

CEDAM

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA
WALTER BIGIAVI E ALBERTO TRABUCCHI
(1955-1968) *(1955-1998)*

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA - FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN - ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI - GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI - PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO - VINCENZO SCALISI
PIERO SCHLESINGER - PAOLO SPADA - VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI - ERIK JAYME
DENIS MAZEAUD - ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

Maggio-Giugno
2016

edicolaprofessionale.com/RDC



Wolters Kluwer

ANDREA ZOPPINI
Prof. ord. dell'Università Roma Tre

IL DIRITTO PRIVATO E LE «LIBERTÀ FONDAMENTALI» DELL'UNIONE EUROPEA (PRINCIPI E PROBLEMI DELLA *DRITTWIRKUNG* NEL MERCATO UNICO)

SOMMARIO: 1. La teoria dell'interpretazione nella struttura multilivello delle fonti. – 2. Il problema dell'efficacia orizzontale delle libertà del Trattato: un'analisi casistica. – 3. Una prima qualificazione dei fatti e degli effetti rilevanti. – 4. (*Segue*). – 5. Sulla nozione di *Drittwirkung* diretta e mediata. – 6. Le soluzioni argomentate nella prospettiva della dogmatica tradizionale. – 7. Un confronto: la *Drittwirkung* dei diritti costituzionali. – 8. Diverso apprezzamento dell'applicazione diretta delle libertà del Trattato. – 9. Una proposta di lettura ordinata per gruppi di casi. – 10. Ulteriori considerazioni in ordine alla prospettiva rimediale. – 11. Sulle norme «multilivello» e sulla armonizzazione «per principi».

1. – Perché oggi la teoria delle fonti del diritto costituisce un appuntamento non eludibile dallo studioso del diritto privato?

La domanda è tanto più significativa appena si consideri che in un passato poi non così lontano s'affermava, tutt'affatto al contrario, essere la teoria delle fonti estranea alla missione dello studioso dei rapporti tra privati, che poteva agevolmente rifugiarsi nel monopolio statale del diritto, nella rigida gerarchia delle norme, nella centralità – sistematica ed ermeneutica – delle regole affidate al codice civile⁽¹⁾.

Alla domanda che ho appena formulato soccorre una pluralità concorrente di risposte: la globalizzazione delle relazioni giuridiche genera fenomeni che il singolo ordinamento non riesce a governare e talora tenta di “inseguire” fuori dei propri confini⁽²⁾; la crisi economica mondiale ha prodotto nuovi vettori di competenze normative, ormai definitivamente

(1) È l'opinione di Francesco Santoro-Passarelli che P. RESCIGNO ricorda in *Il sistema delle preleggi e la disciplina comunitaria*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli 1999, pp. 51 ss., a p. 52.

(2) F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006. Sulla extraterritorialità delle norme giuridiche si v. M. FITZMAURICE, P. MERKOURIS e P. OKOWA (a cura di), *Beyond Territoriality. Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden-Boston 2012.

sottratti agli Stati nazionali⁽³⁾; la crisi della statualità propone nuovi e diversi equilibri tra autorità e libertà⁽⁴⁾.

Dall'angolo prospettico dello studioso del diritto privato, una possibile risposta può rintracciarsi (anche) in una formula: la struttura "multilivello" che descrive il comporsi delle fonti nel diritto dell'Unione europea⁽⁵⁾.

L'affermazione, nella sostanza condivisibile, che il mercato unico comunitario e la struttura istituzionale disegnata dal Trattato dell'Unione europea definiscano un sistema di fonti articolate su più livelli, sottende un significato tutt'affatto diverso rispetto a quello che in passato poteva assegnarsi a questo lemma.

La pluralità dei livelli di produzione di norme non contraddice il monopolio statale delle fonti del diritto, atteso che agevolmente s'ammetteva che il diritto internazionale operasse esclusivamente nei rapporti tra Stati sovrani e, pertanto, ad un livello altro da quello dell'ordinamento interno, chiamato ad attuare tali obblighi⁽⁶⁾. Parimenti, s'affermava che solo in virtù del richiamo contenuto nella norma interna potesse essere invocata l'efficacia della regola appartenente a un altro ordinamento.

Quando per le fonti e per il sistema comunitario se ne constata la dimensione "multilivello", si dice qualche cosa in radice diversa, in quanto l'articolazione nei livelli di produzione normativa non è governata dal principio gerarchico, e poi da un criterio "unidirezionale" di separazione e di competenza, ma dal concorso e dall'interazione reciproca.

Il diritto che dà ordine al mercato unico postula un ruolo concorrente sia di regole e istituzioni che s'indirizzano agli Stati, sia di regole che attentano ai rapporti tra gli ordinamenti e i singoli cittadini degli Stati

⁽³⁾ Soprattutto, S. GRUNDMANN e Y.M. ATAMER (a cura di), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law. Failure and Challenges of Contracting*, Alphen aan den Rijn 2011; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in F. BRESCIA, L. TORCHIA e A. ZOPPINI (a cura di), *Metamorfofi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli 2012, pp. 59 ss.; C. HARLOW, *The "Hidden Paw" of the State and the Publicisation of Private Law*, in D. DYZENHAUS, M. HUNT e G. HUSCROFT (A CURA DI), *A Simple Common Lawyer. Essays in Honour of Michael Taggart*, Oxford-Portland 2009, pp. 75 ss.

⁽⁴⁾ V. in tema B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *R. trim. d. pubbl.*, 2006, pp. 909 ss.; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari 2006.

⁽⁵⁾ G. AMATO, *Multilevel Europe and Private Law*, in F. CAFAGGI e H. MUIR-WATT (a cura di), *Making European Private Law. Governance Design*, Cheltenham (UK) – Northampton (Ma) 2008, pp. 39 ss.

⁽⁶⁾ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., Tübingen 1928 (trad. it. a cura di A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano 1989).

membri, sia di norme comunitarie che disciplinano direttamente le relazioni tra soggetti privati, al contempo destinatari delle norme nazionali loro proprie e di quelle dell'Unione europea.

Il sistema delle norme comunitarie – s'è scritto – è, dunque, “multi-direzionale”, perché destinatari di tali prescrizioni normative sono, talora concorrentemente, la stessa Unione, i singoli Stati membri, i cittadini degli Stati⁽⁷⁾.

Il quadro che si compone non è, dunque, suscettibile d'essere rappresentato in un'immagine statica, in un disegno geometrico, ma l'interazione tra regole si pone all'esito del percorso ermeneutico e si ridefinisce costantemente – come in un ideale caleidoscopio – per effetto del concorso tra fonti, amministrato e conteso tra il ruolo addittivo della Corte europea di giustizia e la competenza decentrata delle corti nazionali, che operano quali giudici “delegati” nell'attuazione del diritto europeo.

Nell'irriducibilità delle regole a un unico e tranquillante criterio fondato sull'ordine gerarchico, è facile scorgere la causa d'uno strabismo ricorrente. Quello di chi in quest'opzione vede un'insanabile contraddizione con le norme che governano le fonti dell'ordinamento interno e/o un elemento d'incompiutezza, d'imperfezione, un'evidente minorità rispetto al modello costruito sull'archetipo del monopolio statale della norma⁽⁸⁾.

È questo l'atteggiamento di chi non rinuncia o non ammette che l'Unione europea possa configurare un *altro* (e diverso) modello di sovranità, pensato non come supremazia su un territorio e su un popolo, o nella identificazione tra imposizione fiscale e rappresentanza politica, ma ordinato dall'integrazione d'una pluralità di ordinamenti nazionali che si “aprono” e concorrono alla formazione d'un unico spazio giuridico.

Gli è, pertanto, che il paradigma ordinamentale proposto dall'Unione europea si pone in alternativa con il modello di sovranità e d'imperio che s'identifica con il monopolio statale del Novecento.

Lo Stato nazionale autocratico si è imposto al giurista domestico come produttore di senso, come strumento di precomprensione della dinamica

(7) J. KÖNDGEN, *Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts*, in K. RIESENHUBER (a cura di), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 3. Auf., Berlin 2015, pp. 95 ss., in part. p. 98, Rn 9; e v. anche S. WEATHERILL, *The Elusive Character of Private Autonomy in EU Law*, in D. LECZYKIEWICZ e S. WEATHERILL (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford-Portland 2013, pp. 9 ss., spec. pp. 10-13.

(8) Ad esempio per la necessità di una codificazione europea del diritto privato v. N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2000, pp. 7 ss.

delle norme di diritto privato⁽⁹⁾. Esso è assunto – per dirla con una categoria weberiana – a *Idealtypus*, quando è in realtà il prodotto d'un preciso frangente temporale e d'una recisa connotazione ideologica, che poi è quella che ha accompagnato l'affermazione degli Stati nazionali e le codificazioni del diritto civile all'avvio e al tramonto del secolo diciannovesimo⁽¹⁰⁾.

2. – Non sorprenderà, allora, leggere da più parti che l'architettura che governa il mercato unico si lascia comprendere problematicamente con l'ausilio degli strumenti offerti dalla teoria e dalla dogmatica delle fonti del diritto interno⁽¹¹⁾.

Né desta sorpresa l'affermazione che la teoria ermeneutica e il metodo tradizionale non offrano un canone interpretativo attendibile quando si tratta di comprendere la dinamica del diritto comunitario e come esso si rifletta sul diritto privato nazionale⁽¹²⁾.

Per misurare queste affermazioni, è opportuno muovere da un problema specifico: mi propongo di verificare se le norme costitutive del Trattato europeo, segnatamente quelle che formalmente sono rivolte (solo) agli Stati membri per creare il mercato unico a iniziare dalle così dette «libertà fondamentali»⁽¹³⁾ – sintagma con cui, in modo brachilogico, si indicano le libertà di circolazione delle persone, dei servizi, dei beni, dei

⁽⁹⁾ C.C. WENDEHORST, *The State as a Foundation of Private Law Reasoning*, in *Am. J. Comp. Law*, 56 (2008), pp. 567 ss.

⁽¹⁰⁾ Su questo si leggano le pagine di P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, spec. pp. 14 ss., 67 ss.

⁽¹¹⁾ Soprattutto in questo senso J. KÖNDGEN, *Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts*, cit., pp. 97 ss., in part. Rn 7 s.; N. REICH, *The Public/Private Divide in European Law*, in H.-W. MICKLITZ e F. CAFAGGI (a cura di), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham (UK) – Northampton (Ma) 2010, pp. 56 ss.; cfr. anche L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *R. crit. d. priv.*, 2012, pp. 211 ss.

⁽¹²⁾ B. GSELL, *Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem*, in *AcP*, 214 (2014), pp. 100 ss.; C. SIEBURGH, *A Method to Substantively Guide the Involvement of EU Law in Private Law Matters*, in *ERPL*, 2013, pp. 1165 ss.; P. OLIVER e W.-H. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *CMLR*, 2004, pp. 407 ss.

