

Armando Plaia

**ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL
RAPPORTO TRA LIBERTÀ
FONDAMENTALI DEL TRATTATO
EUROPEO E DIRITTO PRIVATO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Armando Plaia

**ALCUNE CONSIDERAZIONI
SUL RAPPORTO TRA LIBERTÀ FONDAMENTALI
DEL TRATTATO EUROPEO E DIRITTO PRIVATO (1)**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Efficacia orizzontale e diritti fondamentali della Carta UE: i casi *Kükükdeveci* e *Association de Médiation Sociale*. - 2.1. Efficacia orizzontale dei diritti fondamentali e controllo di costituzionalità: i casi *Melki e Abdeli* e *A c. B e altri*. - 2.2. Il problema dell'applicabilità diretta delle norme della CEDU e dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU. - 3. Efficacia orizzontale e libertà fondamentali del Trattato UE. - 4. Declinazione in senso orizzontale di diritti e libertà fondamentali, *Drittwirkung* e rimedi.

1. Ragionare sull'efficacia delle libertà fondamentali di libera circolazione di servizi, persone e capitali nel diritto privato equivale a riflettere sulla possibile "efficacia orizzontale" — cioè appunto nel rapporto tra privati — delle libertà fondamentali. La questione dell'efficacia (diretta e) orizzontale si è posta tradizionalmente per le direttive non trasposte o recepite in modo non corretto ed è stata risolta negativamente: è noto infatti che le direttive sono sì applicabili direttamente se "analitiche", ma l'applicazione diretta è comunque verticale, mai orizzontale (2). Di talché, in una controversia tra privati, il

Saggio sottoposto a referato.

(1) Il saggio rielabora la relazione tenuta al Convegno su « Le libertà fondamentali del Trattato U.E. e il diritto privato », che si è svolto il 31 ottobre 2014 presso l'Università degli Studi Roma Tre.

(2) Corte eur. giust. 5-10-2004, *Pfeiffer* C-397/01, e Corte eur. giust. 19-1-2010 *Kükükdeveci*; Cfr. almeno M. Dougan, *The "Disguised" Vertical Direct Effect of Directives?*, CLJ, 2000, 586 s.; E. Dubout, *L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux*, Rév. trim. dr. eur., 2010, 277 s.; L. Mengoni, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1997, 523; R. Mastroianni, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Effect of Community Directives: what Role for the Principle of Equality?*, EPL, 1999, 417 s.

giudice non può applicare la direttiva “analitica” orizzontalmente e dunque non può disapplicare il diritto interno che con essa contrasti. In questo caso, residua al privato la tutela risarcitoria contro lo Stato ammessa a partire da *Francovich* (3).

(3) P.P. Craig, *Francovich, Remedies and the Scope of Damages Liability*, *The Law Quarterly Review*, 1993, 595; R. Caranta, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, *Giur. it.*, 1992, I, 1169; A. Tatham, *Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre*, *Cahiers de droit européen*, 1993, 597; S. Marinai, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, 689; W. Van Gerven, *Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, 6; A. Barone, R. Pardolesi, *Il fatto illecito del legislatore*, *Foro it.*, 1992, IV, 146; M. Haba, *20 Years after Francovich, The Case of State Liability* (Wiesbaden 2015), passim; G. Ponzanelli, *L'Europa e la responsabilità civile*, *Foro it.*, 1992, IV, 150; J. Steiner, *From Direct Effects to Francovich: Shifting Means of Enforcement of Community Law*, *European Law Review*, 1993, 3; A. Caiola, *Una sentenza controversa in tema di rapporti fra diritto interno ed ordinamento comunitario con riferimento ai diritti fondamentali*, *Dir. com. scam. intern.*, 1992, 119; F. Schockweiler, *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, 27; E. Szyszczak, *European Community Law: New Remedies, New Directions?*, *The Modern Law Review*, 1992, 690; M. Cartabia, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza “Francovich” della Corte di giustizia delle Comunità europee)*, *Giur. cost.*, 1992, 505; A. di Majo, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, *Corr. giur.*, 2011, 1428; C. Plaza Martín, *Furthering the Effectiveness of EC Directives and the Judicial Protection of Individual Rights Thereunder*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1994, 26; M. Ross, *Beyond Francovich*, *The Modern Law Review*, 1993, 55; R. Caranta, *Governmental Liability after Francovich*, *The Cambridge Law Journal*, 1993, 272; L. Antonioli Deflorian, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, *Giur. it.*, 1993, I, col.1585; L. Dubouis, *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire*, *Revue française de droit administratif*, 1992, 1; K. Parker, *State Liability in Damages for Breach of Community Law*, *The Law Quarterly Review*, 1992, 181; F. Piraino, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in questa *Rivista*, 2012, 707; A. di Majo, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in questa *Rivista*, 1998, 746; V. Roppo, *Appunti in tema di “illecito comunitario” e “illecito costituzionale” del legislatore*, *Danno resp.*, 1998, 961.

2. Di efficacia “orizzontale” si è tornato a parlare a proposito dei diritti fondamentali della Carta UE (CDFUE) (4). E così, di recente nel caso *Association de Mediation Sociale* (5) si è escluso che un diritto fondamentale — all’informazione e alla consultazione dei lavoratori (art. 27) —, così come concretizzato in una direttiva, possa implicare la disapplicazione di una disposizione interna con esso contrastante (art. L 1111-3 *Code du Travail* francese), proprio in ragione della natura giuridica privata del ricorrente (AMS). Le disposizioni della direttiva, ancorché concretizzanti un diritto fondamentale (CDFUE), rimangono dunque non applicabili nei rapporti orizzontali, cioè nei confronti dei soggetti privati (6). Nel caso *Association de Mediation Sociale*, la Corte precisa che la vicenda sottesa è diversa da quella affrontata nel precedente *Kükükdeveci*: lì si era ritenuto il diritto fondamentale di non discriminazione (in base all’età del lavoratore) applicabile nei rapporti orizzontali in quanto “diritto soggettivo” o comunque situazione giuridica

(4) A. Bogdandy, M. Kottmann, C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrei, M. Smrkolj, *Reverse Solange-Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, *Common Market Law Review* 49.2, 2012, 489; M. Cartabia, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, *European Constitutional Law Review* 5.1, 2009, 5-31; R. Ergec, M. Happold, *Protection européenne et internationale des droits de l’homme* (Brussels 2014), 336; F. Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective* (Oxford 2014); F. Ferraro, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell’Unione al tempo della crisi* (Napoli 2014); E. Muir, *The Fundamental rights implications of EU legislation: some constitutional challenges*, *Common Market Law Review* 51, 2014, 219; S. Peers, T. Hervey, J. Kenner and A. Ward (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights* (Oxford 2014); M. Poiares Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, *European Journal of Legal Studies* 1.2, 2007. Cfr. anche N. Lazzarini, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di giustizia nel caso Küçükdeveci*, *Riv. dir. intern.*, 2010, 443, e *Id.*, *Gli effetti diretti orizzontali dei diritti fondamentali in materia sociale: la sentenza Dominguez della Corte di giustizia e la strada del silenzio*, *Riv. dir. intern.*, 2012, 455.

(5) Corte eur. giust. 15-1-2014 C-176/12.

(6) Cfr. Corte eur. giust. 19-1-2010, C-555/07, in questa *Rivista*, 2010, 293, con nota di D. Del Vesovo, *La Corte di Giustizia sembra considerare che una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell’ambito di una controversia tra singoli*.

sogettiva sufficientemente delineata, non assimilabile al “principio” (7). Per altro verso, *Kükükdeveci* è stato letto come l’affermazione della dottrina degli effetti orizzontali *limitatamente* a quelle singole previsioni di una direttiva che siano l’espressione di un diritto fondamentale della Carta (8).

2.1. In altra recente sentenza, *A c. B e altri* (9), la Corte di giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto dell’Unione dei controlli accentrati di costituzionalità vigenti in alcuni Paesi e volti a risolvere le antinomie tra fonti interne e

(7) Conclusione condivisa da R. Cosio, *La Corte di giustizia precisa i limiti dell’efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati*, Lav. giur., 2014, 871, proprio in ragione della distinzione che la Carta offrirebbe tra diritti fondamentali che hanno il rango di “principi” e diritti fondamentali che hanno la statura di “diritti”.

(8) D. Schiek, *Constitutional Principles and Horizontal Effect. Kükükdeveci revisited*, European labour Law Journal, 2010, 368; ma v. A. Wiesbrock, *Case Note C-555/07, Kucukdeveci v. Swedex, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010*, German Law Journal, 2010, 539; Lazzarini, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali cit.*, 443.

Sulla scia di quanto statuito dalla Corte di Giustizia, anche la *Court of Appeal* inglese ha recentemente affermato che alcune disposizioni della CDFUE, in particolare quelle che riflettono principi generali del diritto comunitario, hanno efficacia orizzontale. In due casi si è infatti ritenuta la necessaria disapplicazione della norma interna del Regno Unito: *Benkharbouche v Sudanese Embassy* [2015] EWCA Civ 33 e *Vidal-Hall v Google Inc* [2015] EWCA Civ 311, rispettivamente, con riferimento all’articolo 47 della Carta ed agli artt. 7 e 8.

(9) Corte eur. giust. 11-9-2014 C-112-13, Dir. civ. cont. 28 settembre 2014, con nota di L. Raimondi *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione: la Corte di giustizia dialoga con il Tribunale costituzionale austriaco* (la rivista è consultabile all’indirizzo www.dirittocivilecontemporaneo.com). Cfr. anche E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänsler, *Chronique de jurisprudence de la CJUE. Principes de primauté et d’équivalence*, L’actualité juridique; droit administratif, 2014, 2295; G. Martinico, *Il caso A. c. B. e il suo impatto sul rapporto fra Corti: un diritto per tre giudici*, Quad. costit., 2014 950; A. Guazzarotti, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in www.diritticomparati.it; nonché O. Pollicino, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il “moto ascendente”, ovvero la incidenza della “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata dalla Corte ai diritti dell’Unione*, Consulta online 20 aprile 2015, 242.

Costituzione, nonché tra fonti interne e diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il problema, in particolare, si è posto per via di una recente sentenza del *Verfassungsgerichtshof* (Tribunale costituzionale federale austriaco), nella quale si afferma che la Carta dei diritti fondamentali integra il parametro nazionale di costituzionalità. In sostanza, in caso di contrasto tra disposizione della CDFUE e diritto interno vi sarebbe l'obbligo per il giudice ordinario di sollevare una questione di costituzionalità. Ciò a ben vedere escluderebbe persino l'efficacia diretta — verticale e orizzontale — della norma della Carta. Il quesito in sede di rinvio pregiudiziale, posto ai giudici di Lussemburgo dalla Corte di Cassazione austriaca, riguarda allora la compatibilità del predetto sistema di controllo accentrato, e del conseguente obbligo di sollevare una questione di legittimità costituzionale, con il potere di disapplicazione del giudice ordinario discendente dal diritto dell'Unione, che è al contempo la necessaria implicazione di una efficacia diretta, ed eventualmente orizzontale (se il destinatario è un soggetto privato), della disposizione normativa contenuta nella Carta.

