

Pierluigi Cuccuru

L'efficacia orizzontale delle libertà economiche fondamentali

Indice

Premessa.....	2
CAPITOLO I.....	5
1. Diritto pubblico e Diritto privato. Una bipartizione ingombrante.....	5
1.1. Cenni storici.	5
1.2. Pubblico e privato nel diritto: una distinzione ancora valida?	8
2. Le libertà economiche fondamentali.....	15
2.1. Inquadramento storico-sistemico.....	15
2.2. I limiti alle libertà fondamentali: deroghe espresse previste dai Trattati (cenni).	18
2.3. Il legame delle libertà economiche fondamentali con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.	20
2.4. Il rapporto con il principio di autonomia privata. Cenni.....	25
CAPITOLO II.....	28
3. L'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.....	28
3.1. Un'introduzione.	28
3.2. La libera circolazione delle merci.....	29
3.2.1. Caso <i>Dansk Supermarked c. Imerco</i> (C - 58/80).....	30
3.2.2. Caso <i>Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Francese</i> (C - 265/95).....	32
3.2.3. Caso <i>Schmidberger c. Repubblica d'Austria</i> (C – 112/00).....	34
3.3. La libera circolazione dei lavoratori & la libera prestazione dei servizi.	39
3.3.1. Caso <i>Walrave & Koch c. Association Union Cycliste Internationale</i> (C - 36/74).	39
3.3.2. Caso <i>Bosman c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL - Royal club liégeois SA – UEFA</i> (C – 415/93).	43
3.3.3. Caso <i>Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano Spa</i> (C -281/98).	46
3.3.4. Caso <i>Viking Line</i> (C – 48/05).	49

CAPITOLO III.....	53
4. Le libertà fondamentali: valutazioni e profili in evidenza nella prassi giurisprudenziale esposta.....	53
4.1. Tra effetto orizzontale diretto e indiretto.....	53
4.2. Una bipartizione delle libertà fondamentali nella loro applicabilità orizzontale.....	58
4.2.1. Libera circolazione dei beni. Tendenze giurisprudenziali & ragioni di una difficile applicabilità orizzontale diretta.....	59
4.2.2. Libera circolazione dei lavoratori & libera prestazioni dei servizi. Verso l'efficacia orizzontale diretta delle libertà fondamentali.....	67
4.3. L'efficacia orizzontale diretta delle libertà fondamentali. Basi argomentative.....	68
4.4. Il carattere collettivo del comportamento privato tra libera circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi. Un possibile limite soggettivo all'applicazione dell'efficacia orizzontale diretta?.....	71
4.5. Ragioni della peculiarità della libera circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi. Ipotesi ricostruttive.....	76
4.6. Considerazioni finali sulla bipartizione.....	89
4.7. Un limite all'applicazione delle libertà fondamentali: il bilanciamento con i diritti fondamentali.....	94
4.7.1. L'impostazione del bilanciamento: dalla subordinazione all'equiparazione tra i termini.....	98
4.7.2. Lo svolgimento pratico del bilanciamento: i test di necessità e proporzionalità.....	103
Considerazioni finali.....	108
Verso una ricostruzione dell'unità.....	108
Questioni problematiche residue.....	117
Le deroghe all'applicazione delle libertà fondamentali alla luce della loro efficacia orizzontale.....	117
Efficacia orizzontale diretta e indiretta: il problema di una scelta.....	121
Bibliografia essenziale.....	125

Premessa

Se non si vuole accettare che il diritto nasca dal gioco (o sia gioco esso stesso)¹ è necessario accogliere l'idea che esso scaturisca dalla necessità.

Come ogni cosa, e forse più di ogni altra cosa, i bisogni sono mutevoli, e il diritto deve, perciò, essere mutabile. Ove il diritto non dimostri questa capacità di adattamento, imbrigliandosi in meccanizzazioni eccessivamente rigide, esso risulterebbe non (più) conforme ai suoi scopi: finirebbe con l'essere, in prospettiva, inutile.

Proprio per questo semplice motivo non è più possibile accettare acriticamente la divisione tra diritto costituzionale e diritto privato nei termini imperativi in cui ci è stata trasmessa dalla tradizione giuridica occidentale. Il solo fatto che oggi vi sia acceso dibattito intorno all'efficacia orizzontale dei precetti costituzionali dimostra, difatti, l'emersione di nuove esigenze: bisogni a tal punto avvertiti da spingere a dubitare dell'opportunità stessa di mantenere una separazione istituzionale rigida tra pubblico e privato. La portata di questo processo di ripensamento non è di certo da minimizzare: il dubbio non è un elemento neutro; è presa di coscienza di una già avvenuta discrepanza tra l'essere del diritto e il suo dover essere; la sua presenza è essa stessa un argomento forte contro lo *status quo* delle cose, sancisce l'incapacità di difendersi e autogiustificarsi di ciò che si credeva saldo: del dogma della distinzione forte tra pubblico e privato, appunto.

¹ Un' originale ricostruzione storica del diritto come gioco sacrale si ha in J. HUIZINGA, *Homo Ludens* (traduzione di Arrigo Vita), Torino, Einaudi Editore, 1979, p. 90 – 103.

Una rivalutazione dei rapporti tra le norme costituzionali e l'agire giuridicamente rilevante dei singoli non è solo un'operazione possibile, quindi, ma necessaria e doverosa. Necessaria, perché, come appena visto, generata da nuovi bisogni della comunità. Doverosa, perché tali esigenze riguardano la salvaguardia di principi e diritti alla base stessa dell'ordinamento: una riconsiderazione del diritto pubblico in chiave non solo verticale (tra stato e cittadino) ma anche orizzontale (tra privati, nei rapporti reciproci) è funzionale alla piena effettività delle tutele stabilite dalle Carte fondamentali, poiché in tal modo la loro applicazione si estende a una sfera, quella individuale, tradizionalmente garantita (salvi rari casi) da dirette influenze costituzionali.

Tale processo di "costituzionalizzazione" del diritto privato ha necessariamente interessato ambienti nazionali e sovranazionali. Non è più possibile, per lo meno in Europa, affidarsi a confini giuridici precisi, né professare l'autarchia del diritto: le tendenze di armonizzazione tra diritto e vita interrelazionale degli individui sono fisiologicamente trasversali rispetto ad ordinamenti tra loro connessi. L'Unione Europea, quindi, non solo non è esclusa dal dibattito sull'efficacia orizzontale delle norme pubbliche, ma rappresenta uno degli orizzonti giuridici più dinamici in tal senso.

All'interno di un panorama molto vasto, il presente elaborato prenderà in considerazione una delle ipotesi normative che nell'ordinamento giuridico dell'Unione sono interessate da siffatte linee di sviluppo. Nello specifico, l'attenzione si focalizzerà sulle problematiche relative all'applicazione orizzontale delle quattro libertà economiche fondamentali, garanzia dell'unità del mercato tramite la previsione della libera circolazione nel territorio della UE delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali. Tali disposizioni, originariamente concepite per una applicazione di tipo

verticale, hanno sin da subito dimostrato nella prassi applicativa della Corte di Giustizia una interessante e discreta, sebbene poco uniforme, capacità espansiva orizzontale.

L'esposizione verrà idealmente organizzata in tre momenti fondamentali. Inizialmente, il recupero dei termini della questione relativa alla partizione tra diritto pubblico e diritto privato darà avvio ad una presentazione del diritto economico costituzionale nell'Unione Europea e delle caratteristiche salienti delle libertà fondamentali, che in tal modo verranno inquadrare nel sistema dei Trattati. In un secondo momento, verrà proposta una rassegna di casi giurisprudenziali della Corte di Giustizia emblematici degli orientamenti in materia di efficacia orizzontale delle libertà fondamentali. Attraverso le sentenze verranno forniti gli elementi pratici che daranno avvio, in una terza parte, ad una riflessione teorica maggiormente attenta, che cercherà di affrontare nello specifico gli elementi problematici e le conseguenze giuridiche in evidenza nel panorama giurisprudenziale offerto.

CAPITOLO I

1. Diritto pubblico e Diritto privato. Una bipartizione ingombrante.

1.1. Cenni storici.

Qualsiasi tentativo di approcciarsi alla tematica delle influenze tra diritto di rango costituzionale e rapporti giuridici tra privati deve necessariamente confrontarsi con una delle più classiche partizioni dell'universo giuridico: la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Che tale divisione sia presente sin dallo sviluppo di un vero e proprio ordinamento giuridico è un dato ormai pacifico.

Già in Ulpiano:

*“Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim”*².

Ove *“Privatorum conventio iuri publico non derogat.”*³

² *Ulp.Dig. 1.1.1.2: [Il diritto pubblico è quello che attiene al bene della Res publica romana, il privato quello che si rivolge all'utilità dei singoli. Vi sono infatti cose utili sotto il profilo pubblico, altre sotto quello privato].*

Una bipartizione apparentemente netta, quindi, solidamente fondata sulla diversa natura degli interessi perseguiti. La divisione, tuttavia, perde progressivamente il suo carattere categorico con la nascita e lo sviluppo del sistema feudale medievale: nel momento in cui l'utilità pubblica si confonde con quella individuale, le sfere del diritto pubblico e del diritto privato diventano permeabili, pressoché sovrapponibili; i rapporti istituzionali e pubblici quasi si riducono a meri contratti tra privati.

La dicotomia, comunque, persiste sottotraccia, riemerge con la nascita degli Stati moderni e si cristallizza nelle costituzioni ottocentesche di matrice liberale, sotto la spinta del concetto borghese di “Stato minimo”. In tale fase la Costituzione è strumento legale di diritto pubblico concepito ad esclusiva protezione dell'individuo e delle sue libertà, una carta di limiti garantistici unidirezionale, *ab origine* rivolta ai soli poteri statali, che nella propria funzione contenitiva si esaurisce: è esaltazione delle barriere tra lo Stato e la comunità di individui, tra le politiche governative e l'autonomia privata, tra diritto pubblico e diritto privato. Stato e cittadino, costituzione e contratto, sono così insieme tendenzialmente chiusi che trovano intersezione solo nel momento in cui la Costituzione garantisce un novero di diritti c.d. “*fondamentali*” ed assicura il principio di uguaglianza formale dinanzi alla norma giuridica e nei rapporti contrattuali.

Questo primo nucleo della Costituzione moderna andrà poi ad evolversi e svilupparsi nelle contemporanee Costituzioni post-liberiste, mediante l'ampliamento in chiave socioeconomica delle funzioni delle Carte fondamentali. A questa estensione degli orizzonti corrisponde un parallelo incremento dell'influenza del

³ *Ulp. Dig.*, 50.17.45.1: [*L'accordo privato non può derogare al diritto pubblico*].

diritto costituzionale sugli sviluppi del diritto privato, sui suoi principi ispiratori, quantomeno sulla sua interpretazione⁴.

Questi possono considerarsi, ad ogni modo, condizionamenti fisiologici, derivanti dalla natura in senso lato pubblica e statalmente “imposta” del diritto privato codificato, nonché dal ruolo della Costituzione nella sua accezione di parametro di conformità, identificativo di ogni ordinamento giuridico. Non vi è dubbio, difatti, che il diritto costituzionale rappresenti la matrice di riferimento del diritto privato⁵; è palese che la costituzione ha avuto, ha, e sempre avrà una incidenza, più o meno diretta, sulle relazioni giuridiche tra privati, tracciandone una griglia di possibilità e divieti.

Il profilo problematico in tale rapporto consiste nell’opportunità che, al di là di tale naturale influenza, le disposizioni di carattere costituzionale possano (e in che modo) incidere in maniera diretta sul regolamento contrattuale predisposto da parti private, rivelandosi in tal modo norme di natura precettiva, immediatamente vincolanti anche per l’agire individuale.

L’importanza e la portata giuridica di tale quesito si sono accentuate alla luce del riconoscimento del carattere costituzionale (in senso materiale) dei Trattati dell’Unione Europea⁶ e

⁴ E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in “Rivista di Diritto Civile”, No.5, Settembre - Ottobre 2012, p. 643 e ss.

⁵ In M. KUMM, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in “German Law Journal”, Vol. VII, N.4, 2006, p.359, il diritto privato è addirittura definito “*a branch of applied constitutional law*”.

⁶ Così espressamente La CGCE nella causa 294/1983 (caso “*Les Verts*”), par. 23: “[...] *La comunità Economica Europea è una comunità di diritto nel senso che né*

dall'accettazione da parte delle corti nazionali del c.d. *principio di supremazia* del diritto europeo.

1.2. Pubblico e privato nel diritto: una distinzione ancora valida?

Dal sommario panorama evolutivo appena delineato non è difficile dedurre che gli approcci costituzionalistici (intesi in senso lato come fondamento assiologico e organizzazione giuridica di una collettività, dai quali risulta la ripartizione tra pubblico e privato) sono eminentemente diacronici, frutto più o meno diretto di istanze, ideali e (molto più spesso) rapporti di forza di una data comunità storica. È del tutto naturale, dunque, che la bipartizione tradizionale tra diritto pubblico e diritto privato, il rapporto di separazione tendenzialmente rigido tra Costituzione e contratto (inteso quale istituto principe che esprime l'essenza stessa del diritto privato), possa mostrare a contatto della contemporaneità i suoi limiti⁷.

gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato.”; ancora: parere 1/91 CGCE, par. 21: “[...] il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma di accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere [...]”

⁷ Sulla necessità di superare la visione dicotomica tradizionale vedi, ad esempio, J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement: the economic constitutional law of the European community*, Portland, Hart Publishing, 2002, p. 3 e ss.; M. KUMM, *op. cit.*, p. 341 e ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, second edition, Oxford University Press, 2006, p. 47 e ss.; H. COLLINS,

A rivelarli sono un insieme di fattori di tipo giuridico-economico, che hanno creato terreno fertile per lo sviluppo di ipotesi concrete di carattere eterogeneo, che sfuggono a uno stabile inquadramento di ciò che è pubblico e ciò che è privato, e delle quali è per tal motivo difficile valutare la sottoponibilità o meno ai limiti costituzionali concepiti per le istituzioni pubbliche. Tra tali fattori rivestono ruolo peculiare la grande dinamismo dei traffici commerciali (la cui vivacità ha fatto sì che si creasse un forte, quanto naturale, distacco tra esigenze degli operatori economici e risposte giuridiche a tali bisogni); l'integrazione (interdipendenza?) delle economie nazionali con i grandi sistemi imprenditoriali privati; la generale crescita del potere privato nell'economia di mercato a livello nazionale e (sempre di più) transnazionale e globale.

Sono tali contesti che fanno in modo che a livello tendenziale la struttura dell'economia rigetti progressivamente la perentorietà della classificazione tra pubblico e privato, creando fenomeni di natura ibrida quali, ad esempio, lo sviluppo di sistemi produttivi riferibili alla c.d. "*economia mista*", le ipotesi di Stato imprenditore, i fenomeni di privatizzazione (totale o parziale) delle imprese pubbliche o dei servizi di pubblica rilevanza

Proprio la facile rintracciabilità nella vita economica quotidiana di tali ipotesi ibride a forte mutevolezza giuridica porta a chiedersi se sia possibile una loro sottoposizione diretta al diritto costituzionale, statale ed europeo. Il problema fondamentale è riuscire a capire se, a fronte di siffatto sviluppo dei connubi tra poteri pubblici e privati,

The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe, in "Legal Studies Research Paper Series", No.13/2011, University of Cambridge, p. 1 - 5.

ove questi ultimi si inseriscano in ambiti macroeconomici un tempo appannaggio delle sole autorità statali, la Costituzione non debba trascendere la sua funzione garantista tradizionale, ed irradiare la propria influenza ai rapporti tra privati oltre il proprio naturale compito orientativo-assiologico della sfera giuridica individuale: incidendo su di essi, perciò, in maniera diretta. Sarebbe opportuno, insomma, che le norme costituzionali, oltre che limite allo Stato, siano anche un possibile limite ai privati, allo scopo di garantire l'effettività di scelte politico-costituzionali dell'ordinamento? La costituzione può essere, oltre che insieme di limiti ai poteri pubblici, anche un insieme di norme direttamente vincolanti per i poteri privati? E inoltre, se si ammette tale possibilità, sino a che punto dovrebbe ragionevolmente avvenire tale compressione dell'autonomia individuale?

In caso di risposta affermativa a tali questioni si creerebbe la possibilità di una parziale inversione della "polarità" della funzione garantistica costituzionale: alla tutela per i cittadini nei confronti delle istituzioni, si aggiungerebbe un ruolo di salvaguardia delle fondamenta dell'ordinamento a fronte dei comportamenti privati.

A tale tematiche le costituzioni nazionali raramente sembrano in grado di rispondere in maniera esplicita (sovente servendosi delle codificazioni e delle normative derivate per specificare dei limiti all'agire privato funzionali alla tenuta del sistema)⁸, e la stessa impossibilità si riscontra nei Trattati dell'Unione Europea. A livello giurisprudenziale e dottrinario, parimenti, tali interrogativi sono

⁸ In Italia si pensi, ad esempio, ai limiti contrattuali imposti dalla previsione di ipotesi di nullità del contratto a salvaguardia di preminenti interessi pubblici, ex art. 1418 c.c., o alle specifiche ipotesi di nullità speciali.

lontani dall'essere univocamente risolti, coinvolgendo e rievocando tematiche molto ampie e complesse.

Seguendo tali problemi si svilupperà il presente elaborato. In particolare, come premesso, l'attenzione si concentrerà sulle quattro libertà economiche fondamentali previste dal TFUE (libera circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi, dei lavoratori) per le quali i dubbi finora esposti hanno assunto nel tempo particolare rilevanza. Tale gruppo di disposizioni rappresenta uno di quei nodi economico-normativi originariamente concepiti per le sole entità statali, ma che progressivamente si è sviluppato anche in senso orizzontale, in ragione di una efficace salvaguardia dei suoi scopi ispiratori.

1.3. Diritto pubblico e diritto privato nell'Unione Europea: la costituzione economica dell'Unione tra libertà fondamentali e libera concorrenza.

La delimitazione tra diritto pubblico e diritto privato si manifesta con chiarezza nell'ordinamento comunitario al momento di delinearne la c.d. "costituzione economica"⁹ (o, come alcuni

⁹ *"La costituzione economica deve essere intesa come una decisione politica generale su come la vita economica della nazione debba essere strutturata"*. F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DÖRTH, in *Il nostro compito. Il manifesto di Ordo del 1936*; traduzione di L. Maggi.

preferiscono precisare, il “diritto costituzionale economico”¹⁰), ove si focalizzi l’attenzione sull’obiettivo fondamentale del mercato unico.

Prendendo come punto di partenza la prospettiva economica dei trattati, sin da subito si nota che le disposizioni sulle libertà economiche fondamentali sembrano appartenere al versante pubblico delle garanzie dell’unità del mercato; le successive norme sulla concorrenza, al contrario, riguarderebbero il profilo privatistico degli scambi commerciali nel territorio dell’Unione.

Nell’ottica tradizionale entrambi i gruppi di norme condividono lo scopo della salvaguardia e del corretto sviluppo del mercato unico, e differirebbero proprio in relazione alla platea di soggetti che ne sono destinatari: le libertà fondamentali vincolerebbero i soli Stati, mentre le norme sulla concorrenza si indirizzerebbero alle imprese private, in un rapporto dualistico di reciproca esclusione tale che ove finisce l’ambito di azione delle prime, inizia l’operatività delle seconde.

Siffatta bipartizione in base ai soggetti destinatari, riflesso di una generale divisione tra norme pubbliche e norme indirizzate ai privati (o, che dir si voglia, norme verticali e norme orizzontali), appare, ad ogni modo, avvallata solo in maniera parziale dal dato letterale delle disposizioni: se infatti è vero che il Capo I (“*Regole di concorrenza*”), Sezione I del TFUE (artt. 101 – 106) recita espressamente “*Regole applicabili alle imprese*”, è altrettanto vero che nelle disposizioni relative alle libertà fondamentali gli Stati Membri non figurano sempre ed indubitabilmente come unici

¹⁰ J. BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. 25 e ss., ove l’autore preferisce tale dizione per avere un concetto maggiormente dettagliato sul piano legale, depurato da tutte le altre fonti che, nella pratica, definiscono l’assetto economico di un ordinamento.

destinatari delle norme, sebbene il tenore, l'ampiezza e il contesto di queste ultime lo facciano fortemente presupporre.

Al di là degli indici formali, è chiaro che la divisione, più che reale, parrebbe di natura ideale, debole ed eccessivamente semplificativa in un panorama delle dinamiche economiche variegato come quello odierno; panorama che, come precedentemente visto, sfugge a qualsiasi riduzione a schemi eccessivamente rigidi ed imperativi, sempre più declinandosi in situazioni di carattere non omogeneo.¹¹

In tale contesto concreto non vi sono elementi per escludere *a priori* che comportamenti privati possano, almeno a livello ipotetico, incidere sul rispetto delle libertà fondamentali al pari di un atto statale, o che comportamenti pubblici falsino in concreto la libera concorrenza (al di là della prevista ipotesi di divieto di aiuti pubblici ex art. 107 TFUE).

A fronte di tali considerazioni, la giurisprudenza europea e la legislazione secondaria dell'Unione non hanno potuto far altro che forzare i compartimenti del dualismo nel quale si articola la costituzione economica dell'Unione, estendendo l'ambito di applicazione delle libertà fondamentali ad alcune manifestazioni dell'agire privato, e le norme che disciplinano la concorrenza a certe forme di azione statale¹². Tale *modus operandi* è stato plasmato principalmente da esigenze di salvaguardia dell'effettività della disciplina stabilita dai Trattati, che se non soddisfatte rischiano di indebolire pericolosamente il processo di

¹¹ J. BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. 4 ss.

¹² J. BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. 87, parla di "privatizzazione" delle regole sulla libera circolazione e "pubblicizzazione" delle regole sulla concorrenza, riprendendo le parole di M. Waelbroeck"

sviluppo del mercato comune e, quindi, la tenuta stessa dell'ordinamento comunitario.

Attraverso questo meccanismo la distinzione soggettiva tra i gruppi di disposizioni a salvaguardia dell'unitarietà del mercato si arricchisce, nella pratica, di un elemento di valutazione di matrice oggettivo-sostanziale, basato sull'effetto concreto che il comportamento considerato provoca nell'economia dell'Unione. Ove si restringa la libertà di circolazione o si intervenga in maniera scorretta sul gioco della libera concorrenza, quindi, le relative discipline si applicheranno a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto agente, in maniera trasversale.

Proprio tale soluzione di indole pragmatica potrebbe far sorgere il dubbio che l'influenza delle libertà economiche fondamentali nella sfera giuridica privata possa considerarsi eccessiva, tale da riversare illogicamente sugli individui il compito di tutelare il mercato unico. Siffatta questione perde buona parte della sua "drammaticità" ove si inquadri nella giusta prospettiva: si deve partire dal considerare l'effetto orizzontale delle libertà fondamentali non come indebita e immotivata ingerenza nella sfera di libertà individuale, ma come meccanismo naturale di reazione allo sviluppo di comportamenti privati potenzialmente lesivi dei diritti di circolazione creati dalle libertà economiche. Non una intromissione aggressiva, quindi, ma una "legittima difesa".

Allo stesso tempo, e per il verso opposto, il processo di estensione e rimodulazione dell'ambito soggettivo delle norme pone non pochi problemi di certezza giuridica e rischia di snaturare, o quantomeno mettere in secondo piano, lo scopo originale e specifico delle disposizioni sulla libera circolazione.

Parrebbe, quindi, necessaria una mediazione tra il formalismo letterale delle due discipline (che mantengono la distinzione tra pubblico e privato, attraverso la differenziazione dei soggetti passivi) e una indiscriminata estensione della loro platea di destinatari in base a ragioni sostanziali e di effettività del diritto. Per ricercare tale punto di contatto, è necessario preliminarmente offrire una panoramica delle libertà fondamentali nell'ordinamento europeo, dal loro inquadramento formale alla percezione che ha dimostrato di averne la giurisprudenza europea.

2. Le libertà economiche fondamentali.

2.1. Inquadramento storico-sistemico.

Che le quattro libertà economiche siano state espressamente definite dalla Corte di Giustizia “*norme fondamentali per la Comunità*”¹³ non è un caso.

Tale gruppo di disposizioni ha da sempre rappresentato una delle basi fondanti dei Trattati della Comunità: si intravedono a livello

¹³ Caso *Corsica Ferries France* (49/89), par. 8: “[...] *gli articoli del trattato CEE sulla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali sono norme fondamentali per la Comunità ed è vietato qualsiasi ostacolo, anche di minore importanza, a detta libertà.*”

embrionale già a partire dal Trattato CECA del 1951¹⁴, si esplicitano e arricchiscono nel Trattato di Roma del 1957 che istituisce la Comunità Economica Europea¹⁵, accompagnano l'intero processo evolutivo dell'ordinamento giuridico europeo fino all'odierno Trattato di Lisbona¹⁶. Sin dagli albori del progetto

¹⁴ Si veda l'art. 4 par. 1 del Trattato CECA, che espressamente vieta “[...] dazi di entrata o di uscita, o le tasse di effetto equivalente e le restrizioni quantitative alla circolazione dei prodotti” (let. a) o “le disposizioni e i sistemi che creino, una discriminazione fra produttori, fra acquirenti o fra consumatori[...]” (let. b), aggiungendo anche un embrionale sistema di tutela della libera concorrenza attraverso il divieto di aiuti statali e “sistemi restrittivi tendenti alla ripartizione e sfruttamento dei mercati” (lett. c - d).

