

LA CORTE DI GIUSTIZIA TRA SCELTE DI MERCATO E INTERESSI PROTETTI

Di Maddalena Rabitti

| 220

SOMMARIO: 1. *La Corte di Giustizia tra obiettivi di efficienza economica e tutela dei diritti: il rischio della “incalcolabilità”.* – 2. *La natura ibrida della Corte di Giustizia. Funzione giurisdizionale e innovazione del diritto nelle sentenze rese in via pregiudiziale.* – 3. *La genesi funzionale dell’UE e il ruolo additivo della Corte di Giustizia.* – 4. *L’attività della Corte di Giustizia e l’interesse alla stabilità finanziaria dell’Unione.* – 5. *La Corte di Giustizia e la tutela del mercato comune a partire da Dassonville.* – 6. *Segue. La tutela della stabilità finanziaria in materia bancaria: Pringle e OMT.* – 7. *Interessi delle parti in causa e interessi legati all’economia: i casi Dowling, Kotnik.* – 8. *La casistica in materia di migranti. I casi Viking e Laval e il principio di proporzionalità.* – 9. *La Corte di Giustizia “creatrice” del diritto e l’invasione di campo in materie riservate. Principio di effettività e diritto processuale dei consumatori.* – 10. *Principio di effettività e diritto all’informazione e alla trasparenza. Ancora sul ruolo suppletivo della Corte.* – 11. – *Conclusioni.*

ABSTRACT. *Muovendo dalle suggestioni del filosofo Duncan Kennedy, lo scritto muove dall’assunto che le decisioni dei Giudici hanno ormai acquisito un ruolo dominante nel fissare principi e regole comuni che orientano i mercati. Le sentenze della CGUE non sono escluse da questa logica. Tuttavia, ciò che emerge è un’irrisolta tensione tra l’esigenza di perseguire obiettivi di efficienza economica comuni e quella di salvaguardare singole posizioni di diritto.*

Starting from the suggestions of the philosopher Duncan Kennedy, the paper moves from the assumption that markets are guided by the decisions of the Judges, which have a dominant role in establishing common principles and rules. The judgments of the CJEU are not excluded from this logic. However, an unresolved tension between the need to pursue common economic efficiency objectives and safeguarding individual legal positions emerges.



1. La Corte di Giustizia tra obiettivi di efficienza economica e tutela dei diritti: il rischio della “incalcolabilità”.

Il filosofo Duncan Kennedy nel saggio su *Three Globalizations of Law and Legal Thought* distingue il pensiero giuridico sulla globalizzazione della legge in tre fasi a partire dal 1850 ad oggi.

La prima fase la identifica nel pensiero legale classico (fino al 1914) in cui il rapporto pubblico-privato viene spiegato alla luce del sistema di diritto positivo e in relazione al mercato libero, con un ruolo forte esercitato dalla dottrina che si traduce, ad esempio, nel fenomeno delle codificazioni europee. La seconda fase, che lo studioso fa durare fino al 1968, è caratterizzata dall’attenzione ai diritti sociali: lo sforzo è ripensare la legge come meccanismo regolatorio volto a cercare alternative alla logica del mercato e, in questa prospettiva, assume rilievo centrale la figura del legislatore. Infine, vi è *la fase della globalizzazione* che arriva, secondo Kennedy, ai giorni nostri, in cui le norme cercano di operare al meglio il bilanciamento degli interessi in conflitto, in un modo che viene definito dallo stesso filosofo in termini di “*neoformalismo*” ma che, pragmaticamente, si traduce in una regolazione del mercato improntata al principio dell’efficienza economica e, soprattutto, della supremazia del giudice su tutti gli altri poteri¹.

Ci viene così autorevolmente dimostrato come attualmente i giudici siano, in primo luogo, giudici dell’economia, esercitando un ruolo essenziale nella regolazione dei mercati.

Si assiste, poi, a un processo circolare che viene a connotare l’attuale sistema giuridico in cui lo schema gerarchico delle fonti è stato sostituito da un sistema “a rete”, in cui norme e principi provenienti da fonti diverse assumono, in sostanza, medesima valenza normativa, collocandosi sullo stesso livello².

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea non si sottrae a questo schema e ha ormai acquisito un ruolo dominante nel fissare principi e regole comuni

che orientano i mercati³. La sinergia con legislatore europeo, CEDU e giudici domestici è evidente; tuttavia, l’impressione che si trae dall’analisi della giurisprudenza della Corte europea non è sempre di massima coerenza tra risultati raggiunti e scelte interpretative.

Il bilanciamento dei diritti e delle libertà fondamentali sconta, infatti, da sempre, nell’interpretazione della Corte di Giustizia, la funzionalizzazione degli istituti e delle categorie giuridiche agli obiettivi dell’Unione volti, originariamente, alla realizzazione di un mercato unico⁴. Ciò che emerge, in particolare, è un’irrisolta tensione tra l’esigenza di perseguire obiettivi di efficienza economica comuni e quella di salvaguardare singole posizioni di diritto.

Se, in qualche misura, può ritenersi fisiologico un margine di incertezza nel bilanciamento tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali relativi alla persona e gli interessi del mercato come obiettivi di integrazione economica⁵, non sempre è chiaro quale sia il criterio con cui oggi il giudice europeo effettui tale scelta nel caso concreto.

La Corte di Giustizia, che ha da sempre operato e “perseguito una strategia quantomeno di equiparazione (quando non di subordinazione) sul piano assiologico dei diritti fondamentali rispetto alle esigenze del mercato comune”, in alcune più recenti pronunce sembra, in virtù del dialogo tra Corti europee, almeno sul piano dei principi dichiarati, “disposta a percorrere anche il cammino inverso rispetto a quanto sopra, ammettendo la possibilità di limi-

¹ D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thoughts: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, a cura di D. Trubek, A. Santos, Cambridge University Press, 2006.

² P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1144, afferma che il pluralismo delle fonti implica: “due conseguenze inevitabili: inadeguatezza della legge e perdita della sua autorità. Implica altresì l’esigenza urgente di supplenze; alla quale – come abbiamo già detto – corrisponde un ruolo tutto nuovo per il giurista e, specialmente, per il giudice. Un ruolo – tutto nuovo rispetto alla modernità post-illuministica, ma con sonore ascendenze nella civiltà classica e medievale e con forti corrispondenze con il mondo del *common law* – che potremmo definire correttamente di invenzione del giuridico”.

³ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 18; V. SCALISI, *Ritorno al diritto (Dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 124, il quale afferma che: “l’aspetto forse più saliente e caratteristico del diritto europeo è che esso, grazie all’intensa operosità della Corte di Giustizia, si è venuto sempre più conformando come diritto essenzialmente e prevalentemente giurisprudenziale, avente origine casistica, a volte tratto anche dalle tradizioni comuni agli Stati membri, così atteggiandosi a diritto che rinviene radici e legittima *vis* regolativa immediatamente nel concreto e specifico *caso* della vita e come tale direttamente nell’esperienza e nella prassi”.

⁴ Il rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali è oggetto di studi numerosi e rilevanti. Sulla natura delle libertà fondamentali nella UE, si veda tra gli altri, F. DE CECCO, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights and the Scope of Free Movement Law*, in *German Law Journal*, 2014, p. 384 ss. Altrettanto studiato è il tema del bilanciamento degli interessi tra esigenze del mercato e tutela della persona. La letteratura è amplissima. Tra le pubblicazioni più recenti in Italia si veda: E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell’UE e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 879 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le libertà fondamentali dell’Unione Europea (principi e problemi della drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 712 ss.

⁵ Quasi naturale conseguenza della crescente rilevanza che ha assunto la Corte nel sistema del diritto europeo che non le consente più di essere un giudice solo dell’economia. In generale, vedi G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell’evoluzione dell’Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 484.



tare “le libertà fondamentali” al fine di tutelare “diritti fondamentali «come riconosciuti dalle Corti Costituzionali o dalla Cedu»”⁶.

Ma, al di là delle affermazioni di principio, sono poi ancora, spesso, i diritti fondamentali a cedere il passo all’efficienza economica dell’Unione. Come è stato rilevato, la giurisprudenza europea, “anziché orientare il diritto dell’Unione all’obiettivo di una conformità con i diritti fondamentali, tende invece a restringere – attraverso un sindacato sulle ragioni scriminanti e attraverso il principio di proporzionalità – il potere giustificativo dei diritti sociali”⁷.

Tra principi declamatori ispirati, nel tempo, più di prima alla tutela di diritti fondamentali della persona, e regole dell’Unione interpretate dalla Corte di Giustizia alla luce del parametro dell’efficienza economica del mercato – vero obiettivo dell’Unione⁸ – si crea, dunque, una tensione che viene, di volta in volta, sciolta dalla Corte attraverso il bilanciamento degli interessi nel caso concreto.

Il riflesso, non solo teorico, di questa complessità è, oltre al tema della coerenza nell’armonizzazione, quello della “calcolabilità giuridica”⁹ che, almeno come prevedibilità delle decisioni, costituisce ormai un obiettivo ineludibile cui deve tendere la giurisprudenza, specie se di grado superiore¹⁰.

Si è detto, infatti, che occorre una “giurisprudenza precorritrice”, capace di fornire sulle questioni

più importanti un orientamento certo e prevedibile¹¹, evitando che la decisione discrezionale e creativa si traduca in una scelta soggettiva e arbitraria¹².

Distinguendo tre diversi corni del problema enunciato, si può rilevare come: (i) sia opinione già sostenuta in termini generali che la progressiva giurisdizionalizzazione abbia determinato un cambiamento del tradizionale riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione, ampliando la sfera di discrezionalità del giudice chiamato a partecipare direttamente alla creazione della regola del caso concreto¹³, con la conseguenza di introdurre elementi di incertezza che possono indebolire in modo significativo la prevedibilità e controllabilità delle decisioni¹⁴; (ii) tale margine di incertezza è inevitabilmente maggiore quando il giudice è chiamato, come accade alla Corte di Giustizia, a dovere bilanciare interessi dell’Unione e interessi (a volte anche diritti fondamentali) dei singoli, non necessariamente allineati, tanto più che l’Unione non è “ordinamento” in senso tradizionale; (iii) se è naturale che il giudice europeo tenga conto dell’impatto economico delle decisioni nell’assumerle, occorre chiedersi fino a che punto la valutazione delle conseguenze economiche della sentenza sull’andamento del mercato comune possa condizionare l’interpretazione della legge. Quest’ultimo aspetto, relativo al condizionamento che può avere l’impatto economico delle decisioni sulle scelte interpretative del giudice, assume rilievo centrale nell’analisi che si intende condurre volta a volta a capire se, in questo modo, non si corra il rischio di procedere *extra legem*, preordinando logicamente l’obiettivo di politica del diritto all’interpretazione del dato positivo.

