

INDICE

pag.

PREMESSA

UNO SGUARDO SULLA COMPLESSITÀ DEL SISTEMA:
COSTITUZIONALIZZAZIONE, EUROPEIZZAZIONE,
PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ E DIRITTO PRIVATO

XIII

Parte I

LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO NEL XX SECOLO

CAPITOLO I

LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO
E IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ NEL XX SECOLO

3

1. Le ragioni che alimentano la prima costituzionalizzazione del diritto privato: spinte oppositive e spinte propulsive 3
2. Principi costituzionali e metodo ermeneutico 6
 - 2.1. Il ruolo dell'argomentazione e il lascito della svolta linguistica 6
 - 2.2. Il metodo ermeneutico, le tecniche della prima costituzionalizzazione e i riflessi istituzionali. L'interprete collaboratore del legislatore e della Corte costituzionale 8
3. I significati dell'effettività nel dibattito del secolo scorso: l'effettività come legittimazione del diritto giurisprudenziale, l'effettività come obiettivo del sistema, l'effettività come potenziamento del metodo 12
4. La responsabilità civile: campo elettivo per una perfetta congiunzione tra principio di effettività, costituzionalizzazione e metodo giuridico 15
5. La dottrina tedesca sulla *Drittwirkung* e le classificazioni della *Drittwirkung* 19
6. Chiarimenti e possibili fraintendimenti in merito alla *Drittwirkung* e alle sue connessioni con il principio di effettività 21

Parte II
L'EUROPEIZZAZIONE
E LA COSTITUZIONALIZZAZIONE
DEL DIRITTO PRIVATO
NEL CONTESTO EUROPEO

CAPITOLO I

| | |
|---|----|
| L'EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO E LE RAGIONI CHE ALIMENTANO LA NUOVA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO | 27 |
| 1. L'uropeizzazione del diritto privato e il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea. Lineamenti generali | 27 |
| 2. La nuova costituzionalizzazione come opposizione alla presunta neutralità del diritto privato dell'Unione europea. Rilievi generali | 30 |
| 3. La nuova costituzionalizzazione del diritto privato trainata da innovativi processi europei: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo; la teoria degli obblighi positivi e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Rilievi generali | 31 |
| 4. La complessità odierna e gli obiettivi dell'indagine | 32 |

CAPITOLO II

| | |
|--|----|
| L'EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO E IL DIRITTO DI COMPETENZA DELL'UNIONE EUROPEA | 35 |
| 1. Il principio di effettività come sintesi di finalità e di mezzi a disposizione dell'interprete | 35 |
| 2. Il criterio della competenza, il potere di non applicazione del diritto nazionale e il principio di effettività nella sua declinazione sostanziale e processuale | 36 |
| 3. Principio di effettività e obblighi positivi: efficacia orizzontale ed efficacia verticale delle direttive; la privatizzazione dei rapporti costituzionali; l'interpretazione conforme alle direttive non attuate; gli interventi rimediali creativi a difesa delle norme dotate di efficacia orizzontale; la costituzionalizzazione dei rapporti privati (<i>Drittwirkung</i>) | 40 |
| 4. Principio di effettività e categorie civilistiche | 42 |
| 4.1. Il principio di effettività e la responsabilità civile | 42 |
| 4.1.1. La privatizzazione dei rapporti costituzionali attraverso la responsabilità civile degli Stati e il ruolo del giudice ordinario | 42 |
| 4.1.2. Il rimedio della responsabilità civile e le norme dell'Unione dotate di efficacia orizzontale. Il rapporto fra modello della giustizia e modello dell'efficienza e il ruolo del giudice ordinario | 44 |
| 4.1.2.1. Principio di effettività, finalità regolatoria generale e danno <i>antitrust</i> | 44 |