¹⁵ Nel Trattato di Roma le libertà economiche fondamentali trovano espresso riconoscimento sia come strumento per il raggiungimento di obiettivi della Comunità (in art. 3 par. 1 let. a – c), sia in forma specifica nella Parte Seconda, che recita “*Fondamenti della Comunità*”, e specificatamente nel Titolo I (“*Libera circolazione delle merci*”) e Titolo III (“*Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali*”).

¹⁶ Nell'attuale conformazione dei Trattati dell'Unione Europea scompare il riferimento alle libertà fondamentali al momento di delineare gli obiettivi dell'Unione, sostituito da generici riferimenti alla garanzia della libera circolazione delle persone e del mercato interno (art. 3 TUE) e dall'art. 26 par. 2 TFUE (“*Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati*”); specifica disciplina è in seguito contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. In particolare:

- Per la libera circolazione delle merci v. Parte III, Titolo II (“*Libera circolazione delle merci*”) TFUE (in particolare artt. 34-35-36 TFUE, su divieto di restrizioni quantitative a importazione ed esportazione tra Stati Membri e regime delle deroghe);
- Per la libera circolazione dei lavoratori v. art. 45 e ss. TFUE, in Parte III, Titolo IV, Capo 1 TFUE;

comunitario le libertà fondamentali hanno rappresentato il precipitato giuridico del desiderio di un mercato unico europeo, alla ricerca di uno spazio ove i fattori produttivi potessero liberamente allocarsi e, col tempo, rendere armoniose le condizioni degli scambi economici transnazionali. Un rapporto col mercato di tipo strumentale, perciò, la cui importanza è tale da poter ragionevolmente affermare che il gruppo di disposizioni delle libertà fondamentali rappresenti l'essenza stessa del modello economico europeo, caratterizzandolo, salvaguardandolo e garantendone nel tempo la vocazione liberista.

In sintesi, le libertà fondamentali (e i diritti di libera circolazione che esse creano) rappresentano allo stesso tempo declinazione del mercato unico e il mezzo attraverso il quale ad esso si tende.

Per adempiere a tali funzioni le libertà fondamentali si muovono in due direzioni: come garanzia di uguaglianza degli attori sul mercato (al fine di assicurare una concorrenza in posizione di parità) e come garanzia del diritto di accesso al mercato (e conseguente diritto di uscita)¹⁷.

-
- Per la libertà di stabilimento e libera circolazione di servizi v. rispettivamente artt. 49 e ss. e 56 e ss. TFUE, in Parte III, Titolo IV, Capo 2 – 3 TFUE;
 - Per la libera circolazione di capitali v. art. 63 e ss. TFUE, in Parte III, Titolo IV, Capo 4 TFUE.

¹⁷ S. LIEBLE, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, in S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, p. 64, per il quale la prima di queste garanzie si realizza attraverso il divieto di discriminazione, la seconda tramite i divieti di restrizioni al commercio.

L'essenzialità dei principi espressi dalle libertà fondamentali nell'ottica della creazione di qualsivoglia mercato comune appare palese già sotto il profilo logico e teorico: la presenza di barriere sarebbe razionalmente inconcepibile ove si consideri come fine ultimo la creazione di un mercato libero; si immagini solo se vi fossero limiti al commercio tra Regioni italiane¹⁸, o tra i *Land* tedeschi: si potrebbe davvero parlare di mercato unico (nazionale)? Ovviamente no. Lo stesso livello di assurdità si dovrebbe avere nel prospettarsi l'ipotesi di un mercato unico europeo senza le garanzie espresse dalle libertà economiche fondamentali.

Un legame inscindibile tra mercato e libertà fondamentali, quindi, che pone tale gruppo di disposizioni a uno dei livelli più alti nel sistema delle fonti dell'ordinamento giuridico comunitario.

2.2. I limiti alle libertà fondamentali: deroghe espresse previste dai Trattati (cenni).

Nonostante la indubbia importanza delle libertà di circolazione, non si può escludere che in certe ipotesi l'applicazione di tali disposizioni debba lasciare il passo al perseguimento di contrapposti interessi. Per tale motivo, il Trattato sul

¹⁸ A tal proposito l'art. 120 c. 1 della Costituzione Italiana recita "*La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.*"

Funzionamento dell'Unione prevede una serie tassativa di deroghe, diversamente modellate a seconda della libertà fondamentale in considerazione. Si definisce così un regime delle eccezioni che tende ad enucleare una serie di interessi per il cui perseguimento è legittimata la disapplicazione della libertà fondamentale. Si mettono a disposizione, in sostanza, una lista di fattori astrattamente considerabili preponderanti rispetto allo scopo di salvaguardia del mercato unico. Per la libera circolazione delle merci, ad esempio, il regime delle deroghe è espresso dall'art. 36 TFUE, per il quale *“le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.”*; per quanto riguarda i lavoratori, l' art. 45 par. 3 TFUE preferisce una formulazione più asciutta, limitando i riferimenti ai soli *“[...] motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica [...]”*. Regime proprio è poi previsto per la libera circolazione dei capitali (art. 65 TFUE). Ai limiti espressi se ne deve aggiungere un altro, di carattere generale, stabilito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con il caso *Cassis de Dijon*¹⁹, in forza del quale sono ammesse deroghe alle libertà economiche fondamentali in base a *“motivi imperativi di interesse pubblico”*.

¹⁹ Caso c.d. *Cassis de Dijon* (120/78).

È necessario far notare, ad ogni modo, come ogni giustificazione alla limitazione delle libertà fondamentali sia vagliata dalla Corte in maniera assolutamente restrittiva, in modo da salvaguardare quanto più possibile l'armonia della circolazione nel mercato unico. Nello specifico, per essere accettata, la deroga deve superare una duplice valutazione che verte su necessità e proporzionalità della misura derogatoria posta a protezione degli interessi configgenti con le libertà fondamentali.²⁰

2. 3. Il legame delle libertà economiche fondamentali con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

“Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”

Questa è l'odierna formulazione del principio generale di non discriminazione in base alla nazionalità, come espresso all'art. 18 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea²¹. Il suo ruolo di principio cardine ad applicazione trasversale nell'Unione è

²⁰ Sullo svolgimento di tale giudizio si tornerà in seguito, essendo esso il cuore del meccanismo di bilanciamento delle libertà fondamentali con altri valori (Cap. III, par. 4.7.2., p. 103 e ss.).

²¹ Identica formulazione per i precedenti art. 7 TCE del Trattato di Roma, poi art. 6 TCE e, successivamente, art. 12 TCE.

pacifico, ed è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza costante delle CGUE²².

Tale principio, sin dal Trattato di Roma, ha assunto in relazione alle libertà fondamentali una essenziale e necessaria posizione di tipo strumentale, connaturata allo scopo stesso di tali disposizioni e imprescindibile per il loro raggiungimento. Garantire la libera circolazione dei fattori produttivi all'interno del mercato dell'Unione significa, difatti, reprimere qualsiasi ostacolo agli scambi tra stati membri fondato sull'elemento dell'origine nazionale; l'importanza di tale rapporto si coglie considerando che originariamente tale funzione di garanzia del commercio era l'unica e vera anima del principio di non discriminazione in chiave comunitaria²³; solo successivamente, quando l'odierna Unione Europea ha accentuato i suoi caratteri individualistico-personalistici, recependo le istanze di coloro che chiedevano maggior attenzione ai diritti umani, ai diritti sociali e in generale alla protezione dei singoli, il principio di non discriminazione ha

²² Solo per citare alcune sentenze: caso *Reyners* (2/74), par. 24: "[La] norma sul pari trattamento tra nazionali è una delle disposizioni fondamentali della Comunità"; caso *Rodriguez Caballero* (442/00), par.32: "Nel novero dei diritti fondamentali figura in particolare il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione. Detto principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento non sia obiettivamente giustificata"; caso *Walrave* (36/74), par. 5: "Il principio di non discriminazione costituisce un parametro inderogabile per qualsiasi rapporto giuridico purché questo, in considerazione sia del luogo in cui sorge, sia del luogo in cui dispiega i suoi effetti, possa essere ricondotto al territorio della Comunità".

²³ L'essenzialità di tale ruolo è ricordata anche dall'AG Maduro, nelle conclusioni relative al caso *Viking Line* (438/05), par. 62; l'AG difatti parla di un "principio di non discriminazione su cui si fonda il mercato comune."

ampliato il proprio bacino di valori fondanti: non solo più garanzia della libera circolazione, ma anche tutela della dignità umana²⁴.

L'enfasi sul principio ex art. 18 TFUE, inoltre, è alimentata dallo stesso tenore letterale delle disposizioni sulle libertà fondamentali; riferimenti alla non discriminazione, difatti, emergono esplicitamente nel testo delle norme, rivelando con maggior forza il legame tra parità di trattamento in base alla nazionalità e libera circolazione²⁵.

Concludendo, la pregnanza del legame tra non discriminazione e libertà fondamentali è tale da costituire una sorta di rapporto simbiotico o di sovrapposizione parziale, per il quale la non discriminazione è allo stesso tempo strumento ed elemento costitutivo (ma non esclusivo) delle libertà economiche

²⁴ Per quanto riguarda altri ambiti della discriminazione, oltre a quello relativo alla nazionalità, in cui è ancora più evidente il collegamento con la dignità, il riferimento è all'art. 19 TFUE e le sue concretizzazioni con le Direttive 2000/43/CE e 2004/113 del Consiglio, che attuano rispettivamente il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

²⁵ Così, relativamente alla libera circolazione di merci, l'art. 36, seconda parte TFUE, in materia di restrizioni giustificate alla circolazione, recita: "[...] *tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.*"; in secondo luogo, per quanto riguarda la libera circolazione dei lavoratori, l'art. 45 c. 2 TFUE afferma che "*essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.*"; ancora, in materia di giustificazioni all'ostacolo della libera circolazione dei capitali l'art. 65 c. 3. TFUE: stabilisce che "*le misure e le procedure di cui ai paragrafi 1 e 2 non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 63.*"

fondamentali. Quanto detto porta direttamente a chiedersi se vi sia la possibilità che il profilo antidiscriminatorio delle libertà fondamentali possa, in qualche modo, “autonomizzarsi” rispetto al principio generale, specificarlo al punto da discostarsene e ricavare un proprio terreno di competenza esclusivo, tale da inibire l’applicazione del principio generale ex art. 18 TFUE e costituire un nucleo a sé stante di disposizioni speciali.

Proprio su tale posizione pare essersi con una certa costanza orientata la Corte di Giustizia dell’ UE, la quale ha più volte stabilito che le libertà fondamentali sviluppano il principio di non discriminazione in base alla nazionalità nei loro rispettivi campi e che, di conseguenza, quest’ultimo principio avrà sì applicazione generale, ma solo di carattere residuale, limitatamente ad ambiti non ricompresi da altre disposizioni specifiche.

Tale opinione risulta chiara nel caso *Maria Masgio*, nel quale si afferma che *“il principio generale del divieto di discriminazioni effettuate in base alla nazionalità, previsto dall’ art. 7, primo comma, del Trattato, tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le quali il Trattato non stabilisce norme specifiche di non discriminazione”*²⁶; ancora, si deduce nel caso *Lyyski* : *“per quanto attiene alla libera circolazione dei lavoratori, tale principio [di non discriminazione] è stato attuato e concretizzato dall’art. 39, n. 2, CE. Non occorre dunque pronunciarsi sull’art. 12 CE”*²⁷; con ancora maggiore chiarezza il caso *Lammers*: *“occorre rilevare che dalla giurisprudenza della Corte si evince che l’art. 12 CE, che enuncia il principio generale del divieto di discriminazioni fondate sulla*

²⁶ Caso *Maria Masgio* (10/90), par. 12.

²⁷Caso *Lyyski* (40/05), par. 34.

nazionalità, tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le quali il Trattato CE non stabilisca regole specifiche di non discriminazione. Orbene, il Trattato prevede, segnatamente agli artt. 43 CE e 56 CE, tali regole specifiche nell'ambito della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali"²⁸. Gli esempi tratti dalla prassi giurisprudenziale potrebbe proseguire²⁹.

Un rapporto, quindi, di esclusione reciproca tra art. 18 TFUE e libertà fondamentali. Per ciò solo non si deve pensare, tuttavia, che le disposizioni sulla libera circolazione si limitino e si esauriscano nell'applicazione della non discriminazione in base alla nazionalità. Tale profilo, al contrario, parrebbe essere solo una parte dell'ambito operativo delle libertà fondamentali, al quale si devono aggiungere tutto il novero delle situazioni nelle quali non si ravvisa discriminazione alcuna, ma le norme intendono tutelare puramente e semplicemente l'integrazione del mercato³⁰, in quanto valore autonomo.

²⁸Caso *Lammers* (105/07), par.14.

²⁹V. Caso *Angonese* (281/98), par. 35: "[...] l'art. 48 del Trattato [...] costituisce una specifica applicazione del divieto generale di discriminazione enunciato nell'art. 6 del Trattato CE." ; ancora, come ulteriori indici del carattere antidiscriminatorio delle libertà fondamentali, nelle sue conclusioni al caso nel Caso *Commissione c. Germania* (271/08), l'AG Verica *Trstenjak* aggiunge "la Commissione [...] rilevava il persistere di una violazione dei principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sanciti dagli artt. 43 CE e 49 CE, e segnatamente del divieto di discriminazione ad essi sotteso"; inoltre v. Caso *Bosman* , par.117: "L'art. 48, n. 2, dispone espressamente che la libera circolazione dei lavoratori implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza fra i lavoratori degli Stati membri"

³⁰ Relativamente a norme sulla libera circolazione interpretate come divieti a misure restrittive del commercio, senza riguardo al loro carattere discriminatorio, v. caso

2.4. Il rapporto con il principio di autonomia privata. Cenni.

Sin da un primo esame, libertà fondamentali e principio di autonomia privata sembrano relazionarsi in maniera profonda e inscindibile. La libera circolazione, come precedentemente detto, si articola in disposizioni poste a salvaguardia del mercato unico: lo scopo da esse perseguito, all'evidenza di natura eminentemente pubblicistica, è a ben vedere intrinsecamente funzionale alla sfera privata del libero scambio; il mercato appartiene storicamente e logicamente ai privati, non agli Stati (a meno che essi stessi non si comportino come privati); essi ne sono i soggetti attivi e passivi, l'anima. Vien da sé, perciò, che ogni disciplina che riguardi gli scambi di mercato debba prospettarsi, più o meno direttamente, l'ipotesi di una sua ripercussione sull'autonomia contrattuale dei privati: sono gli individui i destinatari ultimi delle norme di mercato; gli individui sono il mercato.

Le libertà fondamentali, proprio in quanto norme di disciplina delle relazioni commerciali, non fanno eccezione; esse stabiliscono, per tale motivo, un vincolo di interdipendenza con l'autonomia privata del tutto peculiare. L'autonomia contrattuale degli individui rappresenta il presupposto necessario per l'esercizio delle libertà

Dassonville (8/74), par. 5: “ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative”; Caso c.d. *Cassis de Dijon* (120/78), per il quale tutti i prodotti conformi alle norme di uno Stato membro della Ue possono essere commercializzate negli altri Stati Membri (c.d. *principio Cassis de Dijon*); caso *Bosman* (415/93), par. 96, nel quale la Corte censura l'imposizione di un limite massimo di calciatori di altra nazionalità, senza che rilevi l'elemento della nazionalità, e perciò un intento discriminatorio.

fondamentali: senza la possibilità di predisporre un regolamento contrattuale in relativa libertà è impensabile che si possa parlare di una libera circolazione di beni, servizi, lavoratori e capitali all'interno dell'Unione Europea. È per definizione impensabile un mercato liberamente concorrenziale non fondato sull'autonomia privata³¹. Poiché la presuppongono, quindi, le libertà fondamentali si delineano (anche) come norme indirettamente a difesa dell'autonomia contrattuale. tale rapporto di tutela, inoltre, permette alle libertà economiche di andare a colmare parzialmente la mancata previsione espressa di un principio di autonomia privata nel diritto europeo dei Trattati³².

Ma se le libertà fondamentali garantiscono l'autonomia contrattuale, parimenti bisogna notare che *a fortiori* l'autonomia contrattuale salvaguarda a sua volta le libertà fondamentali. La prima è sorgente delle seconde: i diritti di libera circolazione rappresentano i corollari espansivi e garantiscono lo spazio operativo dell'autonomia giuridica privata. Un rapporto che potrebbe definirsi, quindi, di reciproca necessità e protezione.

³¹ S. LIEBLE, *op. cit.*, p. 65: "A common market that is committed to the principles of an open economy and free competition, and which at the same time is not based on party autonomy, is unthinkable."

³² Questo, peraltro, in linea con alcune tradizioni costituzionali continentali; l'autonomia privata, ad esempio, non è direttamente richiamata nella Costituzione italiana e nella *Grundgesetz* tedesca. La libertà contrattuale, al contrario, era espressamente contemplata all'art. 152 della *Costituzione di Weimar* (1919). Ciò non ha impedito, tuttavia, che la CGUE riconoscesse la libertà contrattuale come un diritto fondamentale dell'Unione: v. a tal proposito Caso *Neu & others*, (90/90–91/90), par.13, relativamente al diritto alla libera scelta della controparte contrattuale.

La connessione così evidenziata ha come conseguenza principale che ogni contrasto tra i due fattori, autonomia privata da una parte, e libertà fondamentali dall'altra, debba ritenersi apparente. Qualunque censura di un contratto o atto di autonomia privata in base alle libertà fondamentali costituirebbe sì limitazione dell'autonomia delle parti contraenti (o comunque sottoposte al regolamento negoziale privato), ma per altro verso tutela, anche solo potenziale, della libera circolazione (e quindi dell'autonomia privata) dei terzi. Non vi è (né vi potrebbe logicamente essere) un problema di tensione pura tra gli elementi. L'armonia è garantita dal fatto che le libertà fondamentali non possano mai, a livello generale, limitare l'autonomia contrattuale, se non per proteggerla su di un opposto versante: il rapporto è tale che l'ipotetica censura di un contratto privato per lesione di una libertà fondamentale sarebbe nient'altro che affermazione e salvaguardia dell'autonomia privata altrui.

Da quanto detto sin' ora, emerge, a maggior ragione, la necessità di rivalutare la (presunta) valenza squisitamente pubblicistica delle libertà fondamentali: è la natura e il fine stesso di tali disposizioni incidere sui privati, quali attori principali del mercato. Il problema, dunque, non riguarderebbe l'*an* di un effetto orizzontale delle libertà fondamentali, quanto il *quomodo*.

CAPITOLO II

3. L'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

3.1. Un'introduzione.

Inquadrata in maniera sufficiente la posizione delle libertà fondamentali nel sistema dei Trattati, è possibile avvicinarsi al problematico tema dell'efficacia orizzontale delle libertà economiche fondamentali.

Le linee argomentative attraverso le quali si svilupperà la presentazione seguiranno quasi esclusivamente (e necessariamente) il tracciato della giurisprudenza europea, alla luce della mancanza di riferimenti normativi espressi. Pare opportuno, quindi, procedere effettuando una panoramica delle principali pronunce della Corte di Giustizia in materia, limitandosi a quei casi sintomatici di un atteggiamento favorevole all'estensione orizzontale delle disposizioni sulla libera circolazione. Si garantirà, in tal modo, un quadro giurisprudenziale di riferimento, del quale si svilupperanno, in un secondo momento, i singoli elementi salienti.

La casistica giurisprudenziale proposta, ben lungi dall'essere esaustiva, verrà presentata in base a una suddivisione delle libertà

fondamentali in due macroblocchi: libera circolazione di lavoratori e libera prestazione di servizi (con relativa libertà di stabilimento) da un parte; libera circolazione dei beni dall'altra³³. Tale bipartizione non è assolutamente arbitraria, ma anticipa alcuni dei risultati a cui porterà l'esame delle pronunce della Corte. All'interno di tali due insiemi, inoltre, i casi si susseguiranno nel loro ordine diacronico .

Solo successivamente alla presentazione delle sentenze si evidenzieranno la interrelazioni emergenti dall'analisi della giurisprudenza e si metteranno in luce gli elementi che si ritengono maggiormente meritevoli di attenzione, riservandogli una trattazione separata.

3.2. La libera circolazione delle merci.

³³ La libera circolazione di capitali non ha trovato, ad oggi, particolare rilevanza. Si ritiene, comunque, che per le sue caratteristiche, essa possa essere assimilata in linea tendenziale alla libera circolazione dei beni.

3.2.1. Caso *Dansk Supermarked c. Imerco* (C - 58/80).

La società danese *Imerco*, prossima al suo cinquantesimo anniversario, commissiona delle ceramiche commemorative ad una azienda con sede nel Regno Unito; al termine del processo produttivo alcuni pezzi vengono scartati, e si stabilisce che l'azienda inglese possa commercializzarli per conto proprio, ad eccezione che nei paesi Scandinavi. Alcune di queste ceramiche, tuttavia, riescono ad essere acquistate dalla società danese *Dansk Supermarked*, che li mette in commercio in Danimarca. La vendita di dette ceramiche viene impedita dal Tribunale commerciale danese, in base al contrasto con la disciplina del diritto d'autore e al marchio; a seguito di ciò, la *Dansk Supermarked* ricorre alla Corte di Giustizia per violazione dell'art. 85 TCE (ora art. 101 TFUE, divieto di accordi restrittivi della concorrenza) e 30 TCE (ora art. 34 TFUE, libera circolazione delle merci, tramite specifico divieto di restrizioni quantitative alle importazioni). Su tale ultimo aspetto si soffermerà l'esposizione in diritto del caso.

La Commissione, nelle sue osservazioni preliminari alla Corte, sostiene che qualsiasi divieto al commercio di merci legittimamente importate da altro Stato membro debba considerarsi misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa ai fini dell'art. 34 TFUE. Si chiarisce, inoltre, che le deroghe a tale divieto ex art. 36 TFUE, tra le quali è contemplata l'ipotesi di tutela della proprietà industriale e commerciale, non possano integrarsi nei casi (come quello di specie) in cui la merce sia già stata immessa nel mercato europeo con il consenso dell'autore; ne deriva un principio per il quale la lecita commercializzazione in uno membro di un prodotto ivi tutelato dal diritto d'autore fa sì che tale tutela si esaurisca

nell'intero mercato comune, in quanto spazio economico unico senza barriere. In altre parole, qualunque limitazione territoriale imposta da privati o da provvedimento giudiziale, che sulla base di ragioni di tutela della proprietà intellettuale ostacoli il commercio, è da considerarsi misura equivalente a una restrizione quantitativa, e perciò in contrasto con libera circolazione delle merci.

La Corte appoggia ulteriormente tali conclusioni, sostenendo che *“gli artt. 30 e 36 del Trattato CEE [ora 34 e 36 TFUE] vanno interpretati nel senso che l'autorità giudiziaria di uno Stato membro non può vietare, in forza di un diritto di autore o di un diritto al marchio, la messa in commercio, nel territorio di questo Stato, di una merce cui si riferisca uno di questi diritti, qualora la merce stessa sia stata messa in vendita in modo lecito, nel territorio di un altro Stato membro, dal titolare di detti diritti o col suo consenso.”*³⁴ La sola importazione di merci legittimamente immesse nel mercato nazionale di altro Stato membro, quindi, non può configurare atto sleale ai sensi di una legislazione nazionale.

Si afferma, concludendo, che *“in nessun caso convenzioni fra singoli possono derogare alle disposizioni imperative del Trattato relative alla libera circolazione delle merci. Ne risulta che una convenzione vertente sul divieto d'importare, in uno Stato membro, una merce lecitamente distribuita in un altro Stato membro non può essere invocata o esser presa in considerazione per qualificare come uso commerciale scorretto o sleale la messa in vendita di detta merce.”*³⁵ Proprio in tale passaggio della sentenza si è ritenuto di trovare un forte argomento a sostegno dell'effetto orizzontale

³⁴ Caso *Dansk Supermarked* (58/80), par. 12.

³⁵ Caso *Dansk Supermarked* (58/80), par. 17.

diretto della libera circolazione delle merci. Come si vedrà meglio in seguito, tuttavia, la reale portata di tale affermazione è tutt'altro che pacifica.

3.2.2. Caso *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Francese* (C - 265/95).

A partire dal 1993, alcuni movimenti organizzati di agricoltori francesi intraprendono azioni violente e intimidatorie volte al controllo della vendita a dettaglio di prodotti ortofrutticoli di importazione. Siffatte condotte sono tali nella pratica da imporre l'approvvigionamento esclusivo presso produttori francesi. Tutto ciò avviene senza che vi sia un efficace intervento delle autorità statali, e per tal motivo la Commissione contesta alla Francia di non avere adottato tutti i provvedimenti necessari per impedire che atti di privati ostacolassero la libera circolazione delle merci, tenuto conto anche del fatto che tali turbative si sono ripetute sistematicamente negli anni. Lo Stato, pertanto, sarebbe venuto meno all'obbligo di eliminazione delle restrizioni quantitative all'importazione ex art. 30 TCE (ora art. 34 TFUE).

