

# Diritto italo-europeo e principi identificativi\*

FRANCESCA EPISCOPO\*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Due prospettive metodologiche: l'interazione dialettica tra principi identificativi e l'analisi del linguaggio. – 3. Gli usi dell'effettività e le loro interazioni. – 4. L'effettività come argomento e il suo uso retorico nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. Conclusioni.

1. Oggetto di queste riflessioni è il significato e la portata normativa di un particolare principio identificativo del diritto italo-europeo, il cd. principio di effettività, allo scopo di individuarne i limiti e le condizioni di utilizzo da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea e dei giudici nazionali.

La Corte di giustizia, infatti, non solo ha dato all'effettività un'articolazione e una risonanza senza precedenti, rendendola uno dei principali strumenti di evoluzione del diritto privato europeo, ma ha anche chiamato i giudici comuni a darvi applicazione e farsene co-autori, dando luogo a non pochi problemi di coordinamento. Il principio di effettività – ora sancito agli artt. 19 TEU e 47 CDFUE – impone infatti alle corti nazionali di implementare il diritto europeo attraverso la disapplicazione del diritto interno, l'interpretazione conforme e finanche la creazione di nuovi ri-

\* Le pagine che seguono riportano l'intervento «Diritto italo-europeo e principi identificativi», tenuto l'11 settembre 2019 in occasione della Scuola Estiva dell'Associazione Dottorati di Diritto Privato, presso la sede di San Benedetto del Tronto dell'Università Politecnica delle Marche. I miei più sentiti ringraziamenti vanno all'Associazione ADP, al suo Presidente Prof. Giovanni Perlingieri e al Prof. Pasquale Femia per avermi coinvolto nei lavori della Scuola e nella raccolta dei relativi atti, e alla Prof.ssa Arianna Alpini per aver accettato di fare da discussant dell'intervento. La presentazione tenuta alla Scuola estiva, così come la sua rielaborazione scritta, riflettono alcune riflessioni sviluppate nella mia tesi dottorale *Il principio di effettività del diritto (privato) europeo. Analisi di un concetto indeterminato*, sviluppata presso l'Università di Pisa sotto la supervisione della Prof.ssa Valentina Calderai. I passaggi fondamentali della ricerca – qui riportati – sono stati pubblicati in lingua inglese in F. EPISCOPO, *Judicial Law-Making and the Principle of Effectiveness in EU (Private) Law*, in *Revista Catalana de Dret Privat*, 2019, p. 51 ss., mentre alcuni risultati preliminari sono stati pubblicati in F. EPISCOPO, *Principio di effettività e diritto giurisprudenziale nell'ordinamento europeo*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti orizzontali: il contratto tra persona e mercato. Effettività e Drittwirkung: idee a confronto*, Torino, 2018, p. 187 ss.

\*\* Assegnista di ricerca, Scuola Superiore Sant'Anna, Istituto DIRPOLIS, francesca.episcopo@santannapisa.it.

medi. Al contempo, tuttavia, i giudici sono vincolati dai principi di separazione dei poteri, uguaglianza e certezza del diritto, nonché dalla divisione delle competenze tra Unione e Stati membri, che spesso contrastano con il ruolo di *enforcers* decentrati del diritto europeo attribuito loro dalla Corte di giustizia.

L'antinomia sembrerebbe doversi risolvere in base a una preferenza ideologica: più si è favorevoli all'integrazione europea e si considera l'anti-formalismo e l'attivismo giudiziale a essa connessi come fonte di positiva innovazione, più si caldeggerà un uso forte e pro-attivo dell'effettività a livello sia europeo sia nazionale. Ciò accadrà, a maggior ragione, ove si ritenga che la Corte di giustizia sia passata, attraverso il crescente richiamo all'art. 47 CDFUE, da una concezione oggettiva dell'effettività, strumentale all'affermazione del diritto europeo e dei suoi obiettivi *market-oriented*, a una concezione soggettiva, funzionale a tutelare i diritti della persona e compensare lo scarso impegno sociale del legislatore europeo<sup>1</sup>.

