

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE - MILANO  
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE  
RACCOLTE DI STUDI

---

2

# LE PAROLE DEL DIRITTO

SCRITTI IN ONORE DI  
CARLO CASTRONOVO

II



UNIVERSITÀ  
CATTOLICA  
del Sacro Cuore

---

JOVENE EDITORE 2018

La pubblicazione del presente volume è stata finanziata dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Milano, nell'ambito delle attività di finanziamento della ricerca scientifica, e da Edison SpA.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2018

ISBN 978-88-243-2591-2

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLINA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

ARMANDO PLAIA

## LIBERTÀ FONDAMENTALI

(Ue e diritto privato)

SOMMARIO: 1. Le «Libertà fondamentali» nel sistema delle fonti dell'Unione europea. – 2. L'efficacia delle (norme che prevedono le) «Libertà fondamentali». – 3. «Libertà fondamentale» *vs.* «diritto fondamentale».

1. *Le «Libertà fondamentali» nel sistema delle fonti dell'Unione europea.* – Le fonti di diritto primario dell'Unione sono per lo più contenute nei Trattati europei (TUE e TFUE), la cui natura giuridica è quella dei trattati internazionali, ancorché essi assolvano altresì ad una funzione «costituzionale»<sup>1</sup>: basti considerare, tra le altre cose, i criteri interpretativi adoperati dalla Corte di Giustizia UE ed in particolare il frequente ricorso al criterio teleologico a scapito di quello letterale, nonché il criterio interpretativo del c.d. «effetto utile» applicato alle norme del trattato. Paradigmatica e rivelatrice della funzione «costituzionale» è, ancora, l'interpretazione estensiva delle norme del TFUE sulle quattro libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali e, come si diceva, la circostanza che tra le varie interpretazioni possibili, la Corte di Giustizia preferisce quella che consente di riconoscere alla norma la maggiore effettività possibile, in modo che lo scopo della stessa possa essere raggiunto (c.d. «effetto utile»)<sup>2</sup>.

Fonti assimilabili a quelle di diritto primario sono i «principi generali del diritto»<sup>3</sup>, comprendenti, in primo luogo, i «principi generali del diritto dell'Unione», i quali trovano ora espressione nelle più rilevanti norme dei trattati, valga l'esempio del «principio di non discriminazione» richiamato da molte norme e, per quanto qui interessa, anche

<sup>1</sup> G. STROZZI - R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2013, p. 201.

<sup>2</sup> L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 159.

<sup>3</sup> STROZZI - MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 213.

rispetto alla libertà di circolazione (artt. 45, 49 e 57 TFUE). È la stessa Corte di Giustizia a considerare tali norme applicazioni del principio generale di non discriminazione, sicché al principio in questione può farsi ricorso anche nei casi in cui non vi sia una specifica norma del trattato applicabile. Rientra ad esempio tra i «principi generali del diritto dell'Unione», oltre al «principio di non discriminazione», il «principio del mutuo riconoscimento»<sup>4</sup> o, ancora, quello dello «effetto utile».

Ma principi generali del diritto sono anche i «principi generali del diritto comuni agli ordinamenti degli stati membri».

È noto che, ancorché la giurisprudenza della Corte di Giustizia avesse in passato teorizzato la sussistenza di principi generali desumibili dai trattati internazionali che garantivano la protezione dei diritti fondamentali, soltanto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la protezione di tali diritti viene formalizzata nell'art. 6 TUE, il quale per un verso rinvia alla recente Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), che ha lo stesso valore dei trattati, per altro verso ai diritti fondamentali della Carta europea dei diritti dell'uomo (CEDU): e sinché non vi sarà adesione formale dell'Unione alla CEDU (che implicherà la sindacabilità degli atti UE da parte della Corte di Strasburgo), quest'ultima rimane non vincolante ma, come le tradizioni costituzionali comuni, è comunque fonte di ispirazione per rinvenire principi del diritto applicabili all'Unione. Tra l'altro, la «costituzionalizzazione» dei diritti fondamentali attuata con il rinvio alla Carta (art. 6 TUE) introduce la possibilità di un sindacato di compatibilità, anche preventivo, degli atti legislativi europei.

