



## CONTROLLO GIUDIZIALE DEL CONTRATTO ED EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE. UNA PREMESSA

Di Giuseppe Vettori

**SOMMARIO: 1. L'individuazione di un diritto costituzionale ad un rimedio effettivo. - 2. Principio di effettività e tutele sostanziali. - 3. Contratto e processo giusto.**

### 1. L'individuazione di un diritto costituzionale ad un rimedio effettivo.

L'esistenza, i contenuti e l'evoluzione del principio di effettività sono stati esaminati, con estremo rigore e chiarezza<sup>1</sup> dalla dottrina sul processo mentre il tema non ha avuto altrettanta attenzione negli studi di diritto sostanziale. La prassi giudiziaria ha evocato più volte il tema. In modi diversi.

Una recente ordinanza della Corte costituzionale ha potenziato il ruolo dei principi costituzionali nella disciplina del contratto. Si riconosce al giudice *“a fronte di una clausola negoziale che rifletta un regolamento non equo e gravemente sbilanciato, il potere di intervenire d'ufficio dichiarando “la nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ. della clausola, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost. che entra direttamente nel contratto”*”<sup>2</sup>.

Il testo richiama le sentenze della Cassazione, sulla riducibilità di ufficio della penale e sull'abuso del diritto, ed è un monito preciso per il giudice al diretto utilizzo dei principi e all'uso di un'interpretazione adeguatrice che deve essere, come si è osservato, presa finalmente sul serio<sup>3</sup>.

Sicché non sarà più sufficiente utilizzare fra diverse possibili interpretazioni delle norme ordinarie quella più vicina al testo costituzionale, ma è proprio questo che sarà attuato nel caso concreto quando le norme di settore non forniscano una tutela adeguata. La svolta è netta ed è preparata dalla dottrina.

Oltre dieci anni fa si erano posti in luce i tratti di una diffusione della normatività come preludio all'avanzare del diritto per principi<sup>4</sup>. La tendenza

proprio dell'obbligato» e si ricordano alcuni precedenti Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009.

<sup>3</sup> E. SCODITTI, *L'interpretazione adeguatrice presa sul serio: due ordinanze della Corte costituzionale sulla caparra confirmatoria*, in *Giustizia civile.com*; ID., *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2036.

<sup>4</sup> G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, 2003, p.460 ss. V. anche P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed*

<sup>1</sup> V. in particolare N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1172 e ss.; ID., *Dal “Giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*”, ivi, 2007, p. 35 ss. ora in ID., *La formazione del processo civile europeo...*, Torino, 2011.

<sup>2</sup> Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 248 e 22 aprile 2014, n. 77. Si ribadisce il potere della norma costituzionale di funzionalizzare “il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse

era tratta da una precisa evoluzione delle fonti. Il Parlamento, stante l'uso abnorme dei decreti legge e legislativi, non era già allora capace di assicurare "la stabilità dell'ordinamento". L'organizzazione amministrativa e decentrata "non serviva più solo a rendere conoscibili gli ingranaggi statali, ma allo stesso tempo (*era ed è*) anch'essa matrice di nuova legalità, proprio perché costituzionalmente impiantata per dare visibilità e forza allo Stato".

Tutto ciò è ampliato dal nuovo art.117 della Costituzione perché "il diritto positivo...si indebolisce al suo interno, dismettendo la certezza di sé e la forza del suo precetto come espressione del dover essere". La conseguenza è chiara. "L'antico sistema delle fonti "si nebulizza" e l'interprete deve confrontarsi con una normatività diffusa che ha bisogno della integrazione dei fatti e dei principi che "hanno il segno della normatività e si debbono confrontare con "l'esperienza, la prassi, il gioco degli interessi". Per un motivo evidente. Sono i soli che "mettono a nudo il fondamento sociale del diritto positivo" e sotto "un certo profilo contribuiscono a legare validità ed effettività"<sup>5</sup>.