L’incertezza sull’esito dei giudizi va in qualche modo scongiurata, sia perché si traduce in inefficienze del sistema giurisdizionale europeo e, per l’effetto, in un indebolimento del sistema delle tutele anche interne; il che, in un’analisi costi-benefici, rappresenta certamente un costo che deve essere tenuto sotto controllo; sia perché introduce un problema di giustizia distributiva.

Queste premesse rendono preferibile svolgere un’analisi della questione che tenga conto, in chiave interdisciplinare, degli aspetti pubblicistici e privatistici del problema. La circolarità dei processi regolatori e decisionali è caratterizzata, come si è detto,

⁶ G. PINO, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, Bologna, 2007, p. 109 ss.; L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d’insieme*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 645.

⁷ E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell’UE e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, *op. cit.*, p. 897.

⁸ F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà fondamentali tra mercato e persona: nuovi assetti nell’ordinamento europeo*, in *Contratto e Impresa*, 2018, p. 206.

⁹ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 22, afferma che la fiducia nella legge è attesa di rigorosa applicazione, di stabilità nel tempo, di continuità interpretativa. Soltanto ciò che dura merita affidamento. Si veda anche: ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 44; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 5, p. 687; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 1, p. 13: un diritto che non sa andare oltre l’irrazionalità del caso singolo, rimane non calcolabile; ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1, p. 17; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 5, p. 801. Molti di questi scritti sono ora in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

¹⁰ Osserva M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 39 che: “viene così esaltata la posizione verticistica di tali organi, in quanto si prevede che essi possano imporre – in un modo o nell’altro – le proprie scelte interpretative ed applicative a tutti i giudici collocati nel grado inferiore della piramide”.

¹¹ G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele (Diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, 2017, p. 405.

¹² Ancora, M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 15.

¹³ Nel senso di questo cambiamento sono, ad esempio, M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, 2, p. 295 e G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. priv.*, 2017, p. 869.

¹⁴ M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 137.





dal dialogo costante tra le Corti, europee e nazionali, e da un sistema delle fonti variegato, in cui la commistione tra pubblico e privato diventa tale da configurare un sistema di vasi comunicanti e la soluzione dipende dal grado di inclinazione che si sceglie.

2. La natura ibrida della Corte di Giustizia. Funzione giurisdizionale e innovazione del diritto nelle sentenze rese in via pregiudiziale.

La Corte è, per sua natura, ibrida. E' un organo giurisdizionale che si distacca dalla logica del "giudice e le leggi" e si muove in una dimensione più vicina al giudice di *Common Law*, connotata da una discrezionalità tale nelle scelte su come dare contenuto al diritto dell'UE che, quando interpreta, innova a tal punto il diritto da crearlo¹⁵, stabilendo, contestualmente, di volta in volta, quale è il bene dell'UE e piegando ad esso i diritti nazionali.

Un esempio di questo modo di procedere è insito nella tecnica delle sentenze rese dalla Corte in via pregiudiziale, spesso direttamente applicabili e, dunque parametro di legittimità delle norme nazionali, anche successive, che a queste devono conformarsi¹⁶. Infatti, "[l]a normativa comunitaria entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio, (...) vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della C.E.E. mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti, come nella specie, dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia"¹⁷. Analogamente, la nostra Corte Costituzionale già da un trentennio afferma che: "poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo Trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del

diritto comunitario, nel senso che *la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative*. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente "effetti diretti" – vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio – *non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate*"¹⁸.

L'importanza che assumono ai fini dell'armonizzazione del diritto dell'UE le sentenze rese in via pregiudiziale è talmente nota da rendere superflua ogni considerazione ulteriore, ma il "monopolio interpretativo" dei Trattati e degli atti normativi dell'Unione rende ancora più evidente la necessità che la Corte di Giustizia – che vincola il giudice nazionale nell'interpretazione della legge – garantisca in qualche misura certezza del diritto.

Ciò, a maggior ragione, in quanto la Corte di Giustizia occupa, fisiologicamente, il posto del legislatore con riguardo ai non irrilevanti vuoti normativi dell'Unione¹⁹.

È in questo *humus* che nascono le sentenze-norme che assumono, però, un significato diverso e specifico rispetto alla prassi, derivata, negli Stati membri, poiché nell'Unione queste sono strumento necessario di completamento. La diversità si coglie sul piano ontologico, poiché per definizione e per vocazione le sentenze sono dirette a colmare i vuoti normativi con una logica da *leading precedent*²⁰.

Il punto su cui occorre interrogarsi, rispetto a questo dato, pur fisiologico, è però se, soprattutto per le pronunce rese in via pregiudiziale, non sia più solo la validità o l'applicazione delle norme

¹⁸ Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389. Così, anche, in modo costante la Corte di Cassazione. *Ex multis*: Cass., 15 marzo 2002, n. 384; Cass., 12 marzo 2005, n. 4466; Cass., 1° settembre 2011, n. 17966; Cass., 11 dicembre 2012, n. 22577.

¹⁹ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 231, osserva che la carenza di contenuti della legislazione europea, cioè la sua strutturale incompletezza, avrebbe dovuto avere come implicazione necessaria il ricorso ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri (...). Tutt'al contrario la corte europea preferisce il criterio dell'interpretazione autonoma, talora dichiarandolo espressamente talora ricorrendo all'altro principio pure ad essa caro, quello di effettività (...).

²⁰ Afferma ancora C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 230, che: "Nella situazione attuale, in parallelo alla estrema atipicità di quello che possiamo chiamare potere legislativo, è diventato sempre più evidente il carattere di precedente che in primo luogo la Corte ha attribuito alle proprie decisioni, osservate con altrettanta puntigliosità dai giudici nazionali, onde si può dire che a una disciplina europea paralegislativa si è associata una funzione ipergiurisdizionale di vera e propria integrazione della prima".

¹⁵ Secondo C. CASTRONOVO, *Diritto civile europeo*, in C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 235, "Il risultato che ne emerge è l'irriducibilità del diritto europeo nel suo complesso all'alternativa tra diritto scritto e diritto giudiziale ... Diversamente dalla giurisdizione di *common law*, alla quale non è consentito pronunciare contro la legge scritta ma che può creare la *rule of law* andando oltre, essa può dunque svolgere la pur del tutto riconoscibile creatività di cui andiamo dicendo entro i territori occupati da quel diritto positivo".

¹⁶ L'art. 267 TFUE, attribuendo alla Corte di Giustizia il monopolio interpretativo dei Trattati e degli atti normativi dell'UE, instaura una giurisdizione di ordine superiore rispetto a quella di ultima istanza degli Stati membri. Così, C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 277.

¹⁷ Corte Cost., sentenza BECA, 23 aprile 1985, n. 113, par. 5.

3. La genesi funzionale dell'UE e il ruolo additivo della Corte di Giustizia.

Il giudice europeo svolge un ruolo, da un lato, normativo quando attraverso l'interpretazione integra gli atti legislativi e, dall'altro lato, esecutivo, quando guida i giudici nazionali nell'interpretare la compatibilità del diritto interno con quello europeo.

In questa peculiarità si coglie, in modo evidente, la distanza che corre tra l'attività svolta dalla Corte di Giustizia e la normale funzione giurisdizionale esercitata dai giudici, e la si comprende solo in considerazione del fatto che con l'Unione Europea non si è in presenza di un "ordinamento statale" in senso proprio.

L'Unione, infatti, nasce come organizzazione internazionale, originariamente unione doganale, fondata sulle quattro libertà di circolazione della Comunità economica europea (persone, merci, servizi, capitali) realizzate, non tutte e non in modo pieno, nel corso degli anni. Le norme istituzionali delle Comunità erano perciò, inizialmente, solo strumentali alle libertà dei mercati; successivamente, sono diventate architettura autonoma e fondamento di un'Unione politica, ma con una configurazione "atipica" rispetto a qualsiasi altra organizzazione internazionale o federazione di stati.

Il sistema dell'UE si è sviluppato, dunque, per definizione, a macchia di leopardo, in modo asistematico in ragione delle necessità – la genesi "funzionale" e non "federale" dell'Unione è uno dei peccati originali – ed è fondato sulla condivisione dei poteri legislativo ed esecutivo, impermeabile alla gerarchia delle norme²² e, dunque, ai criteri interpretativi classici degli ordinamenti continentali che appaiono, peraltro, gli unici rilevanti oggi, *post Brexit*.

Va poi ricordato, ed è un elemento che aggiunge complessità all'analisi, che la legislazione

²¹ Ciò, consapevoli anche del fatto che nel tempo il diritto dell'Unione ha informato anche i diritti individuali, prima affidati agli ordinamenti nazionali e a quello, parallelo, della CEDU, e ora terreno comune. Ma mentre la CEDU si muove orientata dalla necessaria prevalenza della tutela della persona, la Corte di Giustizia – come si è detto – non abdica al ruolo di giudice dell'economia, ma neppure rinuncia ad affermare la centralità dei diritti fondamentali, con le conseguenze sopra evidenziate. Come effetto di questo concorso di giurisdizioni diverse, le tutele hanno inevitabilmente iniziato a divergere.

²² G. AMATO, *Multilevel Europe and Private Law*, in *Making European Private Law: Governance design*, a cura di F. Cafaggi, H. Muir-Watt, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma), 2008, p. 39 ss.

dell'Unione Europea continua ad evolvere, non solo quanto ai contenuti – in ragione del trasferimento delle competenze da parte degli Stati, a seguito delle riforme dei Trattati – ma anche quanto alla forma e alle modalità, in considerazione del diverso grado di armonizzazione che il legislatore europeo vuole o può raggiungere, nel *patchwork* delle competenze derivanti dai cerchi asimmetrici dell'Unione a varie velocità, in cui norme e regole applicative valgono a volte per tutti gli Stati membri, altre solo per alcuni (basti pensare alla moneta o alla libertà di circolazione). Il grado di armonizzazione è – grossolanamente – inversamente proporzionale alla discrezionalità della Corte di Giustizia chiamata a giudicarne l'applicazione²³.