2. *L'efficacia delle (norme che prevedono le) «Libertà fondamentali».* – A partire dalla storica pronuncia *Van Gend en Loos* del 1963 non si dubita che le norme dei trattati possano avere *efficacia diretta* all'interno degli ordinamenti statali, purché siano chiare, precise e incondizionate, non subordinate cioè all'emanazione di atti di diritto interno. In altri termini, tali norme attribuiscono ai singoli diritti soggettivi che i giudici nazionali e la pubblica amministrazione sono tenuti a tutelare disapplicando il diritto interno contrastante con le norme dei trattati. È altrettanto noto che a partire dal caso *Francoovich* del 1991, si ammette la responsabilità dello stato che abbia compiuto una viola-

<sup>4</sup> AA.VV., *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, a cura di A. PLAIA, Milano, 2007.

zione manifesta e grave dei limiti posti al suo potere discrezionale in violazione di una norma dell'Unione europea.

L'affermazione dell'efficacia diretta della norma del trattato e del principio di responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario hanno contribuito a implementare l'effettività della norma dell'Unione europea. L'ultima tappa significativa di tale percorso può considerarsi il consolidarsi del riconoscimento di una «efficacia orizzontale» delle norme del Trattato che prevedono le quattro libertà fondamentali. Ancora una volta, scegliendo tra le varie interpretazioni possibili, quella che consente di riconoscere alla norma la maggiore efficacia possibile, in modo che lo scopo della stessa possa essere raggiunto (c.d. *effetto utile*), la Corte di giustizia è pervenuta ad un'applicazione delle norme «costituzionali»<sup>5</sup> europee in senso orizzontale: si è cioè ammesso che al rispetto della norma attributiva di un diritto soggettivo al singolo non sia soltanto lo Stato (c.d. *efficacia diretta verticale*), ma anche il soggetto privato, persona fisica o giuridica (c.d. *efficacia diretta orizzontale*)<sup>6</sup>.

Se, utilizzando il noto schema elaborato dal giurista californiano Wesley Newcomb Hohfeld, la *libertà* ha come correlativo un *non-diritto* (e come negazione un dovere), in virtù della c.d. efficacia diretta la norma sulla libertà di circolazione farebbe gravare sullo stato il non-diritto di impedire tale libertà o privilegio; ma se l'efficacia diviene, oltre che diretta, anche orizzontale, il *non-diritto* di interferire con la libertà grava anche sui singoli: tuttavia, ciò può ammettersi non in modo generalizzato, ma purché ci si mantenga entro il principio di proporzionalità – specie se la libertà si trovi a confrontarsi, in termini di bilanciamento, con un diritto fondamentale della persona – e comunque tenendo conto delle *rationes* che hanno innescato la proiezione in senso orizzontale<sup>7</sup>.

Come accennato, questa affermazione circa la necessità di individuare un limite alla possibilità di una proiezione orizzontale delle li-

<sup>5</sup> L'applicazione diretta e orizzontale delle norme della Carta costituzionale italiana è invece tendenzialmente esclusa: cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 37 ss., il quale ammette semmai una *Drittwirkung* mediata, con la sola eccezione dell'art. 3 Cost., unica norma che riesce a trovare diretta applicazione nei rapporti tra privati.

<sup>6</sup> Cfr. AA.VV., *Le «libertà fondamentali» e il diritto privato*, a cura di F. MEZZANOTTE, Roma, 2016.

<sup>7</sup> A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 743.

bertà fondamentali, può essere colta nella sua reale dimensione problematica non appena si consideri che la questione dell'effettività della libertà fondamentale, fuori da questa rappresentazione statica, si pone soprattutto quando la restrizione (alla libertà) deriva dall'esercizio di un «diritto fondamentale», anche esso proiettato in senso orizzontale (es. diritto di sciopero): qui la Corte di Giustizia ricorre sovente al principio di proporzionalità per cui la libertà prevale se ciò è davvero indispensabile per l'attuazione degli interessi ad essa sottesi e, al contempo, è invece il diritto fondamentale che alla libertà si contrappone ad avere la meglio nel giudizio di bilanciamento se l'interesse sotteso allo stesso rischia la sua attuazione anche minima.

