LE «LIBERTÀ FONDAMENTALI» DELL'UNIONE EUROPEA E IL DIRITTO PRIVATO

A cura di
Francesco Mezzanotte
Introduzione di Andrea Zoppini

Studies in Law and Social Sciences **2**

Studies in Law & Social Sciences

2

Roma TrE-Press
2016

Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato

a cura di
Francesco Mezzanotte

introduzione di
Andrea Zoppini

Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

Guido Alpa • Carlo Angelici • Adolfo di Majo • Nicolò Lipari
Salvatore Mazzamuto • Pietro Rescigno

Coordinatore
Andrea Zoppini

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series *sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the "Law and…" methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.*

Per come cristallizzate nei Trattati istitutivi, le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (libertà di circolazione dei beni, dei servizi, delle persone, dei capitali) si rivolgono formalmente nei soli confronti degli Stati membri, chiamati a darne attuazione in funzione della promozione e del mantenimento di un adeguato livello di concorrenzialità nel mercato unico.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia si evince tuttavia come la concreta portata applicativa di queste norme si estenda sovente oltre la semplice relazione verticale tra ordinamento europeo e singoli Stati, traducendosi invece in una regola di ordine pubblico economico immediatamente precettiva, rilevante a livello orizzontale nei rapporti tra privati, ed idonea a conformarne il contenuto.

I saggi raccolti nel volume intendono favorire una riflessione sugli effetti che le libertà fondamentali del Trattato U.E. possono assumere nel sistema delle fonti del diritto privato, nonché sulle regole operanti in specifici settori dell'ordinamento.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, aprile 2016
ISBN: 978-88-97524-59-5

http://romatrepress.uniroma3.it

Sommario

INTRODUZIONE

Andrea Zoppini, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principî e problemi della* Drittwirkung *nel mercato unico)* 9

SAGGI

Emanuela Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici* 41

Armando Plaia, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato e diritto privato* 79

Carmelita Camardi, *La ridefinizione dello* status *della persona* 97

Pietro Sirena, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo* 121

Giorgio Resta, *Il patto di non concorrenza del lavoratore subordinato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea* 143

Stefano Giubboni, *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro* 181

Antonio Carratta, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile* 199

Andrea Zoppini

Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principî e problemi della Drittwirkung *nel mercato unico)*

SOMMARIO: 1. – La teoria dell'interpretazione nella struttura multilivello delle fonti; 2. – Il problema dell'efficacia orizzontale delle libertà del Trattato: un'analisi casistica; 3. – Una prima qualificazione dei fatti e degli effetti rilevanti; 4. – (*Segue*); 5. – Sulla nozione di *Drittwirkung* diretta e mediata; 6. – Le soluzioni argomentate nella prospettiva della dogmatica tradizionale; 7. – Un confronto: la *Drittwirkung* dei diritti costituzionali; 8. –Diverso apprezzamento dell'applicazione diretta delle libertà del Trattato; 9. – Una proposta di lettura ordinata per gruppi di casi; 10. –Ulteriori considerazioni in ordine alla prospettiva rimediale; 11. – Sulle norme «multilivello» e sulla armonizzazione «per principî».

1. – La teoria dell'interpretazione nella struttura multilivello delle fonti

Perché oggi la teoria delle fonti del diritto costituisce un appuntamento non eludibile dallo studioso del diritto privato?

La domanda è tanto più significativa appena si consideri che in un passato poi non così lontano s'affermava, tutt'affatto al contrario, essere la teoria delle fonti estranea alla missione dello studioso dei rapporti tra privati, che poteva agevolmente rifugiarsi nel monopolio statuale del diritto, nella rigida gerarchia delle norme, nella centralità – sistematica ed ermeneutica – delle regole affidate al codice civile[1].

Alla domanda che ho appena formulato soccorre una pluralità concorrente di risposte: la globalizzazione delle relazioni giuridiche genera fenomeni che il singolo ordinamento non riesce a governare e talora tenta di 'inseguire' fuori dei propri confini[2]; la crisi economica mondiale ha

[1] È l'opinione di Francesco Santoro-Passarelli che P. RESCIGNO ricorda in *Il sistema delle preleggi e la disciplina comunitaria*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1999, p. 51 ss., a p. 52.

[2] F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006. Sulla

prodotto nuovi vettori di competenze normative, ormai definitivamente sottratti agli Stati nazionali[3]; la crisi della statualità propone nuovi e diversi equilibri tra autorità e libertà[4].

Dall'angolo prospettico dello studioso del diritto privato, una possibile risposta può rintracciarsi (anche) in una formula: la struttura "multilivello" che descrive il comporsi delle fonti nel diritto dell'Unione europea[5].

L'affermazione, nella sostanza condivisibile, che il mercato unico comunitario e la struttura istituzionale disegnata dal Trattato dell'Unione europea definiscano un sistema di fonti articolate su più livelli, sottende un significato tutt'affatto diverso rispetto a quello che in passato poteva assegnarsi a questo lemma.

La pluralità dei livelli di produzione di norme non contraddice il monopolio statuale delle fonti del diritto, atteso che agevolmente s'ammetteva che il diritto internazionale operasse esclusivamente nei rapporti tra Stati sovrani e, pertanto, ad un livello altro da quello dell'ordinamento interno, chiamato ad attuare tali obblighi[6]. Parimenti, s'affermava che solo in virtù del richiamo contenuto nella norma interna potesse essere invocata l'efficacia della regola appartenente a un altro ordinamento.

Quando per le fonti e per il sistema comunitario se ne constata la dimensione "multilivello", si dice qualche cosa in radice diversa, in quanto l'articolazione nei livelli di produzione normativa non è governata dal principio gerarchico, e poi da un criterio "unidirezionale" di separazione e

extraterritorialità delle norme giuridiche si v. M. Fitzmaurice, P. Merkouris, P. Okowa (eds.), *Beyond Territoriality. Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden-Boston, 2012.

[3] Soprattutto, S. Grundmann e Y.M. Atamer (eds.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law. Failure and Challenges of Contracting*, Alphen aan den Rijn, 2011; L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in F. Brescia, L. Torchia, A. Zoppini (a cura di), *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli (ES), 2012, p. 59 ss.; C. Harlow, *The 'Hidden Paw' of the State and the Publicisation of Private Law*, in D. Dyzenhaus, M. Hunt, G. Huscroft (eds.), *A Simple Common Lawyer. Essays in Honour of Michael Taggart*, Oxford-Portland, 2009, p. 75 ss.

[4] V. in tema B.G. Mattarella, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2006, p. 909 ss.; S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006.

[5] G. Amato, *Multilevel Europe and Private Law,* in F. Cafaggi, H. Muir-Watt (eds.), *Making European Private Law. Governance Design*, Cheltenham (UK) - Northampton (Ma), 2008, p. 39 ss.

[6] H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, II ed., Tübingen, 1928 (trad. it. a cura di A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989).

di competenza, ma dal concorso e dall'interazione reciproca.

Il diritto che dà ordine al mercato unico postula un ruolo concorrente sia di regole e istituzioni che s'indirizzano agli Stati, sia di regole che attengono ai rapporti tra gli ordinamenti e i singoli cittadini degli Stati membri, sia di norme comunitarie che disciplinano direttamente le relazioni tra soggetti privati, al contempo destinatarî delle norme nazionali loro proprie e di quelle dell'Unione europea.

Il sistema delle norme comunitarie – s'è scritto – è, dunque, «multidirezionale», perché destinatarî di tali prescrizioni normative sono, talora concorrentemente, la stessa Unione, i singoli Stati membri, i cittadini degli Stati[7].

Il quadro che si compone non è, dunque, suscettibile d'essere rappresentato in un'immagine statica, in un disegno geometrico, ma l'interazione tra regole si pone all'esito del percorso ermeneutico e si ridefinisce costantemente – come in un ideale caleidoscopio – per effetto del concorso tra fonti, amministrato e conteso tra il ruolo addittivo della Corte europea di giustizia e la competenza decentrata delle corti nazionali, che operano quali giudici "delegati" nell'attuazione del diritto europeo.

Nell'irriducibilità delle regole a un unico e tranquillante criterio fondato sull'ordine gerarchico, è facile scorgere la causa d'uno strabismo ricorrente. Quello di chi in quest'opzione vede un'insanabile contraddizione con le norme che governano le fonti dell'ordinamento interno e/o un elemento d'incompiutezza, d'imperfezione, un'evidente minorità rispetto al modello costruito sull'archetipo del monopolio statuale della norma[8].

È questo l'atteggiamento di chi non rinuncia o non ammette che l'Unione europea possa configurare un *altro* (e diverso) modello di sovranità, pensato non come supremazia su un territorio e su un popolo, o nella identificazione tra imposizione fiscale e rappresentanza politica, ma ordinato dall'integrazione d'una pluralità di ordinamenti nazionali che si "aprono" e concorrono alla formazione d'un unico spazio giuridico.

Gli è, pertanto, che il paradigma ordinamentale proposto dall'Unione europea si pone in alternativa con il modello di sovranità e d'imperio che s'identifica con il monopolio statuale del Novecento.

[7] J. Köndgen, *Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts,* in K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis,* 3. Auf., Berlin, 2015, p. 95 ss., in part. p. 98, *Rdn* 9; e v. anche S. Weatherill, *The Elusive Character of Private Autonomy in EU Law*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford-Portland, 2013, p. 9 ss., spec. pp. 10-13.

[8] Ad esempio per la necessità di una codificazione europea del diritto privato v. N. Lipari, *Diritto privato e diritto privato europeo,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 7 ss.

Lo Stato nazionale autocratico si è imposto al giurista domestico come produttore di senso, come strumento di precomprensione della dinamica delle norme di diritto privato[9]. Esso è assurto – per dirla con una categoria weberiana – a *Idealtypus*, quando è in realtà il prodotto d'un preciso frangente temporale e d'una recisa connotazione ideologica, che poi è quella che ha accompagnato l'affermazione degli Stati nazionali e le codificazioni del diritto civile all'avvio e al tramonto del secolo diciannovesimo[10].

2. – Il problema dell'efficacia orizzontale delle libertà del Trattato: un'analisi casistica

Non sorprenderà, allora, leggere da più parti che l'architettura che governa il mercato unico si lascia comprendere problematicamente con l'ausilio degli strumenti offerti dalla teoria e dalla dogmatica delle fonti del diritto interno[11].

Né desta sorpresa l'affermazione che la teoria ermeneutica e il metodo tradizionale non offrano un canone interpretativo attendibile quando si tratta di comprendere la dinamica del diritto comunitario e come esso si rifletta sul diritto privato nazionale[12].

Per misurare queste affermazioni, è opportuno muovere da un problema specifico: mi propongo di verificare se le norme costitutive del Trattato europeo, segnatamente quelle che formalmente sono rivolte (solo) agli Stati membri per creare il mercato unico a iniziare dalle così dette «libertà fondamentali»[13] – sintagma con cui, in modo brachilogico, si indicano le

[9] C.C. Wendehorst, *The State as a Foundation of Private Law Reasoning*, in 56 *American Journal of Comparative Law* (2008), p. 567 ss.

[10] Su questo si leggano le pagine di P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, spec. pp. 14 ss., 67 ss.

[11] Soprattutto in questo senso J. Köndgen, *Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts,* cit., p. 97 ss., in part. *Rdn* 7 s.; N. Reich, *The Public/Private Divide in European Law*, in H.-W. Micklitz, F. Cafaggi (eds.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham (UK) – Northampton (Ma), 2010, p. 56 ss.; cfr. anche L. Nivarra, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 211 ss.

[12] B. Gsell, *Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem*, in 214 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2014, p. 100 ss.; C. Sieburgh, *A Method to Substantively Guide the Involvement of EU Law in Private Law Matters*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 1165 ss.; P. Oliver, W.-H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 407 ss.

[13] In termini semantici, «libertà fondamentali del Trattato» è una categoria dottrinale tedesca che vuole indicare in modo sintetico le libertà di circolazione previste dal Trattato;

libertà di circolazione delle persone, dei servizî, dei beni, dei capitali, di stabilimento –, possano modificare e conformare i rapporti tra attori privati.

In particolare, intendo verificare se tali norme e principî possano – e allora a quali condizioni ed entro quali limiti – assurgere a fonte diretta di diritti e di obblighi azionabili *tra* soggetti privati[14] e, così pure, determinare l'invalidità o inefficacia delle regole che scaturiscono dall'autonomia privata[15].

Il rilievo del diritto di formazione giurisprudenziale con gli arresti della Corte europea di giustizia – che in forza d'un potere nomogenetico assume il ruolo di fonte a tutti gli effetti del diritto di matrice comunitaria[16] – giustifica che, preliminarmente, siano segnalate talune delle questioni in cui si è discusso dell'incidenza delle libertà fondamentali del Trattato nei rapporti tra privati.

La giurisprudenza comunitaria, infatti, s'interroga sovente sugli effetti nei rapporti tra privati delle libertà fondamentali del Trattato – di qui appunto il lemma *Drittwirkung*, che letteralmente vuol dire effetti *verso i terzi,* nella dogmatica delle fonti che più ha approfondito il tema – e se

per quanto l'espressione non ricorra come tale né nelle fonti normative europee né nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia, essa è entrata ormai nella convenzione linguistica della dottrina europea. Per una ricerca giuspubblicistica si v. T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, II ed., München-Portland, 2009, p. 515 ss. (e Id., *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berlin, 1999).

[14] Mentre è pacifico che tali norme costituiscano situazioni soggettive in capo ai singoli nei confronti degli Stati membri dalla seminale decisione – che molto deve alla intuizione giuridica di Alberto Trabucchi - C. Giust. CE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Giur. it.*, 1963, IV, c. 49 ss., con nota di P. Gori, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*; su cui merita rileggere A. Trabucchi, *Un nuovo diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 263 ss. E v. la raccolta di studi celebrativa dell'arresto *Van Gend en Loos 1963–2013. 50ème Anniversaire de l'Arrêt. 50th Anniversary of the Judgment*, in Cour de Justice de l'union européenne. Luxembourg, 2013, disponibile all'indirizzo http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf.

[15] Su questo tema segnalo le tre monografie presenti nella letteratura tedesca e segnatamente S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Tübingen, 2013; T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht,* Tübingen, 2004; O. Remien, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Tübingen, 2003. Nella letteratura italiana v. in particolare il primo capitolo della monografia di D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 5 ss.

[16] In dettaglio, F. Wasserfallen, *The judiciary as legislator? How the European Court of Justice shapes policy-making in the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 2010, p. 1128 ss.; e per un approccio critico al tema, v. T. Horsley, *Reflections on the role of the Court of Justice as the "motor" of European integration:* Legal *limits to judicial lawmaking*, in *Common Market Law Rev.*, 2013, p. 931 ss.

tali principî producano un effetto conformativo sui rapporti giuridici di diritto privato[17].

(*a*) Nel caso *Defrenne*[18] una *hostess* belga contesta le regole d'impiego della compagnia aerea Sabena, che prevedevano un diverso livello retributivo, previdenziale e pensionistico tra il personale navigante di sesso maschile e quello di sesso femminile. La Corte europea di giustizia accerta la violazione del principio di non discriminazione, che oggi si legge all'art. 157 Tratt. FUE (*ex* art. 141 TCE), e corregge così le regole del contratto[19].

Nel caso *Angonese*[20] la Corte di giustizia ha dichiarato inefficaci talune condizioni di assunzione richieste da una banca. In particolare, la Cassa di Risparmio di Bolzano aveva pubblicato sul quotidiano *Dolomiten* un bando di assunzione che richiedeva un attestato di bilinguismo che poteva essere ottenuto solo da una particolare amministrazione pubblica provinciale, precludendo la produzione di qualsiasi altro documento equivalente. Questo requisito è stato considerato discriminatorio nei riguardi del sig. Angonese che, pur potendo produrre attestazioni della sua effettiva conoscenza del tedesco, non aveva potuto recarsi presso quella specifica amministrazione.

(*b*) Nei casi *Bosman*[21], e *Lehtonen*[22] il problema si è posto in relazione alla disciplina delle federazioni sportive, che – dagli anni sessanta del Novecento – avevano introdotto vincoli per il trasferimento e l'impiego di calciatori diversi da quelli che possedevano i requisiti per giocare nella squadra nazionale. *Bosman* è un calciatore professionista belga che vuole

[17] Per un'analisi della giurisprudenza con riguardo ai rapporti di diritto privato si v. C. Kohler e J.-C. Puffer-Mariette, *EuGH und Privatrecht - Ein Rückblick nach 60 Jahren*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht,* 2014, p. 696 ss.; G. Bachmann, *Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten*, in 210 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, p. 424 ss.

[18] C. Giust. CE, 8 aprile 1976, C 43/75, *Defrenne vs Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*.

[19] In tema, v. fra gli altri N. Reich, *The Impact of the Non-Discrimination Principle on Private Autonomy*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., p. 253 ss., in part, p. 257 ss.

[20] C. Giust. CE, 6 giugno 2000, C-281/98, *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*. Nel caso *Mangold,* C. Giust. CE, 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold c. Helm*, alla stregua del principio di non discriminazione sono state valutate le regole che attengono all'età pensionabile.

[21] C. Giust. CE, 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Bosman et al.* Al contrario C. Giust. CE, 11 aprile 2000, C-51/96 e C-191/97, *Deliège c. Ligue francophone de judo et al.*

[22] C. Giust. CE, 13 aprile 2000, C-176/96, *Lehtonen e Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL c.* Fédération royale belge des sociétés de basketball ASBL.

trasferirsi e giocare per il *club* francese Dunkerque e invoca con successo la diretta vigenza nei rapporti tra privati delle regole che assicurano la libera circolazione dei lavoratori. Con la conseguenza di veder dichiarate inefficaci le regole statutarie delle Federazioni, formalmente associazioni private, che limitano o escludono la possibilità d'impiegare sportivi appartenenti ad altri ordinamenti comunitari.

Nel caso *Walrave*[23], due allenatori di ciclismo professionale olandese contestano la norma dell'*Union Cycliste Internationale* inerente ai campionati mondiali, che prevedeva che l'allenatore dovesse essere della stessa nazionalità del corridore. La Corte europea di giustizia ritiene tale previsione statutaria incompatibile, in quanto per l'allenatore prevale la prestazione lavorativa sulla appartenenza alla squadra nazionale, sì che, conseguentemente, tale rapporto di lavoro doveva essere assoggettato alla libera circolazione dei servizî (come desumibile dagli artt. 18, 45 e 56 Tratt. FUE di cui si afferma l'immediata vigenza).

(*c*) Nel caso *Courage*[24], il conduttore di un *pub* inglese aveva concluso un contratto che lo obbligava, oltre a pagare l'affitto del locale – appartenente a un complesso di birrerie locate dalla medesima proprietà e disciplinate dallo stesso contratto-tipo –, ad acquistare solo la birra prodotta da *Courage* a un prezzo superiore a quello praticato ai gestori indipendenti. Di qui la richiesta di un risarcimento del danno per avere subìto condizioni contrattuali sfavorevoli prodotte dall'intesa restrittiva della concorrenza.

In questo caso, se è indubbio che l'art. 101 Tratt. FUE (prima art. 81 TCE) conferisca al privato un diritto immediatamente azionabile di fronte al giudice nazionale, ci s'interroga però sulle regole domestiche che devono assistere tale tutela: nella lettura offerta dal collegio di Lussemburgo, il diritto comunitario, al fine di assicurare l'applicazione delle norme sulla concorrenza, impone che si consenta anche a chi è parte di un contratto anticoncorrenziale di ottenere il risarcimento del danno che ha subìto per avere dato esecuzione al rapporto svantaggioso (salvo non si dimostri che quella stessa parte era rilevantemente corresponsabile dell'illecito concorrenziale).

Come molti commentatori hanno puntualmente rilevato, per il tramite delle norme del Trattato alla medesima fattispecie si conferiscono qualificazioni – almeno a tutta prima – incompatibili: l'accordo negoziale volontario che sottende un accordo spontaneo, cui segue l'adempimento

[23] C. Giust. CE, 12 dicembre 1974, C-36/74, *Walrave en Koch c. Association Union cycliste internationale et al.*

[24] C. Giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*; v. anche C. Giust. CE, 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et al.*

dovuto; il fatto illecito produttivo di un danno risarcibile[25].

(*d*) Nel caso *Delhaize*[26] un esportatore di vino spagnolo, che si era contrattualmente impegnato nei confronti di un importatore belga alla fornitura di vino sfuso *Rioja*, invoca la forza maggiore per giustificare il proprio inadempimento parziale. Ciò perché vigeva in Spagna un limite all'esportazione in quanto tale vino era di denominazione controllata ed era sottoposto all'obbligo di imbottigliamento nelle cantine di origine. L'acquirente, che si vede opporre l'inesigibilità della prestazione e la non imputabilità dell'inadempimento, domanda al giudice con successo l'adempimento in forma specifica, sul presupposto che la norma di diritto interno dovesse essere disapplicata in quanto contrastante con l'art. 29 Tratt. EC (oggi art. 35 Tratt. FUE).

(*e*) Nel caso *Fra.bo*[27] il conflitto verte sulla libera circolazione dei beni e si pone in relazione al ruolo di un'associazione privata tedesca, il *DVGW*, che elabora norme tecniche e certifica la qualità di prodotti, attestando per i consumatori la conformità ai requisiti in vigore per il loro impiego. Un'impresa italiana esportatrice di raccordature in rame per condutture idrauliche, il cui prodotto non aveva superato il test di 3000 ore in acqua bollente e si era conseguentemente vista revocare l'attestazione, contesta il sistema di attestazione, in quanto – in un segmento di mercato non armonizzato e in cui vige il principio dello Stato di origine – esso costituisce un ostacolo alla libera circolazione dei prodotti che ne siano privi o che non abbiano le caratteristiche per ottenerlo. La Corte europea di giustizia ha constatato che la distribuzione di prodotti sprovvisti del certificato è resa notevolmente più difficoltosa e ha conseguentemente rilevato la violazione

[25] V. i commenti di G. Rossi, *"Take Courage"! La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la responsabilità del danno da illeciti antitrust*, e di A. Palmieri e R. Pardolesi, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal … si lagni e chieda i danni»*, in *Foro it.,* 2002, IV, c. 75 ss.; nonché di A. di Majo, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Europa dir. priv.,* 2002, p. 791 ss.; C. Castronovo, Antitrust *e abuso di responsabilità civile*, in *Danno resp*., 2004, p. 469 ss.

[26] C. Giust. CE, 9 giugno 1992, C-47/90, *Delhaize frères et Compagnie 'Le Lion' SA c. Promalvin e AGE Bodegas Unidas SA*. Cfr., seppure diverso, sempre con riguardo alla vigenza di regole di esclusiva, C. Giust. CE, 22 gennaio 1981, C-58/80, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*.

[27] CGUE, 12 luglio 2012, C-171/11, *Fra.bo c. Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW)*. La sentenza è molto commentata, si v. tra gli altri A. Plaia, *Da* Düsseldorf *a Lussemburgo e ritorno: "*Towards Horizontal Effect For the Free Movement of Goods?", in *Dir. civ. cont.*, 3 novembre 2014 (http://dirittocivilecontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/11/Plaia-Dusseldorf.pdf); H. Schepel, *Case C-171/11 Fra.bo SpA v Deutsche Vereinigung des Gas- und Wassefaches*, in *European Review of Contract Law*, 2013, p. 186 ss.

della libertà di circolazione dei prodotti (art. 34 Tratt. FUE).

(*f*) Nei casi *Viking*[28] e *Laval*[29], si è posto il problema del conflitto tra l'esercizio del diritto di sciopero dei sindacati – che in molti ordinamenti comunitari, ad iniziare da quello italiano, è di rango costituzionale – e il principio della libertà di stabilimento. I due casi, decisi quasi contemporaneamente, riguardano una vicenda speculare: nell'uno il diritto di sciopero vuole preservare le condizioni lavorative dello stato di origine, nell'altro estendere le condizioni poziori dello stato in cui si svolge la prestazione lavorativa.