L'ordinanza della Corte costituzionale recepisce con forza questa consapevolezza. Si sollecita il giudice alla ricerca, nel sistema costituzionale integrato, del rimedio effettivo, oltre le conclusioni di un'interpretazione costruita sulle tradizionali categorie civilistiche e sulle norme ordinarie generali o settoriali basate su rimedi tipici<sup>6</sup>. Ed è chiaro il perché. L'ingresso del parametro costituzionale nel contratto impone la ricerca di strumenti di attuazione che possono e debbono essere ricavati "con il bilanciamento dei principi costituzionali, in relazione alle circostanze del caso concreto, senza passare "necessariamente" attraverso l'interpretazione di settore"<sup>7</sup>.

D'altra parte una sentenza recente della Corte di Cassazione utilizza il principio di effettività, qualificato esattamente come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volta ad assicurare il diritto «ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato»<sup>8</sup>.

*eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

<sup>5</sup> G. BERTI, *op. cit.*, pp. 462-464.

<sup>6</sup> v. sul punto G. DE NOVA, *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 453 ss.

<sup>7</sup> E. SCODITTI, *L'interpretazione adeguatrice presa sul serio...*, cit.

<sup>8</sup> Cass. 27 giugno 2013, n. 21255. Su di essa si possono esaminare i diversi contributi (di P. Santoro, G. Ponzanelli, G. Impagnatiello, G. Vettori, A. Palmieri, R. Pardolesi, A. Romano, G. Lener, B. Tassone, R. Simone, P.G. Monateri) pubblicati in *Danno e resp.*, 2, 2014, p. 123 ss. e in *Resp. civ. prev.*, 1, 2014,

Il che significa riconoscere la «facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato», in forza di "un itinerario di pensiero" indicato da precise norme. L'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea sui diritti umani e l'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali. Le quali indicano non solo un diritto di «accesso al giudizio», ma «un diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela»<sup>9</sup>.

Provo a trarre qualche potenzialità da queste norme e queste sentenze nel ripensare contenuto e limiti degli istituti e delle tutele sostanziali.

E' noto che la Corte costituzionale non ha mai dato un'interpretazione univoca dell'art.24 della Costituzione e non è mai stato facile individuare "la portata concreta della copertura costituzionale, stabilendo se essa riguardi solo il diritto al "giusto processo" o "anche quello all'effettiva tutela"<sup>10</sup> sostanziale. I punti di partenza sono due. La nozione di interesse giuridicamente protetto, nucleo primario della nozione di diritto soggettivo<sup>11</sup>. Il significato della effettività delle tutele<sup>12</sup>.

Iniziamo dalla prima.

La protezione di un interesse non può che aprire "tutte le vie della tutela giuridica, secondo il criterio universale dell'adeguamento degli effetti alla sostanza degli interessi espressi dal fatto giuridico"<sup>13</sup>. Su questo ha insistito la Cassazione nell'aprire la via alla risarcibilità degli interessi legittimi ma non solo. A questa conclusione conduce una corretta qualificazione della rilevanza giuridica e dei rimedi.

Sul primo aspetto. "Ciò che assume rilevanza per il diritto non è la situazione storica, che ha un rilievo diverso in base ai giudizi ed alle scelte che su di essa possono operarsi, ma è il fatto che risponde al criterio di individuazione definito e pensato secondo l'ordine delle valutazioni proprie del

p. 8 ss. (G. Iudica, G. De Nova, V. Roppo, E. Giliberti, C. Scognamiglio, F. Benatti)

<sup>9</sup> L'ampliamento della regola di buona fede è coerente con la responsabilità da contatto sociale riconosciuta prima come un'ipotesi affine a quella contrattuale e comunque distinta da quella extracontrattuale (Cass. 21 novembre 2011, n. 24438) e poi ricostruita in guisa di contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, caratterizzato da tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c. (Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648).

<sup>10</sup> I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 56

<sup>11</sup> A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 683 ss. ma anche la notissima sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999.

<sup>12</sup> L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc.civ.*, 1994, p. 1076 ss. Citato da I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit. p. 57.

<sup>13</sup> I. PAGNI, *op. cit.*, p. 59.



formalismo giuridico. Questa qualifica non è il fatto materiale né la conseguenza che da esso promana, è l'essenza giuridica del fatto, ossia la sua rilevanza per il diritto che va tenuta distinta dall'efficacia anche se diverse sono le ricostruzioni concettuali proposte<sup>14</sup>. Sicché questa *essenza giuridica* orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva.