Una simile questione si era già posta in altro precedente relativo alla compatibilità con il potere del giudice di disapplicazione (e dunque con la primazia del diritto comunitario e l'applicabilità diretta) della questione di costituzionalità imposta dall'ordinamento francese.

La pronuncia della Corte si fonda, infatti, sulle condizioni enunciate nella sentenza *Melki e Abdeli* (10). Sulla scia di quella

(10) Corte eur. giust. 22-6-2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10. Cfr. C. Drigo, *La Corte di giustizia riafferma il proprio primato: la questione prioritaria di costituzionalità al vaglio dei giudici di Lussemburgo*, Dir. pubb. Comp. eur. 2010, 1484; F. Millet, *La "question prioritaire de constitutionnalité" e il dialogo a singhiozzo tra giudici in Europa*, Giorn. dir. amm., 2011, 139; D. Galetta, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, Il dir. Un. Eur., 2011, 223; A. Pliakos, *Le premier renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle allemande à la CJUE: un pas en avant, deux pas en arrière?*, Revue du marché commun et de l'Union européenne, 2014, 41; J. Roux, *La Cour de justice et le contrôle incident de constitutionnalité des directives de l'Union: remarques sur un obiter dictum*, Recueil Le Dalloz, 2010, 2524; F. Chaltiel, *La Cour de justice de l'Union européenne poursuit le dialogue sur les rapports entre conventionalité et constitutionnalité (A propos de*

pronuncia, si afferma ora che il diritto dell'Unione può ritenersi compatibile con una procedura prioritaria di costituzionalità, a condizione che i giudici ordinari restino liberi: *a)* di sottoporre alla Corte, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata, e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; *b)* di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; *c)* di disapplicare, al termine di un siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione.

Ciò posto, la ricostruzione del *Verfassungsgerichtshof* si fonda sull'assunto in base al quale la Carta dei diritti fondamentali costituisce un'area marcatamente definita del diritto dell'Unione, alla quale non si attaglierebbe la tradizionale giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di disapplicazione delle fonti interne incompatibili. Ora, stante peraltro una certa area di sovrapposizione tra CDFUE e CEDU, secondo il *Verfassungsgerichtshof* le vie di ricorso volte alla tutela dei diritti sanciti dalla Carta dovrebbero essere ricavate dal criterio di "equivalenza" della tutela, il quale impone che le modalità procedurali dei ricorsi, volti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto dell'Unione, non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna. Sicché, dal criterio di equivalenza, secondo i giudici costituzionali austriaci, discenderebbe che la tutela dei diritti contenuti nella Carta, almeno quando analoghi a quelli sanciti dalla CEDU, dovrebbe passare attraverso il controllo accentratore previsto dalla Costituzione

CJUE, 22 juin 2010), Petites affiches. La Loi/Le Quotidien juridique, 2010, n° 153-154, 6; N. Joncheray, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Citoyenneté. Arrêt « Aziz Melki et Sélim Abdeli »*, Revue du droit de l'Union européenne, 2010 n° 3, 647; A. Pliakos, *Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne: la réaffirmation du principe de primauté*, Cahiers de droit européen, 2010, 487; A. Ianniello Saliceti, *Consitution et primauté: un bilan jusqu'à l'arrêt « Melki et Abdeli »*, Revue du droit de l'Union européenne, 2010, n° 3, 583; D. Sarmiento, *L'arrêt Melki: esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française*, Revue trimestrielle de droit européen, 2010, 588.

austriaca (11). Peraltro, afferma il giudice costituzionale austriaco (*Verfassungsgerichtshof*), il controllo da parte dei giudici costituzionali non incide sul potere dei giudici comuni di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Già in *Melki e Abdeli*, la Corte di giustizia ha infatti chiarito che il giudice interno deve essere libero di rivolgersi alla Corte *ex art.* 267 TFUE in qualsiasi fase del procedimento, ed anche dopo che si sia pronunciato il giudice costituzionale. Inoltre, deve essere in grado di assicurare la tutela giurisdizionale cautelare ed eventualmente di disapplicare la fonte interna al termine del procedimento incidentale di costituzionalità (12).

È evidente, come si è osservato, che il giudice costituzionale manifesta tutta la preoccupazione di essere tagliato fuori dal controllo di legittimità di una norma interna che — avendo quella comunitaria un'applicabilità diretta, verticale o anche orizzontale — sia inserita in un meccanismo che ne possa implicare la disapplicazione da parte del giudice ordinario (13). A fronte del naturale istinto di autoconservazione del giudice costituzionale, il giudice interno (peraltro di ultima istanza, dunque addirittura obbligato al rinvio pregiudiziale) — e cioè la Corte di cassazione austriaca nel caso *A c. B e altri* —, nel contesto di un ricorso vertente sull'interpretazione di una normativa europea letta alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solleva un quesito pregiudiziale circa la compatibilità delle vie procedurali tracciate dal *Verfassungsgerichtshof* con il diritto dell'Unione europea. Il giudice *a quo*, in particolare, segnala che l'obbligo di adire il Tribunale costituzionale, discendente dalla sentenza del *Verfassungsgerichtshof*, prolunga la durata del procedimento, ne aumenta i costi e, soprattutto, incide sulle prerogative del giudice discendenti dall'art. 267 TFUE.

La Corte di giustizia in *A c. B* rammenta il principio giurisprudenziale enunciato per la prima volta nella sentenza *Sim-*

(11) Raimondi, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione* cit.

(12) Raimondi, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione* cit.

(13) Raimondi, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione* cit.

menthal (14), in base al quale « il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, *disapplicando* all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contrastante, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale » (punto 36). E nell'ipotesi in cui una norma nazionale, contraria al diritto dell'Unione, sia altresì contraria alla Costituzione, il giudice non può essere privato delle sue prerogative discendenti dall'art. 267 TFUE, per il solo fatto che la constatazione dell'incostituzionalità sia soggetta ad un ricorso obbligatorio innanzi alla Corte costituzionale (punto 38). Sicché « qualora il diritto nazionale preveda l'obbligo di avviare un procedimento incidentale di controllo costituzionale generalizzato delle leggi, il funzionamento del sistema instaurato dall'articolo 267 TFUE esige che il giudice nazionale sia libero, da un lato, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e, dall'altro, di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, una disposizione legislativa nazionale che esso ritenga contraria al diritto dell'Unione » (punto 40). La Corte di Giustizia UE rammenta, altresì, le conseguenze, enunciate nella più volte citata sentenza

(14) Corte eur. giust. 9-3-1978, C-106/77. Cfr. D. Freestone, *The Supremacy of Community Law in National Courts*, *The Modern Law Review*, 1979, 220; D. Carreau, *Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté? La contribution de l'arrêt Simmenthal*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1978, 381; A. Barav, *Les effets du droit communautaire directement applicable*, *Cahiers de droit européen*, 1978, 265; P. Barile, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, *Giur. cost.*, 1978, I, 641; M. Berri, *Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte comunitaria*, *Giur. it.*, 1978, I, 1153; AA. VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani* (Milano 1978), passim; A. Barav, *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1985, 313, e *Riv. dir. civ.*, 1985, II, 321; L. Condorelli, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto*, *Giur. cost.*, 1978, I, 669; G. Sperduti, *Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana e della Corte di giustizia delle Comunità europee: un dissidio da sanare*, *Giur. cost.*, 1978, I, 791; P. Gori, *Preminenza e immediata applicazione del diritto comunitario "per forza propria"*, *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 681.

Melki e Abdeli, discendenti dalla sua competenza esclusiva a dichiarare l'invalidità degli atti dell'Unione. Segnatamente, ove sia in discussione l'incostituzionalità, per contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e garantiti dalla Carta, di una legge nazionale che si limiti a recepire le disposizioni imperative di una direttiva, la Corte non può essere privata della possibilità di svolgere un controllo sulla direttiva, attraverso il rinvio pregiudiziale di validità. Sicché, la stessa deve essere adita, dal giudice ordinario o dallo stesso giudice costituzionale, prima che sia effettuato il controllo incidentale di costituzionalità (punti 41-43).

Insomma, il punto è quello della disapplicazione della norma interna contrastante con la norma comunitaria, che è questione che presuppone la supremazia del diritto europeo e ovviamente la sua diretta applicabilità (verticale o anche orizzontale) (15). La disapplicazione, ad avviso della Corte di Lussemburgo, non dovrebbe essere preclusa o ritardata da un giudizio "interno" di legittimità costituzionale; peraltro, se il contrasto si prospetta tra norma interna applicativa di una direttiva e norma della Carta, il giudizio sulla validità della norma europea è riservato alla Corte di giustizia. La ragione della predetta statuizione, ad avviso di una dottrina (16) non può rinvenirsi in un mutamento sostanziale del modello di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione (così invece, nella sua sentenza, il *Verfassungsgerichtshof* al punto 38). Piuttosto, si spiegherebbe in ragione della crescente frequenza con cui le parti invocano i diritti codificati nella Carta, talvolta senza neanche preoccuparsi di richiamare altresì gli analoghi diritti riconosciuti dalla Costituzione, integrata dalla CEDU.

2.2. I diritti fondamentali CEDU, infatti, oltre a non avere il rango "costituzionale" delle disposizioni del Trattato, ma invece quello "subcostituzionale", almeno nel contesto italiano si ritiene siano norme "interposte", utili cioè a sindacare la legittimità costituzionale del diritto interno: con esclusione,

(15) E. Cannizzaro, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, Il dir. unione europea, 2012, 23.

(16) Raimondi, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione cit.*

dunque, non soltanto di una applicazione orizzontale (17), ma prima ancora di un'applicazione diretta (18). Al contempo, la giurisprudenza interna ha ritenuto « come il meccanismo per l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti del-

(17) D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droit de l'homme entre personnes privées* (Brussels 1995), 26; G. Alpa, *L'applicabilità della Convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in questa *Rivista*, 1999, 871.

(18) Cfr. da ultimo Trib. Milano 4-3-2015, *Dir. civ. cont.*, 12 marzo 2015, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 2, e dell'art. 4 co. 1 della legge 40/2004, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., nonché con l'art. 117, co. 1 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, nella parte in cui dette norme non consentono il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, e dunque anche alla diagnosi preimpianto, alle coppie fertili portatrici di malattia geneticamente trasmissibile; nonché Trib. Vercelli 12-02-2015, *Dir. civ. cont.*, 23 febbraio 2015, e *Quest. giust.*, 3 aprile 2015, con nota di A.I. Natali, *Nuovo volto del diritto di proprietà e profili risarcitori: il ruolo della Cedu e della Carta di Nizza*; R. Dickmann *Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulla relazione tra ordinamento costituzionale e CEDU (dalle sent. n. 348-349 del 2007 alla sent. N. 264 del 2012)*, in *federalismi.it* e AA. VV., *Proprietà e diritto europeo*, a cura di G. D'Amico (Napoli 2013).