Come è stato affermato, "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 additivo della Corte Europea di giustizia e la competenza decentrata delle corti nazionali, che operano quali giudici "delegati" nell'attuazione del diritto europeo"²⁴.

In questo scenario, il giudice europeo ha assunto un ruolo multifunzionale, di ponte tra le isole del diritto derivato da quello internazionale, di enzima, tra gli ordinamenti nazionali in una contaminazione reciproca tra diritti nazionali ed europeo.

4. L'attività della Corte di Giustizia e l'interesse alla stabilità finanziaria dell'Unione.

Duncan Kennedy osserva che la Corte europea di Giustizia è *neoformalista* nella sua interpretazione delle libertà fondamentali dell'Unione per nascondere il suo potere legislativo sotto il mantello della necessità legale²⁵. In effetti, già da quanto si è

²³ Altre variabili dipendono anche dal fatto che le norme di primo livello abbiano carattere legislativo e, dunque, dal ruolo del Parlamento Europeo; talvolta le norme anche di primo livello non sono espressione del Parlamento: si pensi agli atti della BCE, la cui indipendenza presuppone l'esclusività del processo decisionale. Rilevante assume, peraltro, anche il ricorso all'approccio intergovernativo – alternativo al "metodo comunitario" e la cui applicazione sfugge alla competenza della Corte di Giustizia – tipico dei momenti di crisi e assorbito al superamento di questi. Si veda, da ultimo, la disciplina sul *fiscal compact*, adottata con un trattato internazionale che ora una recente proposta di direttiva della Commissione sta "comunitarizzando" (Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce disposizioni per rafforzare la responsabilità di bilancio e l'orientamento di bilancio a medio termine negli Stati membri del 6.12.2017, COM (2017) 824 final).

²⁴ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 714.

²⁵ D. KENNEDY, *op. cit.*, p. 69.



fin qui detto, si evince che la Corte di Giustizia ha assunto un ruolo così forte da renderla alla stregua di un *legislatore aggiunto e forse davvero autonomo*. Di recente, vi è anche chi ha autorevolmente affermato che la Corte di Giustizia è diventata una spada ben più lunga del braccio positivo che la sorregge, tramutando la sua natura originaria di *ius dicere*, in quella di super legislatore²⁶, quarto pilastro, insieme a Commissione, Parlamento e Consiglio della costruzione normativa dell'Unione²⁷.

Per verificare se la discrezionalità è esercitata in modo (tecnico) consono allo spazio che può essere riservato a un giudice²⁸, per quanto esso sia naturalmente formante forte del diritto, occorre guardare in concreto all'attività della Corte e ai riflessi sul diritto dell'economia dell'Unione.

Secondo l'insegnamento tradizionale, la Corte esercita il potere giurisdizionale svolgendo, al contempo, quando necessario: (i) un ruolo *normativo* (innova) quando interpreta il diritto applicando, ma anche *integrando*, gli atti legislativi ed esecutivi; (ii) un ruolo *evolutivo*, quando interpreta il diritto dell'UE lasciando, poi, ai giudici nazionali il compito di valutare la compatibilità del diritto interno con il diritto dell'UE; (iii) un ruolo di giudice di *appello* rispetto al tribunale di primo grado: è questa, ai nostri occhi, la funzione più strettamente giurisdizionale, dal momento che decide sul rapporto, incidendo sui diritti individuali delle persone.

Appare, perciò, utile svolgere un esame – seppure limitato solo ad alcune decisioni – della giurisprudenza dell'Unione, per vedere fino a che punto la Corte di Giustizia talvolta capovolga la tecnica di interpretazione, facendosi condurre soprattutto da argomenti di carattere legal-economico relativi alle conseguenze, ordinati secondo il principio dell'efficienza²⁹.

5. La Corte di Giustizia e la tutela del mercato comune a partire da *Dassonville*.

Come giudice dell'integrazione delle lacune normative la Corte ha svolto un'attività molto significativa. Si possono distinguere, anche in ordine di

tempo, diversi filoni di sentenze, il cui tratto comune è rappresentato dalla realizzazione di chiari obiettivi di politica economica³⁰.

Il “cuore” della Comunità Economica Europea, alla nascita, erano – come si è detto – le quattro libertà fondamentali di circolazione di merci, persone, servizi e capitali³¹; secondo i Trattati, esse avrebbero dovuto realizzarsi al termine di un periodo transitorio di dodici anni e dunque, nel 1968. La Corte, negli anni '70, preso atto della mancata realizzazione degli obiettivi (il percorso non era di fatto neanche avviato), ha utilizzato principi espressi dai Trattati per supplire alla mancata armonizzazione delle legislazioni nazionali (i.e. il principio del mutuo riconoscimento) – e, quando anche questi mancavano, non ha annullato atti delle istituzioni europee fondati su poteri impliciti (perché adottati in assenza di espressa attribuzione nei Trattati) – per promuovere, da un lato, misure compensative e, dall'altro lato, misure di stimolo verso un mercato unico.

Così, per le merci vi è stato il “mutuo riconoscimento” che da *Dassonville*³² a *Cassis de Dijon*³³ ha abbattuto le frontiere fino a costringere gli Stati più ostinati, negli anni '80, al paradosso delle “discriminazioni a rovescio”³⁴, poiché l'applicazione in via giudiziale del mutuo riconoscimento finiva per pregiudicare l'attività delle imprese nazionali, che

³⁰ Si veda G. TESAURO, *op. cit.*, p. 505 ss.

³¹ Sul punto A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 732.

³² Corte di Giustizia, 11 luglio 1974, causa C-8/74, *Procureur du Roi v. Benoit and Gustave Dassonville*, 1974, Racc. I-837.

³³ Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Rewe Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung Fuer Branntwein*, 1979, Racc. I-649.

³⁴ Una delle finalità ultime dell'integrazione europea è rappresentata dalla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel quale è assicurata la libera circolazione delle persone e sono vietate le discriminazioni. Il riconoscimento dei diritti di mobilità ai cittadini che si spostano sul mercato comune può produrre situazioni di svantaggio per coloro che operano, invece, nell'ambito di un singolo Stato membro. Le disposizioni nazionali che quei diritti comprimono non sono infatti applicabili agli operatori comunitari, mentre conservano la loro portata restrittiva nei confronti delle situazioni interne. Nell'esperienza comunitaria, tale fenomeno prende il nome di discriminazioni alla rovescia. La rimozione di queste situazioni passa attraverso un'applicazione mirata del principio generale di eguaglianza, accompagnata da un'opportuna collaborazione tra Corte di giustizia e giudici nazionali. Così chiarisce il concetto, F. SPILATERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione Europea*, Roma, 2010. Sul tema, per tutti, E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni “a rovescio”*, in *Dir. un. Eu.*, 1996, p. 351 ss. In giurisprudenza, Corte di Giustizia, 27 ottobre 1982, cause riunite C-35/82 e C-36/82, *Morson e Jhanjan* (in *Racc.*, p. 3723); Corte di Giustizia, 10 gennaio 1985, causa C-229/83, *Leclerc* (in *Racc.*, p. 1); Corte di Giustizia, 23 ottobre 1986, causa C-355/85, *Cognet* (in *Racc.*, p. 3231); Corte di Giustizia, 14 luglio 1988, causa C-90/86, *Zoni* (in *Racc.*, p. 4285); Corte di Giustizia, 30 maggio 1989, causa C-33/88, *Allué I* (in *Racc.*, p. 1591); Corte di Giustizia, 2 agosto 1993, cause riunite C-259/91, C-331/91 e C-332/91, *Allué II* (in *Racc.*, p. I-4309).

²⁶ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, *op. cit.*, pp. 227-228.

²⁷ Questo dato, peraltro, va inserito in un'evoluzione che ha spostato l'asse del *balancing of powers*, della condivisione del potere legislativo a favore del Parlamento europeo – il quale in origine veniva solo consultato mentre ora co-decide con il Consiglio – con la conseguenza di una maggiore attenzione alle tutele nei mercati, su cui la Corte è stata poi chiamata ad esprimersi.

²⁸ M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 15: in altri termini, si tratta di stabilire il confine tra decisione discrezionale e decisione arbitraria.

²⁹ Sul tema v. L. NIGLIA, *Tra Europa e diritto privato: la questione del bilanciamento secondo il diritto civile comparato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 159 ss.; p. 181.

dei diritti garantiti dalla norma straniera non potevano avvalersi.

Si è anche consolidata, in via giurisprudenziale, la condanna delle restrizioni quantitative e delle misure di effetto equivalente, distintamente (e anche indistintamente) applicabili, diretta a superare anche i tentativi di elusione delle norme da parte degli Stati membri.

Per le persone, la libertà di circolazione, assicurata al solo lavoratore (attuale o potenziale) è stata poi estesa dalla Corte³⁵ fino a indurre gli Stati Membri a stipulare il Trattato Schengen, che è stato la prima applicazione di una “cooperazione rafforzata”, diventata poi principio e norma disciplinata dai Trattati fino a consentire, oggi, un’Unione a più velocità variabili.

Un’ampia giurisprudenza sui servizi³⁶ ha poi aperto la strada alla costruzione di un impianto normativo da parte del legislatore europeo che, in applicazione, all’inizio, del mutuo riconoscimento, si è completato con la direttiva *Bolkestein*³⁷. Di nuovo: la Corte ha avviato un processo che il legislatore ha poi completato quando i tempi erano maturi.

Il secondo filone si associa all’interesse collettivo all’apertura dei mercati alla concorrenza che ha indotto la Corte di Giustizia a pronunciare sentenze *eversive* rispetto ai Trattati formali, facendo prevalere il carattere “funzionale” dell’ordinamento europeo che la Commissione costantemente richiamava.

La storia è nota, riguarda le liberalizzazioni dei mercati degli anni ‘90.

Le sentenze “terminali”³⁸ e “servizi”³⁹ hanno, così, consentito alla Commissione europea di perseguire la liberalizzazione dei mercati (a partire dalle telecomunicazioni), utilizzando la leva dell’art. 106.3 del Trattato che – nell’interpretazione della Corte – consentiva alla Commissione non solo di proporre, ma anche di adottare una direttiva, senza passare per il Consiglio e il Parlamento europeo, cui di fatto veniva negata la partecipazione alla formazione di un atto normativo.

