi degli anni sessanta è il metodo prevalente ed è inteso come un certo modo di accostarsi alla giuridicità e come una precisa ideologia basata su alcuni punti fermi³. La legge come unica fonte delle regole, un sistema positivo completo e coerente, interpretato letteralmente, Di-

³ v. N. BOBBIO, *Il positivismo Giuridico, Lezioni di filosofia del diritto*, raccolta da N. Mora, Giappicchelli, Torino, 1960. L’autore, nel paragrafo 32 p. 151 e ss. indica sette punti fondamentali della dottrina giuspositivistica. “Il settimo punto riguarda la teoria dell’obbedienza. Su questo punto non si possono fare facili generalizzazioni: però c’è un complesso di posizioni nell’ambito del positivismo giuridico che fanno capo alla teoria dell’obbedienza assoluta alla legge in quanto tale, teoria che si sintetizza nell’*aforisma*: *Gesetz ist Gesetz* (la legge è legge). A proposito di questa teoria tuttavia si dovrebbe parlare di positivismo etico, in quanto si tratta di un’affermazione di ordine non scientifico, ma morale o ideologico. Anche le origini storiche di questa dottrina sono diverse da quelle delle altre teorie giuspositivistiche: infatti mentre queste ultime fanno capo al pensiero razionalistico del Settecento, la prima fa capo al pensiero filosofico tedesco del primo Ottocento e, particolare a Hegel.” Concludendo l’a. si esprime così: “il positivismo giuridico può essere considerato sotto tre aspetti. Esso infatti è: a) un certo modo di accostarsi al diritto; b) una certa teoria del diritto; c) una certa ideologia del diritto.”

¹ P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p. 3 e il riferimento critico a Hobsbawm, *Il secolo breve*, Milano, 1995

² Il riferimento di Grossi è a L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. VII.



ritto e Morale come sfere differenziate⁴. La norma era osservata come altri fenomeni naturali. L'interprete era un "manovratore del linguaggio"⁵, il diritto si esauriva in un insieme di regole da ordinare in concetti. Insomma "normativismo e formalismo, legalismo e concettualismo continuarono ad essere la veste candida del civilista italiano"⁶.

Nei venti anni successivi alla guerra questo metodo aveva svolto, secondo taluni, una funzione importante almeno sotto due profili. Garantì la certezza del diritto stabilizzando i valori espressi dal nuovo assetto democratico e contribuì, nel periodo del miracolo economico, a rafforzare lo Stato come unica fonte del diritto e come istituzione capace di garantire la rinascita del Paese. Da qui il rifiuto di valorizzare principi, clausole generali ed ogni forma di giusnaturalismo⁷.

La rottura dell'equilibrio si verificò alla fine degli anni sessanta con l'esplosione della contestazione, il diffondersi dell'instabilità politica e il consolidarsi di una nuova funzione dello Stato e del diritto. Il primo mutava radicalmente i suoi scopi e per conseguirli "occorre(va) una continua opera di stimolazione di comportamenti considerati economicamente vantaggiosi"⁸. La scienza giuridica non poteva trascurare le tecniche di ricerca necessarie" nella politica di sviluppo di un paese in rapida trasformazione"⁹.

Emerge in quegli anni una visione più umana del diritto. Si va alla ricerca di un parametro esterno alla norma più convincente per indirizzare l'effettività del diritto e la sua corrispondenza con i nuovi bisogni. Muta la prospettiva di analisi. Si avverte l'insufficienza di una sola visione strutturale della realtà e si rivalutano la funzione individuale¹⁰, i contegni e la correttezza.

La filosofia in Francia¹¹, Germania¹² e in America¹³ avvia una fase pos-positivistica più adatta per

comunità giuridiche complesse, ove il discrimine fra regola morale e regola giuridica è sempre più sfumato.

I tratti di questo nuovo ordine sono descritti benissimo nel volume.

Il maggior ruolo della società rispetto allo Stato consolida l'essenza ordinamentale del diritto. I codici stentano a ordinare la società e la risposta delle leggi speciali, confusa e alluvionale, contribuisce a rendere insanabile la crisi della legge e subito dopo la crisi del sistema moderno delle fonti. Con una conseguenza su tutte. La risposta ai problemi di vita si sposta sulla giurisprudenza cui viene chiesto di dare effettività alla molteplicità delle regole. Emerge la centralità dell'interpretazione-applicazione, frutto di un rinnovamento metodologico profondo¹⁴.

Ma su tutto ciò la scienza giuridica si divide oggi in modo netto.

2. Il sistema delle fonti e la divisione della scienza giuridica.

Da molti si rivaluta l'ideale positivo che riserva al giurista il ruolo di costruttore di regole giuste ed efficienti, all'interno di un ordinamento "dato e accettato". Un metodo, si dice, che deve essere difeso di fronte al mito di una giurisprudenza tesa a realizzare equilibri "spontanei"¹⁵. D'altra parte non si pone in dubbio la necessità di un potere pubblico forte e "di un severo minimo di governo"¹⁶, ma ci si interroga sull'essenza del diritto oggi, su di un nocciolo duro della giuridicità che eviti nostalgie giusnaturalistiche e derive ideologiche, ma si concentri sul senso vero di un ordine che si forma dal basso intriso di fattualità.

Il giurista assapora, insomma, l'incertezza, l'inquietudine¹⁷ e si divide su tutto. Solo qualche esempio che conosco meglio.

⁴ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico, Lezioni di filosofia del diritto raccolte* da N. Morra, Torino, 1960.

⁵ N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini, (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 333 ss.

⁶ P. Grossi, *op. cit.*, p. 125; Id. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860/1950*, Milano, 2000;

⁷ Così G. LOSANO in *Prefazione a N. Bobbio, Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto. Prefazione di G. Losano*, Roma-Bari, 2007 (rist.) p. VI.

⁸ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, op. cit. p. 41.

⁹ N. BOBBIO, *Profilo ideologico del '900*, Milano, Garzanti, 1990, p. 232.

¹⁰ Per una sintesi efficace v. S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, p. 1033 e G. VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 237ss.

¹¹ J. GHESTIN, *L'utile e le juste dans le contracts*, in *Archiv. Phil.d.*, 1981, p. 35 ss.

¹² G. HUSSERL, *Recht und Zeit*, Frankfurt a. M., 1955, e i riferimenti di L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, pp. 635 ss. ora in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Nicolussi, A. Albanese, Milano, 2011, p. 13.

¹³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, nuova ed. it. a cura di N. Muffato, Bologna 2010; Id., *La giustizia in toga*, Roma Bari, 2010, ed ivi *Diritto e morale*, p. 3 ss; *Trenta anni dopo*, p. 204 ss.

¹⁴ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., p. 33 ss.

¹⁵ M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Studi in onore di A. Falzea*, Milano, Giuffrè, 1991; ID., *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 599 ss.; ID., *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011.

¹⁶ S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, 2011.

¹⁷ P. GROSSI, *op. cit.*, p. 119 ss.



Pietro Rescigno¹⁸ ha fatto di recente riferimento ad una nuova stagione delle clausole generali sottolineando un fatto singolare e preoccupante. Nel “collegato lavoro” la legge riconosce al giudice solo un controllo di legittimità formale della giusta causa imponendogli di tener conto di una tipizzazione. E’ chiaro il disegno. Si vuol limitare gli spazi di creatività attiva concessa al giudice dalle clausole generali, a garanzia dell’impresa e del mercato. D’altra parte dottrina autorevole elabora una possibile deroga convenzionale alla buona fede interpretativa nei contratti cosiddetti completi, di origine internazionale. La distanza fra queste visioni, legislative e dottrinarie, e l’uso ampio e consolidato delle clausole generali nella giurisprudenza è evidentissimo¹⁹.

Nella riflessione sul contratto è netto il contrasto fra chi esalta la dimensione strutturale e chi crede nel controllo di correttezza dei contegni. Una diversità che contrappone esigenze di coerenza e certezza tramite vecchie e nuove categorie, descritte con

¹⁸ P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1689 ss.

¹⁹ Il tema ha attraversato tutto il novecento ed è chiaro il perché. In un ambiente gius-positivista dominato dalla centralità dei codici e delle loro precise disposizioni “ le clausole generali divengono al contempo una singolarità e un problema”. Una singolarità perché non hanno una fattispecie, consentono l’ingresso nel sistema di valori extragiuridici, in contrasto con la completezza e coerenza dell’ordinamento, assegnano un ruolo decisivo al giudice nel completamento della fattispecie. Tutto ciò è utile per ordinare una realtà in divenire e rappresenta una tecnica legislativa valorizzata dagli stessi codici, ma non elimina un problema. Il ruolo del giudice o dell’interprete “sfugge allo stretto principio di legalità”¹⁹. Siano le clausole un “assegnio in bianco al giudice” o forme che potenziano la sua discrezionalità, è chiaro che esse sono in netto contrasto con il metodo tipico del positivismo su aspetti centrali come la definizione di un comportamento illecito perché “cagiona un fatto ingiusto” (art. 2043 c.c.) o di un inadempimento perché contrario “all’ordinaria diligenza” (art. 1175, 1176 c.c.). Da qui il problema di separare i vantaggi dai rischi mediante una tecnica adeguata e una riflessione sul compito cognitivo e prescrittivo di chi deve applicarle. Sul punto le analisi recenti sono di grande interesse. Un’indagine analitica ridefinisce la nozione e il ruolo come frammenti di norme che richiedono un apporto valutativo in “base a criteri e parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti”. Si precisa il modo per superare l’incertezza sollecitando la scelta di standard concorrenti mediante il ricorso ad un sillogismo che porti alla giustificazione della scelta dello standard , interno o esterno al diritto positivo, e del contenuto in concreto ad esso attribuito¹⁹. Si tenta una distinzione, sempre oscillante, fra clausole e principi utile per una pulizia semantica ma anche per una corretta costruzione di significato del valore precettivo di entrambi. A. GENTILI, *Prefazione al volume di V. Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano Giuffrè, 2010, p. XIV e S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p.709 ss; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5ss; ora in *Scritti I Metodo e teoria giuridica*, cit. p. 165 ss. e da ultimo la limpida analisi di S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.

numeri e aggettivi, e chi sollecita una forte attenzione alle articolazioni di nuove fonti da cui trarre regole e principi²⁰.

Nell’attuazione dei diritti è forte il divario fra chi segue, con profonda attenzione, il dialogo fra le Corti nel precisare il contenuto e l’effettività di tali situazioni e chi lamenta i guasti di un costituzionalismo irenico per rivalutare il ruolo e il compito della legge²¹.

In ultimo il tema della giustizia contrattuale è stato accolto con entusiasmo o demonizzato, quando con quel termine si vuol solo indicare un problema e un metodo. Da un lato l’esigenza di assicurare l’eguaglianza sostanziale e l’equità nei contratti, dall’altro la necessità di foggare rimedi adeguati ai tempi ed efficienti nell’attribuire a ciascuno quanto è dovuto. Il che esige un rapporto corretto fra regole di validità e di responsabilità, fra illecito e contratto, fra principi e clausole generali²².

²⁰ V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 957 ss.; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1105 e in una prospettiva diversa G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l’impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1190 ss. e A. DI MAJO, *Giustizia e “materializzazione” nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, 797 ss.

²¹ V. da ultimo V. BARSOTTI, *La costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*, Maggioli, 2013, ed ivi le relazioni di E. Cheli, M. Bertolino, C. Busch, E. Lamarque, A. Pioggia, F. Valguarnera.; v. anche G. VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le Corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 237ss. ma v. anche S. CASSESE, *Il Mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, Il mulino, 2008, p. 35; G. BRONZINI, *La tutela dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012,1, p. 53; A. RUGGERI, *Rapporti fra Corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e controlli mobili a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

²² G. Chioldi, *La Giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra otto e novecento*, Milano, 2009, XI ss²² Mi permetto di richiamare, G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p.83ss.; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss., ma v. in particolare H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss.; Il Manifesto intitolato “Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto”, pubblicato in G. Vettori (cura di), *Contratto e costituzione in Europa*, Padova, Cedam, 2005, e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss. e da ultimo V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 337 ed ivi un’ampia bibliografia. L’opera più ampia e completa sul diritto europeo si deve a C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, 2 ed., Milano, 2013.



Ciò che emerge da questi esempi è chiaro.

La contrapposizione netta fra legge e giudice, fra Politica e Giustizia che va esaminata oltre le dispute ideologiche, riflettendo sull'evoluzione dell'assetto istituzionale e del sistema delle fonti.

3. Il sistema delle fonti e “L'enigma democrazia”.

Un bel libro recente²³ descrive bene i tratti del sistema democratico costruito in Europa dopo i dieci anni (fra i trenta e i quaranta del novecento) più tragici dell'intera storia dell'umanità. Lo Stato costituzionale rifiutò sia l'ideale di una sovranità popolare illimitata, di cui si giovarono gli Stati totalitari, sia la struttura dello Stato liberale che aprì la strada a quei regimi. Con una novità profonda. La forma democratica si è caratterizzata per un assetto diverso e particolare che ha retto sino ad oggi.

Si valorizzarono i limiti alla sovranità popolare potenziando istituzioni non elettive, come le Corti costituzionali prima e le Autorità indipendenti poi. Si potenziò la struttura della protezione sociale per scongiurare ritorni al passato. Si avviò il processo di integrazione europea come limite allo Stato nazionale, anche nella definizione di regole, principi e obiettivi²⁴.

Dopo oltre cinquanta anni tale assetto è scosso da fatti epocali²⁵.

²² v. da ultimo M. BARCELLONA, *Clausole contrattuali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p.257 ss. ID., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1, p. 33 ss., e in part. 50 “con i controlli sul contenuto dei contratti del consumatore e di quelli fra imprese, il legislatore comunitario non ha inteso moralizzare il contratto ma ha voluto, piuttosto, mercantilizzare lo cambio”; Tali considerazioni terminano con la conclusione, scontata, che nella disciplina comunitaria “L'istanza etico-politica può giocare come un “motivo” tra gli altri di una disciplina che ha la sua causa innanzi tutto nella manutenzione del mercato e nella legittimazione del modello distributivo ad esso legato; con quel che ne segue sul piano della sua corretta rappresentazione ed interpretazione”. Ciò esige due repliche in breve. La giustizia del contratto esula sempre da concezioni etiche e si incentra sulla ricerca di limiti all'autonomia e di rimedi privati che sono ragionevoli e giusti in un certo ambiente e in una certa epoca. La sua accezione non interseca neppure l'idea di giustizia sociale che esige un bilanciamento fra valori diversi. Ha invece una funzione distributiva perché la diversa configurazione degli elementi strutturali e delle tutele distribuisce in modo diverso i rischi derivanti dall'esercizio dell'autonomia dei privati v. H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003.

²³ J-W MULLER, *L'enigma democrazia*, trad. it. Einaudi, Torino, 2012, p. X ss.;

²⁴ J-W MULLER, *op. cit.*, p. 176 ss.

²⁵ V. H. HFFMAN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, 2007; G. DUSO,

Si è detto bene che nel 900 si sono avute trasformazioni straordinarie (dai lumi a petrolio ad Internet) che non possono non aver intaccato la forma politica e sociale in cui viviamo²⁶. Indico solo due aspetti.

Da un lato, negli ultimi decenni, le istituzioni si sono mostrate impotenti nei confronti di un capitalismo finanziario globale che ha concentrato in poche sedi invisibili le decisioni e il potere che incide sulle elementari regole di convivenza civile. Dall'altro si è manifestata con forza la “sfiducia nel rapporto fra voto e rappresentanza, parlamenti e partiti, non più capaci, a volte, di esprimere correttamente, senza stravolgimenti e usurpazioni, l'autentica volontà collettiva”²⁷. Ciò che sta accadendo in Europa in assenza di un effettivo pilastro popolare è ancor più grave.

Agli inizi di questo secolo Bobbio ha osservato giustamente che il processo di evoluzione della democrazia liberale si è sviluppato sino ai nostri giorni con una trasformazione più quantitativa che qualitativa. “Si sono moltiplicati gli organi rappresentativi nella struttura dello Stato liberale garantista, ma non è migliorata la qualità della partecipazione e l'efficienza dell'ordine legale”²⁸.

Tutto questo ha inciso sulla oggettività del diritto, su quel ordine “dato e accettato” che si rimpiange e infine sul sistema delle fonti che ne è l'espressione. Il quale è mutato nella forma e nella sostanza.

Alla piramide descritta dall'art.1 del codice civile e dall'art. 12 delle Preleggi si sostituiscono fonti diverse e complementari. La Costituzione, l'ordine comunitario e gli obblighi internazionali attuati dalla legge ma anche da giudici interni, comunitari e internazionali in dialogo fra loro.

L'essenza della giuridicità muta e tale mutamento fa sì che la regola deve essere individuata in un contesto qualitativamente diverso. Con il ricorso a principi e a clausole generali ove l'intreccio fra *logos* e *nomos*, fra regole e ragionevolezza è spesso inscindibile, perché il precetto va calato nella controversia, disciplinata da fonti eterogenee dove le “scalette” del normativismo non danno risposte immediate.

Ciò non evoca una scelta ideologica che fu propria invece del giuspositivismo²⁹, ma manifesta solo

La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto, Milano, Franco Angeli, 2003.

²⁶ A. SCHIAVONE, *Non ti delego*, Rizzoli, Milano, 2013, p. 24 ss.; 56 ss.; 64 ss.

²⁷ A. SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 34 ss.

²⁸ N. BOBBIO, *Democrazia*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il Dizionario di politica*, Utet, Torino, 2004, p. 239.

²⁹ v. N. BOBBIO, *Il positivismo Giuridico, Lezioni di filosofia del diritto*, *op. cit.*, p. 151 ss. e la nota n. 3



la complessità d una società da ordinare in modo diverso dal passato.

Da qui il ruolo del giurista contemporaneo che ci indica Paolo Grossi. Un operatore a cui si chiede grande preparazione tecnica e un' intelligenza sociale capace di comprendere il presente e di avere assieme consapevolezza di dover essere “coscienza vigile del proprio tempo” e custode dei valori di una società in trasformazione e non mero “servitore del potere costituito”³⁰. Per un motivo chiaro.

| 22

Al *juris peritus*, proprio per l'ufficio cui è stato chiamato da sempre non si addice la “filosofia della catastrofe ma deve recuperare “la propria funzione educativa, l'attitudine a convertire lo spirito umano, dell'allievo, dello studioso, del cittadino addestrandolo tutti all'autocoscienza”³¹.

³⁰ così A. PUNZI, *Prefazione a G. Benedetti, Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Saggi su ermeneutica e diritti*, Giapicchelli, Torino, 2014.

³¹ Ancora A. PUNZI, *op. ult. cit.*



I TEMPI DELLA GIUSTIZIA E IL TEMPO DEI DIRITTI*

Di Luciana Breggia

SOMMARIO: 1. I tempi della giustizia e i tempi del processo. - 2. Tempo, qualità e trasparenza. - 3. La domanda totale di giustizia. - 4. L'abuso strutturale della giurisdizione. - 5. La stagione dei diritti. - 6. Il ruolo degli Osservatori. - 7. Verso l'Ufficio per il processo. - 8. Rifondare la giurisdizione civile. - 9. Giurisdizione e democrazia.

1. I tempi della giustizia e i tempi del processo

Sono lieta di salutarvi all' inizio di questa Assemblea che dà ritmo ai nostri incontri per l'ottavo anno consecutivo, dopo quella di Catania del giugno scorso. Desidero in primo luogo ringraziare gli amici di Reggio Emilia per il ricordo di Carlo Maria Verardi distribuito a tutti i partecipanti: anche così possiamo tramandare ai più giovani, che non hanno potuto conoscere direttamente Carlo, la sua forza e il suo pensiero, che risuonano in modo particolare rispetto al tema scelto come sfondo di questo incontro.

I tempi del processo non esauriscono certo il tema relativo ai *'tempi della giustizia'*, ma possiamo iniziare da questo terreno, più familiare.

In un'epoca di scarsità delle risorse, quella più limitata di tutte è proprio il tempo, che pure è elemento della qualità della giustizia in duplice senso: occorre tempo per decidere, ma occorre decidere in tempo.

Non è un caso che la CEPEJ¹ ha deciso di occuparsi dei problemi dei ritardi delle procedure giudi-

ziarie sin dal 2004 (con il programma-quadro); dal gennaio 2007 ha istituito *Saturn* (acronimo di *Study and Analysis of judicial Time Use Research Network*) per la gestione del tempo giudiziario, che ha di recente pubblicato delle *Guidelines*, una vera miniera di suggerimenti e buone prassi.

Assicurare la ragionevole durata del processo dipende da una pluralità di fattori: i giudici e gli avvocati possono governarne solo alcuni. Possono e debbono. Anche se ci lamentiamo della mancanza di mezzi, non possiamo esonerarci dall'esame dell'utilità del tempo dedicato a rendere giustizia: dobbiamo scegliere se *prendere* il nostro tempo o *perdere* il nostro tempo. Proprio perché si tratta di una risorsa limitata il giudice e l'avvocato sono posti costantemente di fronte al quesito: a cosa dedicare tempo?

Ne avevamo parlato all'Assemblea di Salerno del 2008, quando avevamo scomodato addirittura Aristotele: nella concezione occidentale (aristotelica) il tempo è lineare, sequenziale, misurabile; ma nel

legge il d.l. n. 69 /2013 (con legge 9.8.2013, n. 98, in G.U. n. 194 del 20.8.2013). Ci sembra infatti che, nonostante alcune novità introdotte dalla normativa in parola - in particolare sul tema della mediazione e dei tirocinii - la riflessione mantenga la sua attualità. Sono segnalati in nota, per il necessario raccordo, i punti interessati dall'intervento del legislatore.

¹ La Commissione Europea per l'efficacia della giustizia istituita dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.



* Lo scritto riproduce la relazione introduttiva della VIII Assemblea degli Osservatori sulla giustizia civile che si è svolta a Reggio Emilia, dal 31 maggio al 2 giugno 2013. Si è volutamente lasciata inalterata la riflessione, anche nella forma, sebbene al momento della pubblicazione sia stato convertito in

mondo greco esisteva, oltre a *Cronos*, un altro concetto di tempo che è quello del *Kairos*, del tempo debito, del tempo propizio: un tempo non misurabile quantitativamente, ché ha natura qualitativa².

Kairos è termine quasi intraducibile, ma si fonda sul collegamento tra l'azione e il tempo: l'azione compiuta nel momento giusto è buona, efficace.

Mi pare una chiave non arbitraria di lettura delle prassi processuali migliori affermatesi in molte parti del paese: l'obiettivo è, in fondo, quello di individuare, nell'ambito delle norme, quale sia l'interpretazione e l'applicazione che consenta alle condotte degli operatori del processo di essere più efficaci perché compiute nel *momento propizio*.

In un certo senso, è un antidoto all'*efficienza apparente* e ai meccanismi pseudo-acceleratori: a volte creiamo situazioni di efficienza apparente - tante cause in un'unica udienza - perché pensiamo di *non avere tempo*. Ma si può dire: non ho tempo? O non occorre invece riconoscere che stiamo compiendo una precisa scelta in ordine al tempo, privilegiando questa o quella norma, ad es. quella che impone un rinvio brevissimo dell'udienza (quindici giorni) e quella che impone di trattare la causa secondo certe modalità che richiedono tempo e appaiono incompatibili con il rinvio prescritto?

Ecco che la domanda che suggerisce l'idea di *Kairos* diviene ineludibile: la scelta è quella del tempo *giusto*? Entra in gioco una riflessione più complessa che attiene alla qualità: la celerità del procedimento è un obiettivo importante nella ricerca delle prassi migliori, ma non è l'unico.

Il tempo è solo uno degli *standards* di giudizio della qualità della decisione: anche il Consiglio d'Europa, nelle sue valutazioni al riguardo, adotta un metodo globale che considera importante la qualità del sistema giudiziario e la qualità del processo che conduce alle decisioni³.

Semplificare il tempo processuale in nome delle esigenze di rapidità può in effetti essere pericoloso se diviene l'unico obiettivo. Innanzitutto, non si può astrarre dal sapere e dunque dalla fisiologica lentezza della ricerca, della riflessione nutrita dal dubbio, della condivisione.

Inoltre, aspetto spesso trascurato, occorre porsi dal punto di vista delle parti non solo per l'esigenza, scontata ma non del tutto esatta, che le parti desiderano una risposta celere, se non immediata, alla loro domanda. Certamente il tempo delle parti è essenzialmente un tempo di attesa. Tuttavia è - deve es-

sere - anche un tempo di partecipazione e di influenza sul ritmo del processo. La stessa CEPEJ rileva che il rispetto o l'accettazione della decisione non si basa solo sulla legittimità istituzionale, ma deve fondarsi sulla fiducia dei cittadini. In questa prospettiva la Commissione dà rilievo alle esigenze degli utenti della giustizia quali emergono dalle inchieste condotte nei vari paesi: l'esigenza di essere ascoltati da un giudice nel corso di un'udienza non sovraccarica (*pas surchargé*), di essere informati dei propri diritti, di poter conoscere la durata prevedibile della causa e il suo costo. Insomma un'esigenza di partecipazione che si connette ad un indicatore di qualità (v. al riguardo anche le *Guidelines* del Centro *Saturn*).

Quanto viene rispettata nel nostro Paese questa esigenza, specie da quando il legislatore italiano ha eliminato l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero e del tentativo di conciliazione alla prima udienza? Porre al centro del processo l'incontro tra giudice e parti, attiene all'etica di un buon governo comune del processo. Il principio di vicinanza tra le parti e il giudice è anche un principio di vicinanza tra il cittadino e la giustizia; e, nello stesso tempo, un momento di esperienza dell'istituzione da parte del cittadino che può riconoscerne un'autorità volta, in maniera efficace e comprensibile, alla tutela del diritto e della giustizia. Di qui discende quella legittimazione non solo istituzionale, ma basata sul *sentimento di giustizia* di cui parla la CEPEJ e che noi dobbiamo recuperare: il tempo dell'incontro tra le parti (le persone) e il giudice non solo è spesso irrinunciabile ai fini della qualità della decisione, ma è connaturato alle trasformazioni della democrazia che hanno posto l'individuo come centro di gravità dell'istituzione⁴.

I protocolli d'udienza riguardano in gran parte il tempo *visibile*, dedicato alle udienze o speso nell'ambito pubblico. Ma il mestiere del giudice e dell'avvocato si svolge anche in un tempo che potremmo definire *invisibile*: è il tempo della riflessione, della ricerca; della consultazione dell'avvocato con il cliente; della informazione e della formazione.

Invisibile è anche il tempo della lettura e della scrittura degli atti difensivi e dei provvedimenti.

Più è utilizzato bene il tempo invisibile più sarà proficuo quello pubblico. Tuttavia è difficile rendere conto del tempo invisibile, occorre cercare di decifrarlo, fare diagnosi per vedere come utilizzarlo meglio. Per questo ci siamo messi a scuola di concisione, quella concisione che favorisce la brevità del tempo di *produzione* del testo e quindi la brevità

² Mi permetto di rinviare all'introduzione *'Alla ricerca del Kairos'*, pubblicata nel libro collettaneo a cura di Giovanni Berti Arnoaldi Veli, *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Il Mulino, 2012, pag. 237.

³ Oltre al Centro *Saturn*, la Commissione ha istituito un Gruppo di lavoro che si occupa della qualità (CEPEJ-GT-QUAL).

⁴ A. GARAPON, *Lo Stato minimo, Giustizia e neoliberalismo*, Cortina Raffaello, 2012.



nella fruizione del testo ed è funzionale all'esigenza di ragionevole durata del processo: su questa idea si fonda la collaborazione tra gli Osservatori e la Scuola Superiore dell'Avvocatura, avviata dal marzo 2012, per una formazione comune che permetta di delineare un contrappunto tra gli atti delle parti e i provvedimenti dei giudici.

Non si tratta di dare qualche sforbiciata e nemmeno solo di razionalizzare atti e provvedimenti in vista del processo civile telematico, anche se questo è aspetto importantissimo. L'essenza di questo lavoro comune è dare vita ad un cambiamento culturale volto a distribuire diversamente la risorsa del tempo: a non concentrarla in una fase finale, quella decisoria, dove si affollino atti e provvedimenti inutilmente lunghi, ma dislocarla sin dall'inizio del processo in atti e colloqui che nel procedere colgano il *kairos*, rendano l'azione efficace e la giustizia più celere e adeguata.⁵

2. Tempo, qualità e trasparenza.

La questione che non da oggi si pone è come conciliare il rispetto del principio di qualità coniugato all'efficienza con l'afflusso crescente di controversie. E' vero che oltre un certo limite questa conciliazione non è possibile, tuttavia è solo la riflessione sul tempo che permette di distinguere le responsabilità e individuare le cause della insostenibile lentezza dei processi.

L'eccessivo afflusso di cause, si è detto, non esonera il giudice e l'avvocato dalla scelta su come impiegare utilmente il proprio tempo, sul dovere di impiegarlo bene, in modo propizio; il buon uso del tempo svela dunque i punti di sofferenza del sistema che non possono essere eliminati con un suo buon governo e legittima la richiesta che la soluzione venga trovata su piani diversi (incremento e razionalizzazione delle risorse, pluralità di sistemi di soluzione dei conflitti, revisione delle impugnazioni etc).

E' vero che, nella situazione attuale, la durata dei processi potrà risultare comunque irragionevole (contiamo 4000 cause ogni 100.000 abitanti, più del doppio della Germania; il 43% in più della cia⁶). Si tratta allora di coltivare il principio di tra-

sparenza, oggi compito più facile per la migliore disponibilità dei dati statistici, e rendere palesi (nelle relazioni ai capi degli uffici, nelle comunicazioni al foro, nei provvedimenti e in altre forme: ricordo le regole di protocollo di alcuni Osservatori sull'informazione resa riguardo ai tempi medi di rinvio rispettati dalla sezione) le opzioni rispetto ai tempi, fornire elementi per individuare *le responsabilità del tempo*, permettendo agli utenti di conoscere le condizioni, a volte difficilissime, in cui ci troviamo a lavorare. Altrimenti i tempi non saranno solo irragionevoli, ma anche 'misteriosi'.

In questo senso troviamo indicazioni nella *Guidelines* di Saturn⁷; e non è fuor di luogo ricordare i principi espressi di recente dal D. Lgs. n. 33/2013 riguardo alla diffusione della conoscenza dell'operato pubblico dove si afferma che la trasparenza concorre ad attuare il principio democratico.⁸

3. La domanda totale di giustizia.

Il tempo ragionevole è correlato all'analisi della domanda di giustizia.

Oggi, tuttavia, la domanda di giustizia è divenuta 'totale': "La giustizia - osserva Antoine Garapon⁹ - non può più limitarsi a dire il giusto, deve al tempo stesso istruire e decidere, avvicinarsi e mantenere le distanze, conciliare e sentenziare, giudicare e comunicareil giudice appare come un rimedio contro l'implosione delle società democratiche, che non riescono più a gestire in altro modo la complessità e la diversità che esse stesse generano. Il soggetto, privato dei riferimenti che gli offrono una identità e ne strutturano la personalità, cerca nel

processo civile italiano, che supera di tre volte la durata del processo tedesco e del 71% la durata media nei Paesi del Consiglio.

⁷ Guideline 7: "The information collected should be available, to inform the work of court administrators, judges and the central authorities responsible for the administration of justice. In appropriate form, the information should also be made available to the parties and the general public. A. Transparency and foreseeability 1. The users of the justice system should be involved in the time management of judicial proceedings. 2. The users should be informed and, where appropriate, consulted on every relevant aspect that influences the length of proceedings. 3. The length of proceedings should be foreseeable as much as possible. 4. The general statistical and other data on the length of proceedings, in particular per types of cases, should be available to general public....".

⁸ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 5 aprile 2013, il D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 sul "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", è una sorta di testo unico degli obblighi di trasparenza e pubblicità a carico degli enti pubblici.

⁹ A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Feltrinelli, 1997

⁵ Il tema linguistico ha, ovviamente, anche altri obiettivi: si veda, ad esempio, la sempre attuale Risoluzione del Consiglio d'Europa sull'accesso alla giustizia, n. 7 del 14.5.1981: *States should take measures to ensure that all procedural documents are in a simple form and that the language used is comprehensible to the public and any judicial decision is comprehensible to the parties.*

⁶ Il quarto rapporto della CEPEJ comparativo tra i sistemi giudiziari dei 48 Paesi del Consiglio d'Europa, pubblicato nel 2012 (con riferimento ai dati del 2010), ha confermato la lentezza del

contatto con la giustizia un baluardo contro la prostrazione interiore"

Ma, come ricorda Garapon, l'infatuazione attuale per la giustizia può portare ad un' *impasse*. Occorrono scelte di politica del diritto e scelte di politica giudiziaria.

26 La sola scelta sembra oggi quella della efficienza oggettivamente misurata, insignificante perché fa della riduzione dei costi un obiettivo in sé.

Non è una scelta politica.

Questa è la *giustizia manageriale*, di cui parla Garapon, dove dietro all'efficienza si nasconde la ricerca di economia, di riduzione dei costi: il neoliberismo in tal modo ridefinisce l'istituzione: se i fini si ripiegano sui mezzi si perde il senso della giurisdizione; se l'istituzione si trasforma in impresa e quello che conta è l'efficienza e la riduzione dei costi, l'istituzione sembra un peso, si perde il senso dell'azione istituzionale; non ci si chiede se la giustizia abbia giudicato bene, ma se abbia *smaltito* i procedimenti in arrivo¹⁰.

Se il potere pubblico o il legislatore non adottano scelte politiche e si limitano a *provvedimenti-manifesto*, di impatto puramente mediatico, la *domanda di giustizia totale* si trasferisce sui giudici, sugli avvocati, sugli stessi litiganti e genera pesanti rimedi: dalla c.d. *giurisprudenza difensiva* (che inventa trappole o decadenze), all'abuso della magistratura onoraria, oggi impiegata per tappare le falle delle carenze di organico e della mobilità *eccessiva* dei magistrati, fino alla rinuncia degli stessi litiganti a far valere i propri diritti.

