

UP COLLANA DELL'UNIONE DEI PRIVATISTI



I mobili confini del diritto privato

a cura di

Luca Nivarra e Armando Plaia



G. Giappichelli Editore – Torino

I mobili confini del diritto privato

a cura di

Luca Nivarra e Armando Plaia

Atti del Seminario in onore di Salvatore Mazzamuto

Palermo, 9 giugno 2017



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1272-8

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
PRESENTAZIONE di <i>Luca Nivarra e Armando Plaia</i>	VII
IL SENSO DI UNA INIZIATIVA di <i>Alfredo Galasso</i>	1
LA CASSAZIONE E IL <i>PUNITIVE DAMAGE</i> : UN MONDO PICCOLO PER GRANDI DANNI di <i>Luca Nivarra</i>	5
LIBERTÀ FONDAMENTALI UE E DIRITTO PRIVATO di <i>Armando Plaia</i>	21
LE QUATTRO LIBERTÀ E I “DIRITTI COLLETTIVI” DEL LAVORO: UN BILANCIAMENTO CHE NON SI SAREBBE DOVUTO FARE di <i>Mario Barcellona</i>	31
DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO: IL CONFINE È MOBILE, MA ESISTE di <i>Guido Corso</i>	45

	<i>pag.</i>
INTERVENTI	
di <i>Rosalba Alessi</i>	65
di <i>Paolo Tosi</i>	73
CONCLUSIONI. <i>LOOK WHAT THEY'VE DONE TO MY SONG</i> di <i>Carlo Castronovo</i>	75
ELENCO DEGLI AUTORI	89

PRESENTAZIONE

Il volume raccoglie gli atti del seminario svoltosi a Palermo il 9 giugno del 2017 per celebrare i settant'anni del nostro Maestro, Salvatore Mazzamuto. In quell'occasione si sono dati appuntamento attorno al Festeggiato alcuni colleghi – ma prima ancora amici – siciliani, di scoglio o di mare aperto, come avrebbe detto Vittorio Nisticò, storico direttore de “L’Ora” di Palermo, per discutere di un tema – *I mobili confini del diritto privato* – straordinariamente attuale. Il richiamo alla felice immagine di Nisticò risulta, nel caso del Maestro, del tutto appropriato, perché Salvatore Mazzamuto, pur avendo girato il mondo, ha sempre molto tenuto alle radici isolane, e, anzi, ha fatto del legame con la terra d'origine un elemento di forza della sua personalità, umana e culturale. Trasferitosi presso la Facoltà giuridica dell'Università di Roma Tre a metà degli anni '90 del secolo scorso, Mazzamuto approdava nella Capitale dopo oltre un ventennio di milizia palermitana, durante il quale, insieme con altri, aveva posto le basi per un profondo rinnovamento, scientifico e istituzionale, della tradizione locale. Si spiega così il senso dell'omaggio che chi scrive ha voluto tributargli, ritagliando uno spazio specificamente siciliano nel quadro delle onoranze culminate nel convegno romano su *Processo e tecniche di attuazione dei diritti (A trent'anni dal convegno palermitano)* svoltosi a Roma il 17 e il 18 novembre del 2017.

Un sincero ringraziamento va al prof. Enrico Camilleri, presidente della Scuola delle Scienze giuridiche ed economico-sociali, al prof. Aldo Schiavello, Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza e al Prof. Antonello Tancredi, coordinatore del Dottorato internazionale in “Pluralismi giuridici” per il fattivo apporto alla realizzazione dell'iniziativa, segno anch'esso della traccia indelebile lasciata da Mazzamuto nella sua sede d'origine.

Palermo, 20 novembre 2017.

Luca Nivarra, Armando Plaia

IL SENSO DI UNA INIZIATIVA

di *Alfredo Galasso*

Il senso di questa iniziativa è semplice da esporre. Festeggiamo nella Sua città e nella Sua Università, i settant'anni di Savino Mazzamuto insieme agli amici e ai colleghi che gli sono stati vicini in un lungo percorso accademico e di amicizia personale; la Sua Università, perché da vent'anni ha scelto di insegnare nell'Università di Roma Tre, Savino ha mantenuto le radici accademiche e culturali, oltre che familiari, a Palermo e dintorni. Gli viene dedicata una giornata di riflessione su un tema suggestivo e certamente appropriato agli studi e alle esperienze scientifiche e professionali del festeggiato, peraltro con Lui da me condivise.

Un ricordo, meglio una testimonianza, risale a quasi mezzo secolo fa. Quando venne a recapitarmi un messaggio di Salvatore Puleo, che Lo aveva incontrato a Catania e insegnava Istituzioni di diritto privato alla Facoltà di Giurisprudenza di Palermo, il giovane Mazzamuto portò con Sé la tesi con cui si era laureato nell'Università etnea; una tesi di procedura penale, che in realtà era una tesi di teoria generale del diritto. La lessi subito e rimasi sorpreso non solo dalla puntualità della esposizione quanto dalla originalità della trama, inconsueta in un neolaureato. Oggi posso confermare che si trattava già di un apprezzabile contributo scientifico, cui naturalmente ne sono seguiti molti altri, ma di questi si occuperanno i relatori seguenti, in particolare so che ne parlerà Alba Alessi.

Da quel lontano giorno il mio rapporto con Savino Mazzamuto si è sviluppato in modo continuativo, posso dire senza interruzioni, innanzi tutto sul versante scientifico. I confini del diritto privato da me e da Lui sono stati indagati con curiosità e con attenzione: il diritto bancario (avevo partecipato a un concorso di diritto bancario nel quale mi era stato suggerito di seguire il cammino dei civilisti), le materie lavoristiche (da entrambi insegnate nel corso degli anni e anche Savino fu consigliato di proseguire nella stessa direzione), la storia del diritto, lo stesso diritto pubblico, i cui confini con il diritto privato tratterà Guido Corso. Il primo libro di Savino, desidero citare soltanto quel-

lo, concordammo che fosse destinato ad un argomento, l'attuazione degli obblighi di fare, che ha costituito una sorta di anteprima di studi in materia impegnando autorevoli civilisti come Adolfo Di Majo. Lo stesso Mazzamuto è ritornato sulla questione, teorica e pratica insieme, non disdegnando affatto di confrontarsi con lo spinoso processo civile e, in veste di legislatore, proponendo una importante modifica del codice di rito.

Tuttavia, i confini mobili del diritto privato, i confini che hanno varcato il nostro territorio e il nostro ordinamento e sui quali Savino ha dato e prosegue a dare non saggi ma testi fondamentali, offrendo una visione moderna e metodologicamente avanzata del diritto privato europeo, sono stati uno stimolo permanente per aggiornare un sistema concettuale, prima che normativo, che correva e corre tuttora il rischio di invecchiare; uno spirito critico immune da dogmatismo eppure attento alle esigenze sistematiche e ricostruttive, ad esempio a proposito delle decantate sentenze quadrigemellari sui danni non patrimoniali, da Lui commentate.

Dicevo del mio lungo rapporto di colleganza e amicizia con il giovane settantenne festeggiato.

L'amicizia, ancor più la colleganza accademica, come recitava un'arguta battuta di un famoso comico, è come il vino, con il trascorrere degli anni o migliora o va a male. Con Savino ci ritroviamo a parlare o a incontrarci, pur dopo mesi di silenzio, quasi ci fossimo sentiti o visti il giorno precedente. E abbiamo sperimentato in epoche diverse ma non distanti incarichi e compiti comuni, accademici e istituzionali: la direzione dell'Istituto di diritto privato, poi Dipartimento, a Palermo, il Consiglio Superiore della Magistratura, l'esperienza parlamentare per me e governativa per Lui. Insomma, abbiamo ricoperto da giuristi ogni possibile ruolo di un difficile mestiere, professori, avvocati, giudici, legislatori. In ciascuna di queste vicende da noi attraversate in momenti spesso complicati per la vita del Paese, non è mai mancata una reciproca consultazione fondata su una fiducia ragionata e nutrita di valori condivisi. Frattanto, con Savino e con Alba Alessi, non abbiamo trascurato l'insegnamento, pubblicando e diffondendo nelle aule universitarie il primo Manuale ipertestuale del diritto privato.

Qui, oggi, però desidero soprattutto sottolineare il nostro comune obiettivo volto fin dall'inizio alla crescita e all'affermazione di quella che secondo me impropriamente è stata definita la "scuola" palermitana. Quando Savino iniziò la Sua carriera accademica, la nostra Facoltà era se non sconosciuta in ogni caso marginale rispetto alla comunità scientifica nazionale. Io non ero un Maestro, né supponevo di esserlo, fra l'altro non ero neppure un professore ordinario; semplicemente ambivo di uscire da quell'isolamento, con Savino, Alba Alessi, poco dopo Silvio Mazzaresse, contavo di presentare studiosi e studi ca-

pacì di competere con studiosi e studi di ben maggior tradizione.

Questa impresa è riuscita e ne sono orgoglioso. Luca Nivarra, che da questa “scuola” proviene, in uno scritto recente, sembra rimproverarmi di essermi a un certo punto allontanato per occuparmi di altro (il CSM e il Parlamento, cioè la politica per dirla sbrigativamente) e riconosce al prof. Mazzamuto di avere costruito la “scuola” palermitana. Ora, essendo indubitabile che quale Direttore del Dipartimento di diritto privato, successivamente Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Palermo e in primo luogo privatista autorevole, Savino ha determinato un salto nella (rap)presentazione dei colleghi e ricercatori palermitani tra gli anni Ottanta e Novanta, Luca dimentica che proprio un richiamo di Savino e Alba mi indusse a riprendere la cattedra di Istituzioni di diritto privato nella mia Città e che con ambedue abbiamo stimolato e favorito il successo scientifico e accademico di un notevole gruppo di civilisti, cui è attribuita una presenza e una legittimazione nel circuito nazionale e internazionale.

Per averne conto basta leggere la citazione dei professori universitari di diritto civile succedutisi a Palermo nel corso di due secoli, nel volume dedicato alla Facoltà di Giurisprudenza dell’Ateneo palermitano e pubblicato nel 2007.

Concludo il mio intervento introduttivo spiegando, come feci molto tempo addietro in un saggio sulla Rivista critica del diritto privato, che non credo alle “scuole”: a Roma come a Messina, per richiamare celebrate “scuole”, i giuristi eccellenti lì nati e cresciuti non mi pare fossero riconducibili all’opera di un (comune) capostipite e neppure a un (comune) metodo scientifico.

Dunque non rivendico alcun titolo di fondatore.

Mi limito a manifestare ai colleghi che c’erano e a quelli che ci sono il mio compiacimento per ciò che esprimono nel proprio lavoro di studiosi e docenti e a ringraziare Savino per quanto ha fatto e insiste nel fare, accanto a loro.

LA CASSAZIONE E IL *PUNITIVE DAMAGE*: UN MONDO PICCOLO PER GRANDI DANNI

di *Luca Nivarra*

SOMMARIO: 1. Gli argomenti del giudice remittente. – 2. L'ordine pubblico globalizzato e il *cloud* assiologico. – 3. L'art. 23 Cost.: "riconoscere" e "applicare". – 4. Perché scomodare la responsabilità civile? – 5. Segue. – 6. La pronunzia delle SS.UU. – 7. Ancora la responsabilità civile. Conclusioni.

1. *Gli argomenti del giudice remittente*

L'ordinanza con la quale è stata rimessa al Primo Presidente della S.C. la questione relativa alla possibilità di riconoscere *ex art.* 64 L. 218/1995 una sentenza straniera di condanna al pagamento dei c.d. danni punitivi offre il destro per alcune rapide considerazioni che si propongono il solo scopo di contribuire ad un migliore inquadramento del problema.

Ad avviso della S.C., là dove «*nella giurisprudenza più recente prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dal sistema di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria*», deve ricavarsene una «*evoluzione del concetto di ordine pubblico (che) segna un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di istituti giuridici e valori estranei, purché compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, indirettamente, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*». Aggiunge poi la Corte – e si tratta di un passaggio decisivo nell'economia del suo ragionamento – che «*se è acquisito che l'ordine pubblico è costituito non dalle singole norme del nostro ordinamento, ma dai principi*

fondamentali di esso ... , non è chiaro come individuare l'esistenza di tali principi e, in particolare, se sia possibile individuarli immediatamente nelle norme di legge ordinaria ... In realtà, non può essere indicativo dell'esistenza di un principio di ordine pubblico il solo fatto che il legislatore ordinario abbia esercitato la propria discrezionalità in una determinata direzione, con riferimento a materie e istituti giuridici la cui regolamentazione non sia data direttamente dalla Costituzione, ma sia rimessa allo stesso legislatore (in presenza di una riserva di legge o, entro certi limiti, di norme costituzionali programmatiche) ... Se il legislatore è libero di atteggiarsi come meglio ritiene, allora potranno avere ingresso prodotti giudiziari stranieri applicativi di regole diverse, ma comunque non contrastanti con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate direttamente dalla Costituzione». Orbene, poiché «la progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico, tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione di valori giuridici ... è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione del prodotto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale», ne discende che «il giudice della delibazione, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali valori, desumibili direttamente da norme e principi sovraordinati (costituzionali e internazionali), dovrà negare il contrasto in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con l'assetto normativo interno, quando questo rappresenti una delle diverse modalità di attuazione del programma costituzionale, quale risulti dall'esercizio della discrezionalità del legislatore ordinario in un dato momento storico. Si tratta di un giudizio simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una ipotetica norma, analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari».

2. L'ordine pubblico globalizzato e il cloud assiologico

Come è facile vedere, l'ordinanza accoglie una nozione minimale di «ordine pubblico», del tutto in linea con lo spirito dei tempi. La globalizzazione, infatti, impone il passaggio da un uso performativo del filtro ad un suo uso, per così dire, residuale. Nella prima versione, marcatamente statalista, l'ordine pubblico esige una almeno tendenziale corrispondenza di principi, valori, istituti; nella seconda versione, al contrario, ci si può accontentare di una non plateale difformità rispetto ad un nucleo duro di principi e di valori, desumi-

bili da fonti di rango superiore. Più in particolare, secondo i giudici del S.C., il *test* al quale sottoporre il prodotto giudiziario straniero¹ è quello della mera incompatibilità (ovvero, in positivo, della potenziale conformità), nel senso che il giudice della delibazione dovrà limitarsi ad accertare che l'impossibilità di rinvenire, nel diritto patrio, un istituto omologo, se non identico, a quello veicolato dalla sentenza estera, trovi causa nella scelta, del tutto fisiologica, del legislatore italiano di non regolare quella materia (e, in specie, di non disciplinarla ad immagine e somiglianza del modello straniero) e giammai in una impossibilità normativa di principio. Impostato in questi termini, il ragionamento della S.C. risulta davvero molto seducente per la sua modernità e anche per la sua linearità: In definitiva, se la *Weltanschauung* è unica («i valori del mondo occidentale»)², la circostanza che una loro indiretta applicazione (o una loro non palese effrazione) si consumi, oggi in Florida, o, domani, in qualsiasi altra parte del “nostro” mondo, non può rivestire alcun peso là dove si tratti di radicarne gli effetti all'interno di uno spazio giuridico che, ormai, solo incidentalmente si distingue da quello di origine.

L'idea secondo la quale esisterebbe una sorta di *cloud* assiologico che, al pari di quello informatico, galleggia sulle teste di noi occidentali consentendoci di parlare un'unica lingua giuridica e morale (a questo livello del discorso la linea di demarcazione tra i due piani si assottiglia notevolmente) è molto diffusa e, del resto, di essa si riscontrano ormai numerose epifanie³. L'immediato attingimento ad essa per la soluzione di un problema di ordine pratico, tuttavia, può incontrare lungo il suo percorso qualche inciampo su cui credo sia opportuno richiamare l'attenzione.

In primo luogo, ma qui la S.C. davvero non c'entra, nel senso che la sua presa di posizione si dispone all'interno di un processo di portata epocale, va osservato come ingrediente (o presupposto) fondamentale del *cloud* assiologico sia un'immagine decostruita della Costituzione repubblicana, in base alla quest'ultima si presenta come una mera sequela di principi e valori convergenti nell'unico obiettivo di fondare (*mittelbar* o *unmittelbar*) diritti soggettivi o,

¹ Una vera bruttura linguistica, sia detto con ogni possibile riguardo per i nostri “ermellini”, che fa il paio con i prodotti della ricerca scientifica pretesi in sacrificio dall'ANVUR ogni cinque anni: come non pensare, di fronte a tutto questo, alla *ungebeure Warensammlung*, alla immane raccolta di merci con l'evocazione della quale si apre *Il Capitale*?

² Ai quali espressamente si richiama Cass. penale, 15 maggio 2017, n. 24084 nella sentenza sul pugnale alla cintura del *sikh*.

³ V., in una prospettiva largamente convergente con quella sposata dall'ordinanza, M. GRONDONA, *L'auspicabile “via libera” ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016.

in ogni caso, posizioni di vantaggio (“interessi”) riconducibili ai singoli membri della comunità giuridica. Si tratta di un’immagine della Costituzione che non corrisponde al suo originale postbellico, inverteosi da noi, dopo una lunga gestazione, protrattasi per circa un quindicennio, a cavallo tra gli anni ’60 e gli anni ’70 del secolo scorso. Come mi è già capitato di osservare⁴, la Carta del ’48 non è solo il documento giuridico deputato alla scrittura della forma di stato e della forma di governo, ovvero alla consacrazione di alcune prerogative inespugnabili del privato (così come lo erano state le costituzioni protoliberali), ma è anche un progetto di società. In altri termini, quelle che sono state denominate, con formula felice, le Costituzioni del dopo Auschwitz⁵, si autorappresentano come agenti di una trasformazione sempre possibile degli assetti sociali in essere, ovvero incorporano una concezione del tempo come storia aperta sul futuro. Vero è che quelle stesse Costituzioni fissano alcuni paletti (proprietà, impresa) che, solo a prezzo di letture funamboliche del testo, avrebbero potuto autorizzare il passaggio pacifico ad un modo di produzione diverso da quello capitalistico: ma non è questo il punto decisivo. Il punto decisivo è un altro e cioè che lo stesso capitale, per una serie di ragioni, che vanno dalla presenza sulla scena del mondo di un antagonista dotato di un grande *appeal*, reso ancora maggiore dal contributo decisivo dato alla sconfitta del nazifascismo, alla necessità di allargare la base del consumo, secondo moduli tipicamente keynesiani, si vede costretto ad accettare la sfida del conflitto con il lavoro che non significa “transizione” al socialismo ma, appunto, esposizione al rischio di un minore profitto, come conseguenza di lotte operaie vittoriose che spuntano condizioni di salario (diretto o indiretto) più favorevoli. In questo senso si può dire che le Costituzioni del secondo dopoguerra incarnino un progetto di società: non nel senso, triviale, che esse propongano una univoca direzione di marcia ma, al contrario, nel senso che, attraverso il riconoscimento e la regolazione del conflitto sociale, esse affidano agli attori del conflitto medesimo il compito di ridefinire volta per volta gli equilibri del sistema⁶.

Tutto questo è ormai alle nostre spalle, spazzato via dalla controriforma liberista⁷, la quale, imperniata su una complessa strategia di negazione pro-

⁴L. NIVARRA, *A proposito di “Eclissi del diritto civile” di Carlo Castronovo*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 1191 s.

⁵A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, (a cura di A. Plaia), Milano, 2007, 28.

⁶Da questo punto di vista, con buona pace di uno dei grandi campioni del pensiero liberale, Karl Popper, le società dei “trenta gloriosi” erano molto più aperte di quelle odierne.

⁷Sul punto mi sono soffermato in L. NIVARRA, *Dalla “crisi” all’“eclissi”, ovvero da un paradigma all’altro*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 801 s.

grammatica del conflitto, ha trasformato le Costituzioni del dopo Auschwitz in una fucina di diritti soggettivi, dotati di efficacia non solo verticale ma anche orizzontale, che giudici/Vulcano si ingegnano, infaticabili, a forgiare uno dopo l'altro⁸. Ma, per quanto tali diritti numerosi siano, la loro radice è unica e rinviene dal corpo mistico della "persona" e del suo principale corredo, l'autodeterminazione, ossia il valore fondativo della civiltà occidentale: e ciò spiega perché, una volta private del loro sostrato sociale⁹, anche le Costituzioni europee possano trovare posto in un mondo ormai reso liscio dall'incombenza della nuvoletta assiologica, grazie alla quale persone, capitali, merci e "prodotti giudiziari" circolano ormai agevolmente senza incontrare ostacoli¹⁰.

3. *L'art. 23 Cost.: "riconoscere" e "applicare"*

Come ho già anticipato, però, questo non può essere certo imputato alla Cassazione. Si tratta di macroprocessi che passano sulla testa di tutti noi, in-

⁸L'efficacia orizzontale dei diritti estratti dal cilindro costituzionale è, certamente, la novità più significativa che la fase odierna propone rispetto al modello liberale classico, che assegnava ai diritti medesimi una direzione puramente verticale. Nel linguaggio politico-giuridico di indirizzo "liberal" si chiama "strategia dei diritti" ed è il succedaneo, dentro il paradigma neolibera- le, del conflitto sociale di cui prende il posto sostituendo alla macrodialettica tra le classi una microvertenzialità tra singoli o, al massimo, tra gruppi di interesse, integralmente giuridificata e, dal punto di vista della incidenza sugli equilibri del sistema, totalmente innocua.

⁹Del resto, basterà ricordare il documento licenziato il 28 maggio 2013 dalla grande banca d'affari Jp Morgan in cui, senza mezzi termini, si auspica che le Costituzioni antifasciste dei paesi del Sud Europa (quindi, quella italiana, essendo Grecia, Spagna, Portogallo pervenute alla democrazia solo negli anni '70) vengano al più presto messe in archivio perché, tra l'altro, troppo inclini alla tutela delle ragioni del lavoro.

¹⁰Ci si potrebbe chiedere cosa c'entri tutto questo con la questione, certo importante ma apprezzabile su una scala più ridotta, del riconoscimento di una sentenza americana di condanna al pagamento di danni punitivi. Domanda legittima, ma fino ad un certo punto, perché è proprio la rimozione della dimensione "progettuale" (nel senso indicato più sopra) che consente di includere la Costituzione nazionale in una sequenza di documenti normativi "senza qualità" perché tutti accomunati dall'enunciazione di principi e valori piatti, cioè agglutinati attorno alla "persona", ossia ad un'entità che si muove nel tempo ma fuori dalla storia. Un esempio può aiutare a chiarire ciò che penso: ancora in piedi la Costituzione "progettuale", il giudice italiano della delibazione avrebbe potuto negare il riconoscimento sulla base di una lettura "sociale" dell'ordine pubblico, sulla base della quale, una volta ristorata la vittima del danno, le risorse dell'impresa meritano di essere preservate al fine di finanziare futuri, possibili incrementi salariali strappati dai lavoratori attraverso il "conflitto", o al fine di finanziare, attraverso il prelievo fiscale, il funzionamento degli istituti di *Welfare*. È vero che nell'ordinanza, saggiamente, ci si richiama all'esigenza che la misura punitiva sia finanziariamente sostenibile: ma si tratta di una preoccupazione da ragioni, del tutto plausibili ma unilateralmente orientate, di tutela della libertà di impresa.

clusi i giudici di legittimità. Semmai si può riconoscere alla S.C. il merito di avere colto, aderendo integralmente alla prospettiva del *cloud* assiologico, il tratto sovranista delle Costituzioni “progettuali” per le quali lo spazio geopolitico del conflitto era, e non poteva che essere, quello dello stato nazionale. Del resto, e l’osservazione è perfino corriva, se ad essere globalizzato fosse stato il conflitto piuttosto che una interminabile striscia di principi e valori pronti per essere convertiti nell’ennesimo “diritto soggettivo” da qualche volenterosa corte dell’emisfero occidentale, vorrebbe dire che il corso intrapreso dalla storia nell’anno simbolo della svolta epocale (il 1989) sarebbe stato completamente diverso. Quindi, da questo punto di vista, la S.C. è in linea con il suo tempo e di ciò non si può non prendere atto, con il realismo che il rispetto per l’incedere dello Spirito del mondo impone.

Il primo, vero inciampo è, però, un altro. La visione irenica della nostra Costituzione, che l’ordinanza dipinge come tassello di un armonioso mosaico collazionato da “lo buon geometra dell’Universo” dei nostri tempi (il mercato) induce i giudici a sorvolare sull’art. 23 Cost. a mente del quale, come è noto, «*Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*». La S.C. non ne fa neppure menzione, eppure si tratta di una questione cruciale che non può lasciarsi da parte a cuor leggero. Questa omissione appare francamente incomprensibile. La riserva di legge, nella misura in cui rappresenta una tecnica di tutela di diritti istituiti *aliunde*, fa parte integrante del dispositivo legale deputato a performarne la fisionomia. In altri termini, si può dire che la riserva di legge sta al riconoscimento di un diritto di rango costituzionale come l’attribuzione del potere di azione sta al riconoscimento di una qualsiasi diritto soggettivo. Nel nostro caso, i diritti tutelati attraverso la previsione della riserva di legge sono la libertà (davvero fondamentale) del singolo di autodeterminarsi circa il fare o il non fare alcunché (“prestazione personale”); e l’integrità del patrimonio da preservarsi contro prelievi coattivi che non siano autorizzati da una norma di legge ordinaria (“prestazione patrimoniale”¹¹).

Una via d’uscita potrebbe consistere nell’immaginare un doppio registro che distingua il “riconoscere” dall’“applicare”¹². In un mondo nel quale l’or-

¹¹ In sede civilistica parlando, questa istanza di tipo garantistico si salda con il principio assiomatico della necessaria causalità dell’attribuzione patrimoniale che verrebbe eluso ove mai si consentisse al giudice di disporre autonomamente (ovvero, in difetto di una specifica previsione di legge) la condanna al pagamento di una somma di denaro del tutto sganciata dalla sua tipica finalità compensativa. Al riguardo v. C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1120 s.