Le “direttive fatte in casa” dalla Commissione hanno costretto, poi, gli Stati (e, dunque, il Consiglio) ad accettare il progetto politico della Commissione di aprire i mercati alla concorrenza, scardi-

nando i monopoli nazionali (pubblici, tranne che nel Regno Unito). Questo obiettivo è stato ritenuto dalla Corte prevalente addirittura sul rispetto della procedura legislativa prevista dai Trattati.

6. Segue. La tutela della stabilità finanziaria in materia bancaria: *Pringle* e *OMT*.

La giurisprudenza recente della Corte di Giustizia in materia bancaria costituisce ulteriore esempio di funzione legislativa della Corte, integrativa di una normativa in costante evoluzione (in una fase di “codificazione permanente”), svolta in funzione suppletiva.

*Pringle*⁴⁰ e *OMT*⁴¹ sono due pronunce della Corte storiche, adottate a breve distanza l’una dall’altra, su rinvio pregiudiziale di una corte irlandese la prima, addirittura della Corte costituzionale tedesca la seconda (ed è stata la prima volta).

La Corte di Giustizia ha ritenuto legittima sia (nella prima) l’azione della BCE sia (nella seconda) le misure da questa adottate, per quanto non convenzionali, e, dunque, sul piano giuridico, atipiche, poiché non fondate su norme specifiche che le attribuissero tali poteri. Non volendo ricorrere, nuovamente, ai poteri impliciti, la Corte ha ritenuto che le misure non convenzionali (le OMT, e così sarà poi per il *quantitative easing*) rientrassero nel perimetro

⁴⁰ Corte di Giustizia (adunanza plenaria), sent. 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, causa C-370/12; non ancora pubblicata nella *Raccolta*; essa è riprodotta in *Rivista*, 2013, p. 580 ss. Per i primi commenti alla sentenza si vedano: B. DE WITTE, T. BEUKERS, *The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism Outside the EU Legal Order: Pringle*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 805 ss.; V. BORGER, *The ESM and the European Court’s Predicament in Pringle*, *German Law Journal*, 2013, p. 113-139; P-A. VAN MALLEGHEM, *Pringle: a Paradigm Shift in the European Union’s Monetary Constitution*, *ibid.*, 2013, pp. 141-168; O. PORCHIA, *Il ruolo della Corte di giustizia dell’Unione europea nella governance economica europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, pp. 593-612.

⁴¹ Corte di Giustizia, 16 giugno 2015, causa C-62/14 *Gauweiler e a.* La vicenda processuale in esame trae origine da una serie di azioni (quattro ricorsi diretti e un conflitto tra poteri dello Stato) promosse dinanzi al Tribunale costituzionale-federale per contestare la compatibilità con la costituzione tedesca del cosiddetto programma OMT (*Outright Monetary Transactions*) con il quale la BCE annunciava un programma di acquisto sul mercato secondario, in quantità potenzialmente illimitata, di titoli sovrani di Stati membri in condizioni di difficoltà di bilancio e soggetti a programmi di assistenza finanziaria. Si veda tra i primi commenti alla vicenda dinanzi alla Corte tedesca: F. BASSAN, *Le operazioni non convenzionali della BCE al vaglio della Corte Costituzionale tedesca*, in *Riv. dir. int.*, 2014, pp. 361-393. Per l’elenco dei commenti alla sentenza della CGUE, si rinvia allo *special issue*, *The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, Vol. 1.

³⁵ Una trattazione sistematica è in M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006.

³⁶ Si rinvia per un’analisi sistematica a G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, nonché a N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, Milano, 2008.

³⁷ Direttiva 2006/123/CE.

³⁸ Corte di Giustizia, 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Consiglio c. Commissione*, in *Racc.*, p. I, 122.

³⁹ Corte di Giustizia, 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90, in *Racc.*, p. I-1239.





dei poteri attribuiti alla BCE in modo funzionale e, dunque, li ha qualificati come strumenti di politica monetaria (di competenza perciò esclusiva della banca centrale) e non economica (degli Stati membri, sotto coordinamento della Commissione), diretti a raggiungere l'obiettivo di stabilità di un'inflazione vicina al 2%.

Tutto il resto erano conseguenze, effetti collaterali, diretti o indiretti, e non costituivano l'obiettivo delle misure che così, e solo in virtù di questa strumentalità principale, venivano considerate legittime. Questa soluzione la si è raggiunta in via interpretativa, perché modalità, termini e condizioni per raggiungerla erano affidate alla discrezionalità esclusiva e legittima – se esercitata in modo funzionale a quest'obiettivo – della BCE.

In sostanza, in questi casi, nel vuoto normativo, la Corte non ha provveduto a integrare direttamente le regole, ma ha ritenuto legittima l'integrazione che ne faceva la BCE, che doveva essere in ciò tutelata, poiché contestarne la discrezionalità comportava minacciarne l'indipendenza.

L'interesse dei singoli (ricorrenti, negli ordinamenti nazionali) delle banche, degli Stati membri, non solo differenti tra loro, ma chiaramente in contrasto, è stato temperato dal giudice in funzione dell'interesse primario tutelato dai Trattati, assumendo così rilevanza solo strumentale alla tutela dell'interesse economico dell'UE.

Sotto questo profilo, si potrebbe forse anche ritenere che la Corte, in un caso e negli altri, assicuri per certi versi la "calcolabilità giuridica" e la prevedibilità dell'esito del giudizio, ponendo al centro della valutazione giuridica le esigenze economiche dell'UE e condizionando ad esse l'esito del giudizio; tuttavia così non sembra leggendo la giurisprudenza della Corte.

Resta il dubbio se, essendo il ragionamento giuridico condotto solo sulla base di un interesse terzo (stabilità dei mercati, concorrenza), sia garantita la correttezza dell'argomentazione giuridica.

7. Interessi delle parti in causa e interessi legati all'economia. I casi *Dowling* e *Kotnik*.

La Corte, oltre al ruolo suppletivo del regolatore, assume su di sé anche il compito di dare un indirizzo politico-economico all'Unione, individuando e perseguendo l'obiettivo economico, anche se ciò, talvolta, comporta scelte interpretative che possono, in concreto, condurre a risultati a cui forse non si giungerebbe qualora la Corte si limitasse a decidere guardando solo l'interesse della parte.

La Corte di Giustizia ha affermato così, ad esempio, che in caso di grave perturbamento dell'economia e del sistema finanziario di un Paese,

il diritto UE non osta all'esecuzione di un aumento di capitale di un ente creditizio anche contro la espressa volontà dei soci e in assenza di una loro specifica approvazione in sede assembleare; approvazione, peraltro, imposta da una legge nazionale⁴².

La vicenda, che ha visto protagonista nel caso *Dowling* una banca irlandese, ha portato la Corte di Giustizia ad affermare che "gli interessi degli azionisti e dei creditori non possono essere ritenuti prevalenti in ogni circostanza rispetto all'interesse pubblico alla stabilità del sistema finanziario".

Nel caso di specie, la Corte, effettuando il bilanciamento degli interessi in gioco, ha ritenuto che, a seguito dell'insuccesso della proposta di ricapitalizzazione avanzata dal Governo irlandese, l'ordinanza ingiuntiva fosse il solo mezzo per garantire la ricapitalizzazione della banca utile ad evitare l'insolvenza di tale istituto finanziario, nonostante la contraria valutazione dei soci. Ciò dopo avere valutato la gravità delle ripercussioni che, sul piano sistemico, sarebbero conseguite all'insolvenza dell'istituto creditizio, con pregiudizio dell'intera Unione Europea⁴³.

La soluzione del caso è ineccepibile sotto il profilo formale essendo argomentata sul piano del rapporto tra fonti normative: la Corte di Giustizia, nell'affermare la correttezza del ragionamento della Corte Suprema irlandese che ha imposto la ricapitalizzazione, ha implicitamente ritenuto che le regole stabilite dalla Seconda direttiva europea cedano di fronte ad una previsione diversa, incompatibile con la direttiva, contenuta in una legge interna dello Stato, che però è anch'essa espressione di una scelta di politica economica della stessa Unione Europea. Ciò in quanto la II direttiva societaria è diretta a regolare i diritti degli azionisti in fisiologia, e non in situazioni di patologia dell'economia che giustificano deroghe, dal momento che stabilità del sistema finanziario e minimizzazione delle distorsioni della concorrenza costituiscono un interesse pubblico superiore.

Ma il disegno della Corte, volto ad assicurare la stabilità dell'Unione attraverso l'interpretazione delle regole, è più manifesto in un'altra decisione, nota come *Kotnik*.

In materia di aiuti di stato, *Burden Sharing* e *bail in*, la Corte, dopo avere chiarito condizioni e limiti che giustificano la concessione di "aiuti di stato", ha affermato espressamente che la *ratio* della scelta se concedere o meno gli aiuti è quella di evitare il rischio che la difficoltà in cui versa una banca si propaghi rapidamente ad altre banche sia nello Stato membro sia in altri Stati membri, producendo rica-

⁴² Corte di Giustizia, 8 novembre 2016, causa C-41/15, *Gerard Dowling e a./Minister for Finance*.

⁴³ Sul tema E. RAGANELLI, *La tutela della stabilità finanziaria nel settore bancario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 341 ss.

dute negative in altri settori dell'economia⁴⁴. Pertanto, la stabilità degli Stati viene prima del diritto degli azionisti, perché altrimenti vi è rischio conseguente “di produrre ricadute negative in altri settori dell'economia”, con pregiudizio di tutta l'Europa.

L'argomentazione seguita dalla Corte rivela che è la preferenza per la tutela del mercato su quella delle parti a determinare l'esito del giudizio: si assiste, cioè, al ricorso ad una diversa tecnica di bilanciamento degli interessi da parte del giudice, il quale non si limita più a scegliere tra due interessi in conflitto riferibili alle parti in causa, ma tra questi e alcuni interessi generali, legati all'economia nazionale o sovranazionale che, di volta in volta, vengono in gioco. Ciò solleva il dubbio che l'impatto economico della decisione orienti a priori l'interpretazione, con il rischio, per dirla con Irti, che il diritto perda, man mano, qualsiasi razionalità nei confronti delle parti e si risolva *nell'occasionalità del puro decidere*⁴⁵.

