

PERCORSI
DI DIRITTO CIVILE

a cura di
Cesare Salvi

Morlacchi Editore *U.P.*

Impaginazione e redazione: Francesco Montegiove

Copertina: Francesco Montegiove

Isbn/Ean: 978-88-6074-707-5

Prima edizione: 2015

Copyright © 2015 by Morlacchi Editore, Perugia. Tutti i diritti riservati.

È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata, compresa la copia fotostatica, non autorizzata. Finito di stampare nel mese di settembre 2015 presso la tipografia “Digital Print–Service”, Segrate (MI).

Mail to: redazione@morlacchilibri.com | www.morlacchilibri.com/universitypress

INDICE

<i>Introduzione</i>	9
---------------------	---

CAPITOLO I

PRINCIPI GENERALI: DIRITTO EUROPEO E CONTRO LIMITI

1.1. C. Salvi, <i>Tutela dei diritti e sistema delle fonti: un problema aperto</i>	11
1.2. Corte costituzionale, sentenza n. 183 del 1973	22
1.3. Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 1984	30
1.4. Corte costituzionale, sentenza n. 1146 del 1988	42
1.5. Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 2007	45
1.6. Corte costituzionale tedesca, sul Trattato di Lisbona del 30 giugno 2009	53
1.7. Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015	60
1.8. C. Salvi, <i>Trattato transatlantico, espropriazione indiretta e costo dei diritti</i>	76

CAPITOLO II

LA PROPRIETÀ

2.1. C. Salvi, <i>Proprietà, libertà e funzione sociale. Principi e regole</i>	89
2.2. Corte costituzionale, sentenza n. 55 del 1968	103
2.3. Corte costituzionale, sentenza n. 348 del 2007	111
2.4. Cassazione civile, SS. UU., sentenza n. 3937 del 18 febbraio 2011	127
2.5. Corte EDU, caso Valle Pierimpì società agricola s.p.a. c. Italia – Ricorsi n. 46154/11 – del 23 settembre 2014	142
2.6. G. Ramaccioni, <i>Proprietà e diritti umani: il caso dell'occupazione acquisitiva. A proposito di Cass., sez. un., n. 735 del 2015</i>	159
2.7. Cassazione civile, SS. UU., sentenza n. 735 del 19 gennaio 2015	173

CAPITOLO III
LA LIBERTÀ ECONOMICA NELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

3.1. C. Salvi, <i>Libertà economiche e diritti sociali: giurisprudenza della Corte di giustizia, principi costituzionali italiani e Carta dei diritti</i>	187
3.2. Corte di giustizia CE, caso Laval (2007)	189
3.3. Corte di giustizia CE, caso Ruffert (2008)	214
3.4. Corte di giustizia UE, sentenza del 15 luglio 2010	222

CAPITOLO IV
AUTONOMIA PRIVATA E CLAUSOLE GENERALI

4.1. C. Salvi, <i>Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice</i>	233
4.2. Cassazione civile, SS. UU., sentenza n. 23726 del 15 novembre 2007	247
4.3. Corte costituzionale, ordinanza n. 77 del 2014	252

CAPITOLO V
LA RESPONSABILITÀ CIVILE

5.1. C. Salvi, <i>Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale</i>	255
5.2. Corte costituzionale, sentenza n. 184 del 1986	272
5.3. Cassazione civile, SS. UU., sentenza n. 500 del 22 luglio 1999	294
5.4. Cassazione civile, SS. UU., sentenza n. 26972 del 11 novembre 2008	316
5.5. Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 1361 del 23 gennaio 2014	340
5.6. Cassazione civile, Sez. III, ordinanza n. 5056 del 4 marzo 2014	356

CAPITOLO VI
BIODIRITTO

A) LA TUTELA DEL CONCEPITO

6.1. Corte costituzionale, sentenza n. 27 del 1975	361
6.2. Corte costituzionale, sentenza n. 35 del 1997	365
6.3. Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 10741 del 11 maggio 2009	377
6.4. Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 16754 del 2 ottobre 2012	393