¹² Nell’ordinanza vi è una qualche eco di questa linea di ragionamento là dove, a proposito di un uso affittivo della responsabilità civile (questione davvero perplesso sulla quale mi intrat-

dine pubblico vale l'evocazione di una identità forte del sistema giuridico, le differenze tra il "riconoscere" (un provvedimento estero) e l'"applicare" (in sede giurisdizionale una norma di diritto interno) si attenuano, sino a scomparire; viceversa, in un mondo nel quale l'ordine pubblico evoca un'identità debole, direi puramente residuale, "riconoscere" e "applicare" si allontanano, recuperando, specie il primo dei due termini, una certa autonomia. In questa prospettiva, la riserva di legge istituita dall'art. 23 Cost. potrebbe dirsi soddisfatta proprio dalla previsione dell'art. 64, lett. g) L. 218/1995, riletto nella chiave globalizzatrice adottata dall'ordinanza di rimessione. In altri termini, un ordine pubblico "pesante" imporrebbe che la «legge» di cui parla l'art. 23 Cost. fosse cosa diversa dalla norma che subordina il riconoscimento della sentenza straniera all'osservanza del requisito di cui all'odierna lett. g) dell'art. 64; mentre per un ordine pubblico "leggero" l'art. 64 è sufficiente a superare l'ostacolo rappresentato dall'art. 23 Cost. Sicché, in definitiva, dovrà ritenersi che, in sede di riconoscimento, la riserva di legge propriamente intesa subisca un declassamento trasformandosi in un mero onere di accertamento della virtuale conformità della decisione delibanda con il quadro di valori proprio dell'ordinamento *ad quem*. Non sono per nulla certo del fatto che la soluzione da me ipotizzata sia corretta; però, in difetto di una qualche indicazione da parte della S.C., mi appare anche l'unica in grado di irrobustire, almeno sotto questo profilo, il ragionamento dei giudici.

4. Perché scomodare la responsabilità civile?

Il *glissons* sull'art. 23 Cost. potrebbe lasciare intendere che il giudice di legittimità consideri la riserva di legge un vecchio arnese, riveniente dal mondo di ieri nel quale il legislatore si ergeva a garante delle prerogative dei singoli, ma non più necessario (se non per un limitato uso interno) nel mondo di oggi dove al posto del legislatore si è insediato il mercato globale, di cui il *cloud* assiologico è diretta emanazione¹³.

terrò al § 4), ci si richiama allo «scopo del giudizio deliberatorio, che è di dare ingresso nell'ordinamento interno non alla legge straniera, ma ad una sentenza o ad un atto, nell'ambito di uno specifico rapporto giuridico, con limitata incidenza sul piano del diritto interno».

¹³ In ogni caso, è bene ulteriormente precisare che altro è il *test* di compatibilità virtuale immaginato in funzione di un ordine pubblico "leggero" e sempre, e solo, in vista del riconoscimento del "prodotto" estero, altro è (o sarebbe) una norma di diritto interno che introducesse la misura punitiva e che non potrebbe limitarsi a questo ma dovrebbe fissare presupposti e criteri di irrogazione della sanzione sufficientemente definiti. È chiaro, infatti, che la riserva di legge dell'art. 23 non può dirsi soddisfatta da una previsione legislativa che si limiti ad attribuire al

Più difficile da cogliere è, invece, il richiamo alla responsabilità civile quale possibile sponda autoctona dei danni punitivi. Ad avviso della Corte «*è dubbio se la funzione riparatoria-compensativa, seppur prevalente nel nostro ordinamento, sia davvero l'unica attribuibile al rimedio risarcitorio e se sia condivisibile la tesi che ne esclude, in radice, qualsiasi sfumatura punitiva-deterrente ... è anche dubbio se al riconoscimento di statuizioni straniere, con funzione sanzionatoria, possa opporsi un principio di ordine pubblico desumibile da categorie e concetti di diritto interno finendo, in tal modo, per trattare la sentenza straniera come se fosse una sentenza di merito emessa da un giudice italiano ... E soprattutto, si dovrebbe dimostrare che la funzione del rimedio risarcitorio, attualmente configurato in termini esclusivamente compensatori, assurga al rango di un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento, rispetto al quale ... non sarebbe consentito neppure al legislatore ordinario di derogarvi ...*».

Qui, il ragionamento evidenzia, almeno a mio avviso, alcuni chiari limiti. In via preliminare, vi è da chiedersi a cosa serva la argomentata apertura in punto di ordine pubblico se l'ordinamento interno contiene già una regola che, senza troppe difficoltà, può essere piegata a finalità di afflizione civile¹⁴. Del resto, la

giudice il potere di riconoscere danni ultracompensativi. In sede di deliberazione, spetterà al giudice accertare che la condanna rispetti i canoni di proporzionalità e ragionevolezza: ciò che, alla fine, potrebbe arricchire il *test* di conformità virtuale di ingredienti più propriamente autoctoni. Intendo dire che, in questa prospettiva, la deliberazione della pronuncia estera implica un primo livello di astratta compatibilità della misura punitiva con l'ordinamento interno, e un secondo livello di concreta recepibilità della condanna in relazione al modo in cui essa è stata articolata dal giudice *a quo*. Sicché, ad es., in linea di principio non potranno essere accolte sanzioni "esemplari" o lesive di interessi costituzionalmente garantiti come la libertà di impresa o il diritto di proprietà.

¹⁴ Il rilievo mi pare tanto più pertinente ove si consideri che i precedenti negativi richiamati nella stessa ordinanza (a partire da Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, su cui v. G. SPOTO, *I punitivi damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 1129 s.) ancoravano la non riconoscibilità della sentenza straniera alla strutturale non afflittività del risarcimento aquiliano. Da questo punto di vista, avere separato le due questioni – quella relativa al modo di intendere l'ordine pubblico da quella relativa al modo di intendere le funzioni della responsabilità civile (che, viceversa, nella giurisprudenza precedente si sovrapponevano) – appare come una mossa intelligente in parte vanificata dall'improvvido ripescaggio della seconda questione. Da questo punto di vista, anche il richiamo alle figure che, nell'ordinamento giuridico italiano, incarnerebbero, sia pure in via tipica, modelli di un'afflittività civile, oltretutto risultare discutibili nel merito (ad es., nel caso dell'art. 125 c.p.i., il recupero dell'ingiusto profitto è, piuttosto, un'ipotesi di arricchimento ingiustificato), è ambiguo perché, da un lato, sembra voler accreditare la tesi della compatibilità virtuale, dall'altro, viceversa, ripropone surrettiziamente l'idea che il diritto interno, al di là della compatibilità virtuale, disponga di risorse sufficienti a giustificare il riconoscimento della sentenza estera. Sul punto v. le considerazioni di A. MONTANARI, *La resistibile ascesa del danno punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978 della Corte di Cassazione)*, in *Dir. civ. cont.*, 2 febbraio 2017. Sfugge la stringenza logica

stessa Corte, poco prima, aveva affermato che «*l'ordine pubblico non si identifica con quello esclusivamente interno, poiché, altrimenti, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando le diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato*». Ora, questo è verissimo: ma se è così, con la conseguenza che dell'ordine pubblico si deve assumere la nozione ampia su cui il giudice di legittimità a lungo si intrattiene, non si vede che necessità vi sia di predicare una possibile vocazione sanzionatoria della responsabilità civile. Insomma, delle due l'una: o i danni punitivi rappresentano un naturale sviluppo dell'illecito aquiliano, e allora la complementarità interordinamentale di principi e valori è superata dalla omologia degli istituti; ovvero tale omologia non si dà, e allora, in effetti, la riconoscibilità della pronuncia estera troverà nel *test* di compatibilità virtuale il suo più attendibile ancoraggio.

È probabile, però, che agli occhi dell'estensore dell'ordinanza l'alternativa secca, nei termini in cui io l'ho formulata, risulti mal posta o, addirittura, incomprendibile. A sospettare questo induce un passaggio del provvedimento, già richiamato e che giova riproporre integralmente: «*E soprattutto, si dovrebbe dimostrare che la funzione del rimedio risarcitorio, attualmente configurato in termini esclusivamente compensatori, assurga al rango di un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento, rispetto al quale... non sarebbe consentito neppure al legislatore ordinario di derogarvi*». È chiaro, infatti, che secondo la S.C. la finalità compensativa del rimedio risarcitorio potrebbe rappresentare un ostacolo al trapianto di sentenze estere punitive perché assurda «*al rango di valore costituzionale essenziale e imprescindibile*»: in altri termini, secondo questo modo di argomentare, un "istituto" e la sua "funzione" sarebbero nella disponibilità dell'interprete solo che gli si consentisse di portare entrambi dentro il *cloud* assiologico, circostanza alla quale

dell'affermazione di F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 102 secondo cui non vi sarebbe alternativa tra il ritenere che l'ordine pubblico vieti al giudice italiano l'irrogazione di condanne punitive, da cui, per forza di cose, discenderebbe la caducazione delle fattispecie puntuali già previste dal nostro legislatore, e il ritenere, viceversa, che, essendo tali figure perfettamente conformi all'ordine pubblico, nulla si opporrebbe all'importo di provvedimenti stranieri afflittivi. In primo luogo, le norme di diritto interno che contemplino misure di punizione civile (ammesso pure che di questo si tratti) sono soggette al solo vaglio di costituzionalità, cioè alla verifica dell'osservanza della riserva di legge che, nei casi in esame, è fuori discussione. Quanto alle sentenze straniere, il filtro di un ordine pubblico "allargato" si impone là dove la sanzione segue il risarcimento di danni compensativi: è fin troppo ovvio, infatti, che se vi fosse perfetta corrispondenza tra la fattispecie estera e quella nazionale, il *test* di delibabilità subirebbe un drastico ridimensionamento, riducendosi ad un semplice confronto tra norme (e istituti) dai contorni e dai confini definiti e circoscritti.

sembrerebbe opporsi, del tutto arbitrariamente, la presunta costituzionalizzazione della *ratio* compensativa del danno aquiliano.

Ora, bisogna pur dire che questo è davvero un fuor d'opera ed è, anzi, molto indicativo della tendenza, ormai radicata e diffusa tra i giudici, a saltare a piè pari il momento strettamente ermeneutico per misurarsi subito con quello di una costruzione nella quale la materia prima non sono più i dogmi (o, se si preferisce, la dogmatica) ma, direttamente, i principi. Con la conseguenza che, appunto, l'unico limite alla malleabilità di un istituto è rappresentato dal rango costituzionale della sua funzione. In realtà, i principi sono d'ausilio nella interpretazione di un enunciato legislativo (ad es., ci si può avvalere di un principio come quello di cui all'art. 24 Cost. per estendere l'ambito di operatività delle norme in materia di esecuzione in forma specifica ai diritti di credito); i principi possono essere invocati per colmare una lacuna (ad es., una nullità a tutela dell'impresa debole di cui non sia compiutamente definito il regime della legittimazione attiva può assimilarsi a quella "speciale" prevista per il consumatore, piuttosto che a quella "comune", ponendo alla base del ragionamento il principio di eguaglianza formale); i principi, infine, possono presiedere alla generalizzazione di regole già presenti nelle pieghe dell'ordinamento ma, sino ad allora, destinate ad applicazioni puntuali (si pensi al diritto alla riservatezza "rinvenuto" dalla S.C. nel 1975 sulla scorta dell'art. 2 Cost.). I principi in senso assiologico, però, non possono essere mobilitati contro i principi assiomatici: in altri termini, si può ampliare la tutela risarcitoria oltre gli angusti confini carneluttiani del diritto soggettivo, ma non si può (per una insuperabile impossibilità logica) trasformare il rimedio risarcitorio in un rimedio (anche) afflittivo, perché tanto il danno quanto il suo risarcimento sono costrutti normativi sottratti alla disponibilità dell'interprete, non perché unti da un qualche crisma costituzionale ma, semplicemente, perché le condizioni d'uso dell'uno e dell'altro termine, fissate dal legislatore, sono rigide e, in linea di massima, immodificabili (come i futuristi, puoi comporre parole prive di senso comune, ma non puoi pretendere che la "A" sia una "B", o la "C" una "D")¹⁵.

Il danno alla compensazione del quale mira il risarcimento è la perdita patrimoniale articolata nelle due componenti di cui all'art.1223 c.c. (testualmente richiamato dall'art. 2056 c.c.); mentre, dal canto suo, il risarcimento (anche quello aquiliano: lo si desume pianamente dalla formulazione letterale dell'art. 2043 c.c.: «*qualsunque fatto, doloso o colposo, che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*») non può es-

¹⁵ Nello stesso senso, mi pare, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 334.

sere neppure pensato al di fuori del nesso con la perdita patrimoniale da ristorare¹⁶. Da questo punto di vista, il tentativo di agganciare i danni punitivi all'art. 2043 c.c., indice, come già osservato, di uno stile argomentativo insofferente alle necessarie mediazioni dogmatiche, finisce per indebolire il ragionamento della Corte, tenuto conto della circostanza che, nel caso di specie, la posta in gioco era rappresentata dalla sola delibabilità della pronuncia straniera.

5. Segue

In conclusione, osserverei che la seconda parte dell'ordinanza appare un po' fuori quadro rispetto all'obiettivo di assicurare una base sicura alla ricezione del provvedimento estero. Anche il riferimento all'*astreinte*, ispirato da un precedente, suona vagamente contraddittorio, vuoi perché trattasi di misura tipicamente intesa a rafforzare, *obliqua via*, una pretesa creditoria già in essere, e non certo a punire il debitore inadempiente, vuoi perché in ogni caso, nel nostro ordinamento, l'introduzione del rimedio compulsorio è stato patrocinato da una legge ordinaria, tradottasi, poi, nell'art. 614-*bis* c.p.c. Quanto al richiamo al danno non patrimoniale, in effetti, l'evoluzione da quest'ultimo conosciuta negli ultimi decenni potrebbe lasciar pensare ad una sua possibile conversione ad usi, in fatto, sanzionatori. Tuttavia, a differenza di quanto vorrebbe lasciar intendere la S.C., anche l'art. 2059 c.c., per quanto stravolto, tiene fede all'idea che la condanna al pagamento di una somma di denaro sia non occasionalmente collegata alla riparazione di un pregiudizio¹⁷: e, comunque, in generale, vale per il danno non patrimoniale quanto già osservato a proposito dell'art. 2043 c.c., ovvero che se, sia pure in forma surrettizia, il diritto interno conoscesse un istituto apparentabile in modo non estrinseco ai danni punitivi, sarebbe la prima parte dell'ordinanza a risultare ridondante. Insomma, si ha la sensazione che questo modo di procedere "incrementale" tradisca il desiderio del giudice di legittimità di approfittare dell'occasione per spingersi oltre e mettere in circolo, in un ambiente molto sensibile, anche per ragioni professionali, l'idea che, tutto sommato, forse, a ben vedere, i danni punitivi noi li abbiamo già.

¹⁶ CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 332.

¹⁷ CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 342 s.

6. La pronunzia delle SS.UU.

Attesissime, le SS.UU. si sono pronunziate sulla questione loro sottoposta dall'ordinanza n. 9978/2016 aderendo alla tesi della riconoscibilità della sentenza straniera che rechi condanna al pagamento di danni ultracompensativi¹⁸. Ad avviso delle SS.UU., infatti, *«nel vigente ordinamento alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, perché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabilità civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei danni punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero sulla base di presupposti che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di deliberazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico»*.

Questa massima è la risultante di un itinerario argomentativo che, sia pure per ragioni in parte diverse, interroga il lettore così come era già accaduto all'ordinanza di remissione. Sebbene nell'economia del ragionamento della Corte la questione dell'ordine pubblico "sostanziale" (diciamo, per comodità, sostanziale, per distinguerla da quella dell'ordine pubblico processuale, che, viceversa, è oggetto di esame nei primi §§ della sentenza) venga trattata da ultimo, è da essa che voglio avviare la mia riflessione. La prima cosa da dire è che, risolto in senso affermativo il punto relativo ad un possibile uso sanzionatorio della responsabilità civile (*«superato l'ostacolo connesso alla natura della condanna risarcitoria»*): ma, come ovvio, su questo bisognerà ritornare), le SS.UU. sembrano condividere solo in parte l'afflato kantiano che ispira la lettura dell'ordine pubblico proposto dal remittente (*«gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca»*): tanto è vero che, a loro avviso, *«l'interrogativo è solo il seguente: se l'istituto che bussava alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della deliberazione»*.

Il lieve (ma non insignificante) aggiustamento che la Corte imprime al discorso sull'ordine pubblico risponde ad un'esigenza ben precisa, che è quella

¹⁸Cass. s.u. 5 luglio 2017, n. 16601, in *Dir. civ. cont.*, 6 luglio 2017 (www.dirittocivilecontemporaneo.it).

di affrontare il problema, lasciato aperto, come si è visto, dall'ordinanza, rappresentato dall'art. 23 Cost. Dietro lo slittamento, ripeto, apparentemente impercettibile, dal canone della "compatibilità virtuale" a quello della "non aperta contraddizione" vi sta il passaggio da quell'approccio aereo al testo costituzionale che caratterizza l'approccio del remittente, per il quale la Costituzione è ormai, fondamentalmente, un'epifania della ragion pratica dell'Occidente, ad un atteggiamento ispirato al recupero della dimensione immediatamente prescrittiva della norma costituzionale, che non è solo enunciazione di valori, ma anche istituzione di regole tra le quali, *in primis*, quella della riserva di legge. Del resto, poco prima, all'esito del suo lungo discorso sulla "responsabilità civile" (sul quale tornerò più avanti), la Corte aveva già perentoriamente osservato che «ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost. (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario».

Di questo, naturalmente, non ci si può non rallegrare. Tuttavia, la soluzione apprestata dalle SS.UU. è fonte di notevoli perplessità. Secondo la Cassazione riunita, infatti, «così come si è detto che ogni prestazione sanzionatoria o deterrente non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovrà essere richiesto per ogni pronuncia straniera. Ciò significa che nell'ordinamento straniero (non per forza in quello italiano che deve solo verificare la compatibilità della pronuncia resa all'estero) deve esservi un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi. Il principio di legalità postula che una condanna straniera a "risarcimenti punitivi" provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice a quo abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità. Deve esservi insomma una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia "secondo principi e soluzioni" di quel paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano. Ne discende che dovrà esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità) ... Presidio basilare per la analisi di compatibilità si desume, in ogni caso, dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione relativo ai "principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene". La sua applicazione comporta che ... il controllo delle Corti di appello sia portato a verificare la proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione. La proporzionalità del risarcimento è, a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilità civile».

Dunque, ad avviso delle SS.UU., la riserva di legge istituita dall'art. 23

Cost. dovrà dirsi soddisfatta, almeno ai fini della delibabilità della sentenza straniera, sulla base dei criteri in uso presso l'ordinamento di provenienza: con il risultato che una regola di diritto interno, e per di più di rango costituzionale, si trasforma in una mera norma di rinvio (recettizio) ad una fonte esterna della quale ci si limita a predicare una, a questo punto un po' fumosa, "non contraddittorietà" con l'ordinamento italiano. È interessante notare che il punto terminale di questo ragionamento, ispirato dall'esigenza di dare una risposta alla questione posta dall'art. 23 Cost., si risolve in una trasformazione della riserva di legge, da specifica modalità di attuazione del principio di legalità, a diretta epifania di quest'ultimo. In altri termini, le SS.UU. leggono l'art. 23 Cost. come se esso, invece di contenere la regola cui il legislatore costituente affida, in via elettiva, la salvaguardia del principio di legalità, si limitasse ad enunciare un principio (quello di "legalità", appunto) che, in sede di riconoscimento, finisce per fungere da parametro di compatibilità del provvedimento estero con il diritto interno. A questo punto, però, cade ogni possibilità di differenziare la cifra argomentativa dell'ordinanza da quella della sentenza: in entrambi i casi, infatti, la Costituzione viene interpretata alla stregua di un deposito di principi e valori (anche quando, come nel caso del "principio di legalità", l'enunciato costituzionale individua una peculiare tecnica di inveroamento dello stesso) di cui è piuttosto agevole costatare, una volta proceduto alla loro disincarnazione e decontestualizzazione, la piana integrabilità in quella uniforme nuvola assiologica che incombe incontrastata sull'emisfero occidentale del globo. Cade, anche, ogni tentativo di dare corpo alla differenza tra "conformità virtuale" e "non aperta contraddizione" e l'enigma rappresentato dall'art. 23 Cost. rimane, nonostante i dichiarati buoni propositi, senza una vera soluzione.

7. Ancora la responsabilità civile. Conclusioni

Al pari del remittente, anche il giudice *ad quem* non si sottrae alla tentazione di perorare la causa della (presunta) natura sanzionatoria della responsabilità civile. E anche in questo caso vengono addotte a sostegno dell'assunto (indimostrato e solo enunciato attraverso il richiamo ad una dottrina civilistica che, sul punto, come è noto, non si distingue né per limpidezza di dettato né per omogeneità di vedute) numerose ipotesi tipiche, la maggior parte delle quali con la responsabilità civile non hanno nulla a che vedere (le nuove *astreinte*, le vecchie penalità di mora del diritto industriale transitate nel c.p.i., la proto-esecuzione indiretta dell'art. 18 Stat. lav.). Insomma, l'ennesimo esempio di notte schellinghiana dove non solo la fisionomia di ciascuna figura

sbiadisce in un indistinto *continuum* sanzionatorio ma dove lo stesso sintagma “responsabilità civile” che nel nostro sistema tradizionalmente riveste un significato preciso, di luogo deputato alla soluzione del problema posto dalle perdite patrimoniali (ed eccezionalmente non patrimoniali) generate da interferenze occasionali e casuali¹⁹ finisce per trasformarsi in un contenitore dai bordi dilatibili a piacimento dell’interprete²⁰.

Insomma, anche la Cassazione riunita offre uno spartito che sembra precludere ad una qualche forma di surrettizio innesto nell’ordinamento dei danni punitivi. Ci si può dolere del fatto che questo avvenga al prezzo di un ulteriore annacquamento delle categorie logiche e delle forme di pensiero consegnateci dalla tradizione civilistica: in realtà, anche qui si intravedono i segni di quel più generale fenomeno di acquisizione del controllo sul significato da ascrivere agli enunciati normativi che caratterizza lo stile della giurisprudenza nel tempo presente²¹.

¹⁹ V. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 7 s. dove anche la giusta sottolineatura (resa, più che giusta, doverosa dagli usi corrivi oggi prevalenti) della differenza tra la funzione giuridica e l’efficacia sociale dell’istituto.

²⁰ Tra l’altro, anche qui, non si vede che utilità pratica rivesta l’operazione se poi, sia pure nei modi opinabili che abbiamo visto, il problema della delibabilità viene risolto accogliendo una nozione di ordine pubblico nella sostanza ricalcata su quella già predisposta dall’ordinanza.

²¹ V. NIVARRA, *A proposito*, cit., 1190.

LIBERTÀ FONDAMENTALI UE E DIRITTO PRIVATO

di *Armando Plaia*

SOMMARIO: 1. Le «Libertà fondamentali» nel sistema delle fonti dell'Unione europea. – 2. L'efficacia delle (norme che prevedono le) «Libertà fondamentali». – 3. A valle della giurisprudenza della Corte di Giustizia: il problema del rimedio avverso la restrizione della «Libertà fondamentale»

1. *Le «Libertà fondamentali» nel sistema delle fonti dell'Unione europea*

Le fonti di diritto primario dell'Unione sono per lo più contenute nei Trattati europei (TUE e TFUE), la cui natura giuridica è quella dei trattati internazionali, ancorché essi assolvano altresì ad una funzione «costituzionale»¹: basti considerare, tra le altre cose, i criteri interpretativi adoperati dalla Corte di Giustizia UE ed in particolare il frequente ricorso al criterio teleologico a scapito di quello letterale, nonché il criterio interpretativo del c.d. «effetto utile» applicato alle norme del trattato. Paradigmatica e rivelatrice della funzione «costituzionale» è, ancora, l'interpretazione estensiva delle norme del TFUE sulle quattro libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali e, come si diceva, la circostanza che tra le varie interpretazioni possibili, la Corte di Giustizia preferisce quella che consente di riconoscere alla norma la maggiore effettività possibile, in modo che lo scopo della stessa possa essere raggiunto (c.d. «effetto utile»)².

Fonti assimilabili a quelle di diritto primario sono i «principi generali del diritto»³, comprendenti, in primo luogo, i «principi generali del diritto dell'U-

¹ G. STROZZI-R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2016, 206, in cui si dice che quelle dei trattati sono: “norme costitutive di un ordinamento giuridico autonomo, anche se non originario”.

² L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014, 159.

³ G. STROZZI-R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, cit., 213.

nione», i quali trovano ora espressione nelle più rilevanti norme dei trattati, valga l'esempio del «principio di non discriminazione» richiamato da molte norme e, per quanto qui interessa, anche rispetto alla libertà di circolazione (artt. 45, 49 e 57 TFUE). È la stessa Corte di Giustizia a considerare tali norme applicazioni del principio generale di non discriminazione, sicché al principio in questione può farsi ricorso anche nei casi in cui non vi sia una specifica norma del trattato applicabile. Rientra ad esempio tra i «principi generali del diritto dell'Unione», oltre al «principio di non discriminazione», il «principio del mutuo riconoscimento»⁴ o, ancora, quello dello «effetto utile».

Ma principi generali del diritto sono anche i «principi generali del diritto comuni agli ordinamenti degli stati membri».

È noto che, ancorché la giurisprudenza della Corte di Giustizia avesse in passato teorizzato la sussistenza di principi generali desumibili dai trattati internazionali che garantivano la protezione dei diritti fondamentali, soltanto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la protezione di tali diritti viene formalizzata nell'art. 6 TUE, il quale per un verso rinvia alla recente Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), che ha lo stesso valore dei trattati, per altro verso ai diritti fondamentali della Carta europea dei diritti dell'uomo (CEDU): e sinché non vi sarà adesione formale dell'Unione alla CEDU (che implicherà la sindacabilità degli atti UE da parte della Corte di Strasburgo), quest'ultima rimane non vincolante ma, come le tradizioni costituzionali comuni, è comunque fonte di ispirazione per rinvenire principi del diritto applicabili all'Unione. Tra l'altro, la «costituzionalizzazione» dei diritti fondamentali attuata con il rinvio alla Carta (art. 6 TUE) introduce la possibilità di un sindacato di compatibilità, anche preventivo, degli atti legislativi europei.

2. *L'efficacia delle (norme che prevedono le) «Libertà fondamentali»*

A partire dalla storica pronuncia *Van Gend en Loos* del 1963 non si dubita che le norme dei trattati possano avere *efficacia diretta* all'interno degli ordinamenti statali, purché siano chiare, precise e incondizionate, non subordinate cioè all'emanazione di atti di diritto interno. In altri termini, tali norme attribuiscono ai singoli diritti soggettivi che i giudici nazionali e la pubblica amministrazione sono tenuti a tutelare disapplicando il diritto interno contrastante con le norme dei trattati. È altrettanto noto che a partire dal caso *Francovich*

⁴ AA.VV., *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, a cura di A. Plaia, Milano, 2007.

del 1991, si ammette la responsabilità dello stato che abbia compiuto una violazione manifesta e grave dei limiti posti al suo potere discrezionale in violazione di una norma dell'Unione europea.