8. La casistica in materia di migranti. I casi *Viking e Laval* e il principio di proporzionalità.

La Corte di Giustizia ricorre spesso al principio di *proporzionalità*⁴⁶ e a quello di *effettività*⁴⁷ soprat-

⁴⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 luglio 2016, C-526/14, *Kotnik*. Per un commento si veda E. RAGANELLI, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Giorn. dir. amm.* 2016, p. 779.

⁴⁵ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 49.

⁴⁶ Il principio di proporzionalità esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non eccedano i limiti di quanto è necessario alla realizzazione di tali obiettivi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti. La stessa Corte di Giustizia, 21 giugno 2018 (*Repubblica di Polonia v. Parlamento europeo*), precisa i limiti che in teoria incontra nel ricorso al principio di proporzionalità. Esso costituisce parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione ed esige che gli strumenti istituiti da una disposizione del diritto europeo siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerli. Per quanto riguarda il sindacato giurisdizionale di tali condizioni, occorre, tuttavia, riconoscere al legislatore dell'Unione un ampio potere discrezionale in un settore che richiede da parte sua scelte di natura politica, economica e sociale e rispetto al quale esso è chiamato ad effettuare valutazioni complesse; quindi, nel suo sindacato giurisdizionale sull'esercizio di siffatta competenza, la Corte non può sostituire la propria valutazione a quella del legislatore dell'Unione. Essa potrebbe, tutt'al più, censurarne la scelta normativa soltanto qualora apparisse manifestamente errata, oppure qualora gli inconvenienti che ne derivano per alcuni operatori economici fossero sproporzionati rispetto ai vantaggi che essa presenta per altri.

⁴⁷ Con riferimento alla esperienza eurolunitaria del principio di effettività delle tutele, si vedano: N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà*

tutto per le sentenze rese in via pregiudiziale in cui, come si è detto, non è più solo la validità e applicazione delle norme dell'Unione che viene ad essere presa in considerazione, ma quest'attività, anziché essere finale, diventa strumentale per tutelare anche altri interessi rilevanti, incidendo sul diritto nazionale.

Il principio di effettività orienta il giudice alla ricerca del rimedio più adeguato alla reintegrazione dell'interesse leso e giuridicamente protetto⁴⁸ e, nel diritto europeo, si declina nel senso che le norme applicabili non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione⁴⁹.

Esso ha consentito, più degli altri, alla Corte di Giustizia di accreditare qualunque interpretazione che ritenesse preferibile sul terreno della politica del diritto. In questo modo, esso ha finito col prevalere anche sul “principio di interpretazione autonoma”⁵⁰, spesso anch'esso richiamato dalla Corte, che presta il fianco a una condivisibile critica, dal momento che presuppone la completezza del dato da interpretare che, come si è detto, è un carattere che manca all'Unione Europea che non è un ordinamento giuridico in questo senso. È, dunque, soprattutto attraverso il principio di effettività che la Corte di Giustizia è “creatrice” del diritto.

Vale la pena di considerare l'uso che in concreto la Corte ha fatto dell'uno e dell'altro principio richiamati.

Nel bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, è chiaramente delineato il modo in cui opera il principio di proporzionalità in molte sentenze sui migranti, nonché nei casi giurisprudenziali in tema sindacale, noti come *Viking e Laval*.

Quanto al tema dell'immigrazione – oggi di drammatica attualità – la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia UE si è mossa tra esigenze differenti: equilibrio istituzionale; bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali della persona e degli interessi di carattere generale; attuazione effetti-

degli ordinamenti, Napoli, ESI, 2010, p. 633; pp. 392-393; N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 111; C. MAK, *Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in H. Micklitz (ed), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, 2014, p. 236; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge Antwerp-Portland, 2014, p. 89; E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *op. cit.*, p. 878; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666; D. IMBRUGLIA, *Effettività delle tutele e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961 ss.

⁴⁸ G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele*, *op. cit.*, p. 390.

⁴⁹ N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 373 ss.

⁵⁰ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 252.



va del principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri di cui all'articolo 80 del TFUE. Come si è rilevato, la Corte di Giustizia, in materia di diritti degli stranieri, “pur confermando l’orientamento apertamente garantista, dà concreto risalto e significato alla nozione di «interessi riconosciuti dall’ordinamento europeo» (formula edulcorata dell’interesse pubblico europeo), che include, evidentemente, anche l’interesse all’autoconservazione dello stesso progetto europeo, questo sì gravemente minacciato dall’ondata migratoria in atto”⁵¹.

L’interconnessione del tema dei migranti con i diritti umani ha comportato anche l’integrazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo⁵². Ad esempio, è a seguito della sentenza *Hirsi* con cui la CEDU ha condannato l’Italia per il respingimento di migranti senza aver valutato il rischio cui questi sarebbero stati esposti, che l’Unione ha adottato il Regolamento 656/2014/UE che disciplina questa fase in modo completo⁵³.

La Corte, in altra occasione, bilanciando le esigenze di integrazione di cui all’art. 79 TFUE con la tutela dei diritti fondamentali, ha sottolineato l’importanza di garantire la *proporzionalità* di misure nazionali pure formalmente legittime quando negano il ricongiungimento familiare decorso un certo periodo di tempo⁵⁴. O, ancora, ha pronunciato sentenze che fanno prevalere l’interesse legittimo di un

paese (peraltro terzo: gli Stati Uniti) a mantenere una forza armata su quello del militare che si opponga alla prosecuzione del servizio per non esporsi al rischio concreto di commettere crimini contro la pace, di guerra e contro l’umanità e a tal fine chiedi asilo⁵⁵.

I casi richiamati dimostrano, tra l’altro, che, a fronte del fatto che il Trattato sull’Unione europea sancisce l’incompetenza della Corte di Giustizia riguardo alle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, si verifica un fenomeno di progressiva occupazione di spazi sempre più ampi di politica estera e di sicurezza comune, non solo sul piano normativo, ma anche su quello giurisprudenziale, con l’effetto di un’estensione significativa delle competenze della Corte di Giustizia, a conferma della progressiva giurisdizionalizzazione del diritto dell’Unione.

Veniamo ai casi *Viking* e *Laval* e, dunque, ai diritti sindacali dei lavoratori. In questa materia, come si è rilevato in dottrina, si è utilizzata la tecnica della *Drittwirkung*⁵⁶ – sul presupposto della necessità di sindacare atti collettivi di natura privata – per contrastare a difesa delle imprese l’esercizio del diritto di sciopero e la contrattazione collettiva, ove questi ostacolano la libera prestazione dei servizi delle imprese⁵⁷.

Nel caso *Viking*, la Corte si è pronunciata sul conflitto tra azione collettiva del sindacato e libertà di stabilimento. La società finlandese *Viking*, con sede in Finlandia, intendeva registrare una propria nave con la bandiera di un altro Stato membro per ragioni di convenienza economica; il sindacato, però, agiva per tutelare i lavoratori contro il cambio di bandiera di convenienza, chiedendo all’impresa di applicare comunque le clausole previste dal contratto di lavoro della Finlandia ai lavoratori dipendenti dalla società controllata e stabilita nel diverso Stato membro.

La Corte ha affermato che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni di interesse generale che giustificano le restrizioni alla libertà di stabilimento, purché sia accertato che queste siano idonee a garantire la realizzazione dell’obiettivo e non vadano al di là di ciò che è necessario. In altri termini, la Corte ha condiviso le ragioni dell’impresa, affermando che anche l’esercizio dei diritti sindacali può porsi in

⁵¹ M. PACINI, *Il trattenimento dei richiedenti asilo tra Corte UE dei diritti fondamentali e CEDU*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2016, p. 658. Corte di Giustizia, 5 settembre 2012, causa C-355/10, *Parlamento c. Consiglio dell’Unione europea*, EU:C:2012:516.

⁵² Si veda Corte di Giustizia, 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, JN. Ancora, M. PACINI, *op. cit.*, p. 668: “Sebbene la Corte di Giustizia giudichi in base a parametri autonomi e parzialmente differenti da quelli impiegati dalla Corte dei diritti, essa ricerca nondimeno una conclusione che si incastrerà perfettamente con la giurisprudenza di quest’ultima. Rispetto alla Corte dei diritti – secondo la quale le limitazioni dei diritti della CEDU devono essere previste dalla legge, orientate a un fine pubblico legittimo (nazionale) e proporzionate a quest’ultimo – la Corte di Giustizia deve, altresì, sincerarsi che dette limitazioni non incidano sul nucleo essenziale dei diritti e, soprattutto, rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione; così confrontandosi con una sorta di interesse o fine pubblico europeo, distinto da quelli nazionali, che rappresenta la sorgente primaria dell’autonomia dell’ordinamento UE. A fronte di questa differenza nei parametri, però, essa è al contempo aperta a interpretare il diritto UE, in ossequio al principio dell’effetto utile, in modo convenzionalmente orientato – nella fattispecie prevedendo che la domanda di asilo sospende e non interrompe il procedimento di rimpatrio – così da evitare conflitti e, anzi, saldare la propria giurisprudenza a quella della Corte dei diritti (*consensual jurisdiction*)”.

⁵³ CEDU, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, app. n. 27765/09.

⁵⁴ Corte di Giustizia, 12 aprile 2016, causa C-561/14, *Genc*, EU:C:2016:247. La Corte ha tenuto che la norma danese, che negava il ricongiungimento del minore trascorsi due anni, fosse legittima, ma andasse applicata in modo proporzionale, bilanciando le esigenze di integrazione di cui all’art. 79 TFUE con la tutela dei diritti fondamentali.

⁵⁵ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2015, causa C-472/13, *Sheperd*, EU:C:2015:117. Qui la Corte ha ritenuto che il sig. Sheperd, arruolandosi sapeva a cosa andava incontro e che il suo interesse ad evitare una pena detentiva fino a cinque anni dovesse cedere rispetto a quello degli Stati Uniti a mantenere un esercito.

⁵⁶ Su cui vedi, tra gli altri, G. D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 22016, p. 443 ss.; E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 878 ss.