B) FECONDAZIONE ARTIFICIALE E MATERNITÀ SURROGATA

6.5. M. Di Masi, <i>Recenti orientamenti giurisprudenziali (e non...)</i> <i>in tema di maternità surrogata</i>	430
6.6. Corte costituzionale, sentenza n. 151 del 2009	470
6.7. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014	488
6.8. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 24001 del 11 novembre 2014	506
6.9. Corte EDU, caso Paradiso e Campanelli c. Italia del 27 gennaio 2015	513

C) IL DIRITTO DI MORIRE

6.10. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007	536
6.11. Consiglio di Stato, sentenza n. 04460 del 2014	553

CAPITOLO VII
LA FAMIGLIA

7.1. C. Salvi, <i>Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008</i>	571
---	-----

A) IL COGNOME FAMILIARE

7.2. Corte costituzionale, sentenza n. 61 del 2006	582
7.3. Corte EDU, caso Cusan e Fazzo c. Italia del 7 gennaio 2014	586

B) LA COPPIA SAME-SEX

7.4. Corte costituzionale, sentenza n. 138 del 2010	593
7.5. Corte EDU, caso Schalk c. Austria del 20 giugno 2010	602
7.6. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012	612
7.7. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 2400 del 9 febbraio 2015	643
7.8. Corte EDU, caso Oliari e altri c. Italia del 21 luglio 2015	650

CAPITOLO VIII
LA PROSTITUZIONE COME LIBERTÀ ECONOMICA

8.1. C. Cordova, <i>Profili giuridici del "sex-work"</i>	661
8.2. Corte di giustizia CE, sentenza n. 268 del 2001 (c-268/99)	682
8.3. Cassazione civile, Sez. V, sentenza n. 10578 del 13 maggio 2011	683
8.4. Tribunale di Roma, sentenza del 7 maggio 2014	688

Introduzione

Questo libro è destinato a integrare il testo adottato per il corso di diritto civile. Esso contiene le sentenze ritenute più rilevanti per comprendere l'evoluzione e le problematiche più recenti (oltre ad alcuni brevi scritti che possono contribuire a inquadrarle) in tema di principi generali e di diritto patrimoniale, della persona e della famiglia.

È oggi universalmente riconosciuto che la giurisprudenza è diventata una “fonte” del diritto di sempre maggiore rilevanza, la cui conoscenza è indispensabile, accanto a quella delle fonti in senso proprio (i testi legislativi nazionali ed europei), per intendere l'evoluzione (e talvolta la contraddittorietà) di quello che viene chiamato il “diritto vivente”.

Mi auguro che gli studenti, chiamati a uno studio diverso da quello tradizionale del “Manuale”, e quindi forse per loro più difficile, traggano dall'esame della giurisprudenza elementi di comprensione critica dell'odierno modo di essere del diritto civile, della dialettica tra diritto nazionale e diritto europeo, dell'incidenza del potere giurisdizionale nella concreta conformazione degli istituti giuridici.

Ringrazio Chiara Cordova, Maurizio Di Masi e Giulio Ramaccioni per la preziosa collaborazione.

Perugia-Roma, 4 agosto 2015
Cesare Salvi

CAPITOLO I

PRINCIPI GENERALI: DIRITTO EUROPEO E CONTRO LIMITI

1.1. C. Salvi, *Tutela dei diritti e sistema delle fonti: un problema aperto*

Il sistema delle fonti è in continuo sommovimento, più che per l'entrata in vigore dei nuovi Trattati, per l'attivismo delle massime giurisdizioni europee e nazionali.

Al centro di questo attivismo è la tutela dei diritti fondamentali. Sembra quasi di assistere a una gara per stabilire chi è in grado di meglio tutelarli. Ricordo alcune recenti vicende giurisprudenziali. La Corte di giustizia, con la sentenza Mangold del 2005, ha aperto le porte alla non applicazione della norma interna per contrasto con un principio generale del diritto comunitario, indipendentemente dal requisito dell'efficacia diretta della norma europea.