⁽¹³⁾ In termini semantici, «libertà fondamentali del Trattato» è una categoria dottrinale tedesca che vuole indicare in modo sintetico le libertà di circolazione previste dal Trattato; per quanto l'espressione non ricorra come tale né nelle fonti normative europee né nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia, essa è entrata ormai nella convenzione linguistica della dottrina europea. Per una ricerca giuspubblicistica si v. T. KINGREEN, *Fundamental Freedoms*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, München-Portland 2010, pp. 515 ss. (e ID., *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berlin 1999).

capitali, di stabilimento –, possano modificare e conformare i rapporti tra attori privati.

In particolare, intendo verificare se tali norme e principî possano – e allora a quali condizioni ed entro quali limiti – assurgere a fonte diretta di diritti e di obblighi azionabili *tra* soggetti privati⁽¹⁴⁾ e, così pure, determinare l’invalidità o inefficacia delle regole che scaturiscono dall’autonomia privata⁽¹⁵⁾.

Il rilievo del diritto di formazione giurisprudenziale con gli arresti della Corte europea di giustizia – che in forza d’un potere nomogenetico assume il ruolo di fonte a tutti gli effetti del diritto di matrice comunitaria⁽¹⁶⁾ – giustifica che, preliminarmente, siano segnalate talune delle questioni in cui si è discusso dell’incidenza delle libertà fondamentali del Trattato nei rapporti tra privati.

La giurisprudenza comunitaria, infatti, s’interroga sovente sugli effetti nei rapporti tra privati delle libertà fondamentali del Trattato – di qui appunto il lemma *Drittwirkung*, che letteralmente vuol dire effetti *verso i terzi*, nella dogmatica delle fonti che più ha approfondito il tema – e se tali principî producano un effetto conformativo sui rapporti giuridici di diritto privato⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Mentre è pacifico che tali norme costituiscano situazioni soggettive in capo ai singoli nei confronti degli Stati membri dalla seminale decisione – che molto deve alla intuizione giuridica di Alberto Trabucchi – CGCE, 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos vs Amministrazione olandese delle imposte*, causa C 26/62, in *G. it.*, 1963, IV, c. 49 ss., con nota di P. GORI, *Una pietra miliare nell’affermazione del diritto europeo*; su cui merita rileggere A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, in questa *Rivista*, 1963, I, pp. 263 ss. E v. la raccolta di studi celebrativa dell’arresto *Van Gend en Loos 1963-2013. 50ème Anniversaire de l’Arrêt. 50th Anniversary of the Judgment in Cour de Justice de l’union européenne*. Luxembourg 2013, disponibile all’indirizzo http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf.

⁽¹⁵⁾ Su questo tema segnalo le tre monografie presenti nella letteratura tedesca e segnatamente S. PERNER, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Tübingen 2013; T. KÖRBER, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen 2004; O. REMIEN, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Tübingen 2003. Nella letteratura italiana v. in particolare il primo capitolo della monografia di D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e Welfare nel diritto dell’unione europea*, Milano 2010, pp. 5 ss.

⁽¹⁶⁾ In dettaglio, F. WASSERFALLEN, *The judiciary as legislator? How the European Court of Justice shapes policy-making in the European Union*, in *Journ. Eur. Public Policy*, 2010, pp. 1128 ss.; e per un approccio critico al tema, v. T. HORSLEY, *Reflections on the role of the Court of Justice as the “motor” of European integration: Legal limits to judicial lawmaking*, in *Common Market Law Rev.*, 2013, pp. 931 ss.

⁽¹⁷⁾ Per un’analisi della giurisprudenza con riguardo ai rapporti di diritto privato si v. C. KOHLER e J.-C. PUFFER-MARIETTE, *EuGH und Privatrecht – Ein Rückblick nach 60 Jahren*,

(a) Nel caso *Defrenne* ⁽¹⁸⁾ una *hostess* belga contesta le regole d'impiego della compagnia aerea Sabena, che prevedevano un diverso livello retributivo, previdenziale e pensionistico tra il personale navigante di sesso maschile e quello di sesso femminile. La Corte europea di giustizia accerta la violazione del principio di non discriminazione, che oggi si legge all'art. 157 TFUE (*ex art.* 141 TCE), e corregge così le regole del contratto ⁽¹⁹⁾.

Nel caso *Angonese* ⁽²⁰⁾ la Corte di giustizia ha dichiarato inefficaci talune condizioni di assunzione richieste da una banca. In particolare, la Cassa di Risparmio di Bolzano aveva pubblicato sul quotidiano *Dolomiten* un bando di assunzione che richiedeva un attestato di bilinguismo che poteva essere ottenuto solo da una particolare amministrazione pubblica provinciale, precludendo la produzione di qualsiasi altro documento equivalente. Questo requisito è stato considerato discriminatorio nei riguardi del sig. Angonese che, pur potendo produrre attestazioni della sua effettiva conoscenza del tedesco, non aveva potuto recarsi presso quella specifica amministrazione.

(b) Nei casi *Bosman* ⁽²¹⁾, e *Lehtonen* ⁽²²⁾ il problema si è posto in relazione alla disciplina delle federazioni sportive, che – dagli anni sessanta del Novecento – avevano introdotto vincoli per il trasferimento e l'impiego di calciatori diversi da quelli che possedevano i requisiti per giocare nella squadra nazionale. *Bosman* è un calciatore professionista belga che vuole trasferirsi e giocare per il club francese Dunkerque e invoca con successo la diretta vigenza nei rapporti tra privati delle regole che assicurano la libera circolazione dei lavoratori. Con la conseguenza di veder dichiarate inefficaci le regole statutarie delle Federazioni, formalmente associazioni priva-

in ZEuP, 2014, pp. 696 ss.; G. BACHMANN, *Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten*, in *AcP*, 210 (2010), pp. 424 ss.

⁽¹⁸⁾ CGCE, 8 aprile 1976, *Defrenne vs Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, causa C 43/75.

⁽¹⁹⁾ In tema, v. fra gli altri N. REICH, *The Impact of the Non-Discrimination Principle on Private Autonomy*, in D. LECZYKIEWICZ e S. WEATHERILL (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., pp. 253 ss., in part., pp. 257 ss.

⁽²⁰⁾ CGCE 6 giugno 2000, *Angonese vs Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, causa C 281/98. Nel caso *Mangold*, CGCE, 22 novembre 2005, *Mangold vs Helm*, causa C 144/04, alla stregua del principio di non discriminazione sono state valutate le regole che attengono all'età pensionabile.

⁽²¹⁾ CGCE 15 dicembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL vs Bosman et al.*, causa C 415/93. Al contrario CGCE, 11 aprile 2000, *Delière vs Ligue francophone de judo et al.*, causa C 51/96 e C 191/97.

⁽²²⁾ CGCE 13 aprile 2000, *Lehtonen e Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL vs Fédération royale belge des sociétés de basketball ASBL*, causa C 176/96.

te, che limitano o escludono la possibilità d'impiegare sportivi appartenenti ad altri ordinamenti comunitari.

Nel caso *Walrave* ⁽²³⁾, due allenatori di ciclismo professionale olandese contestano la norma dell'*Union Cycliste Internationale* inerente ai campionati mondiali, che prevedeva che l'allenatore dovesse essere della stessa nazionalità del corridore. La Corte europea di giustizia ritiene tale previsione statutaria incompatibile, in quanto per l'allenatore prevale la prestazione lavorativa sulla appartenenza alla squadra nazionale, sì che, conseguentemente, tale rapporto di lavoro doveva essere assoggettato alla libera circolazione dei servizi (come desumibile dagli artt. 18, 45 e 56 TFUE di cui si afferma l'immediata vigenza).

(c) Nel caso *Courage* ⁽²⁴⁾, il conduttore di un *pub* inglese aveva concluso un contratto che lo obbligava, oltre a pagare l'affitto del locale – appartenente a un complesso di birrerie locate dalla medesima proprietà e disciplinate dallo stesso contratto-tipo –, ad acquistare solo la birra prodotta da *Courage* a un prezzo superiore a quello praticato ai gestori indipendenti. Di qui la richiesta di un risarcimento del danno per avere subito condizioni contrattuali sfavorevoli prodotte dall'intesa restrittiva della concorrenza.

In questo caso, se è indubbio che l'art. 101 TFUE (prima art. 81 TCE) conferisca al privato un diritto immediatamente azionabile di fronte al giudice nazionale, ci s'interroga però sulle regole domestiche che devono assistere tale tutela: nella lettura offerta dal collegio di Lussemburgo, il diritto comunitario, al fine di assicurare l'applicazione delle norme sulla concorrenza, impone che si consenta anche a chi è parte di un contratto anti-concorrenziale di ottenere il risarcimento del danno che ha subito per avere dato esecuzione al rapporto svantaggioso (salvo non si dimostri che quella stessa parte era rilevantemente corresponsabile dell'illecito concorrenziale).

Come molti commentatori hanno puntualmente rilevato, per il tramite delle norme del Trattato alla medesima fattispecie si conferiscono qualificazioni – almeno a tutta prima – incompatibili: l'accordo negoziale volontario che sottende un accordo spontaneo, cui segue l'adempimento dovuto; il fatto illecito produttivo di un danno risarcibile ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ CGCE 12 dicembre 1974, *Walrave en Koch vs Association Union cycliste internationale et al.*, causa C 36/74.

⁽²⁴⁾ CGCE 20 settembre 2001, *Courage Ltd vs Bernard Crehan*, causa C 453/99; v. anche CGCE, 13 luglio 2006, *Manfredi vs Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et al.*, causa C 295/04 e C 298/04.

⁽²⁵⁾ V. i commenti di G. ROSSI, "Take Courage"! La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la responsabilità del danno da illeciti antitrust, e di A. PALMIERI e R. PARDOLESI,

(d) Nel caso *Delbaize* ⁽²⁶⁾ un esportatore di vino spagnolo, che si era contrattualmente impegnato nei confronti di un importatore belga alla fornitura di vino sfuso *Rioja*, invoca la forza maggiore per giustificare il proprio inadempimento parziale. Ciò perché vigeva in Spagna un limite all'esportazione in quanto tale vino era di denominazione controllata ed era sottoposto all'obbligo di imbottigliamento nelle cantine di origine. L'acquirente, che si vede opporre l'inesigibilità della prestazione e la non imputabilità dell'inadempimento, domanda al giudice con successo l'adempimento in forma specifica, sul presupposto che la norma di diritto interno dovesse essere disapplicata in quanto contrastante con l'art. 29 TCE (oggi art. 35 TFUE).