L'affermazione dell'efficacia diretta della norma del trattato e del principio di responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario hanno contribuito a implementare l'effettività della norma dell'Unione europea. L'ultima tappa significativa di tale percorso può considerarsi il consolidarsi del riconoscimento di una «efficacia orizzontale» delle norme del Trattato che prevedono le quattro libertà fondamentali. Ancora una volta, scegliendo tra le varie interpretazioni possibili, quella che consente di riconoscere alla norma la maggiore effettività possibile, in modo che lo scopo della stessa possa essere raggiunto (c.d. *effetto utile*), la Corte di giustizia è pervenuta ad un'applicazione della norme «costituzionali»⁵ europee in senso orizzontale: si è cioè ammesso che al rispetto della norma attributiva di un diritto soggettivo al singolo non sia soltanto lo Stato (c.d. *efficacia diretta verticale*), ma anche il soggetto privato, persona fisica o giuridica (c.d. *efficacia diretta orizzontale*)⁶.

Se, utilizzando il noto schema elaborato dal giurista californiano Wesley Newcomb Hohfeld, la *libertà* ha come correlativo un *non-diritto* (e come negazione un *dovere*), in virtù della c.d. efficacia diretta la norma sulla libertà di circolazione farebbe gravare sullo stato il non-diritto di impedire tale libertà o privilegio; ma se l'efficacia diviene, oltre che diretta, anche orizzontale, il *non-diritto* di interferire con la libertà grava anche sui singoli: tuttavia, ciò può ammettersi non in modo generalizzato, ma purché ci si mantenga entro il principio di proporzionalità – specie se la libertà si trovi a confrontarsi, in termini di bilanciamento, con un diritto fondamentale della persona – e comunque tenendo conto delle *rationes* che hanno innescato la proiezione in senso orizzontale⁷.

Come accennato, questa affermazione circa la necessità di individuare un limite alla possibilità di una proiezione orizzontale delle libertà fondamentali, può essere colta nella sua reale dimensione problematica non appena si consideri che la questione dell'effettività della libertà fondamentale si pone soprattutto quando la restrizione (alla libertà) deriva dall'esercizio di un «diritto fon-

⁵ L'applicazione diretta e orizzontale delle norme della Carta costituzionale italiana è invece tendenzialmente esclusa: cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 37 ss., il quale ammette semmai una *Drittwirkung* mediata, con la sola eccezione dell'art. 3 della Costituzione, unica norma che riesce a trovare diretta applicazione nei rapporti tra privati.

⁶ Cfr. AA.VV., *Le «libertà fondamentali» e il diritto privato*, a cura di F. Mezzanotte, Roma, 2016.

⁷ A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 743.

damentale», anche esso proiettato in senso orizzontale (es. diritto di sciopero): qui la Corte di Giustizia ricorre sovente al principio di proporzionalità per cui la libertà prevale se ciò è davvero indispensabile per l'attuazione degli interessi ad essa sottesi e, al contempo, è invece il diritto fondamentale che alla libertà si contrappone ad avere la meglio nel giudizio di bilanciamento se l'interesse sotteso allo stesso rischia la sua attuazione anche minima.

In estrema sintesi, può osservarsi che le quattro libertà di circolazione sperimentano la proiezione orizzontale o perché un soggetto pubblico ha delegato (di diritto o di fatto) una sua funzione capace di incidere su una libertà fondamentale e dunque sul mercato ad un soggetto privato, sicché la mera proiezione verticale risulta inappagante⁸. Ovvero, come è stato rilevato in dottrina, quando la libertà fondamentale veicola concretamente istanze personalistiche (es. tutela del lavoratore, divieto di discriminazione) e non soltanto meramente economiche. Non a caso, le libertà fondamentali che non sono di regola correlate con valori della persona hanno sperimentato con notevole ritardo la proiezione orizzontale (es. libertà di circolazione delle merci).

Come si diceva, quando la libertà fondamentale veicola concretamente istanze personalistiche è peraltro possibile che si ponga, per un verso, un'esigenza di bilanciamento tra libertà fondamentale e «diritto fondamentale» e, al contempo, un problema di individuazione del rimedio esperibile, nonché del destinatario dello stesso, poiché non è affatto scontato che, all'esito del bilanciamento, una eventuale responsabilità debba imputarsi al privato e non invece allo stato⁹. In ogni caso, come si è osservato in dottrina, almeno su un piano teorico, nel momento in cui si ammette che il *non-diritto*, quale correlativo della libertà, possa farsi gravare su un soggetto privato, quest'ultimo può, come lo Stato, invocare le scriminanti di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, che giustificano una compressione della libertà fondamentale; al contempo, la persona fisica (che *non ha diritto* di interferire con la libertà del privato) potrà invocare, a differenza dello stato, l'esercizio di un diritto fondamentale e puntare ad un bilanciamento a proprio favore: la proiezione

⁸ In questa prima tipologia di ipotesi rientra il caso *Fra.bo.* il primo in cui la Corte di giustizia ha ammesso l'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci. In Germania, l'attività di regolazione delle regole qualitative e tecniche che un bene del settore idraulico deve possedere è svolta da un ente privato. Si tratta di caratteristiche del bene non obbligatorie ma di fatto indispensabili per la circolazione del bene in Germania. Una regolamentazione inutilmente rigorosa aveva tenuto fuori la società "Fra.bo." dal mercato tedesco, uno dei suoi principali mercati di riferimento. Secondo la Corte di Giustizia ciò è accaduto in violazione della libertà di circolazione di *Fra.bo.*

⁹ Si pensi al caso *Fra.bo.* Chi è tenuto a risarcire l'impresa per essere stata tenuta ingiustamente fuori dal suo principale mercato di sbocco per alcuni anni? L'ente certificatore privato o lo stato tedesco?

orizzontale della libertà fondamentale ci consegna uno scenario in cui un privato oppone la resistenza che potrebbe opporre lo Stato e, al contempo, quella riservata alla persona fisica.

3. *A valle della giurisprudenza della Corte di Giustizia: il problema del rimedio avverso la restrizione della «Libertà fondamentale»*

Proviamo a riepilogare. Potrebbe partirsi dalla considerazione secondo cui le libertà strumentali alla creazione del mercato unico non dovrebbero essere connotate come “fondamentali”¹⁰ e comunque non può sfuggire che esiste una tendenza a diversificare le libertà fondamentali a seconda della attitudine delle stesse a correlarsi o addirittura ad identificarsi con diritti fondamentali della persona, in quanto la libertà viene esercitata da un cittadino (art. 45 CDFUE) o da un lavoratore (art. 15 CDFUE), magari in termini di pretesa alla non discriminazione (art. 21 CDFUE). Quest’ultima è la ragione evidente che ha spinto al sindacato per così dire “assiologico” di atti privatistici (per lo più regole statutarie) di un associazione ciclistica, calcistica o di basket, ad es. nei casi *Walrave* (1974)¹¹, *Donà* (1976)¹², *Bosman* (1995)¹³, *Lehtonen*

¹⁰F. DE CECCO, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights and the Scope of Free Movement Law*, in *German Law Journal*, 2014, 384.

¹¹Il caso riguarda la compatibilità con il diritto europeo della regola per cui, ai mondiali di ciclismo, l’allenatore dovesse avere la stessa nazionalità del corridore. Cfr. G.M. UBERTAZZI, *Le domaine du droit communautaire. A propos de l’arrêt Walrave, Union cycliste internationale*, in *Revue trimestrielle de droit européen* 1976, 635; A. TRABUCCHI, *Sport e lavoro lucrativo. Partecipazione alle gare e requisito di cittadinanza in uno dei Paesi della Comunità europea*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, 622; G. MORSE, *Direct Applicability of Main Treaty Provisions and Scope of Safeguard Clauses*, in *European Law Review*, 1975, 67.

¹²Il poco conosciuto caso *Donà*, relativo alla possibilità di giocatori belgi intenzionati a essere ingaggiati dal Rovigo calcio, anticipa alcune delle considerazioni sviluppate nel più noto e recente caso *Bosman*. Cfr. A. TRABUCCHI, *Le limitazioni all’ingaggio dei giocatori stranieri e la libera circolazione dei lavoratori nella Comunità europea*, in *Giur. it.* 1976, I, col. 1649; P. BARI-LE, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i calciatori professionisti*, in *Giur. it.*, 1977, I, col. 1409. In tutta la casistica sportiva si ripropone la medesima questione e cioè se sussistano ragioni “sportive”, e cioè correlate alla specificità dell’ordinamento sportivo, sufficienti a giustificare la limitazione della libertà di circolazione o se invece le ragioni siano prevalentemente di tipo “economico” e non anche o non solo sportive.

¹³Il caso è molto noto, avendo rivoluzionato il mondo del calcio: scrive a tal proposito la Corte di Giustizia, esplicitando l’inadeguatezza di una argomentazione orientata alle conseguenze: “Quanto alle eventuali conseguenze di questa sentenza per l’organizzazione del gioco del calcio nel suo complesso, va rilevato che, secondo una costante giurisprudenza, benché le conseguenze pratiche di ogni pronuncia giurisdizionale debbano essere vagliate accuratamente,

(2000)¹⁴, o ancora, in punto di non discriminazione, nei casi *Defrenne* (1976)¹⁵, *Raccanelli* (2008)¹⁶, *Ferlini* (2000)¹⁷ e *Angonese* (2000)¹⁸. Casi che tali implicazioni non presentano sono, per un verso *Viking* (2007)¹⁹ e *Laval* (2007)²⁰, in cui

ciò non può indurre a scalfire l'obiettività del diritto ed a compromettere la sua applicazione a motivo delle ripercussioni che tale pronuncia può provocare". Il caso riguarda la compatibilità con il diritto europeo della regola che impediva al giocatore Bosman di andare a giocare nella squadra francese del Dunkerque. È interessante notare che nella motivazione la Corte di giustizia richiama i precedenti 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave* e 14 luglio 1976, causa 13/76, *Donà*. La letteratura è notevole: vedi, tra i tanti contributi, almeno S. BASTIANON, *Bosman, il calcio e il diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1996, IV, col. 3; A. TIZZANO-M. DE VITA, *Qualche considerazione sul caso "Bosman"*, in *Riv. dir. sportivo*, 1996, 416.

¹⁴ Il caso riguarda la compatibilità con il diritto europeo della norma regolamentare che impediva ad un giocatore finlandese di giocare in una squadra belga. Più in particolare, si chiedeva alla Corte «Se siano compatibili con il Trattato di Roma (e specialmente con gli artt. 6, 48, 85 e 86) le disposizioni regolamentari di una federazione sportiva che vietano ad una società di schierare in campo per la prima volta un giocatore in una competizione se esso è stato ingaggiato dopo una certa data, qualora si tratti di un giocatore professionista cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea, nonostante le ragioni di carattere sportivo invocate dalle federazioni per giustificare le dette disposizioni, vale a dire la necessità di non falsare le competizioni». Cfr. A. BELL-P. TURNER-KERR, *The Place of Sport Within the Rules of Community Law: Clarification from the ECJ? The Delège and Lehtonen Cases*, in *European Competition Law Review*, 2002, 256.

¹⁵ L. NEVILLE BROWN, *Air Hostesses and Discriminating Employers*, in *The Modern Law Review* 1984, 692; G. RASTRELLI, *Principio di non discriminazione e principio di uguaglianza nel Trattato CEE*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1979, 90; D. WYATT, *Article 119 EEC and the Fundamental Principle of Non-Discrimination on Grounds of Sex*, in *European Law Review*, 1978, 483.

¹⁶ Si pone la questione se un'associazione di diritto privato quale il Max-Planck sia tenuta a rispettare, nei confronti dei lavoratori ai sensi dell'art. 39 CE, il divieto di discriminazione. La Corte di Giustizia stabilisce che certamente la natura privata dell'istituto non esclude che lo stesso non debba tenere un comportamento identico, in punto di non discriminazione, rispetto ad un soggetto pubblico, ancorché competa al giudice del rinvio stabilire se si sia verificata una disparità di trattamento tra dottorandi nazionali e stranieri, quale è appunto il ricercatore italiano Raccanelli (al quale il Max-Planck avrebbe dovuto proporre l'alternativa tra una borsa di studio e un contratto di lavoro). Cfr. S. BORELLI, *La nozione di "lavoratore" e l'efficacia dell'art. 39 Trattato CE*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, 225.

¹⁷ Secondo la Corte di Giustizia, l'applicazione, in maniera unilaterale, da parte di un gruppo di prestatori di cure nei confronti dei dipendenti delle Comunità europee, di tariffe relative a cure mediche ed ospedaliere dispensate in caso di maternità più elevate rispetto alle tariffe in vigore per i residenti iscritti al regime previdenziale nazionale costituisce, in assenza di giustificazione obiettiva al riguardo, una discriminazione fondata sulla cittadinanza vietata dall'art. 6, co. 1, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 12, primo comma, CE).

¹⁸ Cfr. G. GAJA, *Può un cittadino italiano utilmente imparare il tedesco in Austria?*, in *Riv. dir. intern.*, 2000, 1051.

¹⁹ La letteratura è abbondante. Cfr. almeno C. BARNARD, *Social dumping or dumping socialism?*, in *The Cambridge Law Journal*, 2008, 262.

²⁰ S. DE LA ROSA, *La modernisation du cadre juridique du détachement et la jurisprudence Viking-Laval*, in *Revue de l'Union européenne*, 2016, 151; M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval*

si è affermato che anche l'esercizio di un diritto sindacale è suscettibile di attentare alla (e limitare la) libertà fondamentale di stabilimento e, per altro verso, *Delhaize* (1992) e *Fra.bo* (2012), quest'ultimo il primo a sancire l'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci. Altra ragione che spinge a ritenere inappagante la proiezione verticale è la linea di confine tra pubblico e privato, diversamente collocata nei diversi Paesi membri. Ancora una volta il riferimento è al potere regolatore conferito talora ai privati, anche di fatto, e al conseguente insoddisfacente contrasto alle limitazioni alle libertà se confinato sul crinale degli atti normativi pubblici: emblematico quanto accade e si legge in due casi in cui la condotta è posta in essere da un'associazione privata ciclistica o di Judo e cioè *Walrave* (1974) e *Deliège* (2000)²¹. Dietro il velo del principio di effettività, come è stato scritto, ci sono allora almeno due ragioni che hanno indotto alla affermazione della efficacia orizzontale della libertà e al sindacato di atti privatistici, e cioè la connotazione concretamente personalistica della libertà e lo sfuggente confine tra pubblico e privato o comunque la diversa collocazione dello stesso nei singoli Paesi²². Le sfumature che connotano il concreto dispiegarsi delle libertà, agevolando un sindacato degli atti privatistici, avrebbero ricadute anche sul piano della tutela, che solo eccezionalmente si orienterebbe verso lo Stato, chiamato a rispondere civilmente per non aver ben regolato la materia delle relazioni orizzontali. In presenza, invece, di libertà di prestazione di servizi o di stabilimento riferite al lavoratore e dunque correlate ad istanze personalistiche, o ancora di "lacune nella garanzia verticale" prodotte dalla competenza spettante ad organismi privati, sarebbe invece corretto che il privato risponda direttamente per la loro violazione²³.

Occorre ora aggiungere che il conflitto tra la disposizione normativa che attribuisce la libertà fondamentale e la norma che riconosce il diritto fondamentale²⁴ non può peraltro risolversi sul piano *formale* e gerarchico, poiché si

della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 249.

²¹ A. BELL-P. TURNER-KERR, *The Place of Sport Within the Rules of Community Law: Clarification from the ECJ? The Deliège and Lehtonen Cases*, cit., 256.

²² E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in AA.VV., *Le «libertà fondamentali» e il diritto privato*, cit., 44.

²³ E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in AA.VV., *Le «libertà fondamentali» e il diritto privato*, cit., 53.

²⁴ Come si è soliti dire in letteratura, i «diritti fondamentali» sono quelli che possono dirsi essenziali, universali e supremi (FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale, Roma-Bari, 2008, 33; ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 620; AA.VV., *Filosofia del diritto. introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 464) e per questo indicati nella CEDU e ora anche

confrontano situazioni soggettive di pari rango. Tra l'altro, all'adozione di una prospettiva *sostanziale* di bilanciamento, deve affiancarsi un procedere non già in astratto ma in *concreto*: non solo cioè non può sostenersi che *formalmente* (la norma che prevede) il diritto fondamentale prevale rispetto alla norma che prevede la libertà; ma non può neanche ritenersi che *un determinato* diritto fondamentale sia prevalente o recessivo rispetto alla proiezione orizzontale di *una determinata* libertà. Occorre, in altri termini, considerare lo *scopo* per il quale viene esercitato il diritto fondamentale²⁵ (ad esempio quale sia il motivo per cui viene esercitato il diritto di sciopero).

nella CDFUE. Quanto ai diritti della carta CEDU, non vi è dubbio che inizialmente siano stati congegnati come diritti in rapporto allo Stato e tuttavia a partire dal 2009 con l'art. 6 n. 3 TUE essi assumono il rango di «principi generali dell'Unione» e ciò può dirsi anche per quelli ricavabili dalle tradizioni comuni degli stati membri. Conseguentemente, la norma interna che contrasti con un diritto fondamentale CEDU non può essere disapplicata, ma può essere dichiarata costituzionalmente illegittima. In quanto diritto pubblico soggettivo, il diritto fondamentale può comunque essere fatto valere nei confronti dello Stato: è questa la c.d. efficacia verticale della norma che prevede il diritto fondamentale, verticale ma *indiretta* poiché la norma spiega la sua efficacia in quanto interposta (con la conseguenza che la norma interna che confligga con la norma CEDU è costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117 Cost.). La dottrina sembra poi ritenere che le norme della CEDU possano addirittura ormai applicarsi nei rapporti tra privati e cioè orizzontali, anche di tipo contrattuale, dinanzi al giudice nazionale (SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, 1995; HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, 5; COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, LSE, 22, 30, 2012, in www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm; GRUNDMANN, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental freedoms and private law*, in *Europ. rev. priv. law*, 2006, 25) e semmai la questione sembra essere *come* i diritti fondamentali operino tra privati (A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 192). L'indicazione è quella di mettere da parte questioni anacronistiche come quella se la proiezione orizzontale possa essere diretta ovvero indiretta in quanto mediata da clausole generali del diritto interno: la distinzione tra efficacia orizzontale diretta e indiretta (o mediata) perde importanza non appena si consideri che nel diritto oggettivo globale il diritto privato è sempre più, come un tempo il diritto pubblico, il luogo del rapporto tra potere e garanzie (A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 194; ID., *Contratto del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1498, nota 52). Semmai non può non osservarsi che, a differenza dell'efficacia verticale, l'efficacia orizzontale implica un rapporto con una pretesa di una controparte o con una sua libertà. E così, ad esempio, l'interrogativo circa l'alienabilità di un diritto fondamentale ovvero in merito al bilanciamento tra due diritti fondamentali non può che essere risolto caso per caso e mai in astratto.

²⁵ Sul tema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali non esistono riscontri significativi della giurisprudenza nazionale dei paesi comunitari, mentre qualche timido segnale può rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte Edu: si pensi al riconoscimento del diritto di successione nella locazione del convivente *more uxorio* dello stesso sesso o alla censura del diniego del nulla osta all'insegnamento di un docente di una università cattolica per le sue scelte ideologiche

È persino banale osservare che se la libertà fondamentale che viene compressa reca con sé istanze e valori personalistici, la soglia di tollerabilità della restrizione della stessa non potrà che essere molto bassa; al contrario, se la libertà esercitata è *stricto sensu* economica – come di norma accade per la libertà di circolazione delle merci –, allora occorrerà innalzare la soglia, così come accade nel diritto della concorrenza: dovrà cioè ammettersi una regola *de minimis*, e sarà possibile individuare impedimenti poco significativi in termini di distorsione del mercato²⁶: d'altro canto, il ricorso ad un utilizzo orizzontale della libertà fondamentale, almeno che non lo si generalizzi, è occasionato da una giustificazione contingente. Nel caso *Fra.bo* il dispiegarsi di una efficacia orizzontale si giustifica in ordine ad una occasionale inadeguatezza formale del diritto antitrust e, ciò che più interessa in questa sede, di quest'ultimo deve replicare la *ratio*: sicché la libertà fondamentale si insinua nel diritto dei privati in ragione del fatto che, nel caso concreto, l'impedimento al dinamismo concorrenziale del mercato unico ha superato la regola del *de minimis*²⁷.

non approvate (cfr. A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 183, note 54 e 58). Più di recente, in *Association de médiation sociale* [CGUE 14 gennaio 2014, C-176/12], la Corte di Giustizia UE ha sostenuto che l'art. 27 della CDFUE non può essere invocato in una disputa tra privati con conseguente disapplicazione di una norma interna contrastante con il diritto dell'Unione, in tal modo (apparentemente) sconfessando quanto precedentemente affermato in *Mangold* e poi in *Kükükdeveci* (A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, cit., 743). Nei due precedenti richiamati si era affermata l'applicabilità intersoggettiva del principio di non discriminazione in base all'età così come concretizzato all'interno di una direttiva. In *Association de médiation sociale* si nega l'applicabilità intersoggettiva del principio del diritto alla informazione e consultazione, ma soltanto perché lo stesso è congegnato in termini eccessivamente generici, né la concretizzazione della Direttiva (2002/14) risulta idoneo a precisare con puntualità il diritto all'informazione ed alla consultazione. In sostanza, la Corte di Giustizia non dice una cosa diversa rispetto al recente passato e semmai sono i principi di discriminazione in base all'età e quello all'informazione e consultazione ad risultare diversi e, nel secondo caso, incompatibili con una applicazione orizzontale. Posto dunque che la Direttiva continua ad essere ritenuta non idonea a produrre effetti orizzontali, è alle caratteristiche strutturali e funzionali del singolo principio che occorre guardare per affermarne l'applicabilità nei rapporti intersoggettivi (e la conseguente disapplicazione della norma interna contrastante con lo stesso principio così come concretizzato dalla direttiva: G. VITALE, *Gli effetti diretti orizzontali della Carta nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2015, 148. Si veda da ultimo, con riferimento al caso *Dansk Industry*, controversia azionata dall'omonimo sindacato e relativa al mancato riconoscimento di un'indennità di licenziamento, CGUE 19 aprile 2014, C-441/14. Cfr. R. NUNIN, *Il ruolo del giudice nazionale nell'applicazione orizzontale del principio di non discriminazione – in ragione dell'età: un nuovo passo avanti della Corte di Giustizia*, in *ADL*, 2016, 1190.

²⁶ ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in AA.VV., *Le «libertà fondamentali» e il diritto privato*, cit., 36.

²⁷ A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, cit., 743.

Sul piano rimediabile, infine, si è suggerito che ove venga in considerazione un diritto sociale (es. diritto di sciopero), sembrerebbe doversi escludere comunque una diretta responsabilità dei privati, a favore di una responsabilità dello Stato, mentre negli altri casi potrebbe ammettersi il rimedio risarcitorio a carico del soggetto privato che ha cagionato la restrizione della libertà fondamentale²⁸: si pensi a quanto accaduto nel recente caso *Fra.bo* in cui per la prima volta la Corte di Giustizia ha ammesso l'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci. Come anticipato, lì un ente certificatore privato aveva imposto, in Germania, regole tecniche non possedute dall'impresa italiana *Fra.bo*, la quale pertanto veniva tenuta fuori dal proprio principale mercato di sbocco, quello tedesco²⁹. A seguito della decisione del 12 luglio 2012 della CGUE, il 14 agosto 2013 i giudici di seconda istanza di *Düsseldorf* hanno finalmente riconosciuto la possibilità di *Fra.bo* di tornare a commercializzare in Germania il suo più innovativo prodotto, una guarnizione che viene utilizzata per mettere in sicurezza le grandi condutture di acqua e gas. Dunque, il 14 agosto 2013 l'*Oberlandesgericht Düsseldorf* ha decretato che, in applicazione della sentenza della Corte di giustizia, la revoca del certificato da parte dell'ente di certificazione privato tedesco DVGW, da esso stesso emesso, era illegittima, in quanto tale ente era soggetto al rispetto dell'art. 34 TFUE e non poteva introdurre test e prove ingiustificate che producessero l'effetto di ostacolare l'accesso al mercato dei prodotti importati. Quello del piano rimediabile interno ed a valle della decisione della Corte di Giustizia è in effetti un tema poco esplorato in letteratura, mentre invece appare questione imprescindibile per la comprensione della questione più generale della efficacia nei rapporti privati delle norme del Trattato che disciplinano le quattro libertà fondamentali. Si consideri, ad esempio, che quando il caso *Laval* è tornato al giudice del lavoro svedese, venne emessa una condanna a titolo di *exemplary damages* a favore di *Laval* di circa € 60.000,00 e i sindacati dovettero pagare i costi di giustizia sopportati da *Laval* per circa € 230.000,00³⁰.

²⁸ E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in AA.VV., *Le «libertà fondamentali» e il diritto privato*, cit., 71.

²⁹ A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, cit., 743.

³⁰ La complessità degli argomenti a sostegno di una decisione di condanna di una parte privata che ha violato il diritto dell'unione è ben evidenziata da U. Bernitz e N. Reich nel commento alla decisione del giudice del rinvio svedese apparso sulla *Common Market Law Review*, 2011, 608.

LE QUATTRO LIBERTÀ E I “DIRITTI COLLETTIVI” DEL LAVORO: UN BILANCIAMENTO CHE NON SI SAREBBE DOVUTO FARE

di *Mario Barcellona*

1. Il problema, cui sono rivolte le riflessioni che seguono, è risalente (ed è stato, da ultimo, egregiamente illustrato da A. Plaia) e concerne il rapporto, che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia si è venuto delineando, tra le quattro libertà dell’Unione e i diritti fondamentali, garantiti tanto dagli stessi Trattati che, e soprattutto, dalle Costituzioni nazionali.

Questo problema – come pure è stato osservato – si prospetta con connotati abbastanza specifici in ragione di tre considerazioni:

1.1. – Innanzitutto, in ragione della sostanziale equiordinazione, che la Corte di Giustizia ha operato, tra le quattro libertà e gli altri diritti fondamentali, comunitari e nazionali, la quale, in linea di massima, la porta ad escludere il dispositivo della gerarchizzazione e la fa ritenere legittimata, piuttosto, ad avvalersi, illimitatamente, del dispositivo del bilanciamento;

1.2. – In secondo luogo, in ragione dell’interpretazione ultra-espansiva (più che meramente estensiva) che la Corte opera di tali libertà, privilegiando per la comprensione del loro raggio normativo il ricorso al criterio teleologico ed avvalendosi nel determinarne la portata del principio del c.d. effetto utile (= tutta l’efficacia possibile perché ne possa essere raggiunto lo scopo);

1.3. – In terzo luogo, in ragione dell’efficacia orizzontale che ad esse viene anche attribuita, per mezzo della quale la Corte si abilita al sindacato non solo degli atti normativi degli Stati-membri, ma anche degli stessi atti (e comportamenti) privati (e, segnatamente, “collettivi”).