La Corte EDU (17 settembre 2009, Scoppola c. Italia) ha innovato la sua giurisprudenza sull'art. 7 della Convenzione, ritenendo compreso in tale norma il tema della retroattività della legge penale più favorevole. Quel che più interessa, ha motivato la decisione con riferimenti a fonti diverse dalla CEDU: l'art. 49 della Carta dei diritti UE, la giurisprudenza della Corte di giustizia, una sentenza della Corte di Cassazione francese. La decisione è stata presa dalla Grande Camera a maggioranza e una *dissenting opinion* è particolarmente severa nel segnalarne il carattere "creativo". La Corte costituzionale italiana (348 e 349/2007) ha reinterpretato il primo comma dell'art. 117 della Costituzione introducendo nel sistema delle fonti la nuova categoria della "norma interposta", di origine

sovranazionale, e ne ha dedotto, in sede di prima applicazione, l'esigenza di rivedere la propria precedente giurisprudenza in materia di garanzia della proprietà privata.

In due decisioni recenti (in tema di legittimità del Trattato di Lisbona e di poteri di controllo su atti *ultra vires* delle istituzioni europee), il Tribunale costituzionale tedesco ha approfondito i rapporti tra diritto europeo e norme costituzionali.

In Francia la dialettica tra Consiglio costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di giustizia UE in tema di controllo di legittimità delle norme interne ha sfiorato lo scontro intergiudiziario e fra il sistema giudiziario e il Parlamento.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, d'altra parte, non sembra avere affatto semplificato e tanto meno risolto il problema. Le sue complesse previsioni non aiutano infatti a comprendere quali siano e quali contenuti abbiano i diritti fondamentali da proteggere e a chi compete farlo.

Ricordo sommariamente alcune questioni segnalate dalla dottrina negli ultimi anni. Ci si è domandato se per arrivare alla conclusione di Corte costituzionale 317/2009 e di altre recenti decisioni garantiste dei nostri giudici costituzionali, fosse necessario ricorrere alla norma interposta dalla CEDU, o se non fosse sufficiente applicare le nostre norme costituzionali (nel caso citato, gli art. 24 e 111).

Non è chiaro se il vincolo del rispetto degli obblighi internazionali, come interpretato dalla Corte costituzionale sulla base dell'art. 117, valga per tutti gli accordi internazionali, e se no per quali (la CEDU, tra l'altro, non è l'unico accordo internazionale che si occupa di diritti umani).

Ci si domanda se c'è differenza tra diritti fondamentali scritti e diritti fondamentali deducibili dai principi dell'ordinamento comunitario. Secondo l'art. 52 della Carta dei diritti parrebbe di sì, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia parrebbe di no. Ci si interroga sul rapporto tra il principio della certezza del diritto, come è strutturato negli ordinamenti giuridici continentali e in particolare nel nostro, e l'attribuzione di valore vincolante *erga omnes* (in alcuni casi, anche se si è già formato il giudicato) alle sentenze della Corte di giustizia (trattandosi di "sentenza dichiarativa", che ha "la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate": Cort. cost. 39/1989). Se si aggiunge la richiesta della Corte di giustizia, in larga misura accolta dai giudici nazionali (adesso anche la Corte costituzionale italiana ritiene di farvi ricorso, ancorché per ora solo in tema di conflitto di attribuzioni), di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, ne emerge progressivamente, secondo alcuni, da un lato un sistema più simile

a quelli di common law che agli ordinamenti continentali, dall'altro, la definitiva subordinazione gerarchica della Corte costituzionale alla Corte di giustizia. L'adesione della UE alla CEDU, secondo molti, rischia di complicare le cose, anche (e non solo) per quanto riguarda i rapporti tra le due Corti (chi decide se una norma UE viola la CEDU?), e si auspica che il previsto atto di adesione chiarisca questo e altri aspetti.