Questa impostazione presenta, tuttavia, non poche criticità. Appellarsi a valori o ideologie senza incardinarli in un discorso giuridico strutturato non fornisce alcuna indicazione pratica sull'uso dell'effettività ma, al contrario, incentiva soluzioni eterogenee e potenzialmente non supportate né dal diritto nazionale né dallo stesso diritto europeo. Inoltre – pure ammettendo che il fine giustifichi i mezzi – la tesi per cui l'effettività costituirebbe strumento ed espressione di un crescente personalismo nella giu-

<sup>1</sup> H.W. MICKLITZ, *The ECJ Between the Individual Citizen and the Member States – A Plea for a Judge-Made European Law on Remedies*, in ID. e B. DE WITTE (a cura di), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, 2012, p. 347 ss.; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2014, p. 90 ss.; C. MAK, *Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in H.W. MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014, p. 236 ss.;

A. VAN DUIN, *Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures Under Directive 93/13/EEC*, in *Journ. European Consumer and Market Law*, 2017, p. 190 ss.; G. VETTORI, *Effettività delle tutele civili (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, p. 381 ss.

La distinzione tra dimensione oggettiva e soggettiva dell'effettività è espressamente richiamata in P. NEBBIA, *The Double Life of Effectiveness*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007/8, p. 287 ss.; D. LECZYKIEWICZ, *Effectiveness of EU Law Before National Courts: Direct Effect, Effective Judicial Protection, and State Liability*, in A. ARNULL e D. CHALMERS (a cura di), *Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, p. 212; S. PAGLIANTINI, *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di Giustizia*, in S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia private*, Torino, 2016, p. 81; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2018, p. 103.

risprudenza della Corte di giustizia e della connessa costituzionalizzazione del diritto privato europeo è lungi dall'essere provata.

2. Queste brevi note cercano appunto di abbozzare una proposta per uscire dall'*impasse* e suggerire un modello alternativo con cui ricomporre la complessa cornice normativa nel contesto italo-europeo.

Come da Altri evidenziato, qualsiasi discussione in punto di diritto privato europeo impone di riconoscere la natura essenzialmente pluralistica dello stesso e adottare una teoria dell'interpretazione capace di risolvere le antinomie, garantendo un rapporto sinergico tra ordinamenti<sup>2</sup>. Poiché «nel sistema italo-europeo [la teoria dell'interpretazione] non può che essere caratterizzata dal personalismo e dal pluralismo»<sup>3</sup>, è dunque necessario, da un lato, rifiutare qualsivoglia impostazione monistica e, da un altro lato, promuovere una dialettica sinergica tra i principi identificativi e i modelli giuridici che animano il diritto nazionale ed europeo.

Entrambe le impostazioni hanno importanti ricadute teoriche e pratiche.

Adottare una prospettiva pluralistica invece che monistica o dualistica significa, a livello nazionale, intendere il principio di sottoposizione del giudice alla sola legge come riferito «all'ordinamento giuridico vigente [quale] come unitario e articolato sistema»<sup>4</sup>. A livello europeo, impone di superare l'idea per cui l'interpretazione conforme sarebbe funzionale a garantire il primato delle norme europee e l'uniformità della loro applicazione, da realizzarsi attraverso un'attribuzione di significato tendenzialmente unidirezionale, cioè determinata dalla sola Corte di giustizia secondo una lettura autoreferenziale e solipsistica del ruolo attribuitole dall'art. 19 TUE<sup>5</sup>.

Quanto detto si riflette, a sua volta, nella necessità di promuovere una dialettica sinergica tra i principi identificativi e i modelli giuridici che animano i diversi ordinamenti. I principi identificativi del diritto nazionale – e, in particolare, la tutela della persona – devono essere utilizzati non solo per ostacolare l'ingresso di soluzioni non supportate dall'assetto costituzionale, secondo la loro funzione di controlimiti,<sup>6</sup> ma anche per alimen-

<sup>2</sup> A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018, p. 4 e *passim*; E. NAVARRETTA, *Costituzione*, cit., p. 110 ss.

<sup>3</sup> A. ALPINI, *o.c.*, cit., p. 166 (citando P. PERLINGIERI, *Dogmatica giuridica e legalità costituzionale*, in *Annali Sisdic*, 2019, p. 3).

<sup>4</sup> A. ALPINI, *o.c.*, p. 164 (citando P. PERLINGIERI, *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in *Foro nap.*, 2014, p. 449 ss.).

<sup>5</sup> A. ALPINI, *o.c.*, p. 170.

<sup>6</sup> A. ALPINI, *o.c.*, p. 168 ss.

tare gli stessi principi identificativi dell'Unione, promuovendo un'armonizzazione inclusiva del sistema attraverso il coordinamento fornito dall'art. 4 TUE, comma 2, secondo cui «[l']Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale»<sup>7</sup>.

Ebbene, l'ottica pluralistica e personalistica appena delineata può gettare una nuova luce sull'applicazione del principio di effettività.