⁵⁷ E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 882 s.

contrasto con le libertà fondamentali del Trattato, specie qui quella di stabilimento, se l'esercizio del diritto di sciopero è ingiustificato o non proporzionato. È, dunque, il principio di proporzionalità a rendere legittima la scelta interpretativa della Corte europea.

Nel caso *Laval*, invece, la Corte di Giustizia si è pronunciata sul conflitto tra diritto di sciopero e libertà di prestazione dei servizi. La *Laval*, società lettone, aveva distaccato in Svezia 35 lavoratori per farli lavorare in una società di diritto svedese, controllata al 100 per cento; il sindacato ha tentato di costringere, con un'azione collettiva in forma di blocco di cantiere, la *Laval* ad avviare una trattativa sulle retribuzioni dei lavoratori distaccati e a stipulare condizioni più favorevoli di quelle previste dalla legge vigente. Anche in questo caso, la Corte ha concluso ritenendo non giustificata l'azione sindacale in quanto le restrizioni che ne sarebbero derivate al principio di libera prestazione dei servizi non erano giustificate neppure alla luce del principio di non discriminazione e di proporzionalità.

A proposito di questa giurisprudenza, si osserva anche che pronunciarsi sul diritto di avviare un'azione collettiva esula dalle competenze regolatorie dell'UE, essendo riservate alla competenza degli Stati; la Corte, però, riconoscendo l'effetto orizzontale della libertà di circolazione opponibile anche alle organizzazioni sindacali, ha creato lo spazio per operare il bilanciamento.

La Corte ha così "eroso" le competenze degli Stati membri, dando spazio al diritto dell'Unione nella sua dimensione di diritto vivente. Nel momento in cui la soluzione dipende dal fatto che l'azione sindacale intrapresa sia *adeguata per raggiungere l'obiettivo e non vada al di là di ciò che è necessario*, si consente – mediante il principio di proporzionalità – al giudice un sindacato molto penetrante sulle dinamiche conflittuali di imprese e sindacati. L'impressione è che si riconosca ampia discrezionalità all'interpretazione della Corte di Giustizia con il rischio di una influenza eccessiva delle sensibilità politiche contingenti.

9. La Corte di Giustizia "creatrice" del diritto e l'invasione di campo in materie riservate. Principio di effettività e diritto processuale dei consumatori.

Quanto si è fin qui detto dimostra che la Corte di Giustizia interviene anche in materie *riservate*, a volte persino *creando* un diritto europeo in quelle materie. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza europea sul *diritto processuale dei consumatori*⁵⁸

⁵⁸ Sentenze: *Oceano* (C-240/98), *Cofidis* (C-473/00), *Mostaza Claro* (C-168/05), *Pannon* (C-243/08), *Aziz* (C-415/11), *Banco Espanol* (C-618/10).

che si è reso necessario proprio per la mancanza di un meccanismo istituzionale di armonizzazione in materia processuale⁵⁹.

Se l'obiettivo è quello di assicurare che i meccanismi processuali nazionali non impediscano la tutela dei diritti che spettano sul piano sostanziale alla disciplina UE, la conseguenza dell'intervento della Corte è che essa, in assenza di un meccanismo di armonizzazione in materia processuale, ha finito con incidere – mediante il ricorso ai principi generali di equivalenza ed effettività – sull'autonomia degli Stati nella scelta degli strumenti processuali idonei a tutelare le situazioni giuridiche soggettive di derivazione europea.

Si è così ridotto il margine di discrezionalità degli Stati membri e l'effettività è divenuto un metodo per "armonizzare surrettiziamente"⁶⁰ la disciplina processuale, in teoria materia di competenza esclusiva degli Stati.

Mediante il ricorso al principio di effettività la Corte ha, cioè, nel tempo, eroso l'autonomia degli Stati nella scelta degli strumenti processuali efficaci per tutelare i diritti di matrice europea, ma soprattutto per assicurare la regolamentazione del mercato in modo efficiente⁶¹.

Un esempio di questo modo di procedere è dato dalla giurisprudenza sulle clausole vessatorie, con particolare riguardo alla qualità di consumatore.

Con il caso *Faber*, la Corte è stata chiamata a verificare se l'acquirente possa essere considerato un consumatore, sebbene egli non abbia agito rivendicando tale qualità. La soluzione è stata nel senso che il giudice debba attivarsi, quantomeno con l'obbligo di domandare chiarimenti, sostituendosi d'ufficio al consumatore per l'esigenza di una tutela di ordine processuale europeo del consumatore che manca ma che si rivela necessaria, secondo il ragionamento della Corte, per dare piena attuazione

⁵⁹ Afferma N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, op. cit., p. 361 che: "in una prima fase i giudici europei si servono di alcuni principi strutturali della costruzione comunitaria, in particolare del principio degli effetti diretti, per trasformarli in realtà processuale e fare della «vigilanza dei singoli» un efficace strumento per garantire, insieme alla salvaguardia dei diritti individuali, l'effetto utile delle norme del sistema comunitario. In una seconda fase, che inizia con l'apertura dell'ordinamento comunitario ai diritti fondamentali e la individuazione-rilevazione di un diritto-principio generale di effettiva tutela giurisdizionale, la Corte, attraverso un «uso alternativo» della competenza pregiudiziale si apre la strada per intervenire con le proprie elaborazioni sulle discipline processuali dei singoli ordinamenti e per disegnare, essa stessa, il tipo di tutela – ora come forma di tutela o rimedio, ora come tecnica di tutela – che va accordato dai giudici degli Stati membri ai diritti di fonte comunitaria".

⁶⁰ S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *NLCC*, 2014, p. 812.

⁶¹ Ancora, S. PAGLIANTINI, op. cit., p. 806.



alla tutela sostanziale del consumatore imposta dal diritto dell'Unione⁶².

Si osserva che, in assenza di armonizzazione delle norme processuali, “le modalità processuali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, purché, tuttavia, esse non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai consumatori dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)”⁶³.

Appare evidente in questo caso sia la valenza del principio di effettività, sia il superamento dei limiti imposti all'UE in materie riservate agli Stati membri. Così, “di fatto, in forza del principio di effettività e nonostante norme giuridiche interne contrarie, la Corte ha imposto al giudice nazionale di applicare d'ufficio talune disposizioni contenute nelle Direttive dell'Unione in materia di tutela dei consumatori”⁶⁴.

L'obiettivo è quello di correggere l'asimmetria di posizione in cui si trova il consumatore, che induce la Corte a intervenire per superare il rischio che il consumatore per debolezza e difetto di informazione non faccia valere i suoi diritti.

Anche il caso *Zambrano* merita di essere richiamato, dal momento che la Corte di Giustizia ha affermato che la normativa nazionale, nella specie spagnola, che non consenta al giudice dell'esecuzione di rilevare *ex officio* l'abusività di una clausola contrattuale in presenza dell'ingiunzione di pagamento non opposta, non è compatibile con il sistema di tutela previsto dalla direttiva sulle clausole abusive⁶⁵.

Come si è rilevato, il principio di effettività ha una funzione compensativa dello squilibrio professionista-consumatore, ma anche suppletiva delle determinazioni del consumatore. Ritene la Corte che l'inattività del consumatore vada superata se utile e necessario per assicurare la tutela dei diritti e che ciò legittima il superamento della riserva prevista per l'autonomia processuale degli Stati membri⁶⁶.

In questa prospettiva il principio di effettività diviene strumentale, non solo per ancorare l'interpretazione conforme del diritto nazionale a quello europeo, ma anche per imporre al legislatore interno di adeguare la normativa processuale nazionale a quella europea, secondo le scelte interpretative della Corte di Giustizia.

I principi di proporzionalità, effettività, equivalenza, si confermano essere i mattoni dell'integrazione di un ordinamento che, essendo non originario ma derivato, vive delle attribuzioni che gli Stati gli conferiscono o, in assenza, la Corte “conquista”⁶⁷.

10. Principio di effettività e diritto all'informazione e alla trasparenza. Ancora sul ruolo suppletivo della Corte.

A completamento di quanto si è fin qui detto vale la pena di richiamare il tema del diritto all'informazione e alla trasparenza dei consumatori e l'incidenza che il principio di effettività ha su di essi.

Particolarmente significative, ai fini del discorso che si va qui conducendo, sono le pronunce in tema di mutuo contratto in valuta estera.

Due i principali riferimenti giurisprudenziali che meritano di essere richiamati. Il primo è relativo al caso *Árpád Kásler*, in cui si chiarisce che il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile deve essere inteso in modo “estensivo”; nel senso che la clausola in questione, non solo deve essere intelligibile per il consumatore su un piano grammaticale, ma anche esporre in maniera trasparente il meccanismo di conversione della valuta estera al quale si riferisce, nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo⁶⁸. Obiettivo è, infatti, che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze *economiche* che gliene derivano.

Dunque, la vessatorietà della clausola si lega a un difetto di trasparenza che va ben oltre la mancanza di intellegibilità della clausola, ma che si traduce nel rischio di non consapevolezza del pregiudizio economico a cui si espone il consumatore; rischio che la Corte di Giustizia pone a carico del professionista con una rimodulazione evidente dello stesso principio di autonomia privata, anche rispetto alla pur avanzata tutela del consumatore che si era realizzata con la Direttiva 93/13. Si è al riguardo affermato che la Corte ha in tal modo proceduto ad una “*responsabilizzazione* strisciante del professio-

⁶² Corte di Giustizia, 4 giugno 2015, causa C- 497/2013, *Faber*, con commento di F. P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso Faber*, in *NGCC*, 2016, p. 10 ss.

⁶³ Corte di Giustizia, 4 giugno 2015, causa C- 497/2013, cit. p. 7.

⁶⁴ Corte di Giustizia, 4 giugno 2015, causa C- 497/2013, cit., p. 8.

⁶⁵ Corte di Giustizia, 18 febbraio 2016, causa C-49/14, *Zambrano*, con commento di G. PALMA, *Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore*, in *NGCC*, 2016, p. 1147 ss.

⁶⁶ Sul tema già V. ZENO-ZENCOVICH, C. PAGLIETTI, *Verso un diritto processuale dei consumatori?*, in *NGCC*, 2009, p. 268 ss.

⁶⁷ Cfr. G. TESAURO, *op. cit.*, p. 503.

⁶⁸ Corte di Giustizia, 30 aprile 2014, C-26/13, *Árpád Kásler*.



nista, finalisticamente orientata a mo' di «*enforcement tool*», ad un consumo efficiente⁶⁹».