Possiamo ancora parlare di diritti se non interveniamo sui modi per farli valere?

Come uscire dall'*empasse*? Occorre una seria riflessione sulla *missione giudiziaria*: chi è il giudice, di cosa deve occuparsi? Prima di far andare veloce la macchina, di attrezzarla tecnologicamente, di agghindarla di assistenza, vediamo *cosa* trasporta.

4. L'abuso strutturale della giurisdizione.

Se vogliamo che l'ampliamento del catalogo dei diritti non sia un *flatus vocis*, un argomento di moda, ma innervi il futuro occorre una rifondazione della giurisdizione civile.

La prima riflessione è che il tempo dei diritti, il tempo del processo implica l'attenzione allo spazio.

Occorre un luogo adatto dove quel diritto possa attuarsi.

La prevalenza delle esigenze del mercato ha spinto fortemente la *giustizia manageriale* ad im-

porre un modello concentrato di giurisdizione senza distinguere la natura dei conflitti.

Ma se la concentrazione può aver senso per le (o alcune) esigenze dell'economia, è profondamente inadatta rispetto ai conflitti minuti, quelli che riguardano la vita quotidiana e familiare delle persone (e rappresentano la maggior parte del contenzioso).

Per questa giustizia - che possiamo definire di prossimità¹¹ - non possiamo rinunciare ad un sistema che risponda a caratteristiche di vicinanza geografica tra la giustizia e l'utenza affinché siano ridotti al minimo i tempi di trasferimento: è a questa vicinanza geografica che è legata non solo la vicinanza temporale tra richiesta e risposta, ma *la stessa scelta di far valere o meno un diritto*.

Questo insomma è un campo in cui non si può rinunciare a sistemi per la soluzione delle liti diffusi sul territorio.

Due sono le direttrici d'intervento in tale prospettiva.

La prima riguarda il corretto utilizzo della mediazione, sistema spesso molto più adeguato della procedura giudiziaria per soddisfare gli interessi delle parti, specie in questo tipo di conflitti: come si legge in numerosi fonti europee, *la qualità della giustizia non è monopolio dell'apparato giudiziario, ma il risultato di procedure per risolvere dispute che sono adeguate al caso*. Occorre conoscere e promuovere la mediazione come sistema di giustizia non giurisdizionale e un'esperienza di formazione sul campo per avvocati e giudici è la mediazione demandata dal giudice, come emerge da alcuni progetti pilota¹²; occorrono incentivi economici, ma soprattutto il miglioramento della formazione di mediatori, giudici e avvocati, oltre che di altri professionisti. Le *chance* del corretto e fecondo uso della mediazione restano affidate in massima parte ad una maturazione professionale dell'avvocatura e alla capacità di associare ad ogni conflitto il modo migliore di soluzione. Questo presuppone la disponibilità ad una *re-visione* (nel senso di una nuova visione) del proprio ruolo, non necessariamente agganciato alla contesa giudiziaria, ma volto alla creazione di un sistema di relazioni che *possa fun-*

¹¹ A. WYVEKENS e J. FAGET, *La justice de proximité, en Europe*, Erès, 2001; G. MÉTAIRIE, *La justice de proximité. Une approche historique*, Presses Universitaire de France, Paris 2004.

¹² Il riferimento è alla sperimentazione dei gruppi sulla mediazione degli Osservatori di Milano (*Progetto sulla mediazione demandata dal giudice*) e Firenze (*Progetto Nausicaa2*, reperibile al sito <http://tribunale.firenze.fsegiustizia.it/> in). Grazie alla collaborazione con il Laboratorio *Unaltromodo* della facoltà di Giurisprudenza dell'Università, all'interno del Tribunale di Firenze è stato aperto un Ufficio di orientamento e informazione sulla mediazione gestito dal Laboratorio.

¹⁰ A. GARAPON, *Lo Stato minimo*, op.cit.



zionare tra le parti (nella fase dell'assistenza negoziale come nella composizione dei conflitti)¹³.

La seconda concerne il riassetto della magistratura onoraria, settore dove oggi si gioca una partita fondamentale.

La discussione sui profili economici, previdenziali ma anche e soprattutto funzionali, della magistratura onoraria è ormai indifferibile. E probabilmente dovrà affrontare in modo diverso la questione dello scandalosa situazione di precariato creato dalle continue proroghe¹⁴ e lo *status* a regime.

E' tuttavia urgente anche una scelta di fondo¹⁵: la magistratura onoraria deve ancora avere funzioni di supplenza o ausiliarie rispetto alla magistratura togata, oppure avere competenze proprie, per rispondere alle esigenze di vicinanza e di velocità della giustizia che è stata definita 'del quotidiano'?

Sulla prima scelta, abbiamo da tempo dibattuto dell'ipotesi di utilizzare i giudici onorari in una dimensione collaborativa *nell'ufficio per il processo*, già sperimentata in qualche tribunale. E' un'ipotesi su cui, personalmente, ho iniziato a nutrire dubbi da qualche tempo, parendomi preferibile che *l'ufficio per il processo* sia formato altrimenti (tema su cui tornerò alla fine), perché l'urgenza di supplire alle perenni scoperture dei ruoli o far fronte ad improvvisi afflussi di cause ha comportato, di fatto, un impiego disordinato e disomogeneo della magistratura onoraria, fino a prevedere l'assegnazione di interi ruoli. Occorrerebbe poi comparare i costi dell'impiego dei g.o.t. rispetto ad altre configurazioni dell'ufficio del processo e credo che il gruppo meridiano sul tema discuterà anche di questi profili.

Anziché impiegare i giudici onorari per 'alleggerire' il carico di lavoro *all'interno* della giurisdizione togata civile (secondo criteri poco omogenei e prevedibili), non sarebbe più limpido assegnare loro una competenza propria, in base a criteri oggettivi e predeterminati, su quelle ampie aree di contenzioso che riguardano le liti meno complesse e gran parte

della giustizia di prossimità? Una magistratura onoraria può e deve essere diffusa sul territorio, per garantire uno spazio reale dove i diritti possano essere attuati, anche quando li definiamo, a torto, diritti minori. A questo proposito, mi pare insensato concentrare la magistratura onoraria in poche elefantiche sedi¹⁶, le stesse dove si amministra la giurisdizione professionale: come potrebbe l'utente percepire che la giustizia di pace è più vicina, informale, semplice nella comunicazione solo perché è al primo piano anziché al sesto di un immenso palazzo?

La revisione delle sedi giudiziarie, comprese quelle dei giudici di pace, la revisione delle piante organiche, sarebbe stata - e forse potrà esserlo? - un'occasione storica per rivisitare il ruolo del giudice e l'organizzazione giudiziaria, rivedere le tipologie dei conflitti e la loro distribuzione tra i vari giudici, togati ed onorari e il rapporto tra territorio e giurisdizione. Sono sotto gli occhi di tutti, anche se se ne parla troppo poco, le incongruenze nella distribuzione degli affari tra i giudici, monocratici e collegiali, togati e onorari; il sistema è obsoleto¹⁷ e ancora segnato da tantissimi riti diversi: l'attribuzione della competenza al giudice ordinario delle questioni sull'affidamento dei minori nati da coppie non sposate (art. 317 bis cc introdotto dalla legge n. 219/2012), elimina un'odiosa discriminazione tra figli, ma introduce un'assurdità procedurale, visto che si prevede un rito diverso per una situazione identica. Nel Tribunale per i minorenni il giudice onorario è davvero un esperto in altri saperi o, come si lamenta da molti, è diventato un mero *vicario* (tanto che si iniziano a nominare laureati in legge)? Ancora una volta una piccola 'pezza', anziché una riforma seria che coinvolga la giustizia dei minori, delle relazioni personali e della persona, attualmente frantumata in plurime competenze (Tribunale ordinario, tribunale specializzato, giudice tutelare) e plurimi riti senza coordinamento sufficiente tra gli interventi civili, penali e amministrativi.

Torna qui l'attenzione sugli spazi perché questo settore della giustizia non può avere dimensione distrettuale, ma deve avere un collegamento con il territorio.

Occorrerebbe una mappa dei conflitti - un'analisi della domanda - per verificare i sistemi più adeguati per la loro soluzione e una radicale revisione dei compiti assegnati ai giudici per razionalizzare le competenze, ma soprattutto per *asciugare* la giurisdizione da tutto quello che la appesantisce in-

¹³ Il d.l. n. 69/2013 di cui alla nota 1, ha introdotto alcune novità in tema di mediazione, re-introducendola come condizione di procedibilità per molti tipi di controversie, rendendo obbligatoria la presenza dell'avvocato, dando al giudice il potere di disporre l'invio in mediazione, stabilendo la gratuità del primo incontro di mediazione. Tuttavia le considerazioni svolte restano attuali, perché solo un cambiamento culturale, favorito dalla condivisione di buone prassi e dallo scambio di informazioni ed esperienze, potrà far decollare la mediazione.

¹⁴ Si veda da ultimo, al riguardo, P. BELLONE, *Precari fuori legge. Ogni giorno in Tribunale*, Roma, 2013

¹⁵ Storicamente la magistratura onoraria ha garantito l'apporto di competenze diverse (si pensi ai giudici onorari minorili o di sorveglianza), ma è divenuta poi un vero e proprio surrogato rispetto alla funzione professionale del magistrato togato: basti pensare alle *sezioni stralcio* nel settore civile o all'impiego dei giudici onorari di tribunale in molte sedi ai fini del c.d. *smaltimento* dell'arretrato.

¹⁶ La riforma della geografia giudiziaria prevede, tra l'altro, la soppressione, di tutte le sedi degli giudici di pace non circondariali, circa l'80 % degli uffici.

¹⁷ Ad es. hanno senso, nell'attuale configurazione e competenza, le sezioni specializzate agrarie?

giustificatamente: alcuni compiti di volontaria giurisdizione e competenze non direttamente giurisdizionali (no-judicial tasks, che potrebbero essere affidati ai funzionari di cancelleria, secondo una visione moderna del cancelliere europeo¹⁸; revisione dei registri dello stato civile: per la rettifica occorrono quattro magistrati, uno in meno per la nomina degli amministratori di condominio); cause di prossimità e domande di piccola giustizia, la tutela ipertrofica e arcaica dei diritti reali.

Non c'è solo un abuso da reprimere che riguarda il *singolo* processo. C'è anche un abuso strutturale della giurisdizione, se la consideriamo un calderone dove gettare senza attenzione le più disparate conflittualità, senza una seria delimitazione della domanda e senza interventi di governo di questa domanda¹⁹.

Questo è l'abuso che dobbiamo contrastare oggi se vogliamo smettere di inseguire periodicamente il problema dell'arretrato, senza intervenire sulle *cause* che lo generano e continueranno ad alimentarlo in avvenire²⁰.

5. La stagione dei diritti.

E' in questo scenario che dobbiamo chiederci quale contributo possano dare gli Osservatori sulla giustizia civile.

Per andare avanti, è utile un passo indietro, al fine di individuare meglio la *grande direzione*.

Il passo ci riporta all'Assemblea di Bologna del 2010, che segna la svolta dalla *stagione dei protocolli*, importante strumento per la manutenzione *ordinaria* della giustizia²¹, per avviarsi in quella che mi piacerebbe chiamare la *stagione dei diritti*: men-

¹⁸ G. COSTANTINO, *Le possibili funzioni processuali del "cancelliere europeo"*, nel volume collettaneo *Gli Osservatori*, op. cit., pag. 295.

¹⁹ E' del 1986, ma sempre attuale, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'europa (n. 12), circa le misure per prevenire e ridurre il sovraccarico delle corti: incoraggiare gli accordi, fuori o durante il processo (*ethical duty of lawyers*); ridurre i *non-judicial tasks*; istituire corpi non giudiziari per *small claims* e specifiche aree; revisione dei carichi delle varie corti per evitare gli squilibri. Sulla necessità dell'analisi della domanda rinvio alla *Relazione annuale al Parlamento e al Governo sui livelli e la qualità dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni* per l'anno 2012 elaborata dal CNEL (www.cnel.it).

²⁰ Il d.l. n.69/2013, citato alla nota 1, non va certo nella direzione auspicata, dal momento che istituisce un ennesima figura di giudice onorario per la definizione dell'arretrato in appello (art. 62 ss.). Resta senza risposta l'esigenza di rivedere in radice le competenze di giudici onorari e togati per evitare il prevedibile nuovo 'ingolfamento' ordinario, quando sarà esaurito l'effetto delle solite inutili misure straordinarie.

²¹ Per una visione della strada percorsa è utile rammentare che il primo protocollo è quello di Salerno del 2002, ad oggi i protocolli sono circa 90 e gli Osservatori circa 28.

tre eravamo costretti dalla perniciosa fabbrica dei riti del nostro legislatore a *decidere come si deve decidere*, è accaduto qualcosa nel campo nei diritti: nel diritto del lavoro (dove si assiste allo svuotamento delle tutele incentrate sul riconoscimento di una posizione non paritaria del lavoratore), nel campo dell'immigrazione, della salute, del diritto alla casa. Stefano Rodotà ha parlato di recente²² di un vero e proprio 'deserto dei diritti' creato da leggi sciagurate, come quelle sulla procreazione assistita, sull'immigrazione, sul proibizionismo in materia di droghe, e dal rifiuto di innovazioni modeste in materia di diritto di famiglia, di contrasto all'omofobia.

Oggi questo deserto dei diritti non 'passa' necessariamente dalla legge se è vero che diciottomila immigrati sono accampati d'estate vicino Foggia, in un luogo chiamato "Ghetto", per guadagnare tre euro all'ora con la raccolta dei pomodori; è vero però che, rispecchiando una società dove sempre maggiore è il divario tra ricchi e poveri (basti leggere le ultime relazioni dell'OCSE, dell'Istat e del Censis) anche il diritto è diventato diseguale, oppressivo con i deboli e inefficiente - quantomeno - con i forti.

Si ripropone il tema del rapporto tra Diritto e Giustizia, l'esigenza di superare la giustizia procedurale, i *nomo-dotti* di cui parla Natalino Irti (che possono trasportare tutto, indipendentemente dal contenuto: " *il diritto positivo si ripiega per intero sulle procedure, che, come vuoti recipienti, sono capaci di accogliere qualsiasi contenuto*")²³.

Occorre superare le secche del positivismo se vogliamo *prendere i diritti sul serio*, per ricordare un grande filosofo, morto proprio quest'anno, Ronald Dworkin²⁴, e riaprire la discussione pubblica *su ciò che è bene senza precipitare nelle 'guerre di religione'*²⁵.

Questa discussione ci riguarda in modo particolare.

²² "Il grande deserto dei diritti", articolo pubblicato nel quotidiano la Repubblica del 3.1.2013.

²³ N. IRTI e E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; su questi temi, mi permetto di rinviare alla relazione introduttiva dell'Assemblea di Bologna pubblicata nel volume *Gli Osservatori*, cit., pag. 255, con il titolo: *Crisi della città e crisi dei tribunali: un'ipotesi di ricostruzione nell'Europa dei diritti*".

²⁴ R. DORWKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1992.

²⁵ M. SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene comune*, Feltrinelli, 2009; o quantomeno per *'trovare un ragionevole accordo sui molti casi eliminabili di ingiustizia manifesta'*, come la schiavitù, la sottomissione femminile, la fame e la deprivazione generalizzate, la non scolarizzazione dei bambini o la mancanza di una sanità accessibile per tutti: così A. SEN, *L'idea di giustizia*, Mondadori, 2010, dedicato a John Rawls; vedi anche A. SEN, *La diseguaglianza*, Il Mulino, nuova edizione 2010.



In un recente saggio sul Novecento giuridico, Paolo Grossi individua nella crisi delle fonti e del loro assetto gerarchico l'aspetto più saliente: la legge affidata al potere politico è ormai clamorosamente incapace di 'ordinare' una società in rapida corsa²⁶: il diritto non può esaurirsi in una dimensione puramente potestativa, la sua essenza è garanzia di ordine, di ordinamento della società, nel pieno rispetto della storicità di questa. "Di fronte alle vistose assenze del legislatore" ci dice Grossi, "il nuovo diritto lo si scopre frugando in basso tra le operose supplenze in atto nelle prassi giudiziarie che non possono eludere la richiesta immediata di giustizia". Di qui il rilievo della giurisprudenza pratica, ma anche di quella teorica, come scienza attenta al divenire dell'esperienza²⁷.

Cambia il concetto stesso di giuridicità. Una rivoluzione copernicana rispetto all'artificiosa, anche se più tranquillante, compattezza del diritto moderno²⁸. Il diritto come dimensione formale sovraordinata rispetto ai fatti cede alla riscoperta della fattualità del diritto: "...sta qui" avverte Grossi "la chiave per comprendere la non facile transizione che stiamo vivendo...Il diritto...che è in perenne ascolto delle richieste del corpo sociale respinge la sua dimensione ufficiale, legislativa, perché non serve e recupera su altri piani: valorizzando al massimo il piano dell'interpretazione/applicazione, fonte duttile, versatile, disponibile alle variazioni...Una interpretazione/applicazione che si muove in due direzioni: quella della mediazione fra legge vecchia e fatti nuovi; quella della supplenza nel colmare vuoti non sopportabili dalla coscienza collettiva"²⁹.

Ma se è così, se ai giudici e agli avvocati è affidata l'opera di mediazione tra la norma astratta e la concretezza dei fatti storici, gli Osservatori hanno un ruolo chiaro: partecipare - con il metodo che li caratterizza: collaborazione tra avvocati e giudici, dialogo con la scienza giuridica - all'opera moleco-

lare di ricostruzione dell'ordinamento, superando lo sgomento indotto dal disordine e dalla confusione delle fonti, per ridare al diritto civile la sua funzione *ordinante*, un ordine che valorizzi le diversità, accosti i valori del *common law* e del *civil law*, accolga l'apporto di altri saperi, e si nutra del dialogo tra le corti nazionali, europee e sovranazionali.

E qui che si supera la giustizia procedurale e formale, perché è in questo complesso dialogo - sostanziale - che si può 'azzardare' a riparlare di valori, non come prodotti fissi della metafisica, ma come parto del divenire storico, non immutabili, ma nemmeno effimeri.

Lo sguardo dello storico è rasserenante perché vede nella crisi il momento decisivo di transito da "parecchio vecchiume sorpassato verso un edificio nuovo ancora tutto da costruire"³⁰

6. Il ruolo degli Osservatori.

Una riflessione conclusiva sul ruolo degli Osservatori non può eludere l'analisi delle difficoltà che il movimento si trova ad affrontare. Da un lato la scarsità di risorse e la profonda crisi legata alla transizione, induce gli operatori *tradizionali* di giustizia ad un ripiegamento che rende difficile per i magistrati, gli avvocati e i funzionari di cancelleria coinvolti concedere spazio ad un impegno ulteriore, per di più non istituzionale e dunque non riconosciuto su tale piano. Dall'altro, l'urgenza dei problemi produce l'urgenza psicologica di vedere rapidamente risolti i problemi vissuti nel quotidiano. Il movimento degli Osservatori tuttavia svolge essenzialmente un'opera culturale e, al di là dei casi in cui è stata possibile la rapida adozione di soluzioni condivise, per lo più produce frutti nel medio e lungo termine.

Forse è il tempo di riscoprire quella che il poeta inglese *John Keats*, chiamava 'capacità negativa', *negative capability*: l'abilità di stare nell'incertezza, non lasciandosi travolgere dalla mancanza di senso, senza volere a tutti i costi pervenire a fatti o motivi certi³¹. Studiata dai teorici dell'organizzazione a proposito di eventi naturali catastrofici naturali, come un terremoto, la *negative capability* si rivela utile in tutti i contesti ove si verifica l'improvvisa deviazione dalla *routine*: il terremoto è metafora di

²⁶ P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, XI-XII

²⁷ Vedi anche G. VETTORI, *Dialogo tra Corti e tecnica rimediabile*, in www.personaemercato.it: "Al carattere universale dei diritti corrisponde sempre più una globalizzazione delle tutele che va fornita in tempi ragionevoli, da un giudice terzo e imparziale che acquista centralità nell'applicare un diritto privo di territorialità e carente, spesso, di un chiaro dettato normativo riferibile al conflitto da risolvere. Un primato che dà spazio alla interpretazione adeguatrice della norma ordinaria capace di cogliere la sua evoluzione nel confronto con la normativa costituzionale, l'ordinamento comunitario e i vincoli derivanti dai Trattati internazionali, in un sistema sopranazionale a rete (117 cost.) che pone problemi nuovi. Basta pensare alla sorte del giudicato nazionale in presenza dei nuovi poteri conferiti alle Corti europee, alla continuità del processo oltre i limiti del territorio nazionale, alla concentrazione della tutele rispetto ai confini statali".

²⁸ P. GROSSI, *Introduzione*, op. cit., pag. 77.

²⁹ Basti pensare alle questioni di bioetica e bio-diritto.

³⁰ P. GROSSI, *Introduzione*, op.cit. pag. 114.

³¹ G.F. LANZARA, *Capacità negativa - Competenza progettuale e modelli di intervento nelle organizzazioni*, Il Mulino, 2003. Vedi a pagina 12 per la citazione di Keats, il quale fa riferimento alla *negative capability* "when the man is capable of being in uncertainties, Mysteries, doubts, without any irritable reaching after fact and reason"; ossia: "...quando l'uomo è capace di stare nelle incertezze, nei Misteri, nei dubbi senza essere impaziente di pervenire a fatti e a ragioni".

una situazione estrema in cui i bisogni sono molto superiori alle risorse disponibili e spesso la utilizziamo a proposito della crisi che scuote il mondo dei giuristi e delle professioni. In tali contesti può svilupparsi una sensibilità cognitiva e esistenziale che fa prestare attenzione ad aspetti che la tensione verso il risultato immediato può nascondere: la *negative capability* è fonte di potenziale innovazione per chi è capace di sopportare la provvisoria mancanza di ordine e di direzione, può dar vita ad un'azione orientata a nuovi contesti e a generare mondi possibili.

Questa particolare abilità può consentire oggi agli Osservatori di offrire il loro contributo, nel corretto raccordo con il livello istituzionale, alimentato anche dalle associazioni forensi e della magistratura e dalle scuole di formazione. Una tale sinergia consente agli Osservatori, per definizione 'luogo senza potere', di influenzare positivamente i luoghi del potere e aumentare le possibilità di esser efficaci, mantenendo intatta la natura di movimento che agisce sulla cultura come leva di trasformazione.

In questa prospettiva gli Osservatori possono contribuire a coniugare efficienza e senso istituzionale e coltivare l'esigenza di rendere *significant* - cioè orientate verso obiettivi precisi - le innovazioni tecnologiche, che devono pur sempre restare 'serventi' e non fini a sé stesse (e questo è il senso profondo del protocollo sul processo civile telematico, proposto come ipotesi di lavoro dall'Osservatorio di Firenze, che sarà oggetto di discussione del gruppo pomeridiano).

7. Verso l'Ufficio per il processo.

Tra i tanti profili dell'agire vorrei sottolinearne due.

Gli Osservatori, impegnati nella diffusione delle prassi che sono state definite 'virtuose', sono oggi di fronte alla domanda: chi paga la mancanza di virtù?

Oggi non possiamo più accettare un sistema di *virtù diseguale*: certo, la sperimentazione non può che essere locale ed è una fucina preziosa che ci ha permesso di verificare cosa è utile al buon funzionamento del processo e degli uffici: gli *stages* degli studenti delle Scuole di specializzazione e dei praticanti avvocati, i programmi di gestione, il processo civile telematico, il rapporto con i giudici onorari e molto altro. Ma la sperimentazione, per sua natura, è anche circoscritta ad un dato tempo³².

³² Lo sforzo di 'far funzionare' il processo intervenendo ad ogni livello accessibile dai singoli e dagli uffici, non esclude ma implica la denuncia della carenza di corretti interventi strutturali da parte del potere legislativo e esecutivo (art. 110 cost.)

Le convenzioni sugli *stages*, create dalla prassi e poi recepite dall'art. 37 d.lgs. n. 98/2011, ci traghettano verso una soluzione non più sperimentale, anche se non dobbiamo nascondere la complessità dell'approdo.

La riorganizzazione del lavoro del magistrato, realizzato attraverso i tirocinii e in stretta connessione con il processo civile telematico, specie con la *consolle* dell'assistente, non ha solo aumentato la capacità di definizione dei procedimenti³³, ma ha rivoluzionato il modo di lavorare negli uffici, fondandolo su rapporti di reciproca interazione e di collaborazione tra soggetti differenti per il raggiungimento di obiettivi comuni; ha permesso la condivisione della riflessione (preziosa per il giudice monocratico, che ha perso quella offerta dalla camera di consiglio), il coordinamento con le cancellerie, l'apertura verso le Università, i consigli dell'Ordine, gli enti locali. Ha fatto intravedere potenzialità enormi di raccordo di tanti fattori che incidono sulla qualità della giurisdizione: dal controllo statistico dei ruoli alla costruzione progressiva della decisione, al miglioramento della comunicazione con le parti e il foro, alle banche dati, la semplificazione dei moduli di trattazione e decisori - preziosi per l'appello - e molto altro.

Questi progetti non possono più essere lasciati all'iniziativa dei singoli capi degli uffici, o addirittura all'adesione volontaria dei giudici, perché è intollerabile che la mancanza di iniziativa ricada su chi è estraneo alle scelte o alle omissioni.

La qualità non può essere lasciata al caso.

La progettazione locale non può essere un alibi dello Stato per disattendere i doveri sottolineati da tutte le fonti europee³⁴: lo Stato *deve* fornire risorse

³³ Come ricordato anche dal Primo Presidente della Corte di Cassazione nella sua relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013: "... i tribunali nei quali la sperimentazione, basata sul ricorso al meccanismo degli *stages*, è in corso da qualche anno registrano importantissimi risultati in termini di maggiore qualità ed efficienza nella gestione dell'udienza e della complessiva attività del giudice, di riduzione del carico del singolo giudice, di coordinamento con il lavoro delle cancellerie". Si vedano anche i dati riportati da B. FABBRINI, nel contributo sull'ufficio per il processo nel volume collettaneo *Giustizia in bilico*, Aracne, 2013, pag. 338 e ss.

³⁴ Vedi l'art. 35 della Raccomandazione agli Stati membri del Consiglio d'Europa CM/Rec (2010) 12 *sull' indipendenza, efficacia e responsabilità dei giudici*, approvata il 17.11.2010. Il dovere dello stato di fornire mezzi adeguati è costantemente ribadito. Vedi da ultimo le *Guidelines* del Centro *Saturn: 'The central bodies responsible for the administration of justice have the duty to ensure means and conditions for appropriate time management, and take action where appropriate'*. E ancora, vi è un paragrafo dedicato (II. Guidelines for legislators and policy makers), che inizia con il tema delle *'Resources: 1. The judicial system needs to have sufficient resources to cope with its regular workload in due time. The resources have to be distributed according to the needs and have to be used efficiently'*.



- non risorse precarie e 'a pioggia' per progetti pilota - per creare le condizioni affinché *tutte* le sedi giudiziarie siano in grado di dare una cognizione di qualità in tempo ragionevole. La ricomposizione unitaria che spetta al CSM e al Ministero deve *spingere* verso la realizzazione istituzionale *dell'ufficio per il processo*, che affronti anche il nodo della situazione insostenibile del personale amministrativo, bloccato dalla mancanza di assunzioni ormai da quindici anni e dalla mancanza di riqualificazione (con un'età media che supera i cinquant'anni)³⁵.

Le forme di questo ufficio dovranno essere ben individuate attingendo dall'esperienza, anche comparata, e si potrà procedere per gradi.

Di questo 'staff' devono far parte, *senza esaurirlo*, anche i tirocinanti, per non perdere l'eredità più preziosa dell'esperienza degli *stages* e cioè l'occasione di *formazione preliminare comune* di magistrati e avvocati (aspiranti tali) che va anzi potenziata: il tirocinio dovrebbe essere reso stabile, sostenuto economicamente con borse o assegni (anche per evitare un odioso filtro censitario) e valorizzato ai fini dell'accesso alle professioni forensi; dunque non solo al concorso in magistratura, ma anche all'esame di avvocato³⁶. Occorre salvaguardare la dimensione inter-disciplinare e semmai ampliarla: è solo agli inizi l'esperienza di borsisti dell'Università specializzati sul tema della mediazione che collaborano con il giudice e gli altri stagisti per l'analisi *qualitativa* del contenzioso dove può utilmente svolgersi l'invito del giudice alla mediazione³⁷.

Le risorse, se cominciamo a considerare tale il risparmio rispetto alla misura puramente riparatoria dell'indennizzo previsto dalla legge n. 89/2001, c.d. legge Pinto, ci sono e vanno distribuite agli uffici con l'obbligo di usarle in modo efficiente e di rendere il conto di tale impiego.

Occorre infatti ribadire che sono i mezzi che rivelano la verità e la sincerità di una politica, non le parole³⁸.

³⁵ Si calcola che al dicembre 2013 mancheranno circa 9000 unità.

³⁶ Il riferimento è all' art. 44 della legge n.247/2012 sulla professione forense, intitolato "Frequenza di uffici giudiziari" secondo il quale "L'attività di praticantato presso gli uffici giudiziari è disciplinata da apposito regolamento da emanare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge³⁶, dal Ministro della Giustizia, sentiti il CSM e il CNF": la norma va coordinata con la previsione di cui all'art.41, comma settimo, della stessa legge, secondo il quale "In ogni caso il tirocinio deve essere svolto per almeno sei mesi presso un avvocato iscritto all'ordine o presso l'Avvocatura dello Stato".

³⁷ In tal senso si svolge l'esperienza del Progetto Nausicaa2 sulla mediazione demandata dal giudice dell'Osservatorio di Firenze.

³⁸ Il d.l. n. 69/2013, citato alla nota 1, ha disciplinato anche il *Tirocinio formativo presso gli uffici giudiziari*: (art. 73). Purtroppo non si è previsto nessun assegno economico per i tiroci-

I lineamenti cardine dell'organizzazione devono essere omogenei, perché il modo di lavorare negli uffici non è disponibile dal singolo e non tocca l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, che invece va difesa sul piano dell'interpretazione/applicazione del diritto. Oltretutto l'organizzazione incide sulle scelte di priorità, specie in una situazione di scarse risorse, e solo in parte queste scelte possono essere rimesse ai capi degli uffici, o al singolo giudice perché riguardano una prospettiva necessariamente unitaria, segnata dai diritti e principi della Costituzione e della Carta di Nizza, divenuta vincolante con il trattato di Lisbona.

8. Rifondare la giurisdizione civile.

La seconda grande direzione verso cui orientare i nostri piccoli passi è contribuire a rifondare la giurisdizione civile come giurisdizione dei diritti, secondo la riflessione già svolta, attraverso la ridefinizione del ruolo del giudice e dell'avvocato del XXI secolo.

Tale rifondazione dovrà poggiare su due pilastri.

Da un lato, uscire dal pan-giurisdizionalismo in forme, che finisce per paralizzare la risposta di giustizia, e ricondurre nell'alveo della giurisdizione togata una domanda selezionata in base alla natura delle posizioni soggettive. Occorre capovolgere la prospettiva attuale, immaginando un intervento del giudice gradato a seconda della natura degli interessi e dei diritti: dalla mera funzione di controllo o omologazione, all'intervento più pieno volto ad assicurare una tutela elevata ed effettiva solo per le situazioni più delicate e complesse, specie nelle relazioni dove si registrano rapporti di forza o vi siano soggetti più deboli o si discuta di beni primari e sia in gioco la dignità delle persone.

L'altro pilastro è rilanciare la formazione *comune* del giudice e dell'avvocato come giuristi europei, soggetti sensori e costruttori del nuovo ordine globale nello svolgimento di un impegno etico prima ancora che professionale³⁹: per questo, finalmente, siamo riusciti a realizzare un Gruppo sui temi europei, secondo l'auspicio lanciato già a Bologna nel 2010 di fronte alle nuove prospettive offerte dal Trattato di Lisbona, che ha reso vincolante dal 1°.12.2009 la Carta di Nizza. Dalla terza relazione annuale della Commissione europea

nanti, ma, quel che è peggio, in sede di conversione del decreto, è stato eliminato il valore abilitante del tirocinio ai fini dell'accesso al concorso in magistratura, previsto nel testo originario del decreto. Un'occasione clamorosamente mancata.

³⁹ S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca del nuovo ordine globale*, Donzelli, 2009.

sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, relativa al 2012, si comprende quanto la Carta stia diventando un punto di riferimento per le giurisdizioni nazionali, per la Corte di Giustizia⁴⁰, ma anche per cittadini e parlamentari europei⁴¹. Il Portale europeo della giustizia⁴², che mira a diventare uno sportello unico telematico della giustizia, è l'emblema di questa evoluzione.

Al gruppo Europa affidiamo in modo particolare la formazione comune per il futuro, convinti di dover rispondere alla richiesta di collaborazione per la creazione del diritto europeo *“che non è un diritto scritto nelle tavole della legge concesse al popolo da un legislatore illuminato, ma un diritto in formazione che è assieme padre e figlio dell'integrazione europea”*.⁴³

Se abbiamo ancora poca dimestichezza con questa dimensione, *prendiamoci il tempo* - quel tempo *invisibile* di cui parlavamo - per esplorarla, perché è proprio questo il cantiere, faticoso ma esaltante, dove si tesse la rete dei raccordi che esprime la struttura del diritto nuovo, quello che valica i confini e ridefinisce - o svuota - il concetto di sovranità.

⁴⁰ La Corte richiama sempre più spesso la Carta nelle sue sentenze: il numero di sentenze che la citano nelle motivazioni è quasi raddoppiato tra il 2011 e il 2012, passando da 43 a 87, mentre sono sempre più frequenti i riferimenti alla Carta nelle domande presentate alla Corte di giustizia dalle giurisdizioni nazionali (domande di pronuncia pregiudiziale), che fra il 2011 e il 2012 sono aumentati di oltre il 50%, passando da 27 a 41.