Ma quel che rende queste tre operazioni interpretative cruciali è – come appresso si vedrà – il senso profondo che esse acquistano quando siano riferite ai rapporti tra queste libertà e le autonomie del lavoro e delle sue organizzazioni.

2. – La questione di fondo, che questo problema e l’approccio secondo cui viene trattato in generale sollevano, concerne, essenzialmente, l’effetto più vistoso e rilevante per il diritto privato di questo *trend* della giurisprudenza della Corte: quello della c.d. efficacia orizzontale delle quattro libertà e, ancor più in generale, delle aspettative che discendono dai Trattati e, addirittura, dagli obblighi che sulla loro base vengono contratti dagli Stati-membri.

Ciò conduce ad un “sindacato assiologico” degli atti privati, che, di per sé, non è estraneo alle esperienze dei diritti nazionali, e segnatamente alla dialettica che in essi, in varia misura e in tempi diversi, si è venuta stabilendo tra diritto privato e principi costituzionali.

È da dire, però, che il modo in cui la Corte interpreta questa efficacia orizzontale presenta, rispetto a queste esperienze, alcune specificità, che è il caso di sottolineare.

2.1. – La prima nasce – come opportunamente è stato ricordato (A. Plaia) – da un qualche oscuramento del confine tra pubblico e privato, cui la Corte sarebbe costretta dal diverso attestarsi di tale confine nei vari ordinamenti nazionali.

Da questo punto di vista, l’efficacia orizzontale rappresenta lo strumento attraverso il quale questo confine viene destabilizzato e si fa luogo ad una pesante ridefinizione del rapporto tra cittadini e Stato: il tema della responsabilità degli Stati ne è – può sembrare – un buon esempio. Solo che la riconcettualizzazione di questo rapporto, che è implicita negli orientamenti della Corte, racchiude potenzialità, che vanno oltre i singoli istituti del diritto privato, che ne sono interessati, ed incidono pesantemente sulle tradizioni costituzionali degli Stati-membri.

2.2. – La seconda, invece, nasce dal dispositivo del bilanciamento, che nella giurisprudenza della Corte si accompagna all’efficacia orizzontale delle quattro libertà quando incontrino diritti fondamentali antagonisti. Poiché nell’idea della Corte questo bilanciamento andrebbe fatto “in concreto”, e cioè considerando lo scopo per il quale di volta in volta il diritto fondamentale questionato è esercitato, la sua implementazione introduce un modello di decisione che assomiglia un po’ a quello proprio dell’“abuso del diritto”, ma che,

nella ben più larga scala cui dà ingresso questa giurisprudenza della Corte, potrebbe sembrare abbastanza inedito rispetto alle esperienze nazionali considerate.

Ma quel che spiega perché questo problema meriti di essere ancora una volta considerato è l'esito che queste operazioni interpretative della Corte, specificamente, presentano quando siano adoperate per decidere sull'autonomia delle organizzazioni sindacali e, alla fine, dei rapporti diretti tra capitale e lavoro.

3. – L'impressione generale, che si ricava da quanto in proposito si è venuto scrivendo, è, però, che l'operazione così da tempo avviata dalla Corte di giustizia vada oltre l'efficacia orizzontale delle quattro libertà o – meglio – che la loro efficacia orizzontale costituisca una strategia di generale ribaltamento del rapporto tra economia e società o – meglio – tra potere economico e contro-potere sindacale, quale si trovava sancito nelle costituzioni nazionali.

Questa impressione viene dalla considerazione di quel che sembra implicito nelle decisioni *Viking* (C-438/05) e *Laval* (C-341/05), che, a ragione, si trovano in proposito ripetutamente richiamate.

È, perciò, opportuno ricordarle.

3.1. *Viking*

Un Gestore finlandese di traghetti decide di immatricolare la propria imbarcazione in Estonia, onde sottoporre i propri dipendenti (estoni) al più conveniente trattamento economico e normativo previsto in tale paese.

La Federazione finlandese dei marittimi si oppone al cambio di bandiera e sollecita l'intervento della Federazione internazionale dei trasporti, la quale, a sua volta, ingiunge ai propri affiliati di non stipulare accordi con la società finlandese.

Il Gestore ricorre alla *Commercial Court* di Londra, assumendo che la direttiva della Federazione internazionale viola la libertà di stabilimento e la libertà di circolazione delle merci e dei servizi, garantite dal Trattato.

Contro la decisione che la condanna la Federazione internazionale propone appello alla *Court of Appeal*, deducendo di aver esercitato il diritto del sindacato di promuovere azioni collettive in difesa dei propri affiliati, e ciò in conformità all'art. 136 del Trattato CE che enuncia gli obbiettivi di promuovere l'occupazione e migliorare le condizioni di vita e di lavoro.

La *Court of Appeal* interpella la Corte di Giustizia, chiedendole di chiarire

se la libertà di stabilimento abbia efficacia anche orizzontale e come si dia nell'ordinamento dell'Unione il rapporto tra autonomia collettiva e libertà economiche.

La Corte di Giustizia, così investita, esclude, a parole, che l'art. 43 del Trattato (libertà di stabilimento) abbia efficacia anche orizzontale. Ma afferma tuttavia la propria competenza sulla questione devolutagli sulla base di una motivazione, per il vero un po' balzana (almeno nella misura in cui non si interroga sul senso costituzionale di tale funzione para-normativa: v. *infra*), che fa rientrare dalla finestra quello cui sembrava si fosse chiusa la porta.

L'art. 43 si riferirebbe, sì, solo agli atti normativi, ma tra questi andrebbero annoverati anche la contrattazione collettiva e gli atti ad essa collegati quando rischino, al dire della Corte, di determinare applicazioni difformi dal diritto comunitario.

Il provvedimento della Federazione internazionale, che interdice accordi con la società del Gestore, sarebbe collegato alla contrattazione collettiva e presenterebbe, perciò, carattere "quasi-normativo".

Segnatamente, a tale inusitata conclusione la Corte giunge nonostante la propria precedente determinazione (*Albany*, C-67/96) di escludere la contrattazione collettiva dall'ambito di applicazione dell'art. 81 del Trattato (divieto di accordi e pratiche limitativi del commercio e della concorrenza) e, soprattutto, nonostante il disposto del par. 5 dell'art. 137, che esclude dalla competenza della Comunità la materia delle retribuzioni, del diritto di associazione, del diritto di sciopero e della serrata.

Ritenuta così la propria giurisdizione, la Corte, nel merito, afferma che la riconducibilità del provvedimento della Federazione internazionale al diritto di sciopero ed all'autonomia collettiva garantiti anche dall'art. 28 del Trattato non giustifica il sacrificio incondizionato della libertà di stabilimento dell'art. 43 e richiede, piuttosto, un'operazione di bilanciamento.

Tale bilanciamento andrebbe condotto secondo i principi di necessità e di proporzionalità, i quali, rispettivamente, imporrebbero che la misura sindacale adottata sia la meno invasiva possibile della libertà di stabilimento e che il sacrificio da essa imposto si possa ritenere ragionevole.

Con questi principi, che lasciano trasparire una valutazione negativa dell'operato sindacale, la controversia è restituita alla *Court of Appeal*, che, facendone applicazione, condanna la Federazione internazionale al risarcimento del danno ed al pagamento delle spese.

Quel che avevano di mira i sindacati finlandesi e la Federazione internazionale dei trasporti era, con tutta evidenza, di impedire una delocalizzazione intesa – come di solito accade – a sfruttare il gap salariale.

La decisione della Corte, ad intenderla "teleologicamente", sancisce, dun-

que, che è illegittima, e comunque suscettibile di essere valutata tale, un’iniziativa sindacale intesa ad ostacolare la delocalizzazione di un’impresa.

3.2. *Laval*

Simile è il caso *Laval*.

Una società svedese, ma integralmente controllata da una società lettone, intende eseguire un appalto in Svezia applicando ai propri dipendenti lettone ivi distaccati il trattamento economico e normativo previsto da un contratto collettivo stipulato in Lettonia.

Le organizzazioni sindacali svedesi, soprattutto temendo che il sistematico ricorso al distacco finisca per minacciare le migliori condizioni ottenute in Svezia dagli operai del settore, reagiscono con scioperi ed altre iniziative collettive che spingono la controllata svedese al fallimento e la società estone a rinunciare all’appalto.

La società estone cita i sindacati innanzi al giudice del lavoro svedese, denunciando la pretesa loro violazione del diritto alla libera prestazione dei servizi (art. 49) e chiedendone la condanna al risarcimento del danno.

La Corte di Giustizia, cui la controversia viene rinviata dal giudice svedese, ribadisce e rinforza i principi poco prima adottati nel precedente *Viking*.

Ribadisce la propria competenza riproponendo rispetto all’art. 49 quanto prima aveva ritenuto a proposito dell’art. 43 e la riferibilità dei suoi divieti anche alla materia collettiva in forza della sua natura “quasi-normativa”. E così ribadisce il principio che, a dispetto dell’art. 137 del Trattato, sciopero ed azioni sindacali che violino le quattro libertà rientrano nella sua giurisdizione.

Conseguenza di questa premessa “di rito” è che lo sciopero ed ogni altra iniziativa dell’autonomia collettiva vadano sottoposti a bilanciamento tutte le volte che arrechino pregiudizio ad una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

Anche in questo caso, il bilanciamento implica che sciopero e iniziative sindacali vadano ritenute legittimi solo quando siano “giustificati” e conformi al parametro della proporzionalità.

Nella specie, la Corte giudica che l’iniziativa del sindacato svedese sia in radice ingiustificata per il semplice fatto che il trattamento economico e normativo del contratto collettivo estone rispettava gli *standard* della Direttiva 96/71 (sulle condizioni, nell’ambito di una prestazione di servizi transnazionale, del distacco di lavoratori in uno Stato-membro).

Facendo applicazione di questi principi il giudice del lavoro svedese, come già prima la Corte inglese, condanna i sindacati a risarcimenti e spese giudiziali.

Quel che avevano di mira i sindacati svedesi era, con tutta evidenza, di im-

pedire un uso del distacco di manodopera di un paese a bassa protezione del lavoro al solo fine di sottrarsi - ancora una volta: come di solito accade - alla regolazione collettiva di un paese con una ben diversa tradizione sindacale e politica e, soprattutto, di opporsi all'effetto di trascinamento (verso il basso) che in operazioni del genere sempre si annida.

La decisione della Corte, sempre ad intenderla "teleologicamente", sta, dunque, a significare che è illegittima, e comunque suscettibile di essere valutata tale, un'iniziativa sindacale intesa, da un lato, a proteggere i trattamenti economici e normativi conquistati attraverso la propria contrattazione collettiva nazionale contro il rischio di "dumping da distacco" e, dall'altro, volta in ogni caso a migliorare il trattamento standard previsto dalla relativa Direttiva.

4. - Queste decisioni, e le altre che ad esse sono seguite e che ne hanno ribadito i principi (Rüffert, Commissione c. Lussemburgo, Commissione c. Germania), sono ormai abbastanza risalenti, ma non sempre hanno ricevuto tutta l'attenzione che meritavano, specie da parte delle stesse organizzazioni sindacali, le quali appaiono in prima battuta sacrificate sull'altare del bilanciamento che in esse viene operato.

Fra i giuristi, i commenti non sono, certo, mancati: molti hanno espresso riserve sul bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia e preoccupazioni, più o meno intense, sulle sorti dell'autonomia collettiva, ma solo pochi hanno messo a fuoco ciò che, in realtà, da queste decisioni è messo in gioco.

4.1. - Per lo più di queste decisioni si è detto che operano un "bilanciamento sbilanciato" (A. Vimercati), che non considerano abbastanza il peso che al lavoro ed alla sua autonomia collettiva andrebbe riconosciuto e che in questa sottovalutazione esprimono quel deficit di socialità che contrassegna l'intera costruzione europea.

Da questo punto di vista, si è, più incisivamente, osservato come non sia il bilanciamento ad essere, di per sé, fuori-luogo, bensì la circostanza che esso venga operato secondo un "astratto principio di proporzionalità" (G. Azzariti), il quale, però, - si è aggiunto con appropriato rigore - sarebbe imputabile, anche, all'assenza di un riferimento autenticamente costituzionale che "dimensioni" i diritti fondamentali, le quattro libertà ed i loro reciproci rapporti.

E non si è mancato di osservare, a conferma, che quest'esito del bilanciamento è, alla fine, l'inevitabile portato di una integrazione europea "impolitica e neofunzionalista", testimoniata dallo stesso art. 28 della Carta dei diritti ove il riconoscimento dei diritti di autotutela e di negoziazione collettiva appare condizionato alla conformità al diritto dell'Unione (A. Cantaro, F. Vecchio).

Su questo piano si attesta anche la considerazione che il bilanciamento avrebbe potuto essere diverso se solo fosse stato operato "dal punto di vista dei diritti sociali", invece che da quello delle quattro libertà, e perciò se la Corte si fosse chiesta, piuttosto, se queste libertà debbano essere interpretate in modo da garantire i diritti sociali (B. Caruso).

Il possibilismo critico, che traspare da taluni dei molti commenti suscitati da queste decisioni della Corte, ha origine nella seduzione che il bilanciamento esercita sul ceto giuridico e da un'esperienza della quale, però, non si sottolineano abbastanza le differenze.

4.2. – Sotto il primo profilo, l'idea del bilanciamento è radicata nell'auto-rappresentazione risalente del ceto giuridico, quella che intende il diritto come *ars boni et aequi* ed il giurista come il saggio che la possiede e la amministra. La quale - va aggiunto - corrisponde, per lo più, ad un'ideologia giuridica alla fine abbastanza infondata e, a volte, un po' mistificatoria (M. Barcellona).

4.3. – Sotto il secondo profilo, l'esperienza, dalla cui influenza risulta difficile sottrarsi, è quella sperimentata dalla Corte costituzionale, dove il bilanciamento è fra le operazioni più frequenti che presiedono al giudizio di costituzionalità. Quest'altro bilanciamento, però, esibisce caratteri abbastanza diversi da quello qui considerato.

Da un lato, infatti, piuttosto che un vero e proprio bilanciamento, quello rimesso alla Corte costituzionale è, propriamente, l'accertamento di un avvenuto sbilanciamento della legge ordinaria (la quale è andata oltre i limiti del bilanciamento che ad essa è consentito dal dettato costituzionale). Dall'altro, questo bilanciamento non bilancia affatto, ma si limita a cassare la legge ed a rimettere al legislatore ordinario, e dunque alla politica, di effettuare esso stesso un nuovo, e questa volta legittimo, bilanciamento. E lo fa – si badi – non solo per i casi a venire, ma anche per il passato e per l'ipotesi che, nonostante tutto, il legislatore non intervenga nuovamente con una nuova legge: l'illegittimità costituzionale di una legge, infatti, fa rivivere la legge abrogata e rimette ad essa la valutazione (tanto) dei fatti di causa (che dei fatti futuri), e cioè la rimette pur sempre ad una già avvenuta mediazione politica.

Il che, però, fa una differenza non da poco: quella che il potere di bilanciamento, che la Corte di giustizia si è riconosciuto, è, a differenza di quello operato dalla Corte costituzionale, interamente determinativo ed alla fine esclusivo, è, nella sostanza, senza rinvio e senza alternativa, non ridà la parola alla *polis* ma gliela toglie senza rimedio. Ossia, nella specie, la eleva, ad arbitro unico del conflitto tra capitale e lavoro, la investe di una funzione che avrebbe, invece, carattere autenticamente politico. Fino al punto che, quando –

come nel caso dello sciopero e delle iniziative sindacali – l’oggetto del giudizio si estende ai “fatti” ed alle “condotte”, la Corte finisce per porre essa stessa la regola secondo cui giudicarli, senza che si dia più alcuno spazio per la mediazione della politica e le sue formalizzazioni legali.

5. – Tuttavia, non è neanche questo il piano sul quale queste decisioni della Corte di giustizia vanno appropriatamente considerate.

A ben vedere, il punto è un altro, ed è che quel che va esaminato, ed eventualmente messo in discussione, non è tanto la congruità del bilanciamento effettuato dalla Corte e l’unilateralità che gli viene rimproverata, ma, prima ancora, la stessa possibilità che l’autonomia collettiva ed i suoi strumenti dello sciopero e della contrattazione siano sottoposti a bilanciamento, o – meglio – a questo tipo di bilanciamento, ossia ad un bilanciamento con le “opposte” libertà economiche.

5.1. – Alla critica di questo orientamento, invero, non sembra si possa giungere – come pure si è fatto – semplicemente sostenendo, in luogo della equiordinazione sancita dalla Corte, la sovraordinazione in generale dei diritti sociali rispetto alle libertà economiche dei Trattati.

Una tale posizione, infatti, non ha alcun sicuro riscontro normativo nei Trattati, e, soprattutto, non sembra neanche sia sostenibile in generale.

I diritti sociali, e comunque quelli di essi che si possono dire “costosi”, subiscono, infatti, sistematici condizionamenti in rapporto alle risorse finanziarie disponibili: annualmente, ogni bilancio statale, in misura più o meno elevata, li mortifica.

Semmai, un’osservazione obiettiva, da sempre, ha indotto a segnalare la tutela più debole che, di norma, i diritti sociali di seconda generazione ricevono rispetto ai diritti individuali di prima generazione, anche nelle stesse costituzioni nazionali.

Il fatto è, piuttosto, che bisogna chiarire che l’autonomia collettiva e lo sciopero si distinguono strutturalmente dagli altri diritti sociali, i quali rimangono affidati – piaccia o no – alle mediazioni del diritto e della politica. Autonomia collettiva e sciopero valgono, invece, ad istituire un campo delle relazioni sociali che, intenzionalmente, è sottratto (seppur con i diversi limiti che appresso si vedranno) alla regolazione del diritto ed alla mediazione della politica, che in esso prende forma, un campo, dunque, che, al suo interno, non ne subisce i condizionamenti.

Il limite grave della Corte di giustizia, dunque, non è stato quello di non essere (stata) abbastanza sociale, bensì quello di aver trascurato la specificità

funzionale e la differenza strutturalmente qualitativa del riconoscimento dell'autonomia collettiva e del diritto di sciopero e la loro generale rilevanza nell'assetto delle democrazie occidentali, almeno per come si sono date fin qui.

5.2. – A pensarci bene, quel che la Corte non ha fatto è proprio quello che, altrove, sempre fa o proclama si debba fare, e cioè di interrogarsi sulla funzione dell'autonomia collettiva e del diritto di sciopero e sulla struttura del tutto singolare che, di conseguenza, essi presentano.

Come si sa, e di solito si ripete, interrogandoli teleologicamente, l'autonomia collettiva e lo sciopero si mostrano come l'istituzione di un contro-potere sociale inteso a bilanciare lo strapotere sociale dell'impresa, un contropotere che consiste proprio nel permesso di ledere legittimamente l'interesse patrimoniale della controparte onde spingerla a concedere quel che diversamente negherebbe.

Ma il punto realmente cruciale è che il riconoscimento giuridico di questo contro-potere implica, al tempo stesso e di necessità, una deroga generale (ancorché teleologicamente orientata: v. *infra*) alla competenza del sistema giuridico e delle sue mediazioni imperative.

Così è, verosimilmente, in tutte le costituzioni occidentali del dopo-guerra. Ma così è, certamente, nell'assetto costituzionale sancito dalla Carta del '48.

Questo riconoscimento, infatti, è, giuridicamente, inteso a sottrarre la materia delle relazioni di lavoro alla contrattazione individuale ed alla logica dell'eguaglianza formale che la domina ed a rimetterla, invece, ad un conflitto collettivo ove la potenza economica dell'impresa può essere fronteggiata dalla potestà di impedirle la produzione di ricchezza, ossia di ciò sulla cui distribuzione si impianta lo scontro.

Questo, che è ovvio, fa capire che il riconoscimento dell'autonomia collettiva e dello sciopero sostituisce alla generale delega all'autonomia privata la speciale delega all'autonomia collettiva ed al confronto "occulto" tra gli impari poteri di fatto degli stipulanti di un contratto individuale di lavoro il confronto "nudo" tra il potere, che viene dal controllo dei mezzi di produzione e dalla disponibilità della ricchezza, e la forza di interdizione, che viene, o può venire, dalla indispensabilità del lavoro e dalla sospensione della produzione, e quindi dall'interruzione del processo di accumulazione che all'incrociare le braccia consegue.

Questa altra delega ha, dunque, un senso giuridico assolutamente preciso, quello di lasciare quest'ordine di relazioni, invece che al mercato (come fa la delega all'autonomia privata), al conflitto.

Ma il conflitto sottostà ad un'unica logica, quella della forza: in esso "vince" chi è in grado di resistere di più, rispettivamente, a restar senza produrre o a restar senza salario ovvero chi per primo giunge sul confine della convenien-

za economica, calcolata, rispettivamente, sul rapporto tra perdita di profitto e costo delle concessioni e tra perdita del salario e beneficio delle rivendicazioni.

Piaccia o no, questo è il fondamento, il senso normativo ultimo del riconoscimento dell'autonomia collettiva e del diritto di sciopero e questa, soprattutto, è la sua struttura necessaria, e cioè l'istituzione di un campo delle relazioni sociali ove vige il conflitto e la logica materiale che attiva (la quale rinvia a forza, resistenza e convenienza collettive) e cui resta rimesso il suo esito.

Intervenire su questa logica è, dunque, radicalmente controfinalistico, significa semplicemente disarmare uno dei contendenti e vulnerare irrimediabilmente la logica del conflitto che il diritto di sciopero istituisce e che l'autonomia collettiva è esclusivamente deputata a comporre.

D'altronde, sancire che lo sciopero abbia limite nella misura "proporzionale e ragionevole" del danno che provoca all'impresa sarebbe concepibile solo ove, al tempo stesso, si ammettesse che, oltre un certo limite di "proporzionalità e ragionevolezza", l'impresa non può continuare a resistere alle rivendicazioni sindacali: le prevedibili, e questa volta irresistibili, proteste del sistema delle imprese (che farebbero valere, e non a torto, la loro autonomia) fanno capire quanto una cosa del genere sia fuori dall'orizzonte di quel tempo delle società che nelle costituzioni nazionali è rispecchiato.

Ma controfinalistico lo è in un senso ancor più profondo.

È innegabile, infatti, che, per tal via, la soluzione del conflitto finirebbe per essere demandata al giudice invece che al conflitto: sarebbe questo, infatti, a detenere il potere di decidere se sia "giustificato" che un conflitto insorga e quando va fatto cessare d'imperio. Ossia, esattamente quello che il riconoscimento dell'autonomia collettiva e del diritto di sciopero si proponeva, e si propone, che più non avvenga.

L'autonomia collettiva e lo sciopero, dunque, non costituiscono diritti sovraordinati a, o prevalenti su, altri diritti o libertà, ma vie costituzionali di uscita dalla mediazione giuridica, le quali istituiscono il campo distinto del conflitto come strumento di regolazione dei rapporti tra capitale e lavoro.

5.3. – Questa conclusione sembrerebbe in parte confliggere con l'ammissione, comune nella dottrina giuslavoristica e pubblicistica, che, tuttavia, non sia costituzionalmente inconcepibile pensare a un qualche limite del diritto di sciopero.

In realtà, non è affatto così.

La conclusione che si è presa, infatti, non implica assolutamente che lo sciopero non tolleri alcun limite. Ma richiede, piuttosto, di capire verso che direzione si diano, o si possano immaginare, limiti che non ne contraddicano la sua *ratio* sistemica.

Come in ogni scontro, anche in questo conflitto si danno intrinsecamente, o si possono introdurre artificialmente, regole che concernono tanto le "armi" in esso adoperabili che le procedure di ingaggio e di contrasto.

Le armi, intrinsecamente, possono essere solo quelle dell'astensione dal lavoro, del rifiuto di trattare e delle altre iniziative permesse dall'autonomia collettiva che su tali risorse esclusivamente possano contare: ne consegue, ad es., il divieto implicito di ogni danneggiamento che non dipenda esclusivamente dalla mera astensione dalla prestazione lavorativa e dal potere delle organizzazioni sindacali di non contrattare.

Ancora, accanto a questo limite ve ne è un altro, che discende direttamente sempre dalla *ratio* dell'istituzione di questo contro-potere: poiché esso è dato per bilanciare lo strapotere dell'impresa, il conflitto, che gli è dato di attivare, deve concernere le relazioni di lavoro ed essere rivolto al loro miglioramento. Ancorché con la fondamentale avvertenza che questo conflitto è, costitutivamente, un conflitto sociale, il quale, per questo, si dà non solo tra una singola impresa ed i suoi dipendenti, ma, in generale, tra capitale e lavoro: il che comporta, con ogni evidenza, che nel suo oggetto rientri, a pieno titolo, tutto ciò che rientra nelle relazioni industriali, tutto ciò che investe le strategie anche extracontrattuali del sistema delle imprese, le politiche economiche dei governi (o la loro assenza) e gli interventi (o i mancati interventi) legislativi sulle condizioni del lavoro (dunque: dalle politiche di investimento e di intervento nell'economia, alle discipline del lavoro, alle c.d. riforme che integrano le retribuzioni assicurando ai lavoratori ed alle loro famiglie "una vita libera e dignitosa", ecc.).

Le regole di conduzione del conflitto presentano, invece, natura per lo più artificiale (un'artificialità, però, che può anche trarsi per via interpretativa – come spesso è stato fatto – dal principio di buona fede e dal canone di lealtà che, di per sé, si addicono anche ad un "duello leale") e non possono che avere carattere eminentemente procedurale, e cioè riguardare soltanto le condizioni di ingaggio e di contrasto: come, ad es., il procedimento di indizione dello sciopero o la sua temporanea sospensione nel caso di una richiesta di apertura incondizionata della trattativa ad opera della controparte.

Questo, però, vale finché il problema dei limiti si ponga nel rapporto tra i protagonisti del conflitto. Non vale, invece, quando lo sciopero si consideri dal punto di vista diverso dei terzi, e cioè, ad es., dal punto di vista degli utenti di servizi essenziali interessati dallo sciopero o dal punto di vista di un sopravvenuto e strategico interesse nazionale. Nei quali casi, rispettivamente, ben può darsi – come di fatto si dà – una disciplina procedurale dello sciopero nei servizi o si può immaginare un "potere d'eccezione" dell'autorità governativa, istituito dalla legge e da questa regolato, che si spinga fino a sospendere tem-

poraneamente il conflitto e/o ad obbligare le parti a procedure concordate.