In estrema sintesi, può osservarsi che le quattro libertà di circolazione sperimentano la proiezione orizzontale o perché un soggetto pubblico ha delegato (di diritto o di fatto) una sua funzione capace di incidere su una libertà fondamentale e dunque sul mercato ad un soggetto privato, sicché la mera proiezione verticale risulta inappagante<sup>8</sup>. Ovvero quando la libertà fondamentale veicola concretamente istanze personalistiche (es. tutela del lavoratore, divieto di discriminazione) e non soltanto meramente economiche. Non a caso, le libertà fondamentali che non sono di regola correlate con valori della persona hanno sperimentato con notevole ritardo la proiezione orizzontale (es. libertà di circolazione delle merci).

Come si diceva, quando la libertà fondamentale veicola concretamente istanze personalistiche è peraltro possibile che si ponga, per un verso, un'esigenza di bilanciamento tra libertà fondamentale e «diritto fondamentale» e, al contempo, un problema di individuazione del rimedio esperibile, nonché del destinatario dello stesso, poiché non è affatto scontato che, all'esito del bilanciamento, una eventuale responsabilità debba imputarsi al privato e non invece allo stato<sup>9</sup>. In ogni caso,

<sup>8</sup> In questa prima tipologia di ipotesi rientra il caso *Fra.bo.* il primo in cui la Corte di giustizia ha ammesso l'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci. In Germania, l'attività di regolazione delle regole qualitative e tecniche che un bene del settore idraulico deve possedere è svolta da un ente privato. Si tratta di caratteristiche del bene non obbligatorie ma di fatto indispensabili per la circolazione del bene in Germania. Una regolamentazione inutilmente rigorosa aveva tenuto fuori la società "Fra.bo." dal mercato tedesco, uno dei suoi principali mercati di riferimento. Secondo la Corte di Giustizia ciò è accaduto in violazione della libertà di circolazione di *Fra.bo.*

<sup>9</sup> Si pensi al caso *Fra.bo.* Chi è tenuto a risarcire l'impresa per essere stata tenuta ingiustamente fuori dal suo principale mercato di sbocco per alcuni anni? L'ente certificatore privato o lo stato tedesco?

almeno su un piano teorico, nel momento in cui si ammette che il *non-diritto*, quale correlativo della libertà, possa farsi gravare su un soggetto privato, quest'ultimo può, come lo Stato, invocare le scriminanti di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, che giustificano una compressione della libertà fondamentale; al contempo, la persona fisica (che *non ha diritto* di interferire con la libertà del privato) potrà invocare, a differenza dello stato, l'esercizio di un diritto fondamentale e puntare ad un bilanciamento a proprio favore: la proiezione orizzontale della libertà fondamentale ci consegna uno scenario in cui un privato oppone la resistenza che potrebbe opporre lo Stato e, al contempo, quella riservata alla persona fisica.

3. «*Libertà fondamentale*» vs. «*diritto fondamentale*». – Proviamo a riepilogare. Potrebbe partirsi dalla considerazione secondo cui le libertà strumentali alla creazione del mercato unico non dovrebbero essere connotate come “fondamentali”<sup>10</sup> e comunque non può sfuggire che esiste una tendenza a diversificare le libertà fondamentali a seconda della attitudine delle stesse a correlarsi o addirittura ad identificarsi con diritti fondamentali della persona, in quanto la libertà viene esercitata da un cittadino (art. 45 CDFUE) o da un lavoratore (art. 15 CDFUE), magari in termini di pretesa alla non discriminazione (art. 21 CDFUE). Quest'ultima è la ragione evidente che ha spinto al sindacato per così dire “assiologico” di atti privatistici (per lo più regole statutarie) di un associazione ciclistica, calcistica o di basket, ad es. nei casi *Walrave* (1974)<sup>11</sup>, *Donà* (1976)<sup>12</sup>, *Bosman*

<sup>10</sup> F. DE CECCO, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights and the Scope of Free Movement Law*, in *German Law Journal*, 2014, p. 384.

<sup>11</sup> Il caso riguarda la compatibilità con il diritto europeo della regola per cui, ai mondiali di ciclismo, l'allenatore dovesse avere la stessa nazionalità del corridore. Cfr. G.M. UBERTAZZI, *Le domaine du droit communautaire. A propos de l'arrêt Walrave, Union cycliste internationale*, in *Rev. trim. droit europ.*, 1976, p. 635; A. TRABUCCHI, *Sport e lavoro lucrativo. Partecipazione alle gare e requisito di cittadinanza in uno dei Paesi della Comunità europea*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 622; G. MORSE, *Direct Applicability of Main Treaty Provisions and Scope of Safeguard Clauses*, in *E.L.R.*, 1975, p. 67.