⁴¹ Nel corso del 2012 la Commissione ha ricevuto più di 4000 lettere, petizioni e domande di cittadini e parlamentari europei su questioni relative ai diritti fondamentali, la maggior parte delle quali (il 58%) riguardava situazioni in cui la Carta poteva effettivamente applicarsi. Questo dimostra che l'impegno profuso dalla Commissione per aumentare la consapevolezza di come e in quali casi si applichi la Carta sta dando i suoi frutti: nel 2010, il 69% delle lettere riguardava casi che non rientravano nelle competenze dell'UE (dal comunicato stampa della Commissione europea dell'8.5.2013). Nell'ottobre 2010 la Commissione ha adottato una Strategia per un'attuazione effettiva della Carta, nella quale introduce una "Check-list" per meglio valutare l'incidenza delle sue proposte legislative sui diritti fondamentali. Inoltre, in seguito a una richiesta del Parlamento europeo, la Commissione si è impegnata a informare i cittadini sui casi in cui essa può intervenire in questioni attinenti ai diritti fondamentali e a pubblicare una relazione annuale sull'applicazione della Carta per controllare i progressi conseguiti.

⁴² <https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=it>

⁴³ Così G. BENEDETTI, *Elogio della interpretazione traducevole*, in www.personaemercato.it. *“Nel diritto europeo - avverte Benedetto - talvolta la regola viene faticosamente trovata dallo stesso giudice nell'atto stesso in cui la applica. “Trovata”, non “creata” ...: le Corti la proclamano, suggellandola formalmente in un nuovo sistema che si automanifesta”*.

9. Giurisdizione e democrazia.

Alla fine di questa introduzione, non possiamo eludere una domanda dal momento che la centralità della giurisdizione solleva interrogativi: cosa pensare di questa supplenza giudiziaria? Nasconde un attentato ai diritti politici dei cittadini?

Innanzitutto va detto che l'opera di interpretazione non è ristretta ai 'chierici', agli 'iniziati', ma è aperta ai cittadini, alla società civile, agli enti, alle associazioni, ai movimenti che partecipano alla discussione sul diritto continuamente, ognuno al proprio livello⁴⁴.

La tutela dei diritti non è affidata solo alle procedure giudiziarie, basti pensare alle iniziative possibili grazie a internet e ai sistemi di informazione che stanno cambiando il modello di cittadinanza⁴⁵. Qui l'avvocatura e le altre professioni devono svolgere un compito importante quali mediatori tra *'fatti nuovi e norme vecchie'* (interpretare, secondo una delle possibili tesi, viene da *inter*, cioè 'tra, e *pret*: trattare, negoziare, mediare, appunto); la vicinanza alle persone rende i professionisti particolarmente vocati (specie gli *ad-vocati*) al ruolo di rilevatori della dimensione *fattuale* (Grossi aggiungerebbe: 'carnale'⁴⁶), del diritto. La *responsabilità sociale* della professione forense (già enunciata nel codice deontologico europeo sin dal 1988 e nelle Linee Guida del CCBE - Consiglio degli ordini forensi europei - del 2002), mi pare legata a questa opera di scavo nei fatti sociali: sono gli avvocati che per primi selezionano i casi, indagano, prospettano soluzioni dentro e fuori le corti affinché si innalzi il livello di tutela dei diritti e dei bisogni.

⁴⁴ G. COSÌ, *“Interessi, diritti, potere: gestione dei conflitti e mediazione”*, in *Ars Interpretandi*, n. 9\2004. *“Il diritto vigente non è generato una volta per tutte da atti di posizione, ma progressivamente, da atti di positivizzazione: nessuno, nemmeno il legislatore può illudersi di produrre da solo il diritto. Il diritto come è realmente lo fanno tutti i consociati insieme, continuamente, ognuno al proprio livello; quindi tutti ne siamo responsabili”*.

⁴⁵ Proprio riflettendo su Internet, RODOTÀ nel suo ultimo libro, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, individua le vie di un costituzionalismo possibile, una *“costruzione del diritto per espansione orizzontale...quasi una costituzione infinita”*: v. pag. 426.

⁴⁶ 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.73: *«Il castello murato edificato con tanta cura dai nostri padri, con le mura impastate e cementate di legalismo e formalismo, allontanò diritto e fatti, ma anche inevitabilmente, diritto e giustizia, essendo - questa - misura di uomini carnali e di fatti carnali; e la giustizia è restata un traguardo irraggiunto. Se i giuristi, all'insegna di un'etica della responsabilità, sapranno ordinare il nuovo pluralismo, forse stiamo procedendo sul cammino più conveniente per una maggiore armonizzazione fra diritto e giustizia»*.



In secondo luogo, trovo molto stimolante l'invito di Rodotà nel suo ultimo libro a ragionare in termini di una 'fisiologica' redistribuzione dei poteri: l'attuazione dell'ordine democratico esige cooperazione: il giudice permette di mantenere le condizioni di base della democrazia cioè le precondizioni del processo democratico - istruzione, informazione, lavoro, abitazione, dunque proprio i diritti fondamentali riconducibili ai diritti di cittadinanza ⁴⁷: *“Ingannevole è una misura della democrazia che si concentra tutta sul rischio proveniente dalla giurisdizione, mentre l'esperienza ci mostra che la vera redistribuzione dei poteri avviene nella direzione di soggetti ai quali manca la pur minima legittimazione democratica (si pensi al ruolo assunto, come veri regolatori, dalle agenzie di rating)”*.⁴⁸

Esistono delle pre-condizioni per esercitare i diritti: se non posso pagare il *tiket* non potrò godere del diritto fondamentale alla salute; in generale, se sono troppo povero, non godrò del diritto a una “vita dignitosa”, come recita l'articolo 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: qui si colloca la discussione sul reddito minimo garantito (che esiste in tutti gli Stati membri dell'Ue a 27 ad eccezione di Grecia, Ungheria e Italia) e la lotta all'esclusione sociale.

Occorre allora una rinnovata alleanza tra legislazione e giurisdizione, tra le istituzioni della normazione e istituzioni - e aggiungerei le professioni - dell'attuazione e del rispetto.

La giustizia, diceva *Paul Ricoeur*, consiste proprio nel rompere la regola secondo cui si debbano soddisfare soltanto i bisogni di chi può pagare, e ciò implica il passaggio dall'idea di un'economia mercantile all'idea di un'economia dei bisogni. Ci sono bisogni umani fondamentali da soddisfare, *anzi occorre riconoscere che fin dalla nascita si hanno diritti, giacché nessuno sceglie di venire al mondo.*

Con la prospettiva di dare il nostro piccolo, ma doveroso contributo a questo tempo di epocale transizione, affinché segni il passaggio dall' *homo oeconomicus* all' *homo dignus*, auguro a tutte e tutti buon lavoro in questa nostra Assemblea.

⁴⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, cit., pagg. 62-63

⁴⁸ S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, pag. 67.

Materiali e commenti

IL “PASTICCIO” DELL’ART. 62 L. 221/2012: INTEGRAZIONE EQUITATIVA DI UN CONTRATTO PARZIALMENTE NULLO OVVERO RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DA CONTRATTO SCONVENIENTE?

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. *Considerazioni preliminari: la vaghezza lessicale dell’art. 62 cc. 1 e 2.* – 2. – *Il (confuso) ambito applicativo del secondo comma: una dipendenza economica presunta?* – 3. *Obblighi di comportamento, condotta scorretta e prezzo iniquo: una mappatura dei possibili rimedi ad un problema di hold-up. Spunti da Cass. 21255/2013?* – 4. *Segue: le aporie della nullità di protezione e la parzialità dell’effetto ablativo.* - 5. *Art. 62, c. 2, pratiche commerciali scorrette e lesione della buona fede in contrahendo ? Luci ed ombre di una norma ambigua.* – 6. *Epilogo (con un interrogativo).*

1. Considerazioni preliminari: la vaghezza dell’art. 62 cc 1 e 2.

Da poco la galleria dei casi di lotta all’abuso della libertà contrattuale si è arricchita di una nuova fattispecie: l’art. 62 della l. 221/2012, *transtipicamente* disciplinante le relazioni commerciali tra i soggetti della filiera agroalimentare, prescrive infatti –comma 1- che i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e alimentari, eccetto quelli conclusi con il consumatore finale ovvero tra imprenditori agricoli¹, vanno redatti per iscritto e devono informarsi a principi di «trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corresponsabilità delle prestazioni». Segue poi, al secondo comma, un catalogo di condotte vietate, dall’imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie (ll.

a e b) al pretendere «indebite prestazioni unilaterali» (l. d), passando per tutta una serie di casi integranti forme di estorsione pre o post contrattuale (l. c), fino all’indeterminata formula di chiusura, *ergo* trattasi di una tipizzazione normativa avente carattere puramente esemplificativo, ove il divieto involge «ogni ulteriore condotta commerciale sleale» (l. e).

Si tratta della consueta norma a struttura elastica, carente di una puntuale configurazione della fattispecie o di un tipo contrattuale di riferimento, foggiate secondo una tecnica che vede l’alternarsi di esemplificazioni (le forme, ad ampio spettro, di abuso contenute nelle ll. a-d), clausole generali (il tritico trasparenza, correttezza e proporzionalità del primo comma), e concetti indeterminati (v. lo pseudo abbozzo definitorio di condotta commerciale sleale di cui alla l. e), con un amplissimo spazio valutativo rimesso per conseguenza al giudice. Neanche la *ratio*, nel contempo, è nuova: l’art. 62 non è infatti una disposizione dirigistica che at-

¹ Quest’ultimo caso è stato introdotto dall’art. 36, c. 6-bis del d.l. 179/2012.



tenti alla libertà di determinare il contenuto del contratto, epperò neppure la si può catalogare tra le previsioni vocate a realizzare una giustizia contrattuale ovvero un'equità dello scambio nei rapporti d'impresa². Più semplicemente, la filiera agroalimentare è dominata da una strutturale asimmetria di potere contrattuale tra chi produce e chi commercializza: di conseguenza, onde evitare che abusando del proprio potere l'impresa di intermediazione commerciale si appropri di una quota parte dei profitti spettanti ai produttori, si vietano quelle condotte opportunistiche causa, per riverbero, di effetti negativi sul mercato³. Quindi, lungi dal voler innalzare il tasso di socialità del diritto contrattuale, si tratta di una normativa che, in seno ad un mercato concorrenziale, mira a rimuovere il prodursi di «condizioni concretamente non concorrenziali del singolo scambio»⁴. Nulla di più e, soprattutto, niente che addirittura scardini la cornice globale dei rapporti commerciali del settore agricolo⁵. Anche l'elencazione degli elementi che qualsiasi contratto di cessione onerosa deve riportare, durata – prezzo – quantità e caratteristiche del prodotto venduto⁶ – modalità

di consegna e di pagamento, è partecipe di questa logica: il neoformalismo che, in un'ottica di trasparenza affidante circa la convenienza economica dell'affare, impronta l'operazione non sminuisce infatti la circostanza che la determinazione del contenuto contrattuale risulta pur sempre rimessa all'autonomia delle parti. Un'autonomia legittimata, questo sì, a muoversi entro il perimetro di una *minima tipizzazione* dello scambio formalizzato *ex iure*⁷. Altro è poi dire che, quando così non sia a cagione del prodursi di un abuso del potere di mercato, l'apparato rimediale predisposto, complice l'accavallarsi di modifiche al testo di legge condotte in maniera ondivaga, risulti carente e, per certi versi, inadeguato⁸.

2. Il (confuso) ambito applicativo del secondo comma: una dipendenza economica presunta?

Per altro, se si volesse stare al tenore letterale del secondo comma, l'art. 62 sarebbe tutto fuorché una norma settoriale, l'elenco delle condotte abusive vietate involgendo, in realtà, *tutte* le relazioni commerciali tra operatori economici, «ivi compresi i contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari»: anche se, *melius re perpensa*, parrebbe senz'altro da preferirsi l'idea di una disposizione che travalica sì il segmento dei contratti di fornitura dei prodotti

² Come, per più di un verso parrebbero credere che sia, A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 441 ss. ed A. ARTOM, *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2012, p. 4 s. Per una più meditata riflessione v. F. BARTOLINI – A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 641 ss.

³ Nella convinzione, sottesa alla quale si intravede una precisa opzione ideologica, di un benessere collettivo che il «mercato concorrenziale deve o dovrebbe garantire»: così R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2012, p. 5. Echi di questo dibattito, insieme a molti altri spunti preziosi per la disamina dell'argomento, già si incontrano, per altro, nello scritto di G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, a cura di Vettori, Padova, 2005, p. 2 ss.

⁴ Così M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 41.

⁵ È questa, viceversa, l'opinione di R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti – Maugeri – Notari, Bologna, 2012, I, p. 120, secondo il quale l'art. 62 fisserebbe «principi ostativi come mai prima d'ora all'esercizio dell'autonomia privata».

⁶ Giova per altro evidenziare che l'abbinamento, all'apparenza curioso, tra *vendita e durata*, sta invece a testimoniare che oggetto dell'art. 62 sono essenzialmente i contratti di alienazione a consegne periodiche e quelli di somministrazione: quindi cessioni di «produzioni future od *in itinere* ... [iscritte nell'area] dell'agricoltura sotto contratto ovvero del *conventional far-*

ming»: così, con la consueta chiarezza, A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2013, p. 59. Non è un caso se dall'ambito di operatività del primo comma sono esclusi i contratti a esecuzione istantanea (art. 1, c. 4, del d. m. 199/2012): una fattispecie, per inciso, nella quale neanche è da supporre residui il problema, vista «l'immediatezza dell'esecuzione dello scambio tra il prodotto e il corrispettivo» (così F. BARTOLINI – A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, cit. p. 645), di una tutela della parte più debole.

⁷ Di un «minimo di omogeneità, sia pure sul piano formale, del modello negoziale» discorre A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 61. E in questo senso viene facile notare che l'art. 62 c. 1 ha in realtà una doppia anima: un modello negoziale tipizzato, seppur in senso debole, riguarda invero tutte le imprese del settore, anche quelle che non sono reciprocamente «né deboli né forti, bensì neutr[e] rispetto a tali qualifiche»: v. V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 168.

⁸ Un'inadeguatezza che forse, più in generale, è da imputare ad una «carente metabolizzazione del corretto significato giuridico del “mercato”»: così A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 57.





agricoli epperò sempre rinserrata è nell'area dei rapporti tra operatori che agiscono all'interno delle filiere agroalimentari. Dopo di che potrà evidentemente trattarsi di slealtà aventi una forma contrattuale oppure materialmente destinate a manifestarsi sia *prima* che *al di fuori* di un contratto. Ma, pure a voler sorvolare sul modo in cui l'articolo è stato rubricato⁹, non parrebbe che il dato normativo avalli una generalizzazione *extra ordinem*, cioè estesa a ricomprendere qualsiasi rapporto commerciale purché sia di filiera¹⁰. Già, come si è fatto puntualmente notare, stona che sia stato previsto un identico trattamento normativo per contratti di scambio che si perfezionano in ambiti diversi della filiera. L'alterità dei soggetti, perché i «protagonisti delle cessioni dei prodotti agricoli non corrispondono a quelli delle altre cessioni che lungo la filiera si riferiscono ai prodotti alimentari»¹¹, andava preservata: *ergo* estendere la norma a segmenti di mercati diversi da quelli agroalimentari, facendo del 62 una *disposizione quadro* che taglia trasversalmente le relazioni *B2b*, avrebbe il significato di moltiplicare il numero delle contraddizioni e delle incoerenze

di trattamento. Insomma, può anche sostenersi che l'art. 62 costituisce un'epifania della teorica sulla contrattazione d'impresa asimmetrica¹², secondo una logica che vede i rapporti tra professionisti soggetti a regolazione protettiva *se e nella misura in cui* sono causa di un fallimento del mercato, ma col sottinteso stringente che trattasi di una rappresentazione del c.d. terzo contratto circoscritto ad un settore merceologico ben definito¹³.

Per inciso una siffatta lettura avrebbe anche l'aggio di rendere meno vischiosa un'*actio finium regundorum* col disposto di quell'art. 9 della l. 192/1998, in tema di abuso di dipendenza economica, che l'art. 62 scopertamente arieggia in più luoghi. Recentemente, per quanto lo abbiano statuito in un *obiter*, le Sezioni Unite hanno invero riconosciuto la generalità di questa norma nei rapporti tra imprese¹⁴, escludendo così che la stessa trovi applicazione nel solo comparto della subfornitura industriale. In ogni caso, fermo restando il dubbio sul rilevare dell'art. 9 quale specificazione di un principio implicito nel sistema, rimane incontrovertito che l'impresa vessata può domandarne l'applicazione soltanto se riesce a dare la (non

⁹Pur sempre infatti si fa questione di *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*. L'argomento, insieme ad altre considerazioni, torna in F. BARTOLINI – A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, cit. p.

¹⁰Precisazione, di qui l'enfasi del corsivo, non inutile in quanto non è mancato, in dottrina (v., per tutta una serie di indicazioni, G. SEPE, *Il controllo del potere di mercato nella filiera agroalimentare: profili concorrenziali e ruolo dell'AGCM*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2013, p. 35 ss. ed attentamente M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 91 ss.), chi ha voluto suggerire un'interpretazione estensiva dell'art. 62, c. 2 facendone una *clausola generale* nei rapporti tra professionisti: quand'è di tutta evidenza che, pure a voler forzare un dato normativo apertamente a favore di una lettura minimalista, non si hanno i presupposti minimi per sostenere che la disposizione in oggetto abbia un perimetro applicativo trascendente i rapporti di integrale verticale. Comunque, a dirimere finalmente la questione si spera che abbia provveduto il *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari* varato dall'AGCM, sul quale *infra*, § 4, testo e note: un regolamento totalmente intessuto in una visione rigorosamente parcellizzata della novella legislativa. Dopo di che, implicherebbe tutto un altro tipo di discorso, ed infatti è questione che esula dalla stretta economia di questo scritto, interrogarsi sulla razionalità –e forse prima ancora sulla legittimità– di un intervento normativo limitante la lotta all'abuso ad un (seppur ampio) settore, quasi che delle forti asimmetrie di potere non esistessero in altri filiere.

¹¹Così A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 57.

¹²V., per tutti i riferimenti, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011², p. 65 ss. ed il volume collettaneo, a cura di G. Gitti e G. Villa, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008. Una recente messa a punto del tema è in A. M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir., Annali IV*, Milano, 2011, 370 ss.

¹³È di tutt'altro avviso C. RABITTI BEDOGNI, *Il controllo del potere di mercato nella filiera di consumo*, in *www.agcm.it*: ma, come si diceva, non sembra che l'argomento letterale di un divieto sprovvisto di qualificativi che ne circoscrivano l'ambito applicativo possa supportare l'idea di un'estensione della norma a «tutte le ipotesi in cui ... un soggetto tenti di far leva abusivamente sul proprio superiore potere di mercato imponendo un sacrificio indebito alla propria controparte contrattuale». L'ammonimento a procedere ad una «ricostruzione tipologica delle situazioni di asimmetria di potere contrattuale fra imprenditori» si incontra, da ultimo, nella pagina di M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit. I, p. 59.

¹⁴V. Cass. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, c. 805 ss. ed anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 298. Come si sa una cospicua parte della giurisprudenza di merito, nonostante l'art. 9 faccia riferimento alla vendita in luogo del richiamo alla sola subfornitura, era diversamente orientata. V., inizialmente, Trib. Taranto, 17 settembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, I, p. 65 e, tra le più recenti, Trib. Roma, 17 marzo 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 1, c. 255 e Trib. Roma, 19 febbraio 2010, *ibid.*, c. 256, ambedue propense a trascurare (discutibilmente) la circostanza che l'art. 9, lungi dall'essere circoscritto alla dipendenza in danno del subfornitore, involge anche la c. d. dipendenza da assortimento. Per una rilevanza dell'art. 9 quale norma a valenza generale v. Trib. Torino, 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1471 ss. In dottrina, per una messa a punto del problema, v. M. MAUGERI, *La subfornitura*, in *I contratti per l'impresa*, cit., I, pp. 225 – 228.

semplice) prova di non essere riuscita a reperire sul mercato alternative soddisfacenti. E qui probabilmente, l'insidia che si tratti di un'aggiunta superflua è senz'altro pericolosamente in agguato¹⁵, si radica il tratto di *differentia* specifica.

Prima facie, infatti, l'art. 62 sanziona l'abuso senza contemplare, come co-elemento di applicabilità, la dipendenza economica dell'impresa prevaricata: quindi la rilevanza del *puro abuso*, sempre che si sostanzi in un *significativo squilibrio* eletto questo sì ad indiscusso pre-requisito tipologico di azionabilità (v. art. 1, c. 1 d. m. 199/2012 ed art. 4 Regolamento istruttorio AGCM), si mostra provvista di un perimetro più allargato. Non meno plausibilmente si potrebbe però – è vero- replicare che la dipendenza economica è da supporre, in realtà, come uno stato implicito per l'impresa agricola o agroalimentare inserita in un rapporto di filiera: già c'è, d'altra parte, il testo recentemente novellato dell'art. 9 che, per l'ipotesi di una violazione diffusa e reiterata della disciplina sui ritardi di pagamento, ipotizza un abuso, in danno delle imprese piccole e medie, «a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica»¹⁶. Ma se anche così fosse un distinguo continuerebbe a correre nitidamente tra le due disposizioni in quanto, ove un coltivatore diretto o un'impresa agroalimentare volessero eccepire un *abuso* causa, oltre che di danni, di una *nullità* (parziale) del contratto¹⁷, dovrebbe allora immaginarsi un'applicazione concorrente dell'art. 9: il quale, fuori per l'appunto dell'ipotesi che non a caso si è dovuto *testualmente* affidare all'ultimo periodo del comma 3-*bis*¹⁸, non sembra conoscere od ammettere una

dipendenza *in re ipsa*. Che l'art. 62 voglia allora restituire l'immagine di una tutela dell'impresa agricola come *professionista debole*, nell'ottica di una minorità *seu* di un'asimmetria protetta a prescindere dalla verifica dell'impatto complessivo che gli illeciti avvenuti possano poi produrre sul mercato? Se così fosse, il parallelismo col consumatore, nel senso di garantire un soggetto sì professionista ma la cui subalternità è presunta *ex iure*, non sarebbe per nulla bizzarro o fuorviante. Con una precisazione però: l'art. 62, come si è cercato di evidenziare, si applica a *tutti* i rapporti di filiera nei quali si abbia la cessione di prodotti agricoli ed alimentari. Di conseguenza, la rappresentazione nello specifico del contraente protetto *muta* in ragione del contesto di filiera coinvolto. Se, in prima battuta, il contraente debole sarà il *produttore*, successivamente non è affatto escluso che un analogo appellativo competa al *cessionario*, per es. il distributore rispetto alla grande impresa agro-alimentare o agro-industriale. Si pensi, ma gli esempi potrebbero essere più d'uno, alle clausole che imputino al fornitore tutti i costi di distribuzione dei prodotti ceduti dall'azienda produttrice ovvero alle pattuizioni che subordinino la fornitura all'inclusione, nel listino di vendita, di tutta una certa gamma o linea di prodotti.

Si materializza così quella che davvero dovrebbe poi costituire la *vexata quaestio*: di là da quelli che possano essere gli elementi identificativi della fattispecie, il problema invero è capire se la differenza tra le due previsioni sia tale da involgere le stesse tecniche di tutela, come adombrato da chi¹⁹, per la verità in una maniera non sempre lineare, ha prospettato un ricorso all'art. 9 allorché il produttore agricolo vessato intenda domandare, accanto o in luogo del risarcimento dei danni, la declaratoria di nullità della clausola abusiva. Il che, come si anticipava, lascerebbe intendere un caratterizzarsi dell'art. 62 a guisa di una disposizione *complementare*, il qualificativo stando ad indicare

¹⁵ Di un art. 62 che corre il rischio di essere o di presentarsi come «un'inutile superfetazione» discorre R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1165 ss.

¹⁶ V. art. 10, c. 2, l. 180/2011. Chi ragiona di tutela per l'impresa vessata o prigioniera del proprio contratto si iscrive in questo ordine di idee.

¹⁷ Sulla premessa, naturalmente, che una nullità non sia già prospettabile ai sensi dell'art. 62. V. *infra* nei §§ che seguono. Pare difficile, come viceversa si è pure prospettato, che l'art. 9 possa invece venire invocato per denunciare un abuso *atipico*, nel senso di non ricompreso nelle fattispecie tipizzate di cui al secondo comma dell'art. 62. La formula finale, sul divieto di «ogni ulteriore condotta commerciale sleale», non sembra infatti lasciare spazio ad interpretazioni diverse.

¹⁸ Il rilevare *legislativamente* funge così da indice qualificato di eccezionalità della previsione. *Ergo* nessuna tutela in difetto di prova della dipendenza. In dottrina si fa notare, seppur critica-

mente, che l'art. 3-*bis* potrebbe sempre leggersi nel senso che «nei rapporti intersoggettivi sarebbe comunque necessario provare la dipendenza economica» (così M. MAUGERI, *La subfornitura*, cit. p.).

¹⁹ Il riferimento è a L. RUSSO, *I contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari (e quelli di cessione del latte crudo): nuovi tipi contrattuali per il mercato agroalimentare?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, I, p. 226.





che il suo spazio di operatività si ritaglia tra i due estremi della disciplina in materia di subfornitura e di quella codicistica.

3. Obblighi di comportamento, condotta scorretta e prezzo iniquo: una mappatura dei possibili rimedi ad un problema di *hold-up*. Spunti da Cass. 21255/2013?

Ai sensi dei commi 5, 6 e 7, la violazione dei divieti di abuso determina l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie disposte dall'AGCM²⁰, con un comma 10 prima parte preposto poi a garantire il diritto del contraente vessato a domandare il risarcimento dei danni²¹. Una procedura di inibitoria della pratica commerciale sleale, a parziale imitazione di quanto si legge nell'art. 37 c. cons²², è attivabile anche dalle associazioni di categoria, sempre ai sensi dell'art. 62, c. 10, seconda parte. Quindi, *prima facie*, nessuna tutela invalidante o di caducazione del contratto²³.

Difficilmente potrà però sfuggire la notazione che il disposto *de quo* ha natura di norma imperativa. Di qui l'interrogativo più stringente ed in pari tempo più intrigante: *quid iuris* quando l'effetto dell'abuso si sostanzia nella pratica

di un prezzo squilibrato ovvero, volendo riprendere la formula che si legge nell'art. 4, c. 2 del d. m. 199/2012, in prezzi «palesamente *al di sotto dei costi di produzione medi dei prodotti oggetto delle relazioni commerciali e delle cessioni da parte degli imprenditori agricoli*»?

La norma si presta, per la verità, ad almeno tre interpretazioni: e molto, se non tutto, dipende in realtà da quale *vestmentum* si vuol riservare, in un rapporto obbligatorio di durata ove le parti hanno solitamente predeterminato la quantità delle rispettive prestazioni²⁴, al potere rideterminativo del giudice.

Nel dettaglio, quando si fa questione di un abuso da sfruttamento allo scopo di ricavarne un sovraprofitto²⁵, la prima ricostruzione si dovrebbe così sintetizzare.

La nullità, è vero, non è testualmente comminata: ma l'art. 62, c. 2 è quasi un calco dell'art. 102 TFUE, il quale a sua volta è riprodotto quasi alla lettera dall'art. 3 della legge *antitrust*²⁶. L'unico distinguo, certo non marginale, risiede nel fatto che l'abuso, nell'ordito dell'art. 62, rileva *ex se* senza che debba sussistere una posizione di dominanza sul mercato. Orbene, la giurisprudenza è stabile nel riconoscere che la violazione dell'art. 3 l. 287/1990, in quanto trattasi di una norma cogente, genera nullità²⁷: ai sensi perciò dell'art. 1418, c. 1, ve-

²⁰ Il loro importo –una somma compresa fra 516,00 e 3.000,00 Euro- è inferiore a quello comminato per la violazione degli obblighi formali di cui al comma 1. Il che non può non fare dubitare, se manca un ragguaglio tra misura della sanzione e l'utilità tratta dall'infrazione difetta evidentemente un'autentica carica dissuasiva, dell'effettività dell'apparato punitivo predisposto. Convince poco, perciò, il rilievo di M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, cit. p. 98 che dalla previsione di una sanzione amministrativa deduce un vantaggio per chi abusa e correlativamente un'esclusione della nullità perché, in caso contrario, «nessun beneficio l'operatore potrebbe aver tratto». Delle utilità infatti potrebbero ben esservi giacché, per quanto nulla, la clausola abusiva *in fatto* consolida degli effetti.

²¹ La tutela risarcitoria può venire domandata anche dalle associazioni dei consumatori e dalle categorie imprenditoriali.

²² Parziale perché l'art. 37 ha per oggetto l'utilizzo di c.g.c. delle quali sia accertata la vessatorietà, laddove l'inibitoria dell'art. 62 concerne tutti «i comportamenti in violazione» dei commi uno e due della disposizione in oggetto. Quindi il suo perimetro di azione è estremamente più ampio.

²³ Nell'art. 6 c. 2 del d.m. 199/2012, contenente il regolamento attuativo dell'art. 62, si legge infatti che può configurare una condotta sleale il rifiutare «il pagamento dell'intero importo pattuito per la fornitura a fronte di contestazioni solo parziali relative all'adempimento della medesima». Ma si tratta, com'è di tutta evidenza, di un'applicazione del principio contenuto nell'art. 1460, c. 2, c.c.

²⁴ La predeterminazione, lo dice bene A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 59, ha per l'acquirente il vantaggio di sapere *quanto* e *che cosa* potrà commercializzare, programmando così anticipatamente la propria attività strategica di mercato. Il produttore, a sua volta, se da un lato sa dove allocare un prodotto –facilmente deperibile- per quantità definite *ex ante*, dall'altro si cautea, visto che il corrispettivo è già stato convenuto, dalle successive oscillazioni del prezzo nelle diverse piazze di mercato. Ecco perché si parla, nella logica di un mercato globalizzato, di una «contrattazione preventiva dei prodotti agricoli [avente] due facce».

²⁵ Per questa formula, che differenzia la suddetta figura da quella contigua di un abuso di impedimento, v., in luogo di tanti, M. MAUGERI, *Invaldità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri – A. Zoppini, Bari, 2008, p. 185 ss.

²⁶ Lo fa notare R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. p. 24.

²⁷ V. App. Roma, 16 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 362; App. Milano, 19 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, c. 2155 ss. e Trib. Salerno, 29 giugno 2009, inedita. Con riguardo poi al disposto dell'art. 33, c. 2 legge *antitrust*, v. Cass. 23 febbraio 2012, n. 2777, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2764. Di un art. 62 come «tipizzazione normativa dei principi guida delle relazioni negoziali, introducendo[si] norme imperative non derogabili dalle parti» discorre A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, cit. p. 446.

nendo qui in gioco una disposizione imperativa imperfetta. Ma *nullità assoluta*, in via immediata si vuole infatti tutelare la migliore funzionalità possibile del mercato agroalimentare, *rilevabile* per ciò stesso *officiosamente*, col solo tratto peculiare di essere unilateralmente direzionata in quanto, se l'espunzione della clausola si tralasse all'intero contratto, verrebbe vanificato il fine protettivo mediato: qui quell'interesse singolare dell'impresa prevaricata che, almeno di norma, è da sopporre sarà *al* contratto.

Quindi, volendo ricapitolare, una nullità che non decampa dalla disciplina di diritto comune, se non per l'eccezione incistata nel disposto dell'art. 1419, c. 1, col risultato che, caduta la clausola sul prezzo anticoncorrenziale e ridotto-si teleologicamente l'effetto ablativo²⁸, si vedrà un giudice «sostituire il prezzo abusivo interrogando il mercato o simulandone il funzionamento»²⁹. Per es., in un contratto di somministrazione o di fornitura per *x* annate agrarie ove si lamenti la nullità della clausola sul prezzo, una rideterminazione condotta tramite il combinato disposto degli artt. 1474 e 1561 c.c.³⁰.

Qui –è vero- le opinioni potranno –lo sono state da subito già a margine dell'art. 9- mostrarsi divergenti: è ipotizzabile, previa una riduzione teleologica della regola di cui all'art. 1419, c. 1, una nullità correttiva che fa da sponda ad una equità integrativa secondo le

²⁸ V., *sub* art. 9 l. 192/1998, ANT. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 1183 ss.

²⁹ Così M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit. p. 54. Ad una nullità correttiva, ma che non sostituisce, pensa C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.* 2004, p. 473 s., con una formula che ben si presta ad agglutinare i casi nei quali si abbia un prezzo iniquo per eccesso, perché allora sorgerà contestualmente un diritto a ripetere ex art. 2033 quanto in più è stato indebitamente pagato, ma non le ipotesi di prezzo abusivo per difetto. In quest'ultimo caso, se non si ritiene che la legislazione sull'abuso sia andata ad impattare sul disposto dell'art. 1374, si dovrebbe avere, con tutta probabilità, una nullità dell'intero contratto. Trattandosi di un *essentiale negotii*, il prezzo chiama infatti in causa l'art. 1419, c. 1 c.c., nell'ottica perciò di un'inseparabilità della clausola. V., comunque, *infra* nel testo.