In *Viking*, un'impresa di trasporti marittimi intendeva dismettere per il Rosella, uno dei suoi traghetti, la bandiera finlandese per acquisire quella estone, scelta impedita dalla minaccia di azioni sindacali. Merita sottolineare che l'opzione a favore della flotta estone era determinata da una ragione imprenditoriale: il Rosella operava in perdita, trovando per questo applicazione il contratto collettivo di lavoro vigente in Finlandia, situazione che esponeva l'armatore alla concorrenza sulla stessa tratta delle navi estoni, che consentivano un collegamento a costi salariali inferiori.

Nel secondo caso, Laval è un'impresa lettone di costruzioni, che aveva distaccato in Svezia circa 35 lavoratori per costruire un edificio scolastico. A questa, con una serie di azioni sindacali consistenti nel blocco dei cantieri, tre organizzazioni sindacali svedesi del settore delle costruzioni e dell'elettricità tentano d'imporre il contratto collettivo locale a favore dei lavoratori distaccati, nonché di applicare le regole che assicurano le contribuzioni ai medesimi sindacati.

La Corte europea, in entrambi i casi, ha affermato che anche l'esercizio dei diritti sindacali può contrastare ed è suscettibile di limitare – ove ingiustificato o non proporzionato – le libertà fondamentali del Trattato e segnatamente la libertà di stabilimento (art. 49 Tratt. FUE)[30].

(*g*) Nel caso *Commission v. France* ("Fragole spagnole")[31] e *Schmidberger*[32] si è posto il problema se il principio di libera circolazione fosse stato pregiudicato per non aver assunto gli Stati francese e austriaco misure idonee

[28] C. Giust. CE, 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union vs Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*.

[29] C. Giust. CE, 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.*

[30] V. tra gli altri, H. Collins, *Social Dumping, Multi-level Governance and Private Law in Employment Relationships,* in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., p. 223 ss., a p. 237 s.

[31] C. Giust. CE, 9 dicembre 1997, C-265/95, *Commissione delle Comunità europee c. Francia*.

[32] C. Giust. CE, 12 giugno 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge vs Austria*.

a rimuovere l'ostacolo materiale frapposto da quanti avevano creato dei blocchi alla frontiera.

Nel primo caso a essere colpita è la protratta inerzia delle autorità francesi verso le iniziative promosse dagli agricoltori nei confronti dei prodotti agricoli provenienti da altri Stati membri, come avvenuto esemplarmente per le fragole originarie della Spagna, che avevano determinato un rilevante ribasso dei prezzi e i cui produttori si giovavano della svalutazione competitiva della peseta. Sì che il denegato esercizio di una libertà del Trattato, in questo caso la libera circolazione, integra, nell'arresto della Corte di giustizia, il diritto al risarcimento del danno nei confronti dello stato inadempiente.

Sulla base di questo precedente, un'impresa tedesca, che organizzava trasporti tra la Germania e l'Italia con sei automezzi pesanti «silenziosi e non inquinanti», aveva intrapreso un'azione risarcitoria contro l'Austria, in quanto non aveva assunto alcuna iniziativa per contrastare un'associazione ambientalista che aveva posto un blocco al traforo del Brennero per circa trenta ore. Questa volta l'esito è sfavorevole in considerazione del fatto che si trattava d'una manifestazione isolata, che non ha determinato una situazione di effettiva incertezza e un pregiudizio alla libertà di circolazione, rispetto alla quale dovevano soppesarsi e bilanciarsi anche gli interessi perseguiti dai manifestanti.

(*h*) Nel caso *Traghetti del Mediterraneo*[33], un fallimento promuove una causa risarcitoria nei confronti di una società che aveva goduto di illegittimi aiuti di stato. La domanda viene respinta nei tre gradi di giudizio e a fronte del diniego della Corte di Cassazione di sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia, attinente all'interpretazione delle norme del Trattato relative alla concorrenza, viene intentata con successo un'azione risarcitoria nei confronti dello Stato italiano per violazione del diritto comunitario da parte del giudice di ultima istanza. La Corte europea in questo caso, contemperando le specificità connesse alla funzione giurisdizionale e le legittime istanze di certezza del diritto, ha affermato la contrarietà ai principî dell'ordinamento europeo di una legislazione nazionale che escluda la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a séguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultima istanza[34].

[33] C. Giust. CE, 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del mediterraneo SpA c. Italia*.

[34] V. in dettaglio V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 347 ss.; e in una prospettiva più ampia, D. Leczykiewicz, *The Constitutional Dimension of Private Law Liability Rules in the EU*, in Ead., S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in*

3. – Una prima qualificazione dei fatti e degli effetti rilevanti

La casistica che ho appena richiamato non ha pretese di esaustività, mirando piuttosto ad agevolare la comprensione dei problemi, a individuare epicentri critici e possibili sviluppi, a identificare una condivisa tassonomia concettuale.

In effetti, i casi ricordati attengono a effetti significativamente diversi: in taluni casi si produce la nullità del contratto o di parte di esso, in altri si genera una pretesa risarcitoria nei confronti d'un privato, in altri ancora il risarcimento del danno si rivolge allo Stato.

Tuttavia, in (quasi) tutti i casi ricordati, l'attore – per solito un'impresa privata o un professionista soccombente davanti alla giurisdizione domestica – invoca di fronte alla corte europea la forza eminente della norma comunitaria *contro* le regole del proprio ordinamento interno[35].

Lo fa con successo anche se, a tutta prima, appare evidente che il destinatario formale delle norme comunitarie invocate non è il privato, ma lo Stato.

Ciò consente di fermare una prima, ancóra elementare, conclusione: il problema dell'efficacia nei rapporti tra privati delle norme dell'Unione europea non può essere limitato ai conflitti che si generano nel traffico intercomunitario né affidarsi al facile criterio fondato sul destinatario formale della norma comunitaria.

In taluni casi, il Trattato FUE detta regole che pacificamente si rivolgono ai privati, come quelle in materia di concorrenza (art. 101, par. 2, Tratt. FUE), quella in materia di risarcimento del danno per il mancato adempimento degli obblighi (art. 340, par. 2, Tratt. FUE), così come si ritengono immediatamente applicabili ai rapporti tra privati quelle in materia di discriminazione sul lavoro (art. 45, par. 2, Tratt. FUE)[36].

Al contrario, le libertà di circolazione dei beni, dei servizî, delle persone, dei capitali s'indirizzano formalmente solo agli Stati, che a esse sono chiamati a dare attuazione[37].

Private Law Relationships, cit., p. 199 ss., spec. p. 217 ss.

[35] In ciò può scorgersi una linea evolutiva dei principî compresi in *Cassis de Dijon,* C. Giust. CE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

[36] Cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro,* in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, I, *Fonti e principi generali*, Milano, 2000, p. 46 ss.

[37] H. Schepel, *Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 1211 ss.; G. Davies, *Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law*

Gli è pertanto che la norma, *verticale*, che fissa il modello di organizzazione del mercato nei rapporti tra Stati membri e (tra di essi e) l'ordinamento comunitario è suscettibile di tradursi in una regola di comportamento, allora *orizzontale*, che disciplina e corregge il contenuto dei rapporti tra soggetti privati.

Ciò autorizza l'interrogativo, quale logica conseguenza, se sia soggetta al vaglio di liceità anche la regola contrattuale che ostacoli o precluda la libertà di circolazione comunitaria delle persone, dei beni, dei servizî e dei capitali[38].

Ci si deve, in sostanza, chiedere se sia coerente con l'effettiva vigenza delle libertà fondamentali del Trattato una regola pattuita tra le parti che con esse contrasti e/o miri deliberatamente a vulnerarne gli effetti; in caso di risposta negativa, a quali condizioni le norme di diritto comunitario possano sovrascrivere la regola domestica o, quantomeno, tradursi in un principio di ordine pubblico economico immediatamente precettivo.

Parimenti, ci si deve interrogare se il disvalore sotteso al divieto che conforma l'azione dello Stato membro, e che solo a quest'ultimo impone un comportamento esigibile, possa riflettersi su un piano orizzontale alla stregua d'un illecito civile, così qualificando il comportamento o il rapporto tra privati.

*4. – (*Segue*)*

In secondo luogo, come avvertivo poc'anzi, i casi ricordati sottendono fenomeni tra loro non assimilabili, *e* quanto alla struttura del fatto giuridico *e* quanto agli effetti che da essi discendono.

Le regole del diritto giurisprudenziale si lasciano, infatti, comprendere all'interno di quattro possibili schemi di riferimento.

(*i*) La prima ipotesi è quella che si determina quando la norma comunitaria non recepita nell'ordinamento né autonomamente autoapplicativa, pur non producendo effetti sulle regole e sui rapporti tra privati[39], fonda

Relationships, cit., p. 53 ss.

[38] E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e princìpi,* in *Quad. fior.,* 2014, p. 622 ss.; A.S. Hartkamp, *The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 527 ss.; J.W. Rutgers, *Free Movements and Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2008, p. 475 ss.; e v. già, in un particolare settore, E.M. Kieninger, *Securities in Movable Property within the Common Market*, in *European Review of Private Law*, 1996, p. 41 ss.

[39] È pacifico che le direttive non producano effetti orizzontali, v. C. Giust. CE, 26 febbraio 1986, C-152/84, *Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health*

un rapporto giuridico pretensivo *verso* lo Stato quale parte fondamentale dell'attuazione dell'ordinamento domestico.

Così è, come deciso nel caso *Francovich*[40] o *Brasserie du Pechêur*[41], per l'inattuazione o l'attuazione travisata d'una direttiva, ove questa fosse attributiva al privato di diritti che per la carenza della regola del diritto interno sono irrimediabilmente frustrati: ciò genera un danno ingiusto in capo al privato che rivolge la sua pretesa risarcitoria verso lo Stato.

Lo stesso vale se la violazione del diritto europeo si produce perché la corte di ultima istanza nazionale ne ha *oggettivamente* denegato l'applicazione.

Giova qui avvertire che la fattispecie illecita è diversa in radice dalla situazione che integra la responsabilità del giudice che abbia colpevolmente o dolosamente denegato giustizia (come previsto dall'art. 267, par. 3, Tratt. FUE). L'illecito dell'ordinamento per il fatto dell'inattuazione della norma comunitaria configura una responsabilità oggettiva che sorge per il fatto stesso della disapplicazione della regola comunitaria, ciò a prescindere dallo stato soggettivo del giudice[42].

(*ii*) Una seconda serie di ipotesi è quella – definibile in termini di *Drittwirkung* mediata (per altri di efficacia verticale *riflessa*) – costituita dai casi nei quali la norma europea produce un obbligo positivo – consistente, quindi, in un *facere* – in capo allo Stato apparato, al fine di assicurare l'effettivo esercizio d'una libertà fondamentale o d'un'altra norma del Trattato.

(*iii*) Una terza situazione tipo è quella che si realizza quando il giudice nazionale, a séguito della diagnosi del contrasto insanabile con le regole comunitarie, opera l'immediata disapplicazione delle norme di diritto interno, che vengono deprivate d'ogni effetto e capacità precettiva nella situazione concreta, ovvero adegua interpretativamente la norma interna al precetto comunitario.

Si pensi, ad esempio, al divieto di concedere alle imprese aiuti dalla

Authority; C. Giust. CE, 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori c. Recreb Srl*; C. Giust. CE, 5 ottobre 2004, C-397/01 e 403/01, *Pfeiffer c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV et al.*; in tema v. M. Dougan, *The Impact of the General Principles of Union Law upon Private Relationships*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., p. 71 ss.

[40] C. Giust. CE, 9 novembre 1995, C-479/93, *Francovich c. Italia*.

[41] C. Giust. CE, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et al.*

[42] Sulla responsabilità civile del giudice v. F. Auletta, G. Verde, *La nuova responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 898 ss.; C. Castronovo, *La commedia degli errori nella responsabilità dello stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 945 ss.

mano pubblica che il Trattato (art. 107 Tratt. FUE) impone agli Stati membri e la cui violazione pacificamente non produce effetti orizzontali, atteso che la violazione può essere contestata solo agli Stati.

Tuttavia, il disvalore oggettivo che la violazione del divieto determina è suscettibile di tradursi in una norma di protezione e connota l'ingiustizia del danno subìto dall'impresa pregiudicata dalla concorrenza, allora *sleale*, di quella ausiliata dalla mano pubblica, almeno quando quest'ultima sapesse o avesse dovuto essere a conoscenza della violazione[43]. Del pari potrebbe opinarsi se sia valido il contratto che voglia eliminare o cauterizzare gli effetti dell'azione di recupero degli aiuti di stato di cui una impresa abbia goduto, prevedendo a tal fine una specifica garanzia.

(*iv*) Infine, vi sono casi propriamente ascrivibili alla efficacia *diretta* delle libertà fondamentali, nei quali le norme di diritto comunitario producono effetti *orizzontali* che conformano direttamente il rapporto privatistico, perché generano diritti e obblighi immediatamente azionabili dal privato ovvero determinano la nullità d'un atto di autonomia privata o, ancóra, qualificano un fatto in termini d'illecito civile e d'ingiustizia del danno.

5. – Sulla nozione di Drittwirkung *diretta e mediata*

Quanto s'è detto e il tentativo di sistemazione operata autorizzano, in termini dogmatici, una precisazione concettuale e tassonomica[44].

Di *Drittwirkung* ovverossia di efficacia nei confronti *dei terzi* può parlarsi a stretto rigore solo allorché, nei rapporti orizzontali tra due soggetti, la norma del Trattato assurge a stregua immediata e diretta della qualificazione d'un fatto di autonomia privata, fonte di diritti e obblighi, momento della rilevanza ermeneutica d'un comportamento.

Diversa è la qualificazione degli effetti e la situazione soggettiva che ne discende – che la dottrina qualifica nei termini di *Drittwirkung mediata* o di efficacia (allora) *riflessa* – per i casi nei quali la norma comunitaria

[43] A.S. Hartkamp, *The General Principles of EU Law and Private Law*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, p. 241 ss., a p. 252 s. In part. si v. sullo schema di illecito C. Scognamiglio, *Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 349 ss.

[44] Per questa impostazione v. C.-W. Canaris, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, in H. Bauer *et al.* (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Tübingen, 2002, p. 29 ss.; cfr. anche E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e princìpi*, cit., p. 589 ss.

assurge a stregua di qualificazione di atti normativi o materiali riferibili esclusivamente allo Stato, atti e fatti che hanno poi incidenza sulle pretese dei privati.

Ancóra da distinguere, e da ascrivere sempre agli effetti mediati, è il caso in cui ai principî e alle norme comunitarie si dà ingresso e attuazione, attraverso l'interpretazione adeguatrice affidata al giudice nazionale.

Ciò che tipicamente può avvenire nella "concretizzazione" delle clausole generali del diritto privato, si pensi alla buona fede e all'ordine pubblico e, pure, alla ragionevolezza o al principio di precauzione.

6. – Le soluzioni argomentate nella prospettiva della dogmatica tradizionale

Non è disagevole scorgere la distanza delle soluzioni appena ricordate con quelle che la dogmatica delle fonti del diritto interno consente di argomentare[45].

A volerne sinteticamente illustrare la ragione, la teoria delle fonti tradizionale offre uno strumento epistemologico che dà per presupposto ciò che, invece, oggi appare bisognevole d'una nuova fondazione teorica: la (necessaria) statualità del diritto privato, la competenza esclusiva dell'ordinamento nazionale nel dettare la gerarchia delle fonti del diritto, l'autonomia oggettiva e soggettiva del diritto privato, la netta separazione – anche conoscitiva – tra il diritto pubblico e il diritto privato.

In questa prospettiva, esclude la stessa possibilità di ascrivere effetti orizzontali alla norma europea una voce autorevole della dottrina, per la quale l'uniformità dei diritti nazionali non andrebbe confusa, in una sorta di illusione ottica, con l'unità dell'ordinamento comunitario, che si risolverebbe invece sempre nella molteplicità degli ordinamenti nazionali[46].

Ciò perché si assume che (esclusivo) punto di rilevanza effettuale e, poi, ermeneutico debba per necessità logica essere il singolo ordinamento nazionale, cui appartiene il monopolio del potere normativo nei confronti dei privati.

Se unica fonte è quella riveniente dall'ordinamento nazionale, non solo non si avrebbe alcun effetto diretto, ma neppure riflesso: i rapporti e le regole comunitarie che s'indirizzano agli Stati non sarebbero di per sé suscettibili

[45] N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 139 ss.; Id., *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1207 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, pp. 159 ss. e 265 ss.

[46] N. Irti, *Sul problema delle fonti in diritto privato,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2001, p. 700 ss.; Id., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, p. 71-73.

di produrre regole direttamente azionabili in capo ai privati, né – dovrebbe conseguentemente dirsi – sarebbe concepibile una tutela nei confronti del mancato adeguamento dell'ordinamento alla regola comunitaria.

Parimenti, è evidente la difficoltà per chi voglia governare le antinomie che si generano nel contrasto tra libertà del Trattato e norme del diritto privato, esclusivamente sulla base d'una valutazione di prevalenza dell'una o dell'altra fonte, avvalendosi dei principî – consueti all'interprete del diritto domestico – di gerarchia, di competenza, di non contraddizione[47].

Si pensi al fatto, che, nell'ordinamento nazionale l'imperatività della norma non è disponibile al giudice, che deve sollecitare la pronuncia del tribunale delle leggi e solo quest'ultimo può cancellare ed espungere la norma dall'ordinamento. E però quello stesso giudice è richiesto di *disapplicare* la norma domestica incompatibile con il diritto comunitario.

Inevitabile è, allora, la constatazione d'una sovrapposizione e contraddizione tra il criterio gerarchico e quello della competenza.

Ad accettare tali premesse, ne discenderebbe un vincolo normativo che impedisce di superare taluni dati positivi del sistema, prima fra tutti la distinzione tra le regole di diritto pubblico, che attengono all'organizzazione dello stato apparato, e quelle del diritto privato, che si rivolgono al mercato.

Né sarebbe, anche logicamente, neppure ipotizzabile un coordinamento tra la norma fondamentale costituzionale e quella del Trattato, tra i diritti inviolabili tutelati dalla prima e le libertà economiche garantite dal secondo (come nel caso del contrasto tra il diritto di sciopero e il principio della libertà di stabilimento).

7. – Un confronto: la Drittwirkung *dei diritti costituzionali*

Le riflessioni appena ripercorse agevolano l'introduzione d'un'ulteriore verifica: se l'ordinamento interno disponga degli strumenti ermeneutici volti a governare il conflitto tra le regole del diritto privato e le regole ordinamentali di diritto pubblico, che sorreggono l'organizzazione e l'azione dello Stato.

[47] In part. si v. M. Orlandi, Primauté *del diritto comunitario?*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti* (Atti del 4° Convegno Nazionale Sisdic, 16-18 aprile 2009), Napoli, 2010, p. 207 ss. Ma sul tema si v. ora, con specifico approfondimento, D. Burchardt, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund. Theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht*, Tübingen, 2015.

La dogmatica delle fonti di diritto interno, da tempo, ha studiato come sciogliere l'antinomia tra una norma di rango costituzionale, pensata come principio ordinante l'azione pubblica, e quella del diritto privato, costruita per solito in termini di fattispecie produttiva di effetti[48].

Di qui l'utilità conoscitiva di porre a confronto il tema degli effetti diretti delle libertà fondamentali del trattato con il tema della *Drittwirkung* dei diritti costituzionali[49].

Non v'è dubbio che la giurisprudenza pratica faccia largo uso dell'argomento costituzionale, sia al fine di ascrivere un senso alle clausole generali, sia in chiave argomentativa per favorire processi d'interpretazione evolutiva o adeguatrice; ed è questo il piano che ho indicato sopra nei termini dell'efficacia *mediata*[50].

Se, però, l'analisi si sposta sul piano propriamente dell'efficacia *diretta* dei diritti costituzionali nei rapporti tra privati, nel senso già precisato della *Drittwirkung* immediata, pur a fronte d'una riflessione teorica rilevante[51], il tema ha formato oggetto d'un approfondimento non univoco e tecnicamente meno avvertito nel diritto giurisprudenziale (basti pensare, ad esempio, che la stessa tutela costituzionale dell'autonomia privata può considerarsi problema di marginale importanza in termini pratici)[52].

Ai fini del percorso che qui si svolge è utile appuntare l'attenzione sugli argomenti che – in particolare nelle riflessioni teoriche – hanno sorretto la risposta negativa e hanno, pertanto, escluso che la norma costituzionale possa produrre effetti orizzontali ed essere assunta a cifra immediata della qualificazione dei fatti di autonomia privata[53].

[48] Le riflessioni su questo tema sono debitrici degli studî di Pietro Rescigno sul principio di uguaglianza nei rapporti tra privati, ora raccolti in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, I, Padova, 1987, p. 335 ss. Per un'indagine più recente E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e princìpi*, cit., p. 589 ss. Per la dimensione europea del problema si v. in particolare S. Grundmann (eds.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008.

[49] In part. per il confronto si v. C.-W. Canaris, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, cit., p. 29 ss.

[50] Per un'indagine si v. F. Macario, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 2015, p. 61 ss.; E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e princìpi,* cit., p. 595 ss.

[51] Cfr. per tutti P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., spec. p. 535 ss.

[52] La constatazione della limitata importanza pratica del tema è di P. Rescigno, *Diritti civili e diritto privato*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, p. 242 ss., spec. p. 243.

[53] P. Rescigno, *Diritti civili e diritto privato*, cit., p. 243 nega la rilevanza costituzionale dell'autonomia contrattuale; v. poi, in altra prospettiva, A. Pace, *Costituzione europea e*

In particolare, ritengo possano identificarsi due dottrine, la prima più formale e forse storicamente datata, la seconda più attenta all'evoluzione del diritto vivente.

Nella prima lettura, la diretta applicazione dei principi costituzionali è stata in radice contestata sul presupposto che le norme della Costituzione s'intendono programmaticamente dirette al legislatore e non destinate a plasmare i rapporti tra privati, che suppongono una sfera di interesse direttamente ascritta al privato e tutelata dall'ordinamento[54].

Nella seconda lettura, senz'altro più articolata, concorrenti ragioni portano ad escludere che le norme costituzionali possano produrre effetti *diretti* nei rapporti tra privati.

(*i*) Quando il destinatario delle norme costituzionali è lo Stato, la trasposizione del precetto normativo direttamente in capo al soggetto privato postula che sia elisa la sfera di interesse – di regola anch'essa tutelata costituzionalmente – che il privato medesimo è chiamato a governare autonomamente. È evidente, ad esempio, che l'applicazione indiscriminata del principio di uguaglianza cancella l'autonomia privata, intesa come cura e presidio dell'interesse riconosciuto al privato.

(*ii*) La riserva di legge, che governa l'attuazione e i limiti ai diritti costituzionali, esclude che i medesimi criterî possano valere selettivamente per gli atti negoziali. È, anzi, normalmente vero il contrario: ciascun accordo privato può essere visto come una limitazione di altrettante norme fondamentali (si pensi, ad esempio, al rapporto di lavoro subordinato e a tutti i contratti che incidono direttamente o indirettamente sui diritti della personalità: dal contratto di edizione a quello di insegnamento). Gli è, infatti, che la stessa autonomia privata postula una valutazione rimessa al privato e riconducibile anch'essa, seppure indirettamente a valori costituzionali.

(*iii*) Nel conflitto tra valori e libertà costituzionali, il legislatore è richiesto di operare un bilanciamento, sì che possano convivere interessi e diritti contrastanti, procedimento affidato a parametri quali l'adeguatezza, la necessità, la proporzionalità. Tale schema valutativo è insuscettibile di replicarsi nella valutazione dell'interesse che amministra il privato, che per definizione – ove la legge non lo richieda espressamente – non è procedimentalizzato ed è immotivato. Dunque, la manifestazione di autonomia privata – di regola – è insuscettibile di sussumere dialetticamente la ponderazione, operazione cui invece è chiamato il legislatore al momento di operare il bilanciamento tra valori costituzionali opposti.

autonomia contrattuale. *Indicazioni e appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 1 ss.

[54] Si rileggano le dense pagine di L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 2 ss.