<sup>12</sup> Il poco conosciuto caso *Donà*, relativo alla possibilità di giocatori belgi intenzionati a essere ingaggiati dal Rovigo calcio, anticipa alcune delle considerazioni sviluppate nel più noto e recente caso *Bosman*. Cfr. A. TRABUCCHI, *Le limitazioni all'ingaggio dei giocatori stranieri e la libera circolazione dei lavoratori nella Comunità europea*, in *Giur. it.*, 1976, I, col. 1649; P. BARILE, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i calciatori professionisti*, in *Giur. it.*, 1977, I, col. 1409. In tutta la casistica sportiva si ripropone la medesima questione e cioè se sussistano ragioni “sportive”, e

(1995)<sup>13</sup>, *Lehtonen* (2000)<sup>14</sup>, o ancora, in punto di non discriminazione, nei casi *Defrenne* (1976)<sup>15</sup>, *Raccanelli* (2008)<sup>16</sup>, *Ferlini* (2000)<sup>17</sup>

cioè correlate alla specificità dell'ordinamento sportivo, sufficienti a giustificare la limitazione della libertà di circolazione o se invece le ragioni siano prevalentemente di tipo "economico" e non anche o non solo sportive.

<sup>13</sup> Il caso è molto noto, avendo rivoluzionato il mondo del calcio: scrive a tal proposito la Corte di Giustizia, esplicitando l'inadeguatezza di una argomentazione orientata alle conseguenze: «Quanto alle eventuali conseguenze di questa sentenza per l'organizzazione del gioco del calcio nel suo complesso, va rilevato che, secondo una costante giurisprudenza, benché le conseguenze pratiche di ogni pronuncia giurisdizionale debbano essere vagliate accuratamente, ciò non può indurre a scalfire l'obiettività del diritto ed a compromettere la sua applicazione a motivo delle ripercussioni che tale pronuncia può provocare». Il caso riguarda la compatibilità con il diritto europeo della regola che impediva al giocatore Bosman di andare a giocare nella squadra francese del Dunkerque. È interessante notare che nella motivazione la Corte di giustizia richiama i precedenti 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave* e 14 luglio 1976, causa 13/76, *Donà*. La letteratura è notevole: vedi, tra i tanti contributi, almeno S. BASTIANON, *Bosman, il calcio e il diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1996, IV, col. 3; A. TIZZANO - M. DE VITA, *Qualche considerazione sul caso «Bosman»*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, p. 416.

<sup>14</sup> Il caso riguarda la compatibilità con il diritto europeo della norma regolamentare che impediva ad un giocatore finlandese di giocare in una squadra belga. Più in particolare, si chiedeva alla Corte «Se siano compatibili con il Trattato di Roma (e specialmente con gli artt. 6, 48, 85 e 86) le disposizioni regolamentari di una federazione sportiva che vietano ad una società di schierare in campo per la prima volta un giocatore in una competizione se esso è stato ingaggiato dopo una certa data, qualora si tratti di un giocatore professionista cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea, nonostante le ragioni di carattere sportivo invocate dalle federazioni per giustificare le dette disposizioni, vale a dire la necessità di non falsare le competizioni». Cfr. A. BELL - P. TURNER-KERR, *The Place of Sport Within the Rules of Community Law: Clarification from the ECJ? The Deliège and Lehtonen Cases*, in *Eur.Comp.L.R.*, 2002, p. 256.

<sup>15</sup> L. NEVILLE BROWN, *Air Hostesses and Discriminating Employers*, in *MLR*, 1984, p. 692; G. RASTRELLI, *Principio di non discriminazione e principio di uguaglianza nel Trattato CEE*, in *Dir. scambi internaz.*, 1979, p. 90; D. WYATT, *Article 119 EEC and the Fundamental Principle of Non-Discrimination on Grounds of Sex*, in *ELR*, 1978, p. 483.