In proposito la Consulta ha di recente (Corte cost. 80/2011) esaminato il nuovo testo dell'art. 6 TUE, deducendone che la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione deriva ora da tre fonti distinte: la Carta dei diritti, la CEDU, i "principi generali" che comprendono quelli sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. E da ciò ha tratto la conclusione (non molto rassicurante, considerando i contenuti della giurisprudenza UE in materia, sui quali tornerò) che tale "complesso e articolato" nuovo sistema di protezione garantisce "un certo grado di elasticità del sistema", consentendo alla Corte di giustizia di "individuare nuovi diritti fondamentali". Ancora: non sono ben chiare le conseguenze giurisdizionali delle nuove competenze previste dai Trattati in tema di cooperazione giudiziaria e di politica estera e di sicurezza europea.

Ci si domanda, infine, alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria, a partire dal caso Laval, che cosa resti del limite, peraltro confermato dall'art. 6 TUE, per il quale il riconoscimento dei diritti fondamentali è comunque limitato alle materie di competenza UE. Ma lasciamo il tema delle fonti alle sue complicazioni, e consideriamone gli effetti: quali siano i diritti fondamentali, quale il contenuto e il limite della tutela, quali i reciproci rapporti.

Dopo questa rassegna problematica, ci si potrebbe comunque consolare alla luce della considerazione che gli orientamenti normativi e giurisprudenziali sembrano convergere nel principio della massima espansione dei diritti: come dice Cort. cost. 317/2009, "con riferimento a un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa". Nella stessa direzione del resto l'art. 53 della Carta dei diritti stabilisce che nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa del "livello di protezione" dei diritti e delle libertà riconosciuti dal diritto europeo e internazionale "e dalle Costituzioni degli Stati membri". Ma il nostro problema comincia appunto qui. Al fondo di molte teorizzazioni della tutela multilivello

dei diritti vi è l'idea che per tale via possa perseguirsi, attraverso una sorta di competizione virtuosa tra le corti, un'espansione potenzialmente senza limiti della tutela dei diritti fondamentali.

E un'espansione senza rischi, vista la garanzia del livello di protezione preesistente. Questo modo di ragionare ricorda quello che sorreggeva, alle origini del giusnaturalismo, l'idea della estensione tendenzialmente illimitata del diritto di proprietà. Per Samuel Pufendorf, ad esempio, la proprietà fondiaria si estende illimitatamente, salvi i limiti posti, quanto allo spazio sovrastante, dall'analogo diritto di un abitante della luna, e, quanto al sottosuolo, da quello spettante al proprietario del fondo situato agli antipodi. Ma, come sappiamo, la teoria giuridica individualista della proprietà dovette fare i conti, quando fu tradotta in proposizioni normative, con interessi e diritti, anche di altri proprietari, incompatibili con una concezione monadica. I diritti, infatti, non sono monadi e non ci sono solo i seleniti e gli abitanti degli antipodi a porre un problema di limiti e di bilanciamenti. Del resto, la Corte costituzionale, nella decisione da ultimo citata, introduce, anche se non lo risolve, il problema del bilanciamento tra il diritto di cui si assume la protezione e altri interessi meritevoli di tutela. La stessa Corte di giustizia, nel caso Schmidberger del 2003, pose il tema della distinzione tra diritti suscettibili di bilanciamento e diritti per così dire assoluti (come quello alla vita o il divieto della tortura). “Nepure i diritti alla libertà di espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU (...) appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale”. E la sentenza prosegue indicando il criterio di legittimità delle restrizioni all'esercizio di tali diritti, individuato in primo luogo nell'effettiva rispondenza a obiettivi di interesse generale ed in secondo luogo nell'esigenza di evitare che l'intervento sia tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati.

Ho usato in precedenza l'espressione Costituzione europea. In effetti da tempo la Corte di giustizia afferma che “la Cee è una comunità di diritto, nel senso che né gli stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale di base costituita dal Trattato” (23 aprile 1986, C. 294/83). Siamo peraltro abituati, almeno nell'Europa continentale, a considerare la Costituzione un testo scritto, che esplicitamente disciplina diritti e doveri. Siamo inoltre abituati a considerare le costituzioni nazionali come “rigide” e quindi suscettibili di modifiche solo attraverso particolari procedure e anche in questo caso non senza limiti (come ha avuto modo di dire in qualche *obiter dictum* la Corte costituzionale italiana e come espressamente prevede