³⁰ Salvo ritenere che, a cagione dell'essenzialità della clausola, si abbia una nullità dell'intero contratto accompagnata da una tutela dell'impresa vessata a titolo di ingiustificato arricchimento. Prospetta l'alternativa, senza pronunziarsi nel merito circa l'operatività dell'art. 1657 c.c. perché doveva statuire limitatamente ad una questione di competenza della Corte d'appello ex art. 33 l. *antitrust*, Cass. 21 dicembre 2010, n. 25880 (est. Rordorf), in *Riv. dir. ind.*, 2011, II, p. 220, in un caso relativo ad un contratto di appalto.

modalità di cui all'art. 1374 c.c.; in alternativa si può pensare, ma con qualche perplessità in più³¹, ad un art. 62 annoverabile, per il medio di un art. 1339 chiamato in causa dall'art. 1419, c. 2, tra le disposizioni provviste di una *vis* sostitutiva, quale norma cioè che conforma il rapporto secondo una certa misura. E la misura di prezzo –almeno tendenzialmente³²- sarà pari a quella praticata in filiere, territorialmente diverse, ma concorrenziali ovvero a dei produttori non in uno stato di monocommittenza. Quindi una misura di controvalore espressa *per relationem*.

Trattasi di due congegni dogmatici senza dubbio diversi, ma non lo è troppo di più la cifra del ragionamento: una nullità che cassa ed integra, vuoi per il tramite dell'art. 1374 o dell'art. 1339, attiva infatti un'eterointegrazione che avrà come fine di ricondurre ad uno scambio *mercantilmente giustificato* ciò che l'abuso ha reso *ingiustificato*³³. L'art. 62, in ambedue le versioni, è come se recitasse nel senso che è fatto divieto, in caso di cessione di prodotti agricoli od agroalimentari, di fornire merci ad un prezzo inferiore a quello di mercato.

Per inciso, e con una maggiore linearità se trattasi di una nullità che chiama in causa l'art. 1374, nel caso l'abuso si dovesse invece sostanziare in uno squilibrio di *tipo normativo*, va da sé che dovrebbe trovare applicazione la disciplina generale o quella del tipo contrattuale

³¹ Ha ragione la dottrina –v., al termine di una diffusa analisi anche storica (pp. 113 – 128), M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 194 quando dice che il giudice può avere «certi poteri». E di nuovo questa dottrina sembra cogliere nel segno quando fa notare che la giurisprudenza coeva alla promulgazione del nuovo codice era orientata nel segno di riconoscere al giudice un potere, ai sensi dell'art. 1339, quanto alla «determinazione dei parametri di mercato». Solo che questa sensibilità, tanto nelle applicazioni giurisprudenziali successive quanto nel linguaggio della dottrina, è andata persa. *Ergo*, se si vuol ragionare in termini di nullità parziale, parrebbe più appropriato pensare che questo potere il giudice lo abbia giusta il disposto dell'art. 1374. V. comunque *infra* più diffusamente.

³² V., per misure sostitutive diversamente ispirate, sulla scorta di quella che poi è la giurisprudenza della Corte di giustizia, M. MAUGERI, *Invalitità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit. p. 189.

³³ V., sintetizzandone al massimo il discorso, M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit. p. 50 (c'è «una logica mercantile che coattivamente conforma lo scambio che ad essa volesse sfuggire»). E v. anche M. MAUGERI, *La subfornitura*, cit. p. 230.



di riferimento, secondo il canovaccio di un diritto dispositivo governante i casi di incompletezza per vessatorietà ogni qualvolta risultano travalicati i limiti entro i quali l'ordinamento riconosce giuridicità al potere di predisposizione unilaterale del professionista. Si pensi, limitando l'esemplificazione a quelle che risultano ancora essere delle prassi standardizzate, a clausole penali sproporzionate rispetto all'entità del pregiudizio sofferto, a forme di *ius variandi* con efficacia retroattiva, all'imposizione di termini eccessivamente anticipati rispetto alla scadenza del contratto (al fine di comunicare la disdetta) o, ancora più nello specifico, alla previsione di somme forfettarie che il fornitore deve anticipare per compensare i minori profitti che potrebbero derivare dalla rivendita dei suoi prodotti. Tutte ipotesi che, l'accostamento viene facile, riproducono omologhe situazioni già normate per la verità, nei rapporti *b2c*, dall'art. 33, c. 2 c. cons. alle ll. *f, i* ed *m.*: mentre, quando dovesse farsi questione di una facoltà di restituire i prodotti fuori dei termini previsti dall'art. 1495 c.c., sarà giust'appunto proprio questa disciplina a trovare compiuta applicazione. Una predisposizione unilaterale abusiva deve infatti intendersi alla stregua di una *non predisposizione*, con annessa operatività dell'art. 1374 c.c.

Resta inteso che si tratterebbe, in ogni caso, di una nullità che non è assorbente. Ove dovesse risultare che la clausola nulla ha occasionato all'impresa vessata anche altre perdite, vi sarebbe comunque modo di domandare il risarcimento dei danni: naturalmente ai sensi dell'art. 62, c. 10, nell'ottica di una responsabilità della parte che ha dato causa alla nullità³⁴, e non, come invece si sarebbe dovuto pensare se fosse mancata una comminatoria specifica, in forza dell'art. 1338 c.c.

Il quadro, come si può notare, è piuttosto elaborato: ma, in questa prima versione, segue una logica che vede l'abuso, nei contratti asimmetrici tra imprese integrate verticalmente, retto da delle nullità le quali, contrariamente a quanto si registra nell'area dei rapporti *b2c*, è preferibile pensare si iscrivano nel disposto

³⁴ Con una vessatorietà della clausola che elide, come si fa notare, «la prospettazione di un concorso della parte assoggettata, il quale possa servire ad escludere o limitare la responsabilità di chi ne sia autore» (così C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit. p. 474).

dell'art. 1421 c.c., appartenendo al *genus* delle invalidità di diritto comune³⁵. In quanto tali soggette ad una rilevabilità officiosa che, per effetto di quanto sentenziato dalle S. U. nella notissima sentenza 14828/2012, è incondizionata. Né il rilievo deve sorprendere: il fatto che l'impresa vessata abbia diritto ad *una* tutela non va per vero scambiato col diritto ad infirmare il contratto sulla scorta della *stessa* tutela prevista per lo scambio o la fornitura di consumo.

E tuttavia, come si diceva, si può leggere la norma anche con altre due modalità, una in particolare provvista di un *appeal* che da tempo, nell'area che tematizza il c.d. terzo contratto, riscuote un discreto accreditamento tra gli interpreti.

Si potrebbe pensare, ad imitazione di quanto è stato suggerito per l'art. 9 l. 192/1998³⁶, ad un art. 62 rilevante come una disposizione che dà ingresso a due rimedi: la nullità *-del* contratto però- ove il produttore abbia interesse a liberarsi dal vincolo ovvero il risarcimento dei danni, se il riequilibrio del sinallagma, insieme alle altre utilità che il contratto pendente assicura, riesce a compensare il pregiudizio occasionatosi. Il sottinteso di questo ragionamento è che, almeno sotto il profilo degli effetti economici rifratti, l'accoppiata validità del contratto – risarcimento del danno sia equipollente al binomio nullità parziale - integrazione: col vantaggio, si chiosa, di non dover alambiccare su discussi (ed incerti) «poteri di rideterminazione accordati al giudice»³⁷.

Questa interpretazione perché regga postula, nell'ordine:

-una nullità a legittimazione relativa (sì da evitare il paradosso di un'azione promossa dall'artefice dell'abuso al deliberato scopo di

³⁵ V., in special modo, R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. pp. 19 – 22.

³⁶ V., con ampia ed articolata disamina, G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2011, p. 71 ss.

³⁷ Così G. VILLA, *op. ult. cit.* p. 72, al quale sembra aderire A. D'ADDA, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 394. Ma, per il (significativo) rilievo, che «neppure necessariamente vero [è] che le due strade [-cioè la rideterminazione del prezzo e la domanda di risarcimento del danno]- portino sempre al medesimo risultato economico» v. Cass. 21 dicembre 2010, n. 25880, cit. (in motivazione).



sciogliersi da un vincolo del quale si è nel frattempo pentito),

-una nullità non rilevabile d'ufficio, in considerazione del fatto che, per la mancata previsione di una parzialità necessaria, l'agire officiosamente si tradurrebbe in una caducazione integrale del contratto);

-una nullità surrettiziamente sanabile o rinunziabile, visto che è nella piena ed insindacabile disponibilità dell'impresa vessata valutare se agire in nullità, con annessa ripetizione dell'indebito, ovvero orientarsi per il mero riequilibrio delle prestazioni. Quindi una *nullità virtuale di protezione* ma totale, *anomala* per ciò stesso in quanto le nullità di protezione solitamente si caratterizzano *ex positivo iure* perché a parzialità necessaria. Può parlarsi, con una formula ad effetto, di un art. 62 valevole come una disposizione che rimette al soggetto danneggiato da una negoziazione imperfetta l'*electio* tra due rimedi, il secondo dei quali configura un'ipotesi testuale di responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente³⁸. Il catalogo dei *casus testuales* di *culpa in contrahendo* da contratto valido passerebbe così dall'ipotesi marginale del dolo determinante del terzo (ignorato però dal contraente che ne abbia tratto vantaggio: art. 1439, c. 2 c.c.) ad una fattispecie provvista di un ben più ampio spettro, in significativa assonanza con quanto sentenziato, del resto, sia dalle Sezioni Unite nel *leading*

³⁸ Devesi per altro precisare che, al fine di orientare *in concreto* questa *electio*, molto dipenderà dal modo in cui le parti hanno convenuto il pagamento del prezzo. Gli è infatti che una *nullità di protezione del contratto* potrebbe tornare utile al produttore ove la si potesse eccepire *prima* della consegna, a mo' di eccezione neutralizzante l'intimazione –ad adempiere– della controparte. Anzi, sulla premessa di una nullità del contratto in oggetto, il produttore sarebbe anche nella condizione di disporre validamente della merce con un terzo, da cui un obliquo effetto dissuasivo che potrebbe indurre l'impresa prevaricatrice a non persistere nell'abuso. Epperò, la situazione si capovolge nel caso il contratto non sia annoverabile tra le ipotesi di cessione preventiva della produzione ed il prezzo sia esigibile *dopo* la consegna. Qui infatti la nullità del contratto avrebbe come risultato, visto che la restituzione in natura sarà difficilmente conseguibile, un diritto a ricevere il controvalore della merce non restituita, per un importo pari al prezzo di mercato che delle *res integrae* della stessa specie hanno al momento in cui «l'obbligazione restitutoria si converte in quella risarcitoria» (così A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 59). Ovvio poi che, se il prezzo corrente al tempo della restituzione dovesse risultare inferiore a quello che il prodotto fornito aveva al tempo della stipula, all'impresa abusata spetterà una *differentiam specificam* ai sensi dell'art. 1338 c.c.

case paradigmatico 26725/2007³⁹ che – *funditus*– dalla recentissima Cass. 21255/2013, resa dalla terza sezione civile, per la quale dovrebbe ormai ritenersi *generalmente ammessa* la «proponibilità di un'azione di risarcimento del danno per violazione della regola di buona fede durante le trattative pur in presenza di un contratto valido, e, comunque, in assenza di una domanda di impugnativa del medesimo, perché della stessa non ricorrono (più) i presupposti»⁴⁰. Stando infatti a questo *decisum*, dovrebbe essere pacifico che, chi condiziona scorrettamente la libertà contrattuale della controparte, debba risponderne in via risarcitoria ancorché la slealtà «non sia tale da integrare il paradigma normativo di uno dei vizi del consenso come disciplinati dal codice». Dopo di che però va anche detto, onde evitare di sviare il lettore, che il *decisum* 21255/2013 in realtà ammette una responsabilità precontrattuale *a maglie strette*, se è vero che il ricorso ad una tutela risarcitoria andrebbe contemplato solo quando la vittima «non possa esperire le impugnative contrattuali», generali o del singolo tipo. Si discorre testualmente di «uno spazio residuo»⁴¹. Ebbene, riferito all'art. 62 per come letto da questa dottrina, il discorso sarebbe assai diverso perché il contraente prevaricato potrebbe invece scegliere tra una tutela ablativa ed un risarcimento. Un *surplus* di tutela, quindi ?

4. Segue: le aporie della nullità di protezione e la parzialità dell'effetto ablativo.

Il problema –beninteso– non concerne tanto l'esattezza del fatto che l'art. 62 dia corpo ad una nullità assoluta o relativa, rilevabile officiosamente oppure no: sta anzitutto nel domandarsi se sia corretto far dipendere questi due

³⁹ V., su questo punto specifico, V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 536 ss.

⁴⁰ Così Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, dove poi una fitta disamina degli argomenti critici adottati dalla dottrina che contesta, non senza fondamento, la teoria dei vizi incompleti del contratto.

⁴¹ Alla lettera di una risarcibilità della fattispecie concreta che «si caratterizzi per un *quid pluris* e per un *quid alii* rispetto ad una “semplice” violazione della norma di cui all'art. 1337 c.c.». In argomento v., *inter alios*, M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.* 2013, p. 69 ss.





connotati dalla circostanza che, introducendo una nullità parziale del contratto, si darebbe ingresso a ciò che questa dottrina preliminarmente esclude, cioè un potere di rideterminazione accordato al giudice. Dopo di che, vero è che il richiamo, in via diretta o per analogia⁴², dell'art. 1339 c.c. incocchia nel limite di un art. 62 che non ne riproduce quell'automatismo della sostituzione, vera *conditio sine qua non* perché esso operi. Per quanto infatti la si snellisca, l'unità minima essenziale dell'art. 1339 c.c. sembra *postulare* una preesistente clausola sostitutiva, se non si vuol perdere il distinguo che passa tra una forma di ortopedia di diritto ed una che si inverte per il medio discrezionale del giudice⁴³. È un distinguo che la Cassazione ha trovato modo, sia pure con un *obiter* rimasto misconosciuto, di ribadire anche recentemente, là dove ha escluso che l'inserzione successiva, in contratti di assicurazione, di premi diversi ridotti del 20%, possa avvenire ai sensi dell'art. 1339 c.c. in quanto le determinazioni dell'AGCM non sono equiparabili alle norme imperative in materia di prezzi⁴⁴.

Quindi, per lo meno nelle applicazioni giurisprudenziali domestiche, allo stato non trova fortuna un'interpretazione evolutiva dell'art. 1339 associata a norme che prescrivano ai pro-

fessionisti di praticare un prezzo di mercato⁴⁵. E tuttavia, proprio nella prospettiva di un'interpolazione giudiziale di clausole avente funzione correttiva, residua la variabile, tratteggiante in realtà una vicenda «analogica al meccanismo dell'art. 1339⁴⁶» epperò diversa per una (ineliminabile) discrezionalità concretizzativa del giudice⁴⁷, di una nullità parziale che attiva l'equità ex art. 1374 c.c.. Quell'equità che, valorizzando il singolo contesto circostanziale di riferimento, è in grado di addivenire ad un prezzo di giustezza, come parrebbe adombrare la stessa Cassazione a proposito del ricalcolo di premi assicurativi eccessivamente elevati da riportare alla misura correttamente dovuta⁴⁸, nella prospettiva di un bilanciamento dei contrapposti interessi. Tra l'altro, neanche è detto che un'integrazione si abbia poi sempre. Ove infatti il prezzo di vendita dovesse risultare iniquo perché eccessivamente alto, una nullità che si limita a correggere, nel senso che mutila il prezzo della quota parte costituente «il guadagno dovuto allo sfruttamento»⁴⁹, avrà per vero l'effetto di scansare *ex ante*, per l'impresa danneggiata si farà evidentemente soltanto questione di ripetere quanto ha dovuto *in più* indebitamente pagare, qualsivoglia genere di vicenda integrativa. La differenza tra la sostituzione automatica di clausole e questa *nullità puramente*

⁴² L'utilizzo analogico dell'art. 1339, con riguardo ai casi di dipendenza economica, è suggerito da A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, p. 354.

⁴³ E qui si ritiene che l'appellativo di *giudiziale*, donde il rimando all'art. 1374 in luogo dell'art. 1339, spetti in senso proprio anche alla sostituzione della misura oggettiva, «seppur non definita in termini aritmetici ma individuabile per relazione» di cui, con riguardo ai parametri di mercato, elegantemente discorre M. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit. p. 190. Della stessa v., *amplius*, *sub art. 1339*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta ed Orestano, Torino, 2011, I, p. 518 s. Di recente si è sostenuto che l'art. 1339 trova applicazione, «secondo i più recenti indirizzi anche in mancanza di un'espressa statuizione, in ragione della rilevanza degli interessi tutelati» (così R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale e la ricostruzione del sistema*, in *Id., Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, p. 59): il che è esatto ma tutto fuorché risolutivo. Nell'art. 62 manca infatti un'implicita clausola sostitutiva ed incontroverso rimane perciò il (vero) problema se l'art. 1339, associato che una volontà difforme delle parti rispetto al conservarsi del contratto senza la clausola emendata difetta di un qualsiasi rilievo, contempla od esclude una specificazione «della disciplina "imposta"» (così M. MAUGERI, *sub art. 1339*, cit. p. 518) per via giudiziale.

⁴⁴ Il riferimento è a Cass. 18 agosto 2011, n. 17351, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1960 ss.

⁴⁵ Per quanto sia vero, come fa notare M. MAUGERI, *sub art. 1339*, cit. p. 522, che l'applicare l'art. 1339 «non fa venir meno la possibilità per il soggetto cui la misura è imposta, di valutare *ex ante* la convenienza economica dell'affare».

⁴⁶ Così, puntualmente, M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illecito antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 248.

⁴⁷ Quella discrezionalità che, giust'appunto, l'art. 1339 non consente: cfr. M. MAUGERI, *sub art. 1339*, cit. p. 518.

⁴⁸ Perché, escluso l'operare dell'art. 1339, «verrebbe piuttosto da pensare ad azioni di *riconduzione ad equità del corrispettivo*, quale rimedio risarcitorio a fronte della responsabilità contrattuale e/o precontrattuale»: così, seppure in una maniera non limpida, Cass. 18 agosto 2011, n. 17351, cit. (in motivazione: c. vo aggiunto). Non si riesce infatti esattamente a comprendere se la correzione, nella parabola argomentativa della Corte, dovrebbe avvenire, nell'ottica del cd. quarto vizio della volontà, ai sensi dell'art. 1448 (così G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 116) ovvero in forza dell'art. 1374. Si intuisce che dovrebbe trattarsi di una correzione legata al contesto situazionale nel quale versa la singola impresa. Quindi, diversamente dalla prospettiva che imporrebbe l'utilizzo dell'art. 1339 (v. M. MAUGERI, *La subfornitura*, cit. p. 230), *non una correzione condotta su basi oggettive*. Nel contempo, ragionare di premi aventi un importo corrispondente a quello che le imprese avrebbero potuto fissare in assenza di un'intesa illecita, chiaramente non risolve.

⁴⁹ Così C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit. p. 473.

correttiva c'è e non è speciosa: una nullità che amputa limitatamente alla parte abusiva mima, in realtà, quella *geltungserhaltende Reduktion* la quale opera *come se convertisse* la clausola iniqua in una valida. Trattasi, insomma, di un rimedio che agisce alla stregua di una simil *conversione* (art. 1424 c.c.), qui non del contratto bensì di una clausola. Opporre d'altra parte, immaginando un'altra insidia della parzialità, che l'art. 1474, c. 1 ultimo cpv. e c. 2 c.c., sull'utilizzo ove il prezzo non sia stato determinato di quello normalmente praticato dal venditore ovvero del prezzo desumibile dai listini o dalle mercuriali, non è più applicabile ai contratti dell'art. 62 visto che il primo comma prescrive che il prezzo sia puntualmente indicato nel contratto⁵⁰, varrebbe a poco. Vero infatti che l'art. 62, c. 1 sembra formalizzare una deroga espressa al dettato codicistico: epperò, nel caso in cui sia iniquo, un prezzo all'origine c'è. Quindi, anche sotto questo profilo, nessuna contraddittorietà intrinseca di una nullità parziale.

Poi, per tornare alla veste da riservare alla suddetta nullità, non sarebbe granché persuasivo il legare il suo essere di protezione alla circostanza che trattasi di una comminatoria dipendente dalla *situazione complessiva* che le fa da sfondo. È assodato infatti che pure un'invalidità assoluta può venire comandata non per un vizio della fattispecie o del suo contenuto ma *per l'effetto* che l'atto produce (es. art. 2, c. 2 legge *antitrust*). Nel contempo, iscrivere l'art. 62 nella cornice di un ordine pubblico economico di direzione non ne vanifica certo un'obliqua (o per via riflessa) finalità protettiva: la tutela di un interesse generale *non* esclude infatti che si abbia una coeva protezione dei soggetti «esposti alla sopraffazione di chi restringe la concorrenza»⁵¹. E poi, se davvero fosse esatto che l'art. 62 sottende assiologicamente una nullità di protezione, allora si dovrebbe riconoscere che si ha qui una curiosa nullità a legittimazione relativa *bivalente* in

quanto *a soggetto variabile*. *Debole*, lo si evidenziava poc'anzi, è senz'altro il produttore agricolo che ceda *anticipatamente* i suoi prodotti ad un prezzo incongruo, complice il rischio che il distributore orienti in caso contrario la domanda di consumo verso beni di marche concorrenti, senza così patire una particolare flessione del volume del proprio fatturato perché i prodotti alimentari si sa scontano un alto tasso di sostituibilità⁵². In questa ipotesi sintomatica, effettivamente il rifiuto esporrebbe l'azienda produttrice al crollo del proprio fatturato in assenza di canali distributivi parimenti efficienti. Sennonché, in seno a segmenti più avanzati della filiera, *debole* può ben diventarlo il *cessionario*, per il quale assicurarsi la fornitura di un certo prodotto (materia prima o lavorato) *must-stock* per più annate sarà indispensabile tanto nell'ottica di una commercializzazione quanto in quella di una trasformazione del bene. Ma si può pensare anche al distributore che sia nuovo sul mercato e sconti quindi un sovrapprezzo legato alla mancanza di una sperimentata affidabilità. Ed allora che cosa si dovrebbe avere, il paradosso di una nullità a legittimazione mobile, non identificabile *ex ante* ma definibile *a posteriori* sulla scorta di un accertamento in fatto connesso al segmento di filiera volta per volta coinvolto? Se così fosse, davvero si tratterebbe di una *nullità protettiva in forma allotropica, inedita* perché priva di equivalenti nel panorama normativo vigente. Per inciso, neanche varrebbe osservare che la parte artefice dell'abuso è sempre quella tenuta all'esecuzione della prestazione, *neutra* rispetto al tipo contrattuale⁵³, del pagamento del prezzo, donde poi *a contrario* ricavarne l'altra protetta e legittimata, in quanto tale, ad agire: perché nel caso di abuso ai danni del fornitore, la condotta prevaricatrice proviene proprio dalla parte tenuta all'adempimento della prestazione individuante il *tipo*.

In realtà, come si è ben scritto, l'art. 62 intende fissare «talune regole del gioco nei mercati agro-alimentari [...] ciò nell'interesse ge-

⁵⁰ L'osservazione si può leggere in A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 60.

⁵¹ La notazione si legge in A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 79 (e v. anche p. 87, 89 e 91). Ma v., in modo ancor più stringente, V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 s.

⁵² Di una GDO che «esprime una domanda molto elastica nei confronti della quasi totalità dei prodotti alimentari» discorre R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, cit. p. 1165 ss.

⁵³ Si esprime così R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. p. 18.



nerale»⁵⁴: e questo, per definizione, è comprensivo anche di quello dei consumatori finali e degli operatori concorrenti. Quindi nullità, se la si vuole ammettere quale forma di *private enforcement*, assoluta perché il risultato protettivo sta nella parzialità⁵⁵, non nel tipo di legittimazione.

Risultato, se l'inconveniente dogmatico di consentire una sostituzione di clausole per via giudiziale è, in realtà, all'origine di una configurazione quale speciale o protettiva della nullità promanante dall'art. 62⁵⁶, passare alla terza ipotesi ricostruttiva⁵⁷, che di una *nullità non testuale assoluta* –per illegalità o financo per illiceità– esclude recisamente debba qui farsi questione, viene quasi istintivo.

5. Art. 62, c. 2, pratiche commerciali scorrette e lesione della buona fede *in contrahendo* ? Luci ed ombre di una norma ambigua.

Sulla premessa che difetta, nel sistema, una norma generale qualificante come illeciti i prezzi iniqui, giacché l'attributo dell'illecito non è tanto del prezzo ma concerne la condotta dell'impresa prevaricatrice, si potrebbe valorizzare il tratto di un art. 62 che bandisce, sia analiticamente (ll. *a- d*) che in via generale (lett. *e*)⁵⁸, qualsiasi forma di condotta commerciale sleale, per tale poi dovendosi compendiosamente intendere *ogni agire* che si discosti da quella misura di correttezza che ragionevolmente ci si deve attendere da un professionista nel mercato di riferimento. Insomma, sono gli usi commerciali e le buone prassi che daranno contenuto e sostanza al divieto, mentre l'accertamento del ricorrere di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose è rimesso allo spoglio delle condizioni esistenti nella filiera di riferimento. Dopo di che però, com'è facile da intuire, se a fare da *pendant* al nuovo è pur sempre quel canone generale di correttezza di cui per es. all'art. 2598, n. 3 c.c., volendo così pensare che il singolo atto di ingiustizia contrattuale gemini una vicenda di concorrenza sleale⁵⁹, si avrà che l'art. 62 molto banalmente rappresenta *sub specie contractus*, null'altro che una concretizzazione settoriale dell'art. 1440 c.c.: donde la previsione normativa di una validità del contratto unitamente all'obbligo di risarcimento del danno per le *condizioni non eque* imposte al produttore debole⁶⁰. Per inciso, il fatto che,

⁵⁴ Così, puntualmente, A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 60.

⁵⁵ V., *inter alios*, V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 462 s. ed A. GENTILI, *Nullità, annullabilità inefficacia (nella prospettiva europea)*, in *Contratti*, 2003, p. 200 e 205.

⁵⁶ Per inciso, un argomento che depone a favore della nullità assoluta alligna anche nell'abrogazione dei due enunciati che si leggevano nel testo originario dell'art. 62, c. 1 riguardo alla previsione, per i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, di una forma scritta comandata a pena di nullità (primo periodo), rilevabile d'ufficio (ultimo periodo). La soppressione di ambedue le prescrizioni era stata, dalla prevalente dottrina (v. A. GERMANÒ, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, in *Dir. giur. agr.*, 2012, p. 385), raccomandata col rilievo che, non facendosi qui questione di una nullità di protezione, nell'ipotesi di contratto verbale o incompleto, l'eccepire o il rilevare il vizio avrebbe comportato il venir meno dell'intero contratto, con gli annessi (ma anche ben poco protettivi) «obblighi restitutori per le prestazioni che fossero già state eventualmente svolte» (così L. RUSSO, *I contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari (e quelli di cessione del latte crudo): nuovi tipi contrattuali per il mercato agroalimentare?*, cit. p. 219). Nell'ordito dell'art. 62 non figura infatti una disposizione che ricalchi l'art. 2126 c.c. Orbene visto che, procedendo alla novellazione del dato normativo, si è avuto conferma di un'intenzione storica del legislatore di comminare una nullità ordinaria (e non una formale di protezione), perché supporre allora che, come relativa, sia stata concepita quella non testuale riguardante i casi d'abuso? D'altra parte, pensare che la versione originaria dell'art. 62 conoscesse una nullità provvista di un doppio regime, mobile a seconda che –comma 1– il contratto fosse amorfo (*seu* incompleto) ovvero –comma 2– squilibrato, pare francamente poco plausibile.

⁵⁷ Per più di uno spunto utile, v. M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, cit. p. 100.

⁵⁸ Secondo la formula della lett. e), giova ricordarlo, è bandita ogni slealtà la quale «risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento». Quindi sia a monte che a valle della filiera. Ma v. anche art. 4, c. 1 del d. m. 199/2012, secondo il quale «rientrano nella definizione di "condotta commerciale sleale" anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell'ambito del *Forum* di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare» (c. vo aggiunto).

⁵⁹ Nell'accezione che di questa ne dà M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit. p. 64, cioè concorrenza sleale nel «senso allargato di divieto di alterazione delle regole di buon funzionamento dei mercati».

⁶⁰ *Sub* art. 3 legge *antitrust*, la più organica esposizione di questa tesi si legge nelle pagine di M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illecito antitrust*, cit. p. 246 ss. e di G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella*



quando l'impresa prevaricatrice sia in posizione dominante, la pratica di imporre prezzi iniqui venga ad infrangere una specifica regola di comportamento (art. 3 l. 287/1990), comunque non deporrebbe a favore della nullità, del contratto o di una sua clausola, ai sensi dell'art. 1418, c. 1 c.c.: per la precisa ragione che la comminatoria di una nullità non testuale è vicenda dell'atto (o di una sua parte) mentre qui il divieto di prezzi iniqui, in quanto forma di condotta sleale, si sostanzia in una «regola di comportamento riguardante l'attività complessiva dell'impresa», senza tramutarsi in un divieto oggettivo che investa «la formazione o il contenuto della clausola di prezzo»⁶¹. Razionalizzando al massimo il discorso, si potrebbe insomma dire che l'art. 62 ha di mira, in realtà, la repressione di comportamenti sleali nelle relazioni verticali tra imprese della filiera agroalimentare, comportamenti tenuti abusando della propria forza commerciale: quella disciplina consumeristica delle pratiche commerciali scorrette che, per effetto di quanto disposto dall'art. 7, co. 1 e 2 del d. l. 1/2012, è stata estesa alle c.d. microimprese, ma così come identificate dall'art. 18 lett. d) c. cons., troverebbe così una sua prima concretizzazione *ad hoc* tra dei professionisti⁶². Un appiglio formale, per suffragare un'assimilazione che già l'art. 62, c. 2 lett. c) in una qualche maniera sottintende col richiamo degli usi commerciali, lo offre l'art. 4 del decreto ministeriale 199/2012: non a caso rubrica-

formazione del contratto, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 56. Per la validità del patto si pronunciava, per altro, già G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 543 ss. La tesi, viceversa, di una nullità si incontra in A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*², a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, II, p. 1528. Da ultimo, in termini di risarcimento dei danni, si esprime L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, p. 54.

⁶¹ Così M. LIBERTINI, *op. ult. cit.* p. 248. *Amplius*, ID., *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in *Contratto e antitrust*, cit. p. 127 s.

⁶² Così parrebbero intendere la disposizione in esame anche M. GIUFFRIDA, *I contratti di filiera nel mercato agroalimentare*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2012, p. 17 e, più nitidamente, A. GERMANÒ, *L'inibitoria e l'azione per danni in caso di violazione dell'art. 62 del d.l. 1/2012, ibid.*, 2012, p. 6. Il che implica però, sfruttando un suggerimento che si legge nella pagina di V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit. p. 180 che, quando una vicenda di contrattazione imperfetta interessi una singola negoziazione tra imprese vicendevolmente forti, allora i rimedi esperibili contro il *deceptor* siano quelli del «dolo ex art. 1439 - 1440».

to testualmente «pratiche commerciali sleali». E queste notoriamente, già nell'area dei rapporti *b2c*, non costituiscono una causa *autonoma* di invalidità –totale o parziale- del contratto⁶³, facendo piuttosto da presupposto –come recita l'art. 19, c. 2 c. cons.- all'applicazione delle «disposizioni normative in materia contrattuale».

Quindi un art. 62 che semplicemente vale da norma documentante una tipizzazione di abusi, illeciti *ex se* perché rilevanti senza il concorso di altri presupposti?⁶⁴ Se così fosse, l'effetto prospettabile sarebbe che non si potrà più sentenziare che la disparità di trattamento contrattuale *non è abusiva* quando il contraente che la pratica non agisce in posizione dominante, sulla premessa che, in un contesto siffatto, la disparità sia «frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trov[i] nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali»⁶⁵. Il tutto, beninteso, entro però i limiti di perimetrazione di una norma, come il regolamento procedurale dell'AGCM ha prontamente chiarito (art. 2)⁶⁶, circoscritta alla filiera agroalimentare. Fuori infatti di quest'ambito, e cioè

–per una qualsiasi relazione commerciale tra imprese sì di filiera ma che non abbia ad oggetto prodotti agricoli od agroalimentari, e

⁶³ Perché «sotto i riflettori ... c'è l'attività e non singoli specifici atti o comportamenti»: così, da ultimo, G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 1 ss. e, più analiticamente, G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali sleali*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 1114. In giurisprudenza v. CGCE, 15 marzo 2012, *Perenicova e Perenic*, C-453/10.

⁶⁴ Questo, per es. è l'avviso di F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2012, p. 11 e, seppur *incidenter*, di C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del consumo*, in *www.juscivile.it*, 2013, p. 320 s., nt. 30.

⁶⁵ Così Cass. 13 febbraio 2009, n. 3638, in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, p. 585 ed anche in *Foro it.*, 2010, I, c. 1902 ss.. V, in dottrina, F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, cit. 11, secondo il quale l'art. 62 avrebbe il preciso effetto di assicurare «una ben più agevole sindacabilità di siffatti comportamenti».

⁶⁶ Rubricato «Ambito di applicazione», l'art. 2 è stringente nello statuire che «il presente regolamento, adottato ai sensi dell'art. 7 del decreto ministeriale di attuazione, si applica ai procedimenti dell'Autorità in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli ed alimentari, con riferimento alle relazioni economiche tra *gli operatori della filiera* connotate da un *significativo squilibrio* nelle rispettive posizioni di forza commerciale» (c. vo. aggiunto).





-nei rapporti inter-imprenditoriali, sprovvisti di un'integrazione verticale, ove un'impresa abusi della propria posizione di mercato,

torna a trovare applicazione la disciplina di diritto comune. Disciplina che, fatta eccezione per il plesso normativo riservato alla microimpresa, non conosce un omologo della tutela consumeristica⁶⁷. Da cui, nelle due fattispecie indicate, proprio sull'assunto che non vi sia stata una violazione qualificata o rilevante della buona fede oggettiva, il mancato operare di una qualche tutela che implichi una ritraslazione dei costi (e dei profitti) da un contraente all'altro.