<sup>16</sup> Si pone la questione se un'associazione di diritto privato quale il Max-Planck sia tenuta a rispettare, nei confronti dei lavoratori ai sensi dell'art. 39 TCE, il divieto di discriminazione. La Corte di Giustizia stabilisce che certamente la natura privata dell'istituto non esclude che lo stesso non debba tenere un comportamento identico, in punto di non discriminazione, rispetto ad un soggetto pubblico, ancorché competenza al giudice del rinvio stabilire se si sia verificata una disparità di trattamento tra dottori nazionali e stranieri, quale è appunto il ricercatore italiano Raccanelli (al quale il Max-Planck avrebbe dovuto proporre l'alternativa tra una borsa di studio e un contratto di lavoro). Cfr. S. BORELLI, *La nozione di «lavoratore» e l'efficacia dell'art. 39 Trattato CE*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, p. 225.

<sup>17</sup> Secondo la Corte di Giustizia, l'applicazione, in maniera unilaterale, da parte di un gruppo di prestatori di cure nei confronti dei dipendenti delle Comunità eu-

e *Angonese* (2000)<sup>18</sup>. Casi che tali implicazioni non presentano sono, per un verso *Viking* (2007)<sup>19</sup> e *Laval* (2007)<sup>20</sup>, in cui si è affermato che anche l'esercizio di un diritto sindacale è suscettibile di attentare alla (e limitare la) libertà fondamentale di stabilimento e, per altro verso, *Delhaize* (1992) e *Fra.bo* (2012), quest'ultimo il primo a sancire l'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci. Altra ragione che spinge a ritenere inappagante la proiezione verticale è la linea di confine tra pubblico e privato, diversamente collocata nei diversi Paesi membri. Ancora una volta il riferimento è al potere regolatore conferito talora ai privati, anche di fatto, e al conseguente insoddisfacente contrasto alle limitazioni alle libertà se confinato sul crinale degli atti normativi pubblici: emblematico quanto accade e si legge in due casi in cui la condotta è posta in essere da un'associazione privata ciclistica o di Judo e cioè *Walrave* (1974) e *Deliège* (2000)<sup>21</sup>. Dietro il velo del principio di effettività, come è stato scritto, ci sono allora almeno due ragioni che hanno indotto alla affermazione della efficacia orizzontale della libertà e al sindacato di atti privatistici, e cioè la connotazione concretamente personalistica della libertà e lo sfuggente confine tra pubblico e privato o comunque la diversa collocazione dello stesso nei singoli Paesi<sup>22</sup>. Le sfumature che connotano il concreto dispiegarsi delle libertà, agevolando un sindacato degli atti privatistici, avrebbero ricadute anche sul piano della tutela, che solo eccezionalmente si orienterebbe verso lo Stato, chiamato a rispondere civilmente per non aver ben regolato la materia delle relazioni oriz-

ropee, di tariffe relative a cure mediche ed ospedaliere dispensate in caso di maternità più elevate rispetto alle tariffe in vigore per i residenti iscritti al regime previdenziale nazionale costituisce, in assenza di giustificazione obiettiva al riguardo, una discriminazione fondata sulla cittadinanza vietata dall'art. 6, co. 1, del TCE (divenuto, in seguito a modifica, art. 12, co. 1, TCE).

<sup>18</sup> Cfr. G. GAJA, *Può un cittadino italiano utilmente imparare il tedesco in Austria?*, in *Riv. dir. intern.*, 2000, p. 1051.

<sup>19</sup> La letteratura è abbondante. Cfr. almeno C. BARNARD, *Social dumping or dumping socialism?*, in *CLJ*, 2008, p. 262.

<sup>20</sup> S. DE LA ROSA, *La modernisation du cadre juridique du détachement et la jurisprudence Viking-Laval*, in *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 151; M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 249.

<sup>21</sup> BELL - TURNER-KERR, *The Place of Sport Within the Rules of Community Law: Clarification from the ECJ? The Deliège and Lehtonen Cases*, cit., p. 256.

<sup>22</sup> E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Le «libertà fondamentali» e il diritto privato*, cit., p. 44.

zontali. In presenza, invece, di libertà di prestazione di servizi o di stabilimento riferite al lavoratore e dunque correlate ad istanze personalistiche, o ancora di "lacune nella garanzia verticale" prodotte dalla competenza spettante ad organismi privati, sarebbe invece corretto che il privato risponda direttamente per la loro violazione<sup>23</sup>.