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 4.1.2.2. Nesso di causalità e danno <i>antitrust</i> . Il ruolo dell'interprete | 47 |
| 4.1.2.3. Risarcimento del danno con finalità deterrente e finalità regolatoria generale rivolta all'efficienza o alla giustizia. Il ruolo dell'interprete e il ruolo del legislatore | 48 |
| 4.2. Il principio di effettività e il contratto: il rapporto fra giustizia contrattuale ed efficienza | 51 |
| 4.2.1. Contratto, giustizia contrattuale e giustizia sociale: ruolo del giudice e ruolo del legislatore nel diritto di competenza dell'Unione europea e nel diritto nazionale. Rinvio | 57 |
| CAPITOLO III | |
| LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO NEL DIRITTO DI COMPETENZA DELL'UNIONE EUROPEA | 61 |
| 1. La <i>supremacy</i> del diritto europeo e il rapporto con i principi costituzionali nazionali prima del Trattato di Lisbona: l'attivismo della Corte di giustizia e la teoria dei controlimiti | 62 |
| 2. L'impatto istituzionale del controllo della Corte di giustizia in nome dei diritti fondamentali sul diritto dell'Unione e sul diritto degli Stati nazionali. Dal diritto di attuazione dell'Unione al potere pervasivo del principio di non discriminazione e delle libertà fondamentali dell'UE | 64 |
| 2.1. La <i>Drittwirkung</i> della libera circolazione dei lavoratori, dei servizi e della libertà di stabilimento e l'estensione del controllo sugli atti di autonomia privata | 65 |
| 2.2. L'incidenza sostanziale sui diritti fondamentali della persona della strategia giurisprudenziale inclusiva attuata dalla Corte di giustizia. La peculiarità del bilanciamento di interessi nella prospettiva del diritto europeo e la concorrenza fra ordinamenti | 68 |
| 2.2.1. Gli orientamenti della Corte di giustizia sul rapporto fra diritti fondamentali della persona e libertà fondamentali dell'UE prima dell'entrata in vigore della Carta | 69 |
| 2.2.2. Alcune riflessioni sulla natura delle libertà fondamentali dell'UE, sul loro rapporto con il principio di non discriminazione e sul conflitto con i diritti fondamentali della persona | 73 |
| 3. Dal costituzionalismo giudiziale alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: le tecniche della nuova costituzionalizzazione europea e il passaggio dalla strategia della "difesa" alla strategia dell'"attacco" | 75 |
| 4. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE: le sue finalità e la sua identità | 76 |
| 5. Il raggio di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea | 79 |
| 5.1. L'influenza della Carta sugli atti emanati dall'Unione: invalidità degli atti e interpretazione conforme. Alcuni campi esemplari: il principio di non discriminazione; la lettura in chiave funzionale della proprietà | 79 |
| 5.1.1. La difesa del personalismo rispetto ad atti emanati dall'Unione: il settore strategico del trattamento dei dati personali | 81 |

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 5.1.1.1. Le dinamiche istituzionali e la competenza esclusiva della Corte di giustizia nel giudizio di invalidità sugli atti dell'Unione: la creazione in via giudiziale di un meccanismo di giudizio <i>a quo</i> , il ruolo del giudice ordinario e la funzione dell'art. 47 della Carta | 81 |
| 5.1.1.2. Il rafforzamento del personalismo nelle sentenze della Corte di giustizia in tema di trattamento dei dati personali e alcune ambiguità del nuovo regolamento | 84 |
| 6. La tassonomia della <i>Drittwirkung</i> alla luce del diritto dell'Unione europea | 85 |
| 6.1. La <i>Drittwirkung</i> nell'interazione con le fonti eteronome e con le fonti autonome: <i>Drittwirkung</i> propria e impropria, diretta e indiretta, trans-sistemica e ultra-sistemica, mediata e immediata | 85 |
| 6.2. La <i>Drittwirkung</i> del principio di non discriminazione | 87 |
| 6.3. Il problema della <i>Drittwirkung</i> dei diritti della Carta | 89 |
| 6.3.1. (<i>segue</i>) La <i>Drittwirkung</i> indiretta e l'"attuazione" del diritto dell'Unione: l'interpretazione dell'art. 51 della Carta | 91 |
| 7. Il latente conflitto fra il controllo di costituzionalità diffuso, guidato dalla Corte di giustizia, e il giudizio delle Corti costituzionali nazionali. L'art. 53 della Carta, i controlimiti e i limiti interni | 95 |
| 8. La complessità del costituzionalismo odierno e il pluralismo istituzionale: il punto di vista del diritto privato e il compito dei giudici ordinari | 101 |
| 9. I riflessi della Carta dei diritti fondamentali sul diritto privato | 103 |
| 9.1. L'incidenza della Carta sul diritto dei consumatori. L'itinerario irenico e la possibile sinergia fra mercantilismo e personalismo nel pensiero della Corte di giustizia | 103 |
| 9.2. Il ruolo dei giudici ordinari a favore del personalismo costituzionale e la strategia del dialogo | 108 |
| 9.2.1. Interpretazione adeguatrice alle direttive inattuata e ai principi costituzionali e possibile ricostruzione di norme dai principi costituzionali per garantire il risultato delle direttive inattuata | 108 |
| 9.2.2. Il diritto vivente europeo nell'interpretazione conforme alla Carta dei diritti e alle tradizioni costituzionali comuni. I giudici attori e non meri esecutori del procedimento ermeneutico e del controllo costituzionale diffuso sul diritto dell'Unione | 110 |
| 9.3. Il ruolo dei giudici ordinari a favore del personalismo costituzionale e la strategia polemica | 112 |
| 9.3.1. L'opposizione a tecniche interpretative o non applicative incoerenti con il personalismo | 112 |
| 9.3.2. L'opposizione al doppio scacco della <i>Drittwirkung</i> immediata delle libertà economiche fondamentali | 115 |
| 10. Riflessioni conclusive sulla costituzionalizzazione del diritto privato nell'ambito delle competenze dell'Unione a confronto con la prima costituzionalizzazione | 120 |
| 10.1. L'influenza tedesca sull'ideologia dell'Unione europea e il diverso quadro assiologico nel raffronto tra la prima costituzionalizzazione | |