(e) Nel caso *Fra.bo* ⁽²⁷⁾ il conflitto verte sulla libera circolazione dei beni e si pone in relazione al ruolo di un'associazione privata tedesca, il *DVGW*, che elabora norme tecniche e certifica la qualità di prodotti, attestando per i consumatori la conformità ai requisiti in vigore per il loro impiego. Un'impresa italiana esportatrice di raccordature in rame per condutture idrauliche, il cui prodotto non aveva superato il test di 3000 ore in acqua bollente e si era conseguentemente vista revocare l'attestazione, contesta il sistema di attestazione, in quanto – in un segmento di mercato non armonizzato e in cui vige il principio dello Stato di origine – esso costituisce un ostacolo alla libera circolazione dei prodotti che ne siano privi o che non abbiano le caratteristiche per ottenerlo. La Corte europea di giustizia ha constatato che la distribuzione di prodotti sprovvisti del certificato è resa notevolmente più difficoltosa e ha conseguentemente rilevato la violazione della libertà di circolazione dei prodotti (art. 34 TFUE).

Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni», in *F. it.*, 2002, IV, c. 75 ss.; nonché di A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Europ. d. priv.*, 2002, pp. 791 ss.; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, pp. 469 ss.

⁽²⁶⁾ CGCE 9 giugno 1992, *Delbaize frères et Compagnie "Le Lion" SA vs Promalvin e AGE Bodegas Unidas SA*, causa C 47/90. Cfr., seppure diverso, sempre con riguardo alla vigenza di regole di esclusiva, CGCE 22 gennaio 1981, *Dansk Supermarked A/S vs A/S Imerco*, causa C 58/80.

⁽²⁷⁾ CGUE 12 luglio 2012, *Fra.bo vs Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW)*, causa C 171/11. La sentenza è molto commentata, si v. tra gli altri A. PLAIA, *Da Düsseldorf a Lussemburgo e ritorno: "Towards Horizontal Effect For the Free Movement of Goods?"*, in *D. civ. cont.*, 3 novembre 2014 (<http://dirittocivilecontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/11/Plaia-Dusseldorf.pdf>); H. SCHEPEL, *Case C-171/11 Fra.-bo SpA v Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches*, in *ERCL*, 2013, pp. 186 ss.

(f) Nei casi *Viking* ⁽²⁸⁾ e *Laval* ⁽²⁹⁾, si è posto il problema del conflitto tra l'esercizio del diritto di sciopero dei sindacati – che in molti ordinamenti comunitari, ad iniziare da quello italiano, è di rango costituzionale – e il principio della libertà di stabilimento. I due casi, decisi quasi contemporaneamente, riguardano una vicenda speculare: nell'uno il diritto di sciopero vuole preservare le condizioni lavorative dello stato di origine, nell'altro estendere le condizioni peggiori dello stato in cui si svolge la prestazione lavorativa.

In *Viking*, un'impresa di trasporti marittimi intendeva dismettere per il Rosella, uno dei suoi traghetti, la bandiera finlandese per acquisire quella estone, scelta impedita dalla minaccia di azioni sindacali. Merita sottolineare che l'opzione a favore della flotta estone era determinata da una ragione imprenditoriale: il Rosella operava in perdita, trovando per questo applicazione il contratto collettivo di lavoro vigente in Finlandia, situazione che esponeva l'armatore alla concorrenza sulla stessa tratta delle navi estoni, che consentivano un collegamento a costi salariali inferiori.

Nel secondo caso, *Laval* è un'impresa lettone di costruzioni, che aveva distaccato in Svezia circa 35 lavoratori per costruire un edificio scolastico. A questa, con una serie di azioni sindacali consistenti nel blocco dei cantieri, tre organizzazioni sindacali svedesi del settore delle costruzioni e dell'elettricità tentano d'imporre il contratto collettivo locale a favore dei lavoratori distaccati, nonché di applicare le regole che assicurano le contribuzioni ai medesimi sindacati.

La Corte europea, in entrambi i casi, ha affermato che anche l'esercizio dei diritti sindacali può contrastare ed è suscettibile di limitare – ove ingiustificato o non proporzionato – le libertà fondamentali del Trattato e segnatamente la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) ⁽³⁰⁾.

(g) Nel caso *Commission v. France* (“Fragole spagnole”) ⁽³¹⁾ e *Schmidberger* ⁽³²⁾ si è posto il problema se il principio di libera circolazione fosse stato pregiudicato per non aver assunto gli Stati francese e austriaco mi-

⁽²⁸⁾ CGCE 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union vs Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, causa C 438/05.

⁽²⁹⁾ CGCE 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd vs Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.*, causa C 341/05.

⁽³⁰⁾ V. tra gli altri, H. COLLINS, *Social Dumping, Multi-level Governance and Private Law in Employment Relationships*, in D. LECZYKIEWICZ e S. WEATHERILL (A CURA DI), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., pp. 223 ss., a pp. 237 s.

⁽³¹⁾ CGCE 9 dicembre 1997, *Commissione delle Comunità europee vs Francia*, causa C 265/95.

⁽³²⁾ CGCE 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge vs Austria*, causa C 112/00.

sure idonee a rimuovere l'ostacolo materiale frapposto da quanti avevano creato dei blocchi alla frontiera.

Nel primo caso a essere colpita è la protratta inerzia delle autorità francesi verso le iniziative promosse dagli agricoltori nei confronti dei prodotti agricoli provenienti da altri Stati membri, come avvenuto esemplarmente per le fragole originarie della Spagna, che avevano determinato un rilevante ribasso dei prezzi e i cui produttori si giovavano della svalutazione competitiva della peseta. Sì che il denegato esercizio di una libertà del Trattato, in questo caso la libera circolazione, integra, nell'arresto della Corte di giustizia, il diritto al risarcimento del danno nei confronti dello stato inadempiente.

Sulla base di questo precedente, un'impresa tedesca, che organizzava trasporti tra la Germania e l'Italia con sei automezzi pesanti «silenziosi e non inquinanti», aveva intrapreso un'azione risarcitoria contro l'Austria, in quanto non aveva assunto alcuna iniziativa per contrastare un'associazione ambientalista che aveva posto un blocco al traforo del Brennero per circa trenta ore. Questa volta l'esito è sfavorevole in considerazione del fatto che si trattava d'una manifestazione isolata, che non ha determinato una situazione di effettiva incertezza e un pregiudizio alla libertà di circolazione, rispetto alla quale dovevano soppesarsi e bilanciarsi anche gli interessi perseguiti dai manifestanti.

(b) Nel caso *Traghetti del Mediterraneo* ⁽³³⁾, un fallimento promuove una causa risarcitoria nei confronti di una società che aveva goduto di illegittimi aiuti di stato. La domanda viene respinta nei tre gradi di giudizio e a fronte del diniego della Corte di Cassazione di sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia, attinente all'interpretazione delle norme del Trattato relative alla concorrenza, viene intentata con successo un'azione risarcitoria nei confronti dello Stato italiano per violazione del diritto comunitario da parte del giudice di ultima istanza. La Corte europea in questo caso, contemperando le specificità connesse alla funzione giurisdizionale e le legittime istanze di certezza del diritto, ha affermato la contrarietà ai principî dell'ordinamento europeo di una legislazione nazionale che escluda la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a séguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultima istanza ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ CGCE 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA vs Italia*, causa C 173/03.

⁽³⁴⁾ V. in dettaglio V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *R. d. priv.*, 2006, pp. 347 ss.; e in una prospettiva più ampia, D. LECZYKIEWICZ, *The Constitutional Dimension of Private Law*

3. – La casistica che ho appena richiamato non ha pretese di esaustività, mirando piuttosto ad agevolare la comprensione dei problemi, a individuare epicentri critici e possibili sviluppi, a identificare una condivisa tassonomia concettuale.

In effetti, i casi ricordati attengono a effetti significativamente diversi: in taluni casi si produce la nullità del contratto o di parte di esso, in altri si genera una pretesa risarcitoria nei confronti d'un privato, in altri ancora il risarcimento del danno si rivolge allo Stato.

Tuttavia, in (quasi) tutti i casi ricordati, l'attore – per solito un'impresa privata o un professionista soccombente davanti alla giurisdizione domestica – invoca di fronte alla corte europea la forza eminente della norma comunitaria *contro* le regole del proprio ordinamento interno⁽³⁵⁾.

Lo fa con successo anche se, a tutta prima, appare evidente che il destinatario formale delle norme comunitarie invocate non è il privato, ma lo Stato.

Ciò consente di fermare una prima, ancorá elementare, conclusione: il problema dell'efficacia nei rapporti tra privati delle norme dell'Unione europea non può essere limitato ai conflitti che si generano nel traffico intercomunitario né affidarsi al facile criterio fondato sul destinatario formale della norma comunitaria.

In taluni casi, il TFUE detta regole che pacificamente si rivolgono ai privati, come quelle in materia di concorrenza (art. 101, par. 2, TFUE), quella in materia di risarcimento del danno per il mancato adempimento degli obblighi (art. 340, par. 2, TFUE), così come si ritengono immediatamente applicabili ai rapporti tra privati quelle in materia di discriminazione sul lavoro (art. 45, par. 2, TFUE)⁽³⁶⁾.

Al contrario, le libertà di circolazione dei beni, dei servizi, delle persone, dei capitali s'indirizzano formalmente solo agli Stati, che a esse sono chiamati a dare attuazione⁽³⁷⁾.

Liability Rules in the EU, in EAD. e S. WEATHERILL (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., pp. 199 ss., spec. pp. 217 ss.

⁽³⁵⁾ In ciò può scorgersi una linea evolutiva dei principi compresi in *Cassis de Dijon*, CGCE 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG vs Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, causa C 120/78.

⁽³⁶⁾ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. Cicu Messineo*, I, *Fonti e principi generali*, Milano 2000, pp. 46 ss.

⁽³⁷⁾ H. SCHEPEL, *Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law*, in *ERPL*, 2013, pp. 1211 ss.; G. DAVIES, *Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law*, in D. LECZYKIEWICZ e

Gli è pertanto che la norma, *verticale*, che fissa il modello di organizzazione del mercato nei rapporti tra Stati membri e (tra di essi e) l'ordinamento comunitario è suscettibile di tradursi in una regola di comportamento, allora *orizzontale*, che disciplina e corregge il contenuto dei rapporti tra soggetti privati.

Ciò autorizza l'interrogativo, quale logica conseguenza, se sia soggetta al vaglio di liceità anche la regola contrattuale che ostacoli o precluda la libertà di circolazione comunitaria delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali ⁽³⁸⁾.

Ci si deve, in sostanza, chiedere se sia coerente con l'effettiva vigenza delle libertà fondamentali del Trattato una regola pattuita tra le parti che con esse contrasti e/o miri deliberatamente a vulnerarne gli effetti; in caso di risposta negativa, a quali condizioni le norme di diritto comunitario possano sovrascrivere la regola domestica o, quantomeno, tradursi in un principio di ordine pubblico economico immediatamente precettivo.