Occorre ora aggiungere che il conflitto tra la disposizione normativa che attribuisce la libertà fondamentale e la norma che riconosce il diritto fondamentale<sup>24</sup> non può peraltro risolversi sul piano *formale* e

<sup>23</sup> NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, cit., p. 53.

<sup>24</sup> Come si è soliti dire in letteratura, i «diritti fondamentali» sono quelli che possono dirsi essenziali, universali e supremi (L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2008, p. 33; R. ALEXYS, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 620; AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di E. VITALE, Torino, 2013, p. 464) e per questo indicati nella CEDU e ora anche nella CDFUE. Quanto ai diritti della carta CEDU, non vi è dubbio che inizialmente siano stati congegnati come diritti in rapporto allo Stato e tuttavia a partire dal 2009 con l'art. 6 n. 3 TUE essi assumono il rango di «principi generali dell'Unione» e ciò può dirsi anche per quelli ricavabili dalle tradizioni comuni degli stati membri. Conseguentemente, la norma interna che contrasti con un diritto fondamentale CEDU non può essere disapplicata, ma può essere dichiarata costituzionalmente illegittima. In quanto diritto pubblico soggettivo, il diritto fondamentale può comunque essere fatto valere nei confronti dello Stato: è questa la c.d. efficacia verticale della norma che prevede il diritto fondamentale, verticale ma *indiretta* poiché la norma spiega la sua efficacia in quanto interposta (con la conseguenza che la norma interna che confligga con la norma CEDU è costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117 Cost.). La dottrina sembra poi ritenere che le norme della CEDU possano addirittura ormai applicarsi nei rapporti tra privati e cioè orizzontali, anche di tipo contrattuale, dinanzi al giudice nazionale (D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, 1995; M.W. HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 5; H. COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, LSE, 22, 30, 2012, [www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm); S. GRUNDMANN, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental freedoms and private law*, in *Europ. rev. priv. law*, 2006, p. 25) e semmai la questione sembra essere *come* i diritti fondamentali operino tra privati (A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 192). L'indicazione è quella di mettere da parte questioni anacronistiche come quella se la proiezione orizzontale possa essere diretta ovvero indiretta in quanto mediata da clausole generali del diritto interno: la distinzione tra efficacia orizzontale diretta e indiretta (o mediata) perde importanza non appena si consideri che nel diritto oggettivo globale il diritto privato è sempre più, come un tempo il diritto pubblico, il luogo del rapporto tra potere e garanzie (GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 194; ID., *Contratto del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1498, nt. 52). Semmai non può non osservarsi che, a differenza dell'efficacia verticale,

gerarchico, poiché si confrontano situazioni soggettive di pari rango. Tra l'altro, all'adozione di una prospettiva *sostanziale* di bilanciamento, deve affiancarsi un procedere non già in astratto ma in *concreto*: non solo cioè non può sostenersi che *formalmente* (la norma che prevede) il diritto fondamentale prevale rispetto alla norma che prevede la libertà; ma non può neanche ritenersi che *un determinato* diritto fondamentale sia prevalente o recessivo rispetto alla proiezione orizzontale di *una determinata* libertà. Occorre, in altri termini, considerare lo *scopo* per il quale viene esercitato il diritto fondamentale<sup>25</sup> (ad esempio quale sia il motivo per cui viene esercitato il diritto di sciopero).

l'efficacia orizzontale implica un rapporto con una pretesa di una controparte o con una sua libertà. E così, ad esempio, l'interrogativo circa l'alienabilità di un diritto fondamentale ovvero in merito al bilanciamento tra due diritti fondamentali non può che essere risolto caso per caso e mai in astratto.