L'*impasse* delineato in apertura sembra derivare, infatti, dalla tendenza a leggere i principi europei come affini a quelli costituzionali, nonché a ricostruirne il significato e la portata normativa a specchio di questi ultimi, con l'effetto di appiattare le differenze tra l'effettività di matrice europea e quella nazionale, sancita all'art. 24 cost., nonostante esse rispondano a principi identificativi diversi e potenzialmente confliggenti<sup>8</sup>. Sebbene tra le due possano certamente individuarsi delle affinità di contenuto normativo e finanche una comunanza di radici (basti pensare alla definizione di effettività in termini di principio generale del diritto europeo, quale derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri)<sup>9</sup>, l'automatica assimilazione tra la dimensione europea e quella nazionale dell'effettività ha tutto il sentore della precomprensione non controllata.

Per stabilire come il giudice nazionale debba applicare l'effettività, dunque, è necessario per prima cosa indagare il principio a livello europeo – secondo una prospettiva, per così dire, comparatistica – per poi valutare se esso debba subire qualche alterazione in vista della sua realizzazione nel contesto interno.

Così facendo, l'interprete si trova però di fronte a un altro problema. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia i richiami all'effettività così numerosi ed eterogenei, che risulta difficile trovare una corrispondenza biunivoca tra determinati significati del termine e contesti giuridici di riferimento. Per comprendere il significato e la portata normativa del concetto può essere utile ricostruire il quadro composito dei significati in base alle diverse modalità di utilizzo impiegate dalla Corte, attraverso gli strumenti e il metodo offerti dall'analisi del linguaggio: in altre parole, si deve elaborare una tassonomia degli «usi linguistici» dell'effettività<sup>10</sup>.

Così facendo, è possibile identificare come nuclei di ricerca le due maggiori specificazioni dell'effettività, distinte in funzione dei suoi referenti, i

<sup>7</sup> A. ALPINI, *o.c.*, p. 210.

<sup>8</sup> Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, c. 3121; G. VETTORI, *Effettività delle tutele civili (diritto civile)*, cit., p. 381 ss.

<sup>9</sup> Corte giust., 15 maggio 1986, c. 222/84, Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, in *Racc.*, 1986, p. 1651 ss., § 18.

<sup>10</sup> L. WITTEGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, 1953 (trad. it. di Piovesan e Trincherò, *Ricerche filosofiche*, Torino, 1995).

quali corrispondono, non a caso, alle concezioni oggettiva e soggettiva prima richiamate: effettività delle norme di diritto europeo ed effettività della tutela giurisdizionale.

3. L'effettività delle norme di diritto europeo è stata fondamentale sia per creare l'effetto diretto<sup>11</sup> e le dottrine a esso complementari – l'effetto diretto quasi orizzontale,<sup>12</sup> l'effetto diretto incidentale,<sup>13</sup> il dovere di interpretazione conforme,<sup>14</sup> l'effetto utile dell'effetto diretto<sup>15</sup> –, sia per espanderne l'ambito operativo<sup>16</sup>.

La seconda è stata utilizzata per evitare che l'esercizio dei diritti di fonte europea fosse reso praticamente impossibile o eccessivamente difficile dall'autonomia procedurale degli Stati membri (*Rewe-effectiveness*)<sup>17</sup>. Come principio generale (*Johnston-effectiveness*) e diritto fondamentale (art. 47 CDFUE), essa vincola tanto gli Stati membri<sup>18</sup> quanto le stesse istituzioni europee<sup>19</sup> al rispetto delle garanzie necessarie per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva.

Confrontando le diverse relazioni che intercorrono tra i vari usi dell'effettività, è possibile evidenziare come questi ultimi si sovrappongono in una complessa rete ove manca un criterio capace di indicare quando si dovrebbe utilizzare una versione dell'effettività piuttosto che un'altra.

Nonostante sia possibile identificare alcune differenze strutturali<sup>20</sup>, tutti

<sup>11</sup> Corte giust., 21 marzo 1991, c. 303/88, Van Gend en Loos c. Amministrazione Fiscale Olandese, in *Racc.*, 1991-1, p. 5 ss.

<sup>12</sup> Corte giust., 12 dicembre 1974, c. 36/74, B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch c. Association Union cycliste internationale, in *Racc.*, 1974, p. 1405 ss.

<sup>13</sup> Corte giust., 26 settembre 2000, c. 443/98, Unilever Italia SpA c. Central Food SpA, in *Racc.*, 2000-1, p. 7535 ss.