Orbene, stabiliamo pure allora che il fine dell'art. 62, c. 2 sia il «ripristino delle condizioni che l'ambiente professionale apprezza come necessarie ad una sana competizione»⁶⁸: l'area interessata è, dunque, quella prossima o nei dintorni della concorrenza sleale, dischiudendo così ampie prospettive di svolgimento per l'art. 1337 c.c., nel panorama di una «dimensione dinamica della trattativa», non rinserata «nella logica dell'atto e rilevante in sé a prescindere dalla conclusione del contratto»⁶⁹. Così ricostruito, l'art. 62 neanche decampa dall'ordito che le Sezioni Unite hanno tratteggiato nel già citato *grand arrêt* 26725/2007. E poi, se le sanzioni amministrative sono ancillari ad una (seppur flebile) funzione punitiva, è il risarcimento dei danni che si fa carico di presidiare alla reintegrazione dell'interesse leso da «scelte distorte»⁷⁰. *Una reintegrazione che, per il fatto di doversi qui tutelare il diritto ad un giusto prezzo, può ben materializzarsi nella veste di una parziale conversione dell'originario*

credito al pagamento in una obbligazione risarcitoria. Dunque un art. 62 che combatte l'abuso per mettere in condizione gli operatori della filiera agroalimentare di agire sul mercato compiendo scelte razionali o tendenzialmente qualificabili come tali.

Il problema però qual'è: come si fa a pensare, se la dipendenza economica si assume viceversa che sia un presupposto implicito dell'abuso contrattuale perpetrato ai danni dell'impresa agricola, che quanto è causa di nullità ai sensi dell'art. 9 l. 192/1998 non lo sia più per i contratti di integrazione verticale tra imprese della filiera agroalimentare? Pur sempre infatti si tratterà di un abuso sì legato ad una condotta ma riversatosi contemporaneamente in una o più clausole *del contratto*⁷¹. Per una coerenza interna del discorso, a seguire la tesi sunteggiata, si dovrebbe allora ritenere che l'art. 62 rilevi *settorialmente* alla stregua di una *norma speciale*, nel senso che la situazione di squilibrio sinallagmatico è *ivi* sì sufficiente ad integrare la fattispecie vietata dalla legge, epperò con la sola facoltà per la parte che si senta danneggiata di agire, entro un termine di prescrizione è da supporre decennale, per il risarcimento dei danni: ovvero, ma nel caso ricorrano dei presupposti che non saranno però di agevole verifica in quanto la violenza (art. 1435) ed il dolo (art. 1439) sono due vizi provvisti di una precisa *cifra* identificativa a vocazione individuale e non standardizzata⁷², per un

⁷¹ Rilievo diffuso: lo si legge opportunamente anche in F. BARTOLINI – A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, cit. p. 657.

⁷² Come nota V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit. p. 169, i vizi della volontà si materializzano secondo una forma manifestativa che ha «basi individuali», non «socialmente tipiche». Lo scarto tra una pratica commerciale scorretta ed il canovaccio codicistico dei vizi della volontà rischia, in altre parole, di essere troppo profondo per immaginare il concreto operare, eccezion fatta per casi *rariores*, di tutele ablativo. V., in luogo di tanti, G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit. p. 9. Soltanto in parte degli spunti in senso contrario provengono da Cass. 5 ottobre 2010, n. 20666, in *Foro pad.*, 2011, I, c. 228, quanto ad un caso di violenza morale che annulla l'accordo, nella specie delle pressioni insistenti della controparte al fine di rideterminare, a condizioni peggiorative, il contratto. Nella (esigua) motivazione, la Corte non offre infatti argomenti per una riformulazione in senso debole della nozione di violenza, limitandosi a ragionare di una *quaestio facti* insindacabilmente apprezzata dalla Corte d'Appello. Dopo di che non c'è nulla che autorizzi a sostenere che questo *decisum*, per giunta isolato, avalli una lettura dell'art. 1435 c.c. nei termini di una violenza economica invalidante. Per quanto la massima – soprattutto- si presti a fraintendimenti, si è pur sempre al co-

⁶⁷ Donde poi decisioni come quella del Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1578 ss.: in un caso nel quale la Corte, pur riconoscendo all'art. 9 valenza di norma generale, ha escluso che l'impresa di autotrasporto potesse vantare una tutela per abuso visto che non trovandosi in relazione di integrazione verticale con l'altra impresa (nella specie, produttrice di salotti) autrice del recesso, potrà disporre, fuori del settore merceologico ove opera la recedente, di alternative soddisfacenti. E la possibilità di reperire altri *partners* commerciali mette fuori gioco, in questo schema di ragionamento, il principio di buona fede con l'annesso approfittamento della controparte.

⁶⁸ Il passo si legge in P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 45 ss.

⁶⁹ Così G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit. p. e, più diffusamente, S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, p. 91 ss. e p. 119 s.

⁷⁰ L'espressione si legge in F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *I contratti per l'impresa*, cit. I, p. 89.

eventuale annullamento del contratto⁷³. Quindi, proprio perché si è unicamente avuta la violazione di una buona fede *in contrahendo*, sempre e comunque un rimedio di stretta «iniziativa» e, in pari tempo, ad insindacabile *scelta* «di parte»⁷⁴.

A supporto di un siffatto ragionamento si potrebbe addurre l'argomento sistematico che la nullità virtuale è edittalmente esclusa quando «la legge», reputando un diverso rimedio meglio acconcio alla protezione dell'interesse violato⁷⁵, «disponga diversamente». Ebbene l'art. 62, c. 10 sarebbe esattamente uno dei casi che integrano la chiusa eccezionale dell'art. 1418, c. 1 c.c. Il risarcimento dei danni, d'altra parte, se da un lato non intacca la forza di legge del contratto (art. 1372), dall'altro neppure si può dire che lasci «sopravvivere» la clausola «con i suoi effetti pienamente dannosi»⁷⁶: perché il danno liquidato, in questo nuovo e per quanto frastagliato esperimento di *market regulation*, vuol essere compensativo dello scambio iniquo.

Ma –domanda- la nullità, anche in questa versione del ragionamento, non tornerebbe a spuntare nei casi di contratti stipulati da un impresa distributrice o da un'industria alimentare che, per la situazione di dominanza relativa ricoperta, abusi della dipendenza economica –*in concreto*- del produttore agricolo suo fornitore?⁷⁷ Una *Nullità testuale*, s'intende. E l'interrogativo, nell'ottica di quello che allora

spetto di un vizio episodico catalogabile, come osserva suggestivamente Roppo, tra i «fallimenti dell'autonomia privata».

⁷³ V., rispetto ai casi di abuso di posizione dominante, R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*. III, Padova, 1997, p. 217.

⁷⁴ Così R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. p. 33. L'esperibilità dell'azione di rescissione per lesione (art. 1448 c.c.), in caso di condizioni ingiustificatamente gravose, quale rimedio alternativo all'annullamento, è suggerita da A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, cit. p. 448. Il problema, dato fin troppo noto per insistervi, è che la sproporzione dovrà però allora essere *ultra dimidium*.

⁷⁵ V., in luogo di tanti, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011², p. 701.

⁷⁶ Così F. BARTOLINI – A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, cit. p. 660.

⁷⁷ Per il rilievo che possa aversi un concorso di discipline –l'art. 3 della legge *antitrust* e la normativa sull'abuso di dipendenza economica- v. M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, cit. p. 128. Questo a. propende però per l'idea che l'art. 9 della l. 192/98 configuri una nullità speciale di protezione. Adesivamente L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, cit. p. 57.

sarebbe un *concorso di discipline*, è destinato a ripetersi per i casi nei quali sia il distributore a subire, ai sensi dell'art. 9 l. 192/98, un'indebita compressione della propria capacità a stare sul mercato. Che lo squilibrio sia poi, come per lo più accadrà⁷⁸, di tipo economico o, come pure potrà capitare, di stampo normativo.

Ma non basta: la nullità, c'è da crederlo, è destinata a ripresentarsi allorché, come si ricava dall'art. 9, c. 3-*bis* della disciplina in materia di subfornitura⁷⁹, l'abuso tra imprese agroalimentari si venga a materializzare in quello spicchio d'area nel quale è dato registrare un'interferenza tra posizione dominante e dipendenza economica. Niente esclude infatti, com'è stato dimostrato⁸⁰, che si profilino casi nei quali dominanza relativa ed assoluta si trovano a coesistere. Ecco allora che gli esempi di una nullità la quale torna a dominare la scena, non mancano: ma, per le ragioni di cui sopra, si tratterà pur sempre di una nullità assistita dai connotati propri di quella generale ed assoluta, e, per chi creda che la chiusa dell'art. 1423 c.c. richiede un'eccezione *testuale*, invalicabile⁸¹. Una nullità insomma, com'anche si usa dire, che non è permesso *condividere* o sulla quale non si può *consentire*⁸²: a differenza di quanto accade nei contratti col consumatore ove, ecco un altro significativo distinguo, l'opposizione al rilievo officioso è regolarmente ammessa. Una nullità, lo si ripete, però necessariamente aggettivabile come parziale, con una determinazione della clausola sostitutiva ex

⁷⁸ Qui vale infatti il rilievo che la contrattazione tra imprese tende normalmente ad inverarsi «proprio sul terreno delle condizioni economiche del rapporto»: v. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, cit. p. 75.

⁷⁹ L'AGCM è tenuta infatti ad intervenire, come recita la norma, ogni qual volta la fattispecie d'abuso prodottasi «abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato».

⁸⁰ V., dettagliatamente, M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 556 ss.

⁸¹ In senso (parzialmente) difforme può vedersi, se si crede, S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2008.

⁸² Sono i vocaboli che ricorrono in R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. p. 20. Ma per l'idea di una preclusione alla rilevanza officiosa sub art. 9 ove la parte danneggiata si opponga v. S. MONTICELLI, *L'esecuzione in outsourcing delle opere e servizi*, in S. MONTICELLI – G. PORCELLI, *I contratti dell'impresa*, Torino, 2013, p. 158. Sulla convalida endoprocessuale della nullità di protezione può vedersi, se si vuole, S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 15 ss. e p. 80 ss.





art. 1374 c.c.: l'effetto manipolativo senza dubbio c'è ma –*cave*- quest'integrazione giudiziale intacca il contratto –ed il discorso evidentemente non cambia in caso di applicazione dell'art. 1339 c.c.- assai meno di quanto stiano provvedendo a farlo certi utilizzi spregiudicati della clausola di buona fede⁸³, palesemente ancillari ad una riscrittura del regolamento contrattuale⁸⁴.

6. Epilogo (con un interrogativo)

L'art. 62 –evidentemente- non vieta la pratica di convenire prezzi di vendita più bassi a fronte di forniture di maggiore importo ovvero in presenza di un pagamento immediato in luogo di uno differito. Dubbi⁸⁵, in quanto si scorre pericolosamente nella politica dei prezzi predatori, si possono viceversa avere rispetto alla pratica dei prezzi sottocosto, indirizzata selettivamente verso alcuni distributori perché operano in un'area di mercato nella quale l'impresa fornitrice ha intenzione di affermarsi. Resta inteso, che l'art. 62, com'è stato fatto notare, è un precetto «scritto nella lingua del terzo contratto»⁸⁶, vero epicentro della riflessione non soltanto dottrinale nell'attuale stagione del contratto. Il problema sta però nel fatto che è il sistema

italiano a somigliare sempre più ad un *puzzle* incompleto le cui tessere, per farle combaciare, obbligano ad autentiche acrobazie interpretative. Dedurre per esempio dall'art. 4. c. 2 del d. m. 199/2012, nella parte in cui collega il divieto di abuso a “qualsiasi comportamento del contraente”, che il legislatore, siccome utilizza indeterminatamente il vocabolo *contraente*, ha voluto coniare una norma transtipica reggente tutta la classe dei rapporti asimmetrici d'impresa⁸⁷, di là dal nugolo di perplessità che dovrebbe suscitare il riconoscere ad un regolamento la valenza di una fonte creativa, tradisce essenzialmente un (seppur lodevole) sovrappiù assiologico che sembra molto distante dalla (confusa) finalità liberalizzante di una c.d. *mens legis*... se non superficiale per lo meno distratta. Certo, l'impressione di una normativa irragionevole o discriminatoria, nella misura in cui si prova ad imbrigliare il potere di mercato della GDO in un solo settore⁸⁸, la si ha: ma non sembra che questo autorizzi a torsioni del dato normativo in vista di ovviare ad altri fallimenti del mercato. Ed allora, che tutto piuttosto si spieghi, più banalmente, col fatto che una terza via, tra il modello tedesco dei §§ 305 – 307 *BGB* e quello francese di un art. L. 442-6 *code comm.*⁸⁹, facente da esatto *pendant* all'art. L. 132 – 1 c. *consomm.*, in realtà non esiste?

⁸³ L'allusione, evidentemente, è al *dictum* di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, sul quale, in luogo di tanti, si rinvia all'originale messa a punto di C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss. Ma molte perplessità suscita anche la meno nota Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contratti*, 2012, p. 993. In più, come fa felicemente notare M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit. p. 65, questa correzione giudiziale evita «la dilatazione applicativa, in senso correttivo, della regola generale dell'interpretazione del contratto secondo buona fede», ottenendo il felice risultato di rinserrarla nel novero dei rapporti che non sono d'impresa.

⁸⁴ Vero, insomma, che «l'integrazione del contratto e il sindacato sull'esercizio dei poteri privati non possono modificare i patti e l'intento delle parti quale da esse espresso in modo univoco» (così F. BENATTI, *Norme aperte e limiti al potere del giudice*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 25). Ma non è che una correzione condotta per il tramite dell'art. 1374 o dell'art. 1339 sovverta o stravolga il contenuto del contratto.

⁸⁵ Li adombra M. TAMPONI, *Liberalizzazioni. “terzo contratto” e tecnica legislativa*, cit. p. 91 ss., in part. p.

⁸⁶ Così R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, cit. p. 120. Lo riconosce, sia pure all'interno di un itinerario di opposto segno, V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit. p. 177.

⁸⁷ Si mostra di questo avviso, osservando che «sarebbe ben strano» il contrario, M. TAMPONI, *Liberalizzazioni. “terzo contratto” e tecnica legislativa*, cit. p. 91 ss. ed in part. p. 102. Più dubitativamente R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. p. 26 s. Ma, significativamente, per il rilievo che l'art. 62, c. 2 ha il preciso obiettivo «di proteggere l'imprenditore agricolo nei suoi difficili rapporti con il monopsonio della grande distribuzione organizzata, da cui dipende per trovare sbocchi alla sua produzione», v. V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit. p. 172 (c. vo. aggiunto).

⁸⁸ È l'opinione di R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, cit. p. 120.

⁸⁹ Sul quale, se si crede, può vedersi, S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 409 ss.

Attualità

IL GIUDICE COMUNE E IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE: NOTE A MARGINE DI CASSAZIONE 21255/2013

Di Daniele Imbruglia

| 55

SOMMARIO: 1. La decisione effetto del dolo del giudice e i rimedi per la parte lesa. - 1.1. Il caso *Cir-Fininvest*. - 1.2. La soddisfazione dell'interesse sostanziale e la priorità dell'azione di revocazione. - 1.3. La revocazione inutile come rimedio inammissibile. - 1.4. L'azione risarcitoria autonoma. - 2. L'autonoma risarcibilità del danno come risultato di un'interpretazione estensiva. - 2.1. Il fondamento normativo dell'interpretazione estensiva della tutela risarcitoria. - 3. Il principio di effettività e l'art. 24 della Costituzione. - 4. La dottrina e il significato "ulteriore" dell'art. 24. - 5. L'art. 24 e il contesto internazionale. - 5.1. L'esperienza dell'art. 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. - 5.2. Il right to an effective remedy nel sistema della Convenzione. - 5.3. La misura del sindacato europeo: il margine di apprezzamento. - 5.4. Il sindacato europeo: esistenza di un rimedio e sua effettività. - 6. L'effettività del rimedio oltre la Convenzione: il diritto dell'Unione. - 7. Conclusioni.

1. La decisione effetto del dolo del giudice e i rimedi per la parte lesa 2.

La decisione effetto del dolo del giudice accertato con sentenza passata in giudicato comporta almeno due conseguenze giuridiche negative in capo alla vittima del reato.

Per un verso, il dolo del giudice devia la celebrazione del giusto processo dal "rendere pronuncia riscrivendo chi ha torto e chi ha ragione"¹ e, quindi, realizza una lesione dell'interesse sostanziale che era stato azionato nel giudizio, poi viziato dal comportamento dell'organo giudicante. Per altro verso, al pari di ogni azione dolosa, la decisione è fonte di un danno ingiusto, inteso come l'insieme dei pregiudizi economici patiti da un soggetto e conseguenti a un comportamento altrui che sia le-

sivo, ovvero non giustificato dall'ordinamento (*non iure*)².

Rispetto a una simile ipotesi, il nostro sistema di tutele reagisce in modo complesso e offre alla parte lesa due distinti rimedi: con uno si procede alla tutela della posizione giuridica originariamente azionata in giudizio, con l'altro si rimuovono le conseguenze dannose scaturite dalla sentenza corrotta e realizzatesi nella sfera giuridica della vittima.

² Secondo l'insegnamento di P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336 (in particolare p. 342-343). Per l'illustre A. il danno ingiusto non è quello arrecato mediante la lesione di un qualsiasi interesse direttamente protetto da una norma giuridica, ma, piuttosto, quello "arrecato senza che il fatto lesivo sia autorizzato da una norma, senza che il comportamento pregiudizievole sia posto in essere nell'esercizio di una facoltà concretamente attribuita dall'ordinamento". Per conseguenza, "la risarcibilità del danno va valutata non già in funzione dell'esistenza o meno di una protezione dell'ordinamento all'interesse leso, bensì in funzione dell'esistenza o meno di una protezione dell'ordinamento all'interesse del danneggiante a svolgere una certa attività, anche a costo di un sacrificio economico altrui."

¹ L'espressione è tratta da Corte Cost., sent. 16.10.1986, n° 220, est. Andrioli, pubblicata in www.cortecostituzionale.it.



La prima misura di tutela comporta la soddisfazione dell'interesse sostanziale azionato inizialmente e leso dalla condotta dolosa del giudice. Ciò avviene mediante il giudizio di revocazione della sentenza ex art. 395, co. I, n° 6, c.p.c. Questo primo rimedio consente *a)* la rimozione del giudicato che copre la decisione effetto del dolo, *b)* una nuova pronuncia sul merito e *c)* la eventuale restituzione di ciò che si sia conseguito con la sentenza revocata. In tal modo, la posizione giuridica azionata inizialmente trova piena tutela. Da un lato, l'interesse sostanziale è liberato dal giudicato ingiusto (perché frutto di dolo) e si ripristina la situazione antecedente; dall'altro, interviene una nuova pronuncia di merito che, appunto, farà giustizia di quella posizione, come originariamente azionata.

La seconda misura di tutela riconosciuta alla parte lesa è costituita dalla rimozione delle conseguenze dannose scaturite dalla sentenza corrotta. Questa rimozione avverrà secondo le tipiche regole della responsabilità aquiliana (ex art. 2043 c.c. e ss.), la cui corretta applicazione consentirà di traslare le conseguenze dannose – per il tramite dell'obbligazione risarcitoria – nella sfera giuridica-patrimoniale del soggetto responsabile.

Il rapporto tra questi due distinti rimedi accordati alla medesima parte è stato recentemente meglio definito dalla Corte di Cassazione con una sentenza che presenta notevoli profili di interesse³. In questa sede, tra i tanti, si farà esclu-

³ Il riferimento è a Corte Cass., III sez. Civile, 18.09.2013 n° 21255, est. Travaglino. La sentenza è pubblicata in www.ilcaso.it ed è oggetto della nota di commento in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121 di G. COSTANTINO-A. PALMIERI-R. PARDOLESI e di numerosi altri interventi. Tra questi si vedano, in particolare, quelli di G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in questa rivista, 2013, 4, p. 279; B. SASSANI, *C'era una volta lo Stato di diritto. Spigolature d'istinto sul "diritto processuale" della Corte suprema*, in www.judicium.it; B. TASSONE, *L'arresto finale sul caso Cir-Fininvest: questioni generali e nesso eziologico*, in *Giur. it.*, 2014, p. 60; G. IUDICA, *Contratto e responsabilità civile. A margine della sentenza della Cassazione n° 21255 del 2013*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1, p. 8; G. DE NOVA, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento del danno ex art. 2043*, in *ivi*, p. 10; V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità «pericontrattuale»*. *Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, in *ivi*, p. 16; C. SCOGNAMIGLIO, *Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso Cir c. Fininvest*, in *ivi*, p. 42; G. PONZANELLI, *Il danno per la corruzione del giudice*, in *Danno e resp.*, 2014, 2, p. 144; G. IMPAGNATIELLO; *Chiovenda, lo studente medio e la*

sivo riferimento a quello concernente la doverosità di uno sforzo interpretativo che realizzi la massima tutela delle situazioni soggettive. Quest'attenzione è giustificata dalla circostanza per cui questo aspetto è lo "snodo motivazionale che presenta i profili sistematici di maggiore interesse" ed è quello "che balza all'occhio perché processualmente "nuovo", cioè non discusso (a quanto consta) nelle precedenti decisioni di merito"⁴.

1.1. Il caso Cir-Fininvest.

La lunga vicenda oggetto di giudizio può farsi iniziare con la domanda di risarcimento ex art. 2043 c.c., avanzata dalla parte danneggiata a seguito dell'accertamento della corruzione di uno dei componenti del collegio chiamato a giudicare sul lodo che le aveva dato ragione⁵.

revocazione per dolo del giudice, in *ivi*, p. 146; B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*, in *ivi*, p. 174; P.G. MONATERI, *Revocazione ex art. 396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*, in *ivi*, p. 189; S. PAGLIANTINI, *Il danno (da reato) ed il concetto di differenza patrimoniale nel caso CIR-Fininvest: una prima lettura di Cass. 21255/2013*, in *Contratti*, 2014, 2, p. 113.

⁴ Così, rispettivamente, C. SCOGNAMIGLIO, *Effettività della tutela e rimedio*, *op. cit.*, p. 46 e B. TASSONE, *L'arresto finale*, *op. cit.*, p. 63.

⁵ Il fatto oggetto della vicenda è noto ed è così ben sintetizzato da G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento di posizione negoziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 9, p. 1819: "In un arbitrato che aveva ad oggetto il controllo del Gruppo Mondadori la CIR era contrapposta alla famiglia Formenton. In pendenza di codesto procedimento arbitrale, che era stato preceduto da un rastrellamento di azioni del Gruppo Mondadori da parte di Fininvest, CIR rifiutò una soluzione di spartizione societaria predisposta da una nota banca d'affari. CIR preferì assumersi il rischio processuale connesso alla pronuncia di un lodo. Il lodo (presidente: Pratis), reso in via rituale e pronunciato secondo equità, fu deciso a maggioranza, con la *dissenting opinion* di uno dei membri del Collegio, e diede ragione a CIR. Il lodo fu impugnato dai soccombenti, con l'intervento in giudizio di Fininvest, innanzi alla Corte d'Appello di Roma. Questa, con decisione unanime, ritenne di annullare il lodo arbitrale. CIR allora promosse ricorso per cassazione. Poi le parti, tutto considerato, preferirono sedersi attorno a un tavolo per cercare un accordo transattivo. La transazione, dopo un lungo negoziato, venne finalmente stipulata il 29 aprile 1991, con conseguente abbandono del ricorso per cassazione. La transazione poneva così fine alla complessa e combattuta lite intercorsa. Successivamente venne accertato che uno dei membri della Corte d'Appello di Roma che aveva annullato il lodo Pratis era stato corrotto. Di tale fatto, obiettivamente gravissimo, anzi abominevole, si è occupato il giudice penale, che ha condannato il corrotto e il corruttore. CIR, come abbiamo detto, aveva abbandonato il ricorso per cassazione nei confronti della sentenza della Corte d'Appello di Roma preferendo la soluzione transattiva. Scoperta la corruzione del giudi-

Sia il Tribunale di Milano⁶ sia la Corte di Appello di Milano⁷ hanno accolto la domanda di risarcimento, che, si badi bene, era stata avanzata senza la preventiva impugnazione straordinaria della sentenza corrotta (e fonte di danno).

Avverso tale ultima decisione, la parte soccombente ha presentato ricorso in Cassazione, dove ha lamentato proprio l'accoglimento dell'azione risarcitoria. Per quella difesa, la parte attrice e i giudici di merito avevano seguito un percorso estraneo a quello immaginato dal nostro legislatore per l'ipotesi di una sentenza che sia effetto del dolo del giudice. Secondo la lettura della ricorrente (e non solo⁸), in questi

ce Metta, CIR da un lato aveva evitato di coltivare la via della revocazione della sentenza della Corte d'Appello romana, e dall'altro aveva pure evitato di impugnare la transazione. La pietra tombale della transazione, non rimossa, presidiava dunque la «legge» che le parti si erano date. Sennonché la difesa di CIR ebbe un'idea tanto geniale quanto giuridicamente arditamente di aggirare il macigno della transazione giocando la carta della responsabilità extracontrattuale.” Da ultimo, ripercorre la vicenda anche P. SANTORO, *Un po' di storia*, in *Danno e resp.*, 2014, 2, p. 139.

⁶ Tribunale Milano, sez. X, 03 ottobre 2009, n.11786, con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 3, p. 611 e di F. GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio «garantista» sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori)*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1859.

⁷ Corte App. Milano, sez. II civ., 09.07.2011 n.° 3461. Sulla decisione si vedano G. IUDICA, *Efficacia della transazione*, *op. cit.*; C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno, ed alternatività delle tutele di diritto civile*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 1819; A. PALMIERI, *Corruzione del giudice, sentenza sfavorevole e indebolimento della posizione negoziale: dalla perdita di chance alla logica del “più probabile che non”*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, p. 1060; B. TASSONE, *Perdita di chance e nesso causale nel caso CIR-Fininvest*, in *ivi*, p. 1067; L. VASQUES, *La certezza del diritto e fatti nuovi nel contenzioso e nella transazione CIR-Fininvest*, in *ivi*, p. 1077; F. DI CIOMMO, *Transazione non impugnata e risarcimento dei danni per illecito incidente sulla formazione della volontà negoziale: brevi note sulla sentenza d'appello CIR/Fininvest*, in *ivi*, p. 1083; P. G. MONATERI, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, in *ivi*, p. 1094; A. NICITA, *Scenario controfattuale e valutazione economica del danno: il caso Cir/Fininvest*, in *ivi*, p. 1098; B. SASSANI, *La cognizione incidenter tantum della sentenza viziata da dolo del giudice e la superfluità della revocazione: c'era una volta il codice di procedura*, in *Giur. it.*, 2012, p. 609.

⁸ In dottrina, in questa direzione milita B. SASSANI, *La cognizione incidenter tantum*, *op. cit.* In generale, sulla revocazione della sentenza civile si vedano G. IMPAGNATIELLO, *Revocazione (dir. proc. civ.)* (voce), *Il diritto – Enc. giur.*, Milano, 2007, XIII, p. 469; F. ROTA, *Revocazione nel diritto processuale civile* (voce), in *Dig. civ.*, Torino, 1998, XVII, p. 473 e E. FAZZALARI, *Revocazione* (voce), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 293.

casi vi sarebbe una condizione di procedibilità per l'azione risarcitoria rappresentata dall'esperimento del rimedio revocatorio, in assenza del quale il giudicato costituito dalla sentenza effetto di dolo coprirebbe la stessa pretesa risarcitoria. Pertanto, non essendo stato preventivamente esperito il distinto rimedio a carattere specifico costituito dalla revocazione della sentenza, la ricorrente sosteneva che la decisione di merito andasse riformata perché la domanda di risarcimento non avrebbe dovuto trovare accoglimento.

I giudici di legittimità hanno disatteso questa impostazione e hanno ritenuto di poter confermare la decisione sull'appello (sebbene con qualche parziale correzione, come ad esempio in tema di quantificazione del danno) che ha condannato la ricorrente al risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., anche in assenza del preventivo esperimento del rimedio di cui al codice di rito. Nel fare ciò, come anticipato, la Corte di Cassazione ha meglio definito il rapporto sussistente tra i vari rimedi e ha affrontato due nodi interpretativi: il primo connesso alla possibile equivalenza tra l'azione di revocazione e quella risarcitoria e il secondo attinente alla pretesa autonomia di tale ultimo rimedio.

1.2. La soddisfazione dell'interesse sostanziale e la priorità dell'azione di revocazione.

A differenza di quanto la parte attrice e resistente in Cassazione ha sostenuto in merito alla piena facoltà per il danneggiato di scegliere se esperire il rimedio revocatorio o quello risarcitorio, la Suprema Corte ha riconosciuto che la revocazione ex art. 395 c.p.c. rappresenta la “via ordinaria” indicata dallo stesso legislatore per l'ipotesi di sentenza frutto di dolo del giudice. Pertanto, al danneggiato non sarebbe consentito di “instare alternativamente ed autonomamente per il risarcimento”.

La Cassazione giustifica tale posizione escludendo che quanto stabilito dall'art. 2058 c.c. in ordine alla possibilità per il danneggiato di ottenere il risarcimento in forma specifica in luogo di quello per equivalente possa rilevare come generale facoltà di scelta di un qualsivoglia



glia rimedio in tema di tutela dei diritti⁹. Il rapporto tra tutela specifica e tutela per equivalente è letto dalla Suprema Corte nel senso che, per aversi una sostituzione della prestazione indicata dal legislatore, sia necessaria una previsione normativa espressa: dove questa manca, tale sostituzione non si può realizzare¹⁰. Pertanto, in virtù dell'art. 395 c.p.c., per il caso di sentenza effetto del dolo del giudice, l'ordinamento richiede che – con i limiti che si diranno – sia attivato il rimedio demolitorio.

Chiarita l'inesistenza della facoltà di scelta del rimedio da esperire, occorre dare conto delle ragioni che sorreggono la "priorità di percorrenza" riconosciuta dal legislatore ("ex ore suo") alla revocazione, ossia al rimedio con cui una "una sentenza potenzialmente "ingiusta" perché frutto di corruzione sia sostituita da una pronuncia di merito "giusta" perché incorrotta". Queste sono sostanzialmente ascrivibili a quella per cui sia da preferire la misura della tutela che, da un lato (rescissorio), è idonea a soddisfare l'interesse sostanziale azionato per il tramite di un giudizio (peraltro "secondo il fisiologico dipanarsi del processo originario (pur attraverso una fase patologica quale quella della revocazione straordinaria)") e, dall'altro (rescindente), consente di eliminare "dalla sfera del rilevante giuridico una sentenza frutto di corruzione del giudice".

⁹ A detta della Suprema Corte (Cass. 21255/2013, cit., p. 67), l'articolo in questione configura una facoltà di scelta che "si compie, e si esaurisce, all'interno del rimedio risarcitorio, nell'alternativa tra *restitutio in integrum* (al bene distrutto se ne sostituisce un altro ovvero lo si ripara, senza peraltro che quel bene sia mai lo stesso) ed equivalente pecuniario, ma resta sicuramente estranea al diverso rimedio *lato sensu* restitutorio." Trattasi, cioè, di una facoltà che è concessa nell'ambito di quella particolare "misura di tutela" (risarcitoria), ma che non è prevista per ogni "forma di tutela" (sulla distinzione tra i due sintagmi, si veda A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. giur.*, XXXVI, Roma, 1994, p. 1).

¹⁰ Così si esprime la sentenza: "La questione dei rapporti tra tutela specifica e tutela per equivalente dovrebbe essere risolta, in ultima analisi, con l'affermazione dell'atipicità del rimedio che mira al raggiungimento dell'interesse protetto e della necessità, all'opposto, di una previsione espressa per la misura che, in sostituzione, offra l'equivalente della prestazione, salva la constata impossibilità che quella tutela specifica non risponda (più) al principio dell'effettività dell'interesse della parte" (Cass. 21255/2013, cit., p. 71).

1.3. La revocazione inutile come rimedio inammissibile.

Rispetto a queste coordinate del rimedio revocatorio, ben può verificarsi l'ipotesi per cui, oltre alla soddisfazione dell'interesse sostanziale azionato dalla parte del procedimento viziato dal dolo del giudice, sia precluso al giudice *ad quem* il ripristino della situazione quale sarebbe stata in presenza di una sentenza incorrotta. Così, ad esempio, era a dirsi per la vicenda giunta dinanzi alla Cassazione, dove il ripristino dei titoli azionari antecedenti alla sentenza corrotta era divenuto impossibile per sopravvenuta inesistenza degli stessi.

Ogni qualvolta "l'accertamento del giudice della revocazione non potrebbe che attestarsi sulle soglie di un ineseguibile *iudicium rescindens*" si deve riconoscere l'inutilità dell'azione di revocazione. In questi casi, il giudice adito ex art. 395 c.p.c. potrebbe unicamente procedere "all'eliminazione dalla sfera del rilevante giuridico" della sentenza corrotta, senza poter realizzare una tutela della posizione giuridica che abbia un esito utile per la parte¹¹. Difatti, in ragione del divieto di *mutatio libelli*, il giudice *ad quem* non può essere investito di nuove istanze, "atteso il pacifico principio per cui le parti non potrebbero mai, in sede rescissoria, modificare le conclusioni rassegnate nel giudizio conclusosi con la sentenza poi revocata"¹². Mentre per la fase rescissoria (decisione sul merito della causa) è concesso al giudice della revocazione di "rimettere con ordinanza le parti davanti all'istruttore" (art. 402, co. II, c.p.c.), l'impossibilità di rescindere il giudicato corrotto determina l'inutilità del rimedio per la parte

¹¹ Una volta escluso l'effetto rescindente per sopravvenuta impossibilità, vi sarebbe il residuale effetto della revocazione rappresentato dall'espunzione del giudicato corrotto "dalla sfera del rilevante giuridico". Questa, però, nulla ha da dire in ordine all'utilità del rimedio stesso per la parte. A tal proposito, la Cassazione (21255/2013, cit., p. 62) afferma come non sia ammissibile "in una assai poco condivisibile dimensione di eterogeneità dei fini del rimedio revocatorio" investire la parte "della giusnaturalistica funzione di *Ombudsman* processuale che funga da sostituto *a latere* dell'intervento pubblicistico (dimenticando che le sentenze elencate dall'art. 395 del codice di rito **possono** – e non debbono – essere impugnate per revocazione)". Per la posizione che esclude l'interesse a impugnare quando l'eliminazione della pronuncia non realizza una "maggiorazione" del patrimonio giuridico della parte si veda E. GRASSO, *Impugnazioni (dir. proc. civ.)* (voce), in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 526.