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| e la costituzionalizzazione guidata dall'Unione europea. La formula dell'economia sociale di mercato | 121 |
| 10.2. Conflitti istituzionali e funzioni del diritto privato nel confronto tra vecchia e nuova costituzionalizzazione | 127 |
| 10.3. Pluralismo istituzionale e molteplicità di strategie nel governo della complessità del sistema dell'Unione | 128 |
| | |
| CAPITOLO IV | |
| LA COSTITUZIONALIZZAZIONE | |
| ATTUATA DALLA CORTE DI STRASBURGO | |
| E LA TEORIA DEGLI OBBLIGHI POSITIVI | |
| | 131 |
| 1. La privatizzazione dei rapporti costituzionali nella disciplina della CEDU fra sistema dell'Unione europea e sistemi nazionali | 131 |
| 2. I tratti sostanziali della CEDU nella prospettiva del diritto privato | 132 |
| 2.1. Il personalismo della CEDU | 132 |
| 2.2. L'intreccio fra interessi patrimoniali e personali nella CEDU | 134 |
| 3. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la teoria degli obblighi positivi | 143 |
| 3.1. La teoria degli obblighi positivi e il potere del giudice rispetto alla CEDU nel diritto di competenza dell'Unione. La soluzione "politica", giuridicamente paradossale, della Corte di giustizia | 145 |
| 3.2. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo e i rapporti orizzontali nel diritto di competenza nazionale. Quale <i>Drittwirkung</i> ? | 148 |
| 3.3. L'applicazione della Convenzione e la <i>Drittwirkung</i> impropria. L'opera ermeneutico-ricostruttiva del giudice e la teoria della lacuna incostituzionale: risarcimento in forma specifica o adempimento dell'obbligo? | 149 |
| | |
| Parte III | |
| LA NUOVA COSTITUZIONALIZZAZIONE | |
| DEL DIRITTO PRIVATO | |
| NEL DIRITTO DI COMPETENZA NAZIONALE | |
| | |
| CAPITOLO I | |
| PRINCIPI COSTITUZIONALI, DIRITTO PRIVATO | |
| E RAPPORTI FRA GIUDICE E LEGISLATORE | |
| | 155 |
| 1. Il dibattito nazionale sul diritto giurisprudenziale e la necessità di un approccio realista alla complessità delle fonti | 155 |
| 2. Il principio di effettività nella complessità del sistema attuale: il raffronto fra gli artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 13 CEDU, 2 e 24 Cost. | 159 |