La non-bilanciabilità dello sciopero, proprio per la sua stessa fondazione teleologica, è, perciò, teleologicamente orientata, si dà solo tra i soggetti del conflitto e sempreché essi osservino la loro “convenzione di Ginevra”, che, per restare in questa certo sconveniente ma tuttavia eloquente metafora bellica, non esclude affatto l’annientamento dell’avversario ma vieta di raggiungerlo attraverso l’uso di armi improprie.

Questo, dunque, è il senso, che il disegno costituzionale impone di attribuire alla riserva di legge prevista nell’art. 40, e, perciò, è anche il limite nel quale può essere legittimamente esercitata: come, difatti, fin qui è sempre avvenuto.

5.4. – Questo assetto dell’autonomia collettiva e dello sciopero, però, non si limita affatto a sottrarre al sistema giuridico e alla politica un intero ordine delle relazioni sociali. Esso, piuttosto, istituendo quest’ambito di immunità, al tempo stesso conforma la stessa forma di Stato ed allarga il senso e le dimensioni della democrazia.

Come è stato detto (M. Luciani), lo sciopero ha, nel disegno costituzionale, una “dimensione oppositiva” che lo situa “al crocevia della forma di Stato e della forma di governo”.

Più precisamente, il riconoscimento dell’autonomia collettiva e del diritto di sciopero traccia un disegno costituzionale, che, quanto alla distribuzione della ricchezza, appresta due vie: quella politica, che si sviluppa attraverso i dispositivi della rappresentanza e della competizione elettorale, e quella sociale, che opera, invece, fuori dalla politica attraverso il conflitto.

Il che, nel linguaggio della costituzione materiale, si potrebbe anche dire così: che il grande compromesso delle democrazie costituzionali europee del dopo-guerra, e comunque certamente del patto costituzionale suggellato dalla Costituzione del ’48, sta proprio in ciò, che si è “disarmato” il conflitto sull’ordine sociale mutandolo in competizione elettorale e che però, in cambio, lo si è conservato nel campo dei rapporti diretti tra capitale e lavoro (rendendoli relativamente autonomi dalla politica e dagli equilibri parlamentari).

Restringere una via e/o limitarne il tragitto significa, dunque, intervenire su quel “crocevia” che si situa, di sicuro, nel campo dei principi indisponibili della Costituzione, ma che, in qualche modo, va oltre lo stesso comune riferimento al comma 2 dell’art. 3 e tocca nel cuore gli equilibri fondamentali che la Costituzione (quella italiana, ma non solo) determina tra democrazia parlamentare e conflitto sociale (già così P. Calamandrei e Corte cost. n. 29/1960 e n. 290/1974).

Ma se così è – come è difficile negare che sia –, allora, di fronte a simili

orientamenti della Corte di giustizia, non sembrerebbe inappropriato pensare al dispositivo dei “contro-limiti” enunciato a più riprese dalla nostra Corte Costituzionale (Corte cost. n. 238/2014 e, rispetto alle questioni qui considerate, U. Carabelli), ed efficacemente praticato già nel 2009 dalla Corte costituzionale tedesca.

5.5. Un’ultima considerazione

Come è stato osservato (M. Luciani), quest’orientamento della Corte di Giustizia, che “mette i piedi nel piatto della nostra Costituzione”, ne mostra anche “premesse culturali ... assai diverse”. Anzi, ne mostra una piega che – come pure è stato osservato (sempre M. Luciani) – suscita qualche riserva sul “costituzionalismo irenico” del quale molti studiosi si compiacciono.

In fondo, il ragionamento, che prima si è fatto, sta tutto dentro una comprensione funzionale o – se si vuole – teleologica del diritto, che la Corte ha mostrato di privilegiare quando si è trattato di enfatizzare la portata delle disposizioni dei Trattati sulle quattro libertà e che, però, ha messo da parte quando ha considerato il generale valore costituzionale del “potere oppositivo” che al lavoro ed alle sue organizzazioni è riconosciuto. Una comprensione teleologica, d'altronde, che, nella specie, sembra trovare un significativo riscontro sistematico nel par. 5 dell’art. 137, il quale esclude, non a caso, dalle competenze della Comunità, ed ora dell’Unione, la materia delle retribuzioni, del diritto di associazione e del diritto di sciopero: il che vorrà pur dire qualcosa.

Questo fa, allora, pensare che, se questa volta la Corte ha dismesso il suo solito occhiale teleologico, lo ha fatto perché mossa da un disegno che, più che al bilanciamento, sembra rivolto a curvare i Trattati ad un intendimento delle libertà economiche che non esclude di far conto sulla pratica incontrastata delle delocalizzazioni, o della loro minaccia, e del c.d. *dumping* sociale. Facendo, così, propria un’idea della concorrenza e della produttività che privilegia l’indebolimento sistematico del lavoro, delle sue difese e delle sue autonomie.

Si può pensare che questo sia inevitabile, che provare a mettere in discussione i “bilanciamenti” della Corte, anche quando siano “sovversivi” degli assetti profondi dei sistemi costituzionali, sia come provare a fermare la piena di un fiume cercando di contenerla solo con le braccia e che sia, alla fine, miglior partito quello di abbandonarsi, talvolta compiaciuti, al possibilismo più o meno critico e al “costituzionalismo irenico”.

Ma occorre dire, e dirsi, anche che il costo di simili bilanciamenti è pagato non solo dal lavoro, ma, alla fine, dalla stessa democrazia: anche perché questo

è, ormai, sotto gli occhi di tutti, e rischia, alla lunga, di travolgere la stessa costruzione europea e con essa gli splendenti valori della pur tragica storia di questo continente che voleva preservare.

Bibliografia essenziale

- G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali e Corte di Giustizia dell'Unione europea*, Relazione al Convegno "Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani", Perugia, 25-26/03/2011.
- M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008.
- M. Barcellona, *Diritto e conflitto*, in *L'epoca dei populismi. Diritti e conflitti*, a cura di F. Ciaramelli-F.G. Manga, Mimesis, Teoria e critica della regolazione sociale, 2016.
- P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952.
- A. Cantaro, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Torino, 2007.
- U. Carabelli, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011.
- B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Viking e Laval)*, in W.P. C.S.D.L.E., Massimo D'Antona, INT., 2008.
- A. De Salvia, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati*, in W.P. C.S.D.L.E., Massimo D'Antona, INT., 2012.
- S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, Relazione al Convegno "Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani", Perugia, 25-26/03/2001.
- A. Lo Faro, *Diritto al Conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2010.
- M. Luciani, *Diritto di sciopero, forma di stato e forma di governo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009.
- M. Pallini, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2008.
- A. Plaia, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato e diritto privato*, in S. Mazzamuto, *Le "libertà fondamentali" dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016.
- M. Rusciano, *Diritto di sciopero e assetto costituzionale*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2009.
- F. Vecchio, *Dopo Viking, Laval e Ruffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali*, in *www.europeanrights*, 2010.
- A. Vimercati, *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009.
- A. Zoppoli, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero l'autonomia collettiva negata)*, in *Dir. lav. merc.*, 2008.

DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO: IL CONFINE È MOBILE, MA ESISTE

di *Guido Corso*

1. – Uno dei criteri tradizionali per distinguere il diritto pubblico dal diritto privato poggia sulla natura del soggetto. Se un soggetto è di diritto pubblico, una pubblica amministrazione, è ovvio che, se non tutta, almeno la parte prevalente della sua attività sarà retta dal diritto pubblico. È essenziale, quindi, stabilire se il soggetto è pubblico o privato.

Sino ai primi anni settanta del secolo scorso c'era in Italia una copiosa giurisprudenza sulla distinzione tra ente pubblico e persona giuridica privata. Essa si era formata in tema di giurisdizione attorno a questioni di questo tipo: la controversia di lavoro avviata da un dipendente dell'ente rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo o in quella del giudice del lavoro? L'atto adottato dal consiglio di amministrazione è un atto amministrativo o è solo la delibera di una persona giuridica o di un'associazione, anche non riconosciuta, censurabile davanti al giudice civile? I dubbi nascevano dalla natura spesso equivoca dell'atto costitutivo dell'ente – ad es., un decreto regio che qualifica l'ente come ente pubblico, in assenza di base legislativa.

Con la L. 70/1975 (art. 4) venne stabilito che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge. Si è trattato di una fedele applicazione dell'art. 97 Cost. Se i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge – i pubblici uffici non sono altro che articolazioni di un ente pubblico, o articolazioni di un ministero (a sua volta sottoposto ad una riserva di legge assoluta, art. 95, u. co., Cost.) – non può esserci un ente pubblico in assenza di una legge che lo istituisca o ne preveda l'istituzione.

Anche se la regola era fissata solo per i “*nuovi*” enti pubblici, essa in realtà ha finito con l'essere applicata anche ad enti preesistenti.

L'effetto è stata quella di ridurre drasticamente il numero degli enti pubblici e quindi del diritto pubblico applicabile alla loro attività.

Nel 1994 (d.lgs. 509/1994, attuativo della delega conferita al governo con

L. 537/1993) vengono trasformati in persone giuridiche private numerosi enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza: praticamente tutte le casse e gli enti di previdenza dei lavoratori autonomi. Viene meno il finanziamento pubblico (art. 1, co. 3), ma resta ferma l'obbligo della iscrizione e della contribuzione per gli appartenenti alla categoria professionale interessata. Un mix di diritto pubblico e di diritto privato. È sicuramente di diritto pubblico la norma che, in deroga alla libertà di associazione che include la libertà di non associarsi (art. 18 Cost.), mantiene per gli appartenenti alla categoria l'obbligo dell'iscrizione e della contribuzione (anche per compensare il venir meno dei finanziamenti pubblici). Nello stesso tempo vengono assicurati all'ente privatizzato modalità privilegiate per la riscossione dei contributi se l'interessato ha omesso di versarli.

L'operazione prosegue con la legge che delega il governo a trasformare in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato gli enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico nonché gli altri enti per il cui funzionamento non è necessaria la personalità di diritto pubblico (art. 14 L. 59/1995).

Un principio importante viene così enunciato. Non solo è richiesta una legge perché un ente pubblico sia istituito: ma è necessario che questo ente sia chiamato a svolgere funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico perché solo in questo caso si giustifica la personalità di diritto pubblico. Non è rimesso all'arbitrio del legislatore la qualificazione di un ente come ente pubblico. Occorre che gli interessi che esso deve a curare siano interessi pubblici. In base a questo criterio numerosi enti pubblici operanti nel campo della cultura vengono privatizzati (d.lgs. 419/1999; v. anche art. 26 L. 448/2001 come modificato dall'art. 2 L. 137/2992).

È ovvio che attività culturali possono essere svolte anche da soggetti privati, anzi, in un ordinamento liberale, è preferibile che le svolgano solo privati. La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura, ma non deve necessariamente produrla (art. 9 Cost.).

Molto più rilevante, in direzione della privatizzazione, è stato l'effetto di una sentenza della Corte Costituzionale (n. 396/1988), con la quale è stata annullata perché costituzionalmente illegittima la disposizione contenuta nell'art. 1 della legge Crispi (L. 6972/1890) che qualifica le opere pie come istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza.

Una pubblicità generalizzata, secondo la Corte, contrasta con l'art. 38 u. co. Cost. ("L'assistenza privata è libera"). Se il privato è quindi libero di svolgere attività di assistenza, deve essere libero di farlo anche a mezzo di organizzazioni impersonali (associazioni e fondazioni). Con questo principio contrasta una norma secondo cui sono pubbliche tutte le organizzazioni operanti nei

settori della beneficenza e dell'assistenza. Le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza che hanno carattere associativo o sono state promosse e amministrare da privati o sono d'ispirazione religiosa (esse risalgono spesso a secoli addietro) hanno diritto a partire da quel momento, al riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato (d.P.C.M. 16 febbraio 1990, in *G.U.* 23 febbraio 1990, n. 45). Di colpo migliaia, o forse decine di migliaia di opere pie, sono trasformate da enti pubblici in soggetti privati. Un ribaltamento della legge Crispi che era stata approvata proprio per assoggettare le opere pie al controllo pubblico sottraendole al dominio della Chiesa cattolica.

2. – Sulla distinzione dei soggetti giuridici in pubblici e privati ha influito il diritto comunitario. La Corte di giustizia ha sempre avuto un approccio funzionale al tema: uno stesso soggetto viene trattato come pubblico in una certa situazione e come privato in un'altra.

L'approccio funzionale si distingue da quello istituzionale di cui è espressione la L. 70/1975 per questa ragione. Secondo il criterio istituzionale è la legge che qualifica la persona giuridica come ente pubblico: purché, possiamo aggiungere, tale qualificazione sia giustificata dallo svolgimento di funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico.

Secondo il criterio funzionale, l'etichetta "pubblico" o "privato" viene attaccata all'ente in ragione degli obiettivi che si intendono raggiungere. Il soggetto privato è considerato ente pubblico in rapporto all'applicazione di una certa normativa, mentre continua ad essere trattato come privato al di fuori di questo ambito.

Si pensi alla norma del TFUE (art. 45) riproduttiva di una norma del Trattato di Roma, che dopo avere assicurato la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, dice che la regola non si applica "*agli impieghi nella pubblica amministrazione*" (par. 4).

Ma che cosa si intende per pubblica amministrazione?

"Il cittadino di altro Stato membro non è ammesso a far parte della P.A. – ci spiega la Corte di Giustizia – quando l'impiego presuppone, da parte del titolare, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità dei diritti e dei doveri che sono il fondamento del vincolo di cittadinanza" (CGCE 17 novembre 1991, C-4/91 Bleis).

La deroga sulla libertà di circolazione dei lavoratori è prevista per le attività che comportano "la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri o alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche". Vale, per es., per gli ufficiali della marina spagnola, in quanto possono essere chiamati a esercitare

a bordo della nave poteri di polizia (causa C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española), ma non per un ricercatore CNR (causa 225/85, Commissione c. Italia) o per il lettore di lingua straniera nell'Università (causa 33/88, Allieé), o per l'insegnante nella scuola pubblica (causa 66/85, Lawrie-Bline) o per l'infermiere in un ospedale pubblico (causa 307/84, Commissione c. Francia). Costoro possono essere reclutati dall'ospedale pubblico o dalla scuola pubblica o dalla università pubblica di uno Stato membro diverso da quello di appartenenza perché le mansioni che sono chiamate a svolgere non partecipano all'esercizio dei pubblici poteri.

È pubblica amministrazione, appunto secondo l'art. 45, l'apparato che svolge "*attività che partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri*". Sono le attività di cui parla l'art. 51 del Trattato per escludere che per esse operi la libertà di stabilimento. La *ratio* della deroga è comune alle due disposizioni.

La conseguenza? Il CNR o l'Università pubblica, che sono inequivocabilmente pubbliche amministrazioni, non lo sono, secondo il diritto europeo, nel momento in cui reclutano ricercatori e lettori. Il CNR torna ad essere pubblica amministrazione, l'accesso alla quale è consentito ai soli cittadini, quando la persona da reclutare è tenuta a svolgere l'attività di consulenza su questioni scientifiche o tecniche svolte in favore dello Stato (così CGCE causa 225/85 cit.).

3. – L'approccio funzionale, proprio del diritto europeo e in particolare della giurisprudenza della Corte di Giustizia, può condurre a esiti opposti: non a privatizzare ciò che in via generale è pubblico, ma pubblicizzare, limitatamente a certe attività, ciò che è privato.

Si consideri la normativa europea sugli appalti pubblici, che poi è attuata con legge degli Stati membri. Per sottrarsi ai vincoli imposti dalle direttive, i ministeri, le regioni, le province, i comuni si sono avvalsi sin dagli anni ottanta del secolo scorso di persone giuridiche private per acquistare beni e servizi o per svolgere servizi pubblici. Si sono avvalsi di persone giuridiche sulle quali esercitano il controllo. E il fenomeno non è limitato all'Italia.

Come privati, questi soggetti non sono tenuti ad osservare le regole sulla libera prestazione di servizi e sulla libertà di stabilimento che la normativa europea mira a garantire; e lo Stato e gli enti territoriali, utilizzando tali apparati strumentali, possono fare a meno di gare, e sottrarsi al contenzioso che una procedura competitiva genera, ed è alimentato da imprese diverse dalla aggiudicataria.

A partire dagli anni novanta (direttiva 92/50/CEE in materia di appalti

pubblici di servizi e 90/531/CEE e 93/38/CEE in materia di appalti nei settori esclusi) la Comunità europea estende l'ambito di applicazione delle direttive dallo Stato e gli enti pubblici agli organismi di diritto pubblico: ossia a soggetti dotati di personalità giuridica, istituiti per soddisfare specifiche finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato o da un ente territoriale o da altro ente pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi di amministrazione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici.

L'organismo di diritto pubblico è, nella stragrande maggioranza dei casi, un soggetto di diritto privato, una società di capitali o un'associazione: ma se deve scegliere una controparte contrattuale, e l'appalto di lavori o di servizi o di fornitura ha un importo superiore alla soglia europea, l'organismo di diritto pubblico è sottoposto agli stessi vincoli che gravano sullo Stato o sull'ente territoriale o sull'ente pubblico di cui è la *longa manus*.

Si realizza così una dissociazione tra la natura del soggetto, che è privata, e la disciplina di una parte della sua attività, che è sottoposta al diritto pubblico.

Il diritto pubblico viene impiegato in funzione antielusiva: con l'obiettivo di contrastare il tentativo dello Stato e degli enti pubblici di aggirare i vincoli che derivano dalla normativa europea sugli appalti pubblici, ricorrendo a soggetti privati che dello Stato o degli enti pubblici sono strumenti, ma che, in quanto privati, a quei vincoli non sarebbero soggetti.

È sempre il criterio funzionale che la Corte di Giustizia impiega in un caso in cui veniva contestato il monopolio attribuito ad una società privata sui servizi antinquinamento nel porto di Genova. Sebbene si tratti di una società privata, non le si può addebitare abuso di posizione dominante perché essa non opera come impresa, offrendo beni e servizi sul mercato, ma come autorità. Non rileva che lo Stato agisca direttamente tramite un organo che fa parte della pubblica amministrazione o tramite un ente cui ha conferito diritti speciali o esclusivi, come in questo caso (sent. 18 marzo 1997, causa C-343/95, Diego Cali e Figli s.r.l.). Quello che conta è la natura (autoritativa) dell'attività che la società è chiamata a svolgere.

Altro esempio.

Le direttive europee vincolano lo Stato membro cui sono rivolte per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi (art. 288 TFUE).

È lo Stato che è vincolato dalla direttiva, sicché i privati possono beneficiare dei diritti che le dirette rive conferiscono solo se lo Stato ha recepito la direttiva.

Due impiegate della British Gas, collocate in pensione al sessantesimo an-

no di età, chiedono di essere mantenute in servizio sino all'età stabilita per il pensionamento dei dipendenti maschi; lo chiedono sulla base della direttiva 76/207- CEE sulla parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda le condizioni di lavoro.

Il Regno Unito, parte nel giudizio nel corso del quale la Camera dei Lord ha sottoposto alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale, eccepisce che la direttiva non è stata attuata con un atto normativo interno e quindi non può essere invocata dal privato. Per la Corte di Giustizia, invece, British Gas, già impresa nazionalizzata, privatizzata nel 1986, fa comunque parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonea a produrre effetti diretti. È un organismo, che indipendentemente dalla sua forma giuridica, è stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultimo, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti dei poteri riconosciuti dalle norme che regolano i rapporti fra singoli (CGCE, causa C-188/89, Foster, par. 201). British Gas è pertanto destinataria della direttiva come se fosse il Regno Unito.

In funzione antielusiva va letta una ulteriore estensione della nozione di pubblica amministrazione.

In epoca di emergenza finanziaria pubblica, in cui è necessario determinare il conto consolidato del settore pubblico (e quindi della spesa pubblica), il diritto europeo include nella pubblica amministrazione il complesso delle *“unità istituzionali che agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita (...) la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata prevalentemente da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese”* (regolamento Ce n. 2223/1996, § 2.68 all. A).

Si allarga, in questo modo, il perimetro della P.A. *“Ai fini delle applicazioni in materia di finanza pubblica, per amministrazioni pubbliche si intendono gli enti e i soggetti indicati a fini statistici dall'ISTAT”* nell'elenco annuo che l'Istituto predispone (art. 1, co. 2, L. 196/2009, nel testo di cui all'art. 5, co. 7, d.l. 16/2016 conv. in L. 44/2012): sicché in questo ambito vengono ricompresi tutti gli enti controllati e finanziati prevalentemente da amministrazioni centrali o locali, che non hanno scopo di lucro e producono beni o servizi finanziati da versamenti obbligatori e/o redistribuzione della ricchezza. Anche se, è superfluo aggiungere, essi hanno natura giuridica privata (c.d. *“istituzioni senza scopo di lucro finanziate in prevalenza dalle amministrazioni”*).

Questo schema lo ritroviamo anche al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto europeo.

Per evitare che le società a partecipazione pubblica siano utilizzate dalla

classe politica, soprattutto locale, per reclutare personale che l'ente locale non potrebbe assumere per via del blocco delle assunzioni, e per assumerlo senza concorso, il nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 175/2016) sottopone il reclutamento del personale ai principi di trasparenza, imparzialità, pubblicità della selezione, e prescrive l'adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti (art. 19, co. 2). In altre parole, anche le società a partecipazione pubblica sono obbligate ad assumere per concorso, con una modalità che l'art. 97 Cost. prescrive solo per il pubblico impiego, ossia per l'impiego presso lo Stato e gli enti pubblici.

Regole analoghe vigono per l'alienazione di partecipazioni sociali da parte delle pubbliche amministrazioni (una gara fra gli aspiranti acquirenti), e solo "in casi eccezionali" è consentita la negoziazione diretta (art. 10).

Il diritto pubblico irrompe anche nella disciplina della responsabilità degli amministratori. Quando la società è in house (perché una pubblica amministrazione esercita su di essa un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, art. 2 lett. c), d) ed o), gli amministratori sono chiamati a rispondere davanti alla Corte dei conti del "danno erariale" subito dall'ente o dagli enti partecipanti (art. 12): in deroga alla disciplina della responsabilità degli amministratori di società per azioni dettata dal codice civile (artt. 2392-2393-bis).

4. – L'influenza più profonda il diritto comunitario l'ha esercitata nel diritto dell'economia con ovvie implicazioni sulla distinzione fra pubblico e privato.

Secondo l'art. 106 TFUE (che corrisponde all'art. 86 del Trattato di Roma), gli Stati membri non emanano né mantengono nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme del Trattato e in particolare alle regole di concorrenza.

Una regola del genere, che assoggetta le imprese pubbliche alla concorrenza, contrasta con l'esperienza non soltanto italiana in tema di regime delle imprese pubbliche.

È noto che un gran numero d'imprese sono state organizzate in Italia nella forma dell'ente pubblico economico o dell'azienda di Stato o dell'Azienda municipalizzata: entità disciplinate prevalentemente dal diritto pubblico, e beneficiarie in molti casi del monopolio legale di un certo mercato (dalle poste alle ferrovie, dal trasporto aereo alla telefonia, dalla produzione e distribuzione dell'energia elettrica alla produzione e distribuzione dell'energia termica).

La concessione di diritti speciali o esclusivi (il monopolio), che pure è pre-

vista dal Trattato di Roma, è sottoposta nella giurisprudenza e nella normativa europea derivata a condizioni stringenti. Tali condizioni operano anche nei servizi di interesse economico generale perché le imprese che sono incaricate della loro gestione sono anch'esse soggette alle regole di concorrenza “*nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata*” (oggi, art. 106, par. 2, TFUE).

La deroga alle regole di concorrenza è ammessa quando il mercato non è in grado di assicurare a tutti, e soprattutto ad alcuni gruppi marginali, sociali o territoriali, l'accesso al servizio pubblico ad un prezzo abbordabile, quando essa non è in grado, cioè, di garantire il c.d. servizio universale.

In primo luogo è, tuttavia, interpretata dalla Corte di giustizia in modo restrittivo.

Innanzitutto non tutto quello che lo Stato qualifica servizio pubblico (servizio di interesse economico generale) effettivamente lo è. Non lo è quando il servizio non si distingue da quello che il mercato spontaneamente produrrebbe ed anzi produrrebbe in modo più efficiente senza le strozzature del monopolio. È il caso del servizio di avviamento al mercato del lavoro, prima in Germania e poi in Italia. Anche se il servizio nei due paesi è affidato e riservato ad organi dello Stato, uffici del ministero del lavoro, esso non si distingue da qualunque altro servizio che nello spazio europeo è soggetto al principio della libera prestazione di servizi e alle regole di concorrenza (sent. 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*; 11 dicembre 1997; causa C-55/36, *Job Centre coop*).

Gli uffici del lavoro, sono per il diritto interno organi dello Stato, ma in realtà non sono altro che imprese che godono indebitamente di un monopolio legale che, come tutti i monopoli, determina una riduzione dell'offerta e lascia insoddisfatta una parte della domanda. L'art. 86 par. 2 del Trattato di Roma (e oggi l'art. 106 par. 2 del TFUE) non è applicabile poiché l'attività che favorisce l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro non è un servizio di interesse economico generale (che debba formare oggetto di un incarico da parte dello Stato). Non può perciò essere invocata, a giustificazione del monopolio, la deroga prevista dalla medesima disposizione nei casi in cui le regole di concorrenza ostacolano l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate del SIEG.

Anche in questo caso ci troviamo in presenza di una forma pubblica (organo dello Stato) e di una sostanza privata (impresa).

Ma anche quando il servizio è inequivocabilmente di interesse economico generale (ossia servizio pubblico economico o, come dicono i Francesi, servizi industriale e commerciali) la Corte di Giustizia opera un distinguo.

Il SIEG comprende un nucleo di prestazioni che vanno rese a tutti gli

utenti che ne fanno richiesta, a un prezzo abbordabile, ancorché la prestazione del servizio abbia un costo che supera il ricavo (per es. l'affrancatura sulla posta ordinaria recapitata in piccolissimi villaggi di alta montagna). Il servizio comprende pure prestazioni con valore aggiunto (come la posta celere con prelievo al domicilio del mittente, possibilità di chiedere il mutamento di destinazione durante il tragitto, recapito in giornata). In questo secondo caso non ci sono i presupposti del monopolio (la deroga alla concorrenza per assicurare l'adempimento della missione): il monopolio legale è quindi illecito limitato a questi servizi con valore aggiunto (sent. 19 maggio 1993, in causa C-320/91, Paul Corbeau).