8. – Diverso apprezzamento dell'applicazione diretta delle libertà del Trattato

Avere sinteticamente richiamato, in modo senz'altro incompleto e forse apodittico, le dottrine sull'applicazione diretta dei principî della Carta costituzionale, mi pare possa aiutare a comprendere la ragione per la quale, quando ci occupiamo della *Drittwirkung* delle libertà fondamentali del Trattato, ci confrontiamo con un problema *qualitativamente* diverso.

In termini generali, talune delle argomentazioni che sono spese per contrastare l'applicazione diretta delle norme costituzionali possono proporsi anche nei confronti dell'efficacia, orizzontale e diretta, delle norme del Trattato[55].

Intanto, anche in questo caso potrebbe ritenersi irrimediabilmente vulnerata l'autonomia privata, in quanto compressa da una regola eteronoma non destinata di per sé a disciplinare un fatto di autonomia, né pensata per limitare il potere dei privati[56].

Poi le libertà fondamentali del mercato unico sono norme che s'indirizzano allo Stato e alle quali solo lo Stato apparato può dare attuazione.

Infine, le ragioni che legittimamente consentono agli Stati nazionali di limitare l'esplicarsi delle libertà fondamentali (ordine pubblico, sicurezza, salute pubblica) non sono acconce a offrire un criterio coerente di valutazione e qualificazione dei fatti di autonomia privata.

Le argomentazioni appena svolte potrebbero già arrestarsi di fronte a una constatazione fattuale: il potere additivo della Corte europea di giustizia, quale elemento costitutivo dell'ordinamento comunitario è un fatto di normazione, in sé oggettivamente rilevante. Esso, infatti, – con le parole di *van Gend* & *Loos* che segna una pietra miliare nella formazione giurisprudenziale del diritto europeo – opera nel presupposto che «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere […] che riconosce come soggetti, non soltanto gli stati membri ma anche i loro cittadini».

Rispetto alle decisioni della Corte europea di giustizia, non varrebbe certo constatare che il diritto nazionale non assegna il ruolo di fonte alla

[55] Espressamente C.-W. Canaris, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, cit., p. 29 ss.

[56] Per un'argomentazione fondata sulla tutela dell'autonomia privata si v. O. Cherednychenko, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2006, p. 23 ss.; cfr. anche P. Oliver, W.-H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, cit., p. 426 s.; nonché, G. Wagner, *Zwingendes Vertragsrecht*, in H. Eidenmüller *et al.* (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, Tübingen, 2011, p. 3 ss.

giurisprudenza domestica[57].

Al contrario, l'ordinamento nazionale è formalmente soggetto al diritto giurisprudenziale comunitario in virtù della forza propria del Trattato e all'obbligo delle corti di ultima istanza – che sono attuatori decentrati del diritto dell'Unione – di disapplicare il diritto nazionale ovvero di sollevare la questione pregiudiziale comunitaria là dove esista un dubbio applicativo (art. 267, par. 3, Tratt. FUE)[58].

È, infatti, la stessa giurisprudenza comunitaria a predicare, in termini assai chiari, l'effetto immediatamente conformativo delle libertà del Trattato sui rapporti tra privati e l'ascrizione ai singoli di diritti soggettivi che il giudice nazionale è chiamato a tutelare[59].

Non è però solo l'argomento legato alla forza precettiva degli arresti comunitarî che porta a escludere che possano mettersi sullo stesso piano, logico e argomentativo, l'efficacia diretta delle norme costituzionali e quella delle libertà fondamentali.

V'è, infatti, una decisiva e sostanziale differenza tra i diritti scritti nella Costituzione nazionale e le libertà fondamentali del Trattato UE.

In termini giusrealistici, non è casuale che la *Drittwirkung* dei diritti costituzionali sia evocata per comprimere e limitare il potere di scelta dei privati e l'autonomia contrattuale; al contrario, invocando l'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali del Trattato s'intendono superare o rimuovere gli ostacoli, normativi o materiali, frapposti dagli ordinamenti interni.

Si deve rilevare, infatti, che i diritti costituzionali si ergono a difesa della libertà del singolo *dallo* Stato, sia riconoscendo un àmbito inattingibile al potere della mano pubblica, sia imponendo alla stessa obblighi positivi o negativi di prestazione. Lo Stato è garante e tutela le libertà e l'uguaglianza del singolo, in relazione a interessi protetti e riconosciuti come intangibili.

Al contrario, le libertà fondamentali del Trattato non guardano alla

[57] Per questa obiezione A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano, 2007, p. 21 ss.

[58] R. Conti, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 479 ss.; J. Basedow, *Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht. Über Unsicherheiten, Allgemeine Grundsätze und die europäische Justizarchitektur*, in 210 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, p. 157 ss.

[59] Ad esempio *Walrave en Koch c. Association Union cycliste internationale et al.,* cit., punti 31-34; *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Bosman et al.*, cit., punto 8; *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA,* cit., punto 47; *Defrenne vs Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena,* cit., punti 31 e 39; *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, cit., punto 57.

libertà del singolo in quanto tale, ma individuano altrettanti elementi costitutivi della struttura del mercato unico, presupposti e condizioni della sua esistenza e del suo efficiente funzionamento, che gli Stati nazionali sono chiamati a garantire conformando a tal fine la propria azione.

In questo contesto semantico, il lemma «fondamentale» se riferito alle libertà del Trattato sottende interessi e un sistema di tutela in radice diverso da quello reclamato dai diritti fondamentali della teoria costituzionale, anche se talora gli effetti sono coincidenti (come nel caso del divieto di discriminazione)[60].

A riprova che la struttura formale della situazione soggettiva è differente, si consideri che altro è il test per accertarne la violazione, in quanto – là dove si tratti delle libertà fondamentali – si dovrà verificare se l'ostacolo alla libera circolazione si sarebbe determinato anche in presenza della misura contestata[61].

Altre sono le norme che assicurano l'integrazione degli ordinamenti nel mercato unico, altre e diverse le norme che, anche nella dimensione dell'Unione europea, sono deputate a assicurare la legittimazione sovranazionale attraverso la tutela dei valori inalienabili della persona.

Le libertà fondamentali di circolazione – delle persone, dei beni, dei servizî e dei capitali –, ma si pensi anche al divieto di aiuti di stato o alle norme sulla concorrenza, non proteggono dunque un interesse *finale*.

Si tratta, invece, di poteri e poi situazioni soggettive *strumentali*, in quanto necessarie a garantire l'esistenza e l'efficiente funzionamento del mercato unico – pur in presenza di ordinamenti diversi – e d'una concorrenza dinamica idonea a incrementare il benessere collettivo. Del pari esse intendono assicurare le condizioni alle quali i singoli cittadini e le imprese possono effettivamente e utilmente partecipare al mercato unico.

Da questo punto di osservazione, è più agevole avvertire che la denunciata incoerenza tra l'autonomia privata e (i limiti che derivano dal)le regole e (da)i principî del Trattato è frutto d'una visione anacronista, centrata su una concezione individualistica dell'interesse e del potere del privato.

Le regole che assicurano la struttura concorrenziale ed efficiente del mercato sono parte integrante dello statuto normativo dell'autonomia contrattuale, quale potere di dettare una regola e di disciplinare i proprî

[60] Come si avvertiva sopra alla nota 13, richiamando quanto osserva T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, cit., pp. 519 e 531. Cfr. anche N.J. de Boer, *Fundamental Rights and the EU Internal Market: Just how Fundamental are the EU Treaty Freedoms? A Normative Enquiry Based on John Rawls' Political Philosophy*, in 9 *Utrecht Law Review,* (2013), p. 148 ss.

[61] T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, cit., p. 532 s.

interessi economici[62]. Esse, dunque, non si contrappongono all'iniziativa economica del singolo, ma ne definiscono l'àmbito e la proiezione oggettiva, in coerenza con gli effetti che si determinano sulla dinamica concorrenziale[63].

È allora evidente che quando si discorre degli effetti diretti o mediati delle norme del Trattato a venire in gioco sono principalmente interessi essenzialmente economici, il che rende in genere improbabile un conflitto con valori che si riferiscono alla persona.

Né certamente interessi di natura prettamente patrimoniale, quali il potere di mercato delle imprese e la limitazione alla circolazione dei beni o servizî, possono essere tutelati facendo appello alla tutela della libertà associativa e dell'autonomia statutaria con la quale si precostituisce una posizione monopolistica (che opera in concreto *contro* gli associati, come in *Bosman*)[64] ovvero invocando una maggior tutela dei consumatori che una regola protezionistica sarebbe in grado di assicurare (come nel caso *Fra. bo*).

Ciò non esclude – come si è visto – che un problema di conflitto con principî o valori fondamentali, nel senso più pregnante del termine, del Trattato o protetti da norme costituzionali possa in concreto determinarsi.

Tuttavia, quando l'esercizio concreto delle libertà fondamentali del Trattato confligge e si contrappone ad altri diritti, talora di rango costituzionale – come nel caso della manifestazione del pensiero della associazione ambientalista ovvero con l'esercizio del diritto di sciopero –, la giurisprudenza europea impone una valutazione analitica, che non si arresta di fronte al rango formale del diritto invocato o di quello contrapposto alla norma del Trattato. Essa, piuttosto, raccomanda di guardare alle modalità concrete che accompagnano l'esercizio del diritto, agli interessi rilevanti, sì da apprezzare la necessità e la proporzionalità delle azioni intraprese.

Così non potremmo, certamente, dire fondato o legittimo l'esercizio dei diritti sindacali per sollecitare la concessione a un'impresa di un aiuto da un soggetto pubblico, quand'anche fosse il socio, per superare una crisi aziendale e così preservare i livelli occupazionali.

[62] Per una lettura anche in chiave ordoliberale del nesso tra libertà fondamentali del Trattato e autonomia privata si v. S. Grundmann, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *European Review of Private Law*, 2008, p. 553 ss., in part. p. 569.

[63] Sia consentito rinviare al mio *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza,* in G. Olivieri, A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 3 ss.

[64] Sul rapporto tra autonomia statutaria degli enti e libertà fondamentali si v. in part. K. Vieweg, A. Röthel, *Verbandsautonomie und Grundfreiheiten*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2002, p. 6 ss.

Altro è, dunque, la tutela dei diritti propri dei lavoratori, altro è assumere iniziative sindacali al (solo) fine di limitare o impedire la possibilità di offrire servizî tra imprese appartenenti agli Stati membri.

9. – Una proposta di lettura ordinata per gruppi di casi

Il profilo funzionale cui ho fatto riferimento mi pare possa aiutare nel rintracciare le traiettorie argomentative che sorreggono le scelte compiute dalla Corte europea di giustizia e così a proporre una chiave di lettura.

Come s'è appena detto, la disciplina del Trattato evidenzia un aspetto funzionale, intendendosi così che essa mira a produrre un *effetto*, cui sono strumentali gl'interessi che trovano protezione: la costituzione e l'efficiente funzionamento del mercato unico in presenza d'una pluralità di ordinamenti diversi.

La *ratio* e il criterio di commisurazione nell'applicazione delle regole rivenienti dal Trattato anche ai rapporti di diritto privato è, dunque, l'*effet utile*, che in concreto significa che l'espansione delle libertà fondamentali del Trattato avviene alla stregua d'un principio di effettività e della concreta attuazione delle norme europee nei singoli Stati membri[65].

Rileva, pertanto, non una valutazione che discende dalla struttura astratta dei diritti invocati, quanto piuttosto gli effetti che si determinano, tenuto conto degli interessi rilevanti, in conseguenza dell'assetto del mercato.

A sua volta, il *vulnus* ai valori fondamentali dell'Unione dev'essere concreto ed effettivo, quindi né temporaneo né altrimenti superabile.

A voler tentare di decodificare le linee interpretative che discendono dal diritto giurisprudenziale, anche in questa materia può essere utile ordinare gli arresti europei individuando i gruppi di casi che propongono soluzioni a vicende e conflitti di interessi omogenei, secondo quel modello di comprensione della concretizzazione giurisprudenziale che segue appunto le *Fallgruppen*[66].

[65] Cfr. tra gli ultimi, P. Rott, *The Court of Justice's Principle of Effectiveness and its Unforseeable Impact on Private Law Relationships*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., p. 181 ss.; N. Reich, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in J. Rutgers, P. Sirena (eds.), *Rules and Principles in European Contract Law,* Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, p. 45 ss.; e nella letteratura italiana, tra gli altri, S.M. Carbone, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009; N. Lipari, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2009, p. 887 ss.

[66] Su questo metodo tipicamente proposto nell'ambiente tedesco, v. in particolare R. Weber, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*,

Si tratta di linee interpretative e di traiettorie di cui mi provo qui a segnalare taluni segmenti.

(*A*) In primo luogo, ai fini dell'attuazione delle libertà fondamentali del Trattato non rileva che formalmente in taluni ordinamenti europei il potere di regolazione del mercato sia attribuito all'apparato burocratico pubblico ovvero a enti o soggetti privati[67].

Nella prospettiva dell'effetto utile e dell'effettività delle regole, ciò giustifica che le libertà fondamentali del Trattato trovino applicazione, in ragione del connotato funzionale, anche a soggetti privati.

Parimenti spiega le regole della giurisprudenza pratica comunitaria che estendono l'applicazione delle libertà fondamentali del Trattato ai soggetti privati che esercitano il proprio potere sulla base di preposizioni quasi pubblicistiche, come nel caso delle federazioni sportive e degli enti cui la legge attribuisce una posizione monopolistica ovvero che sono finanziati da contributi pubblici.

Si tratta d'una proposta interpretativa, in fondo, non ignota alla riflessione della dottrina italiana, basti pensare alla categoria – proposta da Massimo Severo Giannini – delle associazioni a rilievo pubblicistico[68], ovvero alla proposta di selezionare tipologicamente la disciplina per le associazioni private anche in ragione della funzione pubblica o generale che assolvono[69].

Merita, peraltro, sottolineare che questo è vero anche sul fronte della disciplina comunitaria della concorrenza, di cui invece è formale destinataria solo l'impresa privata che compete nel mercato, e che la giurisprudenza comunitaria – come avvenuto nel caso *Macrotron*[70] – ha rivolto anche alle

in 192 *Archiv für die civilistische Praxis*, 1992, p. 516 ss., la replica di A. Beater, *Generalklauseln und Fallgruppen*, *ivi*, 194, 1994, p. 82 ss., e poi ancora lo stesso R. Weber, *Erwiderung*, che si legge di seguito a p. 90 ss.

[67] Taluni spunti, seppure in chiave più generale, in M. Freedland, J.-B. Auby (eds.), *The Public Law/Private Law Divide.* Une entente assez cordiale*?*, Oxford-Portland, 2006; M. Ruffert (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London (BIICL), 2009; e v. altresì J. Basedow, *The State's Private Law and the Economy—Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making*, in 56 *American Journal of Comparative Law* (2008), p. 703 ss., spec. a p. 717 (e anche in N. Jansen, R. Michaels [eds.], *Beyond the State. Rethinking Private Law*, Tübingen, 2008, p. 527 ss.).

[68] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo,* I, Milano, 1993, p. 207 ss.; G. Napolitano, *Le associazioni private «a rilievo pubblicistico»,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1994, p. 583 ss.

[69] V. in part. D. Vincenzi Amato, *Associazioni e tutela dei singoli. Una ricerca comparata*, Napoli, 1984, p. 9 ss., p. 192 ss.; A. Fusaro, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche,* Padova, 1991, p. 60 ss.

[70] C. Giust. CE, 23 aprile, 1991, C-41/90, *Höfner and Elsner c. Macrotron GmbH*, in part. punto 22; mentre si nega il ricorso alle regole sulla concorrenza per quegli enti privati che curano interessi tipici di una pubblica autorità, C. Giust. CE, 18 marzo 1997,

pubbliche amministrazioni. Ciò accade quando la regolazione amministrativa impedisce la creazione di un mercato unico e competitivo ovvero là dove l'attività intrapresa da un ente pubblico non appaia necessariamente collegata e funzionale alla sua natura pubblicistica[71].

In questa chiave di lettura, può comprendersi, allora, anche la norma domestica che attribuisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato taluni poteri d'impugnazione nei confronti di atti amministrativi in contrasto con la concorrenza e il mercato (art. 21-*bis* della legge n. 287 del 10 ottobre 1990)[72].

(*B*) Un passo ulteriore in questa stessa direzione compie l'estensione delle libertà fondamentali del Trattato dai corpi 'quasi pubblici' ai soggetti privati che esercitano un rilevante potere di mercato (come avviene nel caso dell'ente privato che esercita un controllo di qualità sui prodotti) ossia nei casi in cui la regolazione privata produce effetti funzionalmente equivalenti a quella pubblica[73].

Come si legge molto chiaramente nelle pagine della giurisprudenza comunitaria, gli obiettivi del mercato unico sarebbero posti nel nulla se si consentisse all'autonomia privata, per il tramite di contratti associativi o in ragione di un potere rilevante acquisito sul mercato, di fare ciò che al legislatore è impedito.

Anche in questo caso, non si tratta di un percorso ignoto alla letteratura italiana, basti pensare alla riflessione sui fatti di normazione oggettiva, che la dottrina degli anni settanta del Novecento ascriveva alle condizioni generali di contratto[74] o agli effetti *erga omnes* della contrattazione collettiva.

(*C*) Un'ulteriore cifra ermeneutica della giurisprudenza comunitaria, che ne evidenzia la dimensione (non formale o gerarchica ma) funzionale, riguarda l'attitudine ad applicare nei rapporti tra privati le libertà del

C-343/95 *Calì & Figli c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, punto 23.

[71] W. Sauter, H. Schepel, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, 2009.

[72] E, tuttavia, la norma agita l'interrogativo – che qui può solo evocarsi – che attraverso l'impugnazione dell'atto amministrativo si arrivi a sindacare la legittimità della norma che quel potere amministrativo sorregge.

[73] E sul "potere privato" quale antecedente – di matrice essenzialmente ordoliberale – (anche) di regole giuridiche si v. ora la raccolta di F. Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, Tübingen, 2016.

[74] V. in tema, tra gli altri, V. Roppo, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, 81 ss.; V. Rizzo, *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, p. 22 ss.; e per una lettura d'insieme F. Macario, *L'autonomia privata*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 119 ss.

Trattato in maniera selettiva.

L'applicazione diretta ha riguardato la libertà di stabilimento, la libera circolazione delle persone e dei servizî, non invece la libera circolazione dei beni[75] – seppure ora con la rilevante eccezione del caso *Fra.bo* – e la libera circolazione dei capitali[76].

Se, almeno allo stato, la libertà di circolazione dei beni non ha funzionalmente generato regole dirette nei rapporti di diritto privato, ciò si spiega verosimilmente – oltre che in ragione del mutuo riconoscimento e del principio dello Stato d'origine del bene – soprattutto perché questo settore appare adeguatamente governato dalla disciplina della concorrenza (mentre un'indiscriminata applicazione della libertà di circolazione dei beni determinerebbe tra l'altro un aggiramento sostanziale della regola *de minimis*)[77].

Per quanto concerne la libera circolazione dei capitali, invece, una spiegazione del fatto che ad essa la giurisprudenza pratica non ha fatto appello in chiave di efficacia orizzontale può cercarsi nell'uniformazione normativa che caratterizza la disciplina dei mercati finanziari[78].

Un commento, nel dibattito che accompagna l'applicazione di queste regole, appare meritevole di essere qui richiamato. Ciò che appare capace d'incrinare questa linea giurisprudenziale è il crescente dissolvimento dei caratteri distintivi tra beni e servizî: ciò per la progressiva imbricazione reciproca tra la *res* materiale che costituisce il prodotto e i servizî continuativamente necessari perché il bene possa offrire le proprie prestazioni. Con la conseguenza che si determinerebbe, in molti casi, un processo di "commodificazione" e, poi, la conseguente identificazione del bene con l'ambulazione dei servizî che ad esso sono necessari[79].

[75] V. i casi C. Giust. CE, 6 giugno 2002, C-159/00, *Sapod Audic c. Eco-Emballages SA*; C. Giust. CE, 1 ottobre 1987, C-311/85, *VZW Vereniging van Vlaamse Reisbureaus c. VZW Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*; C. Giust. CE, 27 settembre 1988, C-65/86, *Bayer AG e Maschinenfabrik Hennecke GmbH c.* Süllhöfer. Problematicamente, nella circolazione dei diritti sui beni, v. B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, in S. van Erp, A. Salomons, Id. (eds.), *The Future of European Property Law*, Munich, 2012, p. 199 ss.

[76] Per una proposta, v. S. Robin-Olivier, *Bargaining in the Shadow of Free Movement of Capital*, in *European Review of Contract Law,* 2012, p. 167 ss.

[77] Cfr. H. van Harten, T. Nauta, *Towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of Goods? Comment on* Fra.Bo, in *European Law Review,* 2013, p. 677 ss.

[78] V. per quanto concerne la giurisprudenza comunitaria in materia di *golden share*, da ultimo, F. Bassan, *Dalla* golden share *al* golden power*: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi int. eur.*, 2014, p. 57 ss.

[79] 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*, 2014, p. 201 ss.

(*D*) Infine, l'applicazione delle libertà fondamentali può invocarsi (solo) nei casi in cui la compressione dei valori fondamentali dell'Unione è concreta ed effettiva.

Conseguentemente la libera circolazione dei beni non pregiudica l'applicazione giurisprudenziale di regole quali la *culpa in contrahendo* nell'ordinamento tedesco (il problema si è posto per gli obblighi di informazione che incombono sugli importatori paralleli in relazione ai servizî di garanzia dei beni) o la disciplina dei vizi occulti in quello francese[80]. In questi casi, infatti, secondo il giudice di Lussemburgo l'effetto prodotto da queste norme sull'effettivo esplicarsi della circolazione dei beni nel mercato unico è troppo incerto negli esiti e indiretto nel nesso causale.

Per altro verso, perché un ostacolo sussista non è sufficiente che trovi applicazione una norma della disciplina nazionale restrittiva e suscettibile di limitare la libera circolazione, almeno tutte le volte in cui le parti abbiano avuto la possibilità di scegliere una differente legge protettiva di quelle stesse libertà[81].

10. – Ulteriori considerazioni in ordine alla prospettiva rimediale

Su altri profili merita qui fare almeno un cenno.

L'efficacia orizzontale delle libertà arricchisce la riflessione sui rimedî in concreto esperibili e sulle norme processuali rilevanti, la cui stessa applicazione dev'essere limitata o esclusa tutte le volte che non assicuri l'effettività del diritto sostanziale dell'Unione[82].

In termini generali, sono rimesse alla qualificazione propria dell'ordina-

[80] C. Giust. CE, 13 ottobre 1993, C-93/92, *CMC Motorradcenter GmbH c. Baskiciogullari*; C. Giust. CE, 24 gennaio 1991, C-339/89, *Alsthom Atlantique SA vs Compagnie de Construction méchanique Sulzer SA*.

[81] Nella dottrina v. J.W. Rutgers, *Free Movements and Contract Law*, cit., p. 479 s.; S. Leible, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, in S. Grundmann (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., p. 63 ss.; T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, cit., *passim.* Merita a questo riguardo ricordare C. Giust. CE, 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar GB Ltd vs Eaton Leonard Technologies Inc.*, secondo cui il patto di scelta della legge applicabile riferito al paese di residenza del proponente, paese non UE, contrasta con gli artt. 17-19 della direttiva del 18 dicembre 1986, 86/653/CEE sugli agenti commerciali indipendenti. Tale direttiva mira ad assicurare la libertà di stabilimento, una concorrenza non falsata nell'ambito del mercato interno, nonché a garantire taluni diritti in caso di estinzione del contratto: obiettivi, questi, che si ritengono necessariamente operanti allorquando l'agente commerciale svolga la sua attività sul territorio di uno Stato membro.

[82] Su questi profili si v. E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. unione europea*, 2013, p. 663 ss.

mento nazionale le conseguenze dell'accertata contrarietà alle libertà fondamentali, quali la nullità o l'inefficacia, così pure gl'effetti che ne discendono, a iniziare dal danno risarcibile, e i rimedî in concreto esperibili.

Ci s'interroga, però, se le regole e i principî derivanti dal diritto europeo possano essere applicati *ex officio* dal giudice ovvero se dalla giurisprudenza possa desumersi una regola che impone un'eccezione ovvero riserva la legittimazione solo alla parte lesa[83].