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 3. Il rapporto fra principi costituzionali e norme ordinarie e la rilettura dell'art. 12 disp. prel. c.c. | 161 |
| 4. Il “principlismo antiformalista” e il giudice antagonista del legislatore. Critica. | 163 |
| 5. Il “principlismo formalista”, il potere decostruttivo del giudice ordinario e la lacuna incostituzionale | 165 |
| 6. La peculiarità del diritto giudiziale e la sua formalizzazione: il giudice regolatore <i>a latere</i> e a supporto dell'opera del legislatore | 168 |
| 6.1. I lineamenti dell'interpretazione conforme e il dilemma sulla sua creatività | 168 |
| 6.2. Dall'interpretazione conforme alla regolazione attraverso i principi. La <i>Drittwirkung</i> incompleta e il necessario superamento del circolo diadico | 171 |
| 6.3. Le critiche al potere “creativo” dell'interpretazione conforme e il loro riverberarsi sulla regolazione giudiziale a partire dai principi | 173 |
| 6.3.1. La tirannia dei valori <i>c.</i> la tirannia del valore nascosto | 173 |
| 6.3.2. Il sistema giuridico aperto quale terzo tassello del circolo ermeneutico: le caratteristiche della regolazione giudiziale ispirata ai principi e i suoi limiti | 175 |
| 6.3.3. Il diritto giurisprudenziale fra decisione e normazione: il problema del controllo di costituzionalità sulla “norma giudiziale” | 181 |
| CAPITOLO II | |
| PRINCIPI COSTITUZIONALI E AUTONOMIA PRIVATA | 183 |
| 1. Lineamenti generali | 183 |
| 2. Autonomia e diritti fondamentali della persona | 185 |
| 2.1. L'autodeterminazione e la funzione autorizzativa | 185 |
| 2.2. La funzione dispositiva e il dono non patrimoniale | 188 |
| 2.3. Il contratto avente ad oggetto i diritti della persona e la regolazione di interessi familiari | 190 |
| 3. Autonomia contrattuale e principi fondamentali | 192 |
| 3.1. Il diritto privato regolatorio: l'influenza dei principi e dei diritti fondamentali sull'esercizio dell'autonomia contrattuale e i rapporti istituzionali | 193 |
| 3.1.1. Il diritto contrattuale regolatorio e la giustizia sociale: il ruolo imprescindibile del legislatore | 193 |
| 3.1.2. Il diritto contrattuale regolatorio e la giustizia contrattuale. I riflessi della <i>Drittwirkung</i> incompleta e la dialettica fra giudice e legislatore | 196 |
| 3.1.3. Il diritto contrattuale regolatorio e il divieto di discriminazione. La garanzia d'istituto dell'autonomia contrattuale e il ruolo dell'interprete | 199 |
| 3.2. La fonte dell'autonomia contrattuale e la <i>Drittwirkung</i> dei principi e dei diritti fondamentali: giudizio di incoerenza, di conformità e di lacunosità | 204 |

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 3.2.1. Il giudizio di incoerenza e l'illiceità del contratto. I limiti della <i>Drittwirkung</i> : il divieto di disapplicazione di norme e il divieto di proiezione orizzontale dei doveri rivolti alla giustizia sociale | 204 |
| 3.2.2. Il giudizio di conformità e di lacunosità rispetto ai principi fondamentali fra interpretazione e integrazione del contratto | 207 |
| | |
| QUALCHE RIFLESSIONE CONCLUSIVA. DRITTWIRKUNG E PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ NELLA COMPLESSITÀ DEL SISTEMA GIURIDICO ATTUALE | 211 |
| 1. Il lascito della prima costituzionalizzazione: intorno alla non neutralità del diritto privato | 211 |
| 2. La <i>Drittwirkung</i> come nozione tecnica, il suo rapporto con il principio di effettività e le applicazioni al diritto dell'Unione europea. Il ruolo della giurisprudenza ordinaria | 213 |
| 3. La nuova costituzionalizzazione del diritto privato nel rapporto fra legislatore e giudice | 216 |
| 4. La nuova costituzionalizzazione del diritto privato e il ruolo dell'autonomia privata | 219 |
| 5. La fuga dalla tirannia del monopolio dei diritti | 222 |