Ovviamente la norma CEDU integra il parametro costituzionale ma non impone di sollevare il contrasto ove sia possibile un'interpretazione convenzionalmente orientata: così ad es. Trib. Palermo 15-4-2015, *Dir. civ. cont.*, 18 aprile 2015, ha ritenuto possibile un'interpretazione convenzionalmente orientata degli artt. 337-*bis* e 337-*ter* c.c. alla luce degli artt. 7 e 24 CDFUE e 8 CEDU. Con ordinanza 31 agosto 2015, *Dir. civ. cont.* 16 settembre 2015, la Corte di Appello di Palermo ha invece sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337-*ter* c.c. nella parte in cui non consente al giudice di valutare se risponda all'interesse del minore mantenere un rapporto stabile con l'ex convivente del genitore biologico. Per alcune interessanti considerazioni sul tema cfr. N. Lipari, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, *Riv. dir. civ.*, 2010, 635.

È appena il caso di ricordare che esiste un (timido) dibattito anche in merito alla questione dell'applicazione diretta delle norme costituzionali nei rapporti privati. Di recente, si è autorevolmente ribadito che: « Le norme costituzionali (...) sono regolative di poteri, non conformative di atti e di rapporti, come invece quelle di diritto privato; per questo sembrerebbero tagliate fuori in partenza dalla funzione che si intende attribuire loro con la *Drittwirkung* »: C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 38, che cita L. Mengoni, *I problemi del metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*, Scritti, I, Milano, 2011, 185, secondo il quale: « nell'ordinamento italiano l'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati non può essere che mediata ».

l'uomo sia autonomamente costruito, secondo le regole valevoli nell'ambito dell'ordinamento internazionale, dallo stesso trattato istitutivo, ossia la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 » (art. 46, "Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze"). Nelle norme della Convenzione dunque si ritrova un sistema compiuto, sia in tema di individuazione delle decisioni oggetto di esecuzione, sia in relazione alle questioni interpretative ed esecutive concernenti le decisioni della Corte, rimesse alla Corte medesima, e al controllo sulla esecuzione, attribuito al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, mentre è attribuita al Presidente del Consiglio dei ministri del Governo della Repubblica italiana, la promozione degli « adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano » (19).

L'autonomia del sistema — ma non la sua eccezionalità, visto che l'attuazione delle sentenze tramite lo spontaneo adempimento degli Stati è il modulo operativo tipico delle giurisdizioni internazionali — è ribadita dalla giurisprudenza nazionale: sia da quella costituzionale (20); sia da quella civile, in quanto le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno notato che « le sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, con le quali sono accertate e dichiarate violazioni della Convenzione e/o dei suoi Protocolli, non incidono direttamente nell'ordinamento giuridico dello Stato convenuto, vincolando invece, sul piano internazionale appunto, soltanto quest'ultimo a conformarvisi » (21); sia infine dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui: « le decisioni della Corte europea non

(19) Cons. Stato 11-6-2015, n. 10557.

(20) Si è infatti espressamente affermato, per un verso, che le norme CEDU « vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno » (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007); affermazione confermata anche successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (con sentenza n. 80 del 2011). Per altro verso, che le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo creano vincoli sul solo piano internazionale (sentenza n. 129 del 2008, sulla carenza nell'ordinamento nazionale di strumenti preordinati a garantire l'effettività del citato articolo 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

(21) Ordinanza 16-5-2013, n. 11826.

sono assimilabili ad un titolo esecutivo giudiziale suscettibile di esecuzione forzata nei confronti dello Stato contraente condannato dalla Corte, poiché nessuna disposizione della Convenzione prevede meccanismi esecutivi diretti di tali provvedimenti. Esse, in altre parole, creano reciproci vincoli obbligatori tra gli Stati membri e non danno luogo ad obbligazioni di tipo privato nei confronti dei ricorrenti vittoriosi, ciò che urterebbe contro la lettera della Convenzione e i comuni principi di diritto internazionale riconosciuti dagli Stati contraenti » (22).

3. Infine, la questione dell'efficacia orizzontale si è posta anche con riferimento alle libertà fondamentali del Trattato (23), da ultimo nel caso *Fra.bo*. La Corte di giustizia UE ammette, infatti, per la prima volta, l'efficacia orizzontale, e cioè nei rapporti privatistici, del principio della libera circolazione delle merci, già affermata dalla giurisprudenza europea per le altre libertà fondamentali di circolazione (24). In sostanza, la libertà di circolazione delle merci avrebbe come destinatari non solo gli stati membri, ma anche i soggetti privati, le cui condotte sarebbero dunque sindacabili dal giudice alla stregua delle misure degli Stati membri.

Sin qui si era soltanto ammesso l'effetto verticale indiretto

(22) Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, 6-2-2014, n. 424.

(23) Nella nostra letteratura cfr. E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, Riv. dir. civ., 2015, 878; S. Giubboni, *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro*, in questa Rivista, 2015, 493.

(24) Corte eur. giust. 12-7-2012 C-171/11, *Fra.bo/DVGW*, European Review of Contract Law, 2013, 186, con commento di H. Shepel; nonché, H. van Harten, T. Nauta, *Towards Horizontal Direct Effect For the Free Movement of Goods. Comment on Fra.Bo*, European Law Review, 2013, 677; P. Caro De Sousa, *The European Fundamental Freedoms* (Oxford 2015); N. Shuibhne, *The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Justice* (Oxford 2013); A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo, a cura di A. Plaia (Milano 2007), 21; A. Guaccero, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs. Usa*, La competizione tra ordinamenti giuridici cit., 1.

Può anticiparsi che, in fase discendente, con sentenza 14 agosto 2013 i giudici di seconda istanza di Düsseldorf hanno applicato il citato principio di diritto nel giudizio *a quo*.

(o responsabilità statale indiretta), e cioè la possibilità di sindacare la misura statale lesiva della libertà di circolazione; e comunque, quanto alle condotte private (ad es. distruzione di prodotti agricoli importati da altro stato membro, blocco delle strade da parte degli autotrasportatori), si era ritenuto che solo lo Stato potesse essere chiamato a rispondere per non aver impedito la condotta del soggetto privato (25).

Può essere utile partire proprio dal caso in questione per apprezzare il senso dell'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali. Il caso *Fra.bo* riguarda la elaborazione di norme tecniche da parte di un'associazione di diritto privato (DVGW) e la certificazione di prodotti da parte di detta associazione. Poiché a tale certificazione è correlata una presunzione *ex lege* secondo cui i prodotti certificati (da DVGW) sono conformi ai requisiti in vigore per il loro impiego, ci si chiede se ciò costituisca una forte restrizione della commerciabilità di prodotti non certificati. La vicenda interessa un settore ed un tipo di prodotto rispetto a cui non esiste un marchio CE, non c'è stata cioè armonizzazione nella regolamentazione, né tantomeno uniformazione. Sicché, le caratteristiche tecniche dei prodotti importabili le dettano i singoli Stati o gli enti cui tale attività viene delegata, formalmente o di fatto. *Fra.bo.* afferma dunque un principio in un ambito non armonizzato, in cui opera la tecnica del "mutuo riconoscimento" — il paese importatore (Germania) è tenuto a riconoscere le caratteristiche con cui è fabbricato il prodotto in altro stato membro (Italia) — la quale, come è noto, è a sua volta strumentale alla piena affermazione delle libertà fondamentali, prima fra tutte quella di libera circolazione delle merci (26). Lo Stato, tenuto al rispetto delle libertà fondamentali, può tuttavia "delegare" l'attività di normazione e di certificazione ad un ente privato, in teoria soggetto non destinatario delle disposizioni del Trattato che

(25) Corte eur. giust. 9-12-1997 C-265/95 e Corte eur. giust. 24-10-2002 C-121/00. Cfr. G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in questa *Rivista*, 2006, spec. 967 e 971.

(26) Cfr da ultimo C. Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law* (Oxford 2013), 62 e 104; Shuibhne, *The Coherence of Free UE Movement Law* cit. 102; G. Corso, *Mutuo riconoscimento e norma applicabile*, *La competizione tra ordinamenti giuridici* cit.

sanciscono le libertà, sin che si ritiene che le stesse abbiano efficacia meramente verticale. Il pericolo dell'elusione, nei settori non armonizzati, è dunque evidente. Più in particolare, il caso *Fra.bo* riguarda un'azienda produttrice di raccordature in rame per condutture idrauliche, che è stata tenuta per quasi dieci anni fuori dal proprio principale mercato di sbocco, quello tedesco. La *Fra.bo*, infatti, presentava alla DVGW, alla fine del 1999, una domanda di certificazione dei suoi prodotti, certificazione non obbligatoria ma determinante per la collocazione sul mercato dei prodotti del settore idraulico in Germania. La DVGW rilasciava la certificazione, ma nel giugno 2005 comunicava alla *Fra.bo* che la sua raccordatura non aveva superato un certo test. In sostanza, la revoca della certificazione era provocata dall'introduzione di una nuova regola tecnica (27). Avverso la revoca ed il diniego di proroga del certificato relativo alle sue raccordature in rame la *Fra.bo* proponeva ricorso davanti al Tribunale di Colonia (*Landgericht Köln*), che lo respingeva. La *Fra.bo* impugnava tale sentenza di rigetto con appello dinanzi al giudice del rinvio, cioè la Corte di appello di Düsseldorf. A fronte di dubbi in ordine alla questione se e, in caso affermativo, quali norme di diritto dell'Unione dovessero essere rispettate dalla DVGW nell'ambito della sua attività di elaborazione di norme tecniche e di certificazione, il giudice *a quo* sottoponeva alla CGUE le seguenti questioni pregiudiziali: 1) se l'articolo 34 TFUE (libertà di circolazione delle merci) debba essere interpretato nel senso che (anche) gli organismi di diritto privato costituiti al fine di elaborare norme tecniche in un determinato settore, nonché di certificare i prodotti sulla scorta di tali norme tecniche, siano assoggettati, nell'elaborazione delle norme tecniche e nel processo di certificazione, alle summenzionate disposizioni, qualora il legislatore nazionale consideri espressamente conformi alla legge i prodotti provvisti di certificati, cosicché, nella prassi, la distribuzione di prodotti sprovvisti di tale certificato sia perlomeno resa notevolmente più difficoltosa; 2) in caso di soluzione negativa della questione precedente: se l'articolo 101 TFUE

(27) Sia consentito il rinvio a A. Plaia, *Da Düsseldorf a Lussemburgo e ritorno: "Towards Horizontal Effect For the Free Movement of Goods?"*, Dir. civ. cont., 3 novembre 2014.

(divieto di cartelli) debba essere interpretato nel senso che l'elaborazione di norme tecniche e la certificazione sulla scorta di tali norme da parte di un ente certificatore possa considerarsi "attività economica" in quanto riferibile ad un'associazione di imprese, e se la stessa sia idonea ad ostacolare il commercio tra gli Stati membri (28).