l'art. 79 della Costituzione tedesca). È noto che la Costituzione europea non è strutturata in un testo scritto e che non è ancora risolto il problema del rapporto tra il carattere rigido delle costituzioni nazionali e il principio di prevalenza del diritto dell'Unione. All'inizio ho ricordato alcuni fatti istituzionali recenti che confermano la persistente dialettica e incertezza su entrambi i nodi segnalati: quali siano e quale contenuto abbiano i diritti fondamentali garantiti dall'Unione e quale sia il rapporto tra costituzione europea e costituzioni nazionali. Il nuovo testo dei Trattati non aiuta a risolvere nessuno dei due problemi. Per quanto concerne il primo, l'art. 6 TUE riconosce il valore giuridico della Carta dei diritti. Subito dopo però afferma che le disposizioni della Corte "non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione". Al secondo comma segue l'adesione alla CEDU (che è anch'essa un testo scritto). Al terzo comma si aggiunge che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, nonché quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione ma "in quanto principi generali".

Per quanto riguarda poi la Carta sociale europea del 1961 e la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, sono richiamate nel Preambolo; "i diritti sociali fondamentali" da esse definiti sono poi "tenuti presenti" dall'art. 151 TFUE, che indica gli obiettivi della politica sociale dell'Unione: formula, quella del "tenuti presenti" che, si converrà, non è particolarmente perspicua. Tuttavia, per procedere a un confronto tra testi scritti, conviene assumere come punto di riferimento la Carta dei diritti e non addentrarsi troppo nei meandri dei criteri interpretativi e delle "spiegazioni". La prima differenza che colpisce chi legga parallelamente la Carta dei diritti e la Prima parte della Costituzione è l'organizzazione della materia. La Carta aggrega le situazioni protette intorno a sei poli – corrispondenti ai primi sei titoli – che evocano i "valori fondanti" dell'Unione in modo sommario e privo di ogni coordinamento sistematico, come ha notato De Siervo. L'enunciazione dei diritti poco aggiunge ai valori di riferimento, affidando all'interprete la più ampia discrezionalità applicativa. Manca ogni principio generale di bilanciamento, sia statico (come nel nostro art. 2, seconda parte) che dinamico (come nel nostro secondo comma dell'art. 3). Ne deriva, come è stato notato in dottrina, l'assenza di vincoli in ordine alle forme e alle ragioni di limitazione dei diritti proclamati, che sono affidate per lo più a una generica "riserva di legge" (comprensiva talvolta delle "prassi nazionali"). Né può supplire a tale carenza l'art. 52, che si "stende" in modo indifferenziato su tutte le disposizioni, non affrontando così il problema del criterio di limitazione

dei diritti e, soprattutto, del criterio di bilanciamento del potenziale conflitto tra i diritti medesimi (come invece, ad esempio, nel secondo comma dell'art. 41 della nostra Costituzione). Analoghe considerazioni valgono, per le ragioni che ho già ricordato, per quanto concerne la garanzia del livello di protezione di cui all'art. 53.

In una logica che è insieme paleo-liberale e post-moderna (aggettivo usato da Azzariti) emerge una monodimensionalità dei diritti, che sembrano posti tutti sullo stesso piano.

Per venire poi più da vicino al tema del nostro incontro, la libertà di impresa e il diritto di proprietà sono ricompresi nel Titolo dedicato alla Libertà (come, per quanto riguarda la proprietà, era nello Statuto albertino); laddove, come è noto, la nostra Costituzione ha operato la defondamentalizzazione dei diritti economico-patrimoniali, la “relativizzazione” del diritto di proprietà (come ha ricordato ancora di recente Rodotà). Nella norma sulla libertà d'impresa, scompaiono i limiti di ordine generale, previsti invece dal secondo comma dell'art.41 e da altre costituzioni nazionali.