La nozione di effettività conferma questa conclusione.

Con essa si attribuisce "alla tutela sostanziale un'elasticità ... propria dei *remedies* di *common law*"<sup>15</sup> in base ad una lettura attenta dell'art.24 della Costituzione e delle fonti europee di pari rango.

Basta ricordare che l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali riproduce un principio generale del diritto comunitario, vigente da oltre un ventennio<sup>16</sup>. Le norme e il principio che la Carta riafferma esigono che si dia attuazione, in Europa, alla pretesa di un rimedio effettivo, inteso come pretesa di adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse tutelato.

Questa ultima indicazione va precisata, per fugare l'incertezza che il termine rimedi assume troppo spesso<sup>17</sup>. Per fare un minimo di chiarezza occorre ricordare che la riflessione sul tema presuppone l'esistenza di un interesse protetto<sup>18</sup>, sicché l'approccio rimediale non incide sull'*an* della protezione, ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale ma intende fornire uno strumento di tutela adeguata, in presenza di violazioni di interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare.

Il metodo è anch'esso tracciato. Tale prospettiva di analisi si connota per un rifiuto del formalismo, per un'attenzione alla comparazione, e per la ricerca delle regole operazionali che si celano spesso dietro

la retorica dei diritti. Si comprende, così, come tale tecnica si sia diffusa e sia utilizzata in fonti legislative come la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci, i Principi Lando e Unidroit.

Si capisce anche quali vantaggi essa comporti per l'interprete e il giudice.

L'attenzione ai rimedi<sup>19</sup> tende ad accorciare, "per così, dire le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse e o al bene che si intende tutelare"<sup>20</sup>. Ciò accade con un uso corretto delle clausole generali, ma non solo. Accade anche percependo in pieno l'evoluzione delle forme e degli istituti in tema di eliminazione degli effetti dell'invalidità e del riequilibrio negoziale.

## 2. Principio di effettività e tutele sostanziali.

In un bel libro scritto dieci anni fa si era sostenuto che le incertezze della giurisprudenza interna sarebbero state ampiamente superate dall'intreccio delle fonti determinato dal nuovo articolo 117 della nostra Costituzione. E così è successo. Combinando l'art.24 della Costituzione con l'art. 13 CEDU e 47 della Carta di Nizza Strasburgo non può che emergere un principio fondamentale che esprime un legame stretto fra "esigenze di tutela e forme di tutela disponibile"<sup>21</sup>.

Occorre esaminare come tale principio debba essere attuato e la scelta è ancora chiara.

La complessità della relazione fra posizione sostanziale e processo rende assai difficile la pronunzia di incostituzionalità delle norme del codice civile divenute obsolete o riduttive. La interpretazione applicazione resta invece prioritaria. Con essa si fanno emergere i contenuti di quelle norme che non si giustificano più con il principio di effettività e si può "intervenire sui mezzi di tutela giurisdizionale per correggere in via interpretativa i difetti di previsione normativa disseminati nel sistema"<sup>22</sup>.

Si è già dato conto di come questo metodo possa incidere sulla delimitazione dell'ambito della responsabilità della Pubblica Amministrazione, sulla tutela aquiliana a protezione del contratto, sulla precisazione della responsabilità pre-contrattuale e sui danni endo-familiari<sup>23</sup>.

Un esempio chiarirà questo assunto indicando il metodo da seguire.

<sup>14</sup> V. sul punto per una sintesi G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 378.

<sup>15</sup> L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, cit., p. 1076.

<sup>16</sup> Si veda sul punto il bel saggio di N. TROCKER, *L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta Europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, p. 381 ss. Ma soprattutto I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 54 ss.

<sup>17</sup> V. U. MATTEL, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, p. 105 ss.; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341 ss.; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, ivi, 2007, p. 2 ss.; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, ivi, 2005, p. 605 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il diritto civile*, Torino, 2006.

<sup>18</sup> U. MATTEL, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, cit., p. 108.

<sup>19</sup> A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, p. 13 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, op. cit., p. 342 ss.

<sup>20</sup> A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 355.

<sup>21</sup> I. PAGNI, *op. cit.*, p. 68.