Parimenti, ci si deve interrogare se il disvalore sotteso al divieto che conforma l'azione dello Stato membro, e che solo a quest'ultimo impone un comportamento esigibile, possa riflettersi su un piano orizzontale alla stregua d'un illecito civile, così qualificando il comportamento o il rapporto tra privati.

4. – In secondo luogo, come avvertivo poc'anzi, i casi ricordati sottendono fenomeni tra loro non assimilabili, e quanto alla struttura del fatto giuridico e quanto agli effetti che da essi discendono.

Le regole del diritto giurisprudenziale si lasciano, infatti, comprendere all'interno di quattro possibili schemi di riferimento.

(i) La prima ipotesi è quella che si determina quando la norma comunitaria non recepita nell'ordinamento né autonomamente autoapplicativa, pur non producendo effetti sulle regole e sui rapporti tra privati ⁽³⁹⁾, fonda

S. WEATHERILL (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., pp. 53 ss.

⁽³⁸⁾ E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, pp. 622 ss.; A.S. HARTKAMP, *The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law*, in *ERPL* 2010, pp. 527 ss.; J.W. RUTGERS, *Free Movements and Contract Law*, in *ERCL*, 2008, pp. 475 ss.; e v. già, in un particolare settore, E.M. KIENINGER, *Securities in Movable Property within the Common Market*, in *ERPL*, 1996, pp. 41 ss.

⁽³⁹⁾ È pacifico che le direttive non producano effetti orizzontali, v. CGCE 26 febbraio 1986, *Marshall vs Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, causa C 152/84; CGCE 14 luglio 1994, *Faccini Dori vs Recreb Srl*, causa C 91/92; CGCE 5 ottobre 2004, *Pfeiffer vs Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV et al.*, causa 397/01 a

un rapporto giuridico pretensivo *verso* lo Stato quale parte fondamentale dell'attuazione dell'ordinamento domestico.

Così è, come deciso nel caso *Francoovich*⁽⁴⁰⁾ o *Brasserie du Pêcheur*⁽⁴¹⁾, per l'inattuazione o l'attuazione travisata d'una direttiva, ove questa fosse attributiva al privato di diritti che per la carenza della regola del diritto interno sono irrimediabilmente frustrati: ciò genera un danno ingiusto in capo al privato che rivolge la sua pretesa risarcitoria verso lo Stato.

Lo stesso vale se la violazione del diritto europeo si produce perché la corte di ultima istanza nazionale ne ha *oggettivamente* denegato l'applicazione.

Giova qui avvertire che la fattispecie illecita è diversa in radice dalla situazione che integra la responsabilità del giudice che abbia colpevolmente o dolosamente denegato giustizia (come previsto dall'art. 267, par. 3, TFUE). L'illecito dell'ordinamento per il fatto dell'inattuazione della norma comunitaria configura una responsabilità oggettiva che sorge per il fatto stesso della disapplicazione della regola comunitaria, ciò a prescindere dallo stato soggettivo del giudice⁽⁴²⁾.

(ii) Una seconda serie di ipotesi è quella – definibile in termini di *Drittwirkung* mediata (per altri di efficacia verticale *riflessa*) – costituita dai casi nei quali la norma europea produce un obbligo positivo – consistente, quindi, in un *facere* – in capo allo Stato apparato, al fine di assicurare l'effettivo esercizio d'una libertà fondamentale o d'un'altra norma del Trattato.

(iii) Una terza situazione tipo è quella che si realizza quando il giudice nazionale, a séguito della diagnosi del contrasto insanabile con le regole comunitarie, opera l'immediata disapplicazione delle norme di diritto interno, che vengono deprivate d'ogni effetto e capacità precettiva nella situazione concreta, ovvero adegua interpretativamente la norma interna al precetto comunitario.

403/01; in tema v. M. DOUGAN, *The Impact of the General Principles of Union Law upon Private Relationships*, in D. LECZYKIEWICZ e S. WEATHERILL (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., pp. 71 ss.

⁽⁴⁰⁾ CGCE 9 novembre 1995, *Francoovich vs Italia*, causa C 479/93.

⁽⁴¹⁾ CGCE 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA vs Bundesrepublik Deutschland et al.*, causa 46/93 e 48/93.

⁽⁴²⁾ Sulla responsabilità civile del giudice v. F. AULETTA e G. VERDE, *La nuova responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 898 ss.; C. CASTRONOVO, *La commedia degli errori nella responsabilità dello stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario*, in *Europ. d. priv.*, 2012, pp. 945 ss.

Si pensi, ad esempio, al divieto di concedere alle imprese aiuti dalla mano pubblica che il Trattato (art. 107 TFUE) impone agli Stati membri e la cui violazione pacificamente non produce effetti orizzontali, atteso che la violazione può essere contestata solo agli Stati.

Tuttavia, il disvalore oggettivo che la violazione del divieto determina è suscettibile di tradursi in una norma di protezione e connota l'ingiustizia del danno subito dall'impresa pregiudicata dalla concorrenza, allora *sleale*, di quella ausiliata dalla mano pubblica, almeno quando quest'ultima sapesse o avesse dovuto essere a conoscenza della violazione⁽⁴³⁾. Del pari potrebbe opinarsi se sia valido il contratto che voglia eliminare o cauterizzare gli effetti dell'azione di recupero degli aiuti di stato di cui una impresa abbia goduto, prevedendo a tal fine una specifica garanzia.

(iv) Infine, vi sono casi propriamente ascrivibili alla efficacia *diretta* delle libertà fondamentali, nei quali le norme di diritto comunitario producono effetti *orizzontali* che conformano direttamente il rapporto privatistico, perché generano diritti e obblighi immediatamente azionabili dal privato ovvero determinano la nullità d'un atto di autonomia privata o, ancora, qualificano un fatto in termini d'illecito civile e d'ingiustizia del danno.

5. – Quanto s'è detto e il tentativo di sistemazione operata autorizzano, in termini dogmatici, una precisazione concettuale e tassonomica⁽⁴⁴⁾.

Di *Drittwirkung* ovvero sia di efficacia nei confronti *dei terzi* può parlarsi a stretto rigore solo allorché, nei rapporti orizzontali tra due soggetti, la norma del Trattato assurge a stregua immediata e diretta della qualificazione d'un fatto di autonomia privata, fonte di diritti e obblighi, momento della rilevanza ermeneutica d'un comportamento.

Diversa è la qualificazione degli effetti e la situazione soggettiva che ne discende – che la dottrina qualifica nei termini di *Drittwirkung mediata* o di efficacia (allora) *riflessa* – per i casi nei quali la norma comunitaria assurge a stregua di qualificazione di atti normativi o materiali riferibili

⁽⁴³⁾ A.S. Hartkamp, *The General Principles of EU Law and Private Law*, in *RabelsZ*, 75 (2011), pp. 241 ss., a pp. 252 s. In part. si v. sullo schema di illecito C. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato*, in *Europ. d. priv.*, 2000, pp. 349 ss.

⁽⁴⁴⁾ Per questa impostazione v. C.-W. CANARIS, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, in H. BAUER *et al.* (a cura di), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Tübingen 2002, pp. 29 ss.; cfr. anche E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, cit., pp. 589 ss.

esclusivamente allo Stato, atti e fatti che hanno poi incidenza sulle pretese dei privati.

Ancóra da distinguere, e da ascrivere sempre agli effetti mediati, è il caso in cui ai principî e alle norme comunitarie si dà ingresso e attuazione, attraverso l'interpretazione adeguatrice affidata al giudice nazionale.

Ciò che tipicamente può avvenire nella "concretizzazione" delle clausole generali del diritto privato, si pensi alla buona fede e all'ordine pubblico e, pure, alla ragionevolezza o al principio di precauzione.

6. – Non è disagevole scorgere la distanza delle soluzioni appena ricordate con quelle che la dogmatica delle fonti del diritto interno consente di argomentare⁽⁴⁵⁾.

A volerne sinteticamente illustrare la ragione, la teoria delle fonti tradizionale offre uno strumento epistemologico che dà per presupposto ciò che, invece, oggi appare bisognevole d'una nuova fondazione teorica: la (necessaria) statualità del diritto privato, la competenza esclusiva dell'ordinamento nazionale nel dettare la gerarchia delle fonti del diritto, l'autonomia oggettiva e soggettiva del diritto privato, la netta separazione – anche conoscitiva – tra il diritto pubblico e il diritto privato.

In questa prospettiva, esclude la stessa possibilità di ascrivere effetti orizzontali alla norma europea una voce autorevole della dottrina, per la quale l'uniformità dei diritti nazionali non andrebbe confusa, in una sorta di illusione ottica, con l'unità dell'ordinamento comunitario, che si risolverebbe invece sempre nella molteplicità degli ordinamenti nazionali⁽⁴⁶⁾.

Ciò perché si assume che (esclusivo) punto di rilevanza effettuale e, poi, ermeneutico debba per necessità logica essere il singolo ordinamento nazionale, cui appartiene il monopolio del potere normativo nei confronti dei privati.

Se unica fonte è quella riveniente dall'ordinamento nazionale, non solo non si avrebbe alcun effetto diretto, ma neppure riflesso: i rapporti e le regole comunitarie che s'indirizzano agli Stati non sarebbero di per sé suscettibili di produrre regole direttamente azionabili in capo ai privati, né – dovrebbe conseguentemente dirsi – sarebbe concepibile una tutela

⁽⁴⁵⁾ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano 2008, pp. 139 ss.; ID., *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2013, pp. 1207 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli 2006, pp. 159 ss. e 265 ss.

⁽⁴⁶⁾ N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2001, pp. 700 ss.; ID., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2006, pp. 71-73.

nei confronti del mancato adeguamento dell'ordinamento alla regola comunitaria.

Parimenti, è evidente la difficoltà per chi voglia governare le antinomie che si generano nel contrasto tra libertà del Trattato e norme del diritto privato, esclusivamente sulla base d'una valutazione di prevalenza dell'una o dell'altra fonte, avvalendosi dei principî – consueti all'interprete del diritto domestico – di gerarchia, di competenza, di non contraddizione⁽⁴⁷⁾.

Si pensi al fatto, che, nell'ordinamento nazionale l'imperatività della norma non è disponibile al giudice, che deve sollecitare la pronuncia del tribunale delle leggi e solo quest'ultimo può cancellare ed espungere la norma dall'ordinamento. E però quello stesso giudice è richiesto di *disapplicare* la norma domestica incompatibile con il diritto comunitario.

Inevitabile è, allora, la constatazione d'una sovrapposizione e contraddizione tra il criterio gerarchico e quello della competenza.

Ad accettare tali premesse, ne discenderebbe un vincolo normativo che impedisce di superare taluni dati positivi del sistema, prima fra tutti la distinzione tra le regole di diritto pubblico, che attengono all'organizzazione dello stato apparato, e quelle del diritto privato, che si rivolgono al mercato.