<sup>14</sup> Corte giust., 10 aprile 1984, c. 14/83, Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen, in *Racc.* 1984, p. 1891 ss.

<sup>15</sup> Corte giust., 20 settembre 2001, c. 453/99, Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri., in *Racc.*, 2001-1, p. 6297 ss.

<sup>16</sup> E. STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a European Constitution*, in *The American Journal of International Law*, 1981, 75, 1, p. 16.

<sup>17</sup> Corte giust., 16 dicembre 1976, c. 33/76, Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland, in *Racc.*, 1976, p. 1989; Corte giust., 16 dicembre 1976, c. 45/76 Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen, in *Racc.*, 1976, p. 2043.

<sup>18</sup> Corte giust., c. 222/84, Marguerite Johnston, cit.

<sup>19</sup> Trib. I grado, 21 settembre 2005, t. 315/01, Yassin Abdullah Kadi c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, in *Racc.*, 2005-II, p. 3649; Corte giust., 3 settembre 2008, cause riunite c. 402/05 P e c. 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, in *Racc.*, 2008-I, p. 6351 ss.

<sup>20</sup> S. PRECHAL e R. WIDDERSHOVEN, *Redefining the Relationship between "Rewe-ef-*

i significati dell'effettività sono impiegati come standard per sindacare la legislazione nazionale, né è chiaro in che rapporto si pongano l'uno con l'altro<sup>21</sup>. In *Unibet e Impact* la Corte di giustizia delinea la *Rewe-effectiveness* come espressione della *Johnston-effectiveness*, per cui la violazione della prima comporta una violazione della seconda<sup>22</sup>. In *Mono Car Styling e Alassini* afferma che, se il *Rewe-test* viene superato, il diritto nazionale deve comunque soddisfare il livello di effettività della tutela identificato dalla Corte di giustizia o dalla Corte Edu ai sensi dell'art. 6 e 13 Cedu<sup>23</sup>. In *DEB* riformula la questione relativa alla *Rewe-effectiveness* come attinente all'art. 47 CDFUE<sup>24</sup>, mentre in *Orizzonte* afferma che il *Rewe-test* «impone il requisito di tutela giurisdizionale, garantito dall'articolo 47 della Carta», ribaltando la relazione di genere a specie previamente identificata<sup>25</sup>. Né il quadro sembra mutare laddove si restringa il campo di indagine. Consideriamo l'applicazione della direttiva 93/13<sup>26</sup>: in *Aziz*<sup>27</sup> l'art. 47 CDFUE non viene menzionato, mentre in *Ku\_ionová* la Corte afferma che esso «dovrebbe essere incluso tra gli strumenti giuridici» alla cui luce risolvere la questione pregiudiziale ma, alla fine, non lo utilizza né per interpretare la direttiva né per alterare in alcun modo il *Rewe-test*<sup>28</sup>. In *Po-*

*fectiveness*” and *Effective Judicial Protection*, in *Review of European Administrative Law*, 2011, 4, p. 5138 ss.

<sup>21</sup> S. PRECHAL e R. WIDDERSHOVEN, *Redefining*, cit., p. 51 ss.; J. KROMMENDIJK, *Is There Light on the Horizon? The Distinction between Rewe Effectiveness and the Principle of Effective Judicial Protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in *Common Market Law Review*, 53, 2016, p. 1395 ss.; A. VAN DUIN, *Metamorphosis?*, cit., p. 190 ss.

<sup>22</sup> Corte giust., 13 marzo 2007, c. 432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, in *Racc.*, 2007-I, p. 2271 ss., §§ 42-3, 64, 83; Corte giust., 5 aprile 2008, c. 268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri*, *ivi*, 2008-1, p. 2483 ss., §§ 47-8.

<sup>23</sup> Corte giust., 6 luglio 2009, c. 12/08, *Mono Car Styling SA*, in liquidazione c. *Dervis Odemis e al.*, in *Racc.*, 2009-1, p. 6653 ss., § 46 ss.; Corte giust., 18 marzo 2010, cause riunite c. 317/08, c. 318/08, c. 319/08 e c. 320/08 *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA, Filomena Califano c. Wind SpA, Lucia Anna Giorgia Iacono c. Telecom Italia SpA e Multiservice Srl contro Telecom Italia SpA*, in *Racc.*, 2010-1, p. 2213 ss., § 47 ss.

<sup>24</sup> Corte giust., 22 dicembre 2010, c. 279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contro Bundesrepublik Deutschland*, in *Racc.*, 2010-1, p. 13849 ss., § 33.