In primo luogo, premette la Corte, bisogna ricordare che la norma dell'art. 34 TFUE deve intendersi *“nel senso che essa mira ad eliminare qualsiasi ostacolo, diretto o indiretto, attuale o in potenza, alle correnti d'importazione nel commercio intracomunitario.”*³⁶

Ciò implica che siano vietati non solo provvedimenti restrittivi positivi, ma anche l'omissione statale delle misure necessarie per

³⁶ Caso *Commissione c. Francia* (265/95), par. 29.

fronteggiare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci posti da atti di privati. In capo allo Stato, quindi, grava l'obbligo generale di adottare qualsiasi provvedimento necessario e adeguato per garantire la libera circolazione delle merci.

La Commissione aggiunge, più nello specifico, che *“il diritto comunitario impone l'obbligo di vigilare sull'effettiva osservanza del principio della libera circolazione delle merci eliminando qualsiasi restrizione alla libertà degli scambi dei prodotti agricoli provenienti da altri Stati membri.”*³⁷ Quanto sostenuto sembra è corroborato dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Carl Otto Lenz, il quale prospetta la possibilità che uno Stato membro possa ritenersi responsabile per il comportamento dei privati sotto la propria giurisdizione, nel caso in cui vi sia violazione del dovere di vigilanza e cura che ad esso compete.³⁸ Tale conclusione scaturirebbe direttamente dalla lettura combinata dell'art. 34 TFUE con l'art. 5 TCE (ora art. 4 par.2 TUE), il quale impone agli stati membri l'obbligo di adottare qualsiasi misura di carattere generale o particolare atta a raggiungere gli obiettivi della Comunità (in tal caso, la tutela del mercato unico attraverso la libera circolazione delle merci), ivi compresa la loro salvaguardia da interferenze dannose di privati.

In risposta ai tentativi di giustificazione francesi basati sulle difficoltà del mercato ortofrutticolo, inoltre, si ricorda che *“per giurisprudenza costante motivi di natura economica non possono mai giustificare ostacoli vietati dall'art. 30 del Trattato.”*³⁹

³⁷ Caso *Commissione c. Francia* (265/95), par. 42.

³⁸ Conclusioni dell'AG Carl Otto Lenz relative al caso *Commissione c. Francia* (265/95), par. 37.

³⁹ Caso *Commissione c. Francia* (265/95), par. 62.

3.2.3. Caso *Schmidberger c. Repubblica d’Austria* (C – 112/00).

La *Schmidberger* è una ditta di trasporti tedesca che opera principalmente sull’asse Germania – Italia. Tale impresa lamenta di essere stata ostacolata nello svolgimento della propria attività dall’ autorizzazione implicita ad organizzare una manifestazione concessa dalla Repubblica d’Austria ad una associazione ambientalista. Tale azione comportava il blocco di un tratto dell’autostrada del Brennero, principale via di comunicazione tra Germania e Italia, a cavallo tra il venerdì e il sabato. Tale interruzione, in concomitanza con un giorno festivo austriaco e sommato ai limiti alla circolazione dei mezzi pesanti nel finesettimana stabiliti dalla legge austriaca, hanno portato complessivamente a quattro i giorni di sospensione del trasporto pesante sull’autostrada del Brennero. Della manifestazione e della conseguente chiusura della carreggiata, ad ogni modo, era stata data previa e adeguata pubblicità da parte delle autorità austriache e dalle associazioni di automobilisti.

Data la situazione, la *Schmidberger* lamenta violazione della libera circolazione delle merci ex art. 34 TFUE, e chiede risarcimento allo Stato austriaco, colpevole di non aver vietato la manifestazione, avendo preferito la libertà di espressione e di riunione rispetto alla libera circolazione.

Al fine di vagliare l’esistenza di un ostacolo alla libera circolazione, la Corte inizia con una premessa normativa, richiamando le norme fondamentali in materia: gli artt. 30 e 36

TCE (ora 34 e 36 TFUE) su divieto di restrizioni al commercio e deroghe a tale divieto, e l' art. 7 A, c. 2 TCE (ora art. 26 c. 2 TFUE), per il quale *“il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati.”*

A integrazione di tali basi normative si richiama il caso *Commissione c. Francia*, nelle parti in cui statuisce che gli obblighi statali si estendono all'eliminazione di qualsiasi ostacolo, e che a tal fine devono considerarsi violazione dell'art. 34 TFUE anche i comportamenti omissivi statali⁴⁰.

Entrando nello specifico, la Corte stabilisce che nel caso in esame *“il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione che ha comportato il blocco totale, per quasi 30 ore ininterrotte, di una via di comunicazione importante, quale l'autostrada del Brennero, è tale da limitare il commercio intracomunitario delle merci e deve pertanto essere considerato una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, incompatibile in linea di principio con gli obblighi del diritto comunitario risultanti dagli artt. 30 e 34 del Trattato, letti in combinato disposto con l'art. 5 dello stesso, a meno che tale mancato divieto possa risultare obiettivamente giustificato.”*⁴¹ La violazione delle norme sulla libera circolazione, perciò, è integrata sul piano teorico.

A propria difesa le autorità austriache adducono il proprio intento di garantire i diritti fondamentali dei manifestanti, in particolare la

⁴⁰ Caso *Commissione c. Francia* (265/95), par. 29.

⁴¹ Caso *Schmidberger* (112/00), par. 64.

libertà di espressione e di riunione, così come sancite dagli artt. 10 e 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁴², oltre che dalla Costituzione austriaca.⁴³

La questione, alla luce di ciò, si sviluppa sul terreno dei rapporti che intercorrono tra diritti fondamentali dell'individuo e libertà economiche fondamentali, alla ricerca di un loro equilibrio e di un possibile bilanciamento. Conformemente a una giurisprudenza costante, *“i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e [...] a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste, a questo proposito, un particolare significato.”*⁴⁴ In base a tale premessa la conseguenza è *“che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tal modo riconosciuti.”*⁴⁵

La tutela dei diritti fondamentali rappresenterebbe, in virtù di ciò, un legittimo interesse dell'Unione Europea e dei singoli Stati Membri, che potrebbe in linea teorica giustificare una deroga agli

⁴² L'art. 10 c. 1 CEDU recita: *“Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera”*; l'art. 11 c. 1 CEDU afferma: *“Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi.”*

⁴³ Caso *Schmidberger* (112/00), par. 69.

⁴⁴ Caso *Schmidberger* (112/00), par. 71.

⁴⁵ Caso *Schmidberger* (112/00), par. 73.

obblighi imposti dal diritto comunitario, libertà fondamentali comprese.

In materia di deroghe alla libera circolazione delle merci la specifica fonte normativa, come premesso, è l'art. 36 TCE (ora 36 TFUE), al quale si aggiunge un' ipotesi giustificativa di matrice giurisprudenziale per motivi imperativi di interesse generale, risalente al caso c.d. *Cassis de Dijon*⁴⁶.

Tuttavia, continua la Corte, è necessario sottolineare che anche le libertà di espressione e riunione, così come formulate dagli artt. 10 e 11 CEDU, ammettono delle limitazioni in base a motivi di interesse generale, ove esse siano previste dalla legge e giustificate da un bisogno sociale imperativo, e sempre che soddisfino il requisito della proporzionalità rispetto al fine perseguito.⁴⁷ Nemmeno i diritti di libertà d'espressione e di riunione, al pari delle libertà fondamentali, possono considerarsi, perciò, assoluti.

Il caso in esame porta, quindi, ad “*effettuare un bilanciamento tra gli interessi di cui si tratta ed accertare, con riferimento a tutte le circostanze di ciascuna fattispecie, se sia stato osservato un giusto equilibrio tra tali interessi.*”⁴⁸ Come osservato dall'AG Jacobs, tale tensione tra diritti fondamentali e libertà fondamentali non trova molti riscontri nella casistica giurisprudenziale della Corte, poiché le libertà economiche quasi sempre vengono limitate non per salvaguardare i diritti dei singoli, ma a tutela di altri obiettivi di interesse generale.

⁴⁶ Caso *Cassis de Dijon* (120/78).

⁴⁷ V. art. 10 c. 2 e art. 11 c. 2 CEDU.

⁴⁸ Caso *Schmidberger* (112/00), par. 81.

Entrando nello specifico del bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà fondamentali, l'AG ritiene che si debba mantenere lo schema procedimentale in uso per le giustificazioni codificate, basato essenzialmente su una doppia valutazione: in primo luogo, è necessario determinare se l'obiettivo perseguito sia legittimo e relativo al pubblico interesse; successivamente è necessario vagliare la proporzionalità della limitazione in relazione all'obiettivo perseguito. Per quanto riguarda la prima fase, è indubbio che la tutela dei diritti fondamentali sanciti dal diritto comunitario sia un obiettivo legittimo: sarebbe paradossale impedire il perseguimento di obiettivi imposti dalla stessa Comunità. Nel caso in esame, perciò, tale requisito risulta correttamente integrato.⁴⁹ Per quanto riguarda la valutazione di proporzionalità, in secondo luogo, l'AG ritiene anch'essa integrata nel caso di specie, giudicando opportuno e proporzionato il comportamento delle autorità austriache nel caso concreto.⁵⁰

Alla luce delle circostanze nelle quali si è svolta la manifestazione, perciò, la Corte ritiene che il mancato diniego dell'autorizzazione da parte delle autorità austriache non costituisca violazione del diritto comunitario, e in particolare degli artt. 34 e 36 TFUE, tale da esporre lo Stato a responsabilità in tal senso. Si ha, in sintesi, la violazione della libera circolazione delle merci, ma essa deve ritenersi pienamente giustificata.

⁴⁹ Conclusioni dell'AG Jacobs relative al caso *Schmidberger* (112/00), par. 102.

⁵⁰ Conclusioni dell'AG Jacobs relative al caso *Schmidberger* (112/00), par. 107.

3.3. La libera circolazione dei lavoratori & la libera prestazione dei servizi.

3.3.1. Caso *Walrave & Koch c. Association Union Cycliste Internationale* (C - 36/74).

Gli attori, allenatori professionisti di una particolare disciplina ciclistica, vengono ostacolati nello svolgimento della propria attività da una norma dell'*Union Cycliste Internationale* (UCI), per la quale nei campionati mondiali l'allenatore non può essere di nazionalità diversa da quella del corridore. I due allenatori sostengono che detta norma integri una violazione del diritto comunitario. In particolare si lamenta, alternativamente e in base alla qualificazione giuridica che si vorrà dare al rapporto tra allenatore e atleta, la lesione della libera circolazione dei lavoratori (art.48 TCE, ora art. 45 TFUE) o della libera prestazione di servizi (art. 59 TCE, ora art. 56 TFUE), nella loro accezione di norme che vietano qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità. In via subordinata, si chiede il riconoscimento della lesione del generale principio di non discriminazione ex art. 7 TCE (ora art. 18 TFUE). Nelle proprie osservazioni, la Commissione sostiene che, conformemente alla giurisprudenza relativa all'art. 45 TFUE, anche l'art. 56 TFUE integri i requisiti dai quali la Corte fa discendere l'efficacia diretta di una disposizione. Essa sarebbe, difatti, una norma chiara e precisa, non sottoposta a condizioni, e che non necessita di ulteriori interventi delle istituzioni nazionali o comunitarie per essere applicata.

Per quanto riguarda la qualificazione del rapporto tra allenatore e corridore, la Corte ne afferma l'irrilevanza nel caso specifico, in quanto l'anima antidiscriminatoria è comune ad entrambe le disposizioni in esame.

Per affrontare il nodo centrale delle questioni sollevate, relativo all'applicabilità delle norme sulle libertà fondamentali a rapporti giuridici non di diritto pubblico, la Corte sembra prediligere un

percorso argomentativo di tipo sostanzialistico, affermando che *“l’abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone ed alla libera prestazione di servizi — che costituisce uno degli obiettivi fondamentali della Comunità, consacrato nell’art. 3, lettera c), del trattato — sarebbe compromessa se oltre alle limitazioni stabilite da norme statali non si eliminassero anche quelle poste da associazioni o organismi non di diritto pubblico nell’esercizio della loro autonomia giuridica.”*⁵¹ È chiaro l’intento di salvaguardia dei valori sottesi alle norme sulla libera circolazione, ricorrendo al il c.d. principio dell’*effetto utile* per estendere l’efficacia delle disposizioni anche a soggetti privati.

Da esigenze di effettività della tutela discende anche il bisogno di garantire uniformità all’ applicazione delle disposizioni del Trattato nel territorio dell’Unione, e a tal proposito i giudici correttamente osservano che *“poiché nei vari paesi membri la prestazione del lavoro è disciplinata talvolta da norme emanate dallo Stato, talvolta da contratti o atti di natura privatistica, se il divieto sancito dal diritto comunitario avesse valore unicamente per gli atti della pubblica autorità, potrebbe scaturirne una difformità d’applicazione.”*⁵²

Nella formulazione dell’art. 56 TFUE, inoltre, non vi è distinzione riguardo l’origine delle restrizioni da eliminare. Bisognerebbe attribuire ai singoli, perciò, un vero e proprio diritto soggettivo⁵³ alla libera circolazione, giudizialmente azionabile, e opponibile non

⁵¹ Caso *Walrave* (36/74), par.16/19.

⁵² Caso *Walrave* (36/74), par. 16/19.

⁵³ L’enucleazione di diritto soggettivo di circolazione è rinvenibile già nel caso *Van Gend & Loos* (26/62), nella forma di interesse giuridicamente rilevante a non vedersi aumentare i dazi doganali.

solo alle autorità statali, ma anche a privati; è ormai pacifico, oltretutto, che la libera circolazione dei lavoratori ex art. 45 TFUE si riferisca a contratti e regolamenti privati posti in essere da soggetti non pubblici: a tale conclusione, per le affinità applicative tra lavoro subordinato e prestazione dei servizi, si dovrebbe giungere anche relativamente all'art. 56 TFUE.

Proseguendo nelle sue considerazioni, la Corte fa perno sul carattere pervasivo del principio di non discriminazione, affermando che, *“in ragione del suo carattere imperativo, costituisce un parametro inderogabile per qualsiasi rapporto giuridico purché questo, in considerazione sia del luogo in cui sorge, sia del luogo in cui dispiega i suoi effetti, possa essere ricondotto al territorio della Comunità.”*⁵⁴ In virtù di ciò e del carattere antidiscriminatorio delle libertà economiche fondamentali, il divieto di non discriminazione in base alla cittadinanza vincola non solo i poteri pubblici, ma anche *“norme di qualsiasi natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e la prestazione di servizi.”*⁵⁵

Tali statuizioni sono coerenti con quanto concluso dall'AG Jean-Pierre Warner, il quale non tradisce dubbi sull'efficacia diretta e orizzontale negli Stati membri sia dell'art. 45 TFUE, che degli artt. 56 e ss. TFUE, le cui formulazioni in termini generali tradirebbero proprio un desiderio di onnicomprensività della platea dei soggetti destinatari. Si evidenzia, in particolare, l'illogicità di sostenere l'ipotesi per la quale sarebbe possibile garantire efficacia orizzontale alla libera circolazione dei lavoratori, ma non alla libera prestazione di servizi. Tali norme, difatti, sono in una relazione tale

⁵⁴ Caso *Walrave* (36/74), par. 28 /29.

⁵⁵ Caso *Walrave* (36/74), par. 16/19.

che l'art. 56 TFUE si applica in tutti i casi nei quali non sia possibile ravvisare il rapporto di lavoro subordinato richiesto dall'art. 45 TFUE. Le due disposizioni, in sostanza, si comporterebbero rispettivamente come *lex generalis* e *lex specialis*: sono indissolubilmente connesse, due facce della stessa medaglia; sarebbe incoerente, se non irrazionale, pertanto, affermare l'efficacia verso privati della norma speciale, e non di quella generale.

In definitiva, si (ri)afferma la grande forza propulsiva delle norme in questione, nonché la loro applicabilità a soggetti non pubblici: la loro efficacia orizzontale diretta, quindi.

3.3.2. Caso *Bosman c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL - Royal club liégeois SA – UEFA (C – 415/93)*.

Le questioni sollevate rilevanti ai fini delle norme europee sulla libera circolazione sono essenzialmente due.

La prima ruota attorno alla disciplina del trasferimento dei calciatori professionisti stabilita dalle federazioni calcistiche nazionali (in tal caso, belga) e la UEFA. In particolare, l'attenzione si focalizza su quella norma che prevede il pagamento di una indennità di trasferimento, di promozione o di formazione tra società di diversi Stati membri per la cessione di calciatori con contratto già scaduto. Tale disciplina aveva impedito al signor Bosman il trasferimento dalla sua società calcistica belga ad una società francese, la quale non riusciva ad offrire una sufficiente

contropartita in denaro a copertura dell'indennità. Egli, perciò, ricorre alla Corte di Giustizia europea lamentando violazione della libera circolazione dei lavoratori ex art. 48 TCE (ora art. 45 TFUE), causata dall'ostacolo posto dalla disciplina sui trasferimenti tra società calcistiche.

La seconda questione verte sulla compatibilità con l'art. 45 TFUE di norme emanate da associazioni calcistiche che pongono limiti quantitativi all'impiego da parte delle società di giocatori di nazionalità di diverso Stato membro.

La Corte inizia con l'affermare che l'art. 45 TFUE è applicabile anche alle società sportive, poiché *“ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie relative alla libera circolazione dei lavoratori, non è comunque necessario che il datore di lavoro abbia la qualità di imprenditore, giacché il solo elemento richiesto è l'esistenza di un rapporto di lavoro o la volontà di instaurare tale rapporto”*⁵⁶. In tal modo si conferma, dunque, l'orientamento precedente favorevole all'applicabilità della libera circolazione dei lavoratori anche alle associazioni private.

In seguito, i giudici richiamano il caso *Walrave*, avvalorando l'opinione per la quale il fine dell'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione sarebbe compromesso se si ammettessero interferenze derivanti dall'attività privata di enti o associazioni di natura non pubblicistica; si ripresenterebbero, inoltre, i ben noti problemi di uniformità applicativa delle disposizioni.

Ancora, la Corte dimostra l'erroneità delle considerazioni della UEFA in merito alla forza vincolante dell'art. 45 TFUE. Essa sosteneva che l'applicazione della libera circolazione dei lavoratori nei rapporti tra privati avrebbe portato tale norma ad assumere nei

⁵⁶ Caso *Bosman* (415/93), par. 74.

confronti di questi ultimi un'incisività maggiore rispetto a quella che avrebbe relativamente alle autorità statali; tale caratteristica deriverebbe dal fatto che ai soggetti privati non sarebbe possibile invocare le cause giustificative previste dal Trattato, poiché eminentemente di natura pubblicistica (ad esempio ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanità pubblica). Secondo la Corte, tuttavia, *“tale argomento poggia su una premessa errata. Nulla osta, infatti, a che le giustificazioni attinenti all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica siano invocate da privati. La natura pubblicistica o privatistica della normativa di cui trattasi non incide affatto sulla portata o sul contenuto delle dette giustificazioni.”*⁵⁷ Ancora una volta, quindi, si adotta un criterio di tipo sostanzialistico, a scapito di quanto si potrebbe da principio dedurre da elementi letterali.

Chiarito tale punto la Corte prosegue statuendo che *“le disposizioni che impediscano ad un cittadino di uno Stato membro di lasciare il paese d'origine per esercitare il suo diritto di libera circolazione, o che lo dissuadano dal farlo, costituiscono quindi ostacoli frapposti a tale libertà anche se si applicano indipendentemente dalla cittadinanza dei lavoratori interessati.”*⁵⁸ Con quest'ultima precisazione i giudici sembrano applicare le libertà fondamentali facendo leva non sul loro carattere antidiscriminatorio, ma sulla pura e semplice lesione della circolazione nel mercato interno.

In sintesi, si stabilisce il carattere di ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori delle norme sui trasferimenti emanate dalle associazioni sportive, nonché l'inesistenza di giustificazioni

⁵⁷ Caso *Bosman* (415/93), par. 86.

⁵⁸ Caso *Bosman* (415/93), par. 96.

tali da poter far supporre una legittima deroga ai diritti di libera circolazione.

La Corte ravvisa, parimenti, una violazione del diritto comunitario anche nella seconda delle questioni sollevate, sostenendo che “[...] l'art. 48 del Trattato [ora 45 TFUE] osta all'applicazione di norme emanate da associazioni sportive, secondo le quali, nelle partite delle competizioni che esse organizzano, le società calcistiche possono schierare solo un numero limitato di calciatori professionisti cittadini di altri Stati membri.”⁵⁹

3.3.3. Caso *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano Spa* (C - 281/98).

La Cassa di Risparmio di Bolzano indice concorso per un posto di lavoro presso i propri uffici. Tra i requisiti richiesti ai candidati figura il possesso di un attestato di bilinguismo italiano – tedesco, rilasciato da un'amministrazione della provincia di Bolzano, a seguito di esame sostenibile esclusivamente nella provincia stessa. Oltre al fatto di essere ottenibile in un'unica sede, tale attestato risulta difficile da conseguire in tempo utile per i non residenti nella provincia di Bolzano, dati i termini stringenti per la presentazione delle candidature.

Il signor Angonese, residente in Austria per motivi di studio e perfettamente bilingue, si vede negare la possibilità di partecipare al concorso proprio per la mancanza di tale certificazione,

⁵⁹ Caso *Bosman* (415/93), par. 137.

nonostante avesse prodotto altri documenti idonei ad accertare il possesso delle capacità linguistiche richieste.

A seguito di tale esclusione, il signor Angonese lamenta la contrarietà alla libera circolazione dei lavoratori ex art. 48 TCE (ora art. 45 TFUE) della clausola del bando che prevede il possesso obbligatorio dell'attestato.

In primo luogo, la Corte ricorda che *“il principio di non discriminazione enunciato dall'art. 48 del Trattato è formulato in termini generali e non è rivolto in modo particolare agli Stati membri.”*⁶⁰ In conformità con il caso *Walrave*⁶¹, perciò, si (ri)conferma che il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza non si limita agli atti delle autorità pubbliche, ma si estende anche a *“norme di qualsiasi natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e le prestazioni di servizi.”*⁶² Se così non fosse, si permetterebbe che la libera circolazione possa essere compromessa dall'autonomia privata di associazioni ed enti di natura non pubblicistica; si rischierebbero, inoltre, difformità nell'applicazione delle disposizioni su libera circolazione dei lavoratori e libera prestazione di servizi, poiché tali materia sono regolate negli ordinamenti nazionali con una pluralità di fonti diversamente modulate tra loro.⁶³

Richiamando il caso *Defrenne*⁶⁴, inoltre, la Corte evidenzia che il fatto che il tenore letterale delle disposizioni imponga formalmente

⁶⁰ Caso *Angonese* (281/98), par. 30.

⁶¹ V. sopra Caso *Walrave* (36/74).

⁶² Caso *Angonese* (281/98), par. 31.

⁶³ V. Caso *Walrave* (36/74), par. 16/19.

⁶⁴ Caso *Defrenne* (43/75), par. 31 e 39.

dei doveri agli Stati membri non esclude che “*vengano attribuiti dei diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati*”⁶⁵; in particolare, il divieto di discriminazione “*riguarda del pari tutti i contratti che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure i contratti fra privati.*”⁶⁶

L'Avvocato Generale Nial Fennelly ricorda, a tal proposito, che l'art. 45 TFUE non individua nello specifico alcun destinatario dell'obbligo di eliminare le discriminazioni, e che proprio per questo la Corte ne aveva già stabilito l'applicabilità alle discipline collettive dei lavoratori emanate da associazioni private: il ragionamento seguito dalla Corte in tali ipotesi non vi è ragione che sia diverso relativamente alle singole imprese.⁶⁷

Il divieto di discriminazione in base a nazionalità, in virtù di quanto detto, si applicherebbe perciò a tutti i rapporti tra privati.

Partendo da tali premesse, la Corte conclude che l'impossibilità per il signor Angonese di provare le proprie conoscenze linguistiche mediante documenti diversi dall'attestato richiesto è da considerarsi sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito dalla Cassa di Risparmio. Deve ritenersi, perciò, che “*l'obbligo imposto ai candidati da un datore di lavoro per l'accesso ad un concorso ai fini di assunzione di comprovare le loro cognizioni linguistiche esclusivamente mediante un unico diploma, quale l'attestato, rilasciato in una sola provincia di uno Stato membro, costituisce una discriminazione in base alla cittadinanza incompatibile con l'art. 48 del Trattato.*”⁶⁸

⁶⁵ Caso *Angonese* (281/98), par. 34.

⁶⁶ Caso *Angonese* (281/98), par. 34.

⁶⁷ Conclusioni dell'AG Fennelly relative al Caso *Angonese* (281/98), par. 40.

⁶⁸ Caso *Angonese* (281/98), par. 45.

3.3.4. Caso *Viking Line* (C – 48/05).

La *Viking* è una società finlandese che effettua servizio traghetti sulla tratta Helsinki - Tallinn. Nel 2003 la compagnia manifesta al sindacato finlandese alla quale aderiscono i propri membri d'equipaggio l'intenzione di cambiare la bandiera di una delle imbarcazioni, registrandola in Estonia o Norvegia. Tale operazione ha l'esplicito scopo di ridurre i costi salariali di una tratta che da tempo operava in perdita, a causa della forte concorrenza estone.