Né sarebbe, anche logicamente, neppure ipotizzabile un coordinamento tra la norma fondamentale costituzionale e quella del Trattato, tra i diritti inviolabili tutelati dalla prima e le libertà economiche garantite dal secondo (come nel caso del contrasto tra il diritto di sciopero e il principio della libertà di stabilimento).

7. – Le riflessioni appena ripercorse agevolano l'introduzione d'un'ulteriore verifica: se l'ordinamento interno disponga degli strumenti ermeneutici volti a governare il conflitto tra le regole del diritto privato e le regole ordinamentali di diritto pubblico, che sorreggono l'organizzazione e l'azione dello Stato.

La dogmatica delle fonti di diritto interno, da tempo, ha studiato come sciogliere l'antinomia tra una norma di rango costituzionale, pensata come

⁽⁴⁷⁾ In part. si v. M. ORLANDI, *Primauté del diritto comunitario?*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti* (Atti del 4° Convegno Nazionale SISDiC, 16-18 aprile 2009), Napoli 2010, pp. 207 ss. Ma sul tema si v. ora, con specifico approfondimento, D. BURCHARDT, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund. Theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht*, Tübingen 2015.

principio ordinante l'azione pubblica, e quella del diritto privato, costruita per solito in termini di fattispecie produttiva di effetti⁽⁴⁸⁾.

Di qui l'utilità conoscitiva di porre a confronto il tema degli effetti diretti delle libertà fondamentali del trattato con il tema della *Drittwirkung* dei diritti costituzionali⁽⁴⁹⁾.

Non v'è dubbio che la giurisprudenza pratica faccia largo uso dell'argomento costituzionale, sia al fine di ascrivere un senso alle clausole generali, sia in chiave argomentativa per favorire processi d'interpretazione evolutiva o adeguatrice; ed è questo il piano che ho indicato sopra nei termini dell'efficacia *mediata*⁽⁵⁰⁾.

Se, però, l'analisi si sposta sul piano propriamente dell'efficacia *diretta* dei diritti costituzionali nei rapporti tra privati, nel senso già precisato della *Drittwirkung* immediata, pur a fronte d'una riflessione teorica rilevante⁽⁵¹⁾, il tema ha formato oggetto d'un approfondimento non univoco e tecnicamente meno avvertito nel diritto giurisprudenziale (basti pensare, ad esempio, che la stessa tutela costituzionale dell'autonomia privata può considerarsi problema di marginale importanza in termini pratici)⁽⁵²⁾.

Ai fini del percorso che qui si svolge è utile appuntare l'attenzione sugli argomenti che – in particolare nelle riflessioni teoriche – hanno sorretto la risposta negativa e hanno, pertanto, escluso che la norma costituzionale possa produrre effetti orizzontali ed essere assunta a cifra immediata della qualificazione dei fatti di autonomia privata⁽⁵³⁾.

(48) Le riflessioni su questo tema sono debitrice degli studi di Pietro RESCIGNO sul principio di uguaglianza nei rapporti tra privati, ora raccolti in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, I, Padova 1987, pp. 335 ss. Per un'indagine più recente E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, cit., pp. 589 ss. Per la dimensione europea del problema si v. in particolare S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn 2008.

(49) In part. per il confronto si v. C.-W. CANARIS, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, cit., pp. 29 ss.

(50) Per un'indagine si v. F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano 2015, pp. 61 ss.; E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, cit., pp. 595 ss.

(51) Cfr. per tutti P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., spec. pp. 535 ss.

(52) La constatazione della limitata importanza pratica del tema è di P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari 1979, pp. 242 ss., spec. p. 243.

(53) P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, cit., p. 243 nega la rilevanza costituzionale dell'autonomia contrattuale; v. poi, in altra prospettiva, A. PACE, *Costituzione europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti*, in questa *Rivista*, 2006, II, pp. 1 ss.

In particolare, ritengo possano identificarsi due dottrine, la prima più formale e forse storicamente datata, la seconda più attenta all'evoluzione del diritto vivente.

Nella prima lettura, la diretta applicazione dei principi costituzionali è stata in radice contestata sul presupposto che le norme della Costituzione s'intendono programmaticamente dirette al legislatore e non destinate a plasmare i rapporti tra privati, che suppongono una sfera di interesse direttamente ascritta al privato e tutelata dall'ordinamento⁽⁵⁴⁾.

Nella seconda lettura, senz'altro più articolata, concorrenti ragioni portano ad escludere che le norme costituzionali possano produrre effetti *diretti* nei rapporti tra privati.

(i) Quando il destinatario delle norme costituzionali è lo Stato, la trasposizione del precetto normativo direttamente in capo al soggetto privato postula che sia elisa la sfera di interesse – di regola anch'essa tutelata costituzionalmente – che il privato medesimo è chiamato a governare autonomamente. È evidente, ad esempio, che l'applicazione indiscriminata del principio di uguaglianza cancella l'autonomia privata, intesa come cura e presidio dell'interesse riconosciuto al privato.

(ii) La riserva di legge, che governa l'attuazione e i limiti ai diritti costituzionali, esclude che i medesimi criteri possano valere selettivamente per gli atti negoziali. È, anzi, normalmente vero il contrario: ciascun accordo privato può essere visto come una limitazione di altrettante norme fondamentali (si pensi, ad esempio, al rapporto di lavoro subordinato e a tutti i contratti che incidono direttamente o indirettamente sui diritti della personalità: dal contratto di edizione a quello di insegnamento). Gli è, infatti, che la stessa autonomia privata postula una valutazione rimessa al privato e riconducibile anch'essa, seppure indirettamente a valori costituzionali.

(iii) Nel conflitto tra valori e libertà costituzionali, il legislatore è richiesto di operare un bilanciamento, sì che possano convivere interessi e diritti contrastanti, procedimento affidato a parametri quali l'adeguatezza, la necessità, la proporzionalità. Tale schema valutativo è insuscettibile di replicarsi nella valutazione dell'interesse che amministra il privato, che per definizione – ove la legge non lo richieda espressamente – non è procedimentalizzato ed è immotivato. Dunque, la manifestazione di autonomia privata – di regola – è insuscettibile di sussumere dialetticamente la

⁽⁵⁴⁾ Si rileggano le dense pagine di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, pp. 2 ss.

ponderazione, operazione cui invece è chiamato il legislatore al momento di operare il bilanciamento tra valori costituzionali opposti.

8. – Avere sinteticamente richiamato, in modo senz'altro incompleto e forse apodittico, le dottrine sull'applicazione diretta dei principi della Carta costituzionale, mi pare possa aiutare a comprendere la ragione per la quale, quando ci occupiamo della *Drittwirkung* delle libertà fondamentali del Trattato, ci confrontiamo con un problema *qualitativamente* diverso.

In termini generali, talune delle argomentazioni che sono spese per contrastare l'applicazione diretta delle norme costituzionali possono proporsi anche nei confronti dell'efficacia, orizzontale e diretta, delle norme del Trattato⁽⁵⁵⁾.

Intanto, anche in questo caso potrebbe ritenersi irrimediabilmente vulnerata l'autonomia privata, in quanto compressa da una regola eteronoma non destinata di per sé a disciplinare un fatto di autonomia, né pensata per limitare il potere dei privati⁽⁵⁶⁾.

Poi le libertà fondamentali del mercato unico sono norme che s'indirizzano allo Stato e alle quali solo lo Stato apparato può dare attuazione.

Infine, le ragioni che legittimamente consentono agli Stati nazionali di limitare l'esplicarsi delle libertà fondamentali (ordine pubblico, sicurezza, salute pubblica) non sono acconce a offrire un criterio coerente di valutazione e qualificazione dei fatti di autonomia privata.

Le argomentazioni appena svolte potrebbero già arrestarsi di fronte a una constatazione fattuale: il potere additivo della Corte europea di giustizia, quale elemento costitutivo dell'ordinamento comunitario è un fatto di normazione, in sé oggettivamente rilevante. Esso, infatti, – con le parole di *van Gend & Loos* che segna una pietra miliare nella formazione giurisprudenziale del diritto europeo – opera nel presupposto che «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere [...] che riconosce come soggetti, non soltanto gli stati membri ma anche i loro cittadini».

⁽⁵⁵⁾ Espressamente C.-W. CANARIS, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, cit., pp. 29 ss.

⁽⁵⁶⁾ Per un'argomentazione fondata sulla tutela dell'autonomia privata si v. O. CHEREDNYCHENKO, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, in *ERPL*, 2006, pp. 23 ss.; cfr. anche P. OLIVER e W.-H. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, cit., pp. 426 s.; nonché, G. WAGNER, *Zwingendes Vertragsrecht*, in H. EIDENMÜLLER ET AL. (A CURA DI), *Revision des Verbraucher-acquis*, Tübingen 2011, pp. 3 ss.

Rispetto alle decisioni della Corte europea di giustizia, non varrebbe certo constatare che il diritto nazionale non assegna il ruolo di fonte alla giurisprudenza domestica⁽⁵⁷⁾.

Al contrario, l'ordinamento nazionale è formalmente soggetto al diritto giurisprudenziale comunitario in virtù della forza propria del Trattato e all'obbligo delle corti di ultima istanza – che sono attuatori decentrati del diritto dell'Unione – di disapplicare il diritto nazionale ovvero di sollevare la questione pregiudiziale comunitaria là dove esista un dubbio applicativo (art. 267, par. 3, TFUE)⁽⁵⁸⁾.

È, infatti, la stessa giurisprudenza comunitaria a predicare, in termini assai chiari, l'effetto immediatamente conformativo delle libertà del Trattato sui rapporti tra privati e l'iscrizione ai singoli di diritti soggettivi che il giudice nazionale è chiamato a tutelare⁽⁵⁹⁾.

Non è però solo l'argomento legato alla forza precettiva degli arresti comunitari che porta a escludere che possano mettersi sullo stesso piano, logico e argomentativo, l'efficacia diretta delle norme costituzionali e quella delle libertà fondamentali.

V'è, infatti, una decisiva e sostanziale differenza tra i diritti scritti nella Costituzione nazionale e le libertà fondamentali del Trattato UE.

In termini giusrealistici, non è casuale che la *Drittwirkung* dei diritti costituzionali sia evocata per comprimere e limitare il potere di scelta dei privati e l'autonomia contrattuale; al contrario, invocando l'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali del Trattato s'intendono superare o rimuovere gli ostacoli, normativi o materiali, frapposti dagli ordinamenti interni.

Si deve rilevare, infatti, che i diritti costituzionali si ergono a difesa della libertà del singolo *dallo* Stato, sia riconoscendo un ambito inattingi-

⁽⁵⁷⁾ Per questa obiezione A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano 2007, pp. 21 ss.