<sup>25</sup> Corte giust., 6 ottobre 2015, c. 61/14, *Orizzonte Salute - Studio Infermieristico Associato contro Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino - Città di Levico Terme e a.*, in *Racc. dig.*, §§ 48-50.

<sup>26</sup> Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, OJ L 95, 21.4.1993, pp. 29-34.

<sup>27</sup> Corte giust., 14 marzo 2013, c. 415/11, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, in *Racc. dig.*

<sup>28</sup> Corte giust., 10 settembre 2014, c. 34/13, *Monika Ku\_ionová c. SMART Capital, a.s.*, in *Racc. dig.*, § 45.

*hotovost*, *Sánchez Morcillo I e II* il *Rewe-test* e l'art. 47 sono presentati come due standard interconnessi che portano, di default, allo stesso risultato<sup>29</sup>.

Così inquadrato il fenomeno, è possibile cercare di razionalizzare i diversi richiami all'effettività indagando quale funzione ciascun uso svolga, *rectius*, individuando il problema giuridico a cui la Corte vuole rispondere, ricorrendo appunto all'effettività. L'analisi della giurisprudenza europea dimostra, tuttavia, come un medesimo uso possa collocarsi all'interno di tutti i discorsi giuridici in cui tradizionalmente rileva il concetto in questione, determinando un intreccio di prospettive e piani di lettura.

In teoria, infatti, la Corte di giustizia si basa sull'effettività per risolvere tre questioni differenti: (i) determinare gli elementi fattuali da regolare, selezionati non in base alla loro qualificazione formale, ma all'effetto che questi hanno sul diritto europeo<sup>30</sup>; (ii) sviluppare una nozione di validità sostanziale, condizionata all'effettiva applicazione delle norme di diritto europeo a livello sia nazionale che internazionale; e (iii) proteggere i soggetti di diritto, attribuendo loro specifiche situazioni giuridiche e prevedendo rimedi *ad hoc*, o garantendone la protezione da parte degli Stati membri.

In pratica, però, non è possibile isolare una singola tipologia di discorsi, perché essi, al contrario, risultano fundamentalmente sovrapposti. Sia l'effettività delle norme di diritto europeo (associata alla dimensione oggettiva del principio), sia l'effettività della tutela (connessa invece a quella soggettiva) sono servite a concretizzare il contenuto delle situazioni giuridiche soggettive di fonte europea creando una serie di rimedi che operano oltre e al di là della normativa di riferimento, elevando i privati e i giudici da loro aditi a *private attorneys general* del diritto europeo e promuovendo l'opera di armonizzazione di profili sostanziali e procedurali<sup>31</sup>. I celeberrimi casi *Van Gend*, *Franco* e *Rewe* rispecchiano pienamente questa compenetrazione funzionale. Lo stesso art. 47 CDFUE – nel riconoscere un diritto accessorio ai diritti e alle libertà garantiti dall'Unione europea – realizza l'effettività delle norme di diritto europeo attraverso l'effettività della tutela giurisdizionale<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Corte giust., 27 febbraio 2014, c. 470/12, *Pohotovost s. r. o. c. Miroslav Va\_uta*, in *Racc. dig.*, § 36; Corte giust., 17 luglio 2014, c. 169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo e María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, *ivi*, §§ 47-8; Corte giust., 16 luglio 2015, c. 539/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo e María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA*, *ivi*, § 46.

<sup>30</sup> Corte giust., 2 luglio 2012, c. 171/11, *Fra.bo SpA c. Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch-Wissenschaftlicher Verein*, in *Racc. dig.*, § 28 ss.

<sup>31</sup> F. EPISCOPO, *Principio*, cit., p. 204 ss.

<sup>32</sup> C. 539/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo*, cit., § 43.

Inoltre, l'analisi dimostra che la tutela ottenuta tramite la *Johnston-effectiveness* e l'art. 47 CDFUE è in gran parte fungibile con quella garantita dalla *Rewe-effectiveness*, o dal primato del diritto europeo. In *Sánchez I*, ad esempio, la Corte di giustizia fa riferimento alla *Johnston-effectiveness* e all'art. 47 CDFUE in combinazione con la *Rewe-effectiveness*, ma ciò non comporta alcun cambiamento nel giudizio rispetto alla mera applicazione del *Rewe-test*, mentre *Francoovich* e *Factortame* dimostrano che la creazione di nuovi rimedi può essere raggiunta facendo affidamento su strumenti tradizionalmente associati alla dimensione oggettiva, piuttosto che soggettiva, dell'effettività<sup>33</sup>.