Non può sfuggire come, per un verso, la vicenda *Fra.bo* sia stata risolta non già ricorrendo alla disciplina sulla concorrenza tra imprese del Trattato (secondo quesito pregiudiziale, assorbito dal primo) — disciplina che, a partire dal reg. 1/2003, è direttamente applicabile dai giudici nazionali — ma appunto affermando l'operatività orizzontale del principio della libera circolazione delle merci. Per altro verso, come in *Fra.bo* non si ponga una questione di compatibilità con l'art. 34 TFUE della disposizione normativa tedesca contenente una presunzione di conformità del prodotto alle regole riconosciute della tecnica ove lo stesso presenti un contrassegno di un ente certificatore accreditato (effetto verticale) (29).

Come è noto, nel settore della libera circolazione dei lavo-

(28) Come si dirà, essendo positiva la risposta al quesito circa l'efficacia orizzontale, tale seconda questione viene ritenuta dalla Corte di Lussemburgo assorbita dalla prima, in quanto posta in subordine e cioè soltanto nell'ipotesi in cui alla prima questione, relativa all'ammissibilità di un'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci, si fosse data risposta negativa. 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'articolo 34 del TFUE e non poteva introdurre test e prove ingiustificate che producessero l'effetto di ostacolare l'accesso al mercato dei prodotti importati.

(29) Il regolamento tedesco concernente le condizioni generali relative alla fornitura di acqua prevede che « possono essere impiegati unicamente prodotti e apparecchi conformi alle regole generalmente riconosciute della tecnica ». E che « il rispetto dei requisiti di cui al primo periodo viene presunto in presenza di una marcatura CE (...) la presunzione ricorre anche qualora il prodotto o l'apparecchio presenti un contrassegno di un ente certificatore accreditato del settore ».

ratori, la Corte, specie con la sentenza *Angonese*, ha già compiuto un passo importante nel senso dell'assoggettamento (anche) dei privati alle libertà fondamentali (30).

Come ha scritto **Harm Shepel**, che pure ha ritenuto la decisione « disastrously ambiguous » (anche perché non parla mai testualmente di “efficacia orizzontale”, espressione, in effetti, rinvenibile solo nelle *Conclusioni* dell'Avvocato generale), una conclusione può agevolmente essere tratta dal caso *Fra.bo*: « la libertà di circolazione dei beni ha raggiunto la libertà di circolazione delle persone, dei servizi e di stabilimento, essendo applicabile, in certi casi, alle parti private » (31).

Sin da subito, occorre tuttavia notare che la questione non sembra tanto se la libertà di circolazione delle merci abbia efficacia orizzontale — abbia cioè come destinatari anche i soggetti privati e non solo lo Stato membro — ma in quali casi ciò accade, ad esempio se ciò debba dirsi solo in presenza di un soggetto privato con poteri regolatori. In questo senso, si è osservato, la questione che si pone dopo *Fra.bo* sarebbe analoga a quella attualmente oggetto di discussione relativa all'ammissibilità di un'efficacia orizzontale dei diritti della Carta fondamentale (32). In realtà, la questione appare assai diversa: intanto, le libertà fondamentali sottendono interessi strumentali e non finali, come accade per le disposizioni costituzionali o per

(30) A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, La competizione tra ordinamenti giuridici cit., a cura di Plaia, 73. Sui noti casi *Viking* e *Laval* cfr. almeno Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi* cit., 947.

In *Fra.bo*, osserva la Corte che qualora gli Stati membri potessero eludere tale obbligo di rispetto delle libertà fondamentali nell'elaborazione e applicazione di norme tecniche mediante un trasferimento — di diritto o *de facto* — dei propri poteri ad associazioni private, ne deriverebbe un'applicazione non uniforme del diritto dell'Unione. Infatti, negli Stati membri in cui il potere di normazione e di certificazione resta riservato alle autorità in quanto funzione pubblica, essa dovrebbe essere esercitata nel rispetto delle libertà fondamentali. Negli Stati membri, invece, in cui tale compito venga svolto — *de facto* — da un'associazione di diritto privato, le libertà fondamentali resterebbero, a tal riguardo, inefficaci.

(31) **European Review of Contract Law**, 2013, 188.

(32) D. Leczykiewicz, *Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*, *Europ. Law Rev.*, 2013, 493, che riflette proprio sulla “regulatory effect doctrine”.

i diritti fondamentali. Si è per altro verso rilevato che la Corte di Giustizia di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo, ove venga in considerazione un potenziale conflitto tra libertà del Trattato e diritto fondamentale, riferiscono entrambe della possibilità di limitare quest'ultimo, rispettivamente, solo in presenza di « soverchianti ragioni di pubblico interesse » ovvero di un « bisogno sociale imperioso », ma in realtà l'operazione di bilanciamento è condotta in modo assai diverso: nell'ottica della Corte di Strasburgo è il diritto fondamentale che occupa il primo termine di paragone — e il diritto può essere sacrificato solo se sussiste un « bisogno sociale imperioso » (cui concretamente potrebbe essere assimilata anche una libertà fondamentale) — mentre nell'ottica della Corte di Lussemburgo la situazione è rovesciata, « perché qui è la libertà economica prevista dal Trattato che costituisce il primo termine di paragone ed essa potrà essere limitata, anche per proteggere un diritto fondamentale della persona umana, solo in presenza di *soverchianti ragioni di pubblico interesse* » (33).

Ad ogni modo, l'efficacia orizzontale della libertà fondamentale, se presa sul serio, reca con sé due corollari non irrilevanti.

a) Si accetta che l'autonomia dei privati possa essere compressa dalle libertà fondamentali (si pensi ad un'impresa distributrice che voglia negoziare soltanto con fornitori di determinati prodotti, provenienti da un determinato Paese e non da altri) (34);

(33) G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista*, 2011, 428. Cfr. anche Corte eur. giust. 14-10-2004, C-36/02, in questa *Rivista*, 2007, 181, con nota di E. Pellecchia, *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*. Beninteso, la questione del "bilanciamento" e del sacrificio di un diritto fondamentale o, al contrario, di una libertà fondamentale, non è problema di efficacia orizzontale dell'uno o dell'altro. Ciò è evidente quando si discuta della sindacabilità, in termini di compatibilità con le libertà fondamentali del Trattato, di una disposizione normativa nazionale "attuativa" di un diritto fondamentale.

(34) C-159/00 [2002] ECR I 5031, *Sapod Audic*. In *Sapod Audic* la Corte di Giustizia ha ritenuto di non poter sindacare una clausola contrattuale alla luce dell'art. 34, perché la stessa non è imposta dallo Stato, ma concordata tra due soggetti.

b) I “confini” tra il diritto della concorrenza, e in particolare del diritto *antitrust*, che regola le condotte delle imprese, e il diritto delle libertà fondamentali, formalmente applicabile soltanto agli Stati, divengono sempre più labili.

I due aspetti trovano un’emblematica convergenza nell’affermazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia per cui una clausola contrattuale non può essere sindacata in ragione della lesione della libertà di circolazione *ex art. 34 Trattato*: il superamento del riparto di “competenze” tra diritto della concorrenza e (disciplina delle) libertà fondamentali segnerebbe un singolare corto circuito, poiché tenderebbe alla compressione dell’autonomia privata, cuore pulsante del mercato (35).

Quanto al secondo corollario, come nel diritto della concorrenza, anche qui la dottrina ha intravisto l’utilizzo di una regola “*de minimis*”, che cioè tollera le condotte poco rilevanti e scarsamente lesive del mercato concorrenziale, *rectius* della libertà di circolazione (36).

Ci si potrebbe chiedere, allora, perché sino a *Fra.bo* la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE non abbia riconosciuto anche alla libertà di circolazione delle merci un’efficacia orizzontale.

a) Una prima spiegazione potrebbe rinvenirsi nella circostanza che il principio di non discriminazione — sancito a vari livelli nel diritto dell’Unione — ha una correlazione assai più stretta con le altre libertà fondamentali: in altre parole, si è efficacemente osservato in letteratura, la discriminazione tra persone è assai più rilevante rispetto alla “discriminazione” tra merci.

b) Ma c’è almeno un’altra spiegazione possibile e cioè che il c.d. effetto orizzontale rinvenibile nella casistica riferibile alle altre libertà fondamentali sia stato talora una sorta di effetto verticale “esteso”.

In effetti, in altre circostanze, in cui non si pone un pro-

(35) P. Oliver, W.H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, *Common Market Law Review*, 2004, 427.

(36) A. Crespo van de Kooij, *The Private Effect of the Free Movement of Goods: Examining Private-Law Bodies’ Activities under the Scope of Article 34 of the Treaty of the Functioning of the European Union*, *Legal issues of economic integration*, 40, no. 4, 2013, 363.

blema di discriminazione, l'approccio orizzontale delle altre libertà, in casi molto noti come *Bosman* o *Viking*, è consistito in una sorta di « extended vertical effect », come lo ha chiamato la dottrina (37). E cioè, la condotta del soggetto privato diviene sindacabile perché questo agisce “di fatto” nella sfera dello Stato.

Questo, si è rilevato in dottrina, sarebbe proprio quanto accade in *Fra.bo*, poiché qui il legislatore tedesco ha introdotto nelle condizioni generali di contratto di settore, derogabili dalle parti, una presunzione di conformità correlata alla certificazione da parte dell'ente privato; non solo, una raccordatura in rame può circolare in Germania anche senza la certificazione in questione, ma se la certificazione viene (spontaneamente) chiesta ed ottenuta si ritiene (per indicazione espressa delle condizioni generali di contratto predisposte dal legislatore, ancorché derogabili) che il prodotto abbia le caratteristiche per poter circolare in Germania.

Insomma, formalmente le condizioni generali di contratto che richiamano la certificazione dell'ente privato sono derogabili e la certificazione non è obbligatoria. In questo senso, la DVGW non è un ente privato formalmente delegato a svolgere una funzione per conto dello Stato. Di fatto, però, ed è questo ciò che rileva (più che il dato formale), in Germania è molto difficile che venga acquistata una raccordatura in rame priva della certificazione in questione. E poiché ciò accade anche, o soprattutto, in ragione della norma dispositiva contenente la presunzione di conformità, alla vicenda lo stato legislatore non può dirsi del tutto estraneo. È in questo senso — e solo in questo senso — che DVGW opererebbe “di fatto” nella sfera dello Stato: questo passaggio, come si dirà, non è del tutto condivisibile, poiché le ragioni per cui nel nostro caso opera il c.d. effetto orizzontale devono ricercarsi altrove.

c) Infine, la spiegazione del perché sin qui la giurisprudenza

(37) H. Shepel, *Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law*, 18 *Europ. Law J.*, 2012, 177. Nonché, J. Snell, *Goods and Services in EC Law* (Oxford 2002), 139, richiamato da Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi cit.*, 954.

non abbia applicato alla libertà di circolazione delle merci un'efficacia anche orizzontale, può risiedere nell'esigenza di preservare il confine tra tale libertà fondamentale (e l'interesse pubblico cui è correlata) e il diritto della concorrenza (che coinvolge invece interessi di singole imprese).