Il dubbio è stato posto perché solo per talune violazioni, e segnatamente per gli illeciti concorrenziali, come nel caso *T-Mobile*[84] attinente all'art. 101 Tratt. FUE, s'afferma espressamente la rilevabilità dal giudice della violazione, mentre *dicta* analoghi non accompagnerebbero in modo egualmente chiaro la violazione delle libertà fondamentali e i principî generali del Trattato[85]. Atteso che la risposta pertiene al diritto nazionale, ci si potrebbe chiedere se anche nel nostro possa predicarsi la legittimazione relativa, opinando a esempio l'esistenza d'una nullità di protezione a favore della parte debole[86]. Ma questa proposta interpretativa ritengo, tuttavia, debba essere declinata sul presupposto che si tratta di norme sottratte alla disponibilità delle parti, in quanto definiscono la struttura del mercato[87].

Fuori dei casi in cui sussiste una discriminazione – come dimostra il caso *Angonese* –[88], quando si tratta di valutare gli effetti restrittivi d'una libertà di circolazione è ragionevole convenire che un criterio interpretativo debba trarsi dal principio *de minimis* che governa le norme sulla concorrenza, dovendosi attribuire rilievo non a qualsiasi impedimento generato nel funzionamento del mercato, ma solo a quello che sia caratterizzato da una materialità adeguata o significativa. Parimenti, e direi sempre oltre la soglia *de minimis* seppure nei termini appena declinati, per i contratti del mercato

[83] A.S. Hartkamp, *The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law,* cit., p. 532, e nota 14.
[84] C. Giust. CE, 4 giugno 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit et al.*
[85] In questo senso v. espressamente A.S. Hartkamp, *The General Principles of EU Law and Private Law*, cit., p. 253, e note 38 e s.
[86] Per questo percorso argomentativo additivo, che ritengo di non condividere, con riguardo all'abuso di dipendenza economica si v. ad es. G. Amadio, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 285 ss., a p. 300 s.
[87] Un'analoga conclusione è diversamente motivata da A. Carratta, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea e processo civile*, in questo *Volume*, p. 199 ss., e in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1400 ss.
[88] Sulla differenza rispetto ai casi in cui si discute di discriminazione v. P. Oliver, W.-H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedom*, cit., p. 426.

sussiste un vincolo all'interprete di proporre una lettura delle regole contrattualmente pattuite conforme al diritto comunitario (secondo un approccio che può trovare un fondamento nell'art. 1368, comma 2, c. civ.)[89].

Pure la geografia dei rimedî può risultare significativamente ridisegnata dall'esigenza di assicurare l'effettività delle norme del Trattato, sì che non tutte le eccezioni esperibili per il diritto interno sono sempre proponibili: nel caso *Courage*, ad esempio, si è constatato che il diritto al risarcimento del danno a favore del contraente leso elide l'eccezione della traslazione a valle del danno sui consumatori, che si definisce ormai comunemente *passing on* e che si collega al principio dell'ingiustificato arricchimento[90]. Parimenti, il recupero d'un aiuto di Stato avverso la parte illegittimamente ausiliata non può essere impedito da norme processuali o da termini decadenziali, nemmeno in considerazione di ragioni di certezza del diritto o di tutela del legittimo affidamento del singolo (giungendosi pure alla disapplicazione dell'art. 2909 c. civ. ove ciò consentisse di trattenere l'aiuto illegale ottenuto)[91].

D'altra parte, lo stesso dogma del giudicato cui si è appena fatto riferimento – lo stato tra le parti che determina la sentenza quando sono esauriti i gradi di giudizio o che non è stata impugnata nei termini (ma lo stesso vale per il lodo arbitrale non più impugnabile)[92] – è suscettibile d'essere revocato in discussione, come dimostra il caso *Kühne*[93], che ha consentito la revisione di una sentenza passata in giudicato (nel caso specifico si trattava di sentenza pronunziata dal giudice nazionale passata in giudicato che accertava la legittimità d'un provvedimento amministrativo) quando risulti che questa viola il diritto comunitario.

[89] Ad es. v. C. Giust. CE, 28 settembre 1994, C-200/91, *Coroll Pensions Trustees Ltd. c. Russel et al.*

[90] Cfr. A. Palmieri e R. Pardolesi, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal … si lagni e chieda i danni»*, cit., c. 85 s.

[91] C. Giust. CE, 18 luglio 2007, C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA.*

[92] C. Giust. CE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Nogueira.*

[93] C. Giust. CE, 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz NV c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren*; v. anche, C. Giust. CE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler c. Austria*; C. Giust. CE, 16 marzo 2006, C.234/04, *Kapferer c. Schlank & Schick GmbH.*

11. – Sulle norme «multilivello» e sulla armonizzazione «per principî»

Le riflessioni sin qui condotte possono, quasi circolarmente, ritornare al tema della teoria delle fonti che ha aperto queste pagine.

Il diritto comunitario non è autosufficiente, ma poggia e integra gl'effetti dei diritti nazionali, della cui leale collaborazione si avvale (art. 4, par. 3, Tratt. UE).

L'integrazione avviene nella misura in cui ciò sia strettamente necessario.

Per il tramite della concretizzazione affidata al diritto giurisprudenziale le libertà fondamentali producono un'uniformazione *funzionale*, là dove sussistano differenze normative significative ovvero ostacoli giuridici o materiali frapposti dai sistemi nazionali o dagli accordi privati.

Ciò si determina là dove esistano soluzioni di continuità tra l'integrazione positiva – che è quella affidata alla norma che produce uniformità precettiva – e l'integrazione negativa, che invece opera rimuovendo gli ostacoli frapposti dai singoli ordinamenti che generano restrizioni alla libera circolazione.

In questo quadro ordinamentale, i problemi sciolti alla stregua dell'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali del Trattato danno prova del concreto atteggiarsi di norme che stipulativamente possono indicarsi come «multilivello», in quanto la loro forza imperativa s'indirizza, variamente adattandosi nel portato precettivo, sia all'ordinamento europeo, sia ai singoli Stati membri, sia ai cittadini appartenenti agli ordinamenti nazionali[94].

L'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali si àncora, dunque, a un duplice presupposto: (*i*) che sussista una diversità e un conflitto tra regole giuridiche – quindi: non esclusivamente tra norme primarie – negli ordinamenti che concorrono alla formazione del mercato unico; (*ii*) che permanga in capo agli ordinamenti nazionali la potestà normativa, ivi compresa quella di attuare e concretizzare la regola giuridica[95].

Sì che l'invocazione delle libertà fondamentali e della loro funzione perequatrice viene meno nelle materie nelle quali il mercato unico è compiutamente armonizzato.

Quanto s'è detto illustra, altresì, il significato da ascrivere all'interpretazione *conforme*[96].

Gli è, infatti, che la priorità logica e sistematica – contrariamente a quanto si legge all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale – va riconosciuta non all'interpretazione letterale, fondata sul significato proprio

[94] T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, cit., p. 526 s.
[95] T. Kingreen, *ibidem*.
[96] Cfr. M. Ruvolo, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 1407 ss.

delle parole utilizzate dal legislatore, ma a quella funzionale e teleologica[97]. Parimenti, l'interprete, e in special modo il giudice, prima di operare la disapplicazione della norma domestica ritenuta incompatibile, dovrà sempre cercare la via dell'adeguamento interpretativo, scegliendo tra i possibili significati quello più coerente con la norma europea[98].

Ne risulta notevolmente accresciuto il ruolo dei principî quali strumenti di concreta ed effettiva armonizzazione, che appaiono capaci d'assolvere e veicolare una pluralità di funzioni: una funzione interpretativa, quando concorrono a lumeggiare i precetti esistenti; una funzione suppletiva e integrativa, quando favoriscono la produzione di regole o tutele; una funzione correttiva, quando sono evocati per vagliare ed emendare i processi ermeneutici[99].

L'unità del diritto privato, come valore ermeneutico e sistematico, si realizza dunque nel coordinamento di principî[100], non solo funzionalmente eterogenei, ma pure rivenienti da più livelli normativi: quelli di supremazia e di effettività discendenti dalle norme del Trattato; principî pure non appartenenti geneticamente all'alveo del diritto privato, ma che in esso hanno trovato consolidata accoglienza, quali sono quelli di eguaglianza, di certezza dei rapporti giuridici, di precauzione; principî propri e caratteristici del diritto privato, quali primi tra tutti l'autonomia privata, la buona fede, l'ingiustificato arricchimento.

[97] K. Langenbucher, *Europarechtliche Methodenlehre*, in Ead. (Hrgs.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*, 3. Auf., Baden-Baden, 2013, p. 25 ss.

[98] A.S. Hartkamp, *The General Principles of EU Law and Private Law*, cit., p. 254 s. In termini generali, sul tema dell'interpretazione si v. gli spunti offerti da M. Libertini, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea,* I, *Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, 1991, p. 349 ss. e la rilettura di V. Cariello, *Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione "orientate alle conseguenze" e il "vincolo del diritto positivo per il giurista",* in V. Di Cataldo, V. Meli, R. Pennisi (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini,* III, *Crisi dell'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, p. 1713 ss.

[99] Concordi, tra gli altri, A.S. Hartkamp, *The General Principles of EU Law and Private Law*, cit., p. 256; M.V. Hesselink, *The General Principles of Civil Law: Their Nature, Role and Legitimacy*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., p. 131 ss., a p. 149 s.; secondo una prospettiva che in Italia è stata definita, significativamente, «armonizzazione "per principi"» da E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 661.

[100] Sul cui ruolo si v. L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica,* in *I principi generali del diritto* (Atti dei Convegni Lincei 96, 27-29 maggio 1991), Roma (Accademia Nazionale dei Lincei)*,* 1992, p. 317 ss.; più di recente, cfr. le considerazioni di N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 36 ss.; Id., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; Id., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, p. 11 ss.; e la diversa prospettiva di A. Cataudella, *Nota breve sulla «fattispecie»*, *ivi*, 2015, p. 245 ss.

Emanuela Navarretta

Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici

SOMMARIO: 1. – La *Drittwirkung* e le libertà fondamentali dell'U.E.; 2. – Dietro il velo del principio di effettività; 3. – I mobili confini della tecnica della *Drittwirkung* e la dicotomia fra libera prestazione dei servizi e libera circolazione delle merci; 4. – Le tassonomie riguardanti l'efficacia delle norme e l'apparato dei rimedi; 5. – I privati e il diritto di invocare le scriminanti; 6. – Il conflitto fra libertà fondamentali dell'U.E. e diritti fondamentali della persona; 6.1. – Profili strutturali del conflitto; 6.2. – Profili sostanziali del conflitto; 6.2.1. – La qualifica fondamentale riferita alle libertà dell'U.E. e il bilanciamento asimmetrico con i diritti sociali; 6.2.2. – Una riflessione problematica sugli orientamenti della Corte di Giustizia a confronto con le soluzioni accolte dalla Corte di Strasburgo. L'impatto del Trattato di Lisbona e i timidi interventi "correttivi" attuati dall'Unione europea; 7. – L'apparato dei rimedi: rimedi civilistici nei confronti dello Stato e rimedi civilistici nei confronti dei privati. I diritti sociali e il rimedio esclusivo della responsabilità civile dello Stato; 8. – L'ambito di applicazione dei rimedi nei confronti dei privati e la disciplina del contratto. – 9. L'impatto delle libertà fondamentali sul potere di autonomia privata: "*Quis custodiet ipsos custodes?*".

1. – La Drittwirkung *e le libertà fondamentali dell'U.E.*

La teoria della *Drittwirkung*, elaborata dalla dottrina tedesca[1] per

[1] La teoria della *Drittwirkung* è stata originariamente elaborata in Germania da H.C. NIPPERDEY, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, in *Recht der Arbeit*, 1950, p. 121 ss. e da H.P. IPSEN, *Gleichheit*, in F.L. NEUMANN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER (Hrsg.), *Die Grundrechte*, II, Berlin, 1954, p. 111 (143), che così sintetizza il problema: «ob die Gleichberechtigung nur von der öffentlichen Gewalt oder auf der Ebene des Privatrechts von Dritten verlangt werden kann, und dies etwa mit der Folge, das die öffentliche Gewalt zur Durchsetzung des drittgerichteten Anspruchs mitzuwirken verpflichtet sei». Di seguito, cfr. sempre H.C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, 1961, *passim*; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrechte*, München, 1960, spec. p. 312; A. BLECKMANN, *Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*,

vincolare i privati, oltre che gli Stati, al rispetto dei diritti fondamentali di fonte costituzionale[2], si è venuta gradualmente ad insinuare, attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, nel settore delle libertà fondamentali regolate dai Trattati dell'U.E.[3].

L'impulso ad un'espansione del loro raggio applicativo, dai rapporti verticali a quelli orizzontali, giunge proprio da quel carattere fondamentale che la Corte di Giustizia[4] attribuisce alle libertà, sulla scorta del loro rilievo nel contesto dei Trattati (da ultimo in specie nei titoli II e IV del TFUE).

Al dilemma formale, in buona parte superato, circa il rapporto gerarchico tra la fonte dei Trattati e le Costituzioni nazionali, subentra l'interrogativo sostanziale sul significato da attribuire alla qualifica fondamentale riferita alle libertà dell'U.E.[5]: l'alternativa è fra un'accezione attinente al potere

1988, p. 942 s. e di recente C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Nederlands, Italy and England*, The Nederlands, 2008, p. 47 ss.

[2] Chiaramente l'efficacia verticale dei diritti non esclude un riverbero sui privati, ma esso è mediato dalla funzione normativa degli Stati. Storicamente contrario all'ipotesi di una *Drittwirkung* P. Rescigno, *Diritti civili e diritto privato*, in *Attualità e attuazione della costituzione*, Roma-Bari, 1979, p. 242 ss.

[3] Cfr., fra gli altri, J. Baquero Cruz, *Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford-Portland, 2002, p. 103 ss.; O. O. Cherednychenko, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2006, p. 25 ss.; 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*, 2013, p. 479 ss.; G. Davies, *Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, p. 53 ss.; S. Leible, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, in S. Grundman (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law,* The Nederland, 2008, p. 63 ss.; T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen, 2004, *passim*; M. Safjan, *The Horizontal Effect of Fundamentale Rights in Private Law – On Actors, Vectors, and Factors of Influence*, in K. Purnhagen, P. Rott (eds.), *Varieties on European Economic Law and Regulation.* Liber Amicorum *for Hans Micklitz*, Heidelberg-New York-Doldrecht-London, 2014, p. 123 ss.; 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*, 2014, p. 201 ss.

[4] Sin dai casi C. Giust. CE, 14 dicembre 1962, C-2/62, C-3/62, *Commission v. Luxembourg* & *Belgium*, e a seguire C. Giust. CE, 22 ottobre 1991, C-44/89, *Corsica Ferries France v. Direction générale des douanes françaises* per giungere alle più recenti vicende, come C. Giust. UE, 5 maggio 2011, C-434/09, *Mac Carthy v. Secretary of State for the Home Department.* Cfr. O. O. Cherednychenko, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, cit., p. 34 s.

[5] Si sono interrogati, fra gli altri, sulla natura delle libertà fondamentali dell'U.E. J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional*

condizionante rispetto alla natura democratica di un sistema giuridico[6] e quello del suo puro designare il carattere fondante di un ordinamento, a prescindere dalla sua connotazione valoriale.

La risposta – come si dirà[7] – non può essere univoca, poiché le libertà se nel loro complesso, in quanto meramente costitutive dell'Unione europea e del mercato unico, fanno propendere per il secondo valore semantico[8] [9], nella specifica connotazione di talune fra esse possono ascriversi ai diritti fondamentali in senso stretto della persona. Ne è un chiaro indizio il rilievo acquisito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dalla libera circolazione e dalla libertà di stabilimento riferite al lavoratore (art. 15)[10] e dalla libera circolazione e dalla libertà di soggiorno imputate ai cittadini (art. 45), specie se integrate con la pretesa alla non discriminazione (art. 21).

Il possibile differente significato della connotazione fondamentale e la variegata natura delle libertà dell'Unione, non sempre equiparabili ai diritti della persona, costituiscono il perno critico del loro bilanciamento con i diritti fondamentali e si riverberano ancor prima sulle differenti ragioni che alimentano la proiezione orizzontale e che trapelano dentro l'involucro anodino del principio di "effettività"[11].

Law of The European Community, cit., 2002, p. 80 s.; F. De Cecco, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights and the Scope of Free Movement Law*, in *German Law Journal*, 2014, p. 384 ss.; D. Ehlers, *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, 2007, p. 182 ss.; J. Gekrath, *L'emergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe: modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, 1997, p. 315; T. Kingreen, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeischaftsrechts*, Berlin, 1999, p. 15; Id., *Fundamental Freedoms*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009, p. 515 ss.

[6] Sui due diversi possibili significati dalla qualifica fondamentale ci sia consentito rinviare al nostro saggio *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 672 s.

[7] V. *infra* par. 6.2.1.

[8] Scrive sul punto F. De Cecco, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights and the Scope of Free Movement Law*, cit., p. 385: «rights that are protected because of their instrumental role in advancing a common purpose or collective good, such as the internal market, should not be regarded as fundamental».

[9] «One of the foundations of the Community» scriveva la Corte di Giustizia nel caso C-194/94, *Cia Security v. Signalson.*

[10] L'origine della norma può ricondursi a quanto già previsto nel secondo Considerando del Regolamento (CEE) n. 1612/1968 del 15 ottobre 1968 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità dove si legge: «Considerando che la libera circolazione costituisce per i lavoratori e per le loro famiglie un diritto fondamentale, che la mobilità della manodopera deve essere uno dei mezzi che garantiscono al lavoratore la possibilità di migliorare le sue condizioni di vita e di lavoro e di facilitare la sua promozione sociale».

[11] 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*

2. – Dietro il velo del principio di effettività

L'effettività nella tutela dei diritti fondamentali della persona si alimenta, nelle giurisprudenze nazionali, all'intollerabilità di quelle che Ferrajoli definiva *lacune* nella loro garanzia[12] e, dunque,è giustificata dal bisogno di assicurare a valori assiologicamente primari una difesa estesa ad ogni tipo di rapporto e di conflitto, senza che la loro tutela debba necessariamente attendere l'iniziativa legislativa degli Stati. La proiezione orizzontale dei diritti fondamentali della persona garantisce – ha scritto di recente un filosofo del diritto – «una doppia forza»[13] a diritti, che sono la sola forza di chi è in una posizione di debolezza.

Decisamente più complesso è, invece, il quadro delle ragioni sottese all'effettività riferita alle libertà fondamentali dell'U.E., in quanto complicati sonoi rapporti fra le competenze dell'Unione e le competenze degli ordinamenti nazionalie articolato è l'intreccio fra dinamiche economiche e ragioni personalistiche, sottese al binomio "libertà fondamentali-mercato"[14].

La proiezione verticale delle libertà fondamentali incontra innanzitutto il limite costituito dalla differente collocazione, nei vari Stati membri, della linea di confine tra pubblico e privato. Dove, infatti, organismi privati sono dotati di un potere normativo capace di incidere sul funzionamento del mercato, si delinea una potenziale zona franca nella tutela delle libertà fondamentali, se questa viene affidata unicamente alla proiezione verticale. «L'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi – si legge

Working Paper, in *NYU-Law*, p. 35 ss. identifica come ragioni sottese alla *Drittwirkung*: il principio di effettività, il dato letterale del Trattato che non specifica il destinatario dell'obbligo a rispettare le libertà fondamentali e l'uniformità di trattamento fra diversi paesi membri caratterizzati da differenti criteri di separazione del pubblico dal privato.

[12] L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 28.

[13] T. Greco, *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, vol. 2, 2014, p. 135 ss.

[14] La libera circolazione nel mercato europeo, pur essendo essenzialmente legata a ragioni economiche, si intreccia spesso con istanze personalistiche, sino a fare delle libertà fondamentali potenziali vettori di esigenze personali, che vanno dal ricongiungimento familiare – nei casi *Eind* (C. Giust. CE, 11 dicembre 2007, C- 291/05, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v. Eind*) e *Metock* (C. Giust. CE, 28 luglio 2008, C-127/08, *Metock v. Minister for Justice* – alla pretesa del diritto al nome, come nei casi *Garcia Avello* e *Grunkin-Paul.* Cfr. in proposito P. Mengozzi, *Il principio personalistico nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 103 ss.

nel caso *Walrave*[15] e in termini quasi identici nel caso *Deliège*[16]– 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».

A tale ragione se ne affianca, immediatamente, una seconda, talora autonoma talora combinata con la prima, che può ascriversi alla medesima motivazione ispiratrice della *Drittwirkung* nazionale: il bisogno di rafforzarela tutela di valori personalistici. La libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento, pur se concepite originariamente con l'impronta economicistica del mercato, possono, quando imputate ai lavoratori o ai cittadini, colorarsi in chiave personalistica, così come tale connotazione può trarsi dalla connessione, in talune vicende, con il principio di non discriminazione. È quanto emerge nei casi *Walrave*[17], *Donà*[18] e *Bosman*[19], dove il fattore personalistico si aggiunge all'esigenza di ampliare il sindacato su atti generali di fonte privata, mentre la pretesa a non essere discriminati risulta la ragione dominante dei casi Raccanelli[20] e Ferlini[21] e la motivazione sostanzialmente esclusiva del caso Angonese[22 23], nel quale l'efficacia orizzontale delle libertà penetra in una negoziazione individuale, sia pur mediata dallo strumento dell'offerta al pubblico.

In aggiunta a queste prime due ragioni, l'efficacia orizzontale delle libertà ben presto disvela una funzione ulteriore e assai diversa da quelle precedentemente menzionate: l'attitudine ad allargare le maglie della competenza dell'U.E. Poiché, infatti, la materia delle libertà fondamentali è di ovvia pertinenza dell'U.E., l'affermarsi di una loro proiezione orizzontale si traduce nell'itinerario più immediato ed agevole per conseguire un ampliamento del vaglio spettante alla Corte di Giustizia e, dunque, per

[15] C. Giust. CE, 12 dicembre 1974, C-36/74, *Walrave & Koch v. Association Union cycliste internationale et alii*.
[16] C. Giust. CE, 11 marzo 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, *Deliège et Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo* (C-51/96), e tra *Deliège et Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, François Pacquée* (C-191/97).
[17] V. *supra* nota n. 15.
[18] C. Giust. CE, 14 luglio 1976, C-13/76, *Donà v. Mantero*.
[19] C. Giust. CE, 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union des associations européennes de football* (UEFA) v. *Jean-Marc Bosman*.
[20] C. Giust. CE, 17 luglio 2008, C-96/07, *Raccanelli* v. *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften.*
[21] C. Giust. CE, 3 ottobre 2000, C-411/98, *Ferlini* v. *Centre hospitalier de Luxembourg.*
[22] C. Giust. CE, 6 giugno 2000, C-281/98, *Angonese* v. *Cassa di Risparmio di Bolzano*.
[23] Sui casi sopra citati cfr. P. Caro de Sousa, *Horizontal Expressions of Vertical Desires: Horizontal Effect and the Scope of the EU Fundamental Freedoms*, cit., p. 21 ss.

ottenere un'estensione delle competenze dell'Unione europea.

A sua volta, tale utilizzo della *Drittwirkung* viene orientato al conseguimento di almeno due diversi e specifici obiettivi.

In una direzione opposta rispetto alla tutela di valori personali spettanti ai lavoratori, la tecnica della *Drittwirkung* – sul presupposto della necessità di sindacare atti collettivi di natura privata[24] – è stata utilizzata per contrastare, questa volta a difesa delle imprese[25], l'esercizio del diritto di sciopero e la contrattazione collettiva[26], ove questi ostacolino la libera prestazione dei servizi delle imprese. In tal modo la Corte di Giustizia è riuscita ad assoggettare al proprio vaglio la materia dei diritti sociali, altrimenti sottratta alla sua competenza sia in base all'art. 153, comma 5°, del TFUE[27] relativo al diritto di associazione [sindacale], [a]l diritto di sciopero, alla serrata e alle retribuzioni, sia in base alle sentenze della Corte di Giustizia, nei casi *Albany*[28], *van der Woude*[29] e *Courage*[30], che hanno escluso

[24] Cfr. in proposito P. Verbruggen, *The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services*, cit., p. 206.