⁽⁵⁸⁾ R. CONTI, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Europ. d. priv.*, 2007, pp. 479 ss.; J. BASEDOW, *Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht. Über Unsicherheiten, Allgemeine Grundsätze und die europäische Justizarchitektur*, in *AcP*, 210 (2010), pp. 157 ss.

⁽⁵⁹⁾ Ad esempio *Walrave en Koch vs Association Union cycliste internationale et al.*, cit., punti 31-34; *Union royale belge des sociétés de football association ASBL vs Bosman et al.*, cit., punto 8; *Angonese vs Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, cit., punto 47; *Defrenne vs Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, cit., punti 31 e 39; *International Transport Workers Federation e Finnish Seamen's Union vs Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, cit., punto 57.

bile al potere della mano pubblica, sia imponendo alla stessa obblighi positivi o negativi di prestazione. Lo Stato è garante e tutela le libertà e l'uguaglianza del singolo, in relazione a interessi protetti e riconosciuti come intangibili.

Al contrario, le libertà fondamentali del Trattato non guardano alla libertà del singolo in quanto tale, ma individuano altrettanti elementi costitutivi della struttura del mercato unico, presupposti e condizioni della sua esistenza e del suo efficiente funzionamento, che gli Stati nazionali sono chiamati a garantire conformando a tal fine la propria azione.

In questo contesto semantico, il lemma "fondamentale" se riferito alle libertà del Trattato sottende interessi e un sistema di tutela in radice diverso da quello reclamato dai diritti fondamentali della teoria costituzionale, anche se talora gli effetti sono coincidenti (come nel caso del divieto di discriminazione)⁽⁶⁰⁾.

A riprova che la struttura formale della situazione soggettiva è differente, si consideri che altro è il test per accertarne la violazione, in quanto – là dove si tratti delle libertà fondamentali – si dovrà verificare se l'ostacolo alla libera circolazione si sarebbe determinato anche in presenza della misura contestata⁽⁶¹⁾.

Altre sono le norme che assicurano l'integrazione degli ordinamenti nel mercato unico, altre e diverse le norme che, anche nella dimensione dell'Unione europea, sono deputate a assicurare la legittimazione sovrana nazionale attraverso la tutela dei valori inalienabili della persona.

Le libertà fondamentali di circolazione – delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali –, ma si pensi anche al divieto di aiuti di stato o alle norme sulla concorrenza, non proteggono dunque un interesse *finale*.

Si tratta, invece, di poteri e poi situazioni soggettive *strumentali*, in quanto necessarie a garantire l'esistenza e l'efficiente funzionamento del mercato unico – pur in presenza di ordinamenti diversi – e d'una concorrenza dinamica idonea a incrementare il benessere collettivo. Del pari esse intendono assicurare le condizioni alle quali i singoli cittadini e le imprese possono effettivamente e utilmente partecipare al mercato unico.

Da questo punto di osservazione, è più agevole avvertire che la denunciata incoerenza tra l'autonomia privata e (i limiti che derivano dal)le

⁽⁶⁰⁾ Come si avvertiva sopra alla nota 13, richiamando quanto osserva T. KINGREEN, *Fundamental Freedoms*, cit., pp. 519 e 531. Cfr. anche N.J. DE BOER, *Fundamental Rights and the EU Internal Market: Just how Fundamental are the EU Treaty Freedoms? A Normative Enquiry Based on John Rawls Political Philosophy*, in *Utrecht L. R.*, 9 (2013), pp. 148 ss.

⁽⁶¹⁾ T. KINGREEN, *Fundamental Freedoms*, cit., pp. 532 s.

regole e (da)i principî del Trattato è frutto d'una visione anacronista, centrata su una concezione individualistica dell'interesse e del potere del privato.

Le regole che assicurano la struttura concorrenziale ed efficiente del mercato sono parte integrante dello statuto normativo dell'autonomia contrattuale, quale potere di dettare una regola e di disciplinare i propri interessi economici⁽⁶²⁾. Esse, dunque, non si contrappongono all'iniziativa economica del singolo, ma ne definiscono l'ambito e la proiezione oggettiva, in coerenza con gli effetti che si determinano sulla dinamica concorrenziale⁽⁶³⁾.

È allora evidente che quando si discorre degli effetti diretti o mediati delle norme del Trattato a venire in gioco sono principalmente interessi essenzialmente economici, il che rende in genere improbabile un conflitto con valori che si riferiscono alla persona.

Né certamente interessi di natura prettamente patrimoniale, quali il potere di mercato delle imprese e la limitazione alla circolazione dei beni o servizi, possono essere tutelati facendo appello alla tutela della libertà associativa e dell'autonomia statutaria con la quale si precostituisce una posizione monopolistica (che opera in concreto *contro* gli associati, come in *Bosman*)⁽⁶⁴⁾ ovvero invocando una maggior tutela dei consumatori che una regola protezionistica sarebbe in grado di assicurare (come nel caso *Fra.bo*).

Ciò non esclude – come si è visto – che un problema di conflitto con principî o valori fondamentali, nel senso più pregnante del termine, del Trattato o protetti da norme costituzionali possa in concreto determinarsi.

Tuttavia, quando l'esercizio concreto delle libertà fondamentali del Trattato confligge e si contrappone ad altri diritti, talora di rango costituzionale – come nel caso della manifestazione del pensiero della associazione ambientalista ovvero con l'esercizio del diritto di sciopero –, la giurisprudenza europea impone una valutazione analitica, che non si arresta di

⁽⁶²⁾ Per una lettura anche in chiave ordoliberal del nesso tra libertà fondamentali del Trattato e autonomia privata si v. S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *ERPL*, 2008, pp. 553 ss., in part. p. 569.

⁽⁶³⁾ Sia consentito rinviare al mio *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari 2008, pp. 3 ss.

⁽⁶⁴⁾ Sul rapporto tra autonomia statutaria degli enti e libertà fondamentali si v. in part. K. VIEWEG E A. RÖTHEL, *Verbandsautonomie und Grundfreiheiten*, in *ZHR*, 166 (2002), pp. 6 ss.

fronte al rango formale del diritto invocato o di quello contrapposto alla norma del Trattato. Essa, piuttosto, raccomanda di guardare alle modalità concrete che accompagnano l'esercizio del diritto, agli interessi rilevanti, sì da apprezzare la necessità e la proporzionalità delle azioni intraprese.

Così non potremmo, certamente, dire fondato o legittimo l'esercizio dei diritti sindacali per sollecitare la concessione a un'impresa di un aiuto da un soggetto pubblico, quand'anche fosse il socio, per superare una crisi aziendale e così preservare i livelli occupazionali.

Altro è, dunque, la tutela dei diritti propri dei lavoratori, altro è assumere iniziative sindacali al (solo) fine di limitare o impedire la possibilità di offrire servizi tra imprese appartenenti agli Stati membri.

9. – Il profilo funzionale cui ho fatto riferimento mi pare possa aiutare nel rintracciare le traiettorie argomentative che sorreggono le scelte compiute dalla Corte europea di giustizia e così a proporre una chiave di lettura.

Come s'è appena detto, la disciplina del Trattato evidenzia un aspetto funzionale, intendendosi così che essa mira a produrre un *effetto*, cui sono strumentali gli interessi che trovano protezione: la costituzione e l'efficiente funzionamento del mercato unico in presenza d'una pluralità di ordinamenti diversi.

La *ratio* e il criterio di commisurazione nell'applicazione delle regole rivenienti dal Trattato anche ai rapporti di diritto privato è, dunque, l'*effet utile*, che in concreto significa che l'espansione delle libertà fondamentali del Trattato avviene alla stregua d'un principio di effettività e della concreta attuazione delle norme europee nei singoli Stati membri⁽⁶⁵⁾.

Rileva, pertanto, non una valutazione che discende dalla struttura astratta dei diritti invocati, quanto piuttosto gli effetti che si determinano, tenuto conto degli interessi rilevanti, in conseguenza dell'assetto del mercato.

A sua volta, il *vulnus* ai valori fondamentali dell'Unione dev'essere concreto ed effettivo, quindi né temporaneo né altrimenti superabile.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. tra gli ultimi, P. ROTT, *The Court of Justice's Principle of Effectiveness and its Unforeseeable Impact on Private Law Relationships*, in D. LECZYKIEWICZ - S. WEATHERILL (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., pp. 181 ss.; N. REICH, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in J. RUTGERS-P. SIRENA (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, Cambridge-Antwerp-Portland 2015, pp. 45 ss.; e nella letteratura italiana, tra gli altri, S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli 2009; N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2009, pp. 887 ss.

A voler tentare di decodificare le linee interpretative che discendono dal diritto giurisprudenziale, anche in questa materia può essere utile ordinare gli arresti europei individuando i gruppi di casi che propongono soluzioni a vicende e conflitti di interessi omogenei, secondo quel modello di comprensione della concretizzazione giurisprudenziale che segue appunto le *Fallgruppen* ⁽⁶⁶⁾.

Si tratta di linee interpretative e di traiettorie di cui mi provo qui a segnalare taluni segmenti.

(A) In primo luogo, ai fini dell'attuazione delle libertà fondamentali del Trattato non rileva che formalmente in taluni ordinamenti europei il potere di regolazione del mercato sia attribuito all'apparato burocratico pubblico ovvero a enti o soggetti privati ⁽⁶⁷⁾.

Nella prospettiva dell'effetto utile e dell'effettività delle regole, ciò giustifica che le libertà fondamentali del Trattato trovino applicazione, in ragione del connotato funzionale, anche a soggetti privati.

Parimenti spiega le regole della giurisprudenza pratica comunitaria che estendono l'applicazione delle libertà fondamentali del Trattato ai soggetti privati che esercitano il proprio potere sulla base di preposizioni quasi pubblicistiche, come nel caso delle federazioni sportive e degli enti cui la legge attribuisce una posizione monopolistica ovvero che sono finanziati da contributi pubblici.

Si tratta d'una proposta interpretativa, in fondo, non ignota alla riflessione della dottrina italiana, basti pensare alla categoria – proposta da Massimo Severo Giannini – delle associazioni a rilievo pubblicistico ⁽⁶⁸⁾, ovvero alla proposta di selezionare tipologicamente la disciplina per le associazioni private anche in ragione della funzione pubblica o generale che assolvono ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Su questo metodo tipicamente proposto nell'ambiente tedesco, v. in particolare R. WEBER, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, in *AcP*, 192 (1992), pp. 516 ss., la replica di A. BEATER, *Generalklauseln und Fallgruppen*, *ivi*, 194 (1994), pp. 82 ss., e poi ancora lo stesso R. WEBER, *Erwiderung*, che si legge di seguito a pp. 90 ss.