<sup>22</sup> I. PAGNI, *op. cit.*, p. 72.

<sup>23</sup> G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno e resp.*, 2, 2014, p. 150 ss.



Un libro sull'ipoteca ha dato spunto di recente ad un raffinato e dotto dialogo sul modo di adeguare l'immobilismo di alcuni istituti essenziali per la dinamica giuridica, ma disciplinati in modo oramai inadeguato, sì da generare incertezze e malumori presenti ogni volta che il discorso giuridico "appare in qualche modo inappagante e reclama una rifondazione critica"<sup>24</sup>.

Le opinioni dei due autorevoli autori si differenziano pur indicando la stessa strada da seguire.

L'uno teorizza una dogmatica non tradizionale che non si fondi sulla logica deduttiva, superi le strettoie dell'analogia, si affidi a principi che consentano di reinterpretare norme e istituti, con un obiettivo diverso dal passato. Non la conformità ad una regola data o l'ossequio alla verità logica, ma la ricerca di una soluzione ispirata dalla ragionevolezza persuasiva, dal verisimile adeguatamente motivato e convincente, con grande attenzione alle conseguenze dell'esito ermeneutico<sup>25</sup>.

L'altro propone di abbandonare lo stesso riferimento alla dogmatica, legata troppo al giuspositivismo scientifico, per assumere un diretto riferimento alla giurisprudenza e all'attività applicativa. La quale deve scrutinare i valori e ricercare la giustizia del caso attraverso il rispetto della retorica, della logica e della persuasione. Nessun richiamo al formalismo. Anzi. L'art. 101 della Costituzione è riletto precisando che ogni pronunzia del giudice non è persuasiva se non è "in regola con una trasposizione corretta degli enunciati, collocati nella gerarchia costituzionale". Sicché l'interprete deve guardare, più che alla analogia, alla formazione di "regole contestuali" tratte non solo da un enunciato normativo, ma attingendo a una pluralità di norme e principi. Regole da intendere come trama di un ordito tessuto secondo le esigenze di proporzionalità. Con due soli limiti inderogabili. Non incorrere in un divieto e basarsi su tecniche di ricerca di regole di giudizio misurate e adeguate agli interessi e ai conflitti da valutare<sup>26</sup>.

D'altra parte in un'importante opera recente questo itinerario è tracciato con sapienza e vigore<sup>27</sup>.

Si ribadisce come e in che modo l'interprete partecipa oggi al processo di positivizzazione della norma e delle tutele ricordando che " il diritto vive di disposizioni come di precedenti consolidati, di legislatori come di Corti, chiamate a bilanciare inte-

ressi, a interpretare norme nel quadro dei principi, a disapplicare leggi nazionali in esecuzioni di fonti comunitarie". Tanto che le regole vengono scritte e riscritte da soggetti diversi.. "tra i quali è spesso difficile stabilire chi comanda e chi obbedisce"<sup>28</sup>. Tutto ciò, se non si vuole minare alla radice il valore della certezza richiede ai civilisti un nuovo e difficile impegno nel contribuire a creare un nuovo ordine adatto ai tempi che esige almeno due compiti immediati.

Da un lato ripensare i diritti, l'autonomia privata, i controlli per dare loro pienezza ed effettività in un contesto generale profondamente mutato. Dall'altro esaminare come la loro disciplina e regolazione possa contribuire a contenere e superare gli effetti della crisi per disegnare i nuovi contorni di una regolazione dei rapporti privati adatta ai tempi.

Sappiamo di non poter più contare " sul modello novecentesco di tipo statale, nazionale, politico legislativo, ma avvertiamo anche che la frantumazione delle fonti, il mercato, la giurisprudenza non assicurano di per sé un contesto equo ed efficace, tale da esprimere autorità sufficiente nell'affrontare e risolvere i punti di contraddizione, le asimmetrie e le situazioni di conflitto"<sup>29</sup>. Avvertiamo tutti la necessità di un'etica della responsabilità che richiami ciascuno, giudice, avvocato, studioso ad un contributo di misura, equilibrio, prudenza. Non possiamo rincorrere l'ultima legge o l'ultima sentenza come espressione di una continua e disordinata evoluzione, senza una visione sistemica.