¹² Cass. Civ., 21255/2013, cit., p. 71-72.



e ciò ne incide l'esperimento. La relativa domanda verrebbe, quindi, ad essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse¹³.

1.4. L'azione risarcitoria autonoma.

Il verificarsi di una tale ipotesi non esclude anche la possibilità di agire per il risarcimento del danno.

Si è detto che il rimedio della revocazione è prioritario rispetto a quello risarcitorio: qualora sussistano entrambi gli interessi – i) al ripristino della situazione *ex ante* e alla giusta pronuncia di merito; ii) alla rimozione del danno ingiusto scaturito dalla sentenza corrotta – la parte, ex art. 395 c.p.c., deve prima agire in giudizio per ottenere una nuova sentenza e solo dopo può chiedere la condanna al risarcimento. Stante la diversa finalità dei rimedi, però, non vi è ragione di leggere questa priorità come un motivo per escludere che la risarcibilità del danno possa sopravvivere all'inammissibilità per carenza di interesse della revocazione della sentenza.

Il diritto a vedere rimossi gli effetti dannosi del giudicato corrotto va oltre quello volto a ottenere la liberazione della posizione azionata originariamente dall'atto viziato. Allorché sopraggiunga l'assenza dell'interesse alla revocazione, la sentenza incorrotta non rileva più come un giudicato irrevocabile da poter rimuovere e sostituire, ma si qualifica solo come evento che ha cagionato ad altri un danno ingiusto – perché esito di una condotta *non iure* – e da cui scaturisce l'obbligo ex art. 2043 del codice civile.

La sussistenza del giudicato corrotto e non impugnato non osta al riconoscimento della pretesa risarcitoria¹⁴. Il nostro ordinamento già conosce ipotesi di legittima “coesistenza della duplice natura di una sentenza che, al tempo stes-

so, si atteggi a decisione giurisdizionale irrevocabile ed a mero fatto storico”¹⁵. Pertanto, quando si verifica e si prova l'inutilità del rimedio revocatorio, la parte può domandare direttamente il risarcimento¹⁶.

In conclusione, occorre articolare l'obbligazione risarcitoria sorta per effetto di dolo del giudice secondo due ipotesi. Ove sussista l'interesse della parte all'impugnazione di cui all'art. 395 c.p.c., l'esercizio dell'azione ex art. 2043 c.c. è subordinato al preventivo esperimento del rimedio revocatorio. Quando, invece, si sia provato che, per sopravvenuta inutili-

¹⁵ La Corte fa riferimento all'art. 2738, co. II, c.c., “nella parte in cui ammette *ore legis* la risarcibilità dei danni derivanti dalla sentenza fondata su falso giuramento ove tale falsità sia stata riconosciuta in sede penale a prescindere dall'esperimento del rimedio revocatorio” (*ivi*, p. 73). Va rilevato come, in precedenza, la Cassazione considerasse la disposizione del codice civile ora richiamata come una norma eccezionale: sent. 10.07.1973. n° 1988, in *Foro it.*, 1973, I, c. 3335. Ciò detto, la posizione affermata in 21255/2013, *cit.*, (risarcimento del danno da sentenza corrotta non revocata) richiama la più recente giurisprudenza che ammette il rimedio risarcitorio anche in presenza di un contratto valido; come lì, anche in questo caso si ritiene possibile agire per il risarcimento del danno scaturito da un atto che non è stato oggetto di impugnazione. Peraltro, tale indirizzo giurisprudenziale (riconducibile alla “teoria dei vizi incompleti del contratto”) è ripreso anche nella sentenza in punto di esame della distinta censura avanzata dalla ricorrente sull'impossibilità di riconoscere un danno connesso a un contratto (di transazione) che, però, non è stato impugnato (sul punto, in senso adesivo, si vedano i commenti di G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo*, *op. cit.*, p. 285 e di C. SCOGNAMIGLIO, *Effettività della tutela e rimedio*, *op. cit.*, p. 47). Com'è noto, quest'orientamento non è condiviso da tutta la dottrina, sia con riguardo al caso specifico (G. IUDICA, *Efficacia della transazione*, *op. cit.*, p. 1822 e G. DE NOVA, *La modificazione delle condizioni*, *op. cit.*), sia con riguardo al generale rapporto tra contratto e responsabilità (*ex multis*, G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37 e ID. *La responsabilità*, in *Tratt. Roppo*, V, 2, Milano, 2007, p. 1007).

¹⁶ In termini più espliciti, la Corte afferma (p. 72) che qualora “il fisiologico risultato della revocazione (nella specie, il ripristino delle posizioni delle parti secondo quanto disposto dal lodo Pratis) si riveli oggettivamente impossibile (nella specie, per sopravvenuta impossibilità giuridica dell'oggetto, non essendo più esistenti i titoli azionari che ne costituivano il *disputatum*), non si frappongono ostacoli processuali all'autonomo esercizio dell'azione risarcitoria, ed alla conseguente, legittima cognizione *incidenter tantum* da parte del giudice all'uopo adito, della “ingiustizia” della sentenza corrotta senza che nessun provvedimento demolitorio sia previamente necessario, atteggiandosi in tal caso la stessa sentenza “corrotta” come mero fatto storico la cui esistenza/inesistenza non rileva se non ai fini del nuovo giudizio, quale elemento fattuale della più complessa fattispecie aquiliana” (grassetto nel testo). Negano la “legittima cognizione” di un giudice che non sia quello competente a conoscere la domanda di revocazione B. SASSANI, *C'era una volta*, *cit.*, e V. COLESANTI, *Variazioni (in «re minore») in tema di revocazione e sentenza giuridicamente inesistente*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 285.

¹³ Tale conclusione (Cass. Civ., 21255/2013, *cit.*, p. 61-62) è conforme ai principi informativi del nostro ordinamento, i quali subordinano qualunque impugnazione e, quindi, anche la revocazione, alla sussistenza di un interesse ad impugnare. In questo senso, tra la giurisprudenza, si veda: Cass. civ., sent., 03.09.2005, n. 17745, in www.iusexplorer.it.

¹⁴ Scrive N. IRTI, *Concetto giuridico di “comportamento” e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 4, p. 1053: “Non si è responsabili perché l'atto è invalido; si è responsabili perché l'atto è illecito. Invalidità e illiceità non coincidono: l'atto invalido può entrare nella fattispecie normativa di illiceità; e questa, a sua volta, può contenere un atto invalido”.

tà, il rimedio demolitorio non rappresenta più un concreto strumento di tutela per la parte, “il danneggiato da una sentenza ingiusta perché frutto di corruzione del giudice può esercitare un’autonoma azione risarcitoria (...) senza che a ciò sia di ostacolo l’omesso esperimento della revocazione in rescindente della sentenza “corrotta””¹⁷.

2. L’autonoma risarcibilità del danno come risultato di un’interpretazione estensiva.

Le soluzioni rimediali che si sono succedute con riferimento al medesimo problema (proponibilità dell’azione risarcitoria per la rimozione delle conseguenze dannose scaturite dalla sentenza effetto del dolo del giudice) possono essere così collocate su un’ideale scala ‘gerarchica’ di tutele del danneggiato.

L’opzione più favorevole alla parte lesa è quella sostenuta dall’attrice: piena facoltà di scelta tra il rimedio revocatorio e quello risarcitorio. All’estremità opposta si colloca la tesi sostenuta dalla ricorrente che ammette l’art. 2043 c.c. solo successivamente alla revoca della sentenza passata in giudicato. In posizione intermedia si trova la soluzione offerta dalla Cassazione, per cui l’azione risarcitoria è ammessa in presenza del giudicato nel caso in cui la revocazione della sentenza sia divenuta inutile.

Convenire con la decisione della Cassazione vuol dire qualificare la stessa come la soluzione giusta e, quindi, considerarla, alla luce del nostro ordinamento, l’unica possibile tra le tre.

Così è.

A differenza di quella più favorevole alla parte lesa, che si regge su una tesi (la piena facoltà di scelta del mezzo di tutela) non accolta nel nostro sistema, la soluzione intermedia è conforme non solo all’insegnamento per cui la risarcibilità del danno è determinata dall’assenza di un titolo giustificativo per la condotta lesiva che l’ha causato, ma anche all’attuale orientamento che ammette “il risarcimento senza avere prima ottenuto

l’invalidazione dell’atto, elemento della fattispecie causativa della responsabilità”¹⁸.

L’orientamento seguito dalla Cassazione, inoltre, si fa preferire rispetto a quella restrittivo (sostenuto dalla ricorrente e da parte della dottrina), perché consente di realizzare una forma di tutela adeguata ai bisogni della parte. Con riferimento a quest’ultimo aspetto, tutta la questione sopra percorsa può essere letta come il tentativo di fornire un’interpretazione diversa da quella – proposta dalla difesa della ricorrente – che, qualificando il rimedio demolitorio a mo’ di condizione di procedibilità di quello risarcitorio, intendeva escludere la possibilità di una rimozione del danno in presenza del giudicato.

Da questo punto di vista, la sentenza rileva quale interpretazione del dato normativo che estende, al massimo possibile, la forma di tutela idonea a rimuovere gli effetti dannosi conseguenti al dolo del giudice anche all’ipotesi in cui non è stata domandata la revocazione della sentenza corrotta e non si sia rimosso quel giudicato.

2.1. Il fondamento normativo dell’interpretazione estensiva della tutela risarcitoria.

Orbene, l’elemento di interesse non va identificato nella dinamica estensiva della tutela: la dottrina classica e più autorevole milita da sempre nel senso di ritenere ammissibile “ogni modo di attuazione della legge (ed ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto”¹⁹. L’aspetto innovativo risiede, piut-

¹⁸ I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l’assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l’intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2721.

¹⁹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935 (rist. 1965), p. 41. A tal proposito, non sembra essere superfluo riportare, nella sua interezza, il passo di Chiovenda sulla funzione istituzionale del processo: “la volontà della legge tende ad attuarsi nel campo dei fatti fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili. Conseguentemente il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire. Un principio così generale non è, ne ha d’uopo d’essere formulato in alcun luogo. Non esiste alcuna norma esplicita che assicuri l’azione al creditore insoddisfatto d’un capitale mutuato: le norme del codice civile sul mutuo riguardano gli obblighi delle parti, non l’azione; gli art. 35 e 36 del codice di procedura civile presuppongono una norma più generale che

¹⁷ Cass. 21255/2013, *cit.*, p. 78, §4.1.



tosto, nella scelta del fondamento normativo posto alla base dello sforzo interpretativo teso alla realizzazione della massima tutela possibile delle varie posizioni giuridiche.

Se per giustificare la primazia della revocazione la Corte ha fatto riferimento alla stessa occorrenza normativa²⁰, a favore della ammissibilità diretta (ancorché condizionata alla prova dell'inutilità della revocazione) del rimedio ex art. 2043 c.c. la Cassazione ha invocato il principio di effettività della tutela in giudizio di cui all'art. 24 della Costituzione repubblicana.

Secondo i supremi giudici, la norma costituzionale testé citata – “nella sua innegabile dimensione di regola-cardine dell'ordinamento costituzionale” – fonda “il diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato”²¹ che impone al giudice di ricorrere alla misura di tutela più appropriata.

In questo modo, la Cassazione ha inteso dare seguito a quell'indirizzo dottrinale che vede nella disposizione costituzionale la base per svolgere la “ricerca inesausta di rimedi capaci di eliminare, sino ad un ideale grado zero, la lesione del bene protetto, fin dove sia possibile farlo”²².

3. Il principio di effettività e l'art. 24 della Costituzione.

Una volta verificata la piena conformità al nostro sistema dei risultati dell'interpretazione estensiva seguita dalla Cassazione²³, ciò che occorre indagare in sede di commento alla sentenza è la capacità dell'art. 24 Cost. a rilevare “tutte le volte in cui, di fronte alla previsione di determinate misure e all'assenza di altre, sia necessario rimodellare in via interpretativa l'apparato dei rimedi, invocando la necessaria adeguatezza del sistema sanzionatorio”²⁴.

In tale direzione, il primo passo da compiere è quello di verificare la concreta portata della disposizione costituzionale. In altri termini, ciò che urge controllare è la possibilità di ascrivere il principio di effettività della tutela²⁵ al dettato costituzionale.

4. La dottrina e il significato “ulteriore” dell'art. 24.

Senza dubbio alcuno, la disposizione costituzionale appare essere incentrata sull'importantissimo²⁶ diritto²⁷ inviolabile²⁸ e

conceda l'azione, ma non la contengono; pure nessuno dubita che l'azione ci sia. Il processo come organismo pubblico d'attuazione della legge è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendono all'attuazione d'una volontà di legge.” (ivi, p. 39).

²⁰ Cass. 21255/2013, *cit.*, p. 63-64: “L'esistenza di una precisa, specifica ed eccezionale norma di legge si pone, pertanto, in tale, altrettanto specifica ipotesi, come irredimibile impedimento all'incondizionata applicazione del principio (...) della autonomia del rimedio risarcitorio rispetto a quello demolitorio”.

²¹ Cass. 21255/2013, *cit.*, p. 69.

²² I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 299. La monografia dell'Autrice, ampiamente ripresa nella sentenza Cass. 21255/2013, *cit.*, milita nella direzione della valorizzazione dell'art. 24, Cost., “quale principio ermeneutico (quando non si riesca ad impiegarlo quale parametro di legittimità del diritto vigente) atto ad intervenire sull'assetto dei mezzi di tutela giurisdizionale” e, su questa base, indaga la possibilità di invocare “in via generale, dinnanzi alla lesione, il rimedio specifico”.

²³ Per una lettura nel senso della piena conformità della sentenza Cass. 21255/2013, *cit.*, alle coordinate attuali del nostro ordinamento si vedano i commenti di V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità*, *op. cit.*; C. SCOGNAMIGLIO, *Effettività della tutela*, *op. cit.*; G. VETTORI, *Validità, responsabilità*, *op. cit.*

²⁴ I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, *cit.*, p. 81.

²⁵ Per una panoramica delle varie ricostruzioni dottrinali del principio si veda, da ultimo, R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, p. 10-13.

²⁶ Il diritto al giudizio nasce anche in risposta agli “abusi «liberticidi» del regime fascista, che, grazie all'elasticità delle norme statutarie, spesso aveva limitato arbitrariamente, o addirittura escluso, la difesa giurisdizionale del cittadino nei confronti di molti atti del potere esecutivo” L. P. COMOGGIO, *Art. 24, op. cit.*, p. 4. Anzi proprio tale dimensione di ripristino delle “garanzie di legalità dello Stato liberale”, spiega la coesistenza della nozione di diritto soggettivo con quella di interesse legittimo. Per una ricostruzione del dibattito in seno all'Assemblea Costituente che evidenzia l'intento di escludere ogni possibile limitazione del legislatore ordinario al “diritto di un giudice” si veda, ID. *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, p. 100 e ss.

²⁷ A tal proposito, così scrive Corte Cost. sent. 11.02.1999 n° 26 (pubblicata in www.cortecostituzionale.it): “L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli art. 24 e 113 Cost. e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 Cost. (...) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (...): un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle ga-



indefettibile²⁹ di esercitare l'azione in giudizio a tutela di un proprio diritto o interesse legittimo. Ciò detto, non va però taciuto che l'interpretazione più corretta dell'art. 24 ne ammette un significato ulteriore a quello dell'azionabilità in giudizio del diritto sostanziale³⁰.

Più della Consulta, che “pur alludendovi qua e là, non ha mai esplicitamente affermato, sinora, che il diritto fondamentale alla tutela comprenda, accanto alle regole di correttezza del processo, quelle che attengono alle forme di protezione della situazione sostanziale dedotta in giudizio”³¹, è il formante dottrinale³² a militare nel senso per cui sia possibile assicurare a qualsiasi “individuo, indipendentemente dalla sua abbenza o dalle condizioni personali e sociali, non certo (in termini statistici) la probabilità, né tantomeno la certezza, ma in ogni caso la possibilità, seria e reale, di ottenere adeguata tutela dall'organo giurisdizionale adito”³³.

Per la dottrina più autorevole, questo significato aggiuntivo all'automatico riconoscimento di un diritto ad agire in giudizio per “ogni posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale”³⁴

ranzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione.”

²⁸ Corte Cost., sent. 16.12.1965 n°98 (pubblicata in www.cortecostituzionale.it).

²⁹ Nel senso per cui l'art. 24 vada ascritto “tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio” è Corte Cost. sent. 22.01.1982, n° 18 (pubblicata in www.cortecostituzionale.it).

³⁰ In tema è nota la posizione della migliore dottrina per cui, l'art. 24 Cost. avrebbe avuto il merito di costituzionalizzare “la teoria ottocentesca dell'azione”: A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, Napoli, 2008, p. 36 e M. TARUFFO, *Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1147.

³¹ Così I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 293 e Cass. 21255/2013, cit., p. 69.

³² Tra la dottrina, nel senso del testo, già V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *N. riv. dir. comm.*, 1954, p. 314. Per la ricostruzione dell'analogo dibattito in seno alla scienza giuridica tedesca, si veda N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, p. 161-189.

³³ Così, L. P. COMOGGIO, sub Art. 24, in *Comm. Cost. Branca, Rapporti civili (art. 24-26)*, Bologna-Roma, 1981, p. 10.

³⁴ Il sintagma è tratto da Corte Cost. sent. 03.07.1997 n° 212 (pubblicata in www.cortecostituzionale.it), dove si afferma che “Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere”.

è ricostruito a partire dalla verifica del modo in cui, con riferimento alle varie categorie di diritto sostanziale e “in particolare alle singole specie di violazione che questi diritti possono subire”, il processo assolve alla propria “funzione strumentale di «dare per quanto possibile praticamente a chi ha diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» alla stregua della legge sostanziale”³⁵. I risultati affatto positivi di questa indagine³⁶ aprono all'interprete la questione – che, peraltro, costituisce “il problema cruciale dell'accesso alla giustizia”³⁷ – dell'effettività della tutela, ossia delle “tecniche attraverso le quali sia possibile consentire che il processo assolva la sua funzione istituzionale”³⁸.

Altra attenta dottrina, invece, ritiene di poter leggere direttamente nel testo dell'art. 24 un riferimento, implicito, al profilo dell'effettività della tutela, vera e propria “componente definitoria insopprimibile delle garanzie costituzionali attinenti al processo”. Scomponendo in quattro diversi blocchi la disposizione costituzionale, questo indirizzo distingue l'effettività soggettiva (“tutti possono”), tecnica (“agire in giudizio”), qualitativa/finalistica (“per la tutela”) e oggettiva (“dei diritti e degli interessi legittimi”)³⁹. Seguendo questa scansione, la tutela giurisdizionale implica “la possibilità, seria ed effettiva, di ottenere dal giudice un provvedimento di tutela (cioè, in altre parole, un provvedimento di merito), il quale sia adeguato alla natura delle situazioni soggettive tutelabili, e sia omogeneo con esse, soddisfacendo pienamente il «bisogno di tutela» di chi abbia agito”.

In conclusione, la scienza giuridica più sensibile esclude la possibilità di attribuire all'art. 24 Cost., “il solo significato secondo cui ogni diritto è assistito da una azione generale” e afferma che la disposizione sancisce anche l'esigenza di “garantire che alle singole situa-

³⁵ A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, op. cit., p. 39.

³⁶ ID., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 18 dove la ricostruzione dell'inadeguatezza del processo ordinario rispetto alla tutela dei diritti non patrimoniali. Altri riferimenti in ID., *I diritti e le tutele*, op. cit., p. 9-32.

³⁷ L. P. COMOGGIO, *Art. 24*, cit., p. 10.

³⁸ A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, op. cit., p. 41. Com'è noto, l'Autore individua la funzione istituzionale del processo a partire dal noto passo di Chiovenda riportato in precedenza alla nota 19.

³⁹ L.P. COMOGGIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1065. La citazione successiva è tratta da p. 1076.



zioni e diritti tutelandi corrispondano forme di tutela adeguate e cioè tali da assicurare soddisfazione agli interessi dei quali dette situazioni sono espressione”⁴⁰.

5. L’art. 24 e il contesto internazionale.

Oltre che la migliore dottrina, a militare nel senso di una lettura non minimale dell’art. 24 Cost., e comprensiva del riferimento al profilo dell’effettività della tutela, è “il più generale contesto, rappresentato dall’ordinamento internazionale, nel quale il nostro si iscrive”⁴¹.

Questo aspetto non può stupire. L’agire in giudizio a difesa dei propri diritti e interessi sostanziali è un diritto fondamentale dell’uomo e, come tale, partecipa in modo notevole all’evoluzione del diritto sovranazionale, dove si confronta con numerose disposizioni di analogo tenore. Come per gli altri diritti umani, anche tra le diverse formule che esprimono la tutela giurisdizionale dei diritti si realizza una comune integrazione e si assiste ad una reciproca interpretazione, che prescinde dal modo con cui sono state recepite nel nostro ordinamento⁴². Pertanto, va ammessa la possibilità di fondare su queste fonti determinate interpretazioni del dettato costituzionale attinente ai diritti umani.

5.1. L’esperienza dell’art. 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

Con riguardo al profilo dell’effettività della tutela una delle disposizioni più rilevanti è certamente quella contenuta nel testo dove esso è più “radicato”⁴³: la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo⁴⁴. In particolare, si intende fare riferimento all’art. 13 (“*Right to an effective remedy*”⁴⁵) che così recita: “*Everyone*

⁴³ R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l’interpretazione conforme*, in *Pol. dir.*, 2007, 3, p. 377.

⁴⁴ La bibliografia su anzidetto testo normativo, d’ora innanzi Cedu – firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (“Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”) – è straordinariamente ampia e rende impossibile darne conto in modo esaustivo. Ciò evidenziato, occorre segnalare in argomento: A. BULTRINI, *Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Dig. pubbl.*, Agg. I, Torino, 2000, p. 148; S. BARTOLE, B. CONFORTI e G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; C. ZANCHI, *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2002, p. 1; B. CONFORTI e G. RAIMONDI, *Corte europea dei diritti dell’uomo* (voce), in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d’Europa e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2008; F. JACOBS, R. WHITE, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010⁵; A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multi-livello dei)* (voce), in *Enc. Dir.*, Ann., IV, Milano, 2011, p. 355; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012. Come è noto, in tempi relativamente recenti sono intervenute due importanti pronunzie della Consulta a definire il ruolo della Convenzione nell’ordinamento interno: si tratta delle “sentenze gemelle” del 24.10.2007 n° 348 e 349, pubblicate in www.cortecostituzionale.it e su cui, con la consueta avvertenza di non esaustività, si vedano i commenti di M. CARTABIA, *Le «sentenze gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 3564; B. CONFORTI, *La Corte Costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 569; R. CAFARI PANICO – L. TOMASI, *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell’Unione*, in *Diritto pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 186; S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2008, p. 291; L. CONDORELLI, *La Corte Costituzionale e l’adattamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *ivi*, p. 301; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionalità delle leggi: problemi e prospettive*, in *ivi*, p. 311.

⁴⁵ Per un certo periodo la dottrina specializzata è stata divisa sulla qualifica del ricorso effettivo. Per alcuni, in virtù del testo francese che parla di *droit à l’octroi d’un recours effectif*, esso era da intendersi come diritto del singolo; per altri, atteso che nel testo inglese non vi fosse un riferimento esplicito al “diritto”, la disposizione andava intesa come mero obbligo per lo Stato. Orbene, anche a seguito della modifica del testo originale (operata con il Protocollo n. 11, firmato a Strasburgo il giorno 11 maggio 1994) che, ora, prevede esplicitamente nella rubrica

⁴⁰ Così, A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 372, per cui si violerebbe “il precetto costituzionale non solo interrompendo quella inscindibilità ma predisponendo anche forme di tutela palesemente insufficienti o inadeguate”.

⁴¹ I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, *cit.*, p. 68 e Cass. 21255/2013, *cit.*, p. 69.

⁴² A tal proposito si veda Corte Cost., sent. 22.10.1999, n° 388, (pubblicata in www.cortecostituzionale.it), dove si legge che “indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione, è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell’uomo fatto dall’art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona, ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione.”



*whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity*⁴⁶.

5.2. Il right to an effective remedy nel sistema della Convenzione.

La disposizione in parola va inserita nel sistema della Convenzione che articola la tutela dei diritti e delle libertà lì previsti secondo i

la dizione “*Right to an effective remedy*”, tale divergenza è da dirsi superata e si deve propendere per la qualifica di diritto soggettivo, come, peraltro, ha sempre fatto la giurisprudenza di Strasburgo (in tal senso, A. DI STEFANO, *Art. 13*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve*, op. cit., p. 480 e A. PERTICI e R. ROMBOLI, *Art. 13, Diritto ad un ricorso effettivo*, in S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, *Commentario alla convenzione* op. cit., p. 383).

⁴⁶ Dall’esame dei lavori preparatori si evince la notevole influenza esercitata sul testo convenzionale da disposizioni ad esso precedenti. In particolare, l’art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo (1948) e l’art. 18 della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell’Uomo (1948). La prima disposizione afferma che “*Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law.*” La seconda, invece, statuisce che “*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*” Inoltre, si ritiene comunemente che all’elaborazione del testo della disposizione non sia rimasta estranea la discussione svolta in seno all’elaborazione della successiva Convenzione Internazionale sui diritti civili politici (1966). Come è noto, l’art. 2, par. 3, di tale documento dispone che “*Each State Party to the present Covenant undertakes: (a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity; (b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy; (c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.*” Ciò, per un verso, testimonia la diffusa attenzione al profilo dell’effettività dei rimedi posti a tutela dei diritti umani (in argomento, si veda l’indagine di D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, 2006²) e, per altro verso, consente di condividere la posizione di A. PERTICI e R. ROMBOLI, *Art. 13*, op.cit. p. 379, per i quali il ricorso ad un’istanza nazionale “è una clausola contenuta, sebbene con diverse modalità, in numerosi testi internazionali, elaborati dopo la conclusione della seconda guerra mondiale” con cui si è inteso “superare un sistema di semplice enunciazione dei diritti dell’uomo, per dotarli di più o meno precise garanzie di «giustiziabilità»”.

principi di solidarietà e sussidiarietà⁴⁷. Ad un tempo, essa rappresenta una delle modalità con cui le Parti Contraenti devono adempiere al riconoscimento dei delicatissimi diritti previsti dalla Convenzione e dai Protocolli (art. 1) e assicura che, già prima dell’intervento dell’organo giudicante europeo (artt. 34 e 35), quei diritti e quelle libertà siano concretamente garantiti. In questo scenario, il diritto a un ricorso interno rileva come “diritto all’efficacia della protezione statale” e ha la funzione di “sottolineare che l’ordinaria via di protezione dei diritti non dovesse essere il meccanismo del ricorso internazionale, ma il ricorso all’interno dell’ordinamento statale”⁴⁸.

⁴⁷ Per un esplicito collegamento dell’art. 13 Cedu ad ambedue i principi informatori della tutela della convenzione si veda CEDU, *A. and Others v. the United Kingdom* 19.02.2009, §174 (in <http://hudoc.echr.coe.int/>). Nel senso della centralità dei principi di solidarietà e sussidiarietà militano F. JACOBS, R. WHITE, C. OVEY, *The European Convention*, op. cit., p. 84. Il primo principio fa riferimento all’impegno assunto, ex art. 1, dalle varie Parti Contraenti di riconoscere i diritti e le libertà previsti dalla Convenzione e dai vari protocolli. Da questo punto di vista, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo, l’art. 13 offre “*direct expression to the States’ obligation to protect human rights first and foremost within their own legal system*”: la disposizione “*establishes an additional guarantee for an individual in order to ensure that he or she effectively enjoys those rights*”(CEDU, *Kudla vs Poland*, 26.10.2000, §152, in <http://hudoc.echr.coe.int/>). Per contro, il principio di sussidiarietà della tutela giustifica la facoltà concessa al singolo – una volta che siano stati esperiti tutti i rimedi interni – di adire la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo per lamentare la violazione di una disposizione prevista dalla Convenzione (*CEDU Handyside v. the United Kingdom*, 07.12.1976, §48, in <http://hudoc.echr.coe.int/>). La competenza della Corte di Strasburgo è limitata dalle diverse condizioni di ricevibilità, tra cui, in particolare ex art. 35, quella concernente il principio classico del diritto internazionale del previo esaurimento delle vie interne (in argomento, G. STROZZI, *Ricorsi interni (regola di previo esaurimento dei)* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1989 p. 705). Per la Corte di Strasburgo la regola del previo esaurimento “*is based on the assumption, reflected in Article 13 of the Convention – with which it has close affinity – that there is an effective remedy available in respect of the alleged breach in the domestic system*”(*Selmouni v. France*, 28.07.1999, §74, *Z. and Others v. the United Kingdom*, 10.05.2001, §103, *McFarlane v. Ireland*, 10.09.2010, §107, in <http://hudoc.echr.coe.int/>). Da questa prospettiva, allora, l’articolo 13 “*provides a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court*”(*Kudla vs Poland*, §152).

⁴⁸ R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso*, op. cit., p. 284. Come riporta l’A., in seno alla commissione incaricata di redigere il testo della Convenzione e dinanzi alla proposta di introdurre una norma che fosse analoga a quella dell’art. 8 della Dichiarazione Universale e a quella dell’art. 18 della Dichiarazione Americana, il rappresentante inglese, sir Oscar Dowson, spinse per l’introduzione di un espresso riferimento a “*that any person claiming such a remedy shall have his rights thereto determi-*



5.3. La misura del sindacato europeo: il margine di apprezzamento.

La circostanza per cui la protezione interna della posizione sostanziale prevista dalla Convenzione sia qualificata in termini di diritto soggettivo autonomo⁴⁹ esclude che l'effettività

ned by national tribunals who independence is secured". La dimensione nazionale esplicitata da questa proposta era coerente con la tradizionale diffidenza inglese all'accordare a un individuo la facoltà di presentare un ricorso presso un giudice internazionale. Secondo l'impostazione inglese, "la via naturale della garanzia dei diritti che la Convenzione elencava e tutelava doveva essere il normale funzionamento degli organi interni di garanzia" (ivi, p. 283). Così poi non è stato e rispetto alla sua formulazione definitiva, in dottrina si nega la contraddittorietà di "un rimedio nazionale per diritti ritenuti comuni all'intera umanità e come tali internazionalmente garantiti": per costoro, infatti, "una volta affermati tali diritti a livello internazionale, la loro tutela può ben essere esercitata dagli Stati stessi, purché in essi ne sia garantita l'effettività, salva poi la possibilità di ricorso ad istanze internazionali, una volta esperiti i rimedi interni" (A. PERTICI e R. ROMBOLI, *Art. 13, op. cit.*, p. 379).

⁴⁹ Inizialmente si riteneva che per l'esame di una doglianza concernente l'articolo 13 fosse necessario l'accertamento della violazione di una libertà convenzionale (*Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, 06.02.1976, §50, in <http://hudoc.echr.coe.int/>). Oggi, invece, la Corte di Strasburgo afferma che "the existence of an actual breach of another provision of the Convention is not a prerequisite for the application of Article 13", di modo che "for Article 13 to apply it is sufficient for an individual to have an arguable claim in terms of the Convention" (CEDU, *Poghosyan e Baghdasaryan v. Armenia*, 12.06.2012, §43, in <http://hudoc.echr.coe.int/>). L'iter giurisprudenziale è mutato con *Klass and Others v. Germany*, 06.09.1978, §64, il cui indirizzo è stato confermato da *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25.03.1983 che ha introdotto il riferimento all'*arguable claim* (§113) e poi ripreso da *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, 27.04.1988, §52 (tutte le sentenze sono pubblicate in <http://hudoc.echr.coe.int/>). Nella giurisprudenza della Corte manca una definizione di "*arguable claim*", il cui impiego richiama l'idea di pretesa "plausibile", "difendibile" (sul punto si veda *Pudas v. Sweden*, 27.10.1987, §31, in <http://hudoc.echr.coe.int/>) A tal proposito, in dottrina, si è da ultimo affermato che la "pretesa vittima deve in concreto poter dimostrare, già nel momento dell'invocazione del diritto ex art. 13, quel *fumus boni iuris* che accompagnerebbe in generale, *mutatis mutandis*, ogni azione processuale (come quelle cautelari) che sia giustificata dalla verosimiglianza e ragionevolezza della domanda" (A. DI STEFANO, *Art. 13, op. cit.*, p. 489). Il carattere autonomo è certamente coerente con il principio di solidarietà: solo se lo Stato soddisfa la pretesa del singolo ad un ricorso effettivo per la violazione del diritto, questo si potrà dire concretamente riconosciuto e l'obbligo ex art. 1 potrà essere considerato adempiuto dalla Parte Contraente. Peraltro, in questo caso, autonomia non vuole dire sufficienza: in ragione del contenuto stesso dell'articolo, la violazione del diritto ad un rimedio effettivo si deve necessariamente accompagnare all'indicazione della libertà riconosciuta dalla Convenzione che si assume essere stata lesa. In dottrina (F. JACOBS, R. WHITE, C. OVEY, *The European Convention, op. cit.*, p. 132 e A. DI STEFANO, *Art. 13, op. cit.*, p. 482) si osserva che, da questo punto di vista, l'articolo 13 assomiglia notevolmente all'applicazione dell'art. 14 della Convenzione (che fa divieto di subordinare il godimento dei diritti e delle libertà ad eventual-

del rimedio possa essere considerato come una mera garanzia processuale con cui assicurare le libertà convenzionali⁵⁰ e fa sì che l'organo giurisdizionale europeo⁵¹ possa sindacare la specifica modalità con cui si realizza a livello nazionale la tutela delle varie libertà⁵² ed eventual-

li distinzioni "di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione"). In entrambe le ipotesi, si instaura un rapporto di complementarità tra la norma sulla libertà e quella sulla discriminazione o il rimedio effettivo. Pertanto, ben si potrà avere una pronuncia della Corte di Strasburgo che riconosca la violazione dell'art. 13 e non dell'altro diritto sostanziale (ad esempio, in *Bubbins v. the United Kingdom*, 17.03.2005 (in <http://hudoc.echr.coe.int/>) la Corte ha ritenuto insussistente la violazione dell'art. 2 e invece ha considerato leso il diritto al ricorso effettivo ex art. 13) o l'ipotesi in cui si accerti la lesione del diritto al rimedio con riferimento ad una libertà e non ad un'altra (in *Čonka v. Belgium*, 05.02.2002, <http://hudoc.echr.coe.int/>, la Corte verifica la violazione dell'art. 13 quando è letto con riferimento all'art. 4, Prot. 4, ma non quando è legato all'art. 3 della Convenzione).