4. Il significato dell'effettività rimane dunque sfuggente, non potendo essere sufficientemente espresso né dai suoi usi, né dai discorsi in cui è inserita. A tale indeterminatezza semantica corrisponde necessariamente una indeterminatezza pragmatica, ovvero una incertezza sulle condizioni e i limiti di utilizzo.

Per risolvere la questione, dobbiamo spostare il piano di analisi, e indagare lo statuto normativo dell'effettività, cercando una qualificazione ulteriore a quella, tradizionale, di principio generale: una qualificazione neutrale e indipendente rispetto al problema dell'attribuzione di significato e, al contempo, capace di rappresentare non solo gli usi dell'effettività, ma anche il margine di confusione dovuto alla loro fungibilità.

In questa prospettiva, tutti gli usi sopra identificati rappresentano dei canoni decisionali, ermeneutici e giustificativi: la Corte di giustizia utilizza l'effettività come (i) motivo per adottare determinate soluzioni, (ii) direttiva ermeneutica per definire il significato delle norme europee, e (iii) giustificazione esterna del processo decisionale e interpretativo. Poiché decidere, attribuire significati e giustificare sono espressioni diverse dello stesso fenomeno, l'effettività deve dunque essere intesa come elemento di una pratica interpretativa.

Una volta inquadrata l'effettività come strumento di una specifica attività, è possibile derivarne le condizioni di utilizzo dalle regole che disciplinano l'attività stessa.

È risaputo che il diritto europeo difetta di regole di interpretazione esplicite e che la Corte di giustizia ha sviluppato tecniche e criteri propri, il cui valore normativo è dibattuto<sup>34</sup>. Tuttavia, l'assenza di esplicite diret-

<sup>33</sup> T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 3.

<sup>34</sup> Una ricognizione completa delle diverse teorie sull'interpretazione del diritto europeo va oltre i confini del presente intervento. Senza pretese di esaustività, nella letteratura europea si richiamano: J. BENOÏT-XÉA, *The Legal Reasoning of the European Court of*



tive interpretative non porta necessariamente a risultati totalmente non verificabili, ma impone di ricondurre l'interpretazione alla sua natura di discorso morale pratico, la cui correttezza dipende *in primis* dalla razionalità dell'argomentazione<sup>35</sup>.

Pertanto, l'effettività deve essere qualificata come *argomento* e la teoria normativa che ne regoli l'utilizzo deve essere costruita di conseguenza.

In questo senso, un argomento è usato correttamente quando è chiaro (i.a) qual è il suo significato e (i.b) quale relazione intercorre tra quest'ultimo e l'affermazione che dovrebbe giustificare; e quando (ii) le premesse su cui si basa sono accettate dall'uditorio<sup>36</sup>.

Tali standard non sembrano sempre presenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che, al contrario, usa l'effettività come argomento retorico, per persuadere il pubblico circa l'opportunità e l'accettabilità delle proprie decisioni<sup>37</sup>, piuttosto che per assicurarne la correttezza. In particolare, è possibile individuare i seguenti cinque crampi argomentativi:

1. *Sfruttamento degli slittamenti semantici e normativi dell'effettività*. L'effettività viene utilizzata per presentare soluzioni funzionali all'*enforcement* del diritto europeo come se fossero esclusivamente o principalmente volte a garantire la tutela dei diritti soggettivi. Emblematico di questa tendenza è il crescente riferimento all'art. 47 CDFUE quale argomento *ad abundantiam* nelle controversie consumeristiche; tuttavia, anche a prescindere da simili commistioni, gli usi associati alla dimensione oggettiva dell'effettività possono apparire espressione di una logica personalistica brillando, così dire, di luce riflessa, cioè sfruttando la *Familienähnlichkeit* che li lega alla versione soggettiva dell'effettività<sup>38</sup>.

2. *Sfruttamento delle intersezioni tra pubblico e privato*. Ove i tribunali nazionali non concedano rimedi efficaci contro la violazione dei di-

*Justice. Towards a European Jurisprudence*, 1993, Oxford; G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, 2012, Oxford; H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice: a Comparative Study in Judicial Policymaking*, 1986, Dordrecht; G. CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, 2012, Cambridge.

<sup>35</sup> J. WROBLEWSKY, *Legal Decision and Its Justification*, in *Logique & Analyse*, 1971, 14, p. 409.