Per quanto riguarda la proprietà, non c'è traccia della funzione sociale; l'*incipit* dell'art.17 (“Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità”) è più simile ai testi ottocenteschi o alle tesi di Nozick che alla formula della Costituzione italiana, ed è anche più arretrato (o più avanzato: dipende naturalmente dai punti di vista) dell'art. 832 del Codice civile. Per l'espropriazione, si richiede una “giusta” indennità (l'aggettivo è assente nel terzo comma dell'art.42). Il diritto di lasciare i propri beni in eredità fa parte del contenuto della tutela: garanzia non contemplata nel quarto comma dell'art. 42, che si ispira invece alla logica “novecentesca” della funzione redistributiva del diritto successorio.

Non mi soffermo, in questa rassegna, sui diritti sociali. Mi limito a segnalare l'assenza di una norma analoga al primo comma dell'art. 36 in materia di retribuzione del lavoratore.

L'esito del raffronto, che ho condotto tra Carta dei diritti e Costituzione italiana, non sarebbe molto diverso con riferimento ad altre Costituzioni nazionali della “golden age”: dal preambolo del 1946 della Costituzione francese (che, come si sa, fa parte integrante del diritto costituzionale positivo); alle disposizioni della Costituzione tedesca sulla proprietà che obbliga e il cui uso deve al tempo stesso servire al bene comune; alla Costituzione spagnola, per la quale “la funzione sociale limita il contenuto” del diritto alla proprietà privata e alla eredità (che non è ricompreso nella sezione dedicata ai diritti fondamentali e alle libertà,

ma in quella concernente i diritti e i doveri dei cittadini), e la garanzia della libertà imprenditoriale deve avvenire “in accordo con le esigenze dell’economia generale e della pianificazione”. E l’esemplificazione potrebbe continuare: per esempio, secondo la Costituzione greca i diritti che derivano dalla proprietà “non possono esercitarsi in modo contrario all’interesse generale” (art. 17). In definitiva dalla lettura della Carta di Nizza vengono elementi che accentuano, anziché ridurre, le distanze tra l’impianto liberista del sistema europeo e quello “sociale” delle tradizioni costituzionali nazionali; giustamente è stato notato che in questa materia “l’appello alle tradizioni costituzionali comuni è strumentale a conferire legittimazione” alle soluzioni europee (A. Moscarini). In conclusione: è difficile rinvenire nella Carta tutele dei diritti fondamentali (anche in materia di libertà personali) più avanzate rispetto a quelle previste dalla Costituzione italiana (almeno, io non ci sono riuscito); mentre è facile trovarvi una riduzione nella protezione di alcuni di essi, in particolare dei diritti sociali, oltre che l’eliminazione radicale del problema stesso del potenziale conflitto tra libertà economica da una parte, utilità sociale e diritti non patrimoniali dall’altra. E dal momento che invece il conflitto esiste, la sua soluzione è priva di ogni parametro di riferimento per i giudici chiamati ad applicare il diritto europeo.

Quali sono gli strumenti giuridici per risolvere le divergenze tra testi costituzionali nazionali e diritto europeo?

Com’è noto, il problema del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni è stato affrontato dagli Stati dell’Unione in modo differenziato. Una recente ricerca (Martinico) ha individuato sei modelli costituzionali diversi; l’autore osserva, tuttavia, che tutti questi modelli hanno due elementi in comune: da un lato, si è trovato il modo di riconoscere il primato del diritto comunitario; dall’altro, si è affermata l’esistenza di “contro limiti” a tale primato. Nell’ordinamento italiano, come è noto, la soluzione è stata pretoria. Nessuna modifica è stata introdotta alla Costituzione; la Corte costituzionale, d’altra parte, ha affermato il primato del diritto comunitario anche sulle norme costituzionali, facendo salva tuttavia l’esistenza di “controlimiti” (operanti anche rispetto alla revisione costituzionale di cui all’art. 138), consistenti nei principi supremi dell’ordinamento e nei diritti inalienabili della persona. In che cosa più precisamente consistano questi “controlimiti”, non è però ancora dato sapere. In altri Stati, come è noto, si è proceduto a un adeguamento della Costituzione. In Francia il Titolo VI disciplina ora in maniera organica la materia dei trattati e accordi internazionali, mentre il Titolo