<sup>25</sup> Sul tema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali non esistono riscontri significativi della giurisprudenza nazionale dei paesi comunitari, mentre qualche timido segnale può rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte dir. uomo: si pensi al riconoscimento del diritto di successione nella locazione del convivente *more uxorio* dello stesso sesso o alla censura del diniego del nulla osta all'insegnamento di un docente di una università cattolica per le sue scelte ideologiche non approvate (cfr. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 183, ntt. 54 e 58). Più di recente, in *Association de médiation sociale* [Corte eur. giust. 14 gennaio 2014, C-176/12], la Corte eur. giust. ha sostenuto che l'art. 27 della CDFUE non può essere invocato in una disputa tra privati con conseguente disapplicazione di una norma interna contrastante con il diritto dell'Unione, in tal modo (apparentemente) sconfessando quanto precedentemente affermato in *Mangold* e poi in *Kükükdeveci* (PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, cit., p. 743). Nei due precedenti richiamati si era affermata l'applicabilità intersoggettiva del principio di non discriminazione in base all'età così come concretizzato all'interno di una direttiva. In *Association de médiation sociale* si nega l'applicabilità intersoggettiva del principio del diritto alla informazione e consultazione, ma soltanto perché lo stesso è congegnato in termini eccessivamente generici, né la concretizzazione della direttiva (2002/14) risulta idoneo a precisare con puntualità il diritto all'informazione ed alla consultazione. In sostanza, la Corte eur. giust. non dice una cosa diversa rispetto al recente passato e semmai sono i principi di discriminazione in base all'età e quello all'informazione e consultazione a risultare diversi e, nel secondo caso, incompatibili con una applicazione orizzontale. Posto dunque che la Direttiva continua ad essere ritenuta non idonea a produrre effetti orizzontali, è alle caratteristiche strutturali e funzionali del singolo principio che occorre guardare per affermarne l'applicabilità nei rapporti intersoggettivi (e la conseguente disapplicazione della norma interna contrastante con lo stesso principio così come concretizzato dalla direttiva: G. VITALE, *Gli effetti diretti orizzontali della Carta nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2015, p. 148. Si veda da ultimo, con riferimento al caso *Dansk Industry*, controversia azionata dall'omonimo sindacato e relativa al mancato riconoscimento di un'indennità di licenziamento, Corte eur. giust. 19 aprile 2014, C-441/14. Cfr. R. NUNIN, *Il*

È persino banale osservare che se la libertà fondamentale che viene compressa reca con sé istanze e valori personalistici, la soglia di tollerabilità della restrizione della stessa non potrà che essere molto bassa; al contrario, se la libertà esercitata è *stricto senso* economica – come di norma accade per la libertà di circolazione delle merci – allora occorrerà innalzare la soglia, così come accade nel diritto della concorrenza: dovrà cioè ammettersi una regola *de minimis*, e sarà possibile individuare impedimenti poco significativi in termini di distorsione del mercato<sup>26</sup>: d'altro canto, il ricorso ad un utilizzo orizzontale della libertà fondamentale, almeno che non lo si generalizzi, è occasionato da una giustificazione contingente. Nel caso *Fra.bo* il dispiegarsi di una efficacia orizzontale si giustifica in ordine ad una occasionale inadeguatezza formale del diritto antitrust e, ciò che più interessa in questa sede, di quest'ultimo deve replicare la *ratio*: sicché la libertà fondamentale si insinua nel diritto dei privati in ragione del fatto che, nel caso concreto, l'impedimento al dinamismo concorrenziale del mercato unico ha superato la regola del *de minimis*<sup>27</sup>.

Sul piano rimediale, infine, si è suggerito che ove venga in considerazione un diritto sociale (es. diritto di sciopero), sembrerebbe doversi escludere comunque una diretta responsabilità dei privati, a favore di una responsabilità dello Stato, mentre negli altri casi potrebbe ammettersi il rimedio risarcitorio a carico del soggetto privato che ha cagionato la restrizione della libertà fondamentale<sup>28</sup>: si pensi a quanto accaduto nel recente caso *Fra.bo* in cui per la prima volta la Corte di Giustizia ha ammesso l'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci. Come anticipato, lì un ente certificatore privato aveva imposto, in Germania, regole tecniche non possedute dall'impresa italiana *Fra.bo*, la quale pertanto veniva tenuta fuori dal proprio principale mercato di sbocco, quelle tedesco<sup>29</sup>.

*ruolo del giudice nazionale nell'applicazione orizzontale del principio di non discriminazione - in ragione dell'età: un nuovo passo avanti della Corte di Giustizia*, in *ADL*, 2016, p. 1190.

<sup>26</sup> A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Le «libertà fondamentali» e il diritto privato*, cit., p. 36.

<sup>27</sup> PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, cit., p. 743.

<sup>28</sup> NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, cit., p. 71.

<sup>29</sup> PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, cit., p. 743.