⁽⁶⁷⁾ Taluni spunti, seppure in chiave più generale, in M. FREEDLAND e J.-B. AUBY (a cura di), *The Public Law/Private Law Divide*. Une entente assez cordiale?, Oxford-Portland 2006; M. RUFFERT (a cura di), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London 2009; e v. altresì J. BASEDOW, *The State's Private Law and the Economy-Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making*, in *Am. J. Comp. Law*, 56 (2008), pp. 703 ss., spec. a p. 717 (e anche in N. JANSEN e R. MICHAELS [a cura di], *Beyond the State. Rethinking Private Law*, Tübingen 2008, pp. 527 ss.).

⁽⁶⁸⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1993, pp. 207 ss.; G. NAPOLITANO, *Le associazioni private «a rilievo pubblicistico»*, in *R. crit. d. priv.*, 1994, pp. 583 ss.

⁽⁶⁹⁾ V. in part. D. VINCENZI AMATO, *Associazioni e tutela dei singoli. Una ricerca*

Merita, peraltro, sottolineare che questo è vero anche sul fronte della disciplina comunitaria della concorrenza, di cui invece è formale destinataria solo l'impresa privata che compete nel mercato, e che la giurisprudenza comunitaria – come avvenuto nel caso *Macrotron*⁽⁷⁰⁾ – ha rivolto anche alle pubbliche amministrazioni. Ciò accade quando la regolazione amministrativa impedisce la creazione di un mercato unico e competitivo ovvero là dove l'attività intrapresa da un ente pubblico non appaia necessariamente collegata e funzionale alla sua natura pubblicistica⁽⁷¹⁾.

In questa chiave di lettura, può comprendersi, allora, anche la norma domestica che attribuisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato taluni poteri d'impugnazione nei confronti di atti amministrativi in contrasto con la concorrenza e il mercato (art. 21-*bis* della legge n. 287 del 10 ottobre 1990)⁽⁷²⁾.

(B) Un passo ulteriore in questa stessa direzione compie l'estensione delle libertà fondamentali del Trattato dai corpi “quasi pubblici” ai soggetti privati che esercitano un rilevante potere di mercato (come avviene nel caso dell'ente privato che esercita un controllo di qualità sui prodotti) ossia nei casi in cui la regolazione privata produce effetti funzionalmente equivalenti a quella pubblica⁽⁷³⁾.

Come si legge molto chiaramente nelle pagine della giurisprudenza comunitaria, gli obiettivi del mercato unico sarebbero posti nel nulla se si consentisse all'autonomia privata, per il tramite di contratti associativi o in ragione di un potere rilevante acquisito sul mercato, di fare ciò che al legislatore è impedito.

Anche in questo caso, non si tratta di un percorso ignoto alla letteratura italiana, basti pensare alla riflessione sui fatti di normazione oggettiva, che la dottrina degli anni settanta del Novecento ascriveva alle condizioni

comparata, Napoli 1984, pp. 9 ss., pp. 192 ss.; A. FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova 1991, pp. 60 ss.

⁽⁷⁰⁾ CGCE 23 aprile, 1991, *Höfner and Elser vs Macrotron GmbH*, causa C 41/90, in part. punto 22; mentre si nega il ricorso alle regole sulla concorrenza per quegli enti privati che curano interessi tipici di una pubblica autorità, CGCE 18 marzo 1997, *Calì & Figli vs Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, causa C 343/95, punto 23.

⁽⁷¹⁾ W. SAUTER e H. SHEPEL, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge 2009.

⁽⁷²⁾ E, tuttavia, la norma agita l'interrogativo – che qui può solo evocarsi – che attraverso l'impugnazione dell'atto amministrativo si arrivi a sindacare la legittimità della norma che quel potere amministrativo sorregge.

⁽⁷³⁾ E sul “potere privato” quale antecedente – di matrice essenzialmente ordoliberal – (anche) di regole giuridiche si v. ora la raccolta di F. MÖSLEIN (a cura di), *Private Macht*, Tübingen 2016.

generali di contratto⁽⁷⁴⁾ o agli effetti *erga omnes* della contrattazione collettiva.

(C) Un'ulteriore cifra ermeneutica della giurisprudenza comunitaria, che ne evidenzia la dimensione (non formale o gerarchica ma) funzionale, riguarda l'attitudine ad applicare nei rapporti tra privati le libertà del Trattato in maniera selettiva.

L'applicazione diretta ha riguardato la libertà di stabilimento, la libera circolazione delle persone e dei servizi, non invece la libera circolazione dei beni⁽⁷⁵⁾ – seppure ora con la rilevante eccezione del caso *Fra.bo* – e la libera circolazione dei capitali⁽⁷⁶⁾.

Se, almeno allo stato, la libertà di circolazione dei beni non ha funzionalmente generato regole dirette nei rapporti di diritto privato, ciò si spiega verosimilmente – oltre che in ragione del mutuo riconoscimento e del principio dello Stato d'origine del bene – soprattutto perché questo settore appare adeguatamente governato dalla disciplina della concorrenza (mentre un'indiscriminata applicazione della libertà di circolazione dei beni determinerebbe tra l'altro un aggiramento sostanziale della regola *de minimis*)⁽⁷⁷⁾.

Per quanto concerne la libera circolazione dei capitali, invece, una spiegazione del fatto che ad essa la giurisprudenza pratica non ha fatto appello in chiave di efficacia orizzontale può cercarsi nell'uniformazione normativa che caratterizza la disciplina dei mercati finanziari⁽⁷⁸⁾.

Un commento, nel dibattito che accompagna l'applicazione di queste regole, appare meritevole di essere qui richiamato. Ciò che appare capace d'incrinare questa linea giurisprudenziale è il crescente dissolvimento dei

⁽⁷⁴⁾ V. in tema, tra gli altri, V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano 1975, 81 ss.; V. RIZZO, *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli 1983, pp. 22 ss.; e per una lettura d'insieme F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano 2008, pp. 119 ss.

⁽⁷⁵⁾ V. i casi CGCE 6 giugno 2002, *Sapod Audic vs Eco-Emballages SA*, causa C 159/00; CGCE 1° ottobre 1987, *VZW Vereniging van Vlaamse Reisbureaus vs VZW Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, causa C 311/85; CGCE, 27 settembre 1988, *Bayer AG e Maschinenfabrik Hennecke GmbH vs Sillböfer*, causa C 65/86. Problematicamente, nella circolazione dei diritti sui beni, v. B. AKKERMANS, *Property law and the International market*, in S. VAN ERP-A. SALOMONS e ID. (a cura di), *The Future of European Property Law*, Munich, 2012, pp. 199 ss.

⁽⁷⁶⁾ Per una proposta, v. S. ROBIN-OLIVIER, *Bargaining in the Shadow of Free Movement of Capital*, in *ERCL*, 2012, p. 167 ss.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. H. VAN HARTEN - T. NAUTA, *Towards Horizontal Direct Effect For the Free Movement of Goods? Comment on Fra.Bo*, in *ELR*, 2013, pp. 677 ss.

⁽⁷⁸⁾ V. per quanto concerne la giurisprudenza comunitaria in materia di *golden share*, da ultimo, F. BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi int. eur.*, 2014, pp. 57 ss.

caratteri distintivi tra beni e servizi: ciò per la progressiva imbricazione reciproca tra la *res* materiale che costituisce il prodotto e i servizi continuativamente necessari perché il bene possa offrire le proprie prestazioni. Con la conseguenza che si determinerebbe, in molti casi, un processo di “commodificazione” e, poi, la conseguente identificazione del bene con l’ambulazione dei servizi che ad esso sono necessari⁽⁷⁹⁾.

(D) Infine, l’applicazione delle libertà fondamentali può invocarsi (solo) nei casi in cui la compressione dei valori fondamentali dell’Unione è concreta ed effettiva.

Conseguentemente la libera circolazione dei beni non pregiudica l’applicazione giurisprudenziale di regole quali la *culpa in contrahendo* nell’ordinamento tedesco (il problema si è posto per gli obblighi di informazione che incombono sugli importatori paralleli in relazione ai servizi di garanzia dei beni) o la disciplina dei vizi occulti in quello francese⁽⁸⁰⁾. In questi casi, infatti, secondo il giudice di Lussemburgo l’effetto prodotto da queste norme sull’effettivo esplicarsi della circolazione dei beni nel mercato unico è troppo incerto negli esiti e indiretto nel nesso causale.

Per altro verso, perché un ostacolo sussista non è sufficiente che trovi applicazione una norma della disciplina nazionale restrittiva e suscettibile di limitare la libera circolazione, almeno tutte le volte in cui le parti abbiano avuto la possibilità di scegliere una differente legge protettiva di quelle stesse libertà⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ P. VERBRUGGEN, *The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services*, in ERPL, 2014, pp. 201 ss.

⁽⁸⁰⁾ CGCE 13 ottobre 1993, *CMC Motorradcenter GmbH vs Baskiciogullari*, causa C 93/92; CGCE 24 gennaio 1991, *Alsthom Atlantique SA vs Compagnie de Construction mécanique Sulzer SA*, causa C 339/89.

⁽⁸¹⁾ Nella dottrina v. J.W. RUTGERS, *Free Movements and Contract Law*, cit., pp. 479 s.; S. LEIBLE, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, in S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., pp. 63 ss.; T. KÖRBER, *Grundfreibeten und Privatrecht*, cit., *passim*. Merita a questo riguardo ricordare CGCE 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd vs Eaton Leonard Technologies Inc.*, causa C-381/98, secondo cui il patto di scelta della legge applicabile riferito al paese di residenza del proponente, paese non UE, contrasta con gli artt. 17-19 della direttiva del 18 dicembre 1986, 86/653/CEE sugli agenti commerciali indipendenti. Tale direttiva mira ad assicurare la libertà di stabilimento, una concorrenza non falsata nell’ambito del mercato interno, nonché a garantire taluni diritti in caso di estinzione del contratto: obiettivi, questi, che si ritengono necessariamente operanti allorquando l’agente commerciale svolga la sua attività sul territorio di uno Stato membro.

10. – Su altri profili merita qui fare almeno un cenno.

L'efficacia orizzontale delle libertà arricchisce la riflessione sui rimedi in concreto esperibili e sulle norme processuali rilevanti, la cui stessa applicazione dev'essere limitata o esclusa tutte le volte che non assicuri l'effettività del diritto sostanziale dell'Unione⁽⁸²⁾.

In termini generali, sono rimesse alla qualificazione propria dell'ordinamento nazionale le conseguenze dell'accertata contrarietà alle libertà fondamentali, quali la nullità o l'inefficacia, così pure gli effetti che ne discendono, a iniziare dal danno risarcibile, e i rimedi in concreto esperibili.

Ci s'interroga, però, se le regole e i principi derivanti dal diritto europeo possano essere applicati *ex officio* dal giudice ovvero se dalla giurisprudenza possa desumersi una regola che impone un'eccezione ovvero riserva la legittimazione solo alla parte lesa⁽⁸³⁾.