Da qui il ruolo dell'interprete come protagonista nella ricerca del nocciolo duro del diritto che ogni giorno siamo chiamati ad applicare. Un diritto in cui la regola deve essere la risposta oggettiva alle attese di giustizia che non è calata dall'alto, ma è un "invenzione della ragione e dell'astuzia sapiente del migliore argomento"<sup>30</sup> costruito nella densità della motivazione.

Insomma se la ricerca attenta delle fonti su cui decidere soddisfa l'esigenza di oggettività, la soggettività dell'interprete (stretto nel suo esserci qui e adesso) richiede prudenza e sapienza e cioè sapere e saggezza. Solo in tal modo sarà credibile il suo scritto e tramandabile il precedente. Ciò richiede di saldare la riflessione fra contratto e processo giusto.

<sup>24</sup> V. il dialogo di BARALIS e Paolo SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 1.

<sup>25</sup> BARALIS, *Atto primo (il pensiero dogmatico e la complessità)*, op.cit., p. 8 ss.

<sup>26</sup> P. SPADA, *Atto secondo (appunti sparsi)*, op.cit., p. 44 ss.

<sup>27</sup> G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014.

<sup>28</sup> A. PUNZI, *Prefazione al volume di G. Benedetti, Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit. p. XV ss.

<sup>29</sup> M. FIORAVANTI, *Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali: l'esperienza del novecento*, in R. Bifulco e O. Roselli, *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, Torino, 2013, p. 13 ss.

<sup>30</sup> G. BENEDETTI, *op.cit.*, p. 33 ss., 69 ss., 103 ss., 223 ss., 241ss.



### 3. Contratto e processo giusto

Come si è osservato esattamente occorre distinguere nelle fonti interne e comunitarie due aspetti complementari ma non coincidenti. Il diritto ad un ricorso effettivo come “possibilità di agire” attraverso una tutela giurisdizionale effettiva potenziata da ogni anomalia o preclusione che svuota la situazione sostanziale (art. 10 della Dichiarazione delle Nazioni unite del 1948, 6 della CEDU, 47 della CDFUE). E il diritto ad rimedio effettivo che consente di ottenere nel processo tutte le utilità che l’interesse protetto accorda al soggetto titolare<sup>31</sup> (art 24 cost., 6 e 13 CEDU, 47 CDFUE).

Il primo implica il rispetto delle condizioni minime di effettività del giudizio che deve essere svolto in un termine ragionevole, da un giudice indipendente e imparziale, nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa<sup>32</sup>. Il secondo apre la via ad un ripensamento e adeguamento delle tutele che nel processo devono garantire la piena soddisfazione di ogni diritto e interesse tutelato<sup>33</sup>. Su questo principio occorre soffermarsi di più per la delicatezza e attualità del tema che ci riguarda da vicino.

Basta pensare che grazie all’opera della dottrina e delle Corti l’effettività si è estesa a tutelare non solo le modalità di accesso e lo svolgimento del processo ma le potenzialità delle situazioni cui deve essere garantita piena realizzazione rimuovendo tutti gli ostacoli sostanziali e processuali.<sup>34</sup> In tal modo il diritto ad un ricorso effettivo è stato progressivamente inteso come “*right to an effective remedy*”<sup>35</sup>. Ciò implica che il processo giusto

(art.111Cost.) ed equo (6 CEDU e 47 CDFUE) non può prescindere dalle tutele sostanziali da rivedere assieme a quelle processuali bilanciando interessi e valori perché “giusto ed equo ..sono qualificazioni che non si esauriscono nel richiamo al principio di legalità, ma richiamano..il sistema dei valori sotteso alle regole”<sup>36</sup>.

Si tratta in sostanza di individuare e di ricostruire la tutela più efficace per garantire l’interesse sostanziale come espressione di un canone di adeguatezza della tutela che è stato elaborato dalle Corti europee<sup>37</sup>. Con la possibilità di scelta dei rimedi, specifici o per equivalente e del cumulo in presenza di determinati presupposti<sup>38</sup>.