Se noi consideriamo che il Trattato non soltanto vieta per l'avvenire agli Stati membri di introdurre norme in contrasto con i principi in tema di SIEG ma vieta anche di mantenere in vita normative preesistenti, spesso vecchie di decenni, che con quei principi contrastano, non è difficile capire perché l'applicazione di detti principi abbia determinato la smobilitazione di molti apparati pubblici di gestione dell'economia e più specificamente degli enti e delle aziende deputati alla gestione dei grandi servizi pubblici nazionali e dei servizi pubblici locali. Gli enti di gestione delle partecipazioni statali, l'INA, l'ENEL, le Aziende di Stato (Poste, Ferrovie), le aziende municipalizzate sono divenute società di capitali e nella maggior parte di esse è avvenuto l'ingresso di capitali privati (la c.d. privatizzazione sostanziale che segue la privatizzazione formale, ottenuta col mutamento della forma giuridica dell'ente).

Alla smobilitazione dell'apparato pubblico dell'economia ha concorso anche un'altra regola europea: il divieto di aiuti di Stato che favorendo talune imprese o talune produzioni falsano o minacciano di falsare la concorrenza (oggi, art. 107 TFUE). Secondo la Commissione europea, che ha avuto l'avallo della Corte di giustizia, le misure con le quali il parlamento italiano sino alla fine degli anni ottanta dello scorso secolo ha di volta in volta aumentato l'importo dei fondi di dotazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali (IRI, ENI, GEPI), costituiscono aiuti di Stato in contrasto con le regole di concorrenza perché servono a coprire i debiti delle società partecipate, sottraendo dette società al fallimento cui, in assenza di quell'apporto, sarebbero condannate.

Un'ultima peculiarità dell'apparato pubblico dell'economia era costituita dalla figura degli istituti di credito di diritto pubblico. Le direttive europee sulle banche e soprattutto la configurazione delle banche come imprese hanno portato alla cancellazione di questa figura con la profonda riforma del sistema bancario degli anni '90-'92 del secolo scorso.

5. – *Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones*, così scrive Gaio nel primo libro delle Istituzioni.

Anche le cose possono essere distinte in beni pubblici e beni privati. Le due categorie, definite dal codice civile (artt. 822 ss.), sono riprese dalla Costituzione che distingue la proprietà in pubblica e privata, nel senso che i beni economici appartengono allo Stato, ad enti o privati (art. 42, co. 1).

La Costituzione non fissa direttamente limiti alla proprietà pubblica, ma esclude che la proprietà possa essere solamente pubblica: al contrario privilegia la proprietà privata, in relazione a certi beni (come la casa d'abitazione o il fondo rustico, art. 47). Delle imprese, consente la nazionalizzazione, ossia il trasferimento della proprietà allo Stato o agli enti pubblici solo in certi casi e se ricorrono le condizioni indicate dall'art. 43 Cost. (servizi pubblici essenziali, fonti di energia, situazioni di monopolio).

Negli ultimi decenni i confini tra pubblico e privato si sono spostati con la progressiva restrizione della proprietà pubblica e l'allargamento della proprietà privata.

Anche in questo caso ha influito lo stato sempre più difficile della finanza pubblica. Lo Stato si è trovato nella situazione di colui che è fortemente indebitato, ma dispone di un grosso patrimonio. La misura più ovvia per far fronte ai debiti è quella di dismettere una quota del patrimonio. Una misura, fra l'altro, fortemente caldeggiata dalla Commissione europea in considerazione degli effetti che l'elevato debito pubblico di uno degli Stati membri produce sull'equilibrio complessivo.

La privatizzazione di beni pubblici è avvenuta, a partire dagli anni novanta del secolo scorso in tre forme diverse.

Innanzitutto essa è una conseguenza della privatizzazione dell'ente proprietario. Una volta che le ferrovie dello Stato e l'ENEL vengono privatizzati, viene meno per es. il c.d. demanio ferroviario (art. 822, co. 2, c.c.) e il passaggio alla proprietà privata viene accelerato dalla liberalizzazione, ossia dall'ingresso del capitale privato nelle società che risultano dalla trasformazione delle vecchie aziende pubbliche o dei vecchi enti pubblici. Rimane il vincolo di destinazione di una parte di questi beni, ossia delle reti: una figura giuridica nuova rispetto alla quale il problema è quello dell'accessibilità da parte di gestori del servizio diversi dal vecchio titolare, sicché il problema principale non è quello della proprietà, ma quello della gestione.

Una seconda forma di privatizzazione è quella della vendita del bene previo passaggio dal demanio e dal patrimonio indisponibile al patrimonio disponibile.

Beni pubblici non destinati ad usi collettivi generali o di interesse ambientale e culturale vengono alienati, con priorità per i terreni e fabbricati inutiliz-

zati o oggetto di uso abusivo (art. 9, co. 6, L. 537/1993). Leggi successive prevedono un piano delle alienazioni e valorizzazioni del patrimonio immobiliare di Regioni, Comuni ed altri enti locali, un piano che la valenza urbanistica sicché la sua approvazione comporta la qualificazione dei beni in esso ricompresi come patrimonio disponibile e l'automatica variazione di destinazione d'uso (L. 244/2007 e d.l. 112/2008 conv. in L. 133/2008).

Una terza forma di privatizzazione viene realizzata con la costituzione di una società per azioni con compiti di valorizzazione del patrimonio, e l'instestazione a detta società di beni del demanio e del patrimonio indisponibile. La società cessionaria versa al cedente il corrispettivo economico ottenuto mediante l'emissione e il collocamento di titoli obbligazionari, a titoli di "prezzo iniziale": per poi gestire gli immobili e rivenderli sul mercato (cartolarizzazione: v. la Società Patrimonio dello Stato *ex* art. 7, d.l. 62/2007, conv. in L. 112/2007).

6. – Tra diritto privato e diritto pubblico i confini sono spesso incerti. C'è tuttavia, in ciascuno dei due ambiti, uno spazio intangibile, delimitato da una linea che non può arretrare. Questa linea è fissata dalla Costituzione dalla cultura filosofico-politica che sta a base o sullo sfondo della Costituzione, da una storia giuridica che risale al diritto romano.

In un sistema politico totalitario può venire cancellato il diritto pubblico, come è avvenuto nella Germania nazista, nella quale non c'era più il diritto (pubblico), ma solo il potere; o può venire cancellato, o ridotto ai minimi termini il diritto privato, come nell'Unione sovietica o nelle c.d. democrazie popolari.

In un ordinamento liberal-democratico c'è un diritto pubblico e c'è un diritto privato, ciascuno dei quali ha uno spazio o un nucleo non comprimibile: due spazi che non sono fungibili o sovrapponibili.

Prendiamo l'ordinamento italiano repubblicano.

La Costituzione garantisce istituti fondamentali del diritto privato: la proprietà, l'impresa, l'autonomia contrattuale (implicita nella libertà di iniziativa privata), il matrimonio, la famiglia, le successioni *mortis causa*, ma anche la vita privata (tutelata, se non altro, con la libertà domiciliare e la libertà e la segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni. Artt. 14 e 15). Garantisce il diritto dell'individuo di svolgere la sua personalità sia come singolo sia come membro di una formazione sociale (art. 2) il diritto di scegliere tra il consumo e il risparmio (art. 47) la libertà di donare, la libertà di associarsi, anche in partiti o sindacati, o di non associarsi etc. etc.

La Costituzione, tuttavia, non si limita alla garanzia di istituto, a garantire il

mantenimento di singoli istituti del diritto privato. Presuppone il complesso del diritto privato, una struttura unitaria di istituti che si sono formati attraverso un lungo sviluppo storico: come ha scritto Ludwig Reiser, a proposito del rapporto tra il Grundgesetz e diritto privato (*Il compito del diritto privato*, tr. it., Milano, 1990, 183). La costituzione presuppone una società in cui il contratto, l'impresa e il lavoro sono i mezzi per la produzione e lo scambio dei beni e di servizi: in cui la moneta è stabile (art. 47 Cost.), la proprietà può essere acquisita, conservata e trasmessa per successione, la scelta del lavoro è libera, e l'eguaglianza di fronte alla legge, che è il punto di partenza, convive con la diversità, e la diseguaglianza che sono il frutto inevitabile del diverso svolgimento delle singole personalità (art. 2) e del diverso apporto di ciascuno al progresso materiale o spirituale della società (art. 3).

Qualche parola sull'autonomia contrattuale.

Non ignoro che la Corte Costituzionale ha sempre attribuito una rilevanza maggiore ai limiti del diritto (art. 41 co. 2 e 3) che al diritto di iniziativa economica privata (art. 41 co. 1). Essa ha perciò escluso che l'autonomia contrattuale "*riceva dalla Costituzione tutela diretta*". La protezione sarebbe solo indiretta per effetto di norme "*come gli artt. 41 e 42 – riguardanti rispettivamente l'iniziativa economica o il diritto di proprietà che si riferiscono ai possibili oggetti di quella autonomia*" (sent. n. 37/1969; sent. n. 268/1994) (G. GRISI, *Autonomia privata*, in *Enc. Dir. Annale*, 81-88).

Personalmente credo che la soluzione debba essere oggi diversa, soprattutto alla luce del diritto europeo che impone di ridimensionare la portata dell'art. 41, co. 3, Cost. (al punto che qualche serio studioso, come Fabio Merusi, ha ipotizzato l'abrogazione o la disapplicazione di tale disposizione da parte dei Trattati europei).

A mio avviso, l'autonomia contrattuale delimita un ambito intangibile del diritto pubblico (dalle leggi in materia contrattuale); il suo nucleo essenziale non può essere intaccato.

Mi riferisco al significato negativo di autonomia contrattuale, per cui nessuno può essere spogliato dei propri beni o essere costretto ad eseguire prestazioni a favore di altri contro o, comunque, indipendentemente dalla sua volontà; e al suo significato positivo, per cui le parti possono, con un proprio atto di volontà, costituire, regolare o estinguere rapporti patrimoniali – possono, cioè, disporre dei propri beni ed obbligarsi ad eseguire prestazioni a favore di altri. Libertà di scelta fra i vari tipi di contratti previsti dalla legge, in relazione agli scopi perseguiti; libertà, entro certi limiti, di determinare il contenuto del contratto; libertà di concludere contratti atipici (così F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in CICU-MESSINEO, *Trattato di dir. civ. e comm.*, Milano 1988, 44-45).

Esistono è vero le disposizioni di cui agli artt. 23 e 42, co. 3, Cost., autoriz-

zano il legislatore a prevedere prestazioni imposte (accanto a quelle convenute fra le parti) o espropriazioni della proprietà privata: ma stabiliscono una serie di limiti che si desumono nel primo caso soprattutto dall'art. 53 Cost. (concorso alla spesa pubblica) e sono indicati nel secondo caso dallo stesso art. 42 (motivo di interesse generale e obbligo di indennizzo).

Tali limiti presuppongono l'esistenza di quel nucleo che non può essere violato.

La garanzia del diritto privato è ancora più evidente in quell'altro pezzo di Costituzione che è il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. L'Unione attua politiche economiche conformi al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza (art. 119 par. 2 e 127 TFUE) ed ha come obiettivo l'instaurazione di un mercato interno. Per questo essa riconosce garantisce le quattro libertà di circolazione (delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali). In tal modo sono limitati drasticamente i poteri che gli Stati hanno in passato largamente esercitato a danno di queste libertà, viene limitato cioè il diritto pubblico. Eloquenti è la clausola (art. 4 par. 2) secondo la quale l'Unione rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. Nessuna garanzia è data a favore degli Stati membri in rapporto a quella attività tradizionale che è la produzione di servizi pubblici. I servizi di interesse economico generale sono le imprese che li producono, in regime di concorrenza: anche se resta la responsabilità dello Stato stesso di fronte agli utenti, perché il servizio deve essere assicurato a tutti, anche a prezzo di una deroga alla regola di concorrenza (art. 106, par. 2).

Che i servizi di interesse economico generale siano erogati dalle imprese comporta che la loro produzione è regolata dal diritto privato: quanto meno nei rapporti tra l'impresa e gli utenti. Il diritto pubblico continua a disciplinare i rapporti tra lo Stato o l'ente territoriale e le imprese incaricate della gestione del servizio. Detto incarico le imprese lo ricevono dal soggetto pubblico che lo assegna secondo le regole dell'evidenza pubblica nei casi in cui soltanto una impresa può essere investita del compito (concorrenza per il mercato).

A ben guardare lo Stato quale è prefigurato dal diritto dell'Unione europea ci ricorda lo Stato liberale classico: che si occupa essenzialmente della salvaguarda dell'integrità territoriale, dal mantenimento dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale (art. 4, par. 2, cit.).

Il trattato europeo lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri (art. 345), e quindi non influisce sulla ripartizione fra proprietà pubblica e proprietà privata, e apparentemente non stabilisce un limite alle iniziative dello Stato imprenditore.

In realtà i trattati pongono un argine alla crescita e allo stesso mantenimen-

to della proprietà pubblica. Lo Stato può diventare azionista, titolare di capitale sociale, o deliberare come azionista un aumento di capitali; ma può farlo in situazioni nelle quali un imprenditore privato farebbe lo stesso, con una prospettiva di redditività, sia pure, a lunga scadenza: altrimenti il suo apporto costituirebbe un aiuto di Stato, che falsa o minaccia di falsare la concorrenza (art. 107). Se poi lo Stato membro è gravato da un elevato debito pubblico che rischia di compromettere la stabilità del sistema europeo, allora è tenuto a dismettere una parte della sua proprietà – non importa se faccia parte del demanio o del patrimonio indisponibile o sia capitale sociale – per far fronte al suo debito. Ed è quanto è avvenuto in Italia nell’ultimo decennio dello scorso secolo.

Quali sono le implicazioni di tutto questo?

In parte sono state anticipate. Le misure adottate per assicurare la funzione sociale della proprietà – siano esse di diritto pubblico o di diritto privato – non possono arrivare a intaccare il “*nucleo essenziale*” della proprietà stessa, come dice il Tribunale costituzionale germanico; i programmi e i controlli volti a indirizzare e coordinare l’attività economica privata a fini sociali (art. 41, co. 3) devono fare i conti col diritto europeo che vieta di strumentalizzare l’impresa a fini sociali; la sostituzione dei giudici alla volontà della parte va guardata con sospetto in presenza del diritto dei singoli di regolare i loro rapporti attraverso la propria responsabilità; il dovere dei cittadini di concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva non autorizza una pressione fiscale senza limiti poiché al di là di una certa soglia essa risolve in una espropriazione senza indennizzo; il legislatore “*non può spingersi sino al punto di mutare, in aperto contrasto con la libera volontà delle parti, la natura e la causa del contratto*” (così Corte Cost. sent. n. 138/1984, a proposito della conversione dei contratti agrari; v. anche sul punto, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, 47 ss.); e un limite incontra pure il legislatore nella disciplina del contratto di lavoro in cui è ammesso un trattamento differenziato del potere di recesso di ciascuna parte, ma anche qui solo entro certi limiti.

6. – Anche il diritto pubblico, e in particolare il diritto amministrativo, ha un suo nucleo incompressibile.

Si è molto parlato nei decenni scorsi di diritto amministrativo paritario (la formula è di Benvenuti), di amministrazione consensuale, di *Contractyng State*; ed è stato addirittura previsto in un progetto di riforma costituzionale (Commissione D’Alema), che la pubblica amministrazione agisce di regola in base al diritto privato. È stata ripescata l’idea, che risale ad Albert Denn Dicey, che il diritto amministrativo è una brutta cosa inventata dai Francesi,

mentre i paesi anglosassoni ne sarebbero fortunatamente immuni perché hanno una *common law* in cui non c'è distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

Che ci sia per la pubblica amministrazione piena fungibilità tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato, e che quindi l'interesse pubblico possa essere perseguito con il solo esercizio dei poteri di autonomia privata lo si è argomentato anche in base ad un articolo della legge sul procedimento amministrativo: secondo cui l'amministrazione può concludere accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo (così l'art. 11 L. 241/1990).

Accordi di questo tipo sono rari in quasi trent'anni di applicazione della legge. Nel 2005 è stata introdotta una modifica: "*a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa*", "*la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento*" (così l'art. 7 L. 15/2015).

La sostituzione pura e semplice dell'accordo al provvedimento – una delle due ipotesi previste dal testo originario – non è più possibile: un provvedimento è pur sempre necessario, e precede la conclusione dell'accordo predefinendone le linee fondamentali.

Viene così mutuato lo schema dei contratti ad evidenza pubblica: nei quali la fase privatistica, successiva alla stipula del contratto, è preceduta da fase pubblicistica che viene aperta dalla "*determinazione di contrarre*", che individua "*gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*" (così oggi, l'art. 32, co. 1, d.lgs. 50/2016, codice dei contratti pubblici, appalti e concessioni).

Si potrebbe pensare ad una vischiosità del diritto pubblico che impedisce alla pubblica amministrazione di agire, come pure potrebbe, soltanto con gli strumenti del diritto privato. Ma la ragione, a mio giudizio, è diversa.

È vero che il diritto privato può essere usato per perseguire interessi pubblici, come del resto segnala la formula dell'art. 1322, co. 2, c.c. Interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico possono essere ovviamente interessi pubblici. Ma non tutti gli interessi pubblici possono essere soddisfatti con gli strumenti del diritto privato. Rispetto all'obiettivo di soddisfare l'interesse pubblico, il contratto ha un limite che è inerente alla sua struttura. Richiede un consenso alla decisione e all'azione della pubblica amministrazione che il privato non è sempre disposto a dare, e anzi il più delle volte è portato a negare. Da qui l'impossibilità che uno Stato esista e funzioni senza disporre di un potere di intervento unilaterale, capace di incidere sulla sfera privata anche senza il consenso del titolare.

Questo è il primo elemento della struttura del diritto pubblico.

In un ordinamento liberal-democratico tale potere è conferito alla pubblica amministrazione dalla legge. Il principio di legalità è l'altro elemento essenziale del diritto pubblico: ed evidenzia la profonda differenza che esiste tra diritto pubblico e diritto privato, per quanto mobili possano essere i confini tra le due sfere.

La pubblica amministrazione dispone, è vero, di un potere unilaterale che è sconosciuto ai rapporti privati, al di fuori dei casi con il contratto una parte l'abbia conferito all'altra (o sia la legge ad attribuirlo): ma tale potere l'amministrazione può esercitare solo nei limiti in cui la legge glielo ha attribuito.

La P.A. può fare solo quello che la legge le consente di fare; mentre il privato può fare tutto quello che la legge non gli vieta di fare. La classica distinzione formulata quasi un secolo fa da Guido Zanobini, esprime come meglio non si potrebbe la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e, dal punto di vista soggettivo, la diversa posizione del potere amministrativo e del soggetto privato.

Anni fa la Camera dei Lord, decidendo un caso di intercettazione telefonica disposta dalla polizia e realizzata attraverso il Post Office, ritenne la cosa perfettamente lecita con l'argomento che è permesso ogni atto che non è specificamente proibito. Commentando tale pronuncia, Michael Taggart, amministrativista neozelandese, così si è espresso. Il principio di libertà per cui ognuno può fare ciò che non è proibito, vale solo per i cittadini. Per le pubbliche autorità vale la regola opposta: istituite dal Parlamento per perseguire il bene pubblico, dette autorità possono fare solo ciò che esse sono autorizzate a fare (M. TAGGART, *Resisting the Public/Private Law Distinction*, in P. CRAIG-R. RAWLINGS (eds.), *Law and Administration in Europe, Essays in Honor of Carol Harlow*, Oxford, 2003, 112-115).

Correlato al potere dell'amministrazione di interferire unilateralmente sulla sfera giuridica del privato è il potere, riconosciuto a quest'ultimo di rivolgersi al giudice chiedendo l'annullamento del provvedimento con cui il potere è stato esercitato perché contrario alla legge. La possibilità che il provvedimento sia annullato su richiesta del privato bilancia o riequilibra il potere unilaterale dell'amministrazione. Sotto questo aspetto, che nel nostro ordinamento è costituzionalizzato agli artt. 103 e 113 Cost., il diritto pubblico è un diritto di garanzia, l'altra faccia del diritto di autorità che si esprime nel potere amministrativo come potere unilaterale.

Il criterio che il giudice amministrativo utilizza nel sindacare l'azione amministrativa è molto più ampio, e penetrante, di quello che il giudice ordinario impiega nel sindacare il potere del privato. Il privato il suo potere lo esercita in autonomia, scegliendo lui il fine da perseguire e avvalendosi dei mezzi che l'ordinamento mette a sua disposizione: sicché il giudice non può sindacare

quel fine (se non nei limiti, tutto sommato modesti, che sono stabiliti dagli artt. 1343-1345 c.c.).

Della P.A. il giudice amministrativo valuta invece il fine perseguito per accertare che esso sia quello stabilito dalla legge e valuta la congruenza dei mezzi impiegati rispetto al fine. Nel processo amministrativo la condotta dell'amministrazione viene scrutinata alla stregua di principi come la ragionevolezza, la proporzionalità, la non discriminazione, la parità di trattamento, il legittimo affidamento, la certezza giuridica, principi che sarebbe impensabile, di norma, estendere ai rapporti tra privati.

Se i privati fossero tenuti ad osservare tali principi, e il giudice fosse autorizzato a verificarne l'osservanza, la libertà e l'autonomia verrebbero grandemente limitate sino a quasi sparire. Anche da questo punto di vista ci sono certi confini tra diritto pubblico e diritto privato che non possono essere varcati.

INTERVENTI

di *Rosalba Alessi*

Savino Mazzamuto ha lasciato l'Università di Palermo per trasferirsi a Roma Tre esattamente vent'anni fa. Eppure oggi lo festeggiamo a Palermo; e questa è la prima delle "celebrazioni" per i suoi 70 anni, che anticipa quella organizzata a Roma per il prossimo autunno. Una ragione ci sarà; anzi molte. Di certo l'iniziativa di oggi si deve all'affetto e alla devozione degli allievi palermitani; e d'altra parte in questo ventennio i legami con Palermo, con i giusprivatisti ma anche con gli altri Colleghi della Facoltà di Giurisprudenza, non si sono affatto allentati ed anzi forse consolidati, attraverso le tante iniziative comuni e una proficua ed intensa collaborazione scientifica. Mi basta ricordare due tappe: ora il Manuale di Istituzioni di diritto privato pubblicato l'anno scorso per Giappichelli; e, molti anni orsono, il Manuale di diritto privato europeo edito da Giuffrè del 1997, opere a cui molti di noi hanno collaborato. E poi, come è stato appena ricordato, Mazzamuto è stato prima Direttore di Dipartimento e poi Preside di Facoltà a Palermo.

Ma la celebrazione di oggi ha altra e più profonda ragione. Savino Mazzamuto è parte della storia recente dell'Ateneo di Palermo, nel senso che ha contribuito a scriverla. Provo a fare subito un rapido elenco: Dipartimento di Diritto Privato Generale, Polo didattico di Trapani, Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Impresa, Scuola di specializzazione in diritto europeo; Centro Interdipartimentale di Diritto Privato europeo. Di ognuna di queste "avventure" sono stata partecipe; anzi chiamata a supportarle sul nascere o a garantirne la continuità dopo il suo trasferimento a Roma, e dunque non potrò fare a meno di ricordarne alcune tappe. Ho parlato di "avventure", ma Savino non è uomo di avventure; è un fondatore, un costruttore, e non lo definirei proprio un pioniere. Nel pioniere c'è, oltre che la tensione per la scoperta e per il nuovo, anche il gusto dell'avventura e una dose di attrazione per il rischio. In Savino c'è la prima – la voglia di aprire nuove strade – ma non i secondi. Niente improvvisazione o impulso, niente amore per il rischio se non quello calcolato. Savino pensa, progetta, pondera, calcola e solo dopo passa all'azione. E quando lo fa ha in mente tutti i passaggi, gli ostacoli da superare, le resistenze altrui

da vincere ... per sfinimento dell'avversario; tutto programmato, al punto da meravigliarsi se la realtà non si sia già quasi spontaneamente adeguata al suo progetto, alla forza del suo progetto.

Ovviamente Egli è stato, è, un anticipatore e dunque da questo punto di vista anche un po' pioniere. Le cui carte vincenti sono state però non solo la determinazione e la capacità di mediazione, ma soprattutto la solidità del progetto culturale posto a base delle sue iniziative; portate avanti all'insegna del dialogo, inteso non come espediente e strumento di politica accademica ma semplicemente come naturale veicolo di un preciso e convinto obiettivo di aggregazione. La nascita del Dipartimento di Diritto Privato Generale apparve un piccolo miracolo a chi, come molti di noi, ben conosceva e sperimentava quotidianamente resistenze e chiusure di quanti nel rassicurante guscio degli "Istituti" vedevano l'unica garanzia di "protezione" del proprio ambito disciplinare. Si trattava della consueta resistenza al nuovo – che avremmo sperimentato in anni più recenti in occasione del processo, imposto, di aggregazione in maxi-dipartimenti; – ma c'era allora qualcosa di più. Il Dipartimento si proponeva per la prima volta come struttura destinata a supportare un approccio multidisciplinare alla ricerca scientifica, e volerlo fortemente significava comprendere la sfida ed essere attrezzati alla scommessa di questo nuovo approccio. Solo una forte impronta culturale avrebbe potuto rendere credibile prima, e realizzabile in concreto poi, il passaggio dai molti Istituti (di diritto privato, ma anche di diritto civile, di diritto commerciale, di diritto del lavoro, di diritto processuale civile, di diritto ecclesiastico) ad un unico Dipartimento, che della forza di quel progetto culturale e della credibilità scientifica di quanti se ne fecero protagonisti si giovò e non poco nel panorama dell'Ateneo e nello scenario nazionale e poi internazionale. Di quella scommessa culturale fu espressione anche la scelta di dare vita ad uno dei primi Dottorati di Ricerca dell'Università di Palermo, ma non, in quella prima stagione, come Dottorato di Diritto Privato, ma come Dottorato in Diritto dell'Impresa. Il modo migliore per cementare il dialogo con le altre discipline, non surrettiziamente aggregate nella struttura Dipartimentale, ma chiamate a sviluppare un discorso comune sul piano scientifico e formativo; e a cementare una intesa che, al di là delle divergenze "fisiologiche", sempre dietro l'angolo negli appuntamenti di politica accademica, è stata e rimane solida, come ebbi l'opportunità di sperimentare da Coordinatore di quel Dottorato e come esperimento tutt'ora.