Il dubbio è stato posto perché solo per talune violazioni, e segnatamente per gli illeciti concorrenziali, come nel caso *T-Mobile*⁽⁸⁴⁾ attinente all'art. 101 TFUE, s'afferma espressamente la rilevabilità dal giudice della violazione, mentre *dicta* analoghi non accompagnerebbero in modo egualmente chiaro la violazione delle libertà fondamentali e i principi generali del Trattato⁽⁸⁵⁾. Atteso che la risposta pertiene al diritto nazionale, ci si potrebbe chiedere se anche nel nostro possa predicarsi la legittimazione relativa, opinando a esempio l'esistenza d'una nullità di protezione a favore della parte debole⁽⁸⁶⁾. Ma questa proposta interpretativa ritengo, tuttavia, debba essere declinata sul presupposto che si tratta di norme sottratte alla disponibilità delle parti, in quanto definiscono la struttura del mercato⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸²⁾ Su questi profili si v. E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. unione europea*, 2013, pp. 663 ss.

⁽⁸³⁾ A.S. HARTKAMP, *The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law*, cit., p. 532, e nt. 14.

⁽⁸⁴⁾ CGCE 4 giugno 2009, *T-Mobile Netherlands BV vs Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit et al.*, causa C 8/08.

⁽⁸⁵⁾ In questo senso v. espressamente A.S. HARTKAMP, *The General Principles of EU Law and Private Law*, cit., p. 253, testo e nt. 38 e s.

⁽⁸⁶⁾ Per questo percorso argomentativo additivo, che ritengo di non condividere, con riguardo all'abuso di dipendenza economica si v. ad es. G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *R. d. priv.*, 2005, pp. 285 ss., a pp. 300 s.

⁽⁸⁷⁾ Un'analoga conclusione è diversamente motivata da A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea e processo civile*, estratto dalla *Riv. d. proc. civ.*, 2015, pp. 1400 ss.

Fuori dei casi in cui sussiste una discriminazione – come dimostra il caso *Angonese* –⁽⁸⁸⁾, quando si tratta di valutare gli effetti restrittivi d'una libertà di circolazione è ragionevole convenire che un criterio interpretativo debba trarsi dal principio *de minimis* che governa le norme sulla concorrenza, dovendosi attribuire rilievo non a qualsiasi impedimento generato nel funzionamento del mercato, ma solo a quello che sia caratterizzato da una materialità adeguata o significativa. Parimenti, e direi sempre oltre la soglia *de minimis* seppure nei termini appena declinati, per i contratti del mercato sussiste un vincolo all'interprete di proporre una lettura delle regole contrattualmente pattuite conforme al diritto comunitario (secondo un approccio che può trovare un fondamento nell'art. 1368, comma 2, c.c.)⁽⁸⁹⁾.

Pure la geografia dei rimedi può risultare significativamente ridisegnata dall'esigenza di assicurare l'effettività delle norme del Trattato, sì che non tutte le eccezioni esperibili per il diritto interno sono sempre proponibili: nel caso *Courage*, ad esempio, si è constatato che il diritto al risarcimento del danno a favore del contraente leso elide l'eccezione della traslazione a valle del danno sui consumatori, che si definisce ormai comunemente *passing on* e che si collega al principio dell'ingiustificato arricchimento⁽⁹⁰⁾. Parimenti, il recupero d'un aiuto di Stato avverso la parte illegittimamente ausiliata non può essere impedito da norme processuali o da termini decadenziali, nemmeno in considerazione di ragioni di certezza del diritto o di tutela del legittimo affidamento del singolo (giungendosi pure alla disapplicazione dell'art. 2909 c.c. ove ciò consentisse di trattenerne l'aiuto illegale ottenuto)⁽⁹¹⁾.

D'altra parte, lo stesso dogma del giudicato cui si è appena fatto riferimento – lo stato tra le parti che determina la sentenza quando sono esauriti i gradi di giudizio o che non è stata impugnata nei termini (ma lo stesso vale per il lodo arbitrale non più impugnabile)⁽⁹²⁾ – è suscettibile d'essere revocato in discussione, come dimostra il caso *Kühne*⁽⁹³⁾, che ha

⁽⁸⁸⁾ Sulla differenza rispetto ai casi in cui si discute di discriminazione v. P. OLIVER e W.-H. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, cit., p. 426.

⁽⁸⁹⁾ Ad es. v. CGCE 28 settembre 1994, *Coroll Pensions Trustees Ltd. Vs Russel et al.*, causa C 200/91.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni»*, cit., c. 85 s.

⁽⁹¹⁾ CGCE 18 luglio 2007, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato vs Lucchini SpA*, causa C 119/05.

⁽⁹²⁾ CGCE 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL vs Nogueira*, causa C 40/08.

⁽⁹³⁾ CGCE 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz NV vs Produktschap voor Pluimvee en*

consentito la revisione di una sentenza passata in giudicato (nel caso specifico si trattava di sentenza pronunciata dal giudice nazionale passata in giudicato che accertava la legittimità d'un provvedimento amministrativo) quando risulti che questa viola il diritto comunitario.

11. – Le riflessioni sin qui condotte possono, quasi circolarmente, ritornare al tema della teoria delle fonti che ha aperto queste pagine.

Il diritto comunitario non è autosufficiente, ma poggia e integra gli effetti dei diritti nazionali, della cui leale collaborazione si avvale (art. 4, par. 3, TUE).

L'integrazione avviene nella misura in cui ciò sia strettamente necessario.

Per il tramite della concretizzazione affidata al diritto giurisprudenziale le libertà fondamentali producono un'uniformazione *funzionale*, là dove sussistano differenze normative significative ovvero ostacoli giuridici o materiali frapposti dai sistemi nazionali o dagli accordi privati.

Ciò si determina là dove esistano soluzioni di continuità tra l'integrazione positiva – che è quella affidata alla norma che produce uniformità precettiva – e l'integrazione negativa, che invece opera rimuovendo gli ostacoli frapposti dai singoli ordinamenti che generano restrizioni alla libera circolazione.

In questo quadro ordinamentale, i problemi sciolti alla stregua dell'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali del Trattato danno prova del concreto atteggiarsi di norme che stipulativamente possono indicarsi come «multilivello», in quanto la loro forza imperativa s'indirizza, variamente adattandosi nel portato precettivo, sia all'ordinamento europeo, sia ai singoli Stati membri, sia ai cittadini appartenenti agli ordinamenti nazionali⁽⁹⁴⁾.

L'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali si ancora, dunque, a un duplice presupposto: (i) che sussista una diversità e un conflitto tra regole giuridiche – quindi: non esclusivamente tra norme primarie – negli ordinamenti che concorrono alla formazione del mercato unico; (ii) che permanga in capo agli ordinamenti nazionali la potestà normativa, ivi compresa quella di attuare e concretizzare la regola giuridica⁽⁹⁵⁾.

Eieren, causa C 453/00; v. anche, CGCE 30 settembre 2003, *Köbler vs Austria*, causa C 224/01; CGCE 16 marzo 2006, *Kapferer vs Schlank & Schick GmbH*, causa C 234/04.

⁽⁹⁴⁾ T. KINGREEN, *Fundamental Freedoms*, cit., pp. 526 s.

⁽⁹⁵⁾ T. KINGREEN, *ibidem*.

Sì che l'invocazione delle libertà fondamentali e della loro funzione peregrinatrice viene meno nelle materie nelle quali il mercato unico è compiutamente armonizzato.

Quanto s'è detto illustra, altresì, il significato da ascrivere all'interpretazione *conforme* ⁽⁹⁶⁾.

Gli è, infatti, che la priorità logica e sistematica – contrariamente a quanto si legge all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale – va riconosciuta non all'interpretazione letterale, fondata sul significato proprio delle parole utilizzate dal legislatore, ma a quella funzionale e teleologica ⁽⁹⁷⁾. Parimenti, l'interprete, e in special modo il giudice, prima di operare la disapplicazione della norma domestica ritenuta incompatibile, dovrà sempre cercare la via dell'adeguamento interpretativo, scegliendo tra i possibili significati quello più coerente con la norma europea ⁽⁹⁸⁾.

Ne risulta notevolmente accresciuto il ruolo dei principî quali strumenti di concreta ed effettiva armonizzazione, che appaiono capaci d'assolvere e veicolare una pluralità di funzioni: una funzione interpretativa, quando concorrono a lumeggiare i precetti esistenti; una funzione suppletiva e integrativa, quando favoriscono la produzione di regole o tutele; una funzione correttiva, quando sono evocati per vagliare ed emendare i processi ermeneutici ⁽⁹⁹⁾.

L'unità del diritto privato, come valore ermeneutico e sistematico, si realizza dunque nel coordinamento di principî ⁽¹⁰⁰⁾, non solo funzional-

⁽⁹⁶⁾ Cfr. M. RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in *Europa dir. priv.*, 2006, pp. 1407 ss.

⁽⁹⁷⁾ K. LANGENBUCHER, *Europarechtliche Methodenlehre*, in EAD. (a cura di), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2013, pp. 25 ss.

⁽⁹⁸⁾ A.S. HARTKAMP, *The General Principles of EU Law and Private Law*, cit., pp. 254 s. In termini generali, sul tema dell'interpretazione si v. gli spunti offerti da M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, *Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano 1991, pp. 349 ss. e la rilettura di V. CARIELLO, *Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione "orientate alle conseguenze" e il "vincolo del diritto positivo per il giurista"*, in V. DI CATALDO, V. MELI e R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, *Crisi dell'impresa. Scritti vari*, Milano 2015, pp. 1713 ss.

⁽⁹⁹⁾ Concordi, tra gli altri, A.S. HARTKAMP, *The General Principles of EU Law and Private Law*, cit., p. 256; M.V. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law: Their Nature, Role and Legitimacy*, in D. LECZYKIEWICZ e S. WEATHERILL (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., pp. 131 ss., a pp. 149 s.; secondo una prospettiva che in Italia è stata definita, significativamente, «armonizzazione "per principî"» da E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 661.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul cui ruolo si v. L. MENGONI, *I principî generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principî generali del diritto* (Atti dei Convegni Lincei 96, 27-29 maggio 1991), Roma (Accademia Nazionale dei Lincei) 1992, pp. 317 ss.; più di recente, cfr. le considerazioni

mente eterogenei, ma pure rivenienti da più livelli normativi: quelli di supremazia e di effettività discendenti dalle norme del Trattato; principî pure non appartenenti geneticamente all'alveo del diritto privato, ma che in esso hanno trovato consolidata accoglienza, quali sono quelli di eguaglianza, di certezza dei rapporti giuridici, di precauzione; principî propri e caratteristici del diritto privato, quali primi tra tutti l'autonomia privata, la buona fede, l'ingiustificato arricchimento.

di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2014, pp. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in questa *Rivista*, 2014, pp. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, pp. 11 ss.; e la diversa prospettiva di A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, *ivi*, 2015, pp. 245 ss.