[25] Cfr. a riguardo il punto 68 della sentenza *Viking* (C. Gius. CE, 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation, v. Viking*) che, nel richiamare il suo precedente (C. Giust. CE, 27 settembre 1988, causa 81/87, *Daily Mail and General Trust*, *Racc*., p. 5483, punto 15), ricorda che il diritto di stabilirsi in un altro Stato membro è riferibile non soltanto ai cittadini comunitari, ma anche alle società.

[26] Nella pronuncia *Viking* si rileva quanto segue: «non si può negare che un'azione collettiva come quella progettata dalla FSU ha l'effetto di scoraggiare, se non addirittura di vanificare, come ha rilevato il giudice del rinvio, l'esercizio da parte della *Viking* della libertà di stabilimento, poiché essa impedisce a quest'ultima, nonché alla sua controllata *Viking Eesti*, di beneficiare, nello Stato membro ospitante, del medesimo trattamento degli altri operatori economici stabiliti in tale Stato».

[27] Osserva sul punto G. Silvestri, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, p. 64 che, in base all'art. 153, comma 5°, del Trattato «il diritto di sciopero non deve entrare tra le materie europee, è fra le materie esplicitamente escluse dalla competenza dell'Unione»: ciò lo induce a ritenere dubbia l'interpretazione accolta dalla Corte che, attraverso la proiezione orizzontale delle libertà, riesce ad occuparsi anche di tale materia. Rileva altresì come il diritto comunitario abbia di fatto esteso il suo ambito di competenza anche al contenzioso collettivo di lavoro G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani,* cit., p. 144

[28] C. Giust. CE, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV* v. *Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.*

[29] C. Giust. CE, 21 settembre 2000, C-222/98, *Hendrik van der Woude* v. *Stichting Beatrixoord*.

[30] C. Giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage Ltd v. Bernard Crehan* e *tra Bernard Crehan v. Courage Ltd e a.*

dal sindacato orizzontale della disciplina sulla concorrenza i contratti collettivi.Di conseguenza, la ragione, per cui i giudici di Lussemburgo – nei casi *Viking*[31], *Laval*[32], *Rüffert*[33 34] e Commissione c. Germania[35] – hanno voluto guadagnarsi un nuovo spazio di intervento,attraverso la *Drittwirkung* delle libertà fondamentali[36], si può rinvenireproprio nel bisogno di controllareil grado di difesa di tali libertà da parte degli Stati nazionali nel bilanciamento con i diritti sociali.

Tutt'altra motivazione emerge, invece, dal secondo specifico obiettivo perseguito – questa volta nell'ambito del diritto processuale – con la tecnica della *Drittwirkung* delle libertà in funzione espansiva delle competenze dell'U.E.: la necessità di costruire spazi di competenza processuale a favore dell'Unione europea nelle materie nelle quali sussiste una sua competenza di tipo sostanziale, che rischia di risultare depotenziata, se non del tutto esautorata, dall'inadeguatezza dei rimedi attivabili a livello nazionale.

[31] C. Giust. CE, 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation Finnish Seamen's Union.*

[32] C. Giust. CE, 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd* c. *Svenska Byggnadarbetareförbundundet*.

[33] C. Giust. CE, 8 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Rüffert* v. *Land Niedersachsen*.

[34] Sui casi *Viking*, *Laval*, *Rüffert* cfr., fra gli altri, M.V. Ballestrero, *Le sentenze* Viking *e* Laval*: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008, p. 371 ss.; F. Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Trasformations in Comparative Prospective*, Oxford, 2014, p. 160 ss.; T. Novitz, *A Human Right Analysis of the Viking and Laval Judgments*, in C. Barnard (ed.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, p. 541 s.; G. Orlandini, Viking, Laval, Rüffert: *i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettivanell'ordinamentoitaliano*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, *www.europeanrights.eu*, 2008, p. 1 ss.; G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani,* cit., p. 43 ss.; S. Sciarra, *Il diritto di sciopero nel dialogo fra corti. Casi nazionali a confronto dopo* Laval, in *Giorn. Lav. e rel. ind.*, 2011, p. 363 ss.; G. Silvestri, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali,* cit., p. 91 ss.; F. Vecchio, *Dopo* Viking, Laval *e* Rüffert*: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti fondamentali?,* in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, in *www.europeanrights.eu*, p. 1 ss.

[35] C. Giust. UE, 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica Federale Tedesca*.

[36] Si legge in particolare nei punti n. 50-52 della sentenza *Viking* che, se è vero – secondo quanto prevede la Corte nel punto 60 della sentenza *Albany* – «che accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali con il fine di conseguire tali obiettivi debbono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, si deve tuttavia rilevare che *tale ragionamento non può essere applicato alle libertà fondamentali sancite dal titolo III del Trattato*» (il corsivo è aggiunto).

3. – I mobili confini della tecnica della Drittwirkunge *la dicotomia fra libera prestazione dei servizi e libera circolazione delle merci*

La breve riflessione sul principio di effettività mostra quante e varie possano essere le ragioni sottese a un tale strumento poliedrico, polimorfo e, di conseguenza, non sempre trasparente, affidato alla «mano visibile del diritto privato europeo»[37]: reazione a vere e proprie lacune nella tutela assicurata alle libertà fondamentali dalla mera proiezione verticale; bisogno di una difesa rafforzata di valori personalistici; estensione del raggio di competenza dell'Unione europea con la duplice finalità di controllare le garanzie offerte dagli Stati membri alle libertà fondamentali o di affiancare alla competenza sostanziale dell'U.E. una competenza di natura processuale.

Confrontarsi con tale scomposizione funzionale è imprescindibile per tentare di dare una razionalità ai mobili confini della proiezione orizzontale e alle sue ricadute rimediali,specie con riguardo alla disciplina del contratto.

Il primo tema è quello su cui si è maggiormente soffermata la dottrina europea attratta dalla tendenziale dicotomia che emerge dalle sentenze della Corte di Giustizia, propensa ad ammettere l'efficacia orizzontale della libera prestazione dei servizi, ma non della libera circolazione delle merci[38]. Dinanzi a tale orientamento, non del tutto granitico, ma anzi profondamente inciso dal recente caso Fra.bo.[39], il pensiero della dottrina

[37] L'espressione utilizzata da H.W. Micklitz, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa – La trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione*, *EUI, Working Paper 2009/2010*, 2010, p. 42 contrappone la «visibilità degli interventi giuridici del diritto privato» alla presunta mano invisibile dell'economia e del mercato, il che non deve illudere su una presunta e costante trasparenza del principio di effettività che ne costituisce uno degli strumenti portanti.

[38] Contrarie all'efficacia orizzontale diretta della libera circolazione delle merci sono le sentenze della C. Giust. CE, 11 luglio 1974, C-8/74, *Dassonville*; C. Giust. CE, 5 aprile 1984, C-177/82, *Van De Haar*; C. Giust. CE, 1° ottobre 1987, C-311/85, *Vlaamse Reisbureaus*; C. Giust. CE, 27 settembre 1988, C-65/86, *Bayer v. Süllhöfer*; C. Giust. CE, 6 giugno 2002, C-159/00, *Sapod Audic*.

[39] C. Giust. UE, 12 luglio 2012, C-171/11, *Fra.bo v. DVGW*, in *European Review of Contract Law*, 2013, 186, con nota di H. Schepel, *Case C-171/11 Fra.bo SPA v Deutsche Vereinigung des Gas- und Wassefaches*. Cfr. altresì H. van Harten, T. Nauta, *Towards Horizontal Direct Effect For the Free Movement of Goods. Comment on Fra.Bo.*, in *European Law Review*, 2013, p. 677; P. Oliver, *L'article 34 TFUE peut-il avoir un effet direct horizontal? Réflexions sur l'arrêt Fra.bo,* in *Cahier de droit européen*, 2014, p. 77 ss.; A. Plaia, *Da Düsseldorf a Lussemburgo e ritorno: "Towards Horizontal Effect For the Free Movement of Goods?*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2014, p. 1 ss.; 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*, 18(2), in *European*

si è diviso fra i tentativi di giustificare il differente regime e gli auspici di un'uniformità di trattamento.

A favore della distinzione viene addotta la valenza personalistica della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi che sole giustificherebbero la *Drittwirkung,* a differenza delle altre libertà[40] connotate da una valenza puramente patrimonialistica. Al contempo, si contesta la possibile efficacia orizzontale della libera circolazione delle merci per il suo possibile sovrapporsi alla disciplina sulla concorrenza[41], il che determinerebbe incertezze sulle regole applicabili e il tacito aggiramento della regola *de minimis*.

Per converso, i fautori dell'equiparazione adducono l'irragionevolezza e l'artificiosità della distinzione fra le libertà[42], anche in considerazione del dato pratico che vede di frequente convergere, nelle medesime attività, la circolazione delle merci e la libera prestazione di servizi[43].

Così posta, l'alternativa fra le due soluzioni rischia di non offrire vie di uscita per il ricorrere in ambo le prospettive di argomentazioni, in parte convincenti, in parte discutibili.

Se, infatti, è ragionevole riscontrare una qualche problematicità nella sovrapposizione fra l'efficacia orizzontale della libera circolazione delle mercie la disciplina della concorrenza, è tuttavia opinabile la tesi volta a segnare un netto spartiacque fra le due tipologie di libertà tracciato dal profilo personalistico, che invero è del tutto insussistente quando la libera prestazione dei servizi viene riferita all'attività delle imprese, anziché a

Law Journal, 2012, p. 177 s.; P. Verbruggen, *The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services*, cit., p. 207 ss.

[40] Cfr. sul punto A. Arnull, D. Wyatt, *Wyatt & Dashwood's European Union law*, London, 2006, p. 155; J. Baquero Cruz, *Free Movement and Private Autonomy*, in *European Law Review*, 1999, p. 92; F. De Cecco, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights and the Scope of Free Movement Law*, cit., p. 396 ss.; 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*, cit., p. 180; J. Snell, *And Then There Were Two: Products and Citizens in Community Law*, in T. Tridimas, P. Nebbia (eds.), *European Law for the Twenty-First Century*, vol. II, 2004. p. 69 ss.

[41] Cfr. le conclusioni alla causa *Viking* dell'Avvocato Poiares Maduro.

[42] Cfr. 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*, cit., p. 177; J. Snell, *Goods and Services*, Oxford, 2002, p. 144; P. Verbruggen, *The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services*, cit., p. 211.

[43] Cfr. P. Verbruggen, *The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services*, pp. 203 e 211.

quella dei lavoratori.

Al contempo, la criticità della separazione netta, supportata dall'ulteriore argomento della possibile commistione fra le due tipologie di libertà nelle medesime vicende, non basta a dimostrare sempre e comunque l'irragionevolezza di un loro diverso trattamento.

La verità è che risulta riduttivo ragionare astrattamente solo sulla base del confronto fra le tipologie di libertà, mentre è decisamente più proficuo confrontarsi con le diverse ragioni sottese al principio di effettività.

Tale chiave di lettura spiega, innanzitutto, il maggior successo della *Drittwirkung* riguardo a libertà che possono coinvolgere anche il movente personalistico e il principio di non discriminazione, senza che questo possa reputarsi il solo idoneo a giustificare la proiezione orizzontale. Al contempo, il medesimo approccio consente di ritenere plausibile e condivisibile l'estensione dell'efficacia orizzontale alla libera circolazione delle merci, là dove la competenza normativa di soggetti privati, che hanno la capacità di incidere sul funzionamento del mercato, possa inficiare la tutela delle libertà fondamentali, evidenziando lacune nella loro garanzia. Ed è questa la ragione che rileva nei casi *Royal Pharmaceutical Association of Great Britain*[44], Commissione c. Irlanda[45] e, soprattutto, nel recente caso Fra.bo[46].

Simile estensione ovviamente non significa accedere ad una generalizzazione della *Drittwirkung* della libera circolazione delle merci, che difficilmente potrebbe invece immaginarsi con riguardo ad atti individuali che non abbiano un impatto generale sul mercato o con riferimento a *rationes* differenti rispetto a quella di colmare una lacuna nella tutela della medesima libertà. In ogni caso, dovrà prestarsi la massima attenzione alle conseguenze che l'efficacia orizzontale determinano rispetto alla disciplina della concorrenza ed eventualmente valutare se la regola *de minimis*, che si è affermata in tale ambito, non debba delinearsi anche con riguardo alla proiezione orizzontale della libertà, quando si vanno a sindacare non atti normativi, bensì atti di natura privata[47].

[44] C. Giust. CE, 18 maggio 1989, C-266/87, *The Queen v. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers and Others*.
[45] C. Giust. CE, 21 giugno 2001, C-30/99, *Commissione v. Irlanda*.
[46] V. *supra* nota n. 39.
[47] Nel senso che anche nel caso Fra.bo sarebbe emersa la regola "*de minimis*"cfr. A. Crespo Van De Kooij, *The Private Effect of the Free Movement of Goods: Examining Private-Law Bodies' Activies under the Scope of Article 34 of the Treaty of the European Union*, in *Legal issues of economic integration*, 40, n. 4, 2013, p. 363.

4. – Le tassonomie riguardanti l'efficacia delle norme e l'apparato dei rimedi

La riflessione sulle ragioni sottese all'efficacia orizzontale, di estremo ausilio nel valutare la possibile estensione della tecnica della *Drittwirkung*, è di rilievo essenziale anche nel considerare i suoi riflessi sul terreno della tutela.

La *Drittwirkung* ha conosciuto, nell'evoluzione dottrinale, varie tassonomie a partire dalla dicotomia tra efficacia diretta ed efficacia indiretta[48], cui di recente si è aggiuntala bipartizione tra uno '*Strong Indirect Effect*' e un '*Weak Indirect Effect*'[49].

Diretto[50] è il percorso che invoca il principio nell'immediata applicazione di una norma sul rimedio, quale – nell'esperienza autoctona – il raccordo fra l'art. 2 Cost. e l'art. 2059 c.c. o fra l'art. 2 Cost. e l'art. 700 c.p.c. Indiretta[51] è, invece, l'efficacia orizzontale mediata dall'interpretazione di norme o dall'applicazione di clausole generali, come si rinviene – sempre a livello nazionale – nel ricorso al principio personalistico per integrare di significato la clausola dell'ordine pubblico. Quanto alla variante tra una versione forte o una versione debole dell'efficacia indiretta, essa viene riferita alla distinzione fra un utilizzo delle norme di principio in funzione di interpretazione di disposizioni applicabili ai rapporti orizzontali e il richiamo ai medesimi principi solo quali criteri di «ispirazione»[52] che guidano l'interpretazione o l'applicazione di norme. Tale distinzione può

[48] Sulla distinzione fra *mittelbare* e *unmittelbare Drittwirkung* cfr. le conclusioni alla causa *Viking* dell'Avvocato *Poiares Maduro.* Sul punto cfr. altresì P. Caro de Sousa, *Horizontal Expressions of Vertical Desires: Horizontal effect and the scope of the EU fundamental freedoms*, cit., p. 491 ss.; M. Fornasier, *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?*, in *European Review of Private Law*, 2015, p. 29 ss.; A. 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*, 2010, p. 527 ss.; Id., *Fundamental Rights, Fundamental Freedoms and Contract Law*, in *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., p. 88 ss.; C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Nederlands, Italy and England,* cit., pp. 44 ss. e 49 ss.

[49] C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Nederlands, Italy and England,* cit., p. 55 ss.

[50] Sull'efficacia orizzontale diretta v. *supra* nota n. 1.

[51] Cfr. G. Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, München, 1956, p. 157 s. e, più di recente, A. Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law,* in D. Friedmann, D. Barak-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, 2001, p. 21 ss.

[52] C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Nederlands, Italy and England,* cit., pp. 56 e 154.

esemplificarsi ricordando la ricostruzione nella quale, tramite la buona fede, si dà prevalenza ad interessi personalistici, eventualmente coinvolti nella disciplina contrattuale, rispetto al richiamo al principio solidaristico, quale criterio che può influenzare una certa ricostruzione dello stesso concetto di buona fede. Sennonché se un'incidenza relativa ha la stessa dicotomia "diretto-indiretto", ancor più debole è il valore dell'ulteriore bipartizione fra uno "*Strong Indirect Effect"* e un "*Weak Indirect Effect*", posto che quello che viene definito quale procedimento di "ispirazione" rientra comunque nella più complessa attività ermeneutica.

Ricostruite le tassonomie sulla *Drittwirkung* più diffuse nella dottrina civilistica e costituzionale, è di estremo rilievo segnalare il differente modo con cui si intende, nella disciplina internazionale sui diritti umani, la medesima classificazione tra effetti diretti edeffetti indiretti. «*A direct effect in this context* – scrive di recente un'Autrice[53]– *is constituted by the liability of the State for having violated a certain human right. An indirect effect, on the other hand, occurs when a positive obligation is imposed on a State to make its law comply with treaty rights*». Modello paradigmatico di simile efficacia diretta è la responsabilità civile dello Stato per violazione delle norme contemplate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[54].

Questo arricchimento della classificazione diretto-indiretto, che si rivolge all'apparato dei rimedi, suggerisce di riflettere, proprio alla luce delle molteplici ragioni sottese al principio di effettività, se tutte le motivazioni evocate in precedenza, quale supporto della *Drittwirkung* delle libertà fondamentali, realmente giustifichino di far gravare l'apparato rimediale diretto nei confronti del privato o, piuttosto, nei riguardi dello Stato.

In verità, non manca nella dottrina europea chi sostiene, in generale, che l'unico tipo di rimedio ipotizzabile per la violazione delle libertà fondamentali nella loro proiezione orizzontale debba essere la responsabilità civile dello Stato[55], ma ancora una volta simile impostazione rischia di operare un ragionamento troppo generale ed astratto che non si misura con le tante motivazioni sottese allo schermo dell'effettività.

In particolare, quando la ragione dell'effettività che giustifica la proiezione orizzontale si lega ad istanze personalistiche connesse con le libertà

[53] C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Nederlands, Italy and England.*, cit., p. 38.
[54] Sul rapporto tra efficacia verticale ed efficacia orizzontale delle norme della C.E.D.U. cfr. V. Colcelli, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Perugia, 2010, p. 32 ss.
[55] Così P. Caro de Sousa, *Horizontal Expressions of Vertical Desires: Horizontal Effect and the Scope of the EU Fundamental Freedoms*, cit., p. 24 ss.

di prestazione dei servizi o di stabilimento riferite al lavoratore deve ritenersi senza dubbio corretto – come si preciserà anche in seguito[56] – che il privato, non rispettoso di tali esigenze dotate di "una doppia forza assiologica", risponda direttamente per la loro violazione, così come nel modello nazionale di efficacia orizzontale è responsabile in via immediata per la lesione di diritti fondamentali della persona.

Parimenti, nel caso di vere e proprie lacune nella garanzia verticale, prodotte dalla competenza spettante ad organismi privati, è coerente che della violazione delle libertà risponda l'unico soggetto responsabile e anche per competenza coinvolto, vale a dire l'ente privato[57].

Più complessa, e internamente articolata, è la valutazione che suscita la casistica nella quale la proiezione orizzontale delle libertà serve ad ampliare le materie sottoposte al sindacato dell'Unione.

In particolare, il terreno più problematico risulta quello dei diritti sociali nel quale l'efficacia orizzontale diretta è per così dire "atipica o spuria", poiché non tende realmente ad un controllo sui privati quanto ad un controllo sull'attività degli Stati membri competenti a regolare la materia nelle relazioni orizzontali. Dove, dunque, il reale obiettivo della Corte di Giustizia è quello di controllare e, in parte, di contrapporsi all'operato degli Stati nazionali, magari in ragione di una disomogenea raffigurazione circa il rilievo dei diritti sociali rispetto alle libertà economiche, risulta estremamente critica – come meglio si spiegherà di seguito[58] – l'ipotesi di far gravare i rimedi direttamente sui privati, attraverso soluzioni giudiziali di contrapposizione rispetto al sistema interno, in quanto basate sulla disapplicazione di norme interne o semplicemente sull'imputazione ai privati di conseguenze rimediali. Non si comprende per quale ragione chi, svolgendo un'attività, come quella sindacale, soggetta alla competenza dello Stato e da questi non ostacolata né vietata, neppure attraverso un adeguamento interpretativo delle norme interne ai principi dell'U.E., debba rispondere in via diretta per il mancato rispetto delle libertà fondamentali. È, dunque, questo il campo – come ulteriormente si motiverà di seguito anche alla luce del problema del bilanciamento di interessi – nel quale si dimostra più congruo, sotto il profilo istituzionale e del riparto delle competenze, configurare l'apparato rimediale diretto nell'accezione internazionale, vale a dire la responsabilità civile dello Stato.

Non altrettanto scontata è la soluzione nel secondo gruppo di ipotesi nel quale la Corte di Giustizia fa ricorso al principio di effettività e alla

[56] V. *infra* parr. 7 e 8.
[57] V. *infra* parr. 7 e 8.
[58] V. *infra* par. 7.

proiezione orizzontale delle libertà per estendere la competenza dell'Unione: l'ambito della disciplina processuale nel quale l'obiettivo della Corte di Giustizia è quello di assicurare che i meccanismi processuali nazionali non finiscano per frustrare la tutela di diritti che spettano sul piano sostanziale alla disciplina dell'U.E. Dove, dunque, l'obiettivo della Corte è quello in realtà di costruire una competenza processuale dell'U.E. tale da impedire un'amputazione nell'effettiva tutela di diritti la cui disciplina sostanziale è di sua spettanza, diversa è la conclusione cui conduce il problema dei rimedi direttamente riferiti ai privati.

Nello specifico, tale differente contesto fa apparire ragionevole un ricorso diretto a rimedi processuali che realizzino l'obiettivo di conciliare le dinamiche processuali con la tutela sostanziale degli interessi dell'U.E. e in tale prospettiva è corretto richiedere al giudice di avvalersi non solo dell'interpretazione adeguatrice, ma anche della disapplicazione di norme e finanche della diretta ricostruzione *ex novo* di soluzioni processuali[59].

Per converso, la conseguenza rimediale che pare inopportuno far gravare direttamente sui privati è un'eventuale responsabilità per essersi attenuti a regole processuali conformi al diritto interno, pur se difformi dalle esigenze imposte dal diritto dell'Unione. Se il giudice non dovesse ritenere di avvalersi del principio di effettività per applicare in via diretta una soluzione processuale consona alla tutela sostanziale degli interessi protetti dall'U.E., di tale violazione dovrà evidentemente rispondere soltanto lo Stato attraverso il consueto strumentario della responsabilità civile, e non certo il privato. Da ultimo è legittimo chiedersi se il privato possa avanzare lamentele allorché, dopo aver fatto affidamento su una determinata disciplina processuale nazionale, si trovi ad essere soccombente in ragione di una soluzione ermeneutica o applicativa diretta fondata sul principio di effettività. In tal caso, se è vero che sul piano processuale l'Unione non ha competenza e, dunque, è più che legittimo l'affidamento ingenerato dal diritto processuale nazionale, tuttavia, la sussistenza di una competenza di tipo sostanziale che coinvolge il dovere di rispetto da parte dei privati del principio di effettività può giustificare una soccombenza per ragioni processuali che risultino serventi rispetto alla tutela degli interessi sostanziali, sicché in tal caso non sembrano ravvisabili i presupposti per un'azione risarcitoria.

[59] Cfr. sul punto A. Carratta, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, cit., p. 209 ss.

5. – I privati e il diritto di invocare le scriminanti

La scelta fra rimedi orizzontali diretti nei confronti dello Stato o dei privati è condizionata, oltre che dalle ragioni sottese al principio di effettività, anche da motivazioni connesse con il problema del conflitto fra diritti.

Il tema della proiezione orizzontale delle libertà fondamentali evidenzia, invero, la sua massima criticità quando l'orizzonte della riflessione si allarga dalla prospettiva statica, che considera in maniera isolata la loro tutela, ad una visuale dinamica, che valuta la potenziale conflittualità fra libertà fondamentali dell'U.E. ed altri interessi protetti, a partire dai valori che a livello nazionale sono qualificati come fondamentali ed inviolabili in quanto afferenti alla persona.