<sup>36</sup> C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958; S. TOULMIN, *The Uses of Arguments*, Cambridge, 1964; J. WROBLEWSKY, *Legal Decision*, cit.; R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt, 1978; P. RICOER, *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1996, 77.

<sup>37</sup> C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité*, cit., p. 26 ss.

<sup>38</sup> L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, cit., § 66.

ritti euro-unitari, si potrebbe integrare una (ulteriore) violazione dell'art. 47 CDFUE, il quale ha effetto diretto e non necessita misure di attuazione<sup>39</sup>. Facendo leva su questo diritto, la Corte di giustizia attribuisce una dimensione verticale a controversie orizzontali, aggirando così le peculiarità e le restrizioni che caratterizzano il rapporto tra privati.

3. *Usa selettivo e asimmetrico dell'effettività*. Se il diritto a una tutela e a un rimedio effettivi deve essere preso sul serio (id est: non come meramente complementare alla dimensione oggettiva dell'effettività), allora esso dovrebbe interessare tutte le situazioni giuridiche coinvolte. Al contrario, casi come *Dansk Industri* dimostrano la riluttanza della Corte di giustizia a includere nella sua sfera di applicazione l'interesse del singolo a non vedersi imposti nuovi obblighi a causa di un'interpretazione attivistica dell'effetto diretto, sebbene altri rimedi meno gravosi per i privati (come la responsabilità dello Stato) potrebbero garantire una tutela adeguata<sup>40</sup>.

4. *Cumulo di diversi significati dell'effettività*. L'effettività costituisce la *ratio* alla base di diversi strumenti, che possono essere facilmente combinati: (i) l'effetto diretto garantisce l'effettività del diritto europeo e della tutela giurisdizionale; (ii) l'effetto utile dell'effetto diretto ne estende l'applicazione, ad esempio imponendo ai giudici nazionali di includere i privati tra i destinatari degli obblighi imposti dal diritto euro-comunitario; (iii) la *Rewe-effectiveness* richiede che l'autonomia procedurale non renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti e delle libertà di fonte europea; (iv) la *Johnston-effectiveness* e l'art. 47 CDFUE impongono ai giudici nazionali di potenziare ulteriormente i rimedi nazionali per garantire loro un'adeguata protezione<sup>41</sup>. Quando la Corte di giustizia utilizza detti strumenti insieme, senza chiarire come siano tutti funzionali a garantire l'effettività del diritto europeo e la tutela giurisdizionale dei diritti e delle libertà che ne derivano, ne potenzia la portata normativa finendo per alterare l'equilibrio politico-istituzionale tramite un'armonizzazione incrementale e non controllata<sup>42</sup>.

5. *Sfruttamento dello statuto pseudo-ontologico dell'effettività*. Più la de-

<sup>39</sup> Corte giust., 17 aprile 2019, c. 414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, in *Racc. dig.*, § 78.

<sup>40</sup> Corte giust., 19 aprile 2016, c. 441/14, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, in *Racc. dig.*, §§ 42-3. E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 909.

<sup>41</sup> N. REICH, *General Principles*, cit., p. 90 ss.

<sup>42</sup> M. ACCETTO E S. ZLEPTNIG, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 2005, 11, p. 375 ss.

terminazione del significato dell'effettività viene trattata come premessa e sottratta all'onere di giustificazione, più appare come uno stato di fatto, piuttosto che uno standard normativo indeterminato e, in particolare, vago ed essenzialmente contestabile. Il contrasto tra *Rewe-effectiveness* e autonomia procedurale è paradigmatico: invocando una non specificata esigenza di effettività, soprattutto quando gli asseriti ostacoli all'esercizio dei diritti europei sono marginali o imputabili agli stessi titolari<sup>43</sup>, la Corte di giustizia presenta le proprie decisioni come mera applicazione di regole neutrali, mentre esse sono frutto di scelte discrezionali circa il grado di realizzazione della norma in questione, e avanti un forte impatto sull'equilibrio tra diritto europeo e nazionale, nonché tra diversi modelli di armonizzazione.