A seguito della comunicazione di tale progetto il sindacato finlandese (*Finnish Seamen's Union*, FSU) si rivolge alla ITF, federazione internazionale di sindacati del settore trasporti, alla quale è aderente. Ricevuta tale segnalazione, la ITF invita i propri affiliati a non trattare con la *Viking Line*; in virtù del principio di solidarietà tra sindacati e di una possibile sanzione, la raccomandazione viene seguita. In aggiunta a ciò, la FSU e l'equipaggio della nave annunciano uno sciopero, chiedendo alla compagnia di rinunciare al proprio progetto e di continuare a conformarsi all'accordo collettivo finlandese.

La Corte è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della circolare della ITF e delle minacce di azione collettiva con l'art. 43 TCE (libertà di stabilimento, ora art. 49 TFUE) e, in subordine, con l'art. 39 (libera circolazione dei lavoratori, ora art. 45 TFUE) e 49 TCE (libera prestazione dei servizi, ora art. 56 TFUE). È necessario chiarire, inoltre, i rapporti che intercorrono tra tali libertà e l'art. 136 c.1 TCE (ora art. 151 c.1 TFUE), per il quale "*L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18*

ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.” Appare opportuno, quindi, “determinare se il Trattato intenda vietare un'azione sindacale nel caso in cui la stessa abbia lo scopo di impedire ad un datore di lavoro di avvalersi, per ragioni economiche, della libertà di stabilimento.”⁶⁹

La questione fondamentale si risolve, come è evidente, nella ricerca di un bilanciamento tra i principi in conflitto.

Rifacendosi ai noti casi *Walrave* e *Bosman*, la Corte inizia col ricordare che in base a giurisprudenza costante gli artt. 45, 49 e 56 TFUE sono applicabili non solo ad atti di autorità pubbliche, ma “*anche a normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e la prestazione di servizi.*”⁷⁰ Se così non fosse si porrebbero i ben noti problemi di uniformità applicativa evocati dal caso *Walrave*.⁷¹

A ciò si aggiunge che le azioni collettive devono ben ritenersi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 49 TFUE; il diritto di azione collettiva, e nello specifico il diritto di sciopero, difatti, sono sì diritti fondamentali facenti parte dei principi generali del diritto comunitario, ma non per questo devono considerarsi diritti di carattere assoluto: il loro esercizio può essere sottoposto ad alcune

⁶⁹ Caso *Viking Line* (438/05), par. 26.

⁷⁰ Caso *Viking Line* (438/05), par. 33.

⁷¹ Caso *Walrave* (36/74), par. 16/19.

restrizioni, in virtù del fatto che la loro tutela deve tener presente il diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali.⁷²

Come già statuito nei casi *Schmidberger*⁷³ e *Omega*⁷⁴, inoltre, la tutela dei diritti fondamentali rappresenterebbe un interesse legittimo, tale da giustificare una deroga ad una delle libertà economiche fondamentali.

A conferma di ciò si aggiunge, ancora una volta richiamando il caso *Walrave*, che l'esercizio dei diritti fondamentali deve conciliarsi con le esigenze relative ai diritti tutelati dal trattato, nel rispetto del principio di proporzionalità⁷⁵: ne discende che il carattere fondamentale di un diritto non esclude di per sé l'applicazione delle disposizioni sulle libertà economiche fondamentali; allo stesso modo non si possono considerare escluse dall'ambito di applicazione della libera circolazione le clausole di contratti collettivi.

Relativamente al problema del se l'art. 49 TFUE sia invocabile anche da un'impresa privata (in tal caso contro un sindacato o associazione di sindacati), il solito richiamo alla sentenza *Walrave* ci permette di affermare pacificamente che le norme sulla libera circolazione possano essere estese anche ad associazioni o enti di natura non pubblicistica.⁷⁶

Dalla casistica giurisprudenziale (casi *Walrave*, *Bosman* e *Angonese*), inoltre, non risulta che il ragionamento della Corte si riferisca esclusivamente ad enti quasi pubblici o a associazioni con

⁷² Caso *Viking Line* (438/05), par. 44.

⁷³ Caso *Schmidberger* (112/00), par. 74.

⁷⁴ Caso *Omega* (36/02), par. 35.

⁷⁵ Caso *Viking Line* (438/05), par. 46

⁷⁶ Caso *Walrave* (36/74), par. 18.

potere di dettare regolamenti di forza tale da essere considerabili come atti di natura quasi legislativa. Tale limitazione, difatti, non trova fondamento alcuno nei precedenti della Corte.⁷⁷ Ciò comporta, pertanto, che “*l'art. 43 TCE conferisce a un'impresa privata diritti opponibili [anche] a un sindacato o a un'associazione di sindacati.*”⁷⁸

⁷⁷ Caso *Viking Line* (438/05), par. 65.

⁷⁸ Caso *Viking Line* (438/05), par. 66.

CAPITOLO III

4. Le libertà fondamentali: valutazioni e profili in evidenza nella prassi giurisprudenziale esposta.

4.1. Tra effetto orizzontale diretto e indiretto.

Esaminando i casi giurisprudenziali appena presentati ciò che immediatamente attira l'attenzione è la differenza nel grado di applicazione e nelle modalità di efficacia orizzontale delle libertà fondamentali a seconda che venga in considerazione la libera circolazione dei lavoratori e dei servizi, o la libera circolazione delle merci. Nel primo caso, il ricorrente lamenta la violazione della propria libertà direttamente nei confronti di altro soggetto privato; nel secondo caso, al contrario, la libertà fondamentale è invocata dai privati nei confronti di un comportamento dello Stato, sebbene la lesione derivi concretamente da un'azione privata. A tal proposito in dottrina si parla, rispettivamente, di *effetto orizzontale diretto* ed *effetto orizzontale indiretto*. Tale differenziazione non è utilizzata solo in tema di libertà fondamentali, ma è usuale farvi ricorso ogni qual volta si esamini l'efficacia orizzontale di diritti

fondamentali e norme costituzionali in generale⁷⁹, nonostante non manchino opinioni ostili al suo impiego⁸⁰.

Per quanto riguarda l'effetto orizzontale diretto, esso può definirsi come la capacità di una norma “*to create, modify or extinguish rights and obligations between individuals*”⁸¹. Ciò significa, in particolare, due cose: in primo luogo che l'azione giudiziale del privato è direttamente fondata sulla disposizione del Trattato relativa alla libertà fondamentale⁸²; in secondo luogo che i privati debbano considerarsi vincolati alle libertà fondamentali allo stesso modo in cui lo sono gli Stati membri dell'Unione, poiché la norma è a loro direttamente riferibile. Sotto questo ultimo aspetto, ad ogni modo, potrebbe essere opportuno prevedere che nel vagliare i comportamenti potenzialmente lesivi di una libertà economica le corti utilizzino differenti schemi di valutazione, modellati su provenienza e importanza dell'ostacolo, in modo da salvaguardare

⁷⁹ C. MAK, *Fundamental rights in European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008., p. 50 ss., che comunque vede nella distinzione un metodo di analisi dei casi giurisprudenziali alquanto sommario e insufficiente.

⁸⁰ V. a tal proposito J. BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. che critica la terminologia poiché mediata da quella utilizzata per definire l'effetto delle direttive, potendo in tal modo ingenerare confusione; dubbi sono espressi anche da P. CARO DE SOUSA, *Horizontal Expressions of Vertical Desires: Horizontal Effect and the Scope of the EU Fundamental Freedoms*, in “Cambridge Journal of International and Comparative Law”, Vol. 2/2013, p. 481 – 482.

⁸¹ A. S. HARTKAMP, *The Effect of the EC Treaty in Private Law: on Direct and Indirect Horizontal Effect of Primary Community Law*, in “European Review of Private Law” No. 3 2010, Kluwer Law International, p. 529.

⁸² J. KRZEMINSKA-VAMVAKA, *Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line*, “Jean Monnet Working Paper”, 11/2009, NY, New York University School Of Law, p.37: “Direct horizontal effect means that the cause of action is based directly on the Treaty provisions concerning fundamental freedoms.”

le specificità dei privati rispetto alle entità statali. Ciò comporta, ad esempio, che i privati possano essere ammessi a compiere azioni spesso non permesse agli Stati, e che si debba valutare l'effettiva gravità della restrizione alla libera circolazione.⁸³

L'effetto orizzontale diretto è rinvenibile, in particolare, nei casi *Walrave, Bosman, Angonese* e *Viking Line*, relativi alla libera circolazione dei lavoratori o alla libera prestazione dei servizi/libertà di stabilimento.

In tali ipotesi, difatti, la Corte ha ritenuto un comportamento privato in contrasto con il diritto dell'Unione, in base alla domanda proposta da altro soggetto privato che lamentava la lesione "diretta" della propria libertà fondamentale. È ovvio, quindi, che la censura del comportamento portato in giudizio si è avuta in base alla libertà economica fondamentale stessa, senza alcun filtro o intercessione normativa, in un meccanismo per il quale si permette all'attore di esplicitare immediatamente nei confronti del convenuto un vero e proprio diritto soggettivo alla libera circolazione.

L'effetto orizzontale indiretto, al contrario, implicherebbe che le libertà fondamentali influiscano sulla maniera di applicare o interpretare gli atti normativi europei o nazionali al momento di risolvere una controversia tra privati⁸⁴. La base giuridica dell'azione, in tal modo, non è autonoma, ma si serve del

⁸³ Conclusioni dell' AG Maduro, caso *Viking Line* (438/05), par. 49.

⁸⁴ J. KRZEMINSKA-VAMVAKA, *op. cit.*, p. 37: "Indirect effect, on the other hand, means that the European fundamental rights and/or common market fundamental freedoms influence the application and/or interpretation of the implementing EU or national legislation in disputes between private individuals."

preesistente diritto nazionale⁸⁵, plasmandolo in modo che sia applicato conformemente alle libertà fondamentali: si ha, per l'appunto, un effetto indiretto sugli individui, mediato dall'intervento pubblico. Siffatto effetto si riscontra nel sopra esposto gruppo di casi sulla libera circolazione delle merci, comprendente *Commissione c. Francia, Schmidberger e Dansk supermarked* (da alcuni ritenuto caso di effetto orizzontale diretto, ma sulla particolarità del caso si tornerà in seguito). In tali ipotesi, in particolare, la limitazione alla libertà economica di un soggetto non pubblico si è lamentata a fronte di un comportamento omissivo dello Stato, il quale è chiamato a rispondere delle condotte private potenzialmente lesive della libera circolazione dei beni in forza del dovere di garantire sul proprio territorio l'applicazione del diritto dell'Unione⁸⁶. Il comportamento contrario alla libertà economica, in sostanza, è causalmente imputabile a soggetti privati, ma la responsabilità ricade sulle autorità che non hanno predisposto le cautele necessarie ad assicurare il pacifico e libero sviluppo del commercio nel mercato unico (a meno che, ovviamente, il non intervento sia giustificato; a tal proposito vedi *Schmidberger*⁸⁷).

È opportuno sottolineare, comunque, come le due tipologie di efficacia orizzontale non differiscano nella sostanza: una diversità tra le due forme si ha unicamente sotto il profilo procedurale. Come ben osserva l'Avvocato Generale M. Poiares Maduro a proposito

⁸⁵ A tal compito si prestano, per le la loro necessaria indeterminatezza, le clausole generali del diritto privato.

⁸⁶ Tale principio è stato enucleato per la prima volta nel caso *Commissione c. Francia* (265/95).

⁸⁷ Sulla giustificazione della limitazione delle libertà fondamentali in base ad altri interessi v. dopo.

del caso *Schmidberger*, infatti, l'effetto indiretto è frutto di un meccanismo (diffuso in molti ordinamenti) di tutela dei diritti costituzionali che non hanno una loro autonoma "azionabilità"; solo "*un modo alternativo per attribuire effetto orizzontale a diritti costituzionali, in particolare facendo derivare da essi un obbligo per lo Stato di intervenire in situazioni in cui i diritti costituzionali di un soggetto privato sono minacciati dai comportamenti di un altro.*"⁸⁸ Si tratta, quindi, di un semplice schema procedurale che permette che norme formalmente indirizzate alle autorità pubbliche possano applicarsi a rapporti tra privati.

Il risultato, al di là del tipo di effetto orizzontale scelto, perciò, non cambierebbe: il comportamento privato verrebbe in ogni caso sottoposto a un controllo nell'ottica della conformità e del rispetto delle libertà fondamentali; ne è un esempio chiaro il caso *Schmidberger*: anche nell'eventualità in cui la controversia si fosse decisa esclusivamente tra privati (tra la ditta di trasporti e i manifestanti), e perciò attraverso una applicazione orizzontale diretta della libera circolazione, gli interessi in gioco e il relativo bilanciamento dei diritti sarebbero stati identici, come identico sarebbe stato il risultato⁸⁹.

La distinzione tra effetto orizzontale diretto e indiretto, quindi, non sarebbe altro che il semplice riflesso di una scelta politico-istituzionale degli ordinamenti, derivante dall'opportunità di risolvere il problema legale del sollevamento di una questione in un modo piuttosto che in un altro.

⁸⁸ Conclusioni dell'AG Maduro al caso *Viking Line* (438/05), par. 39.

⁸⁹ Conclusioni dell'AG Maduro al caso *Viking Line* (438/05), par. 40.

Tale conclusione è, inoltre, rafforzata dal sostegno di gran parte della dottrina⁹⁰.

4.2. Una bipartizione delle libertà fondamentali nella loro applicabilità orizzontale.

La bipartizione tra le libertà fondamentali che si è voluta seguire nell'esposizione delle sentenze è espressa solo nei suoi effetti ultimi da quanto appena detto in tema di efficacia orizzontale diretta e indiretta. Quest'ultima distinzione, difatti, è nient'altro che il necessario prodotto di una diversità ben più radicata tra le libertà di circolazione così come interpretate dalla Corte di Giustizia.

Dalla giurisprudenza è chiaro che vi è un generalizzato atteggiamento di favore nei confronti dell'applicabilità orizzontale di certe libertà fondamentali, mentre per altre la questione è meno pacifica. La dicotomia, in particolare, si desume dal fatto che nelle ipotesi relative alla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi (talvolta con connesso diritto di stabilimento) l'evoluzione giurisprudenziale ha sempre dimostrato una univoca e favorevole

⁹⁰ In tal senso v. ad es. M. KUMM, *op. cit.*, p. 352: “*The practical difference between indirect and direct effect, however, is negligible. It concerns merely the formal construction of the legal issue and has no implications whatsoever for questions relating to substantive outcomes or institutional competence.*”; P. CARO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 493: “*Despite the existence of all these different approaches to regulating private conduct, it is generally accepted that no substantive difference arises from adopting horizontal direct or indirect effect [...]*”; stessa posizione è espressa, inoltre, in J. KRZEMINSKA-VAMVAKA, *op. cit.*, p. 37 – 38.

tendenza all'applicazione orizzontale (diretta) delle libertà fondamentali, mentre nel caso della libera circolazione delle merci gli orientamenti sono più cauti, altalenanti, ed è probabilmente per questo che si è preferito il meno problematico (ed apparentemente meno invasivo) effetto orizzontale indiretto.

Non occorre soffermarsi a lungo sull'esistenza della bipartizione: la sua presenza è cosa ormai pacifica, ammessa dalla stessa Corte di giustizia e rilevata da tutta la dottrina in materia. Se, tuttavia, l'esistenza è indiscussa e indiscutibile (poiché reperibile nella prassi), alcuni dubbi rimangono relativamente alla *ratio* ultima di tale divisione, e agli elementi in base ai quali essa si giustifica.

Chiarire tali incertezze richiede una analisi specifica, che rimanda all'indagine della natura e della stessa qualificazione giuridica delle disposizioni sulle libertà fondamentali. Come premessa, ad ogni modo, è opportuno iniziare col caratterizzare meglio tale bipartizione tra le libertà fondamentali, delineandone la fisionomia specifica.

4.2.1. Libera circolazione dei beni. Tendenze giurisprudenziali & ragioni di una difficile applicabilità orizzontale diretta.

*“In nessun caso convenzioni fra singoli possono derogare alle disposizioni imperative del Trattato relative alla libera circolazione delle merci.”*⁹¹

⁹¹ Caso *Dansk Supermarked* (58/80), par. 17.

Al di là dei numerosi casi di efficacia orizzontale indiretta⁹², e delle ancor più numerose ipotesi di negazione *in toto* di efficacia orizzontale, questa unica, isolata affermazione della sentenza *Dansk Supermarked* pare essere il solo sostegno espresso ad una teoria favorevole alla possibilità di conferire efficacia orizzontale diretta (anche) alla libera circolazione dei beni.

Tale posizione, tuttavia, non trova conferma, se non è addirittura contrastata, negli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia: il caso *Dansk Supermarked* sembrerebbe confinato al ruolo di un *unicum* apicale mai veramente recuperato nelle successive pronunce del giudice europeo; quasi una svista, insomma.

Non è difficile, difatti, osservare come la sentenza in questione, ove vi si voglia ritrovare un'affermazione di efficacia orizzontale diretta, rappresenti un elemento di cesura netta, un punto di discordanza in una casistica giurisprudenziale che sia precedentemente, che successivamente ad essa è stata sostanzialmente armoniosa. Già sin dal caso *Dassonville*, la possibilità che un comportamento possa restringere gli scambi è connesso alla sua qualificabilità (solo ed esclusivamente) come misura statale⁹³; tale opinione è confermata ed espressa con maggiore chiarezza anche in pronunce immediatamente successive alla sentenza *Dansk Supermarked*. A fini esemplificativi, si possono ricordare i casi *Van de Haar*⁹⁴, *Vlaamse Reisbureaus*⁹⁵ e

⁹² V. casi *Commissione c. Francia* (265/95) e *Schmidberger* (112/00)

⁹³ Caso *Dassonville* (8/74), par. 5.

⁹⁴ Caso *Van de Haar* (177/82), par. 14: “La prima e la seconda questione vanno quindi risolte nel senso che l'art. 30 del trattato, il quale mira all'abolizione dei provvedimenti nazionali atti ad ostacolare gli scambi fra stati membri, persegue un

*Bayer c. Süllhöfer*⁹⁶, nonché il più recente caso *Sapod Audic*, nel quale si afferma chiaramente che “una [...] disposizione contrattuale non può essere considerata un ostacolo ai sensi dell'art. 30 del Trattato, poiché essa non è emanata da uno Stato membro bensì concordata tra privati.”⁹⁷ Le posizioni giurisprudenziali, prima e (soprattutto) dopo il caso *Dansk Supermarked*, quindi, paiono essere concordi nel mantenimento della rigida separazione degli ambiti applicativi di libertà fondamentali e regole sulla concorrenza: effetto verticale per le prime, effetto orizzontale per le seconde, senza che si ravvisi la possibilità di superamento della dicotomia tra pubblico e privato in tal senso.

Da quanto appena rilevato non solo è più che evidente il sostanziale isolamento della “posizione *Dansk Supermarked*”, ma è parimenti palese che la Corte non sembra affatto propensa ad estendere alla libera circolazione dei beni quella serie di argomenti che hanno

obiettivo diverso da quello dell' art . 85 , il quale è inteso a mantenere una concorrenza effettiva fra imprese [...].”

⁹⁵ Caso *Vlaamse Reisbureaus* (311/85), par. 30: “Dato che gli artt. 30 e 34 del trattato riguardano soltanto provvedimenti pubblici e non la condotta delle imprese, si deve esaminare solo la compatibilità con questi articoli delle disposizioni nazionali del tipo di quelle in esame nella causa principale.”

⁹⁶ Caso *Bayer c. Süllhöfer* (65/86), par. 11: “Per quanto riguarda la questione se la clausola di non contestazione di taluni diritti di proprietà industriale sia compatibile con l' art . 30 e seguenti del trattato, si deve ricordare che detti articoli fanno parte delle norme intese ad assicurare la libera circolazione delle merci e ad eliminare, a tal fine, i provvedimenti degli Stati membri atti ad ostacolare, in qualunque modo, quest' ultima . Per contro, gli accordi tra imprese sono disciplinati dalle regole di concorrenza che sono fissate dagli artt . 85 e seguenti del trattato e sono intese a mantenere un' efficace concorrenza all' interno del mercato comune.”

⁹⁷ Caso *Sapod Audic* (159/00), par. 74.

invece fornito la base giustificativa per accettare l'efficacia orizzontale diretta nei casi di libera circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi⁹⁸.

Quanto appena osservato conduce, quasi costringe, a pensare che del caso *Dansk Supermarked* possa essere data lettura differente, del tutto non innovativa e perfettamente conforme alle affermate tendenze giurisprudenziali in tema di efficacia orizzontale. Bisogna ammettere, in sintesi, che l'interpretazione di alcuni punti⁹⁹ della sentenza come elementi a favore dell'applicabilità orizzontale diretta della libera circolazione dei beni non sia cosa affatto scontata, come un primo sguardo potrebbe suggerire¹⁰⁰.

In particolare, calando la pronuncia della Corte nel suo contesto concreto, ed evitando processi di arbitraria estrapolazione dal loro intorno di quei paragrafi della sentenza nei quali si è voluto vedere l'affermazione dell'efficacia orizzontale diretta, si giunge a risultati diversi, se non diametralmente opposti.

L'obiettivo sostanziale perseguito dai giudici non risulta essere affatto quello di analizzare la possibilità di applicare alle pattuizioni private un vincolo derivante da una libertà fondamentale: è un problema che risulta se non estraneo, almeno marginale agli

⁹⁸ Ci si riferisce agli argomenti dell'effettività della tutela e della salvaguardia di uniformità nell'applicazione delle libertà fondamentali nel territorio degli Stati Membri, sostenuti per la prima volta nel caso *Walrave*, e successivamente richiamati con costanza dalla giurisprudenza europea. A tal proposito vedi *infra* Cap. III, par. 4.3, p.69.

⁹⁹ Ci si riferisce in particolare al par. 17, Caso *Dansk Supermarked* (58/80), riportato in apertura di paragrafo.

¹⁰⁰ V. in particolare S. LIEBLE, *op. cit.*, p.75; J. KRZEMINSKA-VAMVAKA, *op. cit.*, p. 29 – 30.

argomenti sui quali si concentra l'attenzione della Corte. Lo scopo dei giudici nel caso di specie, difatti, è evitare che una disposizione di una legge nazionale in materia di concorrenza sleale possa limitare la commercializzazione di un prodotto legittimamente immesso nel mercato di un diverso Stato membro: la Corte, così come desumibile anche dal dispositivo della sentenza, non intende affatto censurare comportamenti privati limitativi della libera circolazione, bensì dichiarare illegittime le norme nazionali (e i conseguenti comportamenti delle autorità pubbliche) che permettano di far valere come ipotesi di concorrenza sleale delle clausole contrattuali tra privati che limitino territorialmente la commercializzazione di un prodotto. Se ciò fosse permesso, difatti, agli Stati membri sarebbe consentito introdurre delle restrizioni alla libera circolazione sul solo motivo di una importazione di beni contrastante con un accordo contrattuale tra privati. *Dansk Supermarked*, in virtù di ciò, si esaurisce nient'altro che in una (ulteriore) ipotesi di effetto orizzontale indiretto della libera circolazione delle merci, coerente, quindi, alla linea evolutiva della Corte.

In conclusione, se si considera che *Dansk Supermarked* se non interpretata in tal modo rappresenterebbe un caso anomalo di efficacia orizzontale diretta nella giurisprudenza europea sulla libera circolazione di beni (a fronte di una molteplicità di sentenze, precedenti e successive, diametralmente opposte) e che un approccio alla sentenza come quello appena proposto, al contrario, riporterebbe a coerenza sistematica gli atteggiamenti della, risulta difficile propendere per la prima (non confermata) soluzione, senza che vi siano ulteriori, solide basi a sostegno della diretta applicabilità della libera circolazione dei beni nei rapporti tra privati.

Si deve ritenere, a questo punto, che relativamente alla libertà di circolazione delle merci l'unica efficacia orizzontale sostenibile alla luce delle risultanze giurisprudenziali sia quella di tipo indiretto, la quale soddisferebbe, ad ogni modo, le esigenze di salvaguardia dei diritti attribuiti ai singoli da tali norme.

Chiarita l'anomalia di *Dansk Supermarked*, tale pronuncia può ben inserirsi in quel gruppo di casi nel quale la Corte propende a garantire effetto orizzontale indiretto, al pari delle sentenze *Commissione c. Francia* e *Schmidberger*. In particolare, proprio nel caso *Commissione c. Francia* la Corte sostiene per la prima volta l'esistenza di una responsabilità dello Stato membro per omessa predisposizione delle misure necessarie ad impedire che comportamenti di privati perturbino l'esercizio delle libertà fondamentali; tale dovere statale discenderebbe direttamente dal principio di leale collaborazione espresso dall'art.4, c.3 del TUE¹⁰¹. Come già accennato, anche se in tali casi l'obiettivo della censura giurisprudenziale è l'omissione statale, ciò non toglie che effetto mediato dell'affermazione di tale obbligo sia che i comportamenti dei privati debbano essere vagliati alla luce delle disposizioni sulla libera circolazione dei beni, onde verificare una lesione della quale risponderanno gli Stati nazionali.

¹⁰¹ Art. 4, c.3 TUE: “In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati.

Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione.

Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.”