⁵⁰ Anche la sistemazione dell'articolo nel testo europeo attesta la natura sostanziale e materiale del diritto ad un "ricorso" effettivo. La norma si colloca nel primo titolo ("diritti e libertà") della Convenzione (artt. 2-18). Essa, per un verso, segue la parte relativa alle libertà (2-12) e, per altro verso, introduce le disposizioni di garanzia (13-18) che integrano la tutela giurisdizionale delle libertà e che sono chiamate ad essere applicate congiuntamente ai diritti sostanziali. Da questa collocazione emerge come la disposizione non sia da intendersi alla stregua di una delle garanzie processuali previste dal titolo secondo ("Corte Europea dei Diritti dell'Uomo") della Convenzione (artt. 19-51), ovvero come uno di quegli "strumenti internazionali miranti" a svolgere la funzione di protezione dei diritti convenzionali (A. PERTICI e R. ROMBOLI, *Art. 13, op. cit.*, p. 378). Per quanto presenti un contenuto che allude a una dimensione procedurale delle libertà previste dalla Convenzione, la collocazione dell'articolo, oltre alla stessa rubrica, esclude che il diritto ad un rimedio effettivo possa essere confuso con le disposizioni che governano il procedimento per la violazione della Convenzione dinanzi alla Corte di Strasburgo e lo caratterizza come un diritto materiale riconosciuto a ogni persona fisica o giuridica.

⁵¹ Sino agli anni '70 del secolo scorso l'art. 13 non ha ricevuto attenzione (Per alcuni, come J. FAWCETT, *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 1987, p. 227, la disposizione pagava la sua posizione a cavallo dell'ordinamento interno e di quello internazionale, per altri, invece, la sua difficile interpretazione. In questo secondo senso, tra la dottrina italiana, M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, Napoli, 1999, p. 77 che, appunto, la definisce come la disposizione di più difficile interpretazione di tutta la Convenzione; nonché la famosa definizione dei giudici Matscher e Pinheiro Faricha, resa nella loro opinione dissenziente in *Malone v. the United Kingdom* 02.08.1984 (in <http://hudoc.echr.coe.int/>), per cui "Article 13 constitutes one of the most obscure clauses in the Convention and that its application raises extremely difficult and complicated problems of interpretation. This is probably the reason why, for approximately two decades, the Convention institutions avoided analysing this provision, for the most part advancing barely convincing reasons".

⁵² Il carattere autonomo del diritto ex art. 13 è stato ribadito anche con riferimento alle doglianze concernenti gli articoli 'pro-



mente condannare la Parte Contraente che leda il diritto ad un ricorso interno.

Nello svolgere tale controllo, la Corte ha incontrato una serie di problematiche concernenti il rapporto tra il momento interno (*before a national authority*) e la fonte sovranazionale dei diritti⁵³.

A proposito di questa relazione, nell'amministrare la pretesa al ricorso effettivo la giurisprudenza europea ha sempre escluso che il rimedio da riconoscersi già davanti alle istanze nazionali per la violazione delle libertà convenzionali dovesse essere definito a livello europeo e ha sempre riconosciuto alla Parte Contraente la capacità di scegliere quale ricorso

cessuali' come, ad esempio, l'art. 6. Sul punto, difatti, è intervenuta l'*historique* sentenza *Kudla v. Poland* (sulla sentenza si vedano le osservazioni di J.F. FLAUSS, *Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable: un revirement de jurisprudence historique*, in *Rev. trim. droits de l'homme*, 2002, p. 179, e quelle, più generali, di A. DI STEFANO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà. Contributo ad una lettura sistematica degli art. 13 e 35*, Catania, 2009, p. 197), con cui la Corte ha interrotto la tendenza a ritenere la norma in commento come un qualcosa di residuale rispetto a quanto statuito dall'articolo 6 in tema di diritto ad un processo equo (*théorie de l'absorption*; a mo' di esempio di questa tendenza si vedano CEDU, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23.09.1982, (§88 "Having regard to its decision on Article 6 par. 1, the Court considers that it is not necessary to examine the case under Article 13; this is because its requirements are less strict than, and are here absorbed by, those of Article 6 par. 1"), *Pizzetti v. Italy*, 26.02.1993, §21, e *Bouilly c. France*, 07.12.1999, §27 (in <http://hudoc.echr.coe.int/>). Nella decisione *Kudla* i giudici hanno affermato che il diritto accordato dall'articolo 13 è distinto da quello dell'articolo 6 (§147), di guisa che non lo si possa ritenere assorbito nel secondo. Il primo, per l'appunto, riconosce a ciascun soggetto il diritto a un ricorso effettivo con cui contestare la violazione di una libertà convenzionale dinanzi a una istanza nazionale. Tale pretesa sussiste anche qualora la violazione lamentata sia connessa all'eccessiva durata del procedimento: l'eventuale assenza di un rimedio interno lede l'art. 13, perché esclude una effettiva tutela domestica cui il ricorrente ha diritto rispetto ad ogni violazione della Convenzione (§152: "the right of an individual to trial within a reasonable time will be less effective if there exists no opportunity to submit the Convention claim first to a national authority").

⁵³ Ad esempio, ci si è chiesti se la possibilità di lamentare la violazione di una libertà convenzionale davanti a un'istanza domestica implicasse l'obbligo per le Parti Contraenti di incorporare la Convenzione all'interno del proprio ordinamento. Rispetto a un tale quesito, oggi superato, va registrata la posizione negativa della Corte europea che ha escluso che l'art. 13 imponesse ai vari Stati una simile incorporazione (*Swedish Engine Drivers' Union vs. Sweden*, §50). Per le varie posizioni si veda A. PERTICI e R. ROMBOLI, *Art. 13, op. cit.*, p. 383-392. Nel senso dell'inattualità del dibattito, invece, R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso, op. cit.*, p. 279 e nt. 4.

offrire per l'invocata violazione di una libertà prevista dalla Convenzione⁵⁴.

5.4. Il sindacato europeo: esistenza di un rimedio e sua effettività.

Il riconoscimento della titolarità dello Stato non significa esclusione *tout court* del sindacato europeo sulla "giustiziabilità" interna delle libertà contrattuali⁵⁵. Atteso che "the principle

⁵⁴ Nell'interpretare l'articolo 13, la Corte europea ricorre alla formula per cui "the effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an "arguable complaint" under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision" (così, ad esempio, in *Chahal v. the United Kingdom*, 15.11.1996, §145; *Iovchev v. Bulgaria*, 02.02.2006, §142; *I. M. c. France*, 02.02.2012, §128; *Mohammed v. Austria*, 06.06.2013, §69-71; *East West Alliance Limited v. Ukraine*, 23.01.2014, §227 e, in termini simili, già, *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, 30.10.1991, §122, in <http://hudoc.echr.coe.int/>). Tale posizione costituisce un'ulteriore manifestazione del margine di apprezzamento, principio di elaborazione pretoria definibile come "the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention standards, taking into account their own particular national circumstances and conditions" (Y. ARAI-TAKAHASHI, *The difensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value pluralism in the European integration*, in *Rev. Eur. Droit Publ.*, 2001, p. 1162. In argomento si vedano anche, R. MACDONALD, *The margine of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, p. 95, e H. C. YOURROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, *Dodrecht*, 1996, p. 13, nonché, per una lettura nel senso di un rapporto tra art. 13 e margine di apprezzamento, R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso op. cit.*, p. 296-297).

⁵⁵ L'assenza a livello convenzionale di specifiche indicazioni quanto al contenuto e alla forma del rimedio (in tal senso, in modo chiaro, si veda (§205) quanto scritto in *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 08.07.1986, in <http://hudoc.echr.coe.int/> "neither Article 13 nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention") da accordare per il caso di violazione e il contestuale riconoscimento agli Stati sovrani di una certa discrezionalità in materia sono coerenti con il principio di sussidiarietà e con l'obiettivo di una tutela domestica e effettiva. Se, difatti, è comune ad ogni disciplina rimediale lo scopo di prevenire o interrompere la continuazione della violazione di un diritto così come quello di offrire "adequate redress" per le già occorse lesioni di questo, la previsione di rimedi secondo le logiche domestiche proprie delle diverse tradizioni giuridiche dovrebbe consentire un più facile raggiungimento già a livello interno di tali tipiche finalità (CEDU, *Scordino v. Italy*, 29.03.2006, §189, in <http://hudoc.echr.coe.int/>). Inoltre, nella giurisprudenza più recente, il riconoscimento della titolarità dello Stato a determinare, almeno in prima battuta, il tipo di rimedio si coniuga anche con una maggiore attenzione al livello interno della tutela, così da realizzare una funzionale ripartizione del meccanismo

*of subsidiarity does not mean renouncing all supervision of the result obtained from using domestic remedies*⁵⁶, la Corte di Strasburgo è intervenuta varie volte⁵⁷ in punto di determinazione dei confini del diritto ad un ricorso inter-

no ed effettivo, definendo lo stesso in termini di capacità a “*preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred*”⁵⁸.

All’interno di questa giurisprudenza si possono distinguere due aspetti che riflettono il sindacato sulla concreta capacità dell’ordinamento nazionale ad offrire al titolare del diritto convenzionale uno strumento con cui prevenirne la lesione o la sua continuazione e con cui offrire il giusto risarcimento.

Un primo profilo dell’effettività del rimedio è quello che giustifica la condanna degli Stati contraenti per non avere previsto all’interno del proprio ordinamento *i)* uno strumento con cui sospendere le possibili violazioni⁵⁹, *ii)* una pro-

di garanzia tra istanza interna e organo convenzionale. Questa dimensione di “*politique judiciaire*” è ben sintetizzata dal caso *Kudla v. Poland*. Posto che a seguito della riforma realizzata dal Protocollo 11 il filtro operato dalla Commissione è stato ommesso, la Corte era oberata da ricorsi individuali e, tra questi, una porzione notevole riguardava la irragionevole durata del processo. Valorizzando l’obbligo di predisporre rimedi interni ex art. 13, la Corte europea intende ridurre il numero di ricorsi e, in omaggio alla sua posizione apicale e alla funzione nomofilattica, procedere all’esame delle questioni più complesse, ossia quelle che non hanno ricevuto adeguata soddisfazione a livello interno, almeno secondo il ricorrente (il punto è colto dalla migliore dottrina per cui, con la decisione *Kudla v. Poland*, la Corte ha inteso anche “alleggerire il proprio carico di lavoro come giudice unico europeo con giurisdizione obbligatoria per gli Stati in ordine all’interpretazione ed applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, attraverso un recupero della regola (organizzatoria) di sussidiarietà tra se stessa e le proprie competenze di controllo, da una parte, e dall’altro le competenze delle istanze nazionali” (N. TROCKER, *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’azione nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Id.*, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino 2011, p. 260, e, in senso conforme, J.F. FLAUS, *Le droit à un recours effectif*, op. cit., p. 179; R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso*, op. cit., p. 293)).

⁵⁶ *Scordino v. Italy*, §192.

⁵⁷ In *limine* all’esame di questa giurisprudenza, conviene chiarire che il giudice europeo ha inteso il termine ricorso in modo tecnico. Ciò, non solo nel senso che esso non deve necessariamente fare riferimento ad un provvedimento avverso a una precedente decisione giudiziale, ma anche con riguardo al fatto che l’oggetto del giudizio di effettività possa fare riferimento a un atto non processuale. Sin dal fondamentale caso *Golder vs United Kingdom*, infatti, si è affermato che “*Article 13 speaks of an effective remedy before a “national authority” (“instance nationale”) which may not be a “tribunal” or “court” within the meaning of Articles 6 para. 1 and 5 para. 4” (Golder v. the United Kingdom, 21.02.1975, §33, in <http://hudoc.echr.coe.int/>). Si noti che tale possibilità differenzia la Convenzione dalle altre esperienze simili, a cui, come evidenziato *supra*, si erano ispirati gli Autori del testo europeo e che invece domandano sempre una tutela giudiziale (ad esempio, la Dichiarazione universale fa riferimento al “*right to an effective remedy by the competent national tribunals*”). Sul punto si vedano, per una lettura critica di questa impostazione, G. MALINVERNI, *Diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un’istanza nazionale: osservazioni sull’art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 399, e, per un confronto tra la soluzione della Convenzione e quelle contenute in altre simili dichiarazioni, A. PERTICI e R. ROMBOLI, op. cit., p. 379-383). Una volta ammessa la possibilità per gli Stati contraenti di assicurare il diritto al ricorso effettivo anche mediante strumenti extra-processuali, la Corte ha subito precisato che l’esame dell’effettività della tutela nazionale terrà presente le garanzie accordate all’organo cui ci si è rivolti (indipendenza dall’esecutivo, etc.) e ha escluso che il provvedimento emesso da un soggetto la cui cognizione dei fatti è molto limitata possa definirsi come un rimedio effettivo (*Klass v. Germany*, §67 e *Abdulaziz, Cabales, Balkandali v. the United Kingdom*, 28.05.1985, §93, in <http://hudoc.echr.coe.int/>)*

⁵⁸ *Kudla v. Poland*, §158. La valutazione da parte della Corte di Strasburgo dell’effettività del ricorso interno avviene a partire dal contesto normativo – sicché si deve tenere conto sia della materia in cui si inserisce il ricorso nazionale (a tal proposito, si può fare riferimento al caso *Klass vs Germany* dove, riconoscendo la specificità del legittimo “*system of secret surveillance*”, la Corte ha respinto le doglianze e ha ritenuto sufficiente per i cittadini interessati da queste misure di sorveglianze la possibilità di adire un giudice dopo aver ricevuta la comunicazione sulla fine del controllo delle comunicazioni) sia della possibilità di determinare l’effettività della soluzione nazionale combinando più ricorsi insieme (in tema rileva il caso *Silver vs United Kingdom*, §113 dove, in una vicenda riguardante i controlli della corrispondenza di persone reclusi in carcere, la Corte ha chiarito che “*although no single remedy may itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so*”) – e prescinde dall’esito positivo o negativo per il ricorrente (il principio per cui “*the effectiveness of a remedy, for the purposes of Article 13, does not depend on the certainty of a favourable outcome*” è affermato in CEDU, *Soering v. the United Kingdom*, 07.07.1989, §122; *Pine Valley Developments LTD and others v. Ireland*, 29.11.1991, §66; *Costello Roberts v. the United Kingdom*, 25.03.1993, §40; *Lorsé v. the Netherlands*, 04.02.2003, §96 e, già, *Swedish Engine Drivers’ Union*, §50, in <http://hudoc.echr.coe.int/>).

⁵⁹ In tal senso è *Čonka v. Belgium*, §79: “*The Court considers that the notion of an effective remedy under Article 13 requires that the remedy may prevent the execution of measures that are contrary to the Convention and whose effects are potentially irreversible*”. Nel noto caso *Keenan v. the United Kingdom*, 03.04.2001, §123-127, in <http://hudoc.echr.coe.int/>, i giudici di Strasburgo hanno censurato l’ordinamento inglese. Esso, infatti, non prevedeva un rimedio che il ricorrente, detenuto con un passato di malattie mentali, avrebbe potuto tempestivamente esperire contro la decisione di tenerlo in isolamento per altro tempo. In modo simile, la Corte (*Alekseyev v. Russia*, 21.10.2010, §99, in <http://hudoc.echr.coe.int/>) ha dichiarato che costituisce violazione dell’art. 13 Cedu l’assenza di uno strumento che garantisca agli organizzatori di una manifestazione pubblica di ottenere una decisione definitiva sulla liceità del diniego opposto dalle autorità di pubblica sicurezza, prima del momento previsto per lo svolgimento della manifestazione. Per un’applicazione di questa lettura dell’effettività del rimedio nella delicata materia delle espulsioni si veda *Jabari v. Turkey*,



cedura che consenta la concreta possibilità di accertare l'identità del colpevole di torture e altre violazioni dei diritti dell'uomo⁶⁰ iii) o un mezzo che offra un risarcimento alla vittima⁶¹.

11.07.2000 §50, *Josef c. Belgique*, 27.02.2014 §106 e, con riferimento al nostro ordinamento nazionale, *Hirsi v. Italy*, 23.03.2012 §205, in <http://hudoc.echr.coe.int/>. In quest'ultima decisione, la Corte ha censurato l'assenza di un ricorso con cui poter verificare la situazione personale di cittadini libici prima della loro espulsione in Libia.

⁶⁰ A proposito, ad esempio, della contestata violazione dell'art. 3 Cedu, la Corte ha chiarito che il diverso diritto a un rimedio interno comporta per lo Stato l'obbligo di svolgere indagini effettive, nel senso sia di "capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the relatives to the investigatory procedure" (*CEDU, Kaya v. Turkey*, 19.02.1998 §107 e *Assenov v. Bulgaria*, 28.10.1998, §117) sia di "its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State" (*CEDU, Aksoy v. Turkey*, 18.12.1996, §95; *Aydin v Turkey*, 25.09.1997, §103; *Ergi v. Turkey*, 28.07.1998, §96; *Orhan v Turkey*, 18.06.2002, §383, in <http://hudoc.echr.coe.int/>). Sui "turkish cases" si vedano F. HAMPSON e K. BOYLE, *Gross violations of Human Rights Invoking the European Convention on Human Rights in the Case of Turkey*, in *Neth. Q. Hum. Rts.*, 1997, p. 161.

⁶¹ Sin dal caso *Silver vs United Kingdom*, la giurisprudenza ha affermato che l'articolo 13 riconosce al singolo il diritto a un "remedy before a national authority in order both to have his claim decided and, if appropriate, to obtain redress". La giurisprudenza successiva ha meglio chiarito tale aspetto e, di recente, ha censurato quegli ordinamenti nazionali che non prevedevano un risarcimento del danno patito dai ricorrenti per la violazione di un diritto convenzionale. In questo senso milita il caso *Z. and others v United Kingdom*, relativo ad un caso di abusi familiari a danno di minori (sulla sentenza si vedano il commento di A. DI STEFANO, *Public Authority Liability in Negligence e diritto ad un ricorso effettivo nell'ordinamento britannico*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2003, p. 97, e, per una prospettiva di più ampio respiro, N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi*, op. cit., p. 262). Dinanzi alle giurisdizioni interne, la pretesa risarcitoria non aveva trovato accoglimento: come chiarito dall'*House of Lords*, nell'ordinamento inglese "no action lay against the local authority in negligence or breach of statutory duty concerning the discharge of their duties relating to the welfare of children under the Children Act 1989 in respect of child care" (§44). Pertanto, i danneggiati avevano deciso di adire la Corte di Strasburgo, dove avevano lamentato la violazione dell'art. 13 per assenza di un provvedimento interno (*local*) con cui ottenere *appropriate redress*. I giudici di Strasburgo hanno accolto il ricorso: quando "a right with as fundamental an importance as the right to life or the prohibition against torture, inhuman and degrading treatment is at stake", la disposizione convenzionale va intesa come obbligo per le Parti Contraenti a che, già a livello nazionale, sia "available to the victim or the victim's family a mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for acts or omissions involving the breach of their rights under the Convention" (§109). In termini non dissimili, *T.P. and K.M. v the United Kingdom*, 10.05.2001, §109, nonché *Kontrova v. Slovakia*, 31.05.2007 §62-65, in <http://hudoc.echr.coe.int/>, in cui si è affermato che per assicurare un rimedio effettivo nel caso di violazione del diritto alla vita, lo Stato deve prevedere non solo la possibilità per la vittima di richiedere un accertamento della responsabilità in sede giurisdizionale, ma anche quella di ottenere un indennizzo per i

Il secondo profilo dell'effettività coinvolge invece le modalità con cui sono concretamente esperiti i rimedi previsti all'interno dei diversi ordinamenti. A tal proposito la Corte ha affermato che l'art. 13 Cedu impegna gli Stati a garantire l'accessibilità al titolare di un diverso diritto previsto dalla Convenzione un rimedio la cui *effectiveness* sia assicurata "in practice as well as in law". In base a questo criterio, le Parti contraenti sono state censurate, a volte, per determinate normative che rendevano solo astratto il rimedio accordato⁶² e, in altri casi, per il modo in cui i giudici applicavano il mezzo interno previsto a tutela di un diritto convenzionale⁶³.

L'insieme dei due profili sottolinea come al diritto del singolo corrisponda l'obbligo per le Parti contraenti di soddisfare il bisogno di tutela delle libertà convenzionali i) mediante la previsione di rimedi adeguati a prevenire\interrompere la violazione delle libertà previste dalla CEDU o a riconoscere il risarcimento delle lesioni dei diritti già avvenute ii) e per il tramite di un'applicazione degli stessi appropriata al singolo bisogno.

danni morali provocati dalla morte dei propri figli. Per il principio per cui "in the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress" si vedano *Keenan v. the United Kingdom*, §130; *D.P. & J.C. v. the United Kingdom*, 10.02.2002, §135; *Paul and Audrey Edwards v United Kingdom*, 14.03.2002, §97, in <http://hudoc.echr.coe.int/>. Con riferimento al nostro ordinamento, la Corte (*Di Sarò et autres c. Italie*, 10.01.2012, §118, in <http://hudoc.echr.coe.int/>) ha avuto modo di censurare la mancanza di vie di ricorso utili ed effettive che permettano, a quanti abitano o lavorano in un comune della Campania in cui i rifiuti sono stati abbandonati per le strade, di sollevare, innanzi alle autorità nazionali, motivi attinenti alle conseguenze pregiudizievoli della cattiva gestione del servizio di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti.

⁶² Così, nel caso *Iovchev v. Bulgaria*, la Corte ha dichiarato la lesione dell'art. 13 Cedu, atteso che i tempi del procedimento e i costi previsti escludevano per il ricorrente una concreta effettività del rimedio (*Iovchev v. Bulgaria*, § 144-148. La vicenda era connessa alla normativa bulgara in tema di risarcimento per danni dovuti a trattamenti inumani subiti in carcere).

⁶³ Nel caso *Scordino v. Italy*, i giudici di Strasburgo hanno condannato la Parte contraente per il modo in cui, a livello nazionale, era applicato il rimedio risarcitorio per l'ipotesi di violazione del diritto alla ragionevole durata dei processi (art. 6, Cedu). A fronte di un consolidato orientamento teso a riconoscere un indennizzo eccessivamente inferiore rispetto a quanto accordato dal giudice europeo, la Corte ha ritenuto la somma accordata al ricorrente non essere adeguata a riparare la violazione.

6. L'effettività del rimedio oltre la Convenzione: il diritto dell'Unione.

Nell'ambito della ricordata circolazione dei diritti fondamentali, quanto finora affermato a proposito dell'art. 13 della Convenzione è stato ripreso anche da altri organi impegnati ad offrire una tutela giurisdizionale rispetto a pretese distinte da quelle riconosciute dalla Convenzione e che si muovono in un quadro istituzionale diverso.

A tal proposito occorre la vicenda dell'Unione Europea. Innanzitutto, analogamente all'art. 13 Cedu, l'art. 47 della "Carta europea dei diritti fondamentali" riconosce che "Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice"⁶⁴. Inoltre, sin dalla sentenza *Marguerite Johnston*, la Corte di Giustizia europea ha affermato che il riconoscimento al singolo "di far valere i propri diritti per via giudiziaria" debba essere interpretato alla luce del principio giuridico generale di cui all'art. 13 Cedu⁶⁵. Ne consegue che, anche nel diverso quadro istituzionale dell'Unione Europea, a livello di diritto positivo e di giurisprudenza, è possibile discorrere di diritto ad un rimedio effettivo sicché, anche in quell'ordinamento, dal diritto ad agire in giudizio "deriva che gli Stati membri sono tenuti ad adottare provvedimenti sufficientemente efficaci per raggiungere lo scopo della direttiva e a garantire che i diritti in tal modo attribuiti possano essere effettivamente fatti valere dagli interessati dinanzi ai giudici nazionali".

In omaggio a detto principio, l'organo dell'Unione ha cercato di "munire i *diritti di origine comunitaria* di un *adeguato apparato di rimedi*": "ad una stagione dell'esperienza europea caratterizzata dal riconoscimento della

«soggettività comunitaria» dei singoli e dell'affermazione di un ampio *corpus* di diritti (soggettivi) in capo ad essi (...), segue così una stagione in un'attenzione particolare è rivolta alle forme di tutela delle situazioni giuridiche di origine comunitaria e alle loro concrete modalità di attuazione all'interno degli ordinamenti nazionali"⁶⁶.

La dinamica di questa seconda stagione caratterizzata dal richiamo all'effettività della tutela si è manifestata con più percorsi. Da un lato, essa si è realizzata ogni qualvolta la Corte lussemburghese è intervenuta per fornire ai giudici nazionali l'interpretazione più corretta dei rimedi previsti a livello comunitario. Sempre, in questi casi, il giudice dell'Unione ha inteso offrire l'interpretazione del dato normativo nel senso dell'efficacia del rimedio, sia essa la nullità delle clausole vessatorie⁶⁷, l'intervento officioso del giudice⁶⁸ o altro ancora. Dall'altro lato, il richiamo all'effettività è avvenuto anche quando la disciplina comunitaria non facesse riferimento al rimedio da accordare al singolo. Ancorché rimessa all'ordinamento interno, la Corte di Giustizia ha sempre affermato che la scelta (nazionale) della tutela (da riconoscere alle posizioni comunitarie) debba tenere presente il profilo dell'effettività⁶⁹.

7. Conclusioni.

Per quanto il principio di effettività della tutela non sia estraneo alla nostra tradizione giuridica⁷⁰, la breve indagine sulla sua tenuta nel "contesto internazionale" consente di meglio comprendere quale sia il significato dell'effettività della tutela "come diritto ad un

⁶⁴ Il testo (noto come Carta di Nizza) è pubblicato in G.U.C.E. C-346/1, 18.12.2000 ed è disponibile in www.europarl.europa.eu. In argomento, *ex multis*, P. GIANNITI, *I diritti fondamentali nell'Unione Europea: la Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna-Roma, 2013; M. NAPOLI (a cura di), *La carta di Nizza: i diritti fondamentali*, Milano, 2004; G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

⁶⁵ CGE, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/1984, §17-18. Anche la successiva citazione è tratta da questa pronunzia.

⁶⁶ N. TROCKER, *L'Europa delle Corti sovranzionali: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011, p. 110.

⁶⁷ In argomento, L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. impr.* 2011, 6, p. 1366.

⁶⁸ Sul tema si veda, in luogo di tanti, S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Id.*, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 3.

⁶⁹ CGUE, *Genil 48 SL, Comercial Hosteleria de Grandes Vinos SL v. Bankinter SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, C-604/11 e *LCL Le Credit Lyonnais SA v. Fesih Kalhan*, C 565/12.

⁷⁰ Come mostrato dalla diffusa attenzione che il profilo ha ricevuto sul piano dottrinario: *supra* §4.



rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela⁷¹.

È in questo discorso che s’inserisce la sentenza 21255/2013. Innanzitutto, questa decisione ha il merito di allargare il diritto al rimedio effettivo anche oltre il sistema della Convenzione o di altro ordinamento caratterizzato dalla sussidiarietà della tutela (Unione Europea): si tratta di un diritto che colora ogni momento dell’attività giurisdizionale dei diritti e degli interessi giuridicamente rilevanti⁷².

Non solo il titolare di libertà convenzionali (ex art. 13, Cedu) o di posizioni giuridiche di diritto europeo (ex art. 47, Carta di Nizza), ma, in virtù del primo comma dell’art. 24 Cost., “tutti” hanno il diritto ad una tutela effettiva e, pertanto, anche l’ordinamento interno e il giudice comune hanno il dovere di assicurare alla parte il soddisfacimento del bisogno di tutela della situazione sostanziale **interna**.

Ciò vuol dire che è costituzionalmente doveroso articolare (prevedere e interpretare⁷³) i ri-

medi di modo che questi siano adeguati a “*preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred*”. Questa “ricerca” non è una facoltà del giudice: essa rileva come modo di attuazione del diritto costituzionale al giusto rimedio e, quindi, è da qualificarsi alla stregua di un obbligo per il giudice, che, come nel caso oggetto della pronuncia 21255/2013, deve realizzare la massima forma di tutela tra quelle possibili.

⁷¹ L’espressione, felice e chiara, è tratta da I. PAGNI, *Tutela specifica*, op. cit., p. 292 ed è ripresa da Cassazione 21255/2013, p. 70.

⁷² Nel senso del testo militano N. TROCKER, op. cit., p. 265 (per il quale “se l’azionabilità delle pretese nel contesto delle giurisdizioni domestiche realizza l’immediatezza della garanzia implicata nel diritto di accesso alle corti (il *right of access to the courts*), l’obiettivo di una efficace prestazione giurisdizionale impone la predisposizione di un adeguato apparato di rimedi.”), L. P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 675 (per cui “la correlazione indissolubile fra il riconoscimento sostanziale di un diritto o di un interesse, giuridicamente protetti, e le possibilità di una loro piena tutela nel processo, attraverso un’adeguata gamma di mezzi di attuazione o di realizzazione giurisdizionale, rappresenta, pur con una pluralità di espressioni diverse, un punto ormai fermo nelle tradizioni di *civil* e di *common law*”) e R. CONTI, *Il principio di effettività*, op. cit., p. 379 (per il quale il principio in parola costituirebbe “l’effettività della tutela offerta dal giudice nazionale è diventata un canone fondamentale che vive in qualunque settore del diritto”).

⁷³ Si è visto che il principio di effettività nella sistematica della Cedu e dell’Unione Europea è idoneo a obbligare il legislatore nazionale a prevedere nuovi strumenti e rimedi che, ancorché se liberamente determinati da quest’ultimo, devono essere effettivi. Una volta esteso il *right to an effective remedy* a tutte le posizioni sostanziali (anche a quelle di diritto interno), si dovrebbe ritenere ammissibile considerare l’effettività dei rimedi come un parametro di costituzionalità della normativa interna, con la conseguenza che *i*) al legislatore sarebbe preclusa la facoltà di limitare ingiustificatamente le misure di tutela *ii*) e che al giudice comune sarebbe consentito di sollevare una questione di legittimità costituzionale per la misura di tutela che esclude altre forme possibili e più adeguate. In tal senso, A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, op. cit., p. 372 (per il quale dalla giurisprudenza costituzionale (in particolare, dalla decisiva sentenza 14.07.1986 n° 186, in www.cortecostituzionale.it), si trarrebbe l’indicazione di metodo per cui “una volta individuato un diritto

meritevole di tutela (come il diritto alla salute, ex art. 32 cost.), sorge l’esigenza di rinvenire nell’ordinamento un mezzo di tutela adeguato, pena l’illegittimità costituzionale di norme o disposizioni che tale tutela non somministrino o somministrino in forma insufficiente (ad esempio, l’art. 2059)) e I. PAGNI, *Tutela specifica e per equivalente*, op. cit., p. 84 e p. 294, (per la quale si potrebbe, come *extrema ratio*, tacciare di incostituzionalità tutte le eventuali restrizioni della tutela che non trovino “giustificazione nel limite dell’impossibilità naturale o dalla necessità di un bilanciamento di valori”). Meno netto sulla possibile incostituzionalità della norma legislativa che offra una tutela inadeguata è R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela*, op. cit., p. 67-68.



IL CONTROLLO D'UFFICIO SUL SIGNIFICATIVO SQUILIBRIO NELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA

Di Federico Della Negra

| 71

SOMMARIO: 1. *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e i diritti dei consumatori.* - 2. *L'esame d'ufficio del diritto comunitario.* - 3. *L'esame d'ufficio della clausola vessatoria.* - 4. *I presupposti dell'esame officioso.* - 5. *I poteri del giudice e i rimedi contrattuali.* - 6. *Diritti dei consumatori e diritti fondamentali: quale futuro?*

1. Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e i diritti dei consumatori.

Il principio di effettività ha da sempre svolto un ruolo cruciale nel diritto comunitario (ora dell'Unione europea).¹ Generalmente inteso a designare «una esistenza giuridica valutata nella concretezza dei comportamenti praticati»,² nell'ambito del diritto dell'Unione il principio o criterio di effettività è stato inizialmente declinato dalla Corte di Giustizia nei principi di efficacia diretta³ e primazia o prevalenza del diritto comunitario⁴. Non soltanto il singolo può invo-

care direttamente i diritti a lui attribuiti dal legislatore comunitario senza l'intermediazione dello Stato membro (efficacia diretta), ma tale attribuzione non può essere modificata dal legislatore nazionale, nemmeno mediante una legge successiva all'entrata in vigore della normativa dell'Unione (primazia). Tali principi, tra loro complementari, hanno contribuito a saldare il legame tra cittadino europeo, norma e ordinamento giuridico comunitario.⁵ Nell'ottica di rafforzare il ruolo del singolo nel sistema giuridico disegnato dai Trattati, la Corte di Giustizia ha utilizzato il concetto di effettività anche al fine di fissare la soglia minima di tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione.⁶ In tale diversa accezione, esso viene dunque associato alla garanzia di una tutela giurisdiziona-

¹ Con il passaggio dalla Comunità europea all'Unione europea sono state avanzate diverse proposte terminologiche per sostituire l'aggettivo "comunitario". Ai fini di questo contributo si impiegheranno, indistintamente, le formule di "diritto comunitario" e "diritto dell'Unione".