Il problema si è imposto immediatamente all'attenzione della Corte di Giustizia quale inevitabile corollario della proiezione orizzontale. Se sui privati grava l'obbligo di rispettare le libertà fondamentali, è naturale interrogarsi sulla loro legittimazione ad invocare – alla stessa stregua degli Stati – anche le scriminanti che giustificano una loro limitazione o compressione[60].

Sin dal caso *Bosman* la Corte di Giustizia chiarisce che «nulla osta a che le giustificazioni attinenti all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica – espressamente contemplate nel T.F.U.E. – siano invocate [anche] da[i] privati». Certo – obietta immediatamente la dottrina[61] – tale possibilità risolve sul piano teorico il rischio di una disparità di trattamento rispetto agli Stati membri, ma non dirime il profilo pratico, risultando «*hardly realistic […] that individuals and private organitations will be able to succeswsfully invoke limitation grounds which are developed for the Member States in order to justify their discriminatory or restrictive conduct. Private parties have mainly individual interests, and not the general interests that are to be protected by the State*». E, infatti, data la peculiare accezione dell'ordine pubblico nelle norme del trattato, riferito non tanto a disposizioni di principio quanto a «fatti giuridici ([quali] il pericolo per la sicurezza pubblica, per la tranquillità, la salute, la moralità pubblica o la difesa nazionale)»[62], è effettivamente piuttosto infrequente che tali ragioni possano giovare ad un privato.

La rarità dell'evenienza non esclude, tuttavia, né che un privato possa avere un interesse personale coincidente con la difesa di istanze generali

[60] Cfr. sul punto A. Hartkamp, *Fundamental Rights, Fundamental Freedoms and Contract Law,* cit., p. 95 ss.
[61] O.O. Cherednychenko, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, cit., p. 42.
[62] Così O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 369.

né, *a fortiori*, che enti privati dotati di un potere normativo esteso possano promuovere la tutela di interessi generali. Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso *Wouters*[63] nel quale il regolamento emanato dall'ordine forense di uno stato membro, benché limitativo della libera concorrenza e della libera prestazione di servizi, è stato reputato dalla Corte di Lussemburgo giustificato da interessi quali la «buona amministrazione della giustizia» e la «garanzia di integrità e di esperienza [fornita] agli utenti […] dei servizi legali».

Se, dunque, giàle *exceptiones* testuali del Trattato trovano un ambito di applicazione ai privati, anche se in casi non molto frequenti, certamente il fulcro delle loro potenzialità oppositive rispetto all'efficacia orizzontale delle libertà si riscontra con riguardo alle scriminanti elaborate in via giudiziale dalla Corte di Giustizia. La giustificazione costituita – a partire dal caso *Cassis de Dijon*[64] – dai c.d. *mandatory requirements* o *rule of reasonexceptions*relativaa *general interests of non-economic nature*[65] e, ancora più specificamente sulla scia di tale precedente, l'*exception* rappresentata dai *Fundamental Rights*[66], e affermatasi a partire dal caso *Defrenne* II[67] e poi dal caso *Schmidberger*[68], si dimostrano ben presto le argomentazioni di rilievo primario con le quali i privati possono tentare di opporsi alle conseguenze dell'efficacia orizzontale delle libertà.

Anche con riferimento a tali eccezioni, la Corte di giustizia non ha tardato a riconoscere la loro spettanza ai privati, che viene ammessa tanto in ipotesi di proiezione orizzontale indiretta, come per l'appunto nel caso *Schmidberger*, quanto in fattispecie di *Drittwirkung* diretta[69].

[63] C. Giust. CE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG* v. *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Amministrazione del monopolio federale dell'alcool).
[64] Cfr. A. Hartkamp, *Fundamental Rights, Fundamental Freedoms and Contract Law,* cit., p. 95.
[65] «*Such asthe effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer*».
[66] Cfr. A. Hartkamp, *Fundamental Rights, Fundamental Freedoms and Contract Law,* cit., p. 96.
[67] C. Giust. CE, 10 febbraio 2000, C-270/97 e C-271/97, *Deutsche Post AG v. Elisabeth Sievers* e v. *Brunhilde Schrage*.
[68] C. Giust. CE, 12 giugno 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge* v. Repubblica d'Austria.
[69] Sin dal caso *Viking* (C. Giust. CE, 11 dicembre 2007, C-438/05) si chiarisce che la tutela dei fondamentali, cui si ascrive il diritto di azione collettiva, rientra nella scriminante del legittimo interesse. «Il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori – si legge – costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato […] e che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte».

6. – Il conflitto fra libertà fondamentali dell'U.E. e diritti fondamentali della persona

6.1. – Profili strutturali del conflitto

Riconosciuta ai privati la legittimazione a far valere le medesime scriminanti spettanti agli Stati membri, il cuore del problema, che ricade sull'apparato rimediale, si dimostra il modello di conflitto che la Corte di Giustizia delinea nel rapporto fra libertà fondamentali e diritti fondamentali, e soprattutto la soluzione di tale contrasto.

L'impostazione strutturale del conflitto, che emerge dai noti casi *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e Commissione c. Germania, vede contrapporsi alla proiezione orizzontale delle libertà fondamentali, che tenderebbero a colorare di illiceità condotte o atti dei privati, la tutela di interessi fondamentali della persona, quali i diritti sociali e specificamente i diritti sindacali, che cercano di operare in funzione scriminante di tali condotte o si innestano, con la medesima funzione, sull'atto di autonomia privata, potenziandolo in termini assiologici.

Simile assetto strutturale è esattamente inverso rispetto a quello esaminato in altre vicende, come il famoso caso Omega[70], dove si disquisiva sulla possibilità che prevalesse un giudizio di invalidità formulato da un tribunale nazionale in nome della tutela di un valore essenziale della persona, quale la dignità umana, sulla difesa delle libertà economiche fondamentaliche, viceversa, avrebbero orientato verso la validità dell'atto di autonomia privata.

Se differente è la struttura delle due tipologie di conflitti, identica è la questione che pongono sul terreno dei valori, rispetto alla quale è doveroso svolgere una riflessione preliminare.

Le libertà fondamentali operano quale strumento che consente agli operatori di rivendicare il passaggio dalla legislazione di uno Stato membro a quella di un altro Stato membro, cioè da un modo x a un modo y di dare concretezza, tramite la normativa, ai diritti fondamentali.

Il richiamo alle libertà diviene cioè uno strumento per avviare una concorrenza fra ordinamenti[71].

---

[70] C. Giust. CE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Corr. Giurid.*, con nota di R. Conti, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia*, e in *Europa e dir. Priv.*, 2007, con nota di E. Pellecchia, *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*, p. 181 ss.

[71] S. Deakin, *La concorrenza fra ordinamenti in Europa dopo Laval*, in *Lavoro e diritto*, 2011, p. 467 ss.

Tale constatazione, se in parte ridimensiona il giudizio critico nei riguardi della Corte di Giustizia che, attraverso la tutela delle libertà economiche, asseconda il passaggio da un sistema all'altro fra paesi che comunque riconoscono i diritti fondamentali, tuttavia, non elimina il disappunto rispetto ad una concorrenza fra ordinamenti che spesso si traduce in "un gioco al ribasso", teso ad assecondare pratiche di *dumping* sociale.

L'incidenza della legislazione nazionale sulla concretizzazione dei diritti fondamentali della persona non è sfuggita alle più attente riflessioni che hanno accompagnato le principali pronunce della Corte di Giustizia. L'Avv. *Stix Hackl*, nelle conclusioni al caso Omega[72], fa presente l'esigenza di superare, rispetto ai diritti fondamentali della persona, l'idea secondo cui una valutazione del diritto dell'Unione in base alle nozioni o norme nazionali «menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario»[73], in quanto tali diritti sono principi generali dell'Unione europea che devono attingere il loro contenuto - come conferma il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - dalle tradizioni costituzionali comuni[74]. Si imporrebbe, dunque, un onere alla Corte di Giustizia di verificare se un particolare modo di intendere un diritto fondamentale trovi corrispondenza nel complesso nei sistemi nazionali. Sennonché la formula delle tradizioni costituzionali comuni immediatamente si scontra con il dato oggettivo della mancanza di uniformità delle rappresentazioni nazionale sui singoli diritti. La conseguenza che ne discende è che talora, come nel caso Omega, si assiste al sostanziale rispetto dell'interpretazione e della concretizzazione nazionale attuata dal singolo sistema coinvolto (quello tedesco) riguardo allo specifico interesse (la dignità umana), talora, come nel quartetto di pronunce sui diritti sociali, emerge invece una minore attenzione al ruolo di concretizzazione spettante agli Stati, proprio sul presupposto implicito della notevole diversità di orientamenti emergenti dalle legislazioni e dalle prassi nazionali.

6.2. – Profili sostanziali del conflitto

6.2.1. – La qualifica fondamentale riferita alle libertà dell'U.E. e il bilanciamento asimmetrico con i diritti sociali

Evidenziati i possibili e diversi lineamenti strutturali del conflitto fra libertà dell'U.E. e diritti fondamentali, il problema sostanziale resta quello

[72] Conclusioni presentate dall'Avv. Generale Christine Stix Hackl il 18 marzo 2004, Causa C/36-02.
[73] Conclusioni alla causa C/36-02, cit., n. 69.
[74] Conclusioni alla causa C/36-02, cit., n. 70.

di una equiparazione da parte della Corte di Giustizia fra tali interessi, che conduce ad un bilanciamento il cui esito dipende spesso dal tipo di diritti che si pongono in conflitto con le libertà.

Come si è già in precedenza anticipato, la qualifica come fondamentali delle quattro libertà del Trattato è un dato assolutamente consolidato nel pensiero della Corte di Giustizia. Ciò che invece risulta variamente sfumato, talora aggirato, talora manipolato, è se possa attribuirsi a tale qualifica il medesimo valore che si conferisce ai diritti fondamentali della persona.

Il tema è antico se è vero che già i commentatori della Costituzione di Weimer si interrogavano, con riferimento alla seconda parte dell'art. 153 e, dunque, al diritto di proprietà[75], sul senso del suo essere un diritto fondamentale. Ne discese l'esigenza di distinguere[76] «fra diritti fondamentali inviolabili (quelli della persona) e diritti fondamentali non corredati dell'attributo dell'inviolabilità» (proprietà e libera iniziativa economica privata): i primi da porre a fondamento di uno Stato, perché lo si potesse qualificare come stato di diritto e, dunque, come stato democratico[77]; i secondi caratterizzati dall'attitudine ad imprimere allo stato di diritto una specifica fisionomia[78]. Anche quando la distinzione tra diritto fondamentale inviolabile e diritto fondamentale ma non inviolabile si è dileguata – come a livello nazionale nell'interpretazione della Costituzione del 1948 favorevole ad una equiparazione fra diritti inviolabili e diritti fondamentali – non si è invero perso il bisogno della separazione sostanziale tra persona e patrimonio. A tal fine[79], la dottrina ha talora articolato il concetto di diritto inviolabile[80] in una inviolabilità in senso stretto, riferibile solo ai diritti della persona, e in una inviolabilità in senso ampio, relativa alla proprietà e alla libera iniziativa economica privata[81], talora ha declinato la qualifica fondamentale in un'accezione ristretta e in un'accezione allargata, a seconda del contesto personalista o patrimonialista.

Orbene, proprio il dilemma sul senso con cui sono qualificate come

[75] Cfr. A. Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del '900*, Roma, 2002, p. 42 ss.
[76] Cfr. sul punto M. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971, p. 466 e L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 437 ss.
[77] Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., secondo cui «Oggi il concetto stesso di democrazia è inscindibile da quello dei diritti dell'uomo».
[78] «La Costituzione di Weimer – scrive C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione (trad. It.)*, Milano, 1984, p. 170 – vuole essere la Costituzione di uno stato di diritto borghese».
[79] L. Mengoni, *Proprietà e libertà,* cit., p. 437 ss.
[80] A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XI, Roma, 1989, p. 23.
[81] Secondo A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., p. 24, infatti, la proprietà e l'iniziativa economica privata godono solo della garanzia d'istituto.

fondamentali le libertà dell'U.E. si ripropone nella riflessione europea e deve misurarsi, innanzitutto, con la complessità delle tipologie di libertà fondamentali e con la complessità dei casi. È evidente, infatti, che dove le libertà si colorano di diritti dei lavoratori – come nel caso della libertà di stabilimento o della libera circolazione dei servizi riferite per l'appunto a questi ultimi – o dove si intrecciano con il principio di non discriminazione, la dimensione personalistica immediatamente riemerge. Il meccanismo non è diverso da quello che si verifica allorché diritti, apparentemente patrimoniali, assurgono al rango di diritti fondamentali in quanto riferiti a particolari beni, come l'abitazione. Ma come dal diritto all'abitazione non può inferirsi la natura fondamentale della proprietà in generale, parimenti non convincono i tentativi di desumere dalla possibile connessione fra le libertà dell'U.E. e alcuni diritti fondamentali o fra le libertà dell'U.E. e il principio di non discriminazione la generale natura fondamentale ed inviolabile delle libertà dell'U.E. Deve, dunque, condividersi la critica mossa al c.d. *common ground approach to free movement and fundamental rights*[82], che cerca attraverso le possibili connessioni fra libertà e diritti inviolabili o principio di non discriminazione di generalizzare la natura fondamentale in senso stretto di tutte le libertà.

Se un'adeguata visione della complessità evita l'approccio manipolativo della qualifica, l'interprete, fuori dai ristretti ambiti in cui le libertà hanno valenza personalistica, non può non prendere atto – come si è già anticipato[83] e come conferma la loro limitata rilevanza all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che dedica loro solo un rapido e sbrigativo accenno nel Preambolo del documento[84] [85] – del diverso modo di intendere la natura fondamentale riferita alle libertà dell'U.E. rispetto al valore semantico della medesima qualifica riferita ai diritti della persona. Le libertà dell'U.E. sono fondamentali unicamente nel senso che sono *fondanti* rispetto al sistema dell'Unione europea incentrato sulla costruzione del mercato unico, ma non hanno il potere di qualificare l'impronta, sul terreno valoriale, di tale ordinamento.

[82] F. De Cecco, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law*, in *German Law Journal*, cit., p. 394 s., rivolge, in particolare, tale critica al pensiero di V. Trstenjak, E. Beysen, *The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, in 35 *European Law Review,* 293 (2013), p. 311 e ad un passaggio delle citate *Conclusioni* di Stix Hackl.

[83] V. *supra* par. 1.

[84] L'Unione – ivi si legge – «si sforza di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile e assicura la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, nonché la libertà di stabilimento».

[85] Sul punto cfr. altresì F. De Cecco, *Fundamental Freedoms*, *Fundamental Rights and the Scope of Free Movement Law*, cit., p. 384 s.

Il loro differente spessore assiologico introduce, dunque, di necessità l'interrogativo che opportunamente solleva l'Avvocato Generale *Stix Hackl*: «se [cioè] esista un rapporto gerarchico fra i diritti fondamentali che valgono in quanto principi generali del diritto e le libertà fondamentali sancite nel Trattato»[86].

Il quesito viene da subito affrontato in una prospettiva formale vista dal lato del diritto dell'Unione europea, sicché la risposta immediata è nel senso che i principi generali del diritto sono considerati parti del diritto primario e, dunque, sono dotati del medesimo rango gerarchico rispetto alle altre norme del diritto primario, che contemplano le libertà fondamentali.

A questo primo tipo di aggiramento formale del problema, segue, immediatamente, una diretta proposizione della questione sul terreno sostanziale, che viene come di seguito enunciata: «varrebbe senz'altro la pena di chiedersi se, in considerazione del carattere fondamentale dei beni giuridici generalmente tutelati dai diritti fondamentali e dai diritti umani, nonché dell'immagine che la Comunità ha di se stessa come comunità fondata sul rispetto di tali diritti, e soprattutto alla luce dell'esigenza, per la sensibilità odierna, *di un obbligo primario di tutela dei diritti umani come presupposto di legittimità di qualsiasi entità statale*[87], possa accordarsi ai diritti fondamentali ed umani in genere una *certa*[88] superiorità gerarchica nei confronti del diritto primario "generale"».

A fronte del carattere dirompente di simile quesito l'Avvocato generale tenta dapprima l'itinerario che abbiamo definito "manipolativo", ma lo prospetta in maniera assai più sfumata[89] di quanto gli attribuisca la dottrina[90], poiché in effetti riconosce il carattere puramente eventuale del possibile intreccio fra libertà fondamentali e principio di non discriminazione. La scarsa convinzione circa la possibilità di attrarre tutte le libertà dell'U.E. nell'abbraccio dei diritti umani induce, dunque, a sfumare il problema, aprendo tuttavia comunque l'accesso al bilanciamento ad armi

[86] Conclusioni alla causa C/36-02, cit., n. 48.
[87] Il corsivo è nostro e vale a sottolineare il riconoscimento del carattere costitutivo che hanno i diritti della persona rispetto alla democraticità di un ordinamento giuridico.
[88] Questa parola tradisce il disagio dell'Avvocato Generale nel porre la delicata questione.
[89] «Da un punto di vista sostanziale, - proseguono le conclusioni - le libertà fondamentali possono – *perlomeno sotto certi aspetti* (il corsivo è aggiunto) – essere senz'altro qualificate anche come diritti fondamentali: in quanto, ad esempio, si risolvano in divieti di discriminazione, esse possono considerarsi come espressioni particolari del principio generale di uguaglianza. Avendo riguardo a ciò, un conflitto normativo che veda contrapposte le libertà fondamentali sancite dal Trattato ai diritti fondamentali e ai diritti umani può, *almeno in certi casi*, presentarsi come un conflitto tra diritti fondamentali».
[90] V. *supra* nota n. 82.

pari. Si afferma, infatti, che «sul piano pratico questo problema di un possibile conflitto si pone raramente in modo così drammatico, poiché tanto le libertà fondamentali quanto (per la maggior parte) i diritti fondamentali ammettono restrizioni. […] "Conciliare" le esigenze di tutela dei diritti fondamentali, infatti, non può voler dire mettere a confronto le libertà fondamentali con i diritti fondamentali in quanto tali, ciò che implicherebbe la disponibilità della tutela di questi ultimi. Occorre invece verificare in che misura i diritti fondamentali in questione ammettano limitazioni. Le disposizioni relative alle libertà fondamentali in questione, in particolare le fattispecie che comportano eccezioni a tali libertà, vanno dunque interpretate quanto più possibile nel senso di non consentire alcun provvedimento che ecceda i limiti di un intervento lecito sui diritti fondamentali in questione e di non permettere quindi alcuna misura che non si concilii con i diritti fondamentali»[91].

Sennonché la soluzione conciliativa immediatamente si infrange sul dato di una giurisprudenza che, anziché orientare il diritto dell'Unione all'obiettivo di una conformità con i diritti fondamentali, tende invece a restringere – attraverso un sindacato sulle ragioni scriminanti e attraverso il principio di proporzionalità – il potere giustificativo dei diritti sociali. Secondo *Viking*, il diritto di sciopero avrebbe efficacia scriminante solo se finalizzato ad evitare che «i posti o le condizioni di lavoro [siano] compromessi o seriamente minacciati»[92], ma non se teso a preservare le migliori condizioni dei lavoratori garantite dalla disciplina dello Stato di stabilimento dell'impresa che decide di cambiare bandiera per una delle sue imbarcazioni. Di conseguenza «le azioni finalizzate a indurre un'impresa stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro [vengono reputate] restrizioni ai sensi dell'art. 43 CE»[93].

Ecco che si delinea il c.d. bilanciamento asimmetrico[94], in quanto non

[91] Conclusioni alla causa C/36-02, cit., n. 56.
[92] Sentenza *Viking*, C. Giust. CE, 11 dicembre 2007, C-438/05, cit., punto n. 81.
[93] Sentenza *Viking*, cit., punto n. 90.
[94] Parla di asimmetria nel bilanciamento S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, cit., p. 104 s. dove osserva che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il riconoscimento del diritto di sciopero è «funzionale alla sua radicale compressione "nel bilanciamento" con le contrapposte libertà economiche di stabilimento e di prestazione dei servizi: secondo una formula di asserito contemperamento che smentisce in realtà se stessa, nel totale sacrificio di una delle situazioni soggettive in conflitto a beneficio della primazia assoluta riservata

sono i provvedimenti U.E. e le libertà fondamentali a conformarsi alle esigenze protettive dei diritti sociali, ma sono questi ultimi che vedono affievolire il proprio potere scriminante attraverso una restrizione della finalità perseguibile e un'applicazione stringente del principio di proporzionalità.

Invero, la contrazione dell'obiettivo legittimante i diritti sociali sembra ammorbidirsi nel caso *Laval*, dove si prevede «che, in linea di principio, un blocco intrapreso da un'organizzazione sindacale dello Stato membro ospitante per garantire ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale *condizioni di lavoro e di occupazione di un certo livello* rientra nell'obiettivo della protezione dei lavoratori»[95]. Sennonché una seconda obiezione immediatamente si frappone alla legittimità dell'azione sindacale volta ad ottenere per i lavoratori distaccati il minimo salariale garantito dalla direttiva 96/71/CE[96]: un'obiezione che – quand'anche fosse fondata (ma invero non lo è rispetto ad una possibile interpretazione non puramente letterale della direttiva[97]) – certamente non sarebbe imputabile alla condotta dei lavoratori o del sindacato, ma piuttosto alla trasposizione normativa della direttiva effettuata dal legislatore nazionale. L'obiezione riguarda la circostanza che il minimo salariale nello Stato ospitante non sia regolato da una contrattazione collettiva avente efficacia *erga omnes* e delineerebbe «disposizioni […non] sufficientemente precise e accessibili [tali] da […] rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali»[98].

In definitiva, nel caso *Viking* il diritto di sciopero viene esercitato per difendere le condizioni lavorative dello Stato di origine sottratte ai lavoratori con il cambio di bandiera, mentre, nel caso *Laval*, il medesimo diritto viene esercitato per assicurare ai lavoratori distaccati le migliori condizioni lavorative dello Stato ospitante. In ambo i casi la Corte, entrando nel merito delle "*overriding reasons of public interest*"[99] giustificative delle

all'altra. E che risulta sostanzialmente distonica rispetto alle indicazioni ricavabili […] dalle […] tradizioni costituzionali degli Stati membri, oltre che, ora, rispetto alla linea di equilibrio (ed autentico bilanciamento) che emerge dalla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo».

[95] Sentenza *Laval*, C. Giust. CE, 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, punto n. 107.

[96] Sentenza *Laval,* cit., punto n. 108.

[97] V. *infra* paragrafo successivo.

[98] Sentenza *Laval,* cit., punto n. 110

[99] Cfr. sul punto G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 49 con specifico riferimento al caso *Laval*.

azioni sindacali e ricorrendo al principio di proporzionalità[100], nega la loro capacità scriminante nei confronti dei privati[101], laddove, con una corretta raffigurazione del potere giustificativo dei diritti sociali, avrebbe dovuto o ritenere del tutto insussistente una responsabilità o, comunque, non certo imputarla alla condotta dei privati.

6.2.2. – Una riflessione problematica sugli orientamenti della Corte di Giustizia a confronto con le soluzioni accolte dalla Corte di Strasburgo. L'impatto del Trattato di Lisbona e i timidi interventi "correttivi" attuati dall'Unione europea

A fronte dei criticabili, e criticati, orientamenti della Corte di Giustizia occorre cercare di riflettere su cosa possa implicare la considerazione svolta in merito al differente valore degli interessi in conflitto, vale a dire al più intenso spessore valoriale dei diritti della persona rispetto alle libertà fondamentali.

La conseguenza, certamente, non può essere quella di una statica e astratta gerarchia di valori, da intendere quale costante prevalenza dei diritti sociali, e questo per la banale ragione che tali diritti vanno comunque regolati ed esercitati tenendo conto di una complessità di fattori, tra i quali ben possono ricomprendersi le ragioni sottese alle libertà fondamentali.

La prospettiva deve essere un'altra.