Al di là di tali ipotesi di responsabilità statale per una lesione privata, è possibile enucleare un parallelo filone giurisprudenziale, che si avvale di argomenti differenti per giustificare una qualche incidenza delle norme sulla libera circolazione sui comportamenti privati. Nello specifico, si è provveduto all'ampliamento, o per meglio dire, all'interpretazione estensiva in termini sostanzialistici, della nozione di Stato membro. Attraverso tale meccanismo si garantisce che il rispetto della libera circolazione possa essere imposto a tutti quegli enti di natura *quasi pubblica*, comunque dotati (in ragione di una delega statale più o meno esplicita) di poteri normativi generali, ai quali è permesso di incidere sugli individui in misura simile ad una autorità pubblica. È stato possibile, in tal modo, ampliare il novero dei soggetti sottoponibili alle libertà fondamentali, aprendosi quindi ad una platea di destinatari non strettamente istituzionali.

Le radici di tale teoria possono ritrovarsi già nei ragionamenti sviluppati nel caso *Walrave*; qui la Corte evoca il rischio di una applicazione difforme del diritto comunitario a causa di un diverso modularsi nei singoli Stati membri dei rapporti tra fonti normative nazionali e strumenti contrattualistici in materia di lavoro ¹⁰²: sviluppando tale argomento è chiaro che tale stesso problema di non uniformità potrebbe emergere anche in relazione alla circolazione transnazionale delle merci, ove si affidino a enti non pubblici dei compiti tali da potere ostacolare o subordinare a certi requisiti la commercializzazione di un bene. In virtù di ciò parrebbe opportuno, per non dire necessario, rivedere in chiave estensiva i criteri con i quali si individuano i soggetti passivi della libertà di circolazione delle merci.

¹⁰² Caso *Walrave* (36/74), par. 16/19.

Proprio con tale problema si è dovuta confrontare la Corte, ad esempio, nei casi *Commissione c. Irlanda*¹⁰³, *Royal Pharmaceutical Association of Great Britain*¹⁰⁴ e nel recente caso *Fra.bo*¹⁰⁵; in ognuna di queste tre sentenze le questioni sono state risolte attribuendo carattere *quasi pubblico* ad enti formalmente di natura privata, in virtù di una loro connessione con le autorità statali o perché investiti della titolarità di un potere concretamente influente sulla libera circolazione delle merci.

Da quanto sin qui esposto risulta chiaro quale sia l'atteggiamento della Corte sull'efficacia orizzontale della libera circolazione dei

¹⁰³ Caso *Commissione c. Irlanda* (249/81). In tale caso la Corte censura alla luce della libera circolazione delle merci l'attività dell' "Irish Goods Council", società con il fine di promuovere l'acquisto di prodotti irlandesi. Lo Stato Irlandese aveva sempre sostenuto che "nessuna normativa ufficiale sta alla base dell' attività del 'Irish Goods Council , il quale , del resto , non fruisce di alcun altro appoggio da parte del governo , salvo un aiuto finanziario e un sostegno morale" (par.6). Tale difesa non è stata ritenuta valida dai giudici, poiché il governo irlandese "nomina i membri del comitato direttivo dell' Irish Goods Council , gli versa pubbliche sovvenzioni che coprono la maggior parte delle spese e infine stabilisce gli scopi e le direttive della campagna a favore della vendita e dell' acquisto di prodotti irlandesi condotta da detto ente . Così stando le cose , il governo irlandese non può invocare il fatto che la campagna è stata organizzata da una società di diritto privato per esimersi dalle responsabilità che possono incombergli in forza del trattato." (par. 15).

¹⁰⁴ Caso *Royal Pharmaceutical Association of Great Britain* (266/87). In tale sentenza si considerano di natura restrittiva le norme emanate dall'unica organizzazione professionale dei farmacisti inglesi, per i rilevanti compiti che le sono attribuiti dalla legge (par. 14 e 15).

¹⁰⁵ Caso *Fra.bo* (171/11), par. 32: "l'articolo 28 CE deve essere interpretato nel senso che si applica alle attività di normalizzazione e di certificazione di un ente privato, qualora la legislazione nazionale consideri conformi al diritto nazionale i prodotti certificati da tale ente e ciò produca l'effetto di ostacolare la commercializzazione di prodotti sprovvisti di tale certificato."

beni: incontestabile la posizione non favorevole, di chiusura, alla concessione di spazi operativi per una efficacia orizzontale diretta; decisamente ben accolta, al contrario, la possibilità dell'efficacia orizzontale indiretta, che è stata preferita come strumento per garantire una certa estensione nei confronti degli individui dei diritti di libera circolazione dei beni.

Ciò che ancora non risulta assolutamente chiaro, al contrario, è il perché gli argomenti qui utilizzati siano diversi rispetto a quelli adottati in materia di libera prestazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi, che in tali ipotesi hanno permesso di affermare efficacia diretta delle libertà fondamentali nei confronti dei privati.

4.2.2. Libera circolazione dei lavoratori e libera prestazioni dei servizi. Verso l'efficacia orizzontale diretta delle libertà fondamentali.¹⁰⁶

Rispetto a quanto appena visto, il tema dell'efficacia orizzontale relativamente alle norme sulla libera circolazione dei lavoratori e sulla libera prestazione dei servizi (e relativa libertà di stabilimento) risulta meno dibattuto. La Corte, difatti, ha da sempre dimostrato un atteggiamento tendenzialmente favorevole all'incidenza nei confronti dei privati di tali libertà fondamentali: la casistica giurisprudenziale appare sostanzialmente uniforme nel suo

¹⁰⁶ Come brevissima premessa metodologica, si precisa che la trattazione congiunta di libera circolazione dei lavoratori e libera circolazione dei servizi non è opportuna solo in virtù del fatto che unitariamente sono state considerate dalla Corte di Giustizia, ma anche per il particolare rapporto di *lex specialis* – *lex generalis* che sembra intercorrere tra tali due libertà.

percorso evolutivo, e non sono sorti i problemi relativi alla ripartizione di competenza con le norme sulla concorrenza che, al contrario, hanno frenato la spinta orizzontale nella libera circolazione dei beni.

Le origini e l'essenza di tale posizione favorevole del giudice europeo si possono ritrovare nel noto caso *Walrave*, confermato e sviluppato, tra le altre, nelle presentate sentenze *Bosman*, *Angonese* e *Viking Line*.

Alla dottrina *Walrave* si deve riconoscere il merito di avere fornito gli argomenti base a giustificazione dell'applicazione orizzontale diretta della libertà di circolazione dei lavoratori e di prestazione dei servizi, argomenti sui quali tutta la casistica successiva si è appoggiata e riflessa. Proprio sugli elementi in base ai quali la Corte ha sviluppato il suo favore è necessario in primo luogo brevemente soffermarsi; è opportuno, inoltre, svolgere una breve rassegna che permetta di enucleare la tipologia di atti e azioni di privati che paiono essere censurabili direttamente in base a tali disposizioni.

4.3. L'efficacia orizzontale diretta delle libertà fondamentali. Basi argomentative.

Nell'affermare l'applicabilità diretta delle libertà di circolazione ai privati, la Corte di Giustizia si è appoggiata quasi esclusivamente a due argomenti, uno di tipo formale, l'altro di tipo sostanziale.

Per quanto riguarda il primo elemento, è stato messo in evidenza che il tenore letterale delle norme su libera circolazione dei

lavoratori e libera prestazione dei servizi è del tutto impersonale¹⁰⁷, tale da non lasciare la possibilità di individuare chiaramente un destinatario specifico¹⁰⁸. La formulazione in termini generali, proprio per questo, farebbe presagire un'applicazione delle disposizioni senza particolari limiti soggettivi, indistintamente per azioni statali ed individuali. Anche il regime delle giustificazioni, inoltre, e nonostante paia che sia specificatamente modellato su soli caratteri statali, deve ritenersi generale, e perciò estendibile ai privati, come affermato dalla Corte (non senza suscitare alcuni dubbi) nel caso *Bosman*¹⁰⁹.

Il secondo argomento, di matrice pratico-sostanziale, si snoda attorno all'applicazione del c.d. *principio dell'effetto utile* del diritto dell'Unione. Tale principio è stato sviluppato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia come strumento di soddisfazione di esigenze di salvaguardia dell'efficacia concreta del diritto di produzione europea. Esso prevede, nello specifico, che la

¹⁰⁷ L'art. 45, c. 1 e 2 TFUE si limita ad affermare che “*La libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata. / Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.*” Allo stesso modo l'art. 56, c. 1 TFUE mantiene la formulazione generale stabilendo che “*[...] le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.*”

¹⁰⁸ A tal proposito si ricorda il caso *Walrave* (36/74), par. 20/22: “[...] portata generale dell'art. 59, il quale non fa alcuna distinzione riguardo all'origine delle restrizioni da eliminare. D'altra parte, è pacifico che l'art. 48, che prescrive l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza nel settore del lavoro subordinato, si applica anche ai contratti ed ai regolamenti posti in essere da soggetti diversi dalla pubblica autorità.”

¹⁰⁹ Caso *Bosman* (415/93), par. 85.

norma giuridica debba applicarsi nella maniera più idonea al raggiungimento del suo scopo, se necessario anche superando eventuali indici formali avversi; nell'applicazione che qui rileva, esso comporta che le norme sulle libertà fondamentali possano, o meglio, debbano essere applicate a tutti gli atti o comportamenti concretamente in grado di ostacolarne l'effettività, anche se di origine privata. Il principio dell'*effetto utile* impedirebbe, inoltre, che la diversa natura delle discipline normative nei singoli Stati membri possa minare l'uniformità dell'applicazione del diritto nel territorio dell'Unione: negli ordinamenti nazionali non vi è omogeneità nella ripartizione tra sfera pubblica e privata nella regolazione della materia del lavoro e della prestazione dei servizi. Se non si propendesse per un criterio di effettività, abbandonando la tradizionale divisione basata sulla natura dei soggetti ai quali è imputabile il comportamento, emergerebbero irragionevoli ed intollerabili discrepanze nell'applicazione delle libertà fondamentali.

L'effetto utile, come premesso, è stato usato come argomento per estendere l'efficacia delle libertà fondamentali ai privati già nel caso *Walrave*¹¹⁰, e nell'evoluzione giurisprudenziale successiva è sempre stato richiamato come base giustificativa, pressoché totalizzante, dell'applicabilità orizzontale diretta di libera circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi. Siffatta argomentazione non è stata, invece, estesa alla libera circolazione delle merci, fondamentalmente in base all'opinione che alle ragioni di effettività della tutela risponderebbe già in maniera sufficiente la disciplina europea sulla concorrenza (artt. 101 e ss. TFUE). Tale giustificazione non pare, comunque, né chiara, né sufficiente per

¹¹⁰ Caso *Walrave* (36/74), par.16/19

escludere argomenti di tal forza dall'ambito della libera circolazione dei beni.

4.4. Il carattere collettivo del comportamento privato tra libera circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi. Un possibile limite soggettivo all'applicazione dell'efficacia orizzontale diretta?

Nella giurisprudenza della Corte sono continui i riferimenti al carattere in qualche modo “collettivo” degli atti o fatti di privati rilevanti per la libera circolazione dei lavoratori e dei servizi. Già in *Walrave* è chiaro che tali libertà fondamentali possono essere intaccate non solo da atti statali, ma anche da norme “di qualsiasi natura dirette a disciplinare *collettivamente* il lavoro subordinato e la prestazione di servizi.”¹¹¹ A ciò i giudici aggiungono che gli ostacoli sembra possano trovare origine anche da comportamenti di “*associazioni o organismi non di diritto pubblico nell'esercizio della loro autonomia giuridica.*”¹¹² Da tali indici pare di certo sufficientemente chiara l'intenzione della Corte di ammettere l'efficacia orizzontale diretta della libera circolazione, ma allo stesso tempo di limitarne l'estensione ai soli enti a carattere collettivo (nel caso specifico le associazioni sportive), escludendo in tal modo la sfera privata individuale.

Il perché dell'inserimento di tale sorta di “condizione di applicabilità” pare legato alle affinità riscontrabili tra enti privati

¹¹¹ Caso *Walrave* (36/74), par. 16/19 (corsivo mio).

¹¹² Caso *Walrave* (36/74), par. 16/19 (corsivo mio).

collettivi ed enti pubblici¹¹³. La loro posizione nei confronti del diritto comunitario, e nello specifico la loro potenziale rilevanza ai fini delle norme sulla libera circolazione, parrebbe infatti assimilabile: sia gli atti di le autorità pubbliche, che quelli di certi enti privati collettivi, a maggior ragione se titolari di poteri in senso lato normativi, riescono a raggiungere (e, quindi, a vincolare potenzialmente) una platea di destinatari tendenzialmente vasta. L'efficacia orizzontale diretta sarebbe riferibile, in sostanza, esclusivamente agli enti *quasi pubblici* (o, per meglio dire, "*pseudo pubblici*"), nel probabile tentativo di mantenere una sorta di aderenza al precetto tradizionale dell'efficacia solo nei confronti delle autorità statali delle norme sulla libera circolazione.

Nel successivo caso *Bosman*, di problematica affine a *Walrave*, i riferimenti agli atti di soggetti non pubblici si risolvono, ancora, nel riferimento alle sole associazioni sportive. Nonostante questo, un indice di apertura alla rilevanza di condotte private non collettive potrebbe ricavarsi da un passaggio della sentenza, nel quale la Corte chiarisce che "il *solo elemento* richiesto [per l'applicabilità della libera circolazione dei lavoratori] è l'esistenza di un rapporto di lavoro o la volontà di instaurare tale rapporto."¹¹⁴ Si sarebbe di fronte a una disposizione con un unico requisito di applicabilità, quindi, che non pare far alcun riferimento alla ripercussione collettiva o generale dell'atto o fatto potenzialmente lesivo come sua condizione di attivazione.

Tale conclusione implicita, comunque, non è che un indizio isolato, e si dissolve nella mancanza di ulteriori richiami ai comportamenti

¹¹³ S. LIEBLE, *op. cit.*, p. 78 – 79.

¹¹⁴ Caso *Bosman* (415/93), par. 74 (corsivo mio).

singoli nel prosieguo della sentenza, a fronte di una pluralità di riferimenti relativi ad associazioni o enti non pubblici in generale. Nel posteriore caso *Angonese* la Corte argomenta (ancora una volta) in base al ragionamento seguito in *Walrave*, ma aggiunge che il divieto di discriminazione sotteso alla libera circolazione dei lavoratori “riguarda del pari tutti i contratti che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come *pure i contratti fra privati*.”¹¹⁵ Con questa affermazione la Corte pare superare agilmente il requisito della collettività che nella giurisprudenza precedente sembrava imprescindibile per ammettere l’applicazione orizzontale delle libertà di circolazione dei lavoratori e di prestazioni di servizi: si ammette, nello specifico, che il ragionamento sviluppato nel caso *Walrave* non abbia ragione di limitarsi alle sole norme di tipo collettivo; sarebbe possibile, perciò, una efficacia diretta orizzontale della libera circolazione dei lavoratori anche nei confronti dei singoli datori di lavoro privati.

Se la caduta del requisito della collettività debba interessare anche la libera prestazione di servizi è cosa ancora dubbia. La giurisprudenza successiva sembra confermare i risultati di *Angonese* nel solo caso *Raccanelli*¹¹⁶, anch’esso relativo alla sola circolazione dei lavoratori.

Nel successivo caso *Viking Line*, relativo alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, al contrario, non solo sembra essersi mantenuta la relazione con l’elemento della collettività, ma pare anche che si specifichi nella sua portata: ci si affranca, difatti, dal legame con l’associazionismo sportivo che aveva caratterizzato le

¹¹⁵ Caso *Angonese* (281/98), par. 34 (corsivo mio)

¹¹⁶ Caso *Raccanelli* (94/07), par. da 42 a 46.

precedenti pronunce, per affermare che le norme su libera circolazione dei lavoratori e di servizi possano essere invocate anche contro sindacati o associazioni di sindacati¹¹⁷ (enti dei quali è di certo difficile negare il carattere collettivo). È, inoltre, necessario notare che ulteriore forza all'argomento del cosciente mantenimento del requisito della collettività è data dal fatto che, nelle sue conclusioni relative al caso *Viking Line*, l'AG Maduro aveva sì prospettato la possibilità di una apertura verso singoli del campo di azione orizzontale anche della libera prestazione dei servizi¹¹⁸, ma tale suggerimento non è stato accolto dalla Corte: proprio con la sua cosciente indifferenza il giudice europeo avrebbe manifestato implicitamente la volontà di conservare i riferimenti al carattere collettivo del comportamento privato in materia di applicabilità orizzontale diretta della libera circolazione.

Tale contraddittorietà degli indici ha finanche portato ad ipotizzare che a partire dal caso *Angonese* la libera circolazione dei lavoratori e la libera prestazione di servizi debbano seguire strade differenti¹¹⁹, mettendo in tal modo fine ad una affermata uniformità nella prassi applicativa tra le due libertà. Nelle ipotesi legate ai lavoratori sarebbe possibile una efficacia orizzontale diretta piena, nei confronti di comportamenti sia collettivi, che individuali; nel

¹¹⁷ Caso *Viking Line* (438/05), par. 66.

¹¹⁸ V. conclusioni dell'AG Maduro relative al caso *Viking Line* (438/05) par. 43, ove si afferma che gli artt. 45 e 56 TFUE dovrebbero applicarsi “*direttamente ad ogni azione di soggetti privati che sia in grado di impedire efficacemente ad altri l'esercizio del loro diritto alla libera circolazione.*”

¹¹⁹ P. VERBRUGGEN, *The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services*, in “European Review of Private Law”, No. 2/2014, Kluwer Law International, p. 205 – 206.

caso della prestazione dei servizi, al contrario, la mancanza di una risposta chiara della Corte farebbe presumere che debba continuare ad osservarsi il requisito del carattere collettivo dell'atto o comportamento lesivo. Si prospetterebbe, come detto, una differenza di regime in ipotesi che da sempre sono state valutate in ottica congiunta.

Resta ancora da stabilire come tale ricostruzione possa armonizzarsi con il fatto che libera circolazione di lavoratori e dei servizi paiano doversi considerare norme di natura complementare: ove una relazione giuridica possa qualificarsi come rapporto di lavoro subordinato si avrà applicazione degli artt. 45 e ss TFUE; nei restanti casi (di lavoro autonomo o semplice prestazione di un servizio, al di là di uno spostamento del soggetto), si ricorrerà agli artt. 56 e ss. TFUE. Risulta difficile capire come discipline sostanzialmente analoghe, per certi versi integrative l'una dell'altra, possano differire sotto il profilo delle loro condizioni di applicabilità.

In generale, e concludendo, si può osservare come il possibile requisito all'applicabilità orizzontale appena esaminato trovi fondamento nella comune convinzione che i semplici comportamenti di un individuo, al contrario di quelli statali o parastatali, spesso non abbiano forza tale da impedire a terzi il godimento dei propri diritti di libera circolazione. È difficile, difatti, che i privati possano esser la causa di una concreta lesione delle libertà fondamentali: nella maggior parte dei casi, “*il mercato «provvederà»*”¹²⁰, riassorbendo la violazione e rendendo inutile l'applicazione della disciplina della libertà fondamentale. Tale ragionamento non impedisce, tuttavia, che talvolta, fosse solo in

¹²⁰ Conclusioni dell' AG Maduro, caso *Viking Line* (438/05), par. 42.

rari casi, anche un singolo comportamento possa risultare efficace a ledere gli altrui diritti di libera circolazione: l'improbabilità non equivale all'impossibilità. Non si comprende, perciò, la necessità stessa di far emergere un requisito, fisso e formale, come quello del carattere collettivo del comportamento: sarebbe sufficiente e maggiormente opportuno prevedere che la disciplina delle libertà fondamentali si applichi a qualsiasi azione privata ove sia effettivamente e concretamente lesa la libera circolazione altrui.¹²¹ Che tale ipotesi si sia sin'ora verificata (e, plausibilmente, si verificherà) a fronte di comportamenti in senso lato "collettivi" è un mero dato di fatto, e come tale deve essere considerato: non è certamente ragionevole attribuirgli valenza assoluta, tale da giustificare l'imposizione di alcun limite soggettivo fisso all'applicabilità orizzontale delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi.

4.5. Ragioni della peculiarità della libera circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi. Ipotesi ricostruttive.

La *ratio* ultima del trattamento differenziato della libera circolazione dei lavoratori e dei servizi rispetto alla libera circolazione delle merci è ancora per certi versi poco chiara. La Corte non ha ritenuto di esprimersi direttamente sul punto, ed ha così lasciato spazio a molteplici ipotesi ricostruttive.

¹²¹ A tal proposito v. conclusioni dell' AG Maduro, caso *Viking Line* (438/05), par. 48.

In un panorama poco limpido, le strade che maggiormente sembrano essere state intraprese nel tentativo di giustificare la diversità di regime sono essenzialmente due, per certi versi collegate l'una all'altra.

In primo luogo, un trattamento peculiare della libera circolazione dei lavoratori e servizi sarebbe legittimato di per sé dall'intrinseca carica sociale di qualsiasi disciplina che incida sui diritti dei lavoratori, libertà di circolazione compresa. Il lavoro, difatti, è sì un fattore produttivo (e come tale è senza dubbio considerato dal sistema delle libertà fondamentali) ma non si esaurisce di certo in una dimensione puramente economica: l'attenzione alle implicazioni sociali del lavoro e dell'occupazione è un chiaro obiettivo delle politiche dell'Unione¹²², e se si considerasse il fattore lavoro in un'ottica esclusivamente mercantilistica, tale obiettivo verrebbe nettamente disatteso.

Proprio per questa doppia dimensione, economica e sociale, la libera circolazione dei lavoratori avrebbe (o, meglio, dovrebbe avere) forti profili di specificità rispetto alle altre libertà fondamentali; sembra opportuno (se non necessario) per ciò solo, un trattamento differenziato e una diversa modalità applicativa¹²³,

¹²² V. in particolare art.151, c. 1 TFUE: *“L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.”*

¹²³ In tal senso J. BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. 96e ss., ma la dottrina sembra comunque concorde nel riconoscere una specificità dovuta alla dimensione sociale.

in modo che la tutela dei singoli lavoratori sia rafforzata dalla immediata ed autonoma azionabilità dei diritti di libera circolazione.

Sono ragioni di effettività, quindi, quelle che porterebbero ad applicare le norme anche in maniera orizzontale e diretta: il principio dell'effetto utile sul quale si basa il profilo argomentativo delle pronunce della Corte andrebbe, in tal caso, non tanto al servizio dell'applicazione orizzontale di una libertà economica in sé, ma dell'effettività del profilo sociale della libera circolazione intesa come diritto dei lavoratori. Bisogna osservare, infatti, che l'effetto orizzontale appare sicuramente necessario ogni volta in cui si voglia garantire pienamente una norma in materia di lavoro: il rapporto di lavoro in sé è la maggior parte delle volte un rapporto tra soggetti privati; se non si garantissero i diritti nella dimensione delle relazioni individuali, si limiterebbe a un semplice obbligo di garanzia statale la sfera di tutela della libera circolazione dei lavoratori e prestazione di servizi, in tal modo impedendo ben più efficaci modalità applicative dei diritti. Tale ostacoli, inoltre, si costruirebbero su basi del tutto arbitrarie se, come già osservato, si considera che nessun dato formale (e, in virtù di quanto appena visto, razionale) indica le autorità statali come unici destinatari degli obblighi imposti dalla libera circolazione di lavoratori.

Le osservazioni di cui sopra non paiono dover essere diverse in relazione alla libera prestazione dei servizi, ove si consideri anch'essa nel suo aspetto di tutela dell'individuo sotto il profilo lavorativo.

L'esigenza di una tutela più incisiva, al contrario, non pare essere avvertita relativamente alle libertà di circolazione di merci e capitali, che pare possano essere sufficientemente supportate dal

novero delle disposizioni in materia di concorrenza (le quali, al contrario, paiono avere ben poco effetto in materia di lavoro).

L'efficacia orizzontale diretta, in definitiva, sarebbe una scelta quasi obbligata ove si voglia assicurare una tutela piena ai diritti di libera circolazione dei lavoratori e dei prestatori di servizi, in armonia con gli scopi desumibili dalle norme dei Trattati.

Altri autori¹²⁴, in alternativa o in aggiunta alla ricostruzione fondata sulla carica sociale delle norme, preferiscono focalizzarsi sulla ricerca di una qualificazione giuridica delle disposizioni sulla libera circolazione tale da poter giustificare di per sé una loro efficacia orizzontale diretta. Si è tentato, in particolare, di ipotizzare un inquadramento delle libertà fondamentali a livello di veri e propri diritti fondamentali. Riconoscere la natura di diritto fondamentale a una disposizione significa, difatti, impegnarsi a garantirne l'applicazione in ogni situazione, relazioni tra privati comprese: l'importanza attribuita dall'ordinamento al valore sotteso alla norma è tale che non sarebbero ammessi limiti alla sua tutela (eccetto quelli derivanti dal rispetto di diritti di pari o superiore rango), tantomeno se fondati sulla differenza di natura (pubblica o privata) della violazione. Se si considerassero le libertà fondamentali come diritti fondamentali, in sintesi, sarebbe meno

¹²⁴ H. SCHEPEL, *Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution; and to tell the difference: on the horizontal application of the free movement provisions in EU law*, in "European Law Journal", Vol. 18, No. 2/2012, Oxford, p. 180 e ss. ; P. CARO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 488 - 490 ; F. DE CECCO, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights and the Scope of Free Movement Law*, in "German Law Journal", Vol. 15, No. 3, 2014, p. 384 e ss.

problematico giustificare una loro applicazione orizzontale diretta¹²⁵.