XV regola in sette articoli il rapporto tra la Francia e l'Unione Europea con esplicito riferimento al Trattato di Lisbona, ai poteri del Parlamento, alle ipotesi di ricorso al referendum. Nel Regno Unito, la Camera dei Comuni ha approvato il 10 marzo 2011 l'European Union Bill, che prevede tra l'altro il referendum popolare per l'approvazione di qualunque modifica dei Trattati che comporti ulteriore trasferimento di poteri alle istituzioni europee ed obblighi di preventiva autorizzazione parlamentare per l'attivazione dei meccanismi che consentono ai governi di "andare oltre" rispetto alle previsioni dei Trattati (c.d. "passarelle"). Di particolare interesse per il nostro ordinamento è l'esperienza tedesca. Da un lato, infatti, in quel paese la Costituzione ha subito diversi emendamenti volti a organizzare il rapporto tra diritto nazionale e diritto dell'Unione, su sollecitazione del Tribunale costituzionale, che tiene fermo il principio per il quale la sovranità appartiene allo stato nazionale e non è stata trasferita all'Unione. Dall'altro, la Costituzione tedesca prevede espressamente i principi immodificabili e ha adeguato a tale regola fondativa la disciplina dei rapporti con l'Unione. In particolare, la Costituzione tedesca afferma nell'art. 20, intitolato "I fondamenti dell'ordinamento statale", che la Repubblica federale di Germania è uno Stato federale, democratico e sociale; e nell'art. 79 (corrispondente al nostro art. 138) è stabilito al 3° comma che non è consentita nessuna modifica della legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati dall'art. 1 (la protezione della dignità umana e degli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo) e dal citato art. 20 (che comprende il principio dello Stato sociale). La norma introdotta con riferimento all'Unione europea, l'art. 23, stabilisce che alle leggi che trasferiscono sovranità all'Unione e alle modifiche dello stesso testo costituzionale si applicano i limiti (i controlimiti, diremmo noi) previsti dall'art. 79. Sono inoltre puntualmente previsti i poteri del Parlamento, che vincolano il governo federale nelle sue decisioni incidenti sugli atti normativi dell'Unione. D'altra parte, come si è ricordato, i principi della Costituzione economicosociale tedesca sono molto simili a quelli italiani. Ci si può allora domandare se vi sia tra i "controlimiti" di cui parla la nostra Corte costituzionale il principio che la Costituzione tedesca definisce dello Stato sociale e che per il Tribunale costituzionale di quel paese (da ultimo nella decisione Mangold del 6 luglio 2010) costituisce un "settore inalienabile dell'identità costituzionale". Dalla nostra Costituzione può trarsi in effetti un "principio sociale", inquadrabile nei principi fondamentali

o supremi di cui parla la Corte costituzionale a proposito dei limiti alla supremazia del diritto dell'Unione su quello nazionale. Rimane insomma a mio avviso valida la lezione di Costantino Mortati. Il "principio sociale" come principio supremo può desumersi, anzitutto, dalla funzione sociale della proprietà privata, dai limiti che l'art. 41 appone allo svolgimento dell'iniziativa economica privata, dal riconoscimento dei diritti sociali come diritti fondamentali. E dai principi dei doveri di solidarietà (seconda parte dell'art. 2) e della c.d. eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° comma). Che concretamente possa porsi un conflitto tra questi principi e il diritto europeo si è visto, credo, nelle vicende giurisprudenziali recenti, alle quali ho fatto prima riferimento. A me pare, in definitiva, che abbia senso affrontare e approfondire il tema del "controlimite sociale" rispetto alla preminenza del diritto europeo sul nostro diritto costituzionale. A questo tema si lega quello del rapporto tra competenze dell'Unione e competenze nazionali. Come è noto, tanto la proprietà privata quanto i principali diritti sociali sono, secondo i Trattati (cfr. rispettivamente artt. 345 e 153 TFUE), estranei alla competenza dell'Unione e affidati alla legislazione nazionale. Tuttavia, prima la giurisprudenza della Corte di giustizia e poi il valore giuridico attribuito alla Carta dei diritti sembrano dire altrimenti; ancorché gli artt. 51 e 52, 5° comma, della Carta dei diritti prevedano poi che l'applicazione dei diritti e dei principi previsti dalla Carta medesima deve avvenire "nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei Trattati"; e il Regno Unito e la Polonia abbiano escluso la rilevanza stessa, nei rispettivi ordinamenti, della Carta dei diritti. Del resto, la Corte costituzionale (80/2011) ha affermato che la Carta dei diritti rileva "unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale".