L'interrogativo è allora se la *vicenda* possa essere ricondotta ad un'ipotesi "tipica" del diritto antitrust europeo (38). Non può sfuggire che qui in effetti si ammette, sotto le mentite spoglie dell'effetto orizzontale, un sindacato di una condotta anticoncorrenziale che (in ipotesi) non rientra in una delle fattispecie tipiche del diritto della concorrenza. In altre parole, poiché il dato formale non consente l'applicazione del diritto *antitrust* (e cioè dell'art. 101 TFUE), in quanto DVGW non svolge un'attività "economica", né la sua attività è formalmente riconducibile ad un'associazione di imprese, si ripiega su un utilizzo a maglie larghe delle libertà fondamentali, in teoria rivolte soltanto verticalmente alle "misure" degli Stati membri; così facendo, si concepisce un congegno normativo in grado di disinnescare condotte anticoncorrenziali poste in essere dai privati (che non svolgono attività economica e non sono riconducibili ad un'associazione di imprese).

Se così è, la specificità del caso *Fra.bo* non consiste nella natura privata del soggetto la cui condotta viene sindacata, quanto nella circostanza che lo stesso non svolge un'attività economica e non è riconducibile ad un'associazione di imprese. Il che equivale a dire che, diversamente, la condotta di DVGW sarebbe stata sindacabile secondo il diritto *antitrust*, ancorché la Corte di giustizia, formalmente per ragioni processuali, non si sia spinta sino a questa affermazione. Insomma, ciò che rileva non sembra essere un collegamento formale o di fatto tra l'ente privato regolatore e lo Stato, quanto piuttosto il fatto che siamo comunque nell'ambito della sfera applicativa "sostanziale" del diritto *antitrust*, e che soltanto per ragioni meramente "formali" si è costretti a ripiegare sulla libertà fondamentale e a declinarla in senso orizzontale.

Ad una lettura in parte diversa sembra pervenire invece la dottrina specialistica più accreditata. **Secondo il giurista cana-**

(38) Sul tema cfr. almeno M. Libertini, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III (Milano 2007), 159.

dese Peter Oliver, infatti, *Fra.bo* rappresenterebbe un caso di « falso effetto orizzontale », quello che Catherine Barnard ha chiamato « forme étendue de l'effet vertical » (39). La Corte di Giustizia, cioè, non avrebbe potuto non applicare l'art. 34 in ragione della specificità dello *status* del soggetto privato in questione (40).

In sostanza, questo sì, non può ammettersi l'affermazione di una generalizzata efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci. Piuttosto, tale ultima libertà fondamentale può porsi in rapporto di complementarità rispetto al diritto *antitrust*, ove l'esigenza di ripristinare il dinamismo concorrenziale imponga di reprimere una condotta che le fattispecie tipizzate del diritto antitrust non consentono di sindacare. Se questo è vero, è possibile anche tracciare un limite oltre il quale il ricorso al grimaldello delle libertà fondamentali, e segnatamente di quella di libera circolazione delle merci, non possa operare. Lo stesso deve collocarsi proprio sul crinale del "danno" che si intende rimuovere; per essere più chiari, non dovrebbe ammettersi, ad esempio, che una condotta anticoncorrenziale non sindacabile in ragione della regola *de minimis*, possa invece essere inibita e sanzionata perché lesiva della libertà di circolazione delle merci. In altre parole, al netto del dato formale che, in un determinato e specifico caso, come accade in *Fra.bo*, può rendere non applicabile la fattispecie antitrust, la logica che deve alimentare e innescare l'operatività del sindacato di una condotta privata, e dunque l'efficacia orizzontale della libertà fondamentale, deve replicare quella del

(39) C. Barnard, *The Substantive Law of the UE: the Four Freedoms*³, (Oxford 2010), 234.

(40) P. Oliver, *L'article 34 TFUE Peut-Il Avoir un effet direct horizontal*, *Cahiers de droit européen*, 2014, 77. Si è anche scritto che la circostanza che si tratti di un falso caso di efficacia orizzontale, che dunque non avrebbe affatto allineato la libertà di circolazione delle merci con le altre libertà fondamentali, non significa che *Fra.bo* non abbia alcuna rilevanza. Esso infatti vale a rassicurare chi ha temuto che il processo del c.d. *New approach* e la "normalisation", e cioè l'attribuzione di un ruolo determinante ad organismi europei di normalizzazione e non più ad organismi nazionali di normalizzazione potesse sottrarsi ad un controllo giudiziario: R. van Gestel, H.W. Micklitz, *European Integration through Standardisation: How Judicial Review is Breaking Down the Clubhouse of Private Standardisation Bodies*, *Comm. Mar. Law Review*, 2013, 145.

diritto *antitrust*. Il dispiegarsi di un'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci si giustifica in ordine ad un'occasionale inadeguatezza "formale" del diritto antitrust, ma per ciò stesso rimane ancorata alla sua *ratio* sostanziale (41).

4. La declinazione in senso orizzontale, e cioè nel rapporto tra privati, dei diritti e delle libertà fondamentali evoca il singolare intersecarsi di due processi autoctoni molto noti: quello dell'emersione di una *Drittwirkung* nel diritto civile (42) e quello speculare di enfattizzazione del principio di effettività nel (diritto privato e nel) diritto pubblico. Anche in tali vicende, infatti, disposizioni normative di rango costituzionale, che dunque parrebbero rivolte al potere (legislativo), vengono invece

(41) E semmai, questo è un punto in cui la decisione è piuttosto opaca, con applicazione verticale, si sarebbe potuto sindacare l'adozione di una disposizione normativa che (ancorché derogabile) di fatto genera un fenomeno distorsivo; con la conseguenza che è mancato il fisiologico dispiegarsi in senso verticale della libertà fondamentale di libera circolazione.

Le considerazioni sin qui sviluppate sembrano trovare riscontro anche nella formulazione del quesito del rinvio pregiudiziale, il quale contiene un esplicito riferimento all'art. 81 CE (o 101 TFUE) e cioè al divieto di comportamenti da parte di associazioni di imprese lesivi della concorrenza. Il giudice di seconda istanza chiede infatti nel rinvio pregiudiziale, ancorché in subordine, e ove non si possa ritenere l'efficacia orizzontale della libertà fondamentale, se l'attività dell'ente certificatore privato possa considerarsi come "attività economica" riferibile ad un'associazione di imprese, come tale lesiva del divieto di intese o pratiche restrittive della concorrenza. Con il consueto pragmatismo che caratterizza la giurisprudenza della Corte di Giustizia, celato da ragioni formalmente processuali, a tale seconda questione, relativa alla sussistenza di un cartello vietato dall'art. 101 TFUE, la CGUE non ritiene necessario rispondere, in quanto assorbita dalla prima, e poiché posta "in subordine" e cioè soltanto nell'ipotesi in cui alla prima questione, relativa all'ammissibilità di un'efficacia orizzontale, si fosse data risposta negativa.

(42) V. Roppo, *Il Contratto* (Milano 2011), 78, il quale, con la consueta limpidezza, riferisce di una "applicazione diretta" delle norme costituzionali e aggiunge che: « (...) Le norme imperative (...) possono risultare non solo dalle leggi ordinarie, ma anche dalla Costituzione ». In merito, si è osservato che non mancherebbe del tutto la mediazione della legge ordinaria: il punto è chiarito da Castronovo, *Eclissi del diritto civile* cit., 41, il quale precisa che in tali casi sono gli articoli 1418 c.c. e 1343 c.c. che conducono all'invalidità del contratto. Sulla questione della *Drittwirkung* cfr. da ultimo Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati* cit., 878.

applicate in funzione conformativa di un rapporto tra privati. D'altro canto, alla tensione verso una *Drittwirkung* non sembra estraneo né il tema dei "rimedi" (43), e il vivace dibattito che ne è scaturito negli ultimi anni, in cui paiono individuarsi due posizioni dottrinali poste in posizione antitetica; né l'emersione di una "giurisprudenza per principi", una giurisprudenza cioè che privilegia un'argomentazione che non poggia su regole ma, più o meno direttamente, su principi costituzionali, con (o addirittura senza) la mediazione di norme generali o clausole generali (44): e così, l'area del danno risarcibile si espande

(43) G. Smorto, *Sul significato di "Rimedi"*, in questa *Rivista*, 2014, 170, 197, secondo il quale: « Anche in *civil law* l'ortodossia dei diritti lascia spazio nella realtà concreta alle ragioni dei rimedi »; « (...) gli ordinamenti, tanto di *civil law* quanto di *common law*, conoscono l'esigenza di una ridefinizione degli interessi in gioco alla luce del singolo caso, sono consapevoli del fatto che il bilanciamento degli interessi non può dirsi del tutto esaurito con l'attribuzione del potere in astratto e hanno elaborato strumenti volti a far fronte a queste esigenze » ». Cfr. anche U. Mattei, *I rimedi*, Il diritto soggettivo, a cura di G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P. Monateri, R. Sacco (Torino 2001), 136; P. Sirena, Y. Hadar, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, Riv. dir. civ., 2012, 365; P. Perlingeri, *Il « giusto rimedio » nel diritto civile*, Il giusto processo civile, 2011, 1.

Altra questione è poi quella, rilevata da Antonino Cataudella, di una certa tendenza ad un "uso abusivo dei principi" nel diritto privato; l'A. prende di mira non tanto il "vecchio" concetto di abuso del diritto, cui può ricorrersi « quando il diritto sia esercitato entro i limiti che l'ordinamento ha posto ma per una finalità diversa da quella per la quale è stato attribuito » (sul punto cfr. per tutti C. Restivo, *Contributo ad una teoria sull'abuso del diritto*, Milano, 2007); quanto piuttosto il c.d. "principio di proporzionalità" e il c.d. "principio di ragionevolezza", quali principi di generale applicazione nei rapporti tra privati: cfr. A. Cataudella, *L'uso abusivo di principi*, Riv. dir. civ., 2014, 747, con riferimento alle ricostruzioni di P. Perlingeri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, Rass. dir. civ., 2001, 335 e S. Troiano, *La « ragionevolezza » nel diritto dei contratti* (Padova 2005).

(44) Cfr. P. Rescigno (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, Giur. it., 2011, 1689; E. Fabiani, voce *Clausola generale*, Enc. dir., Annali, V, Milano, 2012, 183; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, Banca, borsa, tit. cred., 1997, 1; Id., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1986, 5; C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1986, 26; L. Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in questa *Rivista*, 2007, 411; M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, Riv. crit. dir. priv., 2011, 360; A. Falzea, *La costituzione e l'ordinamento*, Riv. dir. civ., 1998, I, 285; A. Belvedere, *Le clausole generali tra interpretazione e*

(anche) in ragione di un'applicazione del principio costituzionale di solidarietà (45) o di un diritto inviolabile riconosciuto dall'art. 2 della Costituzione; e ad un giudizio di nullità del contratto si perviene in ragione di un contrasto con lo stesso principio di solidarietà. Ovviamente, si tratta di capire se esista un collegamento tra le due vicende appena richiamate e, in definitiva, di verificare se l'enfasi sui c.d. "rimedi" risulti estranea ad una evidente metamorfosi della produzione giurisprudenziale, imperniata su un sempre più frequente uso — peraltro piuttosto disinvolto e poco sorvegliato — di categorie normative e dottrinali che, per definizione, sfuggono alla sussunzione e si prestano alla produzione di una regola che si compie soltanto all'esito di una verifica delle circostanze del caso concreto. Come si è rilevato, la questione è quella di un riconoscimento giudiziale di *rationes* diverse da quelle che hanno contribuito all'attribuzione della situazione giuridica soggettiva protetta, esito in qualche modo inevitabile quando il legislatore e la dottrina forniscono alla giurisprudenza forme verbali adeguate a queste *rationes* (46).