L’art.24 della Costituzione con il diritto di adire un giudice deve essere coordinato con gli art.2, 3 e 4 che impongono di individuare un contenuto concreto e differenziato alla tutela di quel diritto che può non essere soddisfatto dal binomio della tutela specifica o per equivalente. Proprio perché il processo deve dare a “chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha il diritto di conseguire”<sup>39</sup>.

Dunque il legame fra processo e contratto giusto è incidibile ma è chiaro il problema.

Quarantasette paesi e 820 milioni di abitanti si riconoscono nella CEDU, ma il Consiglio d’Europa e la Corte di Strasburgo imputano all’Italia disfunzioni gravissime. Quattro Stati occupano il 55% del contenzioso e l’Italia (seconda in questo elenco) non ha fatto nulla per porre rimedio a questo stato. Il nostro paese ha un debito enorme accumulato per i rimborsi per eccessiva durata dei processi.

La classifica redatta dalla Banca Mondiale sull’efficienza del sistema giudiziario in materia contrattuale colloca l’Italia al 103° posto su 189. Con un miglioramento rispetto al passato ( era al 169°) ma con una posizione di grande distanza dai paesi europei. Basta pensare che Francia ,Germania e Austria sono fra i primi sette paesi, Spagna e Gran Bretagna intorno al 60°posto. Che cosa tutto ciò significhi in termini di competitività e di crescita è facile intuirlo.

Insomma problemi sostanziali e processuali premono per un profondo ripensamento culturale e non solo normativo del nostro sistema. E’ necessa-

<sup>31</sup> S. CAPORUSSO, *Il diritto ad equo processo*, op.cit.; e in particolare N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le “tecniche” della sua formazione: l’opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.; *Id.*, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 171 ss.; L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1070 ss.; *Id.*, *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatista*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 728 ss. e da ultimo D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 3, p. 907 ss.

<sup>32</sup> V. da ultimo per una lucida e profonda sintesi S. CAPORUSSO, *Il diritto ad un equo processo*, op. cit.

<sup>33</sup> Sulla strumentalità del processo A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Napoli, 2003, p. 1 ss.

<sup>34</sup> N. TROCKER, *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 35ss.; BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 62 ma come precedente significativo M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 233 ss.

<sup>35</sup> D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 917 ed ivi il richiamo a Corte giust., 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*; 19 giugno 1990, C-213/89, *House of Lords*, spec. Punto 21, in

*Foro it.*, 1992, IV, c. 498; Corte giust., 25 luglio 2002, C-50/00 e Tribunale Unione europea, sez. II, 3 marzo 2011, C-110/07.

<sup>36</sup> D. DALFINO, *op. cit.*, p. 918.

<sup>37</sup> N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ed il processo civile*, in *La formazione del diritto processuale europeo*, cit. p. 107, 126 ss. e V. VARANO, voce *Remedies*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, p. 571 ss.

<sup>38</sup> D. DALFINO, *op. cit.*, p. 927 il quale cita gli artt. 1218, 2058, 1453, 2740 c.c. e 185 c.p.

<sup>39</sup> CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 81.



rio un cambio di mentalità con una visione sistemica, un centro e un metodo. Basta qualche cenno al dialogo fra le Corti che si afferma sempre più con alcuni caratteri.

La ricerca di un'unità nella diversità sostenibile. Un confronto che supera la teoria dei contro limiti. La tendenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU ad esprimere principi generali fra i quali il diritto ad un rimedio effettivo acquista sempre più rilievo<sup>40</sup>.

Sicché è evidente la tensione verso un sistema da costruire nel dialogo fra norme e giudici. Con una centralità del caso su cui solo è possibile trarre elementi di risposta e di indirizzo generale. Il che evoca l'importanza dell'interpretazione e delle tecniche applicative. Vediamo come.