L'altra decisione, di particolare rilevanza, è quella *Andriciuc*, del 2017.

Il caso era il seguente: i ricorrenti, i cui redditi, in quel periodo, erano in moneta rumena, stipularono con la banca contratti di credito espressi in franchi svizzeri finalizzati al soddisfacimento di esigenze personali. Essi erano tenuti a rimborsare le rate mensili dei crediti nella medesima valuta in cui questi ultimi erano stati contratti, vale a dire in franchi svizzeri, con la conseguenza che il rischio di cambio, in termini di aumento delle rate mensili in caso di calo del tasso di cambio del leu rumeno rispetto al franco svizzero, era previsto interamente a loro carico. Successivamente alla conclusione dei contratti, era intercorsa la svalutazione del leu rumeno rispetto al franco svizzero.

La Corte ha affermato che – poiché la banca era in grado di *prevedere l'evoluzione e le fluttuazioni del tasso di cambio del franco svizzero* – aveva il dovere di *indicare i rischi potenziali nonché la probabilità che si realizzassero*⁷⁰. Qui rileva l'asimmetria delle posizioni delle parti in un senso diverso: nel senso, cioè, che vada ristabilito l'equilibrio tra le parti onde evitare che una parte possa prevedere l'andamento dell'investimento meglio dell'altra.

Come è stato rilevato, la Corte di Giustizia enuclea, senza esplicitarla, l'idea di *probabilità* chiarendo che il giudizio di vessatorietà, pur essendo necessariamente condotto *ex ante*, deve essere però “proiettato” al futuro. Si tratta, cioè, nel caso di specie, di dare vita a un giudizio probabilistico sull'incidenza del parametro finanziario (tasso di cambio) sulla quantità delle prestazioni future.

Si delinea, così, un nuovo ambito di operatività della clausola di trasparenza che porta – in un certo senso – alle estreme conseguenze l'idea dell'adeguatezza dell'informazione imposta dalla Mifid 2, pretendendo che la consapevolezza del consumatore sia tale da condividere con l'intermediario anche il rischio economico e finanziario dell'operazione⁷¹.

La trasparenza va assicurata, in altri termini, anche attraverso il *modo* in cui vengono rappresentati all'investitore-consumatore gli scenari probabilistici, che richiedono elementi grafici chiari e sintesi massima, con l'obiettivo di semplificazione legato all'idea dell'adeguatezza della informazione.

A questo punto, se si volesse approfondire, il tema diventerebbe *anche* altro, portando il discorso sugli aspetti della finanza comportamentale, che

rappresenta certamente una prospettiva importante, di cui non si riesce in questa sede a rendere conto⁷².

Dunque, per tornare al tema che qui interessa, negli ultimi anni, la Corte ha stabilito, innovando il concetto di *trasparenza*⁷³, che il consumatore deve essere in grado di ricavare dalla clausola la stima del rischio finanziario (secondo un giudizio di probabilità) che dipende dall'incidenza sulle rate future del rischio di cambio. La Corte di Giustizia bilancia, in sostanza, i diversi interessi in gioco in chiave funzionale alla tutela della trasparenza del mercato che coincide con l'interesse dei consumatori, innovando il significato di clausole generali e principi consolidati negli ordinamenti interni. Obiettivo reale: la concorrenza. Il diritto interno è inciso dal ruolo forte esercitato dalla Corte che innova il diritto, anche laddove la disciplina appare compiuta.

Di fatto, inoltre, la trasparenza si traduce in tutela della sostanza. Ci sembra di sentire un'eco della storica pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti a metà degli anni Quaranta dello scorso secolo in materia di tutela di acquirenti di “*securities*” o prodotti finanziari, quando basa la propria scelta a tutela dell'ignaro investitore, sul principio “*substance governs, rather than form*”⁷⁴.

11. Conclusioni.

L'esame fin qui condotto ha mostrato come la Corte di Giustizia nella sua attività integrativa-interpretativa del diritto dell'Unione si sforzi di individuare il punto di equilibrio tra: (i) l'obiettivo dell'armonizzazione del diritto tra gli Stati membri, che ben può richiedere *adattamenti*; (ii) l'interesse alla stabilità economica dell'Unione; (iii) le garanzie sulla certezza del diritto; (iv) l'esigenza di non abdicare alla funzione di realizzare la giustizia del caso concreto.

I casi fin qui trattati, pur tra loro molto eterogenei, hanno anche mostrato come, al di là di principi declamatori, la Corte di Giustizia privilegi spesso l'efficienza economica rispetto a valori solidaristici⁷⁵. Il bilanciamento operato dalla Corte è dunque un bilanciamento *sbilanciato*⁷⁶ o, secondo alcuni, asimmetrico, in quanto la vocazione tendenzialmente economica dell'Unione può fare prevalere le li-

⁷² Per tutti v. il bel volume di AA. VV. *Finanza comportamentale*, in AGE, 2012; in particolare U. MORERA – E. MARCHISIO, *Finanza, mercati, finanza e regole... ma soprattutto persone*, ivi, p. 19 ss.

⁷³ La Corte di Giustizia afferma anche che la trasparenza deve essere intesa come comprensione della clausola non solo in chiave lessicale, ma anche di possibile impatto sulla propria sfera economica (sent. *Van Hove*, 23 aprile 2015, C-96/14).

⁷⁴ SEC v. W.J. Howey Co., 328 U.S. 293, 298-299, (1946).

⁷⁵ Per un approfondimento, E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 897.

⁷⁶ Sul punto, F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 91 ss.

⁶⁹ S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 814.

⁷⁰ Corte di Giustizia, 20 settembre 2017, C-186/16 *Andriciuc*.

⁷¹ D. MAFFEIS, *In finanza trasparenza è trasparenza del rischio*, in www.dirittobancario.it, 2017, p. 4.





bertà economiche sul resto, nel rispetto del criterio di proporzionalità. L'efficienza economica proposta dalla Corte è, tuttavia, *temperata*, nel senso che essa si piega alla tutela della stabilità dell'Unione quale confine ultimo dell'operato della Corte.

Questa tecnica di bilanciamento è alla base di molte decisioni della Corte, tra cui *Dowling e Kotnik*, in cui l'interesse alla stabilità del sistema bancario dell'Ue prevale sugli altri interessi in gioco alla luce del principio di proporzionalità ed efficienza della misura.

In questa prospettiva potrebbe apparire superato anche il rischio dell'imprevedibilità giuridica: l'obiettivo è la stabilità del sistema finanziario europeo e ciò rappresenta il criterio-guida nell'interpretazione.

Ma quando, dal piano teorico, si passa a quello della soluzione del caso concreto, si è visto come spesso le decisioni difettino sul piano della coerenza dell'argomentazione.

Così, nella casistica fin qui esaminata sui diritti fondamentali è possibile distinguere i casi in cui la salvaguardia del sistema coincide con gli interessi individuali, da quelli in cui invece si registra un contrasto, come, ad esempio, nell'ampia giurisprudenza richiamata sui migranti o in quella, non esaminata in questa sede, del diritto all'oblio⁷⁷. Anche in materia di concorrenza, come si è visto con *OMT e Pringle*, si pongono diversi esempi in cui "la tutela dei singoli viene ad affiancarsi all'esigenza della tutela del diritto dell'Unione europea della concorrenza, dando così origine a situazioni (almeno all'apparenza) conflittuali"⁷⁸.

⁷⁷ Corte Giust., 9 marzo 2017, C-398/15, *CCIAA Lecce*, chiamata a bilanciare la protezione e la libera circolazione dei dati personali in una fattispecie sorta nel nostro ordinamento con riguardo alla pubblicità delle informazioni contenute nei registri gestiti dal sistema camerale, ha ritenuto prevalente, in relazione alla fattispecie concreta, l'interesse alla pubblicità dell'informazione relativa ad un pregresso fallimento di un operatore economico, ancorché concernente una società ormai estinta da tempo, rispetto all'interesse individuale all'"oblio" delle informazioni pregiudizievoli e non più attuali (ovvero – nel caso specifico – alla tutela della propria reputazione a fronte della riabilitazione successiva al fallimento. In linea di principio invece, in altro caso, Corte Giust., 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain* relativa sempre al bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e libertà di circolazione dei dati, ha stabilito che «(...) il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e cioè eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita». Per un approfondimento v. F. BRAVO, *op. cit.*, p. 192 ss.

⁷⁸ Per un esame v. O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, IV, p. 2327.

L'esigenza di evitare che tali incertezze determinino esternalità negative che pregiudicano l'opera della Corte di Giustizia, è necessario trovare strumenti per assicurare altrimenti prevedibilità e certezza.

Scegliere di perseguire l'interesse terzo, sebbene sia legittimo nei limiti stabiliti, non può comportare rinuncia all'interpretazione secondo diritto in nessuna occasione⁷⁹.

Come ha osservato di recente un autorevole studioso: "l'interpretazione giuridica non può che essere sistematica, nel duplice e concorrente senso: quale ricerca-interpretazione delle regole e dei principi presenti nella pluralità delle fonti, nel rispetto della loro gerarchia, ma anche dei principi di competenza e sussidiarietà verticale e orizzontale, e quale valutazione-interpretazione del fatto singolo nei contesti socio-culturali"⁸⁰. Se così non è, la possibilità che le valutazioni del giudice sembrino "prive di briglie" diventa concreta⁸¹.

Anche un giudice peculiare come la Corte di Giustizia non può abdicare a questa funzione, essendo comunque tenuto a ricostruire il sistema normativo per come è, pronunciandosi sul *fatto* e verificando se esso è riconducibile a una regola e ricorrendo ai principi quando ciò si renda necessario, senza procedere all'inverso: evitando, cioè, di risalire *a priori* dalla soluzione prescelta alla regola applicabile. Dice Paolo Grossi che l'operazione intellettuale tipicamente giudiziale è la *inventio*, il reperimento⁸².

In questa attività, l'interpretazione avviene secondo diritto e, come ricorda la migliore dottrina, è legata sempre al fatto da valutare⁸³.