Alla luce di tale premessa, la questione dei "rimedi", almeno se con essa si intende una contrapposizione tra opinioni in merito all'esistenza di tecniche giudiziali di giurificazione di interessi, può risultare solo apparente, o comunque merita di

produzione di norme, Pol. dir., 1988, 631; A. di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, Riv. crit. dir. priv., 1984, 539; S. Rodotà, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, Lezioni sul contratto, a cura di Orestano (Torino 2009), 102,; P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, Riv. dir. comm., 1988, I, 1; E. Fabiani, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali*, « standards » valutativi e principi generali dell'ordinamento, Foro it., 1999, I, 3558 s.; C. Scognamiglio, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, Annuario del contratto 2010 (Torino 2011), 17; G. D'Amico, *Clausole generali e controllo del giudice*, Giur. it., 2011, 1704; A. Pizzorusso, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, Pol. dir., 1988, 660. Sulla questione dell'interpretazione delle clausole generali cfr. almeno F. Viola, *Interpretazione e indeterminazione della regola giuridica*, Diritto privato, 2001/2002, VII/VIII, *L'interpretazione e il giurista* (Padova 2003), 61; V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto* (Milano 2010).

(45) N. Rizzo, *Giudizi di valore e « giudizio di ingiustizia »*, in questa *Rivista*, 2015, 296.

(46) Smorto, *Sul significato di "Rimedi" cit.*, 171.

essere ricondotta alla sua effettiva e, a nostro avviso, assai più ridotta dimensione.

Anche chi, probabilmente non a torto, considera quella dei rimedi una “suggerione” più che una “prospettiva” (47) ha di recente affermato che: « (...) il rimedio si trova all’inizio, non più nella veste, neutra ed asettica, dell’azione, mera ombra del diritto soggettivo, ma in quella, ben altrimenti corposa, di regola sostanziale eteronoma, investita dello specifico compito di imprimere alla transazione privata uno specifico indirizzo, coerente con le più generali linee di *policy* procompetitiva che ispirano la legislazione consumeristica » (48). Insomma, figure di nuovo conio come l’azione di riparazione del bene nella vendita al consumo o la nullità di protezione « partecipano della medesima tendenza (...) alla costruzione di una disciplina dell’autonomia privata in grado di neutralizzare possibili implementazioni di quest’ultima che pregiudichino un efficiente funzionamento del mercato concorrenziale ». Per cui, « la prospettiva nella quale guardare ad esse, dunque, non è quella dei rimedi (...), quanto, piuttosto, quella del contratto e della nuova conformazione impressagli dalla normativa europea ».

Sono affermazioni condivisibili, soprattutto se, come si diceva, ci si riferisce alla “prospettiva dei rimedi” alludendo al consolidarsi di una diversa tecnica di riconoscimento degli interessi rilevanti (49). E ciò deve dirsi soprattutto se si adotta la specola contrattuale, ove cioè si metta da parte la diversa vicenda del torto aquiliano, in cui invece, pare difficile non ammettere (che è cosa diversa dal condividere) che si sono registrati momenti di autentica giurificazione degli interessi

(47) L. Nivarra, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in questa *Rivista*, 2015, 583 s. Sul punto cfr. Castronovo, *Eclissi del diritto civile* cit., 31 secondo cui: « l’approdo è stato il rimedialismo, cioè l’attenzione sbilanciata ai rimedi come soluzioni giuridiche di bisogni spesso ancora non scanditi dall’indistinto ».

(48) Nivarra, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?* cit.

(49) In questo senso non sembra che gli autori che hanno posto maggiormente l’enfasi sulla prospettiva rimediale e, in particolare, sulla metamorfosi del contratto e della tutela contrattuale si siano spinti ad una ricostruzione diversa da quella della dottrina citata nel testo: cfr. S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* (Torino 2012), e A. di Majo, *Le tutele contrattuali* (Torino 2009).

per mano del giudice, esito peraltro inevitabile se all'illecito si riconosce una struttura "atipica" (e alla disposizione normativa di cui all'art. 2043 c.c. la dignità non di norma generale ma di clausola generale). Possono farsi alcuni esempi: 1) la nota vicenda del danno "esistenziale" è certamente emblematica, poiché essa è andata oltre l'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema della responsabilità civile, includendo nell'area del danno risarcibile conseguenze « che non si lasciano ricondurre a interessi giuridicamente tutelati » (50); 2) altro esempio può rinvenirsi nella questione della risarcibilità del danno in caso di violazione di opa obbligatoria: ovvero se la norma che impone l'obbligo tuteli anche gli azionisti di minoranza, che avrebbero dunque accesso alla tutela risarcitoria per l'alterazione subita dal valore delle partecipazioni possedute (51); 3) Infine, il problema del risarcimento in favore di chiunque subisca danno in conseguenza della violazione della disciplina antitrust (52).

Se dunque il contratto conosce ormai nuovi momenti di conformazione e non invece l'adozione di un autentico approccio rimediabile, almeno se inteso come intensificarsi di momenti di riconoscimento della rilevanza giuridica di un interesse non per via legislativa, ma per via giudiziale (53) è pur vero che, come dimostrano questi esempi, la prospettiva del contratto e dell'autonomia privata, ove pure si registrano importanti mutamenti di paradigma per il civilista, non è forse la più adatta per testare l'esistenza di una certa "prospettiva rimediabile".

(50) Così, A. di Majo, *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, t. III (Milano 2009), 44.

(51) Trib. Milano 30-6-2009. Cfr. C. Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in questa *Rivista*, 2010, 1; L. Mangiaracina, *Violazione dell'obbligo di Opa e rimedi: diritto italiano e diritto tedesco*, in questa *Rivista*, 2010, 749; U. Morello, *Mancata promozione di opa totalitaria e risarcimento del danno*, *Le Società*, 2006, 410; A. Tucci, *La violazione dell'obbligo di offerta pubblica d'acquisto* (Milano 2008), 1; G. Guizzi, *Noterelle in tema di opa obbligatoria, violazione dell'obbligo di offerta e interessi protetti*, *Riv. dir. comm.*, 2005, II, 251.

(52) Ritenuto paradigmatico da Castronovo, *Eclissi del diritto civile cit.*, 31.

(53) Cfr. S. Mazzamuto, A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* (Torino 2012), *passim*.

Sembra peraltro essere sfuggito ai critici del “rimedialismo”, che persino chi ritiene che « la prospettiva rimediale ha riguardo a un piano mobile di tecniche di tutela, che intende costituire risposta a bisogni di tutela via via emergenti e sovente non tipizzati in categorie riconosciute di diritti o di azioni » (54) non intende abbandonare l’area della “normatività”; poiché, comunque, l’esigenza normativa è presidiata dal valore o dall’interesse che si intende proteggere « mentre *l’aliquid* novi è nel mezzo di tutela (quello risarcitorio) ». In sostanza, la discrezionalità dell’interprete non può esercitarsi sul valore o sull’interesse da soddisfare ma sulla « comparazione tra gli interessi in conflitto » e « sul rimedio da applicare ». Insomma, si conclude, « il rimedio sta dopo e non prima » almeno nel senso (sul terreno della responsabilità civile) che verrebbe « all’esito di un bilanciamento degli interessi » (55). E in fondo, una lettura funzionale della responsabilità aquiliana, non molto distante da quella appena citata, è rinvenibile nella prospettazione della “ingiustizia” del danno come requisito da ricercare non nella violazione di interessi o utilità riconosciuti come propri del soggetto danneggiato, ma nell’esistenza di attività entrambe in astratto permesse che invece, in determinate circostanze, diventano incompatibili e dunque vietate (56).

Insomma, sul versante aquiliano, il quadro offerto dalla tutela risarcitoria è in movimento, un movimento che ha interessato la nozione di “danno ingiusto” (art. 2043 c.c.), requisito di fattispecie, e poi, sul versante degli effetti, l’area della risarcibilità (art. 2059 c.c.); la tutela risarcitoria ha assunto ruolo e funzione *quasi* di “norma primaria”, per la giuridificazione di interessi collegati alla persona, ma rimane comunque una risposta tipologicamente caratterizzata rispetto a pregiudizi di carattere materiale (danno biologico) o immateriale (danno non patrimoniale) il cui disvalore non deriva da « accertamenti *ad hoc* ad opera dell’interprete ma da giudizi, in qualche modo o forma, pre-esistenti (...) sulla base di valutazioni che l’inter-

(54) A. di Majo, *Profili della responsabilità civile* (Torino 2010), 59.

(55) di Majo, *Profili della responsabilità civile* cit., 59.

(56) M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, in questa *Rivista*, 2000, 439.

prete rinviene già nell'ordinamento » (57). Ciò ribadisce il carattere di norma secondaria del risarcimento e cioè che gli interessi sono già resi rilevanti dall'ordinamento ma bisognosi di comparazione in sede rimediale (58).

E semmai, andrebbe aggiunto, le forme e tecniche di tutela di nuovo conio si caratterizzano in senso "rimediale" nel senso che conoscono un'inedita "flessibilità", che poi altro non è che il riflesso del pragmatismo del legislatore europeo, il quale deve perseguire lo scopo dell'armonizzazione e attinge sovente alla tecnica delle clausole generali (59), collocandole peraltro in passaggi fondamentali del testo normativo: inevitabile la riproposizione dell'antica questione dell'interpretazione delle clausole generali o se si vuole della loro concretizzazione (60). Come si è autorevolmente notato, il risultato è un diritto civile senza fattispecie, e un interprete che sempre meno ricorre alla sussunzione; ovvero (il risultato è) quel diritto "incalcolabile" che sin qui risiedeva soltanto nelle clausole generali (61).

Inevitabile, in una certa misura, il mutamento di paradigma per il civilista, ma la questione sembra concernere più l'esigenza della ricerca di nuovi canoni ermeneutici e di un nuovo metodo, a fronte di un sistema di fonti sempre più complesso e stratificato, e non quella di una torsione verso nuove tecniche giudiziali di giurificazione degli interessi. Occorre allora intendersi: la tutela della situazione soggettiva

(57) di Majo, *Diritto civile* cit., 49; Rizzo, *Giudizi di valore e « giudizio di ingiustizia »* cit. 353, il quale, all'esito di una interessante analisi delle principali teorie sulla responsabilità civile, ribadisce che il giudice non può risolvere un conflitto tra interessi contrapposti formulando giudizi di valore.

(58) di Majo, *Profili della responsabilità civile* cit., 59; Di Majo, *Diritto civile* cit. 49. In argomento cfr. le considerazioni di Rizzo, *Giudizi di valore e « giudizio di ingiustizia »* cit., 296 (la cui analisi è circoscritta al danno patrimoniale).