C'era dietro, e innanzitutto, nel progetto di Savino, una forte e precoce sensibilità verso i processi di trasformazione che stavano interessando e avrebbero cambiato gli studi giuridici. La Facoltà di Giurisprudenza di Palermo aveva tradizionalmente lasciato ai margini le discipline economiche ma persino quelle giuslavoristiche, quasi ignorato gli studi di diritto internazionale,

complice un Corso di Laurea in Scienze Politiche nato più come comoda succursale per giovani aspiranti docenti che quale sperimentazione di nuovi percorsi formativi. E Mazzamuto, questa volta come Preside della Facoltà, apre a nuove scelte di politica accademica – necessaria premessa della svolta culturale – che portano alla creazione, finalmente, di una scuola giuslavoristica palermitana, ma via via anche a dare il giusto peso agli studi economici e internazionalistici. D'altra parte, come ignorare l'apertura alle fonti sovranazionali del diritto nel momento in cui l'allora Comunità Europea stava oltrepassando il confine delle sole politiche di mercato affidate ai Regolamenti, per aprire la stagione degli interventi di "armonizzazione" delle legislazioni interne?

Mazzamuto è stato fra i primi giusprivatisti in Italia a cogliere il senso nient'affatto transeunte o marginale di questo intervento e a comprendere che si stava affacciando all'orizzonte quello che oggi con grande naturalezza identifichiamo come diritto privato europeo. Mentre ancora in quegli anni, cioè i primi anni '90, buona parte della civilistica – ma lo stesso potremmo dire per le altre discipline, per i commercialisti piuttosto che i penalisti, i processualisti – ritiene che lo studio delle tecniche di intervento della Comunità europea sia fuori dal proprio orizzonte di ricerca, chiamando in causa al più, oltre che gli internazionalisti, alcuni specialisti, ad esempio gli agraristi, alle prese con le politiche di instaurazione di una politica agricola comune attenta anche alla disciplina dell'impresa, i privatisti palermitani, grazie anche al dialogo con altre sedi di ricerca (e mi riferisco soprattutto alla Cattolica e al lavoro di Carlo Castronovo), sono i primi, sotto la spinta di Mazzamuto, a coltivare questo settore di studio. E Palermo diventa sede importante del dibattito che sta coinvolgendo i migliori studiosi europei. Penso al Convegno Internazionale su "La responsabilità civile tra diritti interni e prospettiva europea" che si tenne a Palermo, nel dicembre del 1998, e vide la partecipazione di molti di quegli studiosi; penso alla sessione che la Commissione Lando, impegnata ad elaborare i Principi di Diritto Europeo dei Contratti, tenne proprio all'Università di Palermo in quegli stessi anni. "Incubatori" di quel filone di ricerca erano – fondati da Savino – non solo il Centro Interdipartimentale di Ricerca in Diritto Privato Europeo, ma, ancor prima, la Scuola di Specializzazione in Diritto Europeo, anch'essa da lui voluta. Due istituzioni, in sinergia. Perché – ecco una qualità di Savino da non trascurare – Egli ha sempre avuto presente il filo che lega e mette, deve mettere, in costante comunicazione, ricerca e didattica. I suoi studenti di ieri e di oggi sanno che non è affatto incline ad assecondare quei fenomeni di "liceizzazione" degli studi universitari, cui, ahimé, ci hanno via via costretto ad assistere il progressivo decadimento della formazione scolastica superiore e discutibili riforme dell'Università all'insegna della crescente burocratizzazione. Oggi si vorrebbero i Professori più preoccupati della com-

pilazione delle famose “Schede di Trasparenza”, con le quali devono illustrare il programma che svolgeranno e i testi che adotteranno, che non impegnati ad assicurare una elevata qualità al loro insegnamento. Guai a sbagliare la compilazione di queste Schede: arriverà puntuale la e mail di richiamo del Coordinatore a sua volta allertato dai mille presidi di qualità o comitati dalle tante e sempre altisonanti denominazioni. Non accadrà nulla invece se saremo somari o ripetitivi a lezione; anzi, si attiverà un meccanismo di controllo pari per celerità alle migliori performance del KGB, se per caso uno studente obietterà che forse i frequentanti superano l’esame con voti più alti. A nessuno – della “filiera” di controllo della qualità della didattica – verrà in mente che forse è merito del Professore, cui per questo andrebbe un plauso; al contrario il Professore sarà chiamato a “discolparsi”, dichiarando che mai si è permesso o si permetterà di discriminare frequentanti e non frequentanti. Perché lo studente ha ben diritto di non frequentare e forse chissà anche di rimanere ignorante!

Ecco, Savino ha da subito manifestato anzi esibito la sua insofferenza per tutto ciò. Escluderei che abbia una idea precisa di cosa siano questi nuovi adempimenti, che di sicuro ha delegato ai suoi giovani collaboratori. E tuttavia Egli ha da sempre pensato che il suo compito di “fondatore” non fosse rivolto alla sola comunità scientifica, certamente prima interlocutrice, ma dovesse da subito guardare alle nuove generazioni di giuristi che si andavano formando. Posso dire oggi, con più che giustificato orgoglio, che i nostri laureati sono stati fra i primi e sono oggi tra i migliori nel sapere maneggiare con competenza un diritto fortemente intessuto di trasformazioni provenienti dal diritto di fonte europea, cogliendone l’effetto di “contaminazione” con il diritto interno. E ciò già in anni in cui una traccia di tema di magistratura sulla nullità di protezione appariva argomento pressoché sconosciuto e comunque ostico a buona parte dei laureati di altre sedi.

Il bilancio delle tante cose che dobbiamo a Savino rischia di venarsi di malinconia a questo punto. Perché alcune delle sue creature – che volle affidare a me perché ne garantissi la continuità quando decise di “emigrare” a Roma – oggi non ci sono più, spazzate via dalla miope e incolta politica universitaria dell’ultimo decennio, camuffata da obiettivi di *spending review* e di razionalizzazione. Così le Scuole di specializzazione non mediche sono state le prime a saltare; per legge, per lasciare posto alla moda dei Master, sui cui limiti non credo debba dire nulla di più rispetto a quello che noi tutti in questa sala pensiamo e sappiamo. Il Centro Interdipartimentale di Diritto Privato Europeo è stato disattivato; e questa volta la miopia è di casa nostra, poiché è stato vittima di una politica locale di razionalizzazione di spesa in questo caso a dir poco singolare, dal momento che quel Centro non costava nulla all’Ateneo ed anzi era stato collettore di fondi con i suoi progetti. Ma tant’è. Regole naziona-

li e scelte locali tornano in causa per spiegare perché il Dottorato di ricerca in Diritto dell'Impresa e poi quello che lo affiancò, il Dottorato di Diritto Privato, non ci sono più. Alcuni di noi sono lieti di far parte del Collegio dei docenti di un nuovo maxi dottorato in "Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali"; ma continuo a chiedermi perché sia stata azzerata una felice esperienza di alta formazione e, soprattutto, come mai non ci si avveda che una multidisciplinarietà spinta, fino a comprendere tutte le aree di un Dipartimento, è la negazione di quella formazione specialistica per cui i Dottorati sono nati. L'espedito dei "curricula" è da questo punto di vista correttivo parziale e non sempre efficace: ma occorrerebbe su questo una riflessione "alta", di contenuto, e nessuno sembra avere tempo e voglia di farla. E così nessuno ci spiegherà mai perché, con la riforma Gelmini, sono state condannate a scomparire le Scuole dottorali internazionali, e con esse la Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia Tullio Ascarelli di RomaTre, voluta da Savino quale network di sedi universitarie italiane, europee, internazionali, e alla quale Egli volle che, fra le prime, aderisse Palermo, a conferma di quel forte legame mantenuto negli anni che ho ricordato all'inizio.

Azzerate alcune delle realtà istituzionali, cioè i "contenitori", non si è certo azzerato il progetto culturale di Mazzamuto; e gli studi giuridici che si compiono oggi a Palermo, le ricerche che caratterizzano la Scuola palermitana, ne sono viva e rassicurante testimonianza.

Ed è quanto mai vivo e resistente il Polo Universitario di Trapani. La creatura forse più importante del Mazzamuto "fondatore" negli anni della sua presenza palermitana. Si potrebbe obiettare che quegli anni – inizio anni '90 – videro, se così può dirsi, esplodere la moda del decentramento territoriale degli Atenei. Molti di noi, io per prima ma lo stesso Savino, non fummo particolarmente entusiasti di quella moda, né convinti sostenitori di una politica di "avvicinamento" dell'Università alle realtà locali che andava in controtendenza con l'idea di una formazione culturale e professionale di livello superiore – quella universitaria, appunto – che dovrebbe coincidere anche con una stagione di crescita dei giovani, che li metta in contatto con il mondo e comunque li affranchi dall'ambito locale e familiare. Ma la storia del Polo di Trapani è più complessa. L'idea di una sede universitaria trapanese era già maturata nel contesto politico-economico locale, aveva dato vita ad un consorzio privato e aveva ottenuto sicure sponde nella politica regionale, al punto da conquistare una splendida sede – quella attuale – interamente finanziata con soldi pubblici per la messa a disposizione del consorzio e di una università privata. L'intervento di Mazzamuto, Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Palermo, anzi il capolavoro di Savino, è di avere rimescolato le carte, di essere saltato sul treno, ma per deviarne il percorso. Avere realizzato sì una sede uni-

versitaria a Trapani, per cui tutto era pronto, ma come sede pubblica, Polo decentrato dell'Ateneo di Palermo. “Soffiare” – ora possiamo dirlo – al consorzio privato voluto dal potere politico-finanziario locale la sede universitaria fu impresa nient'affatto facile. Chi, come me, allora Direttore del Dipartimento, condivise tutti i passaggi, ebbe la piena consapevolezza – anche se mai ce lo confessammo con Savino – di stare portando avanti una bella e giusta battaglia ma anche una sfida non priva di pericoli. Io fui chiamata a insegnare diritto privato in un polo trapanese della Facoltà di Palermo già formalmente istituito ma privo di sede, le cui lezioni si svolgevano nei locali messi a disposizione dall'Arcivescovo che credeva nel nostro progetto; mentre la sede pubblica, realizzata dalla Regione, rimaneva inspiegabilmente nella disponibilità del Consorzio privato, autorevolmente appoggiato in sede locale. Alla fine la spuntammo e i risultati sono sotto i nostri occhi.

Ciò che ha solide radici è, per fortuna, difficile da distruggere. E le radici sono abbastanza forti nel nostro caso. La forza è quella delle idee, del progetto culturale, ma anche della convinzione che i ruoli istituzionali non sono gradevoli ed ambiti titoli, comode passeggiate, o trampolini di lancio per altri obiettivi ambiziosi, da inseguire oltre i confini dell'Università. Non sono mancati in questi anni a Savino Mazzamuto gli incarichi istituzionali extrauniversitari; ma non hanno spezzato il rapporto con l'Università e con la ricerca, e sono stati anzi vissuti da lui come occasioni preziose per attivare quel circuito virtuoso, in genere ormai pressoché negletto, tra la riflessione, l'elaborazione e la pratica del diritto. Ecco dunque il Convegno da lui organizzato a Roma Tre sulla riforma del Consiglio Superiore della Magistratura, del quale era membro, nel 2001, e il volume di Atti da lui curato che ne seguì. Ma anche gli interventi di riforma del processo civile che videro la luce sotto la sua spinta durante il Governo Monti del quale faceva parte. Lontane intuizioni, percorsi di ricerca ed elaborazione consegnati ai suoi scritti potevano finalmente trovare il loro sbocco naturale in scelte legislative anche di forte impatto sistematico, come fu nel 2009, con l'introduzione, grazie al suo contributo di consigliere giuridico del Ministro della Giustizia, delle misure di coercizione indiretta degli obblighi di fare nel nuovo art. 614-*bis* c.p.c.

Credo di potere dire, con buon fondamento, che Savino è sempre rimasto innanzitutto e orgogliosamente Professore Universitario, con un abito mentale, una scelta, che accomuna anche alcuni di noi qui presenti. Una scelta, ma nel caso di Savino direi che si tratta, prima ancora, di una necessità, una attitudine “non negoziabile”. Egli è, l'ho già detto un “costruttore”. La prospettiva di una pubblicazione affrettata, e comunque non completata da una parte *costruens*, magari per l'imminenza di appuntamenti concorsuali, è quasi “fisicamente” insostenibile da parte di Savino – che ovviamente non sempre riesce a

convincere gli Autori di turno, i suoi allievi, ma sempre ci prova. E la ragione è sempre quella: non ha senso, per lui, il mestiere di giurista se non come contributo a spostare più in là la riflessione, su un istituto, su una norma; a prospettare e realizzare l'aggiornamento o l'arricchimento delle regole giuridiche e delle tutele. Far sì, insomma, che il "dopo" – si tratti dei risultati di una ricerca, degli esiti di una lezione, dello svolgimento di un compito istituzionale – non sia lo stesso, ma con il suo contributo abbia guadagnato qualcosa in più.

E allora, caro Savino, Ti ringraziamo per questa Tua ostinata e preziosa convinzione. Ben lieti di continuare ad essere vittime della Tua testardaggine ma partecipi di nuove sfide.

di *Paolo Tosi*

Chiedo scusa per questa intrusione, data l'ora tarda, ma non posso rinunciare a recare la mia testimonianza nei riguardi dell'onorato. Del resto mi pare che sia pertinente alla sua figura, in un seminario a lui dedicato, la mescolanza di riflessioni di elevato spessore scientifico e di divagazioni sul terreno dei rapporti personali, con tono anche ironico e autoironico come quelle del caro amico Giovanni Fiandaca poco fa.

Il mio sodalizio con Savino ha preso avvio agli inizi degli anni settanta del secolo scorso grazie alla vocazione risaputamente patriarcale di Alfredo Galasso che me lo condusse a casa, a Milano, presentandolo come giovane brillante ed anche esuberante, di sicuro avvenire scientifico.

Allora era dominante, nella mia esperienza personale e scientifica, appunto il sodalizio con Alfredo; sodalizio che proprio in quest'aula, nell'occasione del recente convegno in suo onore, ho definito simbiotico. Mentre però con Alfredo si è consumata la crisi dei sette anni, ben inteso in ragione di diverse scelte di vita, non certo con pregiudizio del rapporto affettivo, il sodalizio con Savino è proseguito nei decenni.

Questo sodalizio ha dato frutti sostanziosi sul terreno della produzione scientifica grazie anche al mio biennio accademico palermitano (1976-77); un biennio tumultuoso per una Facoltà che, investita dalla contestazione studentesca c.d. "movimento del '77"¹, ha visto chiudersi l'epoca della presidenza di Salvatore Orlando Cascio (un cognome che pare avere del resto nel suo DNA la persistente occupazione di ruoli istituzionali²).

Gli scritti relativi agli accordi interconfederali e agli interventi legislativi sul costo del lavoro del 1977³ credo che bene esprimano la fecondità della colla-

¹La contestazione prese avvio dalla circolare del Ministro Malfatti che nel dicembre del 1976 limitò alcune delle liberalizzazioni di fine anni sessanta in materia di piani di studio, reiterazione degli esami etc.; circolare che il Senato Accademico dell'Università di Palermo fu tra i primi se non il primo ad attuare.

²Per la cronaca, il figlio Leoluca due giorni dopo il seminario è stato eletto per l'ennesima volta Sindaco di Palermo.

³S. MAZZAMUTO-P. TOSI, *Il costo del lavoro tra legge e contratto*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, I,

borazione di due menti critiche pur nella diversità del loro *background* ideologico e culturale, liberale l'una, quindi di destra secondo l'etichetta offerta poc' anzi da Mario Barcellona, di sinistra, alle origini anche assai spinta, l'altra.

In quegli scritti sollecitavamo la dottrina giuslavorista a registrare il superamento degli archetipi del diritto del lavoro ed a collocarsi, per coglierlo adeguatamente, nella prospettiva delle trasformazioni che i mutamenti nel contesto di un sistema economico produttivo collocato nello scenario del mercato, prima europeo e poi globale, avrebbero inevitabilmente determinato.

Ciò mentre quella dottrina continuava a proiettarsi, nel presente e nel futuro, con lo spirito che aveva prodotto lo statuto dei diritti dei lavoratori e gli altri interventi legislativi della prima metà degli anni settanta. Fino all'incedere degli anni ottanta l'orientamento ideologico della dottrina giuslavorista poteva anche essere quantomeno capito. Sennonché la gran parte di essa ha continuato, possiamo dire fino ad oggi, a concepire il diritto del lavoro come ontologicamente connotato da un ipergarantismo che sempre più merita di essere definito magico; come magico è correntemente definito il socialismo di quei regimi variamente peronisti dell'America latina che promettono grandi e improbabili palingenesi sociali, peraltro con esiti nefasti. Il discorso andrebbe naturalmente approfondito e circostanziato per non restare mera provocazione ma non temete, so bene di non potermelo permettere in questa sede.

Consentitemi però di rubare ancora qualche momento per sottolineare un altro aspetto importante della mia sintonia con l'onorato.

Alba Alessi ha fotografato mirabilmente la radicazione accademica palermitana di Salvatore Mazzamuto, radicazione che ha prodotto i frutti di una scuola importante e che è sopravvissuta alla sua trasmigrazione romana. Certo non può dirsi altrettanto per me malgrado il mio passato di liceale garibaldino e il mio legame profondo con questa città. Un biennio era troppo poco, per di più tumultuoso, come prima ho ricordato, per la Facoltà. Ma mi sono mosso sulla medesima via. Ho trovato Alessandro Garilli quale assistente ordinario e, pur non avendo assunto, anche in ragione della mia giovinezza, il ruolo di suo maestro, credo di avere favorito la sua crescita e il suo ingresso nel circuito della giuslavoristica italiana. Ciò gli ha poi consentito di creare una scuola palermitana che in quella giuslavoristica occupa oggi un posto di rilievo. Mi limito a rammentare Alessandro Bellavista e Massimiliano Marinelli non potendo menzionare tutti gli allievi più giovani.

A Savino quindi, in questo giorno di gioia, pur venata dalla malinconia della consapevolezza dell'inesorabile fluire del tempo, la mia testimonianza di grande stima ed affetto.

219 ss.; Commentario di S. MAZZAMUTO-P. TOSI, *Norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza* in *Nuove leg. civ. com.*, 1978, 198 ss.

CONCLUSIONI

LOOK WHAT THEY'VE DONE TO MY SONG

di Carlo Castronovo

Quando si festeggia un amico con il quale si sono percorsi a fianco a fianco i sentieri della propria esperienza personale e scientifica, la prospettiva dalla quale naturalmente ci si orienta è quella del bilancio, di quello che si è fatto nell'arco più o meno lungo di questo comune cammino, la domanda è 'da dove siamo partiti e a che punto siamo arrivati'. Quando poi il primo pensiero, di fronte a questo punto di arrivo, è quasi di delusione o almeno di sconcerto, la scoperta si volge quasi in incredulità: ma come abbiamo fatto per arrivare a questo punto? Tra l'inevitabile nostalgia per il come eravamo e il senso di colpa per non avere fatto abbastanza, affiora alla mente qualcosa come *Ils ont changé ma chanson, Ma*, come cantava Melanie nel 1971.

Non possiamo dire di essere cresciuti nella campana di vetro di un'illusoria autoreferenzialità del discorso giuridico. La stagione nella quale tutto il nostro mondo poté apparire sequestrabile nell'unità di disegno del codice civile era al tramonto. Io stesso fui avviato dal mio Maestro a svolgere una tesi di diritto secondo, che non ha poi avuto un grande futuro: la proprietà coltivatrice. La presa di coscienza dell'irriducibilità del diritto civile al codice civile si condensa già allora in due nomi: Costituzione e legislazione c.d. speciale. In quest'ultima si disarticola e si avvicina più sensibilmente alla realtà materiale il grumo compatto e sicuro del codice civile, la prima incornicia di bel nuovo lo stesso codice, improvvisamente mutandone le chiavi di lettura. Certo, la Costituzione datava già da un ventennio e la legislazione di settore era cominciata mezzo secolo prima, ma dall'inizio degli anni sessanta del secolo scorso affiorò la nuova consapevolezza, che permise di aggredire di lena nuova anzitutto proprio il codice civile. Lo stile e i contenuti delle norme costituzionali erano affatto diversi da quelli del codice, e anzi, ove presi sul serio, sembravano andare nel senso opposto, sicché la prima opera-

zione, che si impose naturalmente, furono i tentativi di ordire la presa di contatto tra questi mondi normativi, la cui diversità di impianto e di originaria destinazione aveva ritardato fino ad allora l'iniziativa di cominciare a leggere, almeno in parallelo, i due testi.

L'accostamento privilegiato riguardò subito il reciproco porsi e coordinarsi delle clausole generali del codice civile con le norme costituzionali, la cui ampiezza o vaghezza le faceva assomigliare di primo acchito alle prime. Ne risultò qualche travisamento, come nel caso della solidarietà di cui all'art. 2 Cost., invocata ad accreditare l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. a sua volta qualificata clausola generale¹, laddove quest'ultima, se di vera clausola generale pur si tratta, non avrà nel prosieguo più bisogno dell'unzione costituzionale mentre quella scelta nel caso, la solidarietà appunto, poté sembrare successivamente a sua volta più adeguata da un lato a giustificare il superamento della colpa nella stessa responsabilità civile², aprendo a criteri di imputazione meno esigenti nei confronti del danneggiato, dall'altro a fungere da cornice di riferimento nella disciplina dei rapporti obbligatori, dando sfondo alla clausola di buona fede, peraltro secondo l'indicazione affiorante dall'art. 1175, che nel suo testo originario ancorava la correttezza alla solidarietà corporativa³.

Si trattava, comunque, ancora, dell'incontro di due mondi diversi, di cui si può dire che la Costituzione veniva chiamata a fungere da cornice, una nuova cornice, al codice civile; dunque di una prospettiva ancora esterna, dalla quale si orientava in termini tuttavia inevitabilmente nuovi la lettura del codice civile, oramai non ignara di questo nuovo testo, con il quale il codice si doveva misurare e commisurare.

Oltre alla novità che la Costituzione rappresentava in sé, l'orientamento ad essa fu dovuto anche a una certa stanchezza nei confronti del discorso puramente tecnico che il codice sembrava unicamente consentire, laddove la Costituzione si prestò a un nuovo modello di interpretazione, più sensibile a quella che si chiamerà *politica del diritto* e che, nei rapporti tra Costituzione e codice civile significò l'apertura a un'interpretazione antagonista rispetto all'interpretazione storica, e nella quale all'intenzione del legislatore

¹ Il riferimento ovvio è all'opera di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, al quale va, il merito di avere creduto più di ogni altro in questa svolta.

² La solidarietà come fondamento di criteri oggettivi d'imputazione alternativi alla colpa, fu saggiata da me in *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, cap. II.

³ Questo rapporto dialettico tra clausole generali del codice civile in materia di obbligazioni e contratti e norme costituzionali, in particolare l'art. 2, è ben delineato da L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in Scritti, I, Milano, 2011, 110 s.

che l'art. 12 Disp. l. gen. continuava a raccomandare, si sostituiva un obiettivo ermeneutico determinato aprioristicamente e del quale la Costituzione sempre più appariva, per la vaghezza delle sue norme, la via obbligata al perseguimento. La fase meno controllata di questo indirizzo si chiamò *uso alternativo del diritto*, il cui discorso estremizzante fu reso possibile dalla contemporanea e non casuale obliterazione della dogmatica, che con le sue pretese di controllo mediante la calibratura dei concetti, perché essi non finiscano in un *ad libitum* nel quale prendono senso esclusivamente dal contesto o addirittura dalla semplice assunzione ad opera dell'interprete, era invece in grado, quando adoperata, di mettere a nudo certo pressappochismo ermeneutico.

La 'riscoperta' della dogmatica, teorizzata come oramai inutile dal metodo c.d. funzionale, laddove la funzione di qualcosa di cui non si sappia precisamente che cosa sia semplicemente non ha senso, ha consentito di riprendere alla distanza in maniera più consapevole il tema della Costituzione e del diritto privato, in particolare attraverso il chiarimento che la sovraordinazione della prima non significa annientamento del secondo nell'indeterminato che la caratterizza, per essere le sue norme spesso prive di fattispecie, alla cui deficienza proprio la legge ordinaria è in grado di sopperire. Tale chiarimento passa attraverso la categoria dell'efficacia (con parola tedesca non appropriata, *Drittwirkung*) mediata della norma costituzionale, ove la mediazione è svolta dalla norma ordinaria, la quale innerva però il suo significato nella norma costituzionale: così, ad esempio, la disparità sostanziale tra le parti del contratto non può trovare rimedio generale in una giustizia 'giudiziale', sovrapposta al regolamento fissato dalle parti ed estrapolata dall'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost., ma rileva nei termini e nei limiti in cui la disciplina legislativa delle clausole abusive la fa spiccare dall'opacità nella quale resterebbe se il legislatore ordinario non fosse intervenuto.

Si può parlare di nuova positività, nel momento in cui sia in entrata, la legislazione, sia in uscita, l'interpretazione in particolare giurisprudenziale, il diritto applicabile risulta irrorato dalla Costituzione, ma senza che il giudice sottragga al legislatore ciò che a quest'ultimo spetta: la concretizzazione dei postulati di giustizia ricavabili dalla Costituzione⁴. Così, ad esempio, i diritti fondamentali della persona, nella contemplazione che ne fa la Carta costituzionale, diventano i nuovi 'casi determinati dalla legge' ai quali l'art. 2059 c.c. subordina il risarcimento del danno non patrimoniale. Mentre l'autonomia privata non può essere sacrificata sull'altare di una giustizia contrattuale concepita dal giudice a prescindere da una norma ordinaria che la imponga alle

⁴ Ancora MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 105 s.

parti lì dove il legislatore l'abbia espressamente perseguita⁵, secondo quanto accade in altre ipotesi esemplari come nella disciplina della rescissione o in quella della subfornitura riguardo a clausole che siano manifestazione di abuso di dipendenza economica⁶.