In altre parole, non affrontando la questione del perché, come e in che misura qualcosa – una regola, un rimedio – debba essere reso effettivo, la Corte di giustizia presenta le proprie decisioni come immanenti al diritto europeo e finanche alla struttura dei Trattati, come l'esito di un procedimento interpretativo necessitato; l'alternativa non è sempre tra diritti effettivi e non effettivi, come invece la Corte sembra suggerire, bensì tra diverse misure di effettività. Allo stesso tempo, adottando un linguaggio ascrivibile al «human rights talk», essa seleziona le ragioni a sostegno della soluzione adottata in virtù della loro forza retorica, con l'obiettivo di promuovere il processo di integrazione e costruzione del diritto europeo, mantenere il monopolio interpretativo e, al contempo, persuadere gli interlocutori circa l'appropriatezza e opportunità delle proprie decisioni, in un sistema in cui il precario equilibrio tra le diverse fonti normative fa convergere legittimazione e accettazione.

5. Il quadro così tratteggiato, oltre a fotografare e mettere in guardia contro l'uso abusivo dell'effettività da parte della Corte di giustizia, offre spunti utili per risolvere il problema della sua recezione nazionale e, indirettamente, a prevenire e contrastare le degenerazioni del fenomeno a livello europeo.

In linea generale, il giudice nazionale dovrebbe arginare un uso eccessivamente disinvolto dell'effettività attraverso un utilizzo consapevole del rinvio pregiudiziale, capace di riportare il dogma della massima realizzazione dell'effetto utile a tecnica decisionale e argomento contestabile. Attraverso un ruolo forte e proattivo nel dialogo inter-istituzionale, tanto ire-

<sup>43</sup> Corte giust., 6 ottobre, 2009, c. 40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, in *Racc.*, I, p. 9579; Corte giust., 3 ottobre 2013, c. 32/12, *Soledad Duarte Hueros c. Autociba SA e Automóviles Citroën España SA*, in *Racc. dig.*

nico quanto polemico,<sup>44</sup> egli dovrebbe costringere la Corte di giustizia a pesare maggiormente le proprie decisioni e aprire nuovi spazi di deliberazione nel progetto europeo.

Inoltre, la mappa concettuale sviluppata può aiutare a distinguere le situazioni inerenti alla tutela come diritto fondamentale, dai casi in cui il richiamo a una immagine retoricamente efficace della tutela costituisce un argomento *ad colorandum* rispetto a quello, trainante, dell'obbligo di garantire l'effetto utile del diritto europeo. Attribuire il giusto significato all'effettività e comprenderne la dimensione retorica significa porsi nella condizione di capire quando essa possa avere un'efficacia pervasiva nell'ordinamento. Se ogni ordinamento ha i propri principi identificativi, il giudice è tenuto a cogliere le peculiarità del diritto europeo e – ove necessario – sforzarsi di darvi un'applicazione conforme al proprio assetto costituzionale, per poi promuovere l'incorporazione di questa sintesi a livello sovra-nazionale, partecipando così al processo d'interpretazione del diritto euro-unitario.

Ove – indipendentemente dalla versione in cui si manifesta – l'effettività opera come principio prevalentemente strutturale<sup>45</sup>, volto a garantire il massimo effetto utile del diritto comunitario, allora i giudici non possono contribuire direttamente e autonomamente alla sua realizzazione; ad esempio, non potrebbero interpretare le direttive che sono state correttamente recepite in maniera da favorire il loro effetto utile, poiché ciò equivarrebbe a modificare le scelte legittimamente fatte dal legislatore nazionale.

Al contrario, quando opera come principio assiologico, essi dovrebbero sí attuarlo, ma cercando – anche attraverso forme di dialogo istituzionale, come nel caso *Taricco*<sup>46</sup> – di conciliarlo con i valori solidaristici e di giustizia che costituiscono i principi identificativi propri del diritto interno, in conformità con la massimizzazione della protezione legale dei diritti fondamentali. Così facendo, i giudici agiscono sulla base di una nozione di effettività prevalentemente nazionale. Lo studio delle potenzialità e del principio nazionale dell'effettività, spero appunto che possa costituire lo sviluppo futuro di questa ricerca.

<sup>44</sup> E. NAVARRETTA, *Costituzione*, cit., p. 120 ss.

<sup>45</sup> Per la distinzione tra principi strutturali e assiologici, T. TRIDIMAS, *The General Principles*, cit., p. 3 ss.

<sup>46</sup> Corte giust., 8 settembre 2015, c. 105/14, Procedimento penale a carico di Ivo Taricco e a., in *Racc. dig.*; Corte giust., 5 dicembre 2017, c. 42/17, Procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B., *ivi*; Corte cost., ord., 26 gennaio 2017, n. 24, e sentenza 31 maggio 2018, n. 115, entrambe in *cortecostituzionale.it*, su cui estensivamente A. ALPINI, *Diritto italo-europeo*, cit.