² N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 3, p. 887 ss. Per un inquadramento teorico del principio di effettività si vedano, ex multis, P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953; A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.

³ CGCE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, in *Racc.*, p. 1.

⁴ CGCE, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. ENEL*, *Racc.*, p.

1127.

⁵ Per il riferimento del principio di effettività alla norma ovvero all'ordinamento giuridico si veda A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 457 ss.

⁶ Si vedano, in tal senso, N. Lipari, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, cit., p. 890; N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2, 2010, p. 361 ss.



le effettiva,⁷ principio che trova espressione anche negli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) nonché l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (d'ora in avanti anche "la Carta").⁸ Il carattere tipicamente rimediabile del diritto dell'Unione si è infatti sviluppato in relazione all'esigenza, sentita soprattutto dalla Corte di Giustizia, di assicurare i mezzi attraverso cui un certo risultato, previsto in astratto dalla norma comunitaria, può essere conseguito nella vicenda applicativa del diritto interno.⁹ La circostanza che gli Stati membri rimangano liberi, in linea di principio, di stabilire le modalità di attuazione dei diritti, in senso sostanziale e soprattutto processuale, rappresenta infatti un potenziale ostacolo per l'effettività e l'uniforme applicazione del diritto comunitario. Per questo la Corte di Giustizia ha stabilito che, ferma restando l'autonomia procedurale, le modalità di attuazione dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

I vuoti di tutela lasciati dal diritto nazionale emergono in modo più accentuato là dove esistono difficoltà "pregiuridiche", connesse, ad esempio situazioni di difficoltà economica, culturale e sociale, che si frappongono all'esercizio dei diritti. Non è dunque un caso che il dialogo fra le Corti sulle tecniche e sulle forme di tutela abbia riguardato il diritto dei

consumatori ed in particolare i poteri di intervento del giudice nella dinamica processuale (e sostanziale) tra professionista e consumatore.¹⁰ Al giudice nazionale la Corte di Giustizia ha così attribuito il potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità ex art. 3 della direttiva 1993/13 sulle clausole abusive allo scopo di riequilibrare, sul piano processuale, l'asimmetria che contraddistingue il rapporto di consumo.

Il presente contributo ambisce a tracciare i caratteri fondamentali di tale rimedio, verificandone, in particolare, l'incidenza sulla protezione del consumatore e sulla tutela dei diritti fondamentali.

2. L'esame d'ufficio del diritto comunitario

Prima che in relazione al diritto dei consumatori, la Corte di Giustizia ha allargato i poteri officiosi del "giudice comune del diritto comunitario" in riferimento alle violazioni del diritto comunitario riferibili agli Stati membri. L'obbligo di rilevare d'ufficio tali questioni discende, come logico corollario, dal principio di primazia del diritto dell'Unione. Come affermato nella sentenza *Simmmenthal*, quest'ultimo implica che il giudice nazionale abbia il dovere di disapplicare le disposizioni contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva, con la norma comunitaria.¹¹ Qualsiasi previsione di carattere processuale che ostacoli ovvero non faciliti tale compito del giudice nazionale si pone per ciò stesso in contrasto con il diritto comunitario.

Alla luce di tale principio nel 1991 la Corte di Giustizia attribuiva, per la prima volta, al giudice nazionale il potere di valutare la conformità interna con le disposizioni puntuali ed incondizionate di una direttiva per la quale era scaduto il termine di attuazione anche nel caso in cui l'interessato non abbia invocato dinanzi al giudice il beneficio di detta direttiva.¹² Il medesimo principio è stato suc-

⁷ G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della corte di giustizia nell'evoluzione dell'unione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, fasc.3, 2013, p. 483. Si veda anche R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, p. 7 ss.

⁸ Dal 1° dicembre 2009, data in cui il Trattato di Lisbona è entrato in vigore, la Carta dei diritti fondamentali ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 del Trattato sull'Unione Europea). Il diritto ad un ricorso effettivo è anche riconosciuto, a livello internazionale, dall'art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo firmata a New York nel 1948 e dall'art. 2 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici firmato a New York il 16 dicembre 1966.

⁹ Si veda, in senso quasi letterale, N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 3, p. 887 ss. Si vedano anche A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; G. VETTORI (a cura di), *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008; S. Mazzamuto, A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

¹⁰ Si veda G. VETTORI, *Diritti, Principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le Corti*, in *Eur.dir.priv.*, 2011, p. 237 ss.

¹¹ CGCE, sentenza 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmmenthal*, in *Racc.*, pag. 626

¹² CGCE, sentenza 11 luglio 1991, C-87/90-89/90, *Verholen* *Racc.* I-3757. La Corte di Giustizia non segue invece l'Avvocato Generale Darmon, del 29 maggio 1991, che in-



cessivamente affermato nella sentenza *Van Schijndel* in relazione ai principi della libera concorrenza e libera circolazione dei servizi previsti dal Trattato CE.¹³ In tale sentenza la Corte affronta inoltre delicato rapporto tra principio della tutela giurisdizionale effettiva ed autonomia procedurale. In base a quest'ultimo principio gli Stati membri rimangono liberi di stabilire le modalità di attuazione dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione ma queste non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).¹⁴ Secondo la sentenza *Van Schijndel* per stabilire se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario è necessario esaminare i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, ed, in particolare, il principio dispositivo, «secondo il qua-

l'ufficio solo in casi eccezionali in cui il pubblico interesse esige il suo impulso». ¹⁵ Ne deriva, secondo la Corte che i giudici nazionali non sono tenuti a sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo.¹⁶ Il principio di effettività viene

vece aveva configurato l'esame officioso come un obbligo per il giudice nazionale.

¹³ CCGE, sentenza 14 dicembre 1995, C-430/93-431/93, *Van Schijndel*, Racc. I-04705. In proposito si veda S. Prechal, *Community Law in National Courts: The Lessons from Van Schijndel*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 681 ss.

¹⁴ CGCE, sentenza 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe*, Racc. I-00649; sentenza 9 novembre 1983, C-199/82, *San Giorgio*, Racc. pag. 3595; sentenza 25 febbraio 1988, C-331/85, 376/85 e 378/85, *Bianco e Girard*, Racc. pag. 1099; sentenza 24 marzo 1988, C-104/86, Commissione/Italia, Racc. pag. 1799; sentenza 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, Racc. pag. I-5357. Recentemente, si veda CGUE, sentenza del 19 luglio 2012, C-591/10, *Littlewoods Retail e a.*

¹⁵ CCGE, sentenza 14 dicembre 1995, C-430/93-431/93, *van Schijndel*, cit., p. 21.

¹⁶ In questo senso anche CGCE, sentenza 7 giugno 2007, C-222/05, *van der Weerd*, Racc. I-04233. Si veda invece la sentenza 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*, Racc. I-04599 in cui la Corte attribuisce al giudice nazionale la facoltà di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria. Naturalmente l'esame d'ufficio potrà essere affermato sulla

dunque più propriamente inteso come criterio di valutazione o di bilanciamento tra la normativa comunitaria e nazionale.¹⁷

3. L'esame d'ufficio della clausola vessatoria

Nell'ambito del diritto dei consumatori, invece, il criterio di effettività ha assunto una diversa fisionomia. Esso infatti figura non tanto come criterio di bilanciamento quanto come standard minimo di tutela di un certo diritto. Più che sulla relazione tra normativa processuale interna e comunitaria, l'attenzione della Corte in tale contesto, si sposta infatti sul rapporto tra rimedio nazionale e situazione soggettiva del consumatore al fine di verificare se il primo offra una risposta adeguata al bisogno di tutela del secondo.¹⁸

Tale ragionamento emerge per la prima volta nella sentenza *Océano* che ha attribuito al giudice nazionale la facoltà di esaminare d'ufficio la vessatorietà della clausola contrattuale.¹⁹ Nel caso che ha dato origine al rinvio pregiudiziale, il venditore agiva in giudizio contro il consumatore instaurando un procedimento ingiuntivo. Il giudice competente era quello presso cui il professionista aveva sede legale in virtù di una clausola derogativa della competenza inserita nelle condizioni generali di contratto. Il giudice del rinvio, accertata la mancata costituzione in giudizio del consumatore, non poteva tuttavia rilevare la nullità della clausola d'ufficio dal momento che tale facoltà non gli veniva accordata dalla legge spagnola.

È importante ricordare che la direttiva 1993/13/CE sulle clausole abusive, la quale stabilisce un regime di armonizzazione minima delle legislazioni nazionali, si limita a prevedere che le clausole abusive non vincolano il con-

base del criterio dell'equivalenza ove le norme nazionali prevedano un dovere di intervento officioso in relazione alla medesima fattispecie emersa a livello comunitario. Si veda, in particolare, CGCE, sentenza 1° giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, Racc. 03055.

¹⁷ Si veda H. SCHEBESTA, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, in *European Review of Private Law*, 4, p. 858.

¹⁸ Cfr. H. SCHEBESTA, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, cit., p. 859.

¹⁹ CGCE, sentenza 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial*, Racc. I-04941.



sumatore (art. 6).²⁰ Gli Stati membri hanno tradotto il vago riferimento alla “non vincolatività” della clausola attraverso varie soluzioni tra cui la nullità assoluta²¹, l’inesistenza²², la nullità relativa²³ e la nullità di protezione²⁴. Dal momento che il legislatore spangolo ha previsto una nullità relativa,²⁵ il giudice *a quo* domandava alla Corte di Giustizia se la normativa di trasposizione fosse compatibile con la direttiva 1993/13. La Corte parte dal presupposto secondo cui «il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull’idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione».²⁶ Nel caso di specie, tale asimmetria risultava, per altro, accentuata dal fatto che l’obbligo di sottoporsi alla giurisdizione del foro dell’imprenditore, poteva comportare costi sproporzionati rispetto al valore modesto della controversia.²⁷ Per tale ragione, secondo la Corte, soltanto mediante l’intervento del giudice, che valuti *ex officio* la vessatorietà, è possibile rimediare a tale squilibrio contrattuale.²⁸

È evidente dunque che la regola processuale viene modellata sulla particolare condizione di debolezza economica, prima che contrattuale,

del consumatore.²⁹ Non è chiaro, invece, se il potere del giudice possa spingersi sino al punto di disapplicare *motu proprio* la clausola nulla o debba invece essere limitato alla sua rilevazione.³⁰ Prima di affrontare tale questione, che incide profondamente sul livello di tutela del consumatore e sul rapporto tra diritto nazionale e comunitario, è opportuno definire i presupposti in presenza dei quali la Corte di Giustizia ha riconosciuto il potere-dovere del giudice di esaminare la vessatorietà d’ufficio.

4. I presupposti dell’esame officioso

Nella sentenza *Mostanza Claro* la Corte ha innanzitutto precisato il giudice nazionale ha non soltanto la facoltà ma l’obbligo di esaminare la vessatorietà d’ufficio.³¹ L’approdo verso il carattere obbligatorio trova fondamento nel carattere imperativo degli artt. 6, 7 della direttiva la quale costituisce «un provvedimento indispensabile per l’adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per l’innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno».³² L’attuazione di tale obiettivo, chiaramente ispirato da esigenze di ordine pubblico, non può essere lasciato ad una scelta discrezionale del singolo giudice. Quest’ultimo è tenuto, come affermato nella sentenza *Pannon*, ad esaminare la vessatorietà a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine.³³ Nella successiva sentenza *Pénzügyi*, tale obbligo è stato esteso, seppur in relazione alle clausole derogative della competenza territoriale, anche alle misure istruttorie necessarie per poter procedere all’esame della vessatorietà.³⁴

²⁰ Per un quadro completo delle soluzioni legislative adottate dagli Stati membri in sede di trasposizione della direttiva si veda H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, *Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, 2008, p. 340 ss.

²¹ Si veda, in particolare, il § 306 BGB.

²² Art. 132-1 code de la consommation.

²³ Si vedano, in particolare, l’art. 55 del codice civile della Repubblica Ceca; l’art. 385 del codice civile polacco; l’art. Art. 6:233 del codice civile olandese; l’art. 209 del codice civile ungherese.

²⁴ Si veda, in particolare, l’art. 36, comma 3, codice del consumo e l’art. 141-4, code de la consommation.

²⁵ Art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

²⁶ CGCE, sentenza 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial*, cit., p. 25.

²⁷ Ivi, p. 22.

²⁸ Nel caso di specie la Corte ha inoltre ritenuto che tale clausola rientra nella categoria di quelle che hanno lo scopo o l’effetto di sopprimere o limitare l’esercizio di azioni legali da parte del consumatore, categoria contemplata al punto 1, lett. q), dell’allegato della direttiva (punto 22). Dalla sentenza 1° aprile 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, Racc. I-03403, la Corte ha invece affermato il principio secondo cui spetta al giudice nazionale stabilire, in base ai criteri dell’art. 3 della direttiva se la clausola è abusiva. In tal senso si vedano anche la sentenza 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, Racc. I-04713; sentenza del 26 aprile 2012, *Invitel*, C-472/10.

²⁹ CGCE, sentenza 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial*, cit., p. 27.

³⁰ Nella sentenza *Océano* infatti la Corte impiega il termine “valutare” l’abusività (in inglese “determine” e in francese “apprecier”). Più precisa è l’affermazione nella sentenza 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis*, Racc. I-10875, in cui la Corte si riferisce alla facoltà del giudice di “rilevare” l’abusività (in inglese “find” e in francese “relever”).

³¹ CGCE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, Racc. I-10421.

³² CGCE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, cit., p. 34.

³³ CGCE, sentenza 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, Racc. I-04713.

³⁴ CGCE, sentenza 9 novembre 2011, C-137/08, *Pénzügyi Lizing Zrt*, Racc. I-10847.



A differenza del caso *Océano*, in cui parimenti veniva in discussione una clausola derogativa della competenza territoriale, nei casi *Pannon* e *Pénzügyi* entrambi relativi a procedimenti sorti in Ungheria, il consumatore presentava opposizione contro l'ingiunzione di pagamento instaurando così la fase contraddittoria del procedimento monitorio. In tale opposizione tuttavia il consumatore non eccepiva la vessatorietà della clausola avanzando difese attinenti soltanto al merito (*Pannon*) ovvero non precisando i motivi dell'opposizione (*Pénzügyi*).

Gli effetti delle diverse condotte processuali del consumatore sul controllo d'ufficio vengono per la prima volta esaminati dalla Corte nella sentenza *Asturcom*.³⁵ Nel caso che ha dato origine al rinvio pregiudiziale, il professionista avviava un procedimento arbitrale per vedere condannata la consumatrice al pagamento delle somme dovute in relazione ad un contratto di telefonia. Non essendosi quest'ultima costituita in giudizio, il lodo arbitrale acquisiva autorità di cosa giudicata. Il giudice dell'esecuzione ravvisava tuttavia la possibile abusività della clausola compromissoria e domandava alla Corte di Giustizia se la direttiva 1993/13 consentisse al giudice nazionale di rilevare tale abusività ex officio anche ove il lodo arbitrale fosse diventato definitivo.

La Corte, nel solco del precedente *Mostanza Claro*, attribuisce all'art. 6 della direttiva il rango di norma di ordine pubblico. Dal momento che il giudice spagnolo è tenuto secondo le norme procedurali interne a valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico, ne consegue, applicando il principio di equivalenza, che egli è parimenti tenuto a valutare d'ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell'art. 6 della direttiva 93/13.³⁶ Tale ragionamento, sia detto per inciso, ha influenzato anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione. Proprio dalle pronunce *Pannon* e *Asturcom* la Suprema Corte ha tratto il convincimento secondo cui il rilievo officioso della

nullità, essendo fondato sulla tutela di interessi generali non è sacrificabile in nome del rispetto, meramente formalistico, del divieto di extrapetizione.³⁷ Esempio emblematico di dialogo fra le Corti ma soprattutto di un procedimento ermeneutico nel quale la previsione "di settore" diventa punto di riferimento per l'interpretazione del diritto "comune" dei contratti.³⁸

Ritornando al caso *Asturcom*, è opportuno ricordare che la Corte non ha ritenuto applicabile al caso di specie il principio di effettività. Al giudice non può infatti essere chiesto di supplire integralmente la completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo.

Appare tuttavia particolarmente arduo stabilire, alla luce della giurisprudenza successiva, il *discrimen* tra esercizio «facile o soggetto ad un trattamento particolarmente favorevole»³⁹ dei diritti individuali ed esercizio difficile o praticamente impossibile di tali diritti. Nel caso *Banco Español de Crédito*, ad esempio, la Corte ha esteso la rilevabilità officiosa anche alla fase monitoria del procedimento d'ingiunzione, che si svolge a cognizione sommaria e *inaudita altera parte*.⁴⁰ Si trattava di un caso in cui, come ha sottolineato l'Avvocato Generale Trstenjak nelle sue conclusioni, l'esercizio dei diritti processuali del consumatore non appariva di per sé impossibile stante la possibilità per il consumatore di sollevare la questione della vessatorietà nella successiva fase, a cognizione piena, del procedimento ingiuntivo.⁴¹ Nella sentenza *Aziz*, la Corte si è spinta oltre, attribuendo al giudice dell'esecuzione – nei cui confronti il consumatore aveva sollevato per la prima volta la questione dell'abusività della clausola con-

³⁵ CGCE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones S.L.*, Racc. I-09579.

³⁶ Si veda S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 90 che sottolinea il peso delle circostanze fattuali nella valutazione della Corte di Giustizia.

³⁷ Si veda Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Fo-ro it.*, 2013, I, c. 1238 ss., e, più recentemente, Cass., 12 luglio 2013, n. 17257, in *I Contratti*, 1, 2014, p. 15 ss.

³⁸ N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1, 2008, p. 13.

³⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, 21 novembre 2013 in causa C-482/12, *Peter Macinský*, p. 30.

⁴⁰ CGUE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*.

⁴¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak, 14 febbraio 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, p. 53.



trattuale – il potere-dovere di prendere tutte le misure necessarie, tra cui quella della sospensione della procedura esecutiva, affinché il giudice del merito possa esaminare la compatibilità della clausola rispetto alla direttiva 1993/13.⁴² Infine, nella recente sentenza *Jörös*, la Corte, ha stabilito che, in base al principio di equivalenza, il giudice nazionale d'appello deve valutare, d'ufficio o riqualificando il fondamento giuridico della domanda, il carattere abusivo di dette clausole rispetto ai criteri di tale direttiva.⁴³ In modo non dissimile rispetto ad *Asturcom* il principio di equivalenza viene così chiamato a svolgere una funzione supplente rispetto al principio di effettività. Come si vede dunque la soglia oltre la quale strategia processuale del consumatore ricade fuori dalla tutela giurisdizionale effettiva appare dunque piuttosto elevata.

5. I poteri del giudice e i rimedi contrattuali

L'obiettivo della Corte di Giustizia è infatti quello di allargare l'accesso alla giustizia nel processo.

Mentre i meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie, recentemente sviluppati dal legislatore comunitario (direttiva sull'ADR per i consumatori e il regolamento sull'ODR per i consumatori)⁴⁴ agiscono fuori dal processo, il controllo d'ufficio favorisce l'accesso alla giustizia endo-processuale.⁴⁵

⁴² CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz*.

⁴³ CGUE, sentenza 30 maggio 2013, in causa C-397/11, *Jörös*. Si vedano in proposito le considerazioni di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità e l'articolazione di nuovi mezzi di prova nella cornice dell'effettività della tutela. Il dialogo fra le Corti*, in *I Contratti*, 1, 2014, p. 21.

⁴⁴ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), Regolamento (UE) N. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Regolamento sull'ODR per i consumatori)

⁴⁵ Cfr. V. Zeno-Zencovich, M. C. Paglietti, *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?*, in *Nuov. Giur. Civ. comm.*, 2009, II, p. 270.

Questa tesi appare rafforzata da alcune recenti pronunce che hanno delimitato, a nostro avviso il raggio d'azione dei poteri officiosi al momento processuale della tutela.⁴⁶ Al fine di chiarire il senso dell'affermazione, è opportuno ricordare che nel *leading case Océano* la Corte non aveva distinto il potere del giudice di rilevare la nullità da quello di non applicare la clausola in esame. Tale distinzione è stata affermata soltanto nella sentenza *Pannon*, in cui la Corte ha precisato che il giudice nazionale non deve applicare la clausola tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga. In altri termini, una volta rilevata la nullità d'ufficio il giudice è tenuto ad instaurare il contraddittorio tra le parti, non potendo decidere di disapplicare la clausola *motu proprio*.

Tale principio, messo in dubbio da una pronuncia di poco successiva,⁴⁷ è stato ribadito, più recentemente, nella sentenza *Banif Plus Bank*.⁴⁸ In tale pronuncia la Corte ha ulteriormente chiarito che l'obbligo di informare le parti e di dare loro la possibilità di presentare osservazioni sul modello del novellato art. 101 c.p.c., rispecchia l'esigenza di garantire il diritto di difesa delle parti che trova espressione nell'art. 47 della Carta di Nizza.⁴⁹ E' dunque interessante notare che tale norma, per la prima volta menzionata in riferimento alla direttiva 1993/13, viene impiegata dalla Corte non già per rafforzare la tutela del consumatore ma per limitare la virtualità espansiva del principio di effettività. Lasciando per un momento da parte tale questione, l'obbligo di instaurare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio risponde, secondo la Corte, anche alla finalità di

⁴⁶ Si può fare riferimento, impiegando una nota terminologica, anche alle tecniche di tutela, strumenti processuali attraverso cui vengono veicolate le forme di tutela. In proposito si veda, soprattutto, A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e teniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989 p. 11 ss.

⁴⁷ CGCE, sentenza 17 dicembre 2009, C-227/08, *Eva Martín Martín*, Racc. I-11939. In tale pronuncia, relativa all'applicazione della direttiva 1985/577, la Corte ha stabilito, in conformità all'art. 4 della direttiva, che il giudice nazionale ha l'obbligo non soltanto di rilevare ma anche di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto ove il consumatore non sia stato informato del suo diritto di recesso. Nel caso di specie, per altro, il consumatore non aveva mai fatto valere tale nullità né nel giudizio di primo grado né in quello d'appello nell'ambito del quale era stata posta la questione pregiudiziale alla CGUE.

⁴⁸ CGUE, 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank*.

⁴⁹ Ivi, p. 21.



tenere conto della volontà espressa dal consumatore «quando quest'ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, afferma tuttavia di opporsi alla sua disapplicazione, dando quindi un consenso libero e informato alla clausola di cui trattasi».⁵⁰

Tale principio, da cui sembra trasparire la *ratio* della nullità di protezione prevista all'art. 36, comma 3 cod. cons., ha rafforzato il convincimento di quanti in dottrina, configurano una convalida endo-processuale del contratto nullo nel caso in cui il consumatore si opponga alla declaratoria di nullità.⁵¹ L'opposizione del consumatore, espressa in modo non equivoco, sanerebbe, sul piano sostanziale, la nullità. Altri invece ha invece criticato tale ipotesi ricostruttiva rilevando che ammettere la convalida del contratto nullo in assenza di una previsione normativa svuoterebbe di significato il giudizio di disvalore espresso dall'ordinamento attraverso l'istituto della nullità.⁵² A ritenere diversamente verrebbe inoltre pregiudicato il principio della irrinunciabilità dei diritti del consumatore enunciato all'art. 143 cod. cons. Si tratta di una disposizione «finale»⁵³ che salda il legame tra interesse del consumatore e interesse pubblico rendendo invalida un'ipotetica rinuncia alla nullità, fermo restando la validità di una rinegoziazione che elimini, in radice, il significativo squilibrio contrario a buona fede ex art. 33 cod. cons.⁵⁴

⁵⁰ Ivi, p. 22.

⁵¹ Si veda, in particolare, S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., p. 90 ss; ID., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 167 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 51 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *I Contratti*, 2009, p. 744 ss.; S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della Corte di Giustizia*, in *I Contratti*, 2009, p. 1122 ss.

⁵² Si vedano, in particolare, A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2012, p. 512; BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 870 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 20; ID., *Commento agli art. 36, commi 1, 3, 4, 5 e 38*, in *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2006, p. 386

⁵³ F. D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. e impr.*, 4-5, 2013, p. 875 ss.;

⁵⁴ In tal senso si vedano S. MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti attribuiti al consumatore*, in *Contratti*, 2007, 7, p. 697 ss; G. BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2011, p. 490; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno,

Del resto, non pare possano trarsi argomenti validi in favore della convalida dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. All'innalzamento della tutela processuale del consumatore, raggiunto mediante l'ampliamento dei poteri del giudice nazionale, corrisponderebbe un (paradossale) abbassamento di quella sostanziale. Il passaggio sopra richiamato della sentenza *Banif Plus Bank* non inficia questa tesi. L'obbligo di interpello del consumatore, postulato dalla Corte, implica evidentemente che quest'ultimo decida di non avvalersi della nullità,⁵⁵ ma non può invece determinare una rinuncia al diritto di far valere la nullità in un diverso processo.⁵⁶ Tale ricaduta sostanziale del potere officioso risulta vieppiù smentita dal fatto che l'art. 6 della direttiva 1993/13, come affermato dalla sentenza *Pere-nicova*, non autorizza il giudice nazionale a fondare il suo convincimento in merito alla scelta (sostanziale) se mantenere o meno in vita il contratto sulla base dell'eventuale vantaggio del consumatore.⁵⁷ Anzi, la Corte ha precisato che è la necessità di garantire l'effetto deterrente esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione della clausola vessatoria ad impedire al giudice nazionale di modificare l'importo degli interessi della clausola abusiva⁵⁸ ovvero di ridurre la penale d'ufficio.⁵⁹

In tal modo la Corte di Giustizia sembra aver raggiunto un compromesso tra tutela (sostanziale) dell'interesse pubblico e garanzia (processuale) dell'interesse privato che è anche alla base della affermata natura plurifunzionale della nullità protezione.⁶⁰

Torino, 1999, p. 1351.

⁵⁵ Sembra invece escludere financo tale possibilità R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in www.juscivile.it, 2013, p. 7.

⁵⁶ Si veda V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 401. In ogni caso – come rileva S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., p. 105 ss. – la condotta del consumatore non può risolversi in comportamenti contraddittori che violino l'affidamento del professionista. In tal senso, si vedano le osservazioni di

⁵⁷ CJCE, sentenza 15 marzo 2012, causa C 453/10, *Perenicova* e sentenza 30 maggio 2013, causa C-397/11, *Jörös*.

⁵⁸ CGUE, sentenza 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*.

⁵⁹ CJUE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek Brusse*.

⁶⁰ Sull'irriducibilità della nullità di protezione alla salvaguardia dell'interesse pubblico ovvero privato si veda, ex



6. Diritti dei consumatori e diritti fondamentali: quale futuro?

| 78

Può destare sorpresa, in conclusione, l'assenza, nell'argomentare della Corte, di riferimenti al diritto fondamentale della tutela giurisdizionale o al ricorso effettivo previsto dalla Carta di Nizza (art. 47) e dalla CEDU (art. 6 e 13). Anzi, come dimostra la sentenza *Banif*, l'art. 47 della Carta di Nizza è stato richiamato per limitare il principio di effettività e riaffermare il principio del contraddittorio. Inoltre, in due recenti pronunce, la Corte ha negato il contrasto tra la legislazione nazionale che, in un caso non consentiva l'intervento dell'associazione a difesa del consumatore nel corso della procedura esecutiva,⁶¹ nell'altro impediva ad un'associazione di avviare l'azione inibitoria presso il suo domicilio legale (invece che quello del convenuto),⁶² e gli artt. 38 e 47 della Carta di Nizza. Nel primo caso, in particolare, la Corte ha ritenuto che in assenza di una norma della direttiva che preveda tale diritto di intervento dell'associazione, la Carta non possa essere invocata soltanto al fine di imporre l'interpretazione più favorevole al consumatore.⁶³ Benché potesse dubitarsi dell'effettiva utilità di tale intervento per il consumatore nel caso di specie,⁶⁴ rimane il fatto che tale interpretazione restrittiva sembra porsi in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi a partire dal caso *Océano*. L'assenza di una previsione nazionale non ha affatto impedito alla Corte di Giustizia di allargare i poteri officiosi del giudice nazionale, financo in sede esecutiva, come avvenuto nelle sentenze *Asturcom* e *Aziz*.

multis, A. Gentili, *La «nullità di protezione»*, in *Europa e dir. priv.* 2011, 1, p. 77 ss. Valorizza, recentemente, l'importanza dell'interesse privato nella nullità di protezione, A. Di Majo, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2013, p. 797 ss.

⁶¹ CGUE, sentenza 17 febbraio 2014, C- 470/12, *Pohotovost'*.

⁶² CGUE, sentenza 5 dicembre 2013, C- 413/12, *Asociación de Consumidores Independientes*.

⁶³ CGUE, sentenza 17 febbraio 2014, C- 470/12, *Pohotovost'*.

⁶⁴ Si vedano, in proposito, le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, del 12 dicembre 2013 C- 470/12, *Pohotovost'*, p. 58.

D'altro canto, va sottolineato, al fine di escludere l'applicabilità dei diritti fondamentali al caso di specie la Corte non ha richiamato il discusso art. 51 della Carta di Nizza che limita l'efficacia delle sue disposizioni alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione.⁶⁵ Rimane dunque aperta la strada per configurare un'efficacia orizzontale dei diritti previsti dagli artt. 38 e 47 della Carta nelle controversie tra professionisti e consumatori.

Altro naturalmente è domandarsi se ed in che misura il riferimento a tali diritti possa influenzare, in pratica, la protezione contrattuale del consumatore. Ragioni di carattere logico impongono infatti di evitare duplicazioni concettuali dalle quali non derivino effetti pratici diversi rispetto a quelli già raggiunti dalla Corte modulando i criteri dell'effettività e dell'equivalenza.⁶⁶ È altresì vero, tuttavia, che sia il diritto ad un ricorso effettivo che quello, enunciato in modo programmatico, ad un elevato livello di protezione del consumatore (art. 38 Carta di Nizza), assurgono al rango di diritti fondamentali. Tali previsioni normative, come sembra emergere dalle recenti sentenze menzionate,⁶⁷ potrebbero essere impiegate al fine di verificare la compatibilità della normativa e delle tecniche rimediali nazionali con quelle dell'Unione, fornendo una base giuridica più solida al principio di effettività. La proiezione dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati, secondo il modello della *Drittwirkung*,⁶⁸ muterebbe il ragionamento giuridico, rendendo necessaria un'operazione di bilanciamento tra di-

⁶⁵ Ritiene invece che le disposizioni della Carta di Nizza trovino applicazione anche nei rapporti orizzontali l'Avvocato Generale Cruz Villalón, nelle conclusioni del 18 luglio 2013, C-176/12, 18.7.2013, *Association de médiation sociale*, p. 28. Per tale opinione in dottrina, si veda D LECZYKIEWICZ, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 38, 2013, p. 479. La Corte di Giustizia ha già applicato i diritti fondamentali della Carta nei rapporti tra privati nelle sentenze del 29 gennaio 2008, C-275/06, *Promusicae* [2008] Racc. I-00271; 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended*; 16 febbraio 2012, C-360/10, *Netlog*; 22 gennaio 2013, *Sky Austria*.

⁶⁶ Si veda L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 9.

⁶⁷ Si vedano CGUE, sentenza 5 dicembre 2013, C- 413/12, *Asociación de Consumidores Independientes*; sentenza 17 febbraio 2014, C- 470/12, *Pohotovost'*. Nello stesso senso anche la causa C-451/12, *Esteban Garcia*, ancora pendente.

⁶⁸ Si veda, recentemente, E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2012, p. 644.



versi diritti fondamentali aventi pari rango (si pensi al rapporto tra art. 38 e art. 47 della Carta di Nizza).⁶⁹ Tale valutazione potrebbe contribuire a fissare in maniera più precisa i limiti entro cui il principio di effettività può operare soprattutto in relazione alle varie fasi processuali in cui si rende necessario l'esame officioso della vessatorietà e ai diversi comportamenti processuali posti in essere dal consumatore. In secondo luogo, la lettura della normativa comunitaria alla luce dei diritti fondamentali, contribuirebbe a saldare il legame tra le diverse fonti giuridiche del diritto dell'Unione (Carta dei diritti, Trattati, regolamenti e direttive), assicurando maggiore coerenza e sistematicità. Infine, l'ingresso dei diritti fondamentali, in un'area tradizionalmente dominata dalla teoria dei fallimenti del mercato e dal «riduzionismo economico»⁷⁰ dell'individuo ad agente razionale del mercato, rafforzerebbe certamente la dimensione personalistica del consumatore favorendo il passaggio, da taluni auspicato,⁷¹ da un diritto dei consumatori ad un diritto dei cittadini.

⁶⁹ Si veda in proposito C. MAK, *Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-11. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2126551>.

⁷⁰ P. PERLINGIERI, *Il Diritto privato europeo tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 345 ss.; P. MENGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 90 ss.; 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.; G. VETTORI, *Il contratto senza numeri*

⁷¹ Cfr. H.-W. MICKLITZ, , *De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 725 ss.; G. ALPA, , *La codificazione dei diritti del consumatore a fronte delle iniziative comunitarie*, in G. Visintini (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, p. 1291 ss.