Ma non si è trattato soltanto dell'irruzione della Costituzione. Anche il diritto europeo ha operato sulle coordinate del diritto nazionale ordinario, sconvolgendone l'esigenza di determinatezza che corre lungo la corrispondenza tra una fattispecie e determinati effetti. La strategia rimediata riferita a una categoria analiticamente povera come quella dei contratti dei consumatori ne costituisce l'emblema, così come, in materia di danno ambientale, il ripristino che può essere ordinato dall'autorità amministrativa o ottenuto mediante un provvedimento dell'autorità giudiziaria, dove la responsabilità civile sembra messa in alternativa a misure di diritto pubblico, con il risultato di fare apparire il danno all'ambiente un terreno amorfo, che giuridicamente rileva e prende forma secondo i modelli del diritto pubblico o del diritto privato⁷, un po' a casaccio. Questa doppia propensione, poi, sul piano sistematico generale, ha potuto sembrare l'inveramento di quell'idea, che a me è sempre sembrata molto strana, secondo cui la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato sarebbe una sorta di illusione, e le forme in cui essa storicamente si è manifestata frutto di un fuorviamento ideologico. Questo assunto ha in Hans Kelsen⁸ il suo maggiore rappresentante, ed è singolare che esso sia stato fatto proprio da quegli autori che in lui hanno rifiutato l'estremo, più raffinato rappresentante del positivismo. È chiaro, invece, che l'alternativa tra diritto pubblico e diritto privato che si presenta nella scelta delle forme giuridiche da destinare a ogni spicchio di realtà, non che negare la distinzione, la conferma: altro è risolvere i problemi secondo la logica del mercato altro è assoggettarne la soluzione ai modelli dirigitici del diritto pubblico, altro è affidarsi alla responsabilità civile altro è

⁵ Scrive S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017, 286, che il debordare del potere del giudice oltre i limiti fissati dalla legge, dalle regole processuali e dalle domande delle parti provoca «una pericolosa compressione della privata autonomia ... e una deriva esiziale dell'intero sistema».

⁶ Di analogo modello è la disciplina contenuta nell'art. 62 L. 221/2012, relativa alle c.d. cessioni di prodotti agricoli e alimentari, su cui, v., tra i numerosi contributi, S. PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62 L. 221/2012*, in *Persona e mercato*, 2014, 37 s.; A. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Annuario del contratto*, 2015, 13 s.

⁷ Secondo la L. 6 agosto 2013, n. 97 e successive correzioni e integrazioni. Cfr. C. CASTRONOVO, *Danno all'ambiente rivisitato*, in *Vita not.*, 2013, 1025 s.

⁸ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1966, 313 s. Peraltro Kelsen intende come ideologico il ritenere che «nel diritto pubblico non regnerebbe tanto il rigoroso diritto quanto l'interesse dello stato, il bene comune»: quindi in tutt'altro senso da quello nel quale l'affermazione si è potuta ripetere da affrettati ripetitori.

imbastire una struttura di facoltà e divieti assistiti da rimedi autoritativi⁹. Annegare contenuti talmente diversi in una normatività che li caratterizzerebbe uniformemente sul piano formale significa cadere in un normativismo che perde di vista il senso della realtà. Certo il diritto europeo ha contribuito a confondere le idee sul punto, abituandoci a una linea mobile tra diritto pubblico e diritto privato, che non si limita più a correre tra le materie ma all'interno di esse, parte assoggettando all'uno parte all'altro. Ciononostante, come ha ben messo in luce Guido Corso nella sua relazione, la distinzione rimane e si riconosce nella natura della forma giuridica di volta in volta applicabile. È piuttosto una certa idea di indifferenza tra i due ambiti del diritto quella che una simile commistione finisce con il suggerire, nella quale ciò che conta è un obiettivo affidato ora all'uno ora all'altro modello di disciplina giuridica, e magari ad ambedue senza che la scelta dell'uno o dell'altro abbia una plausibile giustificazione.

Ma l'origine storica di questo apparente confondersi di pubblico e privato, nel quale ciò che è privato diventa pubblico e viceversa, in Italia data ancora una volta dalla 'scoperta' della Costituzione, nella quale il cultore di diritto privato si avvide improvvisamente che i 'suoi' istituti, a cominciare dalla proprietà, risultano impregnati di categorie per l'innanzi accreditate al diritto pubblico come la funzione sociale o l'utilità sociale o l'uguaglianza in senso sostanziale che subito evoca la giustizia distributiva, nella quale l'essere si sostituisce all'avere, che è sempre presieduto, invece, dalla giustizia commutativa. Infine sono gli stessi diritti fondamentali, dispersi nel testo costituzionale sotto la categoria meno individualizzante di *rapporti, civili etico-sociali economici e politici*, ad abbandonare la linea di sicura ascrizione al diritto pubblico dei diritti pubblici subbiettivi e a creare l'idea di una sorta di area mista nella quale si insinua l'idea che essi hanno acquistato una valenza pure privatistica che sfocia nella *Drittwirkung* richiamata sopra.

Su questo terreno il diritto dell'Unione europea giunge dopo, con la proclamazione, nell'anno 2000, della Carta dei diritti fondamentali, confluita nei Trattati solo con la ratifica del Trattato di Lisbona, nel 2009. Ma prima, con il Trattato di Roma, erano state istituite le quattro libertà fondamentali, di circolazione, di stabilimento, di prestazione dei servizi e di movimenti dei capitali. Di esse Armando Plaia ci dice che «le libertà strumentali alla creazione del mercato unico non dovrebbero essere connotate come “fondamentali”»; e con buona ragione, dato che l'attribuzione di esse ai singoli è un mero riflesso di

⁹Diversa cosa è rilevare l'avvicinamento tra Stato e società, tra pubblico e privato, nel quale il primo si veste delle prerogative del secondo e viceversa (cfr. R. MANGABEIRA UNGER, *Law in Modern Society*, New York-London, 1977, 193).

ciò che viene statuito appunto in funzione di fondazione del mercato oggi unico. Nel momento in cui esse entrano in conflitto con uno dei diritti fondamentali affermati dalla Carta di Nizza, la conclusione, sul piano dei valori, sembrerebbe dover essere quella del soccombere delle prime, espressione del mercato, nei confronti dei secondi, che sono attributi della persona.

Non è così, però, secondo alcune pronunce della Corte europea di giustizia, la quale talora ha deciso in senso opposto, in particolare nei casi *Viking*¹⁰ e *Laval*¹¹, nei quali un certo esercizio della libertà sindacale è stato considerato fonte di ingiusta limitazione della libertà di stabilimento. La cosa può colpire, e però, come pure viene sottolineato, non si tratta di mettere in astratto a confronto una delle quattro libertà con un diritto fondamentale, ma di tenere conto del contenuto o dello scopo che nel caso concreto caratterizza le rispettive pretese, onde un diritto fondamentale come lo sciopero, che pur in partenza nel confronto con una libertà deve dirsi prevalente sul piano del valore, può ciononostante soccombere a quest'ultima sul campo. Non riesco a immaginare, come ha fatto Mario Barcellona, il significato di politica economica europea generale che egli riconnette a dette e simili pronunce. Mi limito a rilevare che nei due casi menzionati il diritto di azione collettiva dei sindacati, sfociato nello sciopero, è potuto risultare perdente anzitutto perché nella specie non è esercitato come diritto della persona ma dell'organizzazione dei lavoratori; l'art. 28 C.D.F.U.E riferisce infatti i diritti in questione alternativamente ai soggetti individuali dei conflitti di lavoro e alle "rispettive organizzazioni"; in secondo luogo per essere stato esercitato in relazione a situazioni che si possono definire atipiche nei conflitti collettivi.

E al confine tra diritto privato e diritto pubblico ci conduce pure la questione dei c.d. danni punitivi o risarcimento sanzionatorio, espressioni ambedue imprecise perché implicitamente la prima, esplicitamente la seconda, nel momento in cui si riferiscono al risarcimento, ne contraddicono la funzione: essendo il risarcimento obbligazione che ha per oggetto il danno emergente e il lucro cessante (art. 1223 c.c.), onde ogni sovrappiù ne sta al di là. Questa considerazione ultima, che era sembrata sufficiente a scagionare l'ordinamento italiano da un istituto oltre tutto così lontano dalle nostre tradizioni, non sembra però più in grado di risolvere *in limine* la questione se, ciononostante, di fronte al reiterato porsi di domande di delibazione ci si domanda se non

¹⁰ Sentenza 11 novembre 2007 – Causa C-438/05, n. 90 (*Viking*): «azioni collettive ... finalizzate a indurre un'impresa stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo (43 CE, ora art. 49 TFUE)».

¹¹ Sentenza 18 dicembre 2007, C-341/05

si debba tuttavia dar corso alle sentenze straniere portatrici di condanna ai detti *punitive damages*.

Si intende vagliare fino in fondo la questione se il limite imposto al risarcimento del danno dall'art. 1223 c.c. nei termini appena ora ricordati, abbia natura di ordine pubblico onde, se così fosse, impedirebbe la delibazione ai sensi dell'art. 64, co. 1, g), l. 31 maggio 1995, n. 218, contenente la disciplina italiana di diritto internazionale privato. Questa, in effetti era potuta sembrare la conclusione implicita di Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183¹², successivamente messa in chiaro da Cass. n. 15814/2008. La seconda di queste sentenze aveva affermato: «nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno...non è riconosciuto con ... finalità punitive ma in relazione all'effettivo pregiudizio ... né il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale». Ma non è stata di questo avviso la recente ordinanza della Cassazione che ha rimesso la questione alle Sezioni unite¹³, affermando che l'accoglimento di sentenze portanti condanna a *punitive damages* non sarebbe più preclusa ove si accolga un'idea 'moderna' di ordine pubblico, da identificarsi con «i principi fondamentali desumibili, in primo luogo dalla Costituzione, ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, indirettamente, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo». Tale punto di vista è stato fatto proprio dalla Cassazione a sezioni unite¹⁴, sia pure con qualche ammorbidimento di mera apparenza.

Ma attribuire un tale contenuto all'ordine pubblico, sul presupposto implicito che esso possa variare in relazione a ciò con cui di volta in volta il giudice ritenga di doverlo identificare, significa averne un'idea come di clausola generale, laddove va fatta distinzione tra questa e i principi generali¹⁵. La Cassazione rimettente lo chiama 'principio di ordine pubblico', ma è chiaro che esso, che può essere bensì una sintesi di principi e di norme inderogabili, non è a sua volta un principio, principio essendo invece il rispetto o il non superamento dell'ordine pubblico come limite. È chiaro pure che non si tratta di una clausola generale – la quale a sua volta non è una sintesi di principi – e perciò il suo contenuto non dipende dall'apprezzamento del giudice. Ammesso, poi, che esso non possa ridursi all'insieme delle norme inderogabili della legge or-

¹² In *Europa dir. priv.*, 2007, 1129 s., nota G. Spoto. Per le considerazioni di cui nel testo, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, c.d. danno esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 315 s.

¹³ Cass. 16 maggio 2016, n. 9978.

¹⁴ Cass. s.u. 5 luglio 2017, n. 16601.

¹⁵ Cfr. L. MENGONI, *I principi generali e la scienza del diritto*, in *Scritti*, I, cit., 247.

dinaria, è altrettanto chiaro che non lo si può neppure identificare con il «complesso dei principi fondamentali ... fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti», perché l'ordinamento giuridico, di cui l'ordine pubblico costituisce la struttura non riducibile, non si limita certo alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo: vi è tutta una serie di norme portanti, senza le quali e senza la cui inderogabilità gli stessi diritti fondamentali non sarebbero neppure pensabili.

Al di là di questo, ci si può domandare quale sia la ragione di rinunciare a un principio identitario della nostra responsabilità civile, che fa coincidere il risarcimento con l'ammanco derivante dal fatto illecito, nel momento in cui, per contro, i *punitive damages* sono stati teorizzati negli Stati Uniti, loro patria d'elezione, come un surrogato patrimoniale della vendetta¹⁶. Laddove in un ordinamento come il nostro quest'ultima viene sublimata nella funzione retributiva – peraltro non l'unica funzione – della pena, lasciando al diritto privato ciò che, secondo l'ordinamento, *ad singulorum utilitatem spectat* (Dig. 1,1,1, 2), identificato, nella materia che ci occupa, nella disciplina dell'art. 1223 c.c.

Comunque, neppure ove si intenda accogliere l'idea dell'ordine pubblico fatto coincidere con la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, si perviene alla conclusione cui giunge l'ordinanza di rimessione della Cassazione, favorevole alla delibazione dei *punitive damages*, perché proprio in punto di libertà fondamentali l'art. 23 Cost. contiene quella specie di *habeas corpus*, costituito dal divieto di imposizione di prestazioni personali o patrimoniali che non siano tali «in base alla legge». Poiché, ove venisse delibata una sentenza straniera di *punitive damages*, la fonte dell'obbligazione da questa portata sarebbe di natura giurisprudenziale, risulterebbe violata proprio la disposizione dell'art. 23 ora richiamato. Secondo Nivarra, questa norma costituzionale sarebbe «un impedimento solo apparente o, comunque, aggirabile» proprio mediante quell'idea lasca di ordine pubblico fatta propria dalla Cassazione: «la riserva di legge istituita dall'art. 23 Cost. può dirsi soddisfatta proprio dalla previsione dell'art. 64, lett. g) L. 218/1995, reinterpretato nella chiave globalizzatrice adottata dall'ordinanza di rimessione». Cerchiamo di svolgere l'assunto. L'art. 64, il cui contenuto sarebbe costituito dall'ordine pubblico nel senso inteso

¹⁶ A questo argomento sembra preoccuparsi di rispondere Cass. s.u. n. 16601/2017, quando afferma che «non avrebbe utilità chiedersi se la *ratio* della funzione deterrente della responsabilità civile nel nostro sistema sia identica a quella che genera i *punitive damages*». Ma qui, chiaramente, la Cassazione confonde 'funzione deterrente' con 'funzione sanzionatoria', non tenendo presente, fuorviata da certa dottrina, che la funzione deterrente è propria della responsabilità civile a prescindere da pretese funzioni sanzionatorie: cfr. C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 306.

dalla Cassazione, fungerebbe da norma di legge che impone una prestazione patrimoniale, determinata o determinabile, così come la esige l'art. 23 Cost. Risulta difficile, però, capire come una norma di legge ordinaria, l'art. 64 appunto, che impone come limite all'accoglimento di sentenze straniere la contrarietà all'ordine pubblico, possa svolgere la funzione fondativa dell'obbligazione che l'art. 23 Cost. esige sia prevista dalla legge ordinaria. Inoltre, il tramite necessario costituito dalla sentenza straniera, il cui contenuto e il cui significato formale per definizione non coincidono con la previsione chiara e netta ad opera di una norma di legge, finirebbe con il banalizzare la norma costituzionale stessa, facendole dire una cosa chiaramente diversa.

Capisco, poi, che dare corso a una sentenza straniera non è la stessa cosa che fissare in una norma di legge la regola di diritto in applicazione della quale la sentenza è stata pronunciata; che, dunque, deliberare una sentenza di *punitive damages* non è come approvare una legge che d'ora innanzi consenta ai giudici italiani di pronunciare un risarcimento ultracompensativo. Qui Nivarra adopera un argomento che serpeggia anche in altri commenti dedicati all'ordinanza¹⁷. Ma è agevole profezia che in un Paese come il nostro, facile agli innamoramenti per esperienze altre, il valore simbolico attribuito a una semplice pronuncia di delibazione ne trascenderebbe sicuramente il valore formale, accreditando la sentenza di delibazione alla stregua di una pronuncia del giudice nazionale finalmente abilitato a pronunciare sentenze di condanna ai 'danni punitivi'¹⁸.

Che questa affermazione non sia una mia gratuita proiezione mentale è provato dalla vicenda del *trust*, nella quale una innocente convenzione di diritto internazionale privato, volta a dettare i termini in cui gli ordinamenti che lo ignorano come istituto proprio si impegnano a darvi riconoscimento quando esso sia legittimamente costituito secondo le regole di un ordinamento straniero, ha potuto essere stravolta in una disciplina di diritto interno alla luce della quale il nostro ordinamento non si sarebbe limitato a riconoscere *trust* stranieri, ma improvvisamente avrebbe fatto proprio tale istituto. Nivarra intende instaurare un'analoga distinzione, tra riconoscere e applicare, sottolineando la differenza tra una semplice delibazione e l'adozione di una disciplina di diritto interno: distin-

¹⁷ Nel senso, invece, che «in mancanza di una ... legge d(i) disciplina dell'istituto applicato dalla sentenza estera, la stessa non possa essere resa efficace nell'ordinamento interno», M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Famiglia dir.*, 2017, 295.

¹⁸ Questo profilo è avvertito da F.A. BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale*, in *Giustiziacivile.com*, n. 5/2017, 3, quando afferma che «si impone cautela ... nell'equiparare un'eventuale ammissione di provvedimenti stranieri al riconoscimento sostanziale della funzione sanzionatoria della responsabilità civile nel nostro ordinamento».

zione certo plausibile da un punto di vista giuridico-formale, ma che non tiene conto di quello che il nostro genio nazionale è stato in grado di inventare, ad esempio, in materia di *trust*.

In ogni caso, per tornare ai danni c.d. punitivi, se, come la Cassazione a sezioni unite riconosce, gli artt. 23 e 25 Cost. esigono una disposizione di legge che preveda, con riguardo a una precisa fattispecie, una prestazione patrimoniale aggiuntiva come quella che, con funzione sanzionatoria, trascenda il mero risarcimento del danno, risulta gratuita l'affermazione che al superamento di tale vincolo possa ritenersi sufficiente che «una condanna straniera a “risarcimenti punitivi” provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice *a quo* abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità». C'è un salto evidente tra queste 'basi normative adeguate' di diritto straniero e la norma di legge di diritto interno alla quale si riferisce l'art. 23 Cost. A voler concludere come la Cassazione conclude, bisognava rovesciare il ragionamento, affermando che le sentenze straniere sono da ritenersi esenti dal vincolo di cui all'art. 23. Ma dubito che una tale conclusione possa essere argomentata.

Mi pare, infine, che una sentenza di principio, quale ha inteso essere a tutti i costi questa della Cassazione, certo sollecitata da aspettative mal concepite in dottrina, ove è passato sotto silenzio che nel caso di specie, come la stessa Cassazione ammette, i danni punitivi erano o potevano essere considerati assenti, debba essere conclusivamente accreditata al ricatto provinciale di sembrare superati da presunte modernità di cui altri ordinamenti sarebbero portatori. In fondo, i c.d. danni punitivi sono un aspetto di quel graduale scolorirsi di neutralità sulla quale è stato fondato lo Stato di diritto, che, nella post-modernità, sulle ceneri delle libertà borghesi, si è venuto costituendo anche come ordinamento dell'uomo fratto e qualificato per segmenti (lavoratore, locatario, consumatore, turista, ecc.) che ha perduto l'irrepreensibilità dell'uomo senza qualità.

Ma poiché queste mie parole, secondo il programma, dovrebbero essere di conclusione, non posso terminare senza elevare un pensiero affettuoso al Festeggiato. La nostra vita universitaria ha avuto una serie di coincidenze, talune casuali, altre frutto della nostra scelta di affrontare insieme alcuni tornanti del percorso che ci occupava. Abbiamo vinto insieme il concorso a cattedra, come allora si chiamava, con tanti altri colleghi, promossi da una commissione presieduta da Pietro Rescigno, il quale più volte ha avuto la bontà di elogiare la qualità dei vincitori – se non ricordo male, almeno trenta, dato che si trattò del primo concorso 'di massa' – o della gran parte di essi. Credo che Mazzamuto sia stato di tutti il più giovane, anche perché potè

contare in particolare sulla stima e l'affetto di Alfredo Galasso, che di quella commissione fu membro.

Non ricordo precisamente quando, ma è certo che abbastanza presto ci scoprimmo d'accordo su tante cose e sull'opportunità di farne insieme alcune. Non posso non ricordare, anzitutto, che, Lui Preside, questa Facoltà ospitò in maniera rimasta memorabile per tutti i membri, la grandissima parte proveniente dagli altri Paesi europei, una sessione della Commissione di diritto europeo dei contratti, la Commissione Lando. Le riunioni di questa, due volte all'anno, erano ospitate a turno dalle Facoltà di riferimento dei componenti. Quando, alla fine di una di queste sessioni, gli occhi dei colleghi si appuntarono su di me, con sguardo chiaramente interrogativo riguardo alla possibilità che fossi io, la volta successiva, l'ospite, ritenendo di potere contare sul consenso dell'allora Preside della Facoltà palermitana, ma in pari tempo per un istintivo impulso a indurre colleghi tanto lontani per terre ed esperienze in questa realtà, convinto che l'Europa si possa fare meglio attraverso una conoscenza omnicomprensiva nella quale avvolgere quella specifica e specialistica, offrii come soluzione Palermo, dicendo che durante l'inverno la città è certo più ospitale di Milano. Savino, al quale mi rivolsi con qualche comprensibile titubanza per questa inopinata gestione d'affari, fu invece subito entusiasta dell'iniziativa, a sua volta convinto che si trattasse di un'occasione singolare ma importante per fare conoscere la nostra città e questa Università. La sessione si svolse in questa sede nel dicembre del 1994 e il risultato, come ho detto prima, fu memorabile nel senso letterale del termine: tutti i colleghi, di quando in quando, ricordavano la perfetta ospitalità della Facoltà palermitana. E Palermo, insieme alle altre sedi presso le quali si svolsero le nostre sessioni, è ricordata nella Prefazione ai Principi di diritto europeo dei contratti, per la penna di Ole Lando.

Questa vicenda mostra, per un aspetto particolare, le capacità di organizzatore di Salvatore Mazzamuto e di comprensione fulminea del significato delle opere e dei giorni. Tra altre esperienze che meritano di essere ricordate, il Convegno su *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, di cui corre proprio quest'anno il ventennale, nel quale si tradusse, nell'organizzazione di un evento scientifico che ha lasciato tracce significative, la vocazione scientifica bicefala di Mazzamuto, tra diritto e processo. Così pure quello, oramai romano, dedicato all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti¹⁹. Per i successi conseguiti su questo piano, mi rammaricai con Lui quando lasciai questa Facoltà per andare a Siena e approdare infine a Roma Tre. Io certo non avevo alcuna legittimazione alla rampogna, avendo abbandonato Palermo per iscrivermi, matricola, all'Università cattolica del S. Cuore; ma benché quella

¹⁹I cui atti trovarono luogo in *Europa dir. priv.*, 2002, 847 s.

palermitana non sia stata mai la mia Facoltà, l'ho sempre considerata pure come mia: non so bene a quale titolo, ma è così; ed ero contento che essa fosse in buone mani. Ma Savino non ha mai abbandonato questa Facoltà, pur non potendo più dirigerla come avrebbe potuto e saputo. Né il suo approdo, a Roma in particolare, è stato senza significato, specialmente per i giovani che, partendo da Palermo e a Palermo sempre riapprodando, hanno portato altrove il seme di questa Scuola. Chi più di chi vi è nato può sapere quanto di sé è frutto del proprio 'natio borgo selvaggio'?

A Roma, certo, Salvatore Mazzamuto ha attinto la sua maturità scientifica, consacrandosi vero e proprio Caposcuola di un'Accademia rispettosa delle tradizioni ma aperta al nuovo; né i discepoli sono stati più solo palermitani. E pur non diventandone Preside, ma sempre nell'intento di formare una Scuola civilistica di valore, Egli ha privilegiato scelte di qualità che arricchissero la Facoltà, una Facoltà di Roma capitale, in particolare operando come massimo suggeritore nell'approdo di Adolfo di Majo, con spirito sempre libero disposto ad abbandonare la 'Sapienza', a Roma Tre, con un grande contributo all'accreditamento di quello che era ancora un Ateneo giovane.

Di questo lavoro per una Scuola civilistica 'espansa', che poneva Roma Tre al centro di una complessa rete di collaborazione di più Facoltà, il frutto più significativo e duraturo è stata la Scuola dottorale 'Tullio Ascarelli', alla quale Mazzamuto ha indotto a partecipare anche me, sempre restio, al contrario di Lui, a progettare e realizzare ciò che non fosse strettamente riferibile alla ricerca. In questo senso, in quello della coniugazione della ricerca con un necessario profilo organizzativo, il nostro sodalizio ha trovato inveramente prima nella fondazione e direzione, nella fase iniziale insieme con Adolfo di Majo e Joachim Bonell, di *Europa e diritto privato*, poi nel *Manuale di diritto privato europeo*. In quest'ultimo l'individualità dei singoli autori ha prevalso sull'amalgama che un manuale deve per sua vocazione possedere, ma credo che esso rimanga documento importante di come la dottrina italiana all'inizio del nuovo millennio si è misurata con la realtà europea dalla prospettiva del diritto privato. Credo pure comunque che l'esperienza abbia giovato a Mazzamuto quando ha deciso di dare corso al suo *Manuale del diritto privato*. La Presidenza dell'Unione dei Privatisti è venuta a coronamento di tutto questo.

Del Mazzamuto autore di diritto civile e non solo si parlerà in altra sede. Non si può tuttavia non ricordare, almeno, l'impegno costante dedicato ultimamente al contratto di diritto europeo e documentato in un volume, del quale si sono già succedute più edizioni, nel quale la tecnica civilistica viene messa a frutto come mezzo sicuro di sistemazione di una materia ancora

magmatica. Nel volgersi ad essa Mazzamuto ha mostrato il Suo estro migliore, partendo con gli strumenti sicuri di una dogmatica mai abbandonata verso il mare ancora in gran parte inesplorato del diritto europeo, percorso da Lui senza esitazione, con lo spirito di avventura che ha continuato a ispirarlo anche dopo l'abbandono della cattedra coronato da una pronta emeritazione.

Ad multos annos!

ELENCO DEGLI AUTORI

ROSALBA ALESSI

Ordinario di Diritto civile nell'Università di Palermo

MARIO BARCELLONA

Ordinario di Diritto civile nell'Università di Catania

CARLO CASTRONOVO

Ordinario di Diritto civile nell'Università Cattolica del S. Cuore di Milano

GUIDO CORSO

Emerito di Diritto amministrativo nell'Università Roma Tre

ALFREDO GALASSO

Ordinario di Diritto civile nell'Università di Palermo

LUCA NIVARRA

Ordinario di Diritto civile nell'Università di Palermo

ARMANDO PLAIA

Ordinario di Diritto civile nell'Università di Palermo

PAOLO TOSI

Emerito di Diritto del lavoro nell'Università di Torino

Finito di stampare nel mese di febbraio 2018
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

COLLANA DELL'UNIONE DEI PRIVATISTI

1. PIETRO RESCIGNO - SALVATORE MAZZAMUTO (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, 2014, pp. XVI-424
2. SALVATORE MAZZAMUTO - LUCA NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, 2016, pp. XVI-288
3. LUCA NIVARRA - ARMANDO PLAIA (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, 2018, pp. VIII-96.

COLLANA DELL'UNIONE DEI PRIVATISTI

1. PIETRO RESCIGNO - SALVATORE MAZZAMUTO (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, 2014, pp. XVI-424
2. SALVATORE MAZZAMUTO - LUCA NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, 2016, pp. XVI-288
3. LUCA NIVARRA - ARMANDO PLAIA (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, 2018, pp. VIII-96.