Ai fini di promuovere tale processo di inquadramento giuridico è stato fatto riferimento a vari elementi, che hanno tracciando percorsi per certi versi differenti ma accomunati dall'intento chiarificatore della natura delle libertà fondamentali.

Pare opportuno premettere che in generale il tema della natura giuridica delle libertà fondamentali è ancora per molti versi problematica, oscura per la carenza di indici univoci che facciano tendere o meno verso la collocazione delle libertà fondamentali nella categoria dei diritti fondamentali.

In primo luogo, non è d'ausilio la mancanza di un chiaro processo di enucleazione dei diritti fondamentali nella prassi della Corte di Giustizia. Che il giudice europeo manchi di un impianto definitorio in tal senso non è cosa singolare, ma il riflesso di una tendenza generale e diffusa, frutto della difficoltà fisiologica di delineare in termini perentori un concetto sfuggente e mutevole come quello di "diritto fondamentale"¹²⁶. Negli ordinamenti giuridici si è spesso

¹²⁵ In tal senso la giurisprudenza europea si è espressa anche in materia di parità di retribuzione tra uomo e donna, attribuendo in carattere di diritto fondamentale immediatamente vincolante al principio espresso in art. 157, c.1 TFUE: "*Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.*"

¹²⁶ Nonostante questo, si riporta l'interessante definizione di Ferrajoli "*sono «diritti fondamentali» tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a «tutti» gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire; inteso per «diritto soggettivo» qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per «status» la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di*

preferito, quindi, una tipizzazione (per quanto necessariamente discontinua, poiché storica) dei diritti fondamentali¹²⁷, piuttosto che una loro definizione in termini assoluti.

Proprio la tendenziale incertezza dei confini della categoria dei diritti fondamentali, ad ogni modo, rappresenta già, e di per sé stessa, un fattore di diversità rispetto alle libertà fondamentali, che da sempre rappresentano un gruppo di disposizioni chiuso, graniticamente tipizzato.

Nonostante questa generale (e naturale) indeterminatezza, si può osservare come il parametro di riferimento abitualmente adottato dalla Corte di Giustizia per individuare un diritto fondamentale sia stato quello dell'appartenenza o della conformità del diritto alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹²⁸. Alla luce di tale criterio, appare più che ovvio che le libertà fondamentali non potrebbero includersi nel novero dei diritti fondamentali; non paiono esservi negli ordinamenti europei, infatti, ricorrenze che facciano desumere la protezione a livello costituzionale dei diritti alla libera circolazione.

Quanto appena detto sembra essere supportato dal fatto che nella giurisprudenza della Corte alle libertà fondamentali ci si è riferiti

situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio." In L. FERRAJOLI (a cura di E. Vitale), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, I ed., 2001, p. 5.

¹²⁷ In ambito europeo, tale tipizzazione di è avuta in tempi relativamente recenti con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

¹²⁸ Processo il cui fondamento normativo si ritrova in art. 6, c. 3 TUE: "*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.*"

più volte come a “principi fondamentali”¹²⁹, “obiettivi fondamentali”¹³⁰ o “disposizioni imperative”¹³¹, ma mai, sembra, come “diritti fondamentali”¹³². Anche una valutazione comparata degli scopi ispiratori delle diverse tipologie di norme sembra confermare una sostanziale diversità: le libertà fondamentali hanno natura indubitabilmente economica, e tra i loro presupposti applicativi vi è il carattere transnazionale del comportamento lesivo¹³³; i diritti fondamentali, al contrario, proteggono valori intrinseci all’uomo in quanto tale (non ha caso il concetto di diritto fondamentale spesso si sovrappone a quello di diritto umano), valori la cui salvaguardia non può che essere universale e insensibile a qualsiasi criterio di nazionalità.

Il dato assiologico-sistemico e la prassi giurisprudenziale, quindi, non sarebbero favorevoli ad una equiparazione della natura di diritti fondamentali e libertà fondamentali.

¹²⁹ In particolare, Caso *Schmidgerber* (112/00), par. 51: “*si deve ricordare innanzi tutto che la libera circolazione delle merci costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità.*” e Caso *Viking Line* (438/05), par. 68., per il quale la “*libertà di stabilimento costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità*”.

¹³⁰ Es. caso *Walrave* (36/74), par. 16/19, per il quale la libera circolazione delle persone e la libera prestazione di servizi “*costituisce uno degli obiettivi fondamentali della Comunità, consacrato nell’art. 3, lettera c), del trattato*”

¹³¹ Es. caso *Dansk Supermarked* (58/80), par. 17, che parla di “*disposizioni imperative del Trattato relative alla libera circolazione delle merci.*”

¹³² Una ricorrenza, alquanto trascurabile, si ha in un atto normativo, Regolamento 1612/68 del Consiglio, relativamente alla sola alla libera circolazione dei lavoratori. Nella parte preliminare si afferma che “[...] *la libera circolazione costituisce per i lavoratori e per le loro famiglie un diritto fondamentale*”.

¹³³ Da qui il problema della c.d. “*discriminazione inversa*”, paradosso per il quale sono puniti comportamenti lesivi della libera circolazione a livello transnazionale, ma non comportamenti analoghi interni ad un singolo Stato membro.

Nonostante questo, il dubbio permane, alimentato dalla presenza di alcuni elementi che sembrano accomunare le due categorie in questione: proprio tali punti di convergenza potrebbero essere sfruttati per legittimare una sovrapposizione di natura giuridica.

Si è notato¹³⁴, in particolare, che vi sarebbero affinità derivanti dal fatto che entrambe le tipologie di disposizioni costituiscono principi dell'ordinamento comunitario, norme di rango costituzionale giudizialmente imponibili a tutela degli individui contro gli Stati; seguirebbero, inoltre, lo stesso meccanismo applicativo, caratterizzato dall'assenza di una soglia *de minimis* per la rilevanza della violazione (che si ha, invece, nelle norme sulla concorrenza), dalla presenza di un "filtro" rappresentato dalla valutazione di proporzionalità, e dalla condivisione di una interpretazione restrittiva delle ipotesi derogatorie; si tratterebbe, ancora, di norme multilivello, il cui rispetto passerebbe attraverso una ripartizione delle competenze tra Unione Europea e Stati membri (differente a seconda che si consideri l'effetto orizzontale diretto o indiretto).

Al di là di tali similitudini, una particolare ipotesi ricostruttiva, volta proprio a giustificare l'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali attraverso un loro inquadramento come diritti fondamentali, si focalizza sul profilo antidiscriminatorio delle disposizioni sulle libertà fondamentali.

Se, infatti, è vero che dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia è desumibile la natura di diritto fondamentale del generale principio

¹³⁴ P. CARO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 490 - 491 ; O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2007.

di discriminazione in base alla nazionalità ex art. 18 TFUE¹³⁵, tale forza potrebbe irradiarsi anche alle libertà fondamentali, in quanto sue specificazioni.

Tale procedimento non è privo di problematiche; per far sì che sia possibile una reale parificazione è indispensabile che i valori alla base delle norme siano sostanzialmente omogenei: solo in tal modo sarebbe ammissibile estendere in via analogica la natura di diritto fondamentale del principio generale di non discriminazione alle sue declinazioni relative alla libera circolazione.

Sulla base di tale imprescindibile premessa è sin da subito chiaro che, ove avvalorata, l'ipotesi proposta escluderebbe quel profilo delle libertà fondamentali puramente strumentale all'integrazione del mercato, concentrandosi necessariamente ed esclusivamente sulla loro anima antidiscriminatoria. In questa analisi forzosamente parziale tale teoria trova, perciò, uno dei suoi limiti; analogamente, la possibilità di una tale estensione non può che ritenersi ristretta alla sola discriminazione basata sull'elemento nazionale¹³⁶, poiché tale aspetto è il solo considerato dall'art. 18 TFUE. Sin da subito, quindi, si nota come un tentativo ricostruttivo in tal senso debba

¹³⁵ V. ad esempio, caso *Rodriguez Caballero* (442/00), par.32: “*Nel novero dei diritti fondamentali figura in particolare il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione. Detto principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento non sia obiettivamente giustificata*”; caso *Walrave* (36/74), par. 5: “*Il principio di non discriminazione costituisce un parametro inderogabile per qualsiasi rapporto giuridico purché questo, in considerazione sia del luogo in cui sorge, sia del luogo in cui dispiega i suoi effetti, possa essere ricondotto al territorio della Comunità*”.

¹³⁶ Si esclude, in tal modo ipotesi quali quella che si sviluppa nel caso *Bosman*, ove la Corte ammette un ostacolo alla libera circolazione non fondata specificatamente sulla discriminazione nazionale: v. caso *Bosman* (415/93), par. 96.

ritenersi sin da principio limitato e incapace di inglobare l'intero spettro di azione delle libertà fondamentali.

Entrando nello specifico di tale operazione, la ricerca di una base assiologica comune sulla quale potrebbe basarsi una equiparazione dovrebbe partire dalla constatazione, ormai pacifica, che il principio di discriminazione in base alla nazionalità si sia progressivamente affrancato dal suo originale scopo protettivo-mercantilistico, per evolversi in strumento di tutela del bene, umano e individuale, della dignità¹³⁷. Sarà possibile una estensione della natura di diritto fondamentale alle libertà fondamentali, quindi, solo ove si ritrovi nella *ratio* di queste ultime norme un principio di salvaguardia di valori tale da potersi considerare una declinazione della dignità umana, intesa come bene di per sé tutelabile, intrinseco alla persona e al suo sviluppo. In prospettiva negativa, inoltre, questo parametro funge da ulteriore filtro, escludendo le libertà fondamentali che non possano essere direttamente ricondotte a tale valore: sin da subito si percepisce come la libera circolazione delle merci e dei capitali non abbiano una reale possibilità di soddisfare tali presupposti; si avrebbe l'espunzione, quindi, delle disposizioni che rispecchiano maggiormente l'originario fine economico delle libertà fondamentali, a favore di uno slittamento su profili meno liberisti, e più personalistici.

Un'uniformità assiologica tra principio generale di non discriminazione e libertà economiche fondamentali sembra, in sintesi, potervi potenzialmente essere per la sola circolazione dei

¹³⁷ Su una interessante ricostruzione della dignità come fondamento del principio di non discriminazione v. A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in "Rivista critica del diritto privato", Vol. 27, No. 2, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 207 – 231.

lavoratori e prestazione di servizi, e relativamente al solo aspetto antidiscriminatorio. Tali norme, difatti, paiono tutelare la stessa tipologia di discriminazione protetta dal principio ex art. 18 TFUE: una discriminazione specifica, indirizzata alla personalità stessa degli individui, così come si declina nello svolgimento di una attività lavorativa che prevede come oggetto stesso dello scambio un *facere* che comporta l'utilizzo diretto di una propria caratteristica individuale.

Nelle merci e nei capitali la discriminazione non pare altrettanto diretta: è mediata, riferibile non al soggetto ma piuttosto una sua pertinenza, un suo strumento, una sua esteriore volontà di scambio ben tutelabile da norme più idonee. La lesione a livello umano non pare essere della stessa gravità, e non sarebbe, perciò, necessaria un'azione forte tale da giustificare l'intervento delle disposizioni sulle libertà fondamentali al fine di incidere anche sui rapporti tra privati: per le lesioni relative all'aspetto del commercio la tutela orizzontale sembra sufficientemente garantita dalle più specifiche (e squisitamente economiche) regole sulla libera concorrenza. Libera circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi, per tale ragioni, sarebbero considerabili diritti fondamentali dell'Unione Europea, e sarebbe perciò più che giustificato il favore che la Corte dimostra nella loro applicazione orizzontale.

Il *modus operandi* delle due ipotesi ricostruttive qui sinteticamente proposte (efficacia orizzontale per il pregnante elemento sociale insito nelle norme, o derivante dalla qualificazione come diritto fondamentale) pare, a ben vedere, lo stesso. Ciò che cambia è il fatto che da una parte si ritiene sufficiente di per sé la presenza di una forte connotazione sociale per giustificare l'effetto orizzontale diretto di alcune norme, mentre dall'altra si concentra l'attenzione

sulla ricerca di un inquadramento giuridico della norme che farebbe dell'orizzontalità della tutela una conseguenza naturale e necessaria, argomentando non tanto sul carattere sociale, quanto sul carattere personalistico in senso lato dei valori sottesi alle norme. Il merito di tale ultima ricostruzione pare, quindi, essere quello di essersi sforzata di riflettere la bipartizione esistente sul piano sostanziale tra le libertà fondamentali anche sul piano della natura giuridica delle disposizioni, evidenziando la possibilità di una vera e propria diversità giuridica tra libera circolazione dei lavoratori e dei servizi da una parte, e delle merci e dei capitali dall'altra.

Gli sforzi compiuti in tal senso sembrano acquisire conferma e nuova forza con l'inserimento, a partire dal Trattato di Lisbona, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra le fonti del diritto primario dell'Unione.¹³⁸

Con questo documento l'ordinamento europeo si dota di un elenco di diritti definiti "fondamentali", impegnandosi a garantirne la tutela. Tra di essi vi sono proprio la libertà di circolazione dei lavoratori e dei servizi. In particolare, l'art. 15, c. 1 e 2 recita: *"Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. / Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro."* In aggiunta, e più in generale, l'art. 45, c.1 riconosce che *"ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri"*, in tal modo

¹³⁸Art. 6 c.1 TUE: *"L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati."*

specificando forse il più fondamentale diritto connesso alla cittadinanza europea, quello alla libera circolazione.

Le disposizioni appena richiamate sembrano confermare l'ipotesi della natura di diritti fondamentali delle (sole) libertà di circolazione dei lavoratori e di prestazione di servizi¹³⁹: non solo la collocazione di tali riferimenti in una carta che si presenta come ricognitiva di "diritti fondamentali" è di per sé esplicativa, ma l'opportunità stessa dell'inserimento delle norme in un catalogo così ristretto e selezionato di diritti, nonché il tenore letterale, sembrano confermare lo stretto collegamento tra valori di libertà intrinseci all'individuo e libera circolazione dei lavoratori e dei servizi quale espressione di tali valori.

Della libera circolazione delle merci e dei capitali, non facilmente collegabili in maniera immediata all'individuo non vi è, al contrario, alcuna menzione nella Carta, se non un passeggero e trascurabile accenno nel preambolo. Si riconferma in tal sede, perciò, la sostanziale persistenza di una bipartizione all'interno delle libertà fondamentali, basata ora non più solo su indici giurisprudenziali o interpretativi, ma anche su indici formali.

Come ulteriore conferma si può, inoltre, ricordare che a livello teorico e generale la creazione e lo sviluppo della cittadinanza europea ha proprio come suo nucleo forte la garanzia della libera circolazione delle persone (lavoratori compresi) nel territorio dell'Unione. Tale collegamento non pare, ad ogni modo, mai essere stato utilizzato nelle argomentazioni della Corte per sostenere l'efficacia orizzontale dei diritti di circolazione prodotti dalle libertà economiche fondamentali.

¹³⁹ In particolare F. DE CECCO, *op. cit.*, p. 385 – 387.

4.6. Considerazioni finali sulla bipartizione.

Esaminati i profili di maggior rilievo relativi alla dicotomia applicativa tra le libertà fondamentali, è opportuno ora sottolineare come la dottrina in materia, pur sforzandosi nel trovare giustificazione a tale bipartizione, paia pressoché concorde nel ritenere già possibile¹⁴⁰, o quantomeno nell'auspicarsi¹⁴¹, un superamento, totale o parziale, di tale differenziazione nelle future pronunce della Corte di Giustizia.

L'ipotesi ricostruttiva delle libertà fondamentali come diritti fondamentali crea, in particolare e più di altre, non pochi problemi.

In base a tale proposta si farebbero discendere conseguenze totalizzanti sul piano applicativo dal solo elemento antidiscriminatorio delle libertà fondamentali, che, come accennato in precedenza, deve considerarsi solo una parte, non esaustiva, dello scopo delle norme sulla libera circolazione.

Il risultato sarebbe quello di snaturare, quindi, norme che in base alla loro anima originaria sono chiamate a fungere principalmente da strumento di tutela del mercato e solo in un secondo momento, quasi come effetto collaterale, come garanzia di non discriminazione.

Anche volendo ammettere uno sbilanciamento sull'aspetto antidiscriminatorio, inoltre, le considerazioni svolte per la libera

¹⁴⁰ In tal senso F. DE CECCO, *op. cit.*, p. 391 e ss.

¹⁴¹ Di tale opinione J. BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. 115 – 116; A. S. HARTKAMP, *Fundamental Rights, Fundamental Freedoms and Contract Law*, in S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008., p. 104 – 105; P. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 215 – 216.

circolazione dei lavoratori e dei servizi non paiono tali da potersi *a priori* escludere nelle ipotesi di libera circolazione delle merci e dei capitali. In altre parole, ove si argomenti la possibilità di effetto orizzontale diretto in base alla natura antidiscriminatoria delle libertà fondamentali, tale possibilità, almeno a livello potenziale, deve essere estesa anche alla libera circolazione delle merci e dei capitali, per il semplice fatto che non vi sono ragioni sufficienti per una loro esclusione. I riferimenti ai diversi valori sottesi dalle diverse libertà fondamentali, seppur suggestivo, appare flebile, e di sicuro non sufficiente a giustificare di per sé una connotazione di alcune libertà fondamentali come diritti fondamentali, escludendone altre.

A ben vedere, inoltre, i tentativi di sovrapposizione di libertà fondamentali e diritti fondamentali sembrano, seppur implicitamente e forse quasi inconsciamente, tradire un equivoco terminologico ben preciso. Come ben osservato¹⁴², difatti, il termine “fondamentale” è sovente utilizzato con leggerezza, dimenticando che altro non è che una caratterizzazione generica e riduttiva per indicare due diverse tipologie di diritti, che sarebbe opportuno tenere distinte. Nella categoria dei diritti cc.dd. *fondamentali*, difatti, pare che nel linguaggio comune vengano imprecisamente ricondotti sia i *diritti fondamentali inviolabili*¹⁴³,

¹⁴² E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 671-673, in relazione al diritto di proprietà in protocollo 1 CEDU.

¹⁴³ E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 672, per la quale per diritti fondamentali inviolabili (o della persona) devono intendersi quei diritti che se posti a fondamento dello stato, lo qualificano come democratico. Questi sono i diritti inviolabili in senso stretto.

che i *diritti fondamentali non inviolabili*¹⁴⁴. Tale distinzione, lungi dall'essere solo formale o concettuale, rivela una ben precisa scala assiologica tra diritti, per la quale, per quanto ci riguarda, i diritti di libertà economica non sono inviolabili, e non possono, perciò, rientrare nel novero dei diritti fondamentali in senso stretto, al quale di sicuro appartiene il principio di non discriminazione. Ed ecco che proprio l'ignoranza di tale diversità di forza dei valori di riferimento nel generico ambito dei "diritti fondamentali" ha reso possibile intravedere la possibilità di una sovrapposizione, seppur parziale, tra libertà fondamentali e l'invioabile diritto alla parità di trattamento (inteso come formulazione positiva del divieto di discriminazione). L'equivoco, in sostanza, è stato non cogliere nell'immediato che libertà fondamentali e diritto di non discriminazione sono due termini per natura e per evoluzione storica incomparabili, irriducibili l'uno all'altro, intrinsecamente differenti.

Quanto appena detto avvalora ulteriormente la tesi che la bipartizione interna alle libertà fondamentali non sarebbe affatto né netta, né agilmente giustificabile; sarebbe, piuttosto, opportuna una sua degradazione a dato statistico, mera ricorrenza dalla quale si ricava che nella circolazione dei lavoratori e dei servizi è più comune garantire la tutela attraverso l'attribuzione dell'efficacia orizzontale diretta alle relative disposizioni, rispetto a quanto accade nelle ipotesi di circolazione di merci e capitali, senza che perciò solo queste ultime debbano considerarsi escluse o radicalmente differenti.

¹⁴⁴ E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 672, per la quale per diritti fondamentali non inviolabili devono intendersi i diritti di proprietà e di libera iniziativa economica privata. In tal caso si parla di diritti inviolabili in senso lato.

A questo si deve aggiungere che in generale, e comunque lo si voglia sostenere, il mantenimento della difformità applicativa sarebbe problematico nei casi, sempre più frequenti, nei quali la commercializzazione di un bene è affiancata dalla prestazione di un servizio (e viceversa), di modo che risulti inscindibile il profilo attinente alla libera circolazione delle merci da quello alla libera prestazione dei servizi.¹⁴⁵

Le difficoltà nella risoluzione di queste ipotesi (per la loro diffusione non più definibili come “di confine”¹⁴⁶) è evidente, infatti, ove si pretenda di mantenere la bipartizione sopra presentata. In questi casi, la Corte ben potrebbe considerare il profilo di una delle libertà come ausiliare all’altro, riconducendo il tutto ad unità; ove ciò non sia possibile, comunque, non si avrebbe altra soluzione che applicare orizzontalmente e direttamente entrambe le disposizioni sulla libera circolazione, compresa quella relativa alle merci, in tal modo dimostrando che anche per essa può essere non solo possibile, ma necessaria una tutela diretta nei confronti di comportamenti privati; una differenziazione netta (tantomeno a livello ontologico e giuridico), di conseguenza, non pare più sostenibile; non lo è, per lo meno, nei termini sin d’ora indicati: una disparità di condizioni di applicazione, alla luce di queste ultime considerazioni, potrebbe essere ammessa per la sole disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori, poiché unica ipotesi normativa nella quale non si porrebbero insormontabili problemi di sovrapposizione tra campi operativi di

¹⁴⁵ P. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 202 – 203 e 210 – 213.

¹⁴⁶ Si pensi solo alla somministrazione del servizio internet tramite fornitura di un modem, o della vendita di un telefono cellulare sotto accordo della fornitura di servizi telefonici.

norme cui si è dato, e si pretende continuare a dare, diverso regime applicativo.

La specificità della sola libera circolazione dei lavoratori, inoltre, non sarebbe avvallata solo dall'assenza di contrasti con altre disposizioni, ma è già stata evidenziata al momento di analizzare la possibile esistenza di un requisito collettivo del comportamento lesivo della libera circolazione: anche in tale sede si era osservato come sarebbe possibile scindere la libera circolazione dei lavoratori dalla libera prestazione dei servizi. Si potrebbe, in virtù di ciò, mantenere una bipartizione, seppur "sbilanciata" (nel senso della creazione di una dicotomia per la quale si ha un insieme costituito da libera circolazione di merci, capitali e servizi da una parte, e un secondo insieme ricomprendente la sola libera circolazione dei lavoratori); come ulteriore ipotesi sarebbe possibile (perché no?) aprire la strada a una tripartizione, che veda una diversità (sebbene non sempre marcata) di regime applicativo delle tre libertà fondamentali di circolazione: lavoratori, servizi, merci.

Il quadro qui delineato rimane, come è facile osservare, generalmente incerto. Punto fermo è che allo stato attuale una bipartizione indubbiamente esiste nella prassi, ma anche che a livello teorico è difficile darne conto: gli indici che l'attuale panorama fornisce paiono tutt'altro che chiari e risolutivi, inadatti a fondare una solida posizione.

Non si deve pensare che quanto detto si estingua in un gioco speculativo, nella mera ricerca teorica della giustificazione di una realtà che già si autolegittima nella prassi, in ragione della sua stessa esistenza. Non riuscire a trovare argomenti solidi e inconfutabili per giustificare le differenze di applicazione tra norme tra di loro tendenzialmente omogenee, quali sono (erano?) le libertà

fondamentali, difatti, esporrebbe a forti problemi di certezza del diritto: come essere sicuri della reale portata soggettiva delle norme? Come capire se il proprio comportamento come individuo libero e cittadino europeo può o meno essere direttamente censurato in base alle libertà fondamentali? Gli interrogativi sono di non poco conto, e per tale ragione non si può che auspicare una rivalutazione netta dell'opportunità di mantenere una bipartizione tra libera circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi da una parte, e libera circolazione delle merci e dei capitali dall'altra. L'unico effetto sarebbe il caos.

4.7. Un limite all'applicazione delle libertà fondamentali: il bilanciamento con i diritti fondamentali.

Una volta esaminata la bipartizione tra le libertà fondamentali, appare necessario analizzare un altro elemento che, con altrettanta evidenza, emerge dalla casistica giurisprudenziale sopra considerata. In alcuni delle sentenze proposte, difatti, è palese come la Corte si sia trovata a dover risolvere ipotesi di conflitto delle libertà fondamentali con altri principi generali della Comunità, solitamente inquadrabili come diritti fondamentali dell'individuo. La presente sezione, quindi, cercherà di fare chiarezza sul rapporto che si instaura tra tali due elementi.

È necessario premettere che sin da quando la Corte di Giustizia ha ricompreso tra i campi d'interesse dell'Unione la tutela dei diritti

fondamentali¹⁴⁷ si è dovuto affrontare il problema dell'armonizzazione tra libertà fondamentali e diritti fondamentali, ove i rispettivi campi di applicazione andassero a sovrapporsi. Perseguendo scopi radicalmente differenti, tale contrasto di norme non poteva *a priori* essere escluso, e presto (e a più riprese) la Corte si è trovata a dover fronteggiare le ipotesi di attrito tra le due anime dell'Unione: quella tradizionale di matrice economica, e la nuova tendenza alla protezione dei diritti dei singoli e dei gruppi sociali, espresse rispettivamente dalle libertà di circolazione e dai diritti fondamentali ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Proprio per tale divergenza di scopi, è chiaro che il perseguimento di un obiettivo spesso possa comportare conseguenze svantaggiose per l'altro.