(59) S. Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, Riv. dir. civ., 2013, 287.

(60) Mazzamuto, Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., passim.

(61) N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Riv. dir. civ., 2015, 11; N. Irti, *La crisi della fattispecie*, Riv. dir. proc., 2014, 41. Già Luigi Mengoni aveva osservato che « Le clausole generali (...) sono una tecnica di formazione giudiziale della regola (...) senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta »: Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali* cit., 10.

attribuita è comunque un *posterius*, in questo senso la prospettiva rimane quella chiovendiana, perché se si è convinti che la discrezionalità dell'interprete si esercita non sul valore o sull'interesse da soddisfare ma sulla "comparazione tra gli interessi in conflitto" (62) e "sul rimedio da applicare", siamo ancora sul solco del "proprio quello e tutto quello", nonché sui binari della valenza esornativa della disciplina dell'azione, che rimane "generalizzata", specie se si guarda alla tutela di condanna e di accertamento (con talune eccezioni per la sola tutela costitutiva, almeno nel processo civile). Non a caso, ove il legislatore ordinario (es. art. 2377 c.c. co. 4) ponga dei limiti ad una tutela generalizzata, e dunque alla scelta del rimedio, si pone un problema di ragionevolezza della scelta e di legittimità costituzionale della stessa.

Certo, al contempo si assiste al venir meno di un "passaggio" e a decisioni giudiziarie che attingono direttamente alla Costituzione e ai suoi valori, senza il tramite della legge ordinaria e della sue categorie ma, appunto, dalla prospettiva delle forme e tecniche di tutela, l'appassimento, la perdita di turgore delle categorie normative civilistiche si coglie, essenzialmente, e si tratta di questione non trascurabile, nella vicenda del "principio di effettività", inteso non più nell'accezione tradizionale, come mera attuazione di tutti gli interessi giuridicamente rilevanti *ex art. 24 Cost.* (63), ma come garanzia di una tutela che, avendo come sfondo "valori assiologicamente primari" (solidarietà ecc.), possa prescindere dalla mediazione dell'iniziativa legislativa (64).

Sembra questo, in definitiva, l'esito cui conduce una indebita applicazione diretta delle norme costituzionali, e probabilmente è proprio questo il perno critico su cui ruotano e si incontrano le due vicende: quella appena descritta della c.d. "prospettiva rimediale" e quella della c.d. "giurisprudenza per principi", se con tale espressione vogliamo indicare quanto

(62) Sul punto, però, vedi le precisazioni di Rizzo, *Giudizi di valore e « giudizio di ingiustizia »* cit., 296, e di F. Piraino, *« Ingiustizia del danno » e anti-giuridicità*, in questa *Rivista*, 2005, 703.

(63) R. Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale* (Napoli 2008), 11.

(64) Vedi Castronovo, *Eclissi del diritto civile* cit., 195, nt. 245.

accade quando il giudice applica il principio o valore costituzionale « senza la mediazioni di leggi ordinarie » (65), quando la giurisdizione cioè si mette in presa diretta con la Costituzione e con le norme costituzionali, che sono norme senza fattispecie, con questo (e proprio per questo) identificandosi con i principi.

Una giurisprudenza che diviene filtro tra il fatto e il valore costituzionale e ritiene di poter qualificare come “ingiusto” un danno, o come invalido un atto di autonomia privata, si tratti della singola clausola che prevede la caparra confirmatoria (66), della qualificazione in termini di abusività dell’esercizio del diritto di recesso (67) o del diritto alla risoluzione del

(65) Irti, *Un diritto incalcolabile* cit, 11; Id., *La crisi della fattispecie* cit, 41; G.B. Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice*, Dir. e giur., 2004, 8.

(66) Corte cost. 24-10-2013 n. 248, e 2-4-2014 n. 77, Rel. Morelli. E vedi, non a caso, già M. Morelli, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, Giust. civ., 1999, II, 3.

(67) Cass. 18-9-2009, n. 20106, Rel. Urban: « si ha abuso del diritto quando un potere od una facoltà, attribuiti ad un soggetto dal contratto, vengano esercitati con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, con uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti; ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall’esistenza di una specifica volontà di nuocere ». La decisione è pubblicata in Riv. crit. dir. priv., 2010, 341 s., con nota di C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazione critica su una sentenza eterodossa*; Foro it., 2010, I, c. 85 s., con nota di A. Palmieri-R. Pardolesi, *Della serie « a volte ritornano »: l’abuso del diritto alla riscossa*; Contratti, 2010, 5, con nota di G. D’Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto* e R. Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, ibidem, 524; Nuova giur. civ. comm., 2010, I, 231, con note di C. Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto?)*, e F. Viglione, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l’autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*; Resp. civ., 2010, 345, con nota di A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell’argomentazione*; Corr. giur., 2009, 1577, con nota di F. Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*; Riv. dir. civ., 2010, II, 147 con nota di M. Orlandi, *Contro l’abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*. In argomento si veda

contratto di locazione (68) o, da ultimo, della vendita di comodo dell'azienda in frode ai creditori (69); o ancora, della possibilità che la clausola penale possa essere ridotta equitativamente dal giudice anche d'ufficio (70) o, infine, di valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto atipico (71).

Come è noto, nel caso della caparra confirmatoria il giudice costituzionale ritiene la solidarietà "fonte" diretta di un'invalidità della clausola sino al limite ritenuto nel caso concreto dal

S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* (Torino 2010), passim. Alle critiche mosse alla decisione replica duramente F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, *Contr. impr.*, 2011, 311.

(68) Cass. 31-5-2010 n. 13208, *Giur. it.*, 2011, 795, con nota di P. Rescigno, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, al quale non sfugge che tra le due vicende giudiziarie c'è anche un non intrinseco collegamento: « Estensore della più recente sentenza della S.C. è la stessa persona che in veste di giudice monocratico aveva esaminato e deciso, negando ingresso alla tesi dell'abuso di diritto, la questione relativa al recesso del concedente da una pluralità di contratti di concessione, vale a dire il caso *Renault* che la suprema Corte ha deliberato e risolto con la sentenza n. 20106/2009 ».

(69) Trib. Reggio Emilia 16-6-2015, *Dir. civ. cont.* 9-9-2015.

(70) Cass., sez. un. 13-9-2005, n. 18128, Rel. Lo Piano, *Corr. giur.*, 2005, 1534, con nota di A. di Majo, *La riduzione della penale ex officio*; *Obbl. contr.*, 2006, 15, con nota di V. Pescatore, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*; in questa *Rivista*, 2006, 353, con nota di G. Spoto, *La clausola penale eccessiva tra riducibilità di ufficio ed eccezioni di usura*. Nonché, Cass. 24-9-1999 n. 10511, Rel. Morelli, *Foro it.*, 2000, I, c. 1929 s., con nota di A. Palmieri, *La riducibilità « ex officio » della penale e il mistero delle « liquidated damages clauses »*; *Contratti*, 2000, 118, con nota di G. Bonilini, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*. Cfr. anche Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice* cit., 8; F. Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, *Contr. e impr.*, 2000, 925; P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, *Giur. it.*, 1999, 231.

(71) Cass. 1-4-2011 n. 7557, *Giur. it.*, 2012, 543 s., che ricorre alla stampella delle norme costituzionali per testare l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali e valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto atipico di locazione: e così, lo « squilibrio contrattuale inaccettabile » viene ritenuto « contrastante con i parametri costituzionali ». Nell'ottica della "causa in concreto", si dice, « il controllo del giudice non è più solo un controllo di conformità del negozio con lo schema legale ma è rivolto a verificare che l'autonomia negoziale delle parti non sia in contrasto con i principi dell'ordinamento ». Cfr. A.M. Garofalo, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 606.

giudice, con conseguente creazione di un nuovo parametro, quello di “valutazione di equità contrattuale”, e di un’inedita forma di nullità rimediale rimessa all’apprezzamento del giudice (72). Nella vicenda dell’abuso del diritto, invece, la Suprema Corte perviene ad un giudizio di abusività dell’esercizio del diritto di recesso in ragione di una contrarietà a buona fede della condotta del contraente; e tuttavia il recesso è considerato abusivo per il semplice fatto di essere esercitato, sicché, come è stato autorevolmente notato, « il vero oggetto della valutazione di abusività è la clausola che prevede il recesso, non l’esercizio di esso » (73). D’altro canto, l’abuso del diritto è categoria dell’atto, fonte di invalidità dell’atto di autonomia privata, mentre la buona fede è categoria del rapporto e fonte di responsabilità. La Cassazione non sceglie e sovrappone corrvamente le due categorie, pervenendo peraltro ad un giudizio di responsabilità, con ciò rendendo il ricorso alla categoria dell’abuso del diritto, oltre che improprio, anche superfluo (74). Il richiamo alla sola buona fede sarebbe stato probabilmente più pertinente, essendo qui oggetto di sindacato un comportamento e non un atto: non a caso, la Cassazione, lo ribadiamo, perviene ad un giudizio di responsabilità, cui non si sarebbe potuti approdare all’esito di un sindacato sull’abusività di un atto di autonomia privata (75).

Nel caso deciso qualche anno più tardi, si ritiene abusivo l’esercizio del diritto alla risoluzione per inadempimento di un contratto di locazione. La vicenda è meno nota e conviene sintetizzarla: un comune siciliano, locatore di un immobile con annessa zona termale, intimava lo sfratto per morosità alla società alberghiera conduttrice del complesso; la società eccipiva l’estinzione della pretesa per compensazione con il maggior credito ad essa spettante per lavori eseguiti sul bene. La Suprema Corte ritiene inoperante, sul terreno della compensazione, l’esistenza del credito, ma considera quest’ultima rile-

(72) R. Pardolesi, *Un Nuovo Super-potere giudiziario: La Buona fede adeguatrice e demolitoria*, Foro it., I, 2014, 2039.

(73) Castronovo, *Eclissi del diritto civile* cit., 108.

(74) Cfr. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata* cit., 341.

(75) Castronovo, *Eclissi del diritto civile* cit., 108; Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata* cit., 341.

vante sul piano dei doveri di correttezza e di buona fede; e conclude nel senso che abusa della pretesa il locatore che si avvale dell'inadempimento del conduttore circa l'obbligazione di pagare i canoni e chiede la risoluzione del contratto facendo leva sulla gravità dell'inadempienza, mentre dispone di altri strumenti per realizzare agevolmente l'aspettativa creditoria. In sostanza, nell'ipotesi considerata, ben poteva il creditore imputare al credito insoddisfatto il debito che su lui gravava e che traeva origine da una diversa fonte (nella specie, il credito nato dal compimento di lavori eseguiti sulla base di un accordo autonomo e distinto dal rapporto locativo) (76).

Si potrebbe continuare, ma ci si limita a ricordare cose ormai molto note e cioè che anche la regola della riducibilità d'ufficio della clausola penale si alimenta di un richiamo alla solidarietà costituzionale, questa volta non applicata direttamente, ma alla stregua di una ermeneutica costituzionalmente orientata della legge ordinaria.