Occorre, ancora, ricordare che il dibattito giuridico ha da tempo evidenziato che, in generale, si assiste: "alla tendenziale sostituzione della tradizionale struttura basata sulla sequenza fattispecie-regola e tutela con una normativa in chiave funzionale, che individua l'interesse protetto e il fine di tutela, che in relazione ad esso si deve realizzare, lasciando spesso indeterminati gli elementi costitutivi del fatto

⁷⁹ Per un approfondimento in generale si veda V. VELLUZZI, *Giudizio*, in *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di Ricciardi, Rossetti, Velluzzi, Roma, 2017, p. 253 ss.; spec. p. 267.

⁸⁰ P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 319.

⁸¹ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2014, p. 7.

⁸² P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, p. 831 ss.

⁸³ Va, peraltro, precisato che la Corte di Giustizia rivendica spesso nelle sue decisioni il necessario rigore dell'attività interpretativa, affermando espressamente che il primo criterio interpretativo è quello letterale e che il testo di una disposizione costituisce sempre il punto di partenza e, al contempo, il limite di ogni interpretazione. Così A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisprudenza. Il ritorno del testo normativo*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 135 s.

cui la disciplina è applicabile e il rimedio che deve o può essere utilizzato a tal fine⁸⁴.

L'*eclissi della fattispecie*⁸⁵ comporta che la struttura logica della norma resti fissata nell'essenziale, cosicché la proposizione normativa ha struttura più semplice dell'ordinario, limitandosi a tutelare un certo valore giuridico incondizionatamente, esprimendo una valutazione in chiave di risultato. Spetta poi all'interprete riempire di contenuto, in relazione al caso concreto, la formula indeterminata del principio o della clausola generale ad esso applicabile⁸⁶.

A fronte della constatazione del diverso modo in cui è costruita la norma si registra una discrezionalità del giudice molto maggiore di quella consentita dalla tradizione e, di conseguenza, ciò impone di individuare nuovi meccanismi di controllabilità e prevedibilità della decisione, essendo evidente che quelli finora utilizzati sono inefficienti nel diverso contesto.

L'impressione, però, è che la risposta al problema risieda, nonostante le differenze evidenziate, ancora, nello stesso sistema normativo: benché il giudice sia orientato, come ormai accade, in base al risultato o al fine che intende perseguire, l'arbitrarietà della sua decisione è esclusa quando l'argomentazione giuridica è corretta⁸⁷.

Fatto, principio e regola applicabile, le parole chiave⁸⁸; prevedibilità, certezza e calcolabilità giuridica gli obiettivi.

Il processo che garantisce la prevedibilità delle decisioni dipende, perciò, oltre che dalla qualificazione del fatto, dalla *corretta individuazione e poi dalla rigorosa applicazione dei principi che il giudice richiama a fondamento delle proprie decisioni, tenendo presente anche la gradazione degli interessi che emerge dal sistema complessivo*. Ciò significa che il giudice assolve al suo compito di concre-

tizzazione della regola se *motiva* la sua decisione valutando la compatibilità tra la specificità del fatto su cui si deve pronunciare⁸⁹ con il principio che ritiene, di volta in volta, applicabile⁹⁰. Muovendo dal fatto concreto, il principio a cui si ricorre deve, dunque, essere enucleabile dal sistema di riferimento e ad esso deve tornare⁹¹, concretizzato nella regola operativa⁹².

Compito del giudice diviene, poi, anche quello di individuare le tecniche di protezione adeguate all'*effettiva* attuazione dell'interesse protetto, scegliendo il rimedio a tal fine più efficiente che egli è autorizzato a selezionare all'interno dell'intero strumentario concettuale del diritto sostanziale, sulla scorta di valutazioni che toccano l'adeguatezza, la proporzionalità e la ragionevolezza del rimedio. Il principio di effettività, dunque, correttamente declinato, non deroga affatto al metodo argomentativo così descritto⁹³.

Se il procedimento interpretativo, nel suo complesso, è rispettato, significa soprattutto che la decisione è controllabile sotto il profilo della sua logicità e coerenza, alla luce delle caratteristiche del fatto

⁸⁹ M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, op. cit., p. 15 afferma che: "il giudizio sui fatti è un aspetto importantissimo della decisione perché guida e condiziona il giudizio sulle norme in ordine alla decisione finale, ma è a sua volta largamente «creativo» in quanto l'accertamento del fatto dipende dall'esercizio di importanti poteri discrezionali da parte del giudice".

⁹⁰ Sulla funzione nomogenetica dei principi, F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, op. cit., p. 1054.

⁹¹ F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1045, secondo il quale, anche se la fattispecie non è adeguatamente predefinita, "non si può dire che la tecnica della sussunzione sia realmente inapplicabile: si assiste, più esattamente, ad un differimento del suo impiego, che rimane necessario ma che è appunto preceduto dal compimento di un'opera di concretizzazione affidata all'adeguatezza dell'apparato argomentativo che la sorregge".

⁹² Ancora una volta non si inventa nulla, ma si applica, in via generale, il modello di argomentazione già conosciuto e sperimentato nel nostro ordinamento a partire dal secolo scorso nel dibattito sull'operatività delle clausole generali e dei principi costituzionali. F. ADDIS, op. cit., p. 1019; G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *NGCC.*, 2016, II, p. 126.

⁹³ G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi è come*, in *Persona e Mercato*, 2017, p. 196: "diviene chiaro allora che l'essenza giuridica del fatto, distinta dall'efficacia, orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva o del conflitto perché consente di *conoscere* il fatto, nella sua *essenziale manifestazione della diversità e delle differenze*, e di *valutarlo* tramite il principio di effettività rispetto a un ordine descritto negli articoli 2, 24 e 117 Cost., 13 Cedu e 47 Carta di Nizza. Sicché, in caso di violazione della situazione in tal modo protetta si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Se la protezione non è adeguata andrà ricondotta ad uno *standard* costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa, legittimata da una fonte costituzionale. Ed è chiaro che in questi limiti, *il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto* in virtù di norme di sistema che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere". Tutto ciò con un uso corretto delle tecniche interpretative delle norme interne e comunitarie.

⁸⁴ M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni. Calcolo giuridico secondo i precedenti*, op. cit., p. 137 ss.

⁸⁵ L'espressione è di G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1103.

⁸⁶ Ancora, M. NUZZO, *Principi generali e regole operative: la concretizzazione delle norme a contenuto indeterminato nel dialogo tra le Corti*, in *Principi e clausole generali tra fonti del diritto e tecniche dell'argomentazione*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, in corso di pubblicazione.

⁸⁷ V. VELLUZZI, op. cit., p. 267, "(...) il giudice, pur compiendo delle scelte è tenuto a giustificarle: egli deve fornire ragioni a sostegno del suo operato argomentando in maniera plausibile "secondo diritto". La discrezionalità è, nell'attività giudiziale, presente e ineliminabile; ciò impone la vigilanza, il controllo sul decisore e sulla decisione, ma la discrezionalità non va confusa con l'arbitrio, poiché chi decide discrezionalmente ricerca «a *satisfactory compromise between different values* (Hart) ed è tenuto a darne adeguatamente conto».

⁸⁸ Sulla qualificazione del fatto come *prius* rispetto all'interpretazione, P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, op. cit., p. 317 ss. Sul tema M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, op. cit., p. 21 s. Si veda anche F. ADDIS, op. cit., p. 1050 ss.



che le viene sottoposto e, in questo modo, la sentenza può anche costituire un precedente valido⁹⁴. L'alternativa al vincolo della fattispecie in questa prospettiva diviene perciò, secondo alcuni, il vincolo del *precedente* che soddisfa, quantomeno, un grado minimo di certezza e di calcolabilità delle decisioni, senza però limitare la flessibilità del giudizio in termini di effettività⁹⁵.

Se questo è il quadro che caratterizza questo momento storico e che segna il riparto di competenze tra legislatore e giudice, la certezza e la prevedibilità sembrano, alla luce di queste considerazioni, poter essere salvaguardate.

La Corte di Giustizia mostra, al di là delle critiche fin qui svolte, in moltissime decisioni come si fa a procedere in tal senso: muovendo dal fatto, selezionando il principio e riportandolo a sistema tradotto in una regola operativa. E' il caso, esaminato con le sentenze *Faber* e *Zambrano*, del principio di effettività applicato alla tutela dei consumatori, come quando la Corte riempie di contenuto la norma sulle clausole abusive assicurando la tutela giurisdizionale anche al di là della previsione normativa, ricorrendo al principio di equivalenza e a quello di effettività; o come quando in *Andriucic* e *Kasler*, statuisce il significato che assume la formula "chiarezza e comprensibilità della clausola" sempre alla luce del principio di effettività.

Resta da stabilire, ma qui ci si limita ad una battuta finale, quali siano le ricadute del *modus operandi* della Corte di Giustizia sul diritto interno.

I giudici domestici si uniformano alle scelte del giudice europeo importando principi e, per l'effetto, talvolta derogano ai principi di diritto interno (con il problema dei contro-limiti) oppure trasformano e reinterpretano il significato delle clausole generali (pensiamo alla trasparenza nei contratti con i consumatori). Tuttavia, nel procedere, essi devono ricordare che ormai il vero limite del giudice si trova proprio in uno *stare decisis*, sebbene *attenuato* (rispetto a quanto accade nel sistema di *Common Law*) che obbliga l'istanza inferiore a conformarsi al precedente superiore oppure a riaprire il discorso intorno ad esso con argomenti nuovi⁹⁶. Come è stato affermato, "la nomofilachia è l'antidoto più forte all'incertezza e alla fluidità dell'esperienza giuridica postmoderna"⁹⁷.

Il rispetto di questo paletto del vincolo del precedente che agisce attraverso il prisma del principio fissato dalle giurisdizioni superiori è essenziale alla luce della necessità del dialogo fra le Corti superio-

ri, nazionali e sovranazionali. Diversamente, ragionare per finalità e principi in modo eccessivamente discrezionale renderebbe l'attività del giudice molto rischiosa, con la possibilità, talvolta, di fare apparire la Corte di Giustizia uno Statista e i giudici domestici (specie se di merito) dei Politicanti.

⁹⁴ M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 28 ss.; M. NUZZO, *op. cit.*, p. 145 ss.

⁹⁵ Ancora, M. NUZZO, *op. cit.*, p. 145.

⁹⁶ G. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 172.

⁹⁷ G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 367. In questo senso, si rivela essenziale, a garanzia del sistema, la funzione nomofilattica esercitata dalla Cassazione a Sezioni Unite.