Rimane aperto, quindi, il problema degli atti *ultra vires* dell'Unione, che potrebbero verificarsi – avverte il Tribunale costituzionale tedesco nella decisione da ultimo citata – quando "venissero fondati, in via di ulteriore costruzione giudiziale del diritto, non solo diritti, ma anche obblighi dei cittadini, che si rivelerebbero non solo come interventi limitativi sui diritti fondamentali, ma anche come spostamenti di competenza a svantaggio degli Stati membri". Vista poi sul versante della giurisprudenza europea, ci si può domandare se l'esigenza di uniformità del diritto europeo non possa, anche nella materia qui considerata, tenere in maggior considerazione l'identità costituzionale dei singoli Stati. Al criterio del "margine di apprezzamento", riservato agli Stati nazionali, fa talvolta riferimento la Corte EDU (e la stessa Corte di giustizia nel caso Omega); particola-

re rilievo assume tale criterio nella decisione CEDU sul Crocifisso nelle scuole (Lautsi e altri c. Italia, 18 marzo 2011). Sotto questo profilo, può assumere un significato forse più rilevante, che quello di un mero riparto di competenza, la ricordata previsione dell'art. 6 TUE, per la quale sia le disposizioni della Carta dei diritti sia l'adesione all'Unione della CEDU non modificano le competenze dell'Unione definite dai Trattati.

Infine, tre sintetiche considerazioni conclusive. La prima riguarda la clausola della dignità umana, alla quale ho in precedenza accennato. Gli autori che di recente hanno approfondito la materia segnalano l'esigenza di dare a tale nozione un contenuto non eccessivamente vago o generico: essa oggi è "un processo", non un "risultato definitivo" (Di Ciommo), che richiede una sorta di fondazione "antropologica" (Rodotà).

La Corte di giustizia nella sentenza Omega del 2004 ha fatto ricorso alla nozione di dignità umana per legittimare un provvedimento nazionale che vietava lo sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi. Ma la questione principale da approfondire, per rendere meno inafferrabile la clausola della dignità, è a mio avviso quella del rapporto fra il principio di dignità e le tutele sociali. L'art. 3 della nostra Costituzione parla di "pari dignità sociale"; l'art. 41, 2° comma, pone "la dignità umana" come limite alla libertà di iniziativa economica; e l'art. 22 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Onu afferma che ogni individuo ha diritto alla realizzazione "dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità e al libero sviluppo della sua personalità". E già per l'art. 151 della Costituzione di Weimar "l'ordinamento della vita economica deve corrispondere ai principi di giustizia al fine di garantire un'esistenza dignitosa per tutti. Entro tali limiti va salvaguardata la libertà economica del singolo". Come si vede, una "antropologia sociale" della dignità umana era presente nei testi novecenteschi. La nozione europea di dignità, secondo questa prospettiva, andrebbe considerata non solo con riferimento al diritto alla vita e all'integrità della persona e alla proibizione della tortura e della schiavitù (ai quali si limita al Titolo I della Carta), ma in modo da ricomprendere quegli aspetti sociali che concorrono a rendere "libera e dignitosa" un'esistenza, come dice la nostra Costituzione con riferimento alla retribuzione dei lavoratori. Del resto, se non si seguisse una strada di questo genere, la nozione di dignità umana assunta dalla Carta resterebbe nei limiti già affermati dal costituzionalismo ottocentesco. Non si vedrebbe, insomma, nessuna significativa novità. La seconda considerazione riguarda il rapporto tra il principio dello Stato sociale e le attuali politiche dell'Unione europea.