È opportuno premettere che a livello teorico la risoluzione dei conflitti tra norme giuridiche non può che risolversi in due maniere: tramite prevalenza di una norma sull'altra, o per mezzo di un'operazione di bilanciamento tra esse. La scelta tra le due opzioni non è libera, ma ovviamente subordinata alla previa analisi del rango giuridico degli elementi in contrasto: in presenza di diverso livello nella scala delle fonti si avrà un meccanismo di prevalenza della norma sovraordinata sulla subordinata; in caso di norme di pari grado, al contrario, sarà necessario dirimere il conflitto tramite un bilanciamento.

Della natura e posizione delle libertà fondamentali nell'ordinamento europeo si è già brevemente dato conto in precedenza, al momento di analizzare la possibilità di una equiparazione di tali norme con i diritti fondamentali, e non pare

¹⁴⁷ V. in particolare i casi *Stauder* (29/69), *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70) e *Nold* (4/73).

necessario approfondire ulteriormente le considerazioni svolte: al di là dell'incerta qualificazione giuridica delle libertà fondamentali, infatti, non vi sembrano essere indici tali da giustificare una differenza di rango tra libertà fondamentali e diritti fondamentali. Dai Trattati, in primo luogo, non si ricava alcun elemento che ponga una qualche gerarchia di valore tra protezione individuale e sociale da una parte, e salvaguardia del mercato unico dall'altra; il perseguimento di tali obiettivi, pertanto, deve considerarsi parallelo e sincronico, in modo tale che l'uno sia conciliabile con l'altro e che si assicuri una certa armonia tra essi.¹⁴⁸ Allo stesso modo, dalla giurisprudenza della Corte è chiaro che il mezzo prescelto per la risoluzione dei contrasti tra libertà fondamentali e diritti fondamentali dei singoli è sin'ora stato il bilanciamento¹⁴⁹, operazione casistica non scontata e sintomo del fatto che non vi sia una gerarchia netta tra gli elementi in attrito, ma una sostanziale omogeneità di forza giuridica. Proprio dalla tipologia di risoluzione dei contrasti scelta dal giudice europeo si desume, quindi, una parità di livello tra diritti fondamentali e libertà di circolazione, un implicito posizionamento dei diversi valori sullo stesso gradino di meritevolezza della tutela: diversa natura giuridica forse, ma uguale rango all'interno del "diritto costituzionale" dell'Unione Europea. È necessario sin da subito precisare che questo meccanismo di bilanciamento è stato reso possibile nella prassi dal fatto che i casi giunti dinanzi alla Corte hanno fin'ora riguardato ipotesi di contrasto delle libertà economiche di circolazione (di per sé derogabili, come previsto dal TFUE) con diritti dei quali è stato sin

¹⁴⁸ Di tale opinione è l'AG M. Poiares Maduro, nelle sue conclusioni al caso *Viking Line* (438/05), par. 23.

¹⁴⁹ V. casi *Schmidberger* (112/00), *Viking Line* (438/05), *Omega* (36/02) e *Laval* (341/05).

da subito premesso il carattere non assoluto¹⁵⁰. Sono diritti, perciò, che risultano passibili di modulazioni e mediazioni con altri interessi, quali quelli economici sottesi alle libertà fondamentali¹⁵¹. In virtù di ciò il bilanciamento qui considerato diventa, come già accennato, il riflesso stesso della problematica relazione tra anima economica e spinte social - individuali dell'Unione Europea¹⁵².

¹⁵⁰ V. caso *Schmidberger* (112/00), par. 80: “neppure i diritti alla libertà d'espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU — contrariamente ad altri diritti fondamentali sanciti dalla medesima convenzione, quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione — appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di tali diritti, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati”; inoltre, v. caso *Alassini* (procedimenti riuniti 317-318-319-320/08), par. 63: “[...]secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti”.

¹⁵¹ La possibilità di limitazione di diritti fondamentali, sempre che non si svuotino di contenuto, è confermata da l'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per il quale “eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.”

¹⁵² Sulla doppia anima della UE v. il caso *Viking Line* (438/05), par. 79: “Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera

4.7.1. L'impostazione del bilanciamento: dalla subordinazione all'equiparazione tra i termini.

In una prima fase, i termini del bilanciamento in esame vennero impostati dalla Corte in maniera tale che il rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali potesse facilmente essere assimilabile al rapporto intercorrente tra regola ed eccezione, ove la regola è l'applicazione della libertà economica e il diritto fondamentale è relegato a sua deroga, a mera ipotesi capace di giustificare la limitazione. Tale rapporto è facilmente desumibile, ad esempio, dal caso *Omega*, relativo al contrasto tra libera prestazione dei servizi e tutela della dignità umana, ove si afferma che *“poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone [...] sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti*

circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136, primo comma, CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale.”; allo stesso modo il caso *Laval* (341/05), par. 104 e 105: *“[...] ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c) e j), CE, l'azione della Comunità comporta non soltanto «un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», ma anche «una politica nel settore sociale». L'art. 2 CE afferma infatti che la Comunità ha il compito, in particolare, di promuovere «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» e «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale». / Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato CE relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136 CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale.”*

*rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi.*¹⁵³ Il diritto fondamentale, quindi, rilevarebbe solo come eccezione, unicamente in quanto interesse legittimo¹⁵⁴ meritevole di tutela, e non di per sé, in quanto diritto fondamentale. In particolare, è proprio il caso *Omega* che mette in luce che i diritti fondamentali debbano qualificarsi come interessi giustificativi che devono ricomprendersi nell'espressa deroga a tutela ordine pubblico¹⁵⁵ dei singoli ordinamenti o dell'Unione Europea nel suo complesso. È innegabile, difatti, che i diritti fondamentali siano espressione diretta dei principi e delle norme imperative che caratterizzano e fondano un sistema giuridico, al punto tale da rendere necessaria l'attivazione del meccanismo di bilanciamento ove essi possano essere compressi, fosse anche da norme di rango costituzionale europeo quali le libertà fondamentali.

¹⁵³ Caso *Omega* (36/02), par. 35.

¹⁵⁴ Per fare in modo che i diritti fondamentali risultino legittimo interesse ai fini della giustificazione di una libertà fondamentale la Corte ha richiamato l'ipotesi di deroga non scritta introdotta con il caso *Cassis de Dijon* (120/78), o ha ricondotto la tutela del diritto fondamentale a una delle eccezioni previste dai Trattati (es. caso *Omega*).

¹⁵⁵ Proprio in tal senso erano stati giustificati i provvedimenti dell'autorità tedesca nel caso specifico. V. Caso *Omega* (36/02), par. 7: "*Secondo il provvedimento di divieto del 14 settembre 1994, i giochi che si svolgevano nei locali gestiti dall'Omega costituivano un pericolo per l'ordine pubblico, dato che gli atti di omicidio simulato e la gratuità della violenza che ne conseguiva violavano i valori etici fondamentali riconosciuti dalla collettività.*" e par. 28 "[...] i motivi invocati dall'Oberbürgermeisterin per l'adozione del provvedimento di divieto menzionano espressamente il fatto che l'attività interessata costituisce un pericolo per l'ordine pubblico."

Lo schema di giudizio regola-eccezione è ben visibile, oltre che in *Omega* (e tra le tante ipotesi), anche nei presentati casi *Schmidberger*, *Viking Line* e *Laval*. In tali pronunce è evidente come lo sviluppo del ragionamento della Corte prenda le mosse da una preconstituita posizione per la quale la forza degli argomenti alla base delle libertà fondamentali è indiscussa; l'applicazione della libertà fondamentale è quasi un dato di fatto, il fisiologico svolgimento delle cose, che il concorrente diritto fondamentale deve provare essere intaccabile e derogabile. Nonostante questa "disparità" iniziale, tuttavia, non sempre l'esito del bilanciamento è scontato: le sentenze *Schmidberger* e *Omega*, ad esempio, si concludono con la prevalenza dei diritti fondamentali sulle libertà economiche¹⁵⁶; si dimostra in tal modo che a dispetto dell'atteggiamento di favore della Corte nei confronti delle libertà fondamentali è comunque possibile un bilanciamento rispettoso dei diritti individuali, sempre che la loro salvaguardia risulti meritevole¹⁵⁷ e non sproporzionata rispetto alla limitazione della

¹⁵⁶ Nello specifico, nel caso *Schmidberger* (112/00) il diritto di libera espressione del pensiero e di riunione/manifestazione prevale sulla libera circolazione delle merci; nel caso *Omega* (36/02) la libera prestazione dei servizi cede al diritto al rispetto della dignità umana.

¹⁵⁷ Sul criterio in base al quale è stata stabilita la meritevolezza della tutela, nel caso *Schmidberger*, par. 74: "Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci."; nel caso *Omega* (36/02), par. 41, invece, alla tutela della dignità umana è riconosciuto carattere limitativo della libertà fondamentale tramite la sua riconduzione ad una delle deroghe alla libera prestazione dei servizi previste dal TFUE, quali le ragioni di ordine pubblico: "[...] il diritto comunitario non osta a che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia

libertà economica. I casi *Viking* e *Laval*, al contrario, confermano la prevalenza delle libertà fondamentali, anche su diritti altrettanto fondamentali come quelli di sciopero e in generale di azione collettiva dei lavoratori¹⁵⁸. Nella sentenza *Viking*, in particolare, l'esercizio dell'azione collettiva è stato sì valutato rispondente a un fine legittimo e potenzialmente idoneo a limitare la libera prestazione dei servizi, ma nel caso specifico non risultava né opportuno, né proporzionato¹⁵⁹. In *Laval*, al contrario, le ragioni

vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana.”

¹⁵⁸ Che l'azione collettiva dei lavoratori vada temperata (anche) con le libertà fondamentali si desume in maniera implicita anche dall'art. 28 della Carta dei Diritti fondamentali della UE, per il quale “*i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero*”, dove la conformità del diritto di azione collettiva con il diritto dell'Unione (libertà fondamentali comprese) assume una particolare pregnanza.

L'evidente differenza trattamento delle istanze dei lavoratori rispetto alle Corti nazionali uno dei punti che maggiormente a creato malumori nella giurisprudenza interna degli Stati Membri.

¹⁵⁹ Nello specifico, la tensione si aveva tra la libertà di stabilimento della *Viking* e il diritto di azione collettiva dei lavoratori. Così come è stata esercitata nel caso concreto, tuttavia, l'azione collettiva ha portato a una “*compartimentazione del mercato del lavoro*” che impedisce “*l'assunzione di marittimi provenienti da taluni Stati membri al fine di tutelare i posti di lavoro dei marittimi in altri Stati membri*”. Così facendo, si “*colpirebbe al cuore il principio di non discriminazione su cui si fonda il mercato comune*.” È chiaro, quindi, che non è possibile ammettere il perseguimento di fini sociali a completo discapito dei diritti di libera circolazione. V. conclusioni dell' AG Maduro, caso *Viking Line* (438/05), par. 62.

alla base del diritto di sciopero non sono state ritenute dalla Corte meritevoli di tutela in sé¹⁶⁰.

Tale impostazione risulta in linea teorica palesemente svilente dei diritti fondamentali, a maggior ragione se raffrontata all'importanza che agli stessi diritti viene tributata dalle Costituzioni e tribunali costituzionali nazionali: è proprio in questa situazione che si nota, nella sua pienezza, la differenza di "mentalità" che pervade l'azione della Corte Europea rispetto al funzionamento delle Corti costituzionali nazionali.

Di tale tendenza della Corte di Giustizia non vi è, tuttavia, di che meravigliarsi: sin dalle origini il giudice europeo ha avuto a che fare con un gruppo di norme, quelle dei Trattati, spiccatamente orientate verso il perseguimento di finalità economiche. Le Comunità europee nascono come strumenti di sviluppo del mercato, e tale matrice non può che riflettersi, e in qualche modo permanere, nelle modalità della Corte di approcciarsi alle questioni, anche (e soprattutto) al momento di bilanciare due norme generali, delle quali una di carattere economico fondamentale.

Il rapporto di "quasi subordinazione" (o di "prevalenza nel bilanciamento") tra libertà fondamentali e diritti fondamentali sembra trovare, ad ogni modo, un nuovo equilibrio nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Verica Trstenjak al caso *Commissione c. Germania*¹⁶¹; AG propone, difatti, un giudizio di meritevolezza e proporzionalità tra i termini del bilanciamento non più unidirezionale e volto a vagliare l'opportunità e il grado di incidenza di un diritto fondamentale su una già affermata libertà

¹⁶⁰ L'azione collettiva aveva come obiettivo l'innalzamento della tutela del lavoratore oltre quanto garantito dalla Direttiva 96/71.

¹⁶¹ Caso *Commissione c. Germania* (271/08).

fondamentale, bensì reciproco, bidirezionale: “*in caso di conflitto tra un diritto fondamentale ed una libertà fondamentale, l’adeguato contemperamento delle due posizioni risulta garantito soltanto qualora la restrizione imposta alla libertà fondamentale per effetto del diritto fondamentale non possa eccedere quanto è idoneo, necessario e congruo ai fini dell’attuazione di quest’ultimo. Ma, all’opposto, anche una restrizione di un diritto fondamentale imposta da una libertà fondamentale non potrà andare oltre quanto è idoneo, necessario e congruo ai fini dell’attuazione di quest’ultima*”.¹⁶² Un rapporto, insomma, di piena equiparazione tra libertà fondamentali e diritti fondamentali al momento di cercare una loro mediazione nel caso concreto.

Se tale impostazione venisse seguita nella pratica si andrebbe, se non ad incidere sulla *forma mentis* del giudice europeo in queste situazioni, quantomeno a garantire una posizione di equità al momento di iniziare l’operazione di bilanciamento: una più onesta ripartizione tra le norme dell’onere di affermare la propria forza al momento di uno scontro, evitando di garantire in maniera implicita un *quid* superiore alle libertà fondamentali, che non ha riscontri nel Trattato, ma solo nell’abitudine.

4.7.2. Lo svolgimento pratico del bilanciamento: i test di necessità e proporzionalità.

Il processo del bilanciamento sin’ora evidenziato prevede un contemperamento di interessi che la giurisprudenza della Corte sembra aver articolato in due distinti momenti, l’uno in subordine

¹⁶² Conclusioni dell’AG al caso *Commissione c. Germania* (271/08), par. 190.

all'altro, in base a un procedimento già consolidato per la valutazione delle cause giustificative espressamente previste nel TFUE per ciascuna libertà fondamentale¹⁶³.

Un primo giudizio, il c.d. *test di necessità*, riguarda la meritevolezza del diritto fondamentale ad essere tutelato al punto da giustificare una limitazione della libertà economica fondamentale; si tratta, in sostanza, di un giudizio di opportunità del bilanciamento, una valutazione sull'*an* della deroga alla libertà di circolazione parametrato all'interesse-fine perseguito dalla misura limitativa. Soddisfatto tale requisito di idoneità, si svolge una fase di proporzionalità pura (c.d. *test di proporzionalità*) nella quale la Corte vaglia se le modalità con le quali si è cercato di garantire il diritto fondamentale non abbiano ecceduto quanto necessario per ottenere un risultato utile. Un'analisi concreta e casistica, dunque, che per tali ragioni non può che essere di competenza delle corti nazionali¹⁶⁴: spetterà al giudice del rinvio accertare se le misure adottate non abbiano ecceduto quanto necessario per la garanzia del diritto fondamentale, poiché unico soggetto naturalmente edotto delle possibilità e degli strumenti che

¹⁶³ Sull'opportunità dell'identità del processo del bilanciamento v. le conclusioni dell'AG F.G. Jacobs al caso *Schmidberger* (112/00), par. 95: “ [...] la Corte, a mio parere, dovrebbe seguire lo stesso tipo di approccio in due fasi, utilizzato per l'analisi dei tradizionali motivi di giustificazione, come l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, anch'essi basati sulla specifica situazione vigente nello Stato membro interessato.”

¹⁶⁴ Nonostante talvolta la Corte di Giustizia imponga dei limiti stringenti (v. caso *Viking Line*, par. 80 e ss.)

il proprio ordinamento nazionale mette a disposizione delle ragioni della tutela nel caso specifico¹⁶⁵.

Questo secondo giudizio è quello che può essere considerato il vero e proprio bilanciamento, a fronte di una prima fase che può definirsi ad esso propedeutica, come una sorta di “filtro di meritevolezza” delle ragioni alla base della potenziale deroga.

Che il meccanismo di bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali si svolga in tali termini è chiaro dalla costante prassi giurisprudenziale della Corte, sin dal caso *Schmidberger*. In particolare, in *Omega* “[...] secondo la giurisprudenza della Corte, gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi che risultano da provvedimenti nazionali indifferentemente applicabili sono consentiti solo qualora tali provvedimenti siano giustificati da motivi imperativi d'interesse pubblico, qualora siano idonei ad assicurare il raggiungimento del fine da essi perseguiti e non eccedano quanto è a tal fine necessario.”¹⁶⁶ Dello stesso tenore i

¹⁶⁵ Come evidenziato nel caso *Viking Line* (438/05), par. 87: “Per quanto riguarda il problema di determinare se l'azione collettiva in esame nella causa principale vada al di là di ciò che è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito, spetta al giudice del rinvio valutare in particolare, da un lato, se, ai sensi della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili a tale azione, la FSU non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione.”; ancora in *Schmidberger* (112/00), par. 81 e 82 “[...] occorre effettuare un bilanciamento tra gli interessi [...] A tal proposito le autorità competenti dispongono di un ampio potere discrezionale. Si deve tuttavia verificare se le restrizioni imposte agli scambi intracomunitari siano proporzionate con riferimento al legittimo obiettivo perseguito, ossia nella fattispecie la tutela dei diritti fondamentali.”

¹⁶⁶ Caso *Omega* (36/02), par. 14. Ribadito in par. 36 “[...] si deve rilevare che misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da

casi *Viking Line*¹⁶⁷ e *Laval*¹⁶⁸, nonché le conclusioni dell'Avvocato Generale Verica Trstenjak al recente caso *Fra.bo.*, per il quale “è comune alle giustificazioni scritte e alla figura generale dei motivi imperativi di interesse generale il fatto che essi possono trovare applicazione solo laddove le interferenze da giustificare superino la verifica della proporzionalità. In riferimento alle giustificazioni scritte nell'articolo 36 TFUE, la Corte ha affermato, con costante giurisprudenza, che il principio di proporzionalità è alla base dell'articolo 36, paragrafo 2, TFUE;. La Corte ha altresì dichiarato che un provvedimento restrittivo di una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato può essere giustificato solo qualora rispetti il principio di proporzionalità e appaiano, pertanto, idonee, necessarie e congrue ai fini del raggiungimento

motivi connessi con l'ordine pubblico solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e solo a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi.”

¹⁶⁷ Caso *Viking Line* (438/05), par. 75: “Risulta dalla giurisprudenza della Corte che una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa soltanto qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. È tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo.”

¹⁶⁸ Caso *Laval* (341/05), par. 101: “Risulta dalla giurisprudenza della Corte che, essendo la libera prestazione dei servizi un principio fondamentale della Comunità (v., in particolare, sentenze 4 dicembre 1986, causa 220/83, Commissione/Francia, Racc. pag. 3663, punto 17, e causa 252/83, Commissione/Danimarca, Racc. pag. 3713, punto 17), una restrizione a tale libertà può essere ammessa soltanto se essa persegue un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale, purché, in tal caso, essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per raggiungerlo.”

degli scopi riconosciuti quali giustificazioni nei Trattati ovvero nella giurisprudenza della Corte.”¹⁶⁹

Come in precedenza anticipato, tale bilanciamento risulta in qualche modo “falsato” in partenza da una naturale propensione della Corte alla salvaguardia *in primis* delle libertà economiche fondamentali, a scapito di interessi concorrenti di altra natura; se si dovessero accogliere le sopra riportate conclusioni dell’AG Verica Trstenjak al caso *Commissione c. Germania*, ad ogni modo, siffatta tendenza potrebbe riassorbirsi, aprendo la strada a un bilanciamento senza condizionamenti *a priori*, ossequioso dei valori sociali che rappresentano, oramai, uno degli aspetti maggiormente in evidenza e in sviluppo degli orizzonti dell’ Unione Europea.

¹⁶⁹ Conclusioni dell’AG Verica Trstenjak al caso *Fra.bo.* (171/11), par. 37.

Considerazioni finali.

Verso una ricostruzione dell'unità.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, il panorama disegnato dalle ipotesi di efficacia orizzontale delle libertà fondamentali si presenta come alquanto variegato, mobile, e per certi versi nebbioso. Sembra necessario, perciò, riassumere gli elementi salienti dell'analisi intrapresa, cercando di evidenziarne i collegamenti e garantire una (seppur difficile) unità al discorso.

Tra gli aspetti che possono ritenersi solidi vi è sicuramente la scelta favorevole nel riconoscere l'applicabilità orizzontale delle libertà economiche fondamentali. Come è già stato premesso, difatti, non sembrano esserci contrasti di tipo logico nell'ammettere l'influenza di tali norme sui comportamenti privati. Non vi sono, in primo luogo, interferenze negative con il principio dell'autonomia privata, poiché essa è intrinseca ai diritti di libera circolazione e da questi ultimi indirettamente tutelata: eventuali conseguenze negative dovrebbero considerarsi fisiologiche, "mali necessari" isolati nell'ottica della salvaguardia di una libertà globale.

Parimenti, l'ipotizzabilità dell'efficacia orizzontale è confermata dall'incertezza nella formulazione letterale di molte norme relative alle libertà fondamentali al momento dell'enucleazione dei soggetti destinatari¹⁷⁰, quasi che tale aspetto non sia veramente essenziale,

¹⁷⁰ Sebbene utilizzato dalla Corte come vero e proprio argomento a favore, piuttosto che come indizio dell'inesistenza di ostacoli formali.

ma secondario o collaterale rispetto alla forza dispositiva espressa. Tali considerazioni non implicano, di certo, che le libertà fondamentali debbano ritenersi vincolanti anche per i soggetti privati, ma sicuramente rappresentano indici del fatto che *possano* esserlo: se tali valutazioni non fanno presumere alcunché sul piano positivo, è pur sempre vero che eliminano lo spettro di alcuni ostacoli. Sono sufficienti, dunque, per aprire le porte della *possibilità*.

Lo spazio operativo in tal modo creato dovrà, ovviamente, essere colmato da argomenti forti e univoci, specificatamente indirizzati a far propendere verso l'accoglimento dell'effetto delle libertà fondamentali anche nei confronti di soggetti non pubblici, tradizionali destinatari di tali disposizioni.

Come già visto, l'argomento favorevole e pressoché totalizzante in tal senso consiste nella salvaguardia dell'effettività delle libertà fondamentali, alla ricerca delle modalità applicative delle norme che meglio soddisfino lo scopo da esse perseguito. Tale base argomentativa è nella pratica giurisprudenziale utilizzata unicamente a fondamento del c.d. *effetto orizzontale diretto*, e perciò, in base a parallelismo giurisprudenziale, in relazione alle sole libertà di circolazione dei lavoratori e di prestazione dei servizi; si è anche osservato, ad ogni modo, che non vi sono ragioni sufficienti tali da impedire che il principio di effettività venga elevato a base comune per la giustificazione dell'opportunità dell'efficacia orizzontale in tutte le sue sfaccettature. Proprio tale principio dovrebbe ragionevolmente essere il motore primo e, come si vedrà, unico di una ipotetica "*teoria generale dell'efficacia orizzontale*". Tale carattere pervasivo è facilmente desumibile se si considera che ogni indice di favore riscontrato può, ad una più

attenta valutazione, essere considerato declinazione dell'esigenza di effettività delle norme; tutto quanto detto a sostegno dell'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali può essere interpretato come conseguenza del principio di effettività e risolversi in esso.

In primo luogo, si è osservato come non sia più possibile fare affidamento sulla ripartizione tra diritto pubblico e diritto privato per delimitare l'ambito di competenza soggettiva delle libertà fondamentali. Questa divisione è frutto di un garantismo costituzionale liberale che l'evoluzione dei sistemici economici e politici ha oramai messo in crisi: essa si dimostra anacronistica, ormai insufficiente a garantire la protezione della libera circolazione. L'adozione incondizionata di siffatta bipartizione irrigidirebbe il sistema al punto tale che esso non darebbe più in grado di salvaguardare l'effettività pratica delle norme sulle libertà fondamentali, a fronte dello sviluppo di comportamenti privati che possono essere lesivi al pari di quelli delle autorità pubbliche. Una base di azione dovrebbe ricercarsi, quindi, in un criterio immutabile ma allo stesso tempo duttile, come il principio di effettività, e non in una partizione mobile nel tempo e varia negli ordinamenti, come quella tra diritto pubblico e privato. La dicotomia della costituzione economica europea, tra libertà fondamentali e disciplina della concorrenza, perciò, non deve mantenersi se suo effetto è un rigido rapporto di esclusione reciproca a livello dei soggetti destinatari tra le due normative: è, invero, opportuno che comportamenti privati subiscano il controllo alla luce delle libertà fondamentali, tanto quanto i comportamenti pubblici quello delle disposizioni sulla libera concorrenza tra imprese.