Innanzitutto, come ben aveva intuito l'Avvocato generale nella causa Omega, si impone un'interpretazione del diritto dell'Unione europea adeguatrice ai diritti fondamentali della persona, il che significa che una ricostruzione come quella del caso *Laval*, favorevole ad una interpretazione strettamente letterale della direttiva 86/71, che menziona solo la contrattazione con efficacia *erga omnes*, potrebbe risultare dissonante rispetto ad una interpretazione adeguatrice alla tutela dei diritti sociali.

Ma il problema della tutela dei diritti dei lavoratori e delle azioni sindacali nel quadro europeo trascende l'interpretazione delle fonti dell'Unione e prospetta soprattutto un'esigenza di raffronto con le legislazioni e con le prassi nazionali.

In particolare, il diverso valore delle libertà fondamentali rispetto ai

[100] Parla di «scivolosa trappola della proporzionalità» S. Sciarra, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, in *Industrial Law Journal*, 2010, p. 235.

[101] Si legge in *Viking* che le restrizioni alle libertà fondamentali «possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo».

diritti sociali non deve tradursi in una astratta e statica logica gerarchica, bensì in un bilanciamento asimmetrico a favore dei diritti fondamentali e non certo delle libertà dell'U.E. In tale ottica non è rispetto ai diritti sociali che si devono contenere le finalità perseguibili nel rapporto con le libertà dell'U.E., ma al contrario sono le libertà fondamentali che, nell'impatto con i diritti sociali, e nel rispetto del principio di proporzionalità, devono veder ristretto il proprio obiettivo all'esigenza di non frustrare *in toto* il funzionamento del mercato unico. Ne discende che i diritti sociali non dovrebbero subire limitazioni, se non in contesti nei quali impedirebbero in maniera radicale la tutela delle libertà economiche. D'altro canto, il riferimento alla concretizzazione attuata dalle legislazioni nazionali non può riguardare un'illusoria sintesi – specie se operata al ribasso – fra differenti orientamenti presenti nei vari Stati nazionali, ma un giudizio sul singolo sistema coinvolto, operato nella prospettiva del bilanciamento asimmetrico a favore dei diritti sociali.

La necessità di accedere a questa nuova prospettiva emerge non soltanto dalle ragioni esposte e, in generale, dalle critiche sollevate rispetto al quartetto *Laval* nel dibattito nazionale ed europeo, ma anche dal confronto con posizioni assunte da organi internazionali, quale il Comitato europeo dei diritti sociali. Tale istituzione, proprio con riguardo alla *Lex Laval* adottata dalla Svezia, a seguito della nota vicenda, ha assunto, con la decisione del 3 luglio 2013 (reclamo n. 85/2012), una posizione nettamente critica, ritenendo la dottrina *Laval,* tradottasi nella richiamata legge, contrastante con la Carta sociale europea[102].

In simile contesto, una qualche incrinatura, rispetto alla posizione assunta dalla Corte di Giustizia sui diritti sociali, inizia invero a trapelare anche dal lato degli organi e delle fonti dell'Unione europea.

Un primosegnale di un possibile cambiamento di rotta, rispetto alle quattro storiche sentenze, pare emergeredalle parole dell'Avv. Trstenjak che, nelle sue conclusioni alla causa Commissione c. Germania[103], cerca di orientare in una direzione un po' meno squilibrata a scapito dei diritti fondamentali il bilanciamento di interessi. «In caso di conflitto tra un diritto fondamentale ed una libertà fondamentale – osserva – 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

[102] Cfr. in proposito V. De Stefano, *La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra Corti e organi di supervisione internazionali*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2014, p. 474.
[103] Sul punto cfr. F. Vecchio, *Dopo* Viking, Laval *e* Rüffert*: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti fondamentali?,* cit., p. 9 s.

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»[104].

Se tale rilievo manifesta l'intenzione di un passaggio dal bilanciamento asimmetrico sfavorevole ai diritti fondamentali ad un bilanciamento simmetrico, segnali di un possibile ancor più drastico rinnovamento, e comunque indicazioni utili a sciogliere il dilemma rimediale (fra azioni nei riguardi dei privati o nei riguardi dello Stato), è dato evincere dalle fonti normative e, *in primis*, dalle affermazioni di principio.

Spicca, innanzitutto, il ruolo svolto del Trattato di Lisbona che non solo riconosce, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alcuni diritti sociali, ma soprattutto prevede l'impegno ad aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il che investe la giurisprudenza della Corte di Strasburgo di una rinnovata funzione e di una capacità di incidere sugli orientamenti della Corte di Lussemburgo[105]. Tale dato ha un significato pregnante nella materia dei diritti sociali rispetto alla quale la Corte di Strasburgo ha attuato una radicale svolta, passando da un atteggiamento di disinteresse per i diritti sociali al riconoscimento, a partire dai casi *Demir* e *Baykara*[106] ed *Enerji Yapi-Yol Sen* c. Turchia[107], della riconducibilità – attraverso un procedimento ermeneutico arricchito dalle fonti internazionali – del diritto di contrattazione collettiva e del diritto di sciopero alla libertà di associazione di cui all'art. 11 della CEDU. Simile inquadramento comporta una protezione molto forte dei diritti sociali che, in virtù della disposizione citata, dovrebbero tollaresolo limitazioni previste dalla legge e «necessarie in una società democratica», il che – nel caso *Enerji* – si è tradotto nella previsione che ogni limite al diritto di sciopero vada giustificato in funzione di «un bisogno sociale pressante»[108].

Accanto alle potenzialità rafforzative dei diritti sociali, che possono attendersi dalla Corte di Strasburgo e dalla sua eventuale influenza sulla Corte di Lussemburgo, vanno poi ricordati alcuni sviluppi della stessa normativa comunitaria.

Innanzitutto, la previsione della direttiva 54/2014/UE sulla libera circola-

[104] Conclusioni dell'Avv. *Trstenjak* n. 190.
[105] Cfr. B. Zahn, R. De Witte, *La prospettiva dell'Unione europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, in *Giornale del dir. Lav. e di rel. ind.*, 2011, 3, p. 442.
[106] *Demir* e *Baykara* c. Turchia, ricorso n. 34503/97.
[107] *Enerji Yapi-Yol Sen* c. Turchia, ricorso n. 69959/01.
[108] V. De Stefano, *La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra Corti e organi di supervisione internazionali*, cit., p. 470.

zione dei lavoratori, nel contemplare il doveroso rispetto "dei diversi modelli di mercato del lavoro degli Stati membri, compresi quelli regolati da contratti collettivi", senza alcuna restrizione alle mere ipotesi di contrattazione avente efficacia *erga omnes*, sembrerebbe implicitamente distaccarsi dal caso *Laval* e smentire anche il caso *Rüffert*, che aveva reputato illegittima la legislazione che rimetteva alla contrattazione collettiva la determinazione del minimo salariale.

Non ha avuto invece seguito la Proposta di Regolamento Monti II[109], di cui, tuttavia, è doveroso ricordare alcune prese di posizione. Il testo, da un lato, ribadivala proiezione orizzontale delle libertà, affermando che l'obiettivo di far coesistere libertà e diritti sociali grava sullo Stato (considerando nn. 6-7-8) così come sui sindacati (considerando n. 8), ma, da un altro lato, riconosceva l'"ampio margine di discrezionalità [de]gli Stati" e il mero compito di "supervisione" spettante alla Corte di Giustizia. A questa si attribuiva la funzione di verificare che lo Stato, tramite i meccanismi di risoluzione delle controversie, di cui all'art. 3, e i meccanismi di allerta, di cui all'art. 4, regolasse l'esercizio dei diritti fondamentali e dialogasse con le parti sociali, senza disattenderein maniera radicale le esigenze poste dalle libertà fondamentali e dall'obiettivo del mercato unico. A dimostrazione, poi, di un approccio ben diverso da quello della dottrina *Laval*, la Proposta Monti II evocava, nel Preambolo, tanto la Carta dei diritti fondamentali, quanto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, contribuendo ad aprire la via ad un coordinamento con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Bocciata la Proposta di regolamento Monti II, nuove ed utili indicazioni possono desumersi dalla direttiva 67/2014/UE[110]. Questa, innanzitutto, si preoccupa, in risposta al caso *Laval,* di coniugare l'esigenza di certezza sulle tariffe minime salariali, rivendicata dalle imprese[111], con il riconoscimento del ruolo delle parti sociali, le quali in molti Stati membri «possono, secondo il diritto e/o la prassi nazionali, determinare i diversi livelli, alternativamente o

[109] Proposta di Regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, COM 2012/0130.
[110] Direttiva 67/2014/UE del 15 maggio 2014 concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del Regolamento (UE) n. 1024/2012 del 25 ottobre 2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»).
[111] Per questo la direttiva prevede che in caso di contratti collettivi non di applicazione generale dovrebbero «le parti sociali […] comunicare tali tariffe e fornire informazioni in merito» e, nel caso di contratti collettivi dichiarati di applicazione generale, che gli Stati membri «garantiscano, rispettando nel contempo l'autonomia delle parti sociali, che tali contratti collettivi siano messi a disposizione del pubblico in modo accessibile e trasparente» (considerando 19).

contemporaneamente, delle tariffe minime salariali applicabili». Ma soprattutto – nel considerando 49 – afferma di voler «rispetta[re] i diritti fondamentali e osserva[re] i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare la protezione dei dati di carattere personale (articolo 8), la libertà professionale e il diritto di lavorare (articolo 15), la libertà d'impresa (articolo 16), *il diritto di negoziazione e di azioni collettive*[112] (articolo 28), il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (articolo 31), il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (articolo 47), la presunzione di innocenza e i diritti della difesa (articolo 48) e il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (*ne bis in idem*) (articolo 50) e deve essere applicata nel rispetto di tali diritti e principi». Alla proclamazione contenuta nel considerando si affianca poi il chiaro dettato dell'art. 1, comma 2, secondo cui «La […] direttiva non pregiudica in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti negli Stati membri e a livello di Unione, ivi compresi il diritto o la libertà di sciopero e il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, secondo il diritto e/o le prassi nazionali, né il diritto di negoziare, concludere ed applicare accordi collettivi e promuovere azioni collettive secondo il diritto e/o le prassi nazionali».

In definitiva, la direttiva tende, da un lato, a non disattendere il bisogno delle imprese di avere certezza e conoscibilità circa le tariffe salariali minime, ma al di là di tale obiettivo legittimamente perseguibile nel rivendicare le libertà fondamentali, dà il più ampio spazio ai diritti sociali e soprattutto ribadisce la piena competenza degli Stati nazionalinella disciplina e nella regolamentazione di tali diritti, il che conferma nella maniera più evidente che l'unico sindacato ammissibile da parte della Corte di Giustizia sia quello finalizzato ad un controllo essenziale e basilare circa il rispetto delle libertà fondamentali da parte degli Stati nazionali, che restano i soli possibili responsabili di un'eventuale violazione.

7. – L'apparato dei rimedi: rimedi civilistici nei confronti dello Stato e rimedi civilistici nei confronti dei privati. I diritti sociali e il rimedio esclusivo della responsabilità civile dello Stato

Le considerazioni svolte in merito al bilanciamento di interessi consentono di completare e di arricchire le riflessioni in margine alle conseguenze rimediali.

[112] Il corsivo è aggiunto.

La ribadita centralità del ruolo degli Stati nazionali nel regolare l'esercizio dei diritti sociali e la funzione di mero controllo sulla tutela delle libertà, spettante alla Corte di Giustizia, costituiscono un rilievo centrale nella valutazione sulle tipologie di rimedi esperibili in tali fattispecie.

In particolare, trova conferma l'opzione che predilige, in questo ambito, il rimedio civilistico diretto nei confronti dello Stato, senza che ciò equivalga ad un'assoluta irresponsabilità dei privati, nonostante la proiezione orizzontale delle libertà.

La loro responsabilità sussiste ma, in una materia che resta di competenza dello Stato nazionale, non può affermarsi oltre il limite segnato dall'interpretazione e dall'adattamento del diritto nazionale all'obiettivo della tutela delle libertà.

Per converso, quando il privato invoca le libertà anche oltre o contro la disciplina nazionale, facendo valere sostanzialmente un bisogno di controllo sull'operato degli Stati nazionali, il rimedio civilistico diretto non può essere esercitato nei riguardi dei privati, che hanno rispettato la disciplina statale in una materia di sua competenza, ma solo nei confronti del destinatario del controllo, vale a dire lo Stato.

Non così si è orientata la Corte svedese (l'*Arbetsdomstolen*) che, con la sentenza del dicembre 2009[113], ha affermato la diretta responsabilità dei sindacati, con conseguente condanna al risarcimento dei danni punitivi, fondando tale conclusione sui seguenti argomenti: il possibile passaggio dalla responsabilità civile dello Stato per violazione delle norme dell'U.E. alla responsabilità civile dei privati per violazione delle norme dell'U.E., l'efficacia orizzontale delle norme sulle libertà e i precedenti *Courage,* Manfredi e Raccanelli.

Sennonché in tal modo, oltre ad aver applicato i principi delle sentenze *Courage* e Manfredi ad un ambito ben diverso da quello della disciplina della concorrenza[114], che è materia di competenza dell'Unione, soprattutto ha disatteso in maniera radicale di considerare la ragione dell'efficacia orizzontale delle libertà in materia di diritti sociali che – come si è già ampiamente motivato – è solo quella di un controllo sull'operato degli Stati e non quella di un'usurpazione della loro competenza. Questo rende vano il richiamo al caso Raccanelli che, per un verso, riguarda ben altra ragione giustificativa dell'efficacia orizzontale e, per un altro verso, non

[113] Cfr. in proposito J. Malmberg, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell'Unione. Il caso svedese*, in *Giornale del dir. Lav. e di rel. ind.*, 2011, 3, p. 371 ss.

[114] Estremamente critico in proposito J. Malmberg, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell'Unione. Il caso svedese.*, cit., p. 379 ss.

ha neppure generalizzato – nei termini riferiti dalla Corte svedese – la responsabilità diretta dei privati[115].

Il paradosso del risultato cui giunge la Corte è di tutta evidenza: i sindacati hanno agito nel pieno rispetto del diritto svedese, in base al *Co-Determination Act*, che implicava un'eccezione alla *Lex Britannia*, eppure vengono reputati responsabili in base alla disapplicazione del *Co-Determination Act* e alla conseguente applicazione del principio *Britannia*[116]. In tal modo, dell'incompatibilità fra il *Co-Determination Act* e il diritto dell'Unione finiscono per rispondere i sindacati, anziché lo Stato. Non solo, ma se è vero che il principale rilievo della Corte di Giustizia rispetto all'azione sindacale posta in essere nel caso *Laval* consisteva nell'inadeguata trasposizione da parte della legislazione svedese della direttiva 96/71/CE sui minimi salariali – sul presupposto che la contrattazione collettiva senza efficacia *erga omnes*fosse inadeguata a garantire alle imprese certezze sui minimi salariali – *a fortiori* risulta quanto mai ingiustificato traslare tale responsabilità del potere legislativo svedese in capo ai sindacati.

A questi rilievi si deve aggiungere, volgendo lo sguardo al contesto nazionale, l'ulteriore paradosso di un'azione diretta verso i privati che – nel sistema italiano – andrebbe a colpire non il sindacato, bensì i singoli lavoratori, il che renderebbe ancor più inaccettabile far gravare su tali soggetti deboli l'errore dello Stato e la "doppia forza" di libertà esercitate da soggetti tradizionalmente forti, quali sono, di regola, gli imprenditori.

Da ultimo, è certamente preferibile che il giudice civile, nel dirimere, in sede di azione risarcitoria, il delicatissimo bilanciamento fra libertà e diritti sociali, a confronto con i differenti orientamenti della Corte di Giustizia e delle Corti costituzionalinazionali, abbia perlomeno lo Stato, e non un singolo privato, nel ruolo di convenuto.

Volendo, dunque, concludere sul quadro che si delinea nella disciplina dei diritti sociali, cioè in una materia che spetterebbe unicamente allo Stato e sulla quale la proiezione orizzontale svolge una mera funzione di controllo, deve ritenersi che l'efficacia orizzontale, quando serve ad invocare il rimedio diretto nei confronti del privato, non può che essere un'efficacia orizzontale indiretta, tale cioè da non potersi spingere oltre l'interpretazione adeguatrice al diritto dell'Unione europea: se con così non fosse la *Drittwirkung* determinerebbe una espropriazione della competenza spettante in materia agli Stati nazionali. Viceversa, vi può essere un'efficacia orizzontale

[115] Così B. Zahn, R. De Witte, *La prospettiva dell'Unione europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, cit., p. 436.

[116] J. Malmberg, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell'Unione. Il caso svedese.,* cit., p. 375.

diretta, tale da consentire al privato di invocare la libertà direttamente nell'applicazione della norma sul rimedio e finanche contro l'applicazione del diritto nazionale, solo se il rimedio diretto è fatto valere nei riguardi dello Stato, a conferma che l'effetto espansivo della competenza dell'Unione prodotto dalla *Drittwirkung* non deborda dalla funzione del controllo degli Stati nazionali su una materia di loro spettanza.

8. – L'ambito di applicazione dei rimedi nei confronti dei privati e la disciplina del contratto

Esclusa la materia dei diritti sociali dall'ambito applicativo dei rimedi direttamente esperibili nei confronti dei privati, va evidenziato come tali rimedi possano, viceversa, operare in tutti gli altri settori coinvolgenti la *Drittwirkung* delle libertà fondamentali, abbracciando tanto rimedi inibitori e risarcitori – quest'ultimo il solo esperibile in vicendecome i casi Angonese[117] e Raccanelli[118] – quanto rimedi contrattuali.

In particolare, perché siano ipotizzabili rimedi contrattuali, e nello specifico la nullità, è necessario non solo che ricorrano le motivazioni che giustificano l'applicazione dei rimedi orizzontali diretti verso i privati, ma, *ab imis*, che il contenuto del contratto si ponga, alla luce del principio di effettività, in immediato contrasto con le libertà fondamentali.

Dinanzi a tale evenienza – come efficacemente illustra in un noto caso l'Avv. Maduro[119] – il giudice ha innanzitutto l'obbligo di interpretare in maniera adeguatrice alle libertà fondamentali le norme interne – ad esempio un patto di non concorrenza o un divieto di alienazione – e, ove non riesca a piegarle con l'interpretazione a tale obiettivo, ha l'obbligo di disapplicarle.

Di seguito, qualora il giudice dovesse disapplicare una norma, che preserverebbe la validità dell'accordo, o semplicemente non rinvenisse con riguardo all'intesa alcuna norma specifica di riferimento, si ravviserebbe quella situazione di lacuna nella garanzia delle libertà che giustifica il raccordo delle normesulle libertà fondamentali con la disciplina sui rimedi.

Esaminando tale prospettiva rispetto al contratto e, specificamente, ai rimedi invalidanti, l'alternativa che si apre è fra l'applicazione della nullità per contrarietà alla norma imperativa o il ricorso al medesimo rimedio per

[117] V. *supra* nota n. 22.
[118] V. *supra* nota n. 20.
[119] Il giudice – scrive – ha l'obbligo «*to interpret and apply the relevant domestic provision in conformity with the requirements of Community law and, where this is not possible, to disapply any incompatible domestic provisions*».

contrarietà all'ordine pubblico, ossia la tecnica della *Drittwirkung* diretta o indiretta.

Orbene, sul piano dell'accertamento sostanziale, l'alternativa non pare incidere radicalmente sul tipo di verifica che deve effettuare il magistrato. Infatti, se si ragiona in termini di violazione della norma imperativa di cui si ipotizza l'efficacia orizzontale e, dunque, ci si avvale della nullità virtuale *ex* art. 1418, 1° comma, c.c., è necessario comunque verificare, per giungere all'esito della nullità, la connessione fra la norma imperativa e i principi dell'ordine pubblico[120], sicché il tipo di indagine non risulta sostanzialmente divergente fra *Drittwirkung* diretta o indiretta. In tale prospettiva, se la norma sulla libertà si lega, nella specifica vicenda, al divieto di discriminazione o ad altre istanze afferenti ai diritti dell'uomo, troverà supporto nell'ordine pubblico personalistico, mentre se si associa unicamente all'obiettivo del mercato unico, indurrà ad evocare l'ordine pubblico economico di matrice comunitaria.

Viceversa, ciò che potrebbe differenziare il richiamo all'ordine pubblico come argomento per giustificare la nullità virtuale rispetto all'ordine pubblico quale causa *tout court* di nullità è che, mentre nel primo caso il giudizio è circoscritto entro i confini della norma e non conduce in via automatica alla nullità, poiché occorre verificare il tipo di impatto del contratto sulla medesima disposizione, viceversa, se si invoca direttamente l'ordine pubblico si dà spazio all'intera latitudine del principio che si impone in via immediata sul contratto.

Ciò premesso, le due soluzioni tornano di fatto a coincidere per effetto del filtro selettivo del principio di effettività poiché questo in ogni caso induce a verificare che il contenuto dell'atto di autonomia sia tale da impedire la tutela effettiva delle libertà, ponendosi in contrasto con le disposizioni poste a loro difesa.

La nullità, in ogni caso, è di pieno diritto poiché legata all'esigenza di tutelare o istanze personalistiche fondamentali o esigenze nelle quali l'interesse privato è inscindibile rispetto all'obiettivo generale del mercato interno e non vi è alcuna automatica evidenza di un'asimmetria di potere in capo al titolare della libertà tale da giustificare un rimedio asimmetrico, quale la nullità di protezione.

La rilevabilità d'ufficio consente al giudice, per un verso, di avvalersi del rinvio pregiudiziale tutte le volte nelle quali avesse il dubbio circa la corrispondenza fra la propria valutazione e le ragioni dell'effettività che

[120] U. Breccia, *Causa*, in G. Alpa, U. Breccia, A. Liserre (a cura di), *Il contratto in generale*, t. III, Milano, 1999, p. 169 ss.

giustificano la proiezione orizzontale e, per un altro verso, permette ai tribunali nazionali di confrontarsi e dialogare con la Corte di Giustizia nell'individuazione delle stesse ragioni dell'effettività.

Immaginando ora di applicare la nullità a talune vicende giurisprudenziali assai note, si palesa l'efficienza delle soluzioni offerte dal rimedio contrattuale.

Nel caso Bosman[121], ad esempio, si sarebbero potute ritenere nulle sia la previsione discriminatoria del regolamento Uefa sia, di riflesso, le condizioni contrattuali inserite nei due contratti di lavoro stipulati dal Sig. Bosman. Analogamente nella vicenda Walrave[122], l'invalidità dell'atto di autonomia privata, nello specifico il regolamento della UCI, avrebbe consentito di rimuovere l'ostacolo ad estendere l'operatività dei contratti fra allenatori e ciclisti anche all'ambito dei campionati mondiali. Da ultimo, volgendo lo sguardo al ben noto caso Fra.bo[123] – presentato nel 2012 a Copenhagen quale esempio paradigmatico di ostacolo allo sviluppo e all'innovazione delle PMI a livello europeo – si sarebbe potuto ipotizzare un giudizio di invalidità riferito all'atto di revoca della certificazione per il Frabopress, emanato dall'ente privato, DVGW tedesco.

Chiarita l'incidenza della proiezione orizzontale delle libertà sulla validità del contratto, è interessante riflettere in via conclusiva su come si inquadri l'eventuale profilo del bilanciamento di interessi all'interno di tale giudizio. I privati, che con la loro autonomia limitano le libertà fondamentali, possono tentare di giustificare il loro atto in nome di una sua connessione con i diritti fondamentali della persona, ad esempio, poiché l'atto è esercizio della libertà associativa o è legato alla tutela di diritti inviolabili. Il giudice, in tal caso, dovrà, nell'applicazione orizzontale della norma imperativa sulle libertà fondamentali, verificare se i principi di ordine pubblico che esprime la norma meritino di prevalere o meno sull'ordine pubblico personalistico che, nella singola vicenda, va a rafforzare l'esercizio del potere di autonomia privata, sempre che le stesse libertà non risultino potenziate dal fattore personalistico.