L'esito è forse quello paventato da chi ha ritenuto pericoloso il principio chiovendiano del "tutto quello e proprio quello" (77), ma la dottrina processualcivilistica ha considerato lo stesso rischio "inevitabile" e non ha mancato di sottolineare che « le disposizioni dalle quali si trae l'esistenza del diritto soggettivo saranno caratterizzate da un alto o bassissimo tasso di determinatezza », ma una volta « enucleata l'esistenza di un diritto soggettivo (...) la sua giustiziabilità costituisce un corollario necessario » (78).

Restituita una nuova e diversa dimensione alla questione dei "rimedi" e delineata una possibile zona di interferenza tra la stessa vicenda e quella della c.d. "giurisprudenza per principi", una prospettiva d'indagine circoscritta ai rapporti tra privati appare a questo punto asfittica e si impone un discorso più ampio. Si è visto infatti che il diritto privato oggi soffre di dinamiche innescate da un uso ambiguo delle norme costitu-

(76) Cfr. Rescigno, *Un nuovo caso di abuso del diritto* cit.

(77) G. Verde, *Profili del processo civile*, I, *Parte generale* (Napoli 2002), 134.

(78) Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale* cit., 11; A. Proto Pisani, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, *Giusto proc. civ.*, 2014, 828.

zionali e sovranazionali — che, a rigore, avrebbero come destinatari il potere e la sua limitazione e non l'interesse o l'atto privato e la sua conformazione (79); e che, sul piano delle forme e tecniche di tutela, ciò si traduce in una sorta di rifugio nel “principio di effettività” (80); evidente il rischio di una giuridificazione giudiziale degli interessi, a questo punto non soltanto sul versante del torto aquiliano, in ragione di una proliferazione di giudizi di invalidità per contrarietà a norme imperative con bassissimo tasso di determinatezza (norme costituzionali).

Non può sfuggire che, al contempo, il diritto pubblico conosce un processo non dissimile, in cui il controllo del pubblico potere non transita più necessariamente (soltanto) per la caducazione dell'atto amministrativo, registrandosi un arretramento della tutela costitutiva (qui generalizzata) a tutto vantaggio di quella risarcitoria, ancora una volta in attuazione, si dice, del “principio di effettività” (ora tra l'altro codificato nel Codice del processo amministrativo all'art. 1).

Una perdita di centralità nel processo amministrativo della tutela demolitoria e costitutiva (annullamento dell'atto illegittimo) a favore di una tutela tipicamente “privatistica” come quella risarcitoria: una tendenza che ha trovato il suo esito ultimo nella possibilità che la pubblica amministrazione possa essere condannata all'adempimento (81), quasi che sulla stessa possa gravare, esaurito ogni momento di discrezionalità, un'autentica obbligazione civilistica avente ad oggetto l'emaneazione di un provvedimento favorevole per il soddisfacimento di un interesse legittimo di tipo pretensivo, possibilità prima ammessa dalla giurisprudenza amministrativa (82), e ora esplicitamente anche dal CPA (art. 34). Solo per fare un esempio, si è

(79) Castronovo, *Eclissi del diritto civile* cit., 38. In argomento si veda E. Navarretta, *Diritto civile e diritto costituzionale*, Riv. dir. civ., 2012, 643, 650, 683, la quale, riflettendo su « quel processo di proiezione orizzontale della Costituzione che oramai ha toccato in radice tutte le categorie del diritto privato », ribadisce che « il metodo assiologico impone al civilista (...) l'attitudine a plasmare categorie e modelli elaborati per i rapporti verticali sui rapporti orizzontali, coordinando tale metodo con un irrinunciabile approccio di tipo sistematico ».

(80) Castronovo, *Eclissi del diritto civile* cit., 56.

(81) A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa* (Torino 2014), 218.

(82) Cons. Stato, Ad. Plen., 23-3-2011 n. 3.

ritenuto che la p.a. che abbia occupato “*sine titulo*” un fondo, trasformandolo in modo irreversibile, possa essere condannata all’adozione di un provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42-*bis* TU sull’espropriazione (83).

La sensazione è che si sia andati ben oltre la “costituzionalizzazione” del principio chiovendiano di atipicità dell’azione, la quale soltanto predicava che l’attribuzione al singolo di una situazione giuridica soggettiva reca con sé la possibilità di far valere in giudizio il diritto soggettivo o l’interesse legittimo, anche se le norme attributive « nulla dispongono (e il più delle volte nulla dispongono) sulla tutela giurisdizionale » (84). In definitiva, atipicità dell’azione significa che le azioni esperibili non sono individuate sulla base delle disposizioni processuali che le disciplinano, ma delle disposizioni di diritto sostanziale che attribuiscono rilevanza giuridica ad un interesse. Ma il principio di atipicità della azione (e la sua costituzionalizzazione) non implica che la discrezionalità del giudice che attinge ad una forma o tecnica di tutela, anche in assenza di una specifica indicazione della disciplina processuale, non incontri comunque un limite invalicabile nella consistenza stessa del diritto o dell’interesse. Emerge un’eccessiva enfattizzazione del principio di effettività — di cui si aveva sentore già con la discutibile importazione nel processo amministrativo della tecnica della reintegrazione in forma specifica (85) — e, in una

(83) TAR Puglia 13-4-2012, n. 722.

(84) A. Proto Pisani, *Introduzione sull’atipicità dell’azione e la strumentalità del processo*, Foro it., 2012, V, 3.

(85) Sul punto sia consentito il rinvio a A. Plaia, *L’invalidità satisfattiva dell’atto di autonomia privata e dell’atto amministrativo*, in questa *Rivista*, 2013, 1028 e 1023, nt. 10. In linea con quanto sostenuto nel testo, si è ad esempio affermato che il risarcimento in forma specifica opererebbe rispetto ai soli interessi legittimi oppositivi, volti cioè alla conservazione di un bene della vita (es. condanna alla ricostruzione del manufatto distrutto in esecuzione di un provvedimento illegittimo di esproprio). In argomento cfr. A. Travi, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, Dir. proc. amm., 2003, 994. La giurisprudenza amministrativa sembra orientata nello stesso senso, pur ammettendo che « (...) Lo strumento di tutela per il portatore di un interesse legittimo pretensivo (...) può essere la reintegrazione in forma specifica ». Secondo Cons. Stato 21-5-2013, n. 2776, infatti: « Se un privato cittadino, ricorrente al G.A., è portatore di un interesse legittimo pretensivo, la sua posizione è tutelata in

qualche misura, un fraintendimento della stessa “atipicità” della tutela, da cui non dovrebbe poter scaturire un congegno rimediale — come quello della condanna all’adempimento — che mal si acconcia alla situazione giuridica soggettiva al cui servizio opera (interesse legittimo pretensivo). In definitiva, il Codice del processo amministrativo rivelando una spiccata tensione verso l’effettività, che si traduce emblematicamente nella previsione di strumenti idonei alla piena soddisfazione dell’interesse sostanziale correlato all’interesse legittimo (pretensivo), offre al privato un inedito controllo conformativo dell’esercizio del pubblico potere (86), sino al limite di una

prima battuta attraverso la riedizione del potere da parte delle P.A., perché non è ancora titolare del bene della vita, al conseguimento del quale l’interesse legittimo si pone come strumentale, per cui l’annullamento in sede giurisdizionale può non essere, fisiologicamente, per il ricorrente pienamente satisfattivo. In questo ambito, il risarcimento in forma specifica gioca un ruolo peculiare, poiché mentre il titolare di un interesse oppositivo ha interesse alla conservazione della propria posizione, con l’interesse pretensivo è la P.A. che amplia la sfera giuridica del soggetto con l’emanazione del provvedimento richiesto. Lo strumento di tutela per il portatore di un interesse legittimo pretensivo, dunque, può essere la reintegrazione in forma specifica, *benché tale rimedio debba essere coordinato con le regole del diritto amministrativo, tra cui spicca il principio di riserva di amministrazione. Solo quando siano esauriti gli elementi cd. elastici del rapporto giuridico tra privato e P.A., restando oggetto del contendere soltanto gli elementi cd. rigidi, che non necessitano di alcun esercizio di poteri discrezionali o di poteri di valutazioni tecniche riservati alla P.A., sarà percorribile la tutela del risarcimento in forma specifica anche con riferimento agli interessi pretensivi.* » (corsivo nostro). Vedi anche Cons. Stato 23-2-2015, n. 873, secondo cui: « Nelle gare pubbliche, nel caso di accoglimento del ricorso proposto avverso l’aggiudicazione dell’appalto dalla impresa seconda classificata e sempre che sussista la certezza che essa avrebbe avuto titolo a conseguire l’aggiudicazione e il contratto in luogo della originaria aggiudicataria, può disporsi il risarcimento in forma specifica, a nulla rilevando che si tratta di contratto ad avanzato stato di esecuzione, ove non si ravvisino né siano stati prospettati elementi dai quali possa dedursi che sarebbe comunque conforme all’interesse generale e della stazione appaltante garantire la continuità del servizio in corso, atteso che la prima forma di restaurazione del danno, ove possibile, è quella in forma specifica e, soltanto nei casi di conclamata impossibilità o non rispondenza della stessa all’interesse pubblico, per la complessità dell’appalto o per il prossimo esaurimento della durata, si deve accedere alla minore tutela risarcitoria per equivalente (d.lgs. n. 163/2006, Codice degli appalti) ».

(86) Sia consentito il rinvio a A. Plaia, *L’invalidità satisfattiva*, Studi in onore di Giovanni Iudica (Milano 2014), 1105.

tutela che replicando la vaghezza del principio costituzionale da cui origina si traduce, come è stato rilevato dalla prospettiva privatistica, in una tutela *sans façon* degli interessi (87). L'esito del processo sin qui descritto è paradossale quando si arriva a scomodare l'Adunanza Plenaria per mettere da parte l'idea che il giudice amministrativo — a tutela di posizioni ormai consolidate — possa d'ufficio decidere di non annullare un atto illegittimo, ripiegando su una tutela meramente risarcitoria (88).

ABSTRACT

*Some considerations on the relationship
between fundamental freedoms
of the European Treaty and Private Law*

The essay explores the “horizontal effectiveness” of fundamental rights and fundamental freedoms, i.e. the relationship between private law and the fundamental rights and freedoms recognized by the EU Charter, the European Convention and the EU Treaties. The author reflects on the reasons that impede the horizontal efficacy, i.e. the effectiveness in relationships between private parties, of certain fundamental freedoms. Particular attention is paid to the free movement of goods and to the reasons that, on a case-by-case basis, may justify the horizontal application of rules which instead should have only vertical effect. Finally, the author attempts to relate the issue of “horizontal effectiveness” to the so-called “remedial perspective”, and to the emerging phenomenon of the so-called “jurisprudence by principles”, which privileges reasoning based not on rules but rather, more or less directly, on constitutional principles, with or even without the mediation of either general rules or general clauses.

(87) Castronovo, *Eclissi del diritto civile* cit., 54.

(88) Cons. Stato Ad. Plen. 15-4-2015, n. 4, Est. De Felice, che decide nel merito la controversia alla stessa rimessa con ordinanza 22-1-2015, n. 284, Est. Rocco.