Allo stesso modo, e sotto un altro punto di vista, non sembrerebbe ragionevole negare l'effetto orizzontale delle disposizioni in esame

dal momento che ciò implicherebbe una esclusione *a priori* dal campo applicativo delle libertà fondamentali degli stessi soggetti che in ultima istanza saranno i destinatari dei diritti di circolazione da esse creati. Per garantire a pieno la tenuta del sistema delle libertà fondamentali è ovvio che vi debba essere una loro applicazione direttamente tra gli attori del mercato: la limitazione delle libertà fondamentali a norme con efficacia esclusivamente verticale è insufficiente a garantire la protezione della libera circolazione, e sembra non cogliere che i fattori che influenzano il mercato provengono sempre più spesso dalle condotte private, piuttosto che da quelle pubbliche, e non necessariamente le prime si rivelano meno intense delle seconde. In ultima istanza, l'effetto orizzontale andrebbe accettato per il semplice fatto che è essenziale al pieno raggiungimento dell'effettività delle libertà fondamentali: il soggetto leso nei propri diritti di circolazione dovrebbe essere tutelato solo ed esclusivamente in ragione dell'esistenza della violazione. Niente indagini sull'origine della condotta, quindi; non una cesura tra comportamenti pubblici e comportamenti privati, ma una tutela delle libertà fondamentali basata sulla sola e semplice valutazione del nesso causale tra atto potenzialmente lesivo e ostacolo al mercato unico.

Mantenendo fermo come obiettivo necessario l'effettività della tutela, si dimostra l'inutilità di fare perno su argomenti sociali o di creare artificiosi parallelismi tra talune libertà fondamentali e i diritti fondamentali, nell'ottica di fondare una teoria autonoma dell'efficacia orizzontale diretta che tenda ad escludere alcune delle libertà fondamentali. Qualsiasi tentativo di giustificazione dell'efficacia orizzontale che non si limiti al principio di effettività sarebbe, infatti, puramente superfluo, se non inopportuno. Superfluo perché la garanzia di effettività di per sé stessa pare una

base di legittimazione sufficiente a fare accettare l'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali, qualunque essa sia. Inopportuno poiché si andrebbero ad ricercare in maniera del tutto arbitraria degli elementi estranei e non armoniosi con l'anima economica delle norme fondamentali, aggiungendoli a un ragionamento giurisprudenziale in sé completo e autosufficiente. Oltre che problematica e debole, quindi, l'operazione di riconduzione delle libertà fondamentali ai diritti fondamentali, così come l'accento sulla carica sociale di alcune di queste disposizioni, niente aggiungerebbe a un quadro teorico che si sostiene in maniera autonoma, e senza significative variazioni di fondo, da oramai mezzo secolo¹⁷¹.

Tali tentativi, a meglio osservare, sembrano essere nient'altro che ingombranti sforzi giustificativi *a posteriori* della bipartizione creata dalla Corte all'interno del sistema delle libertà fondamentali.

È necessario premettere che restano ancora da valutare attentamente le ragioni che hanno spinto la giurisprudenza europea a creare e sostenere questo differente regime di efficacia orizzontale tra le libertà fondamentali, pur potendosi il principio di effettività applicarsi trasversalmente: perché mai si dovrebbe volere una minore effettività di alcune libertà fondamentali piuttosto che di altre? L'unica motivazione che pare ragionevole si lega alla volontà di mantenere una distinzione rigida tra pubblico e privato almeno nel sensibile settore del commercio e produzione di beni; questi ambiti sono, ovviamente, quelli più intimamente legati alla disciplina europea della concorrenza espressa dagli artt. 101 e

¹⁷¹ La prima applicazione del principio di effettività come giustificazione dell'applicazione orizzontale delle libertà fondamentali si ha, come più volte ricordato, con la sentenza del caso *Walrave* (36/74).

seguenti del TFUE, e quindi anche gli stessi che subirebbero realmente l'interferenza e la sovrapposizione di normative in caso si garantisse una efficacia orizzontale forte alla libera circolazione delle merci.

Al di là di tale ragione, ipotetica e non esplicitamente espressa, niente altro sembrerebbe impedire, come già ricordato, l'elevazione del principio di effettività a fondamento comune dell'efficacia orizzontale, diretta e indiretta. Ed ecco perché certa dottrina pare aver cercato ulteriori basi per giustificare, comunque e in ogni modo, una differenziazione tra le libertà di circolazione nel loro effetto verso i privati, ancorandola addirittura ad una potenziale e presunta diversità di natura tra esse.

Proprio da questi sforzi sembrano nascere buona parte dei problemi di inquadramento delle libertà fondamentali. Si sono voluti cercare aspetti estranei alla dimensione economica all'interno delle libertà fondamentali, mettendone in tal modo in crisi l'omogeneità interna e l'unitarietà della vocazione: in qualche modo giustificando una sorta di "schizofrenia" delle norme. L'equivoco fondamentale pare essere stato quello di impegnarsi nell'alimentare con tali valutazioni la bipartizione creata dalla Corte, quando l'impegno avrebbero potuto più ragionevolmente indirizzarsi nella sua demolizione teorica e nella contestuale riconduzione ad unità delle modalità applicative delle libertà di circolazione.

Sarebbe opportuno, in conclusione, depurare il panorama da elementi ridondanti di carattere sociale e personalistico, a favore del rispetto della linearità espositiva nella argomentazioni della Corte e nella ricerca di unitarietà nell'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali, sempre prendendo come unico e sufficiente argomento il principio di effettività. L'intera costruzione

dell'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali, in sintesi, potrebbe, e perciò dovrebbe, sorreggersi nient'altro che sulla sua stessa necessità, se si intende garantire che lo scopo delle norme venga efficacemente soddisfatto in concreto.

Una volta qualificati i potenziali argomenti portati a sostegno dell'efficacia orizzontale di alcune libertà fondamentali come elementi estranei e superflui si è, quindi, eliminato nella teoria il doppio collegamento tra efficacia orizzontale diretta/libera circolazione di lavoratori e servizi ed efficacia orizzontale indiretta/libera circolazione di merci e capitali.

Ciò non significa, ad ogni modo, che gli elementi sociali e umani così espunti debbano ritenersi privi di interesse. Essi devono solo considerarsi esclusi dalle basi argomentative di una eventuale teoria dell'efficacia orizzontale, o dell' ipotesi di una differente qualificazione giuridica tra le libertà fondamentali. È necessario ricordare che queste ultime sono in primo luogo, e perciò in maniera prevalente rispetto ad altre possibili connotazioni, libertà di tipo *economico* a difesa del mercato unico, e proprio nella loro valenza squisitamente economica devono essere considerate. Quello che si intende sostenere è unicamente che bisognerebbe evitare di concentrarsi su profili e parallelismi di altra natura che, sebbene esistenti in potenza, sarebbe meglio sviluppare in ambiti separati, senza che contaminino o, a maggior ragione, abbiano forza totalizzante nell' interpretazione delle disposizioni sulle libertà fondamentali.

Sarebbe auspicabile, quindi, una sorta di meccanismo di "purificazione" delle libertà fondamentali, in forza del quale i profili e gli interessi social-personali in tal modo espunti troverebbero rilevanza non come elementi positivi, interni e

connaturati alla libera circolazione, ma come valori autonomi e contrapposti. Il risultato sarebbe un processo per il quale le sfaccettature non economiche che si è voluto rinvenire nella libera circolazione si comporterebbero come interessi esterni, al pari di quelli sottesi alle consuete deroghe previste dal TFUE. Ed è così che l'importanza sociale di ogni disciplina che incida sul lavoratore giustificerebbe un più attento controllo nell'attuazione della relativa libertà fondamentale, fino alla censura di sue applicazioni eccessivamente sbilanciate sul piano economico, a discapito dell'interesse sociale contrapposto. Allo stesso modo tutti gli aspetti di contatto evidenziati tra tutela della dignità umana attraverso il divieto di non discriminazione e libera circolazione costituirebbero un efficace strumento per frenare applicazioni di queste ultime in casi di stridente contrasto. Gli interessi sociali e umani non è che non rientrino nell'ambito delle libertà fondamentali *latu sensu*, solo non rilevarebbero come scopi animatori delle norme, ma come interessi che vanno considerati al momento della loro applicazione, secondo l'usuale valutazione casistica di bilanciamento in base a proporzionalità. Sarebbero valori, in definitiva, che garantirebbero solo un più stringente e rigoroso regime di applicazione delle libertà, adeguato all'importanza degli interessi in gioco, senza che perciò essi debbano permeare nel nucleo assiologico delle norme.

Tale processo, all'apparenza di *fictio giuridica*, è in realtà esattamente l'opposto: è un meccanismo di ri-esternalizzazione di elementi che artificialmente sono stati inseriti nel cuore stesso delle libertà fondamentali, il cui pregio è quello di ricondurre nel suo ambito naturale un contrasto tra valori che è stato, non senza problemi, spostato all'interno degli obiettivi stessi delle libertà fondamentali.

Ancora, continuando ad argomentare in base al naturale bisogno di effettività delle norme, risulta chiaro, come già osservato, che non avrebbe alcuna ragione di esistere un limite all'applicazione orizzontale delle libertà di circolazione fondato sul carattere collettivo o meno del comportamento tenuto dal privato. Se si è sostenuto che non sarebbe ragionevole una distinzione *a priori* tra autorità pubbliche e privati nell'attuazione delle norme, a maggior ragione sarebbe inopportuno predisporre ostacoli alla rilevabilità di qualsiasi condotta privata, individuale o collettiva che sia, ove lesiva di una delle libertà fondamentali. Un'applicazione estensiva in tal senso andrebbe garantita con ancora maggior forza dal momento che i diritti di libera circolazione non sembrano richiedere il superamento di una soglia *de minimis* da parte della violazione per attivarsi: qualsiasi condotta capace di alterare il mercato unico andrebbe vagliata in concreto nella sua compatibilità con i diritti di libera circolazione. Lo *zenit* dovrebbe sempre ricercarsi nella potenzialità della lesione: ove ci sia tale possibilità, la norma deve dispiegare la propria efficacia e le corti devono accettarla come proprio parametro di controllo al momento di valutare una condotta pubblica o privata.

Questioni problematiche residue.

Le deroghe all'applicazione delle libertà fondamentali alla luce della loro efficacia orizzontale.

Nonostante in *Bosman* la Corte affermi che “*nulla osta [...] a che le giustificazioni attinenti all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica siano invocate da privati*”¹⁷² il tema della fruibilità delle deroghe alle libertà fondamentali da parte di soggetti privati non pare così banale. Di certo è vero che nonostante la loro natura eminentemente pubblicistica, concetti quali “ordine pubblico”, “pubblica sicurezza” e “sanità pubblica” (così come tutte le altre ipotesi di deroga previste nel TFUE) possano, in linea teorica, essere allegati anche da privati nel tentativo di giustificare una propria condotta contraria alla libera circolazione. Allo stesso modo, comunque, bisogna considerare che sebbene esista tale possibilità, rimane sempre da valutare l'esistenza di elementi che permettano il salto dialettico tra teoria e pratica.

In primo luogo, bisogna cominciare con il premettere banalmente che le autorità pubbliche e i privati non sono soggetti identici, e che proprio nella loro diversità devono essere considerati.

Tale diversità riguarda certamente il compito svolto all'interno dell'ambito delle libertà fondamentali ma, soprattutto, il compito attribuito ai vari soggetti nella tutela degli interessi ad esse contrapposti. È sin da subito chiaro che sono *in primis* le istituzioni

¹⁷² Caso *Bosman* (415/93), par. 86.

ad essere investite della salvaguardia dell'ordine pubblico, della sicurezza, della sanità e di tutto quell'elenco di interessi che giustificerebbero una deroga alla libertà di circolazione. Esse saranno, perciò solo, fisiologicamente portate ad affidarsi a questi concetti per legittimare le proprie condotte, sia perché le autorità pubbliche sono per definizione legate a interessi pubblici come quelli che si stanno considerando, sia perché, molto più semplicemente, saranno naturalmente edotte sul reale significato dei concetti in esame.

Il soggetto privato, al contrario, non è uso a fare affidamento su concetti pubblicistici, e sembrerebbe difficile, se non irreali, che egli possa legittimare una propria condotta in base a nozioni delle quali in alcuni casi potrebbe non avere una piena cognizione: raramente un comportamento privato sarà protetto dalla consapevolezza di stare perseguendo un interesse pubblico legittimo ai fini della disapplicazione delle norme sul mercato unico.

Al di là di tali rilievi, già a monte sembrerebbe una forzatura permettere ai privati di poter derogare alle libertà fondamentali solo in base ad interessi che non gli appartengono direttamente, se non *latu sensu* in quanto parti di un ordinamento. In altre parole, se è possibile che i privati invochino le giustificazioni alle libertà fondamentali, sfuggono i motivi per il quale dovrebbero farlo: l'interesse individuale difficilmente coinciderà con quello pubblico al punto tale da spingere un privato ad attivarsi per la salvaguardia dell'ordine pubblico, della salute, o addirittura di moralità pubblica, a maggior ragione se sotto minaccia di censura giudiziale in base alle norme sulla libera circolazione.

I privati certo sono tenuti al rispetto e alla conservazione di un interesse pubblico stabilito (così come è anche quello al mercato unico), evitando condotte ad esso contrarie, ma di certo non possono essere onerati al pari delle istituzioni del suo sviluppo, perseguimento positivo o reintegrazione, in particolar modo se sotto minaccia di sanzione sulla base altre norme concorrenti (in questo caso, le libertà fondamentali). I motivi alla base dell'agire privato, inoltre, non sono generalmente tanto nobili, e si risolvono il più delle volte nella ricerca di una utilità personale, che in ottica particolare ben potrebbe essere essenziale al pari dei più importanti interessi pubblici.

Non tutti gli interessi privati, comunque, paiono subire tale sorta di trattamento di sfavore all'interno dell'apparato derogatorio delle libertà fondamentali: vi sono casi nei quali si ha armonia di scopi tra l'intervento pubblico e la volontà privata. Come espresso succintamente in precedenza, difatti, nei motivi di ordine pubblico rientrano sicuramente i diritti fondamentali. Nel caso di contrasto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali, quindi, il privato è naturalmente spinto ad avvalersi della deroga dell'ordine pubblico, poiché in tal caso essa si concretizza nella salvaguardia di un proprio interesse, di un diritto essenziale che viene minacciato nella propria sfera personale. Risulta chiaro, comunque, che la coincidenza tra autorità pubbliche e privati nell'appetibilità della giustificazione è il risultato, benché senza influenza sul piano giuridico e sostanziale, di differenti matrici motivazionali. Il privato, difatti, tramite l'appello all'ordine pubblico tende a salvaguardare un proprio diritto fondamentale specifico che rischia di soccombere a fronte dell'attuazione della libera circolazione; le autorità statali, al contrario, saranno portate a proteggere il diritto anche, e soprattutto, a livello teorico, quasi "simbolico": il diritto

fondamentale è considerato in quanto elemento caratterizzante dell'ordinamento, che deve essere garantito ai fini della tenuta del sistema nella sue connotazioni esistenti; come fattore specifico di ordine pubblico, per l'appunto.

Considerando il quadro che risulta dalle ragioni appena espresse, parrebbe opportuno *in fieri* una rivisitazione del regime delle giustificazioni delle libertà fondamentali. Una volta ammessa la vincolatività di tali norme nei confronti dei privati, sarebbe illogico non prevedere per essi possibilità derogatorie analoghe in fruibilità a quelle messe a disposizione alle autorità pubbliche. A tale scopo si potrebbe sviluppare ad una sorta di modello parallelo alla deroga generale inserita dalla Corte di Giustizia espressa con la formula “motivo imperativo di interesse pubblico”, cercandone una declinazione in chiave privata. Proprio il fatto che tale giustificazione si sia sviluppata per vie giurisprudenziali, in concorso con la sua formulazione indefinita, è il primo e più importante segnale che non sempre le deroghe espresse dal trattato sono in grado cogliere tutta la categoria di interessi opposti alle libertà fondamentali, e che potrebbero legittimarne la disapplicazione. È per questo che non si avrebbe una eccessiva forzatura se si permettesse, ad esempio, che le corti possano ammettere l'allegazione di interessi privati di forza tale da mettere in dubbio l'opportunità di preferire la salvaguardia del mercato unico. Con ancora maggior diritto si potrebbe ammettere una possibilità derogatoria ove la condotta seguita corrisponda alla consolidata prassi di mercato nella situazione concreta¹⁷³.

Il pregio di un ragionando in questi termini sarebbe quello di andare ad intaccare quell'elemento di rigidità che ancora rende

¹⁷³ Di tale avviso P. CARO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 502.

poco permeabile la divisione tra comportamento pubblico e comportamento privato all'interno della disciplina delle libertà fondamentali. Se, infatti, è vero che per ragioni di effettività delle norme esse dovrebbero essere applicate trasversalmente, senza distinzione relativa alla natura del comportamento, è altrettanto vero che tale forza deve riflettersi in un consono ed altrettanto trasversale regime delle giustificazioni, che prende in considerazione non solo motivi di interesse pubblico, ma anche meritevoli motivi di interesse privato.

Efficacia orizzontale diretta e indiretta: il problema di una scelta.

Come si è già osservato, la differenziazione tra efficacia orizzontale diretta e efficacia orizzontale indiretta è il riflesso di una scelta esclusivamente procedurale, che non mina l'uniformità degli effetti sostanziali finali e in linea teorica non attribuisce più o meno effettività alle norme. Nonostante questa parità di risultato, ad ogni modo, quale dei due effetti sia da preferire è ancora argomento di acceso dibattito.

Se non si ha differenziazione sotto il profilo delle conseguenze ultime, difatti, la difformità fondamentale emerge in una diversa ripartizione tra gli organi e poteri pubblici delle competenze relative all'applicazione primaria delle libertà fondamentali.

Nelle ipotesi di effetto orizzontale diretto, in particolare, il fatto che le norme abbiano una diretta azionabilità attribuisce in via immediata ed esclusiva alle singole corti degli ordinamenti il compito dell'interpretazione delle libertà fondamentali. Si avrebbe,

perciò, un processo di attuazione delle libertà fondamentali totalmente destrutturato, che porterebbe ad una situazione sostanziale di incertezza legale decisamente poco auspicabile.

In caso di efficacia orizzontale indiretta, al contrario, le corti sarebbero obbligate a seguire la normativa e gli schemi predisposti dagli organi legislativi e amministrativo-esecutivi, interpretando i diritti di circolazione attraverso il filtro della disciplina nazionale e incanalandole, quali parametri orientativi, nelle clausole generali del singolo ordinamento. Altro aspetto da considerare è che solo la previsione di un intervento attuativo statale che specifichi e amplii le libertà fondamentali potrebbe ragionevolmente considerarsi conforme al principio di leale collaborazione ex art. 4 par. 3 TUE: difficile non vedere nella scelta di non prevedere meccanismi interni recettivi delle libertà fondamentali (in tal modo affidandosi unicamente alla loro ricorribilità diretta) una sorta di implicito disinteresse dello Stato nei confronti dei diritti di circolazione dei propri cittadini. Non creare un contorno normativo nazionale alle scarse norme dei Trattati europei sarebbe, infatti, poco più che non garantire affatto l'applicazione orizzontale interna delle libertà fondamentali.

Alla luce di tali diversi meccanismi, al momento in cui è necessaria una scelta parrebbe consigliabile che gli ordinamenti propendano per un effetto orizzontale di tipo indiretto, eventualmente sorretto dalla predisposizione di ulteriori doveri di protezione in capo alle autorità statali. Tale scelta si rivelerebbe preferibile, sin da un primo impatto, poiché maggiormente rispettosa del riparto di competenze tra stati membri e Unione¹⁷⁴; sarebbe assicurata, inoltre, una maggiore uniformità applicativa delle norme, poiché la

¹⁷⁴ V. in particolare S. LIEBLE, *op. cit.*, p. 80 e ss. ; P. CARO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 503.

loro interpretazione verrebbe sottratta all'esclusiva discrezionalità delle singole corti nazionali, essendo garantito l'ausilio (e il limite) di una pregressa e salda cornice predisposta dagli organi legislativi o amministrativi.¹⁷⁵ Come alcuni hanno osservato¹⁷⁶, comunque, tale scelta non appare perentoria, non pone le diverse tipologie di efficacia orizzontale su un piano di mutua esclusione, bensì, piuttosto, su quello della reciproca complementarità. Ed è così, quindi, che si dovrebbe preferire (per i motivi appena visti) l'effetto orizzontale indiretto ove lo Stato nazionale si sia dotato di meccanismi interni di protezione delle libertà fondamentali, mentre l'azionabilità diretta delle norme europee dovrebbe avere portata residuale, limitatamente alle situazioni sprovviste di tutela statale. Adottando tale prospettiva non si avrebbe, perciò, una cesura netta, quanto una cooperazione tra i meccanismi di attuazione delle libertà fondamentali che garantirebbe, in qualsiasi situazione, l'effettività delle tutele.

¹⁷⁵ V. in particolare P. CARO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 502 e ss.

¹⁷⁶ J. KRZEMINSKA-VAMVAKA, *op. cit.*, p.38 – 39.

Bibliografia essenziale

G. ALPA, *I diritti fondamentali e la loro efficacia "diretta"*, Intervento al convegno " *La costituzione europea: valori-principi-istituzioni-sistemi giuridici*", Salerno 5-7 Maggio 2005.

M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in "Lavoro e Diritto", a. XXII, No. 2, primavera 2008, p. 371 – 392.

J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement: the economic constitutional law of the European community*, Portland, Hart Publishing, 2002.

P. CARO DE SOUSA, *Horizontal Expressions of Vertical Desires: Horizontal Effect and the Scope of the EU Fundamental Freedoms*, in "Cambridge Journal of International and Comparative Law", Vol. 2/2013, p. 479 – 505.

O. CHEREDNYCHENKO, *Public supervision over private relationships: towards European supervision private law?*, in "European review of Private Law", 1 – 2014, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, p. 37 – 68.

O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2007.

H. COLLINS, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*, in "Legal Studies Research Paper Series", No.13/2011, University of Cambridge.

F. DE CECCO, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights and the Scope of Free Movement Law*, in “German Law Journal”, Vol. 15, No. 3, 2014, p. 383 – 406.

F. EBERT e T. PINKEL, *Freedom of Contract through Non-Discrimination Provisions? A Comparison of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the German “General Equality Law”*, in “German Law Journal”, Vol.10, No.11, 2009, p. 1418 – 1438.

A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in “Rivista critica del diritto privato”, Vol. 27, No. 2, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 207 – 231.

S. GRUNDMANN, *On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law*, in “European Review of Private Law”, No. 6/2010, Kluwer Law International, p. 1055 – 1078.

S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008.

A. S. HARTKAMP, *Fundamental Rights, Fundamental Freedoms and Contract Law*, in S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008., p. 87 – 110.

A. S. HARTKAMP, *The Effect of the EC Treaty in Private Law: on Direct and Indirect Horizontal Effect of Primary Community Law*, in “European Review of Private Law” No. 3 2010, Kluwer Law International, p. 527 – 548.

J. KRZEMINSKA-VAMVAKA, *Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line*, “Jean Monnet Working Paper”, 11/2009, NY, New York University School Of Law.

M. KUMM, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in “German Law Journal”, Vol. VII, N.4, 2006, p. 341 – 369.

S. LIEBLE, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, in S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, p. 63 - 84

C. MAK, *Fundamental rights in European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008.

R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione Europea: nuovi equilibri?*, in “Diritto dell' Unione Europea, Vol.2/2011, Milano, Giuffrè Editore, p. 319 e ss.

R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzioni nazionali*, in “Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa”, 2009 (www.europeanrights.eu).

S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le Tutele: prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli Editore, 2002.

G. R. MILNER – MOORE, *The Accountability of Private Parties under the Free Movement of Goods Principle*, “Jean Monnet Working Paper”, 1995.

E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in “Rivista di Diritto Civile”, No.5, Settembre - Ottobre 2012, p. 643 – 684.

I. L. NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, in “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, Milano, Giuffrè Editore, 2012

G. ORLANDINI, *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in “Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa”, 2008 (www.europeanrights.eu).

M. PALLINI, *La tutela dell'ordine pubblico sociale” quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in “Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa”, 2009 (www.europeanrights.eu).

C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in “Europa e diritto privato”, Vol. 2/2011, Milano, Giuffrè Editore, p. 437 – 458.

H. SCHEPEL, *Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution; and to tell the difference: on the horizontal application of the free movement provisions in EU law*, in “European Law Journal”, Vol. 18, No. 2/2012, Oxford, p. 177 – 200.

G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in “Europa e diritto privato”, Vol. 2/2007, Milano, Giuffrè Editore, p. 325 e ss.

T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, second edition, Oxford University Press, 2006.

F. VECCHIO, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, in “Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa”, 2010 (www.europeanrights.eu).

F. VECCHIO, *La clausola di salvaguardia delle identità costituzionali, le occasioni perdute e lo “spettro” di Viking e Lavall*, in “Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa”, 2012 (www.europeanrights.eu).

P. VERBRUGGEN, *The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services*, in “European Review of Private Law”, No. 2/2014, Kluwer Law International, p. 201 – 216.

G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in “Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa”, 2011 (www.europeanrights.eu).

G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in “Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa”, 2010 (www.europeanrights.eu).

G. VETTORI (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, Cedam, 2006.

R. ZAHN, *La prospettiva dell'Unione europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, in “Giornale di Diritto del Lavoro”, Vol. 3/2011, p. 433 e ss.