- a) La disapplicazione della norma interna incompatibile, pur riconosciuta anche da sentenze recenti, è delimitata con rigore<sup>41</sup>. Una direttiva anche se chiara precisa e incondizionata e volta a conferire diritti e obblighi, non può essere applicata in una controversia fra privati di per sé. D'altra parte una norma che contenga un diritto o un principio ( che per produrre i suoi effetti deve essere precisato mediante disposizioni interne e comunitarie) non può essere invocata ai fini della disapplicazione<sup>42</sup>.
- b) Il rinvio pregiudiziale appare sempre un controllo diffuso nelle mani del giudice. Non è necessario se la soluzione è autoevidente o se il problema è già stato risolto dalla Corte di Giustizia. Lo si deve esercitare negli altri casi e ciò comporta una conoscenza piena del diritto comunitario da parte delle Corti di merito e di legittimità<sup>43</sup>.
- c) L'interpretazione conforme assume sempre più spessore e precisione. La norma interna deve essere applicata alla luce del testo e della finalità della Direttiva ( o del principio) per giungere ad una soluzione (interpretativa) conforme all'obbiettivo perseguito da queste fonti. Da qui la ricostruzione di una regola tramite l'interpretazione<sup>44</sup>.
- d) Il controllo della Corte EDU sui diritti sociali e sui limiti di bilancio assumono un si-

gnificato di grande rilievo orientativo e sul punto occorre soffermarsi.

Si è ritenuto legittima la riserva nazionale sulle proprie politiche sociali solo se priva di ogni profilo di discriminazione e in presenza di una espressa motivazione sulla proporzionalità fra la scelta nazionale e i mezzi impiegati dal legislatore nell'attuarla<sup>45</sup>. Si è ribadito che i rimedi non devono essere "meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere congegnati in modo tale da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"<sup>46</sup>. Da ultimo si è censurato il potere del Curatore fallimentare di sciogliere un contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 bis della Legge Fallimentare perché le Corti italiane sono legittimate "unicamente ad esaminare la legalità formale della misura contestata, senza potersi occupare delle sue necessità e proporzionalità alla luce dei principi enunciati nell'art.1 del Protocollo 1 della Convenzione. Sicché si reputa contrario all'art. 13 CEDU tale istituto "perché il sistema giuridico italiano non ha offerto alla ricorrente garanzie sufficienti contro l'arbitrio e l'interessata non ha avuto a sua disposizione un ricorso effettivo per far valere la sua doglianza a livello nazionale"<sup>47</sup>.

Ce ne è abbastanza per osservare che il principio della effettività delle tutele è uno strumento di ordine e di riduzione della complessità del diritto dei privati che richiede oggi, come alle origini, un'opera sapiente della legge e dei giudici capace di «integrare organicamente, in un unico quadro solido e applicabile»<sup>48</sup> vecchi *iura* e nuove *leges*, sì da fissare orientamenti condivisi nelle risposte alle esigenze sempre più articolate della vita di relazione.

La ricerca è solo all'inizio e la Rivista darà conto del percorso seguito.

<sup>45</sup> CEDU, 8 aprile 2014, cit. 53: "per quanto riguarda i "motivi di bilancio" adottati dal Governo, la Corte ammette che la tutela degli interessi di bilancio dello Stato costituisce motivo legittimo della distinzione in questione. Tale scopo tuttavia, non può d per sé giustificare la disparità di trattamento denunciata".

<sup>46</sup> Corte di Giustizia, Grande sez., 19 luglio 2012, *Littlewoods v. Her Mjesty's Commissioners*, punti 27, 28, 31 e il richiamo alle sentenze 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wels* e 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04.

<sup>47</sup> CEDU, 4 febbraio 2014, n.25376/06, *Ceni c. Italia*, punti 98, 99, 100, 101 e il richiamo a CEDU, 6 giugno 2013, n. 38450/05 *Sabanchiyeva e altri contro Russia* e a CEDU, 20 giugno 2002, n. 50963/99, *Al-Nashif c. Bulgaria*.

<sup>48</sup> A. SCHIAVONE, (Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 8) riferisce con tali parole l'opera di Giustiniano nel rigenerare un ordine giuridico. «Nulla di simile era stato fatto prima: E l'obbiettivo era alto: rimodellare il pensiero degli antichi maestri nella forma di un diritto codificato».

<sup>40</sup> G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Persona e mercato*, 3/2013.

<sup>41</sup> Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*

<sup>42</sup> Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, C- 617/10 e 15 gennaio 2014, cit.

<sup>43</sup> CEDU 8 aprile 2014, *Dhabbi-Italia*.

<sup>44</sup> Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014, cit.