Convince, ad esempio, che nei casi Walrave, Donà e Bosman sia prevalsa sul diritto di associazione la libertà di circolazione e la libera prestazione dei servizi in quanto in tali vicende le libertà erano intrise, a loro volta, di una valenza personalistica, trasmessa dal divieto di discriminazione e dalla connessione dell'interesse con la cittadinanza europea.

[121] V. *supra* nota n. 19.
[122] V. *supra* nota n. 15.
[123] V. *supra* nota n. 39.

Viceversa, non deve stupire che nel caso *Used Soft v. Oracle Intern*.[124] sia risultato soccombente il diritto d'autore rispetto alla libera circolazione dei servizi, sottesa alla regola dell'esaurimento europeo, poiché il diritto d'autore nella specifica vicenda veniva in gioco con una valenza puramente economica che ben poteva soccombere rispetto ad una regola, espressione dell'unitarietà del mercato. All'inverso, l'eventuale rinuncia alla regola dell'esaurimento europeo, a favore di quella dell'esaurimento internazionale, che colorerebbe l'accordo dell'elemento personalistico legato alla libera circolazione delle idee, dovrebbe necessariamente far prevalere tale interesse sulla difesa protezionistica del mercato interno. Né tale conclusione è ostacolata dal differente esito decretato dalla Corte di Giustizia in vari casi – da Micro *Leader Business* sino a *Laserdisken* – nei quali è stata chiamata a giudicare non accordi privati bensì previsioni normative che contemplavano siffatta disciplina. L'incomprimibilità del diritto a disporre di un diritto economico, rinunciando o limitando la tutela economica del diritto d'autore, consente infatti all'autonomia contrattuale di garantire la libera circolazione delle idee anche al di là e contro i confini del protezionismo economico europeo delle libertà fondamentali, dimostrando come nella proiezione orizzontale il bilanciamento di interessi possa condure ad esiti non necessariamente coincidenti con quelli affermatisi nella proiezione verticale.

*9. – L'impatto delle libertà fondamentali sul potere di autonomia privata: "*Quis custodiet ipsos custodes?*"*

La riflessione sui rimedi contrattuali è la migliore premessa per provare a disegnare in sintesi l'impatto delle libertà fondamentali dell'U.E. sul potere di autonomia privata.

Quanto alla proiezione verticale delle libertà fondamentali sulla disciplina contrattuale, essa produce senza dubbio un rafforzamento del relativo potere, in quanto l'atto di autonomia è lo strumento cardinale con cui si realizza e concretizza l'esercizio delle libertà fondamentali, con la conseguenza che leggi limitative dell'autonomia automaticamente si pongono in contrasto con le medesime libertà. Da tale relazione non discende, tuttavia, un potere distruttivo delle libertà dell'U.E.[125] rispetto a qualsivoglia regolamentazione dell'autonomia privata, una sorta di corsa al

[124] C. Giust. UE, 7 settembre 2012, C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*
[125] E. Steindorff, *Zur Frage der Gemeinschaftswidrigkeit von mitgliedsstaatlichen Rechtsvorschriften, die Arbeitsverträge von Fremdsprachenlektoren allgemein auf ein Jahr beschränken*, (1994) *Juristen-Zeitung* 95, p. 96.

ribasso e di attrazione verso un modello iperliberista[126]. Lo chiariscono le parole dell'Avv. Manduro, pronunciate nelle conclusioni alle cause riunite C-158/04 e C-159/04[127], dove rileva che non è dato inferire un «diritto assoluto» dei cittadini comunitari «alla libertà economica o commerciale» e, dunque, «una deregolamentazione generalizzata delle economie nazionali». L'impatto delle libertà fondamentali in proiezione verticale non è, dunque, quello di una deregolamentazione, bensì un'influenza rafforzativa del potere di autonomia.

Un effetto sostanzialmente opposto deriva invece dalla proiezione orizzontale delle libertà fondamentali sull'autonomia contrattuale, là dove la stessa autonomia contempli accordi limitativi delle libertà.

Dinanzi dunque all'interrogativo «*How can EC freedoms which are meant to advance private autonomy in the Community pone a threat thereto?*»[128] la risposta può semplicemente derivare dalla distinzione fra l'impatto sul singolo atto e l'incidenza sul generale potere di autonomia. Mentre, infatti, il singolo atto può ben comprimere il potere contrattuale di una parte con i terzi, e di riflesso ostacolare le libertà fondamentali, viceversa, la medesima vicenda, considerata rispetto agli effetti che produce in generale sul potere di autonomia privata, conferma la capacità di potenziamento dell'autonomia dei privati propria delle libertà. E infatti, se le libertà fondamentali riescono a rendere invalido il singolo accordo che limita l'autonomia con i terzi e dunque le libertà, di riflesso ne discende un potenziamento del potere di autonomia esercitabile nei confronti dei terzi.

Peraltro, anche limitando la prospettiva di indagine alla limitazione del singolo atto, non deve stupire che la pattuizione fra i privati possa soccombere rispetto ad istanze economiche prevalenti, come quelle della costruzione del mercato unico, o, *a fortiori*, ad esigenze di natura personalistica, di cui fossero eventualmente espressione, nella specifica vicenda, le libertà dell'U.E.

Ma cosa accade quando la stessa autonomia contrattuale si colora di una valenza personalistica, come nel caso della contrattazione collettiva

[126] P. Mülbert, *Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmark,* (1995) 159 *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 1, p. 7; S. Leible, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, cit., p. 66.

[127] Conclusioni dell'Avv. M. Poiares Manduro presentate il 30 marzo 2006, cause riunite C-158/04 e C-159/04, *Alfa Vita Vissilopoulos AE*, già *Trofo Super-Markets AE* contro *Elliniko Dimosio, Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon* e *Carrefour Marinopoulos AE* contro *Elliniko Dimosio, Nomarchiaki Aftodioikisi Ioannino*.

[128] O. O. Cherednychenko, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, cit., p. 41.

o della contrattazione derivante dall'esercizio di diritti sociali? In tal caso l'eventuale soccombenza dell'autonomia privata rispetto alle libertà fondamentali rischia in effetti di generare un *vulnus* rispetto all'impostazione costituzionale nazionale. Sennonché – come si è sopra evidenziato – tale dissonanza può essere rimossa, quanto meno dalla disciplina del contratto e dal conflitto fra privati, spostando – come si è proposto – la disciplina del conflitto fra diritti sociali e libertà fondamentali sul terreno rimediale della responsabilità civile dello Stato, salvo chiaramente auspicare, anche in tale ambito, un bilanciamento asimmetrico a favore dei diritti sociali.

Simile cautela, peraltro rinfrancata anche dalla constatazione della recente maggiore attenzione degli organi dell'Unione verso i diritti sociali, non deve peraltro alimentare facili ottimismi né far ritenere ingenuamente che tutte le minacce ai diritti sociali vengano dalla tecnica di estensione delle competenze dell'Unione tramite l'efficacia orizzontale delle libertà.

Parimenti insidiosa, nella difficile ricerca di un equilibrio fra libero mercato e giustizia sociale, si erge una recente sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Alemo-Herron* e altri v. *Parkwood Leisure Ltd.*[129] che non ha applicato in proiezione orizzontale le libertà fondamentali, ma che ha direttamente considerato la libertà contrattuale un diritto fondamentale implicitamente protetto attraverso l'art. 16 della Carta de diritti fondamentali dell'Unione europea e l'ha utilizzata per proporre un'interpretazione della stessa normativa dell'Unione europea di segno opposto rispetto alle esigenze della giustizia sociale. La sentenza, nell'affermare che l'art. 3 della direttiva 2001/23/CE «osta a che uno Stato membro preveda, nel caso di un trasferimento di impresa, che le clausole di rinvio dinamico ai contratti collettivi negoziati e adottati dopo la data del trasferimento siano opponibili al cessionario, qualora quest'ultimo non abbia la possibilità di partecipare al processo di negoziazione», immola la tutela dei lavoratori, nelle vicende di trasferimento, ad una ingenua ed erronea esaltazione della libertà contrattuale. Il potere di autonomia – nella sua essenza tutelata dalla garanzia d'istituto – è infatti ampiamente preservato dalla circostanza che il cessionario accetta, con il trasferimento, contratti che sa essere caratterizzati da tale tutela dinamica.

Si profila in tal modo il timore che quello straordinario strumento che è il contratto, che va preservato e garantito nella sua forza economica e nella sua capacità di accogliere complessi bilanciamenti di interessi, ma sul quale non

[129] Cfr. S. Weatherill, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract'. Judgment of the Court of 18 July 2013: Case C-426/11, Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*, in *European Review of Contract Law*, 2014, p. 167 ss.

può gravare ogni problema di giustizia, veda sostituirsi alla tecnica dell'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali, in funzione di estensione della competenza dell'Unione, la diversa e più insidiosa tecnica dell'inviolabilità del potere di autonomia privata finalizzata, per altra strada, a esasperare, sempre per via giudiziale, le ragioni del mercato a scapito dei diritti sociali. Lapidario il giudizio della dottrina europea che, nel commento alla pronuncia, si propone di dimostrare: «*the deeply flawed reasoning and assumptions that underpin the ruling in Alemo-Herron in the hope that it will not be repeated*»[130]. Del resto l'orientamento della Corte è tanto più singolare, e segno di un'assoluta lontananza fra Corti europee e Corti nazionali, in quanto si colloca esattamente agli antipodi di alcune soluzioni nazionali, peraltro parimenti deprecabili, che vedono il ricorso alla *Drittwirkung* riferita al principio di solidarietà utilizzato per generalizzare un controllo sulla giustizia contrattuale[131].

In definitiva, rivolgendo lo sguardo agli opposti orientamenti delle Corti europee e nazionali ci giunge un monito metodologicamente identico, pur se riferito a tendenze assiologicamente opposte. La *Drittwirkung* e il richiamo ai principi sono operazioni complesse e raffinate di ampliamento della garanzia dei diritti e delle libertà, che vengono affidati alla custodia non solo dei legislatori ma anche dei giudici ordinari e della Corte di Giustizia. Simili tecniche, tuttavia, non devono tradursi nella rozza manipolazione giudiziale degli istituti giuridici, che ha il volto europeo di un'esaltazione irreale delle libertà economiche e il volto autoctono di una subordinazione del contratto alla solidarietà spinta sino all'annientamento dello stesso contratto[132].

Ma allora "*quis custodiet ipsos custodes?*" – direbbe Carl Schmitt[133] – chi controlla l'agire dei giudici ordinari e della Corte di Giustizia come custodi dei valori e li orienta verso un equilibrato bilanciamento fra esigenze del mercato e bisogni della persona e della giustizia? Certamente, tale compito spetta *in primis* alla Corte costituzionale, ma non sempre la sua voce può

[130] S. Weatherill, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights*, p. 167.
[131] Il riferimento è alle ordinanze C. Cost., 21 ottobre 2013, n. 248, con nota di G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *I Contratti*, 2014, p. 926 ss. e C. Cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it*., 2014, I, c. 2036 ss., con nota di E. Scoditti, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, che, attraverso la *Drittwirkung* del principio di solidarietà, propongono di introdurre un controllo generalizzato sulla giustizia contrattuale del contratto, scisso dal presupposto dell'asimmetria di potere fra i contraenti, che rischia di determinare l'annientamento dello stesso potere di autonomia.
[132] V. *supra* nota precedente.
[133] C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1981, p. 17.

essere ascoltata né essa stessa è del tutto esente da orientamenti censurabili[134]. Ecco, dunque, che torna a imporsi il compito della dottrina, alla cui voce si deve il merito di aver evidenziato le criticità delle pronunce della Corte di Giustizia in materia di diritti sociali, gli eccessi della pronuncia *Alemo-Herron*, i limiti[135] delle ordinanze della Corte costituzionale n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014: una voce polifonica che, nonostante i suoi attuali limiti, resta, forse, ancora oggi, il più affidabile custode dei custodi dei valori.

[134] Il riferimento è sempre alle ordinanze C. Cost., 21 ottobre 2013, n. 248, cit., p. 926 ss. e C. Cost., 2 aprile 2014, n. 77, cit., c. 2036 ss.
[135] Cfr. fra gli altri G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, cit., p. 927 ss.

Armando Plaia

Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato e diritto privato

SOMMARIO: 1. – L'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali secondo la giurisprudenza comunitaria; 2. – Il rango dei diritti CEDU; 3. – Spunti dal caso *Fra.bo*; 4. – Conclusioni.

1. – L'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali secondo la giurisprudenza comunitaria

Ragionare sull'efficacia delle libertà fondamentali di libera circolazione di servizi, persone e capitali nel diritto privato equivale a riflettere sulla possibile "efficacia orizzontale" – cioè appunto nel rapporto tra privati – delle libertà fondamentali.

La questione dell'efficacia (diretta e) orizzontale si è posta tradizionalmente per le direttive non trasposte o recepite in modo non corretto ed è stata risolta negativamente: è noto infatti che le direttive sono sì applicabili direttamente se "analitiche", ma l'applicazione diretta è comunque verticale, mai orizzontale[1].

Di talché, in una controversia tra privati, il giudice non può applicare la direttiva "analitica" orizzontalmente e dunque non può disapplicare il diritto interno che con essa contrasti. In questo caso, residua al privato la

[1] C. Giust. CE, 5 ottobre 2001, C-397/01, *Pfeiffer et alii contro Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV.* e C. Giust. UE, 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*. Cfr. almeno M. DOUGAN, *The "Disguised" Vertical Direct Effect of Directives?,* in *The Cambridge Law Journal*, 2000, p. 586 ss.; E. DUBOUT, *L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux: le "bateau ivre" a-t-il sombré?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 277 ss.; L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1997, p. 523; R. MASTROIANNI, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Effect of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, in *European Public Law*, 1999, p. 417 s.

tutela risarcitoria contro lo stato ammessa a partire da *Frankovich*[2].

Di efficacia "orizzontale" si è tornato a parlare a proposito dei diritti fondamentali della Carta UE (CDFUE)[3]. E così, di recente nel caso *Association de Mediation Sociale*[4] si è escluso che un diritto fondamentale – all'informazione e alla consultazione dei lavoratori (art. 27) –, così come concretizzato in una direttiva, possa implicare la disapplicazione di una disposizione interna con esso contrastante (art. L 1111-3 *cod. trav.*), proprio in ragione della natura giuridica privata del ricorrente (AMS).

Le disposizioni della direttiva, ancorché concretizzanti un diritto fondamentale (CDFUE), rimangono dunque non applicabili nei rapporti orizzontali, cioè nei confronti dei soggetti privati[5].

Nel caso *Association de Mediation Sociale*, la Corte precisa che la vicenda sottesa è diversa da quella affrontata nel precedente *Kücükdeveci*: lì si era ritenuto il diritto fondamentale di non discriminazione (in base all'età del lavoratore) applicabile nei rapporti orizzontali in quanto "diritto soggettivo" o comunque situazione giuridica soggettiva sufficientemente delineata, non assimilabile al "principio"[6].

Per altro verso, *Kükükdeveci* è stato letto come l'affermazione della dottrina degli effetti orizzontali *limitatamente* a quelle singole previsioni di una

[2] Cfr. da ultimo F. Piraino, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Europa e dir. priv*., 2012, p. 707.

[3] A. von Bogdandy *et alii*, *Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review,* 2012, p. 489 ss.; M. Cartabia *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 5 ss.; R. Ergec, M. Happold, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Brussels, 2014; F. Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford, 2014; F. Ferraro, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e* rule of law *nell'Unione al tempo della crisi*, Napoli, 2014; E. Muir, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 219 ss.; S. Peers *et alii* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014; M. Poiares Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, p. 137 ss.

[4] C. Giust. UE, 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT et alii.*

[5] Cfr. C. Giust. UE, 19 gennaio 2010, C-555/07, cit., con nota di D. Del Vescovo, *La Corte di Giustizia sembra considerare che una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell'ambito di una controversia tra singoli*, in *Europa e dir. priv*., 2010, p. 293 ss.

[6] Conclusione condivisa da R. Cosio, *La Corte di giustizia precisa i limiti dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati*, in *Lav. giur*., 2014, p. 871 ss., proprio in ragione della distinzione che la Carta offrirebbe tra diritti fondamentali che hanno il rango di "principi" e diritti fondamentali che hanno la statura di "diritti".

direttiva che siano l'espressione di un diritto fondamentale della Carta[7].

In altra sentenza, *A c. B e altri*[8], la Corte di giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto dell'Unione dei controlli accentrati di costituzionalità vigenti in alcuni Paesi e volti a risolvere le antinomie tra fonti interne e Costituzione, nonché tra fonti interne e diritti garantiti dalla CDFUE.

Il problema, in particolare, si è posto per via di una recente sentenza del *Verfassungsgerichtshof* (Tribunale costituzionale federale austriaco), nella quale si afferma che la Carta dei diritti fondamentali integra il parametro nazionale di costituzionalità.

In sostanza, in caso di contrasto tra disposizione della CDFUE e diritto interno vi sarebbe l'obbligo per il giudice ordinario di sollevare una questione di costituzionalità. Ciò a ben vedere escluderebbe persino l'efficacia diretta – verticale e orizzontale – della norma della Carta.

Il quesito in sede di rinvio pregiudiziale, posto ai giudici di Lussemburgo dalla Corte di cassazione austriaca, riguardava allora la compatibilità del predetto sistema di controllo accentrato, e del conseguente obbligo di sollevare una questione di legittimità costituzionale, con il potere di disapplicazione del giudice ordinario discendente dal diritto dell'Unione, che è al contempo la necessaria implicazione di una efficacia diretta, ed eventualmente orizzontale (se il destinatario è un soggetto privato), della disposizione normativa contenuta nella Carta.

Una simile questione si era già posta in altro precedente relativo alla compatibilità con il potere del giudice di disapplicazione (e dunque con la primazia del diritto comunitario e l'applicabilità diretta) della questione di costituzionalità imposta dall'ordinamento francese.

La pronuncia della Corte si fonda, infatti, sulle condizioni enunciate nella sentenza *Melki e Abdeli*[9].

---

[7] D. Schiek, *Constitutional Principles and Horizontal Effect.* Kükükdeveci *Revisited*, in *European Labour Law Journal,* 2010, p. 368 ss.; ma v. il commento di A. Wiesbrock, in *German Law Journal*, 2010, p. 539 ss.; N. Lazzerini, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali … ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di giustizia nel caso* Kücükdeveci, in *Riv. dir. intern.*, 2010, p. 443 ss.

[8] C. Giust. UE, 11 settembre 2014, C-112/13, *A contro B et alii*, con nota di L. Raimondi *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione: la Corte di giustizia dialoga con il Tribunale costituzionale austriaco*, in *Dir. civ. cont.*, 28 settembre 2014. Cfr. anche A. Guazzarotti, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in *www.dirittocomparati.it*; nonché O. Pollicino, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il "moto ascendente", ovverosia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata dalla Corte ai diritti dell'Unione*, in *Consulta online*, 20 aprile 2015, p. 242 ss.

[9] C. Giust. UE, 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli.*

Sulla scia di quella pronuncia, si afferma ora che il diritto dell'Unione può ritenersi compatibile con una procedura prioritaria di costituzionalità, a condizione che i giudici ordinari restino liberi: *a)* di sottoporre alla Corte, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata, e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; *b)* di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; *c)* di disapplicare, al termine di un siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione.

Ciò posto, la ricostruzione del *Verfassungsgerichtshof* si fonda sull'assunto in base al quale la CDFUE costituisce un'area marcatamente definita del diritto dell'Unione, alla quale non si attaglierebbe la tradizionale giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di disapplicazione delle fonti interne incompatibili.

Ora, stante peraltro una certa area di sovrapposizione tra CDFUE e CEDU, secondo il *Verfassungsgerichtshof* le vie di ricorso volte alla tutela dei diritti sanciti dalla Carta dovrebbero essere ricavate dal criterio di "equivalenza" della tutela, il quale impone che le modalità procedurali dei ricorsi, volti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto dell'Unione, non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna. Sicché, dal criterio di equivalenza, secondo i giudici costituzionali austriaci, discenderebbe che la tutela dei diritti contenuti nella Carta, ameno quando analoghi a quelli sanciti dalla CEDU, dovrebbe passare attraverso il controllo accentrato previsto dalla Costituzione austriaca[10].

Peraltro, afferma il giudice costituzionale austriaco (*Verfassungsgerichtshof*), il controllo da parte dei giudici costituzionali non incide sul potere dei giudici comuni di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Già in *Melki e Abdeli*, la Corte di giustizia ha infatti chiarito che il giudice interno deve essere libero di rivolgersi alla Corte *ex* art. 267 TFUE in qualsiasi fase del procedimento, ed anche dopo che si sia pronunciato il giudice costituzionale. Inoltre, deve essere in grado di assicurare la tutela giurisdizionale cautelare ed eventualmente di disapplicare la fonte interna al termine del procedimento incidentale di costituzionalità[11].

[10] L. Raimondi, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione: la Corte di giustizia dialoga con il Tribunale costituzionale austriaco*, cit.

[11] L. Raimondi, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato*

È evidente, come si è osservato, che il giudice costituzionale manifesta tutta la preoccupazione di essere tagliato fuori dal controllo di legittimità di una norma interna che – avendo quella comunitaria un'applicabilità diretta, verticale o anche orizzontale – sia inserita in un meccanismo che ne possa implicare la disapplicazione da parte del giudice ordinario[12].

A fronte del naturale istinto di autoconservazione del giudice costituzionale, il giudice interno (peraltro di ultima istanza, dunque addirittura obbligato al rinvio pregiudiziale) – e cioè la Corte di cassazione austriaca nel caso *A c. B e altri* –, nel contesto di un ricorso vertente sull'interpretazione di una normativa europea letta alla luce dell'art. 47 della CDFUE, solleva un quesito pregiudiziale circa la compatibilità delle vie procedurali tracciate dal *Verfassungsgerichtshof* con il diritto dell'Unione europea.

Il giudice *a quo*, in particolare, segnala che l'obbligo di adire il Tribunale costituzionale, discendente dalla sentenza del *Verfassungsgerichtshof*, prolunga la durata del procedimento, ne aumenta i costi e, soprattutto, incide sulle prerogative del giudice discendenti dall'art. 267 TFUE.

La Corte di giustizia in *A c. B* rammenta il principio giurisprudenziale enunciato per la prima volta nella sentenza *Simmenthal*[13], in base al quale «il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, *disapplicando* all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contrastante, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa *o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*» (punto 36).

E nell'ipotesi in cui una norma nazionale, contraria al diritto dell'Unione, sia altresì contraria alla Costituzione, il giudice non può essere privato delle sue prerogative discendenti dall'art. 267 TFUE, per il solo fatto che la constatazione dell'incostituzionalità sia soggetta ad un ricorso obbligatorio innanzi alla Corte costituzionale (punto 38).

Sicché «qualora il diritto nazionale preveda l'obbligo di avviare un procedimento incidentale di controllo costituzionale generalizzato delle leggi, il funzionamento del sistema instaurato dall'articolo 267 TFUE esige che il giudice nazionale sia libero, da un lato, di adottare qualsiasi misura

di legittimità costituzionale e disapplicazione: la Corte di giustizia dialoga con il Tribunale costituzionale austriaco, cit.

[12] L. Raimondi, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione: la Corte di giustizia dialoga con il Tribunale costituzionale austriaco*, cit.

[13] C. Giust. CE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal.*

necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e, dall'altro, di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, una disposizione legislativa nazionale che esso ritenga contraria al diritto dell'Unione» (punto 40).

La Corte di giustizia rammenta, altresì, le conseguenze, enunciate nella più volte citata sentenza *Melki e Abdeli*, discendenti dalla sua competenza esclusiva a dichiarare l'invalidità degli atti dell'Unione. Segnatamente, ove sia in discussione l'incostituzionalità, per contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e garantiti dalla Carta, di una legge nazionale che si limiti a recepire le disposizioni imperative di una direttiva, la Corte non può essere privata della possibilità di svolgere un controllo sulla direttiva, attraverso il rinvio pregiudiziale di validità. Sicché, la stessa deve essere adita, dal giudice ordinario o dallo stesso giudice costituzionale, prima che sia effettuato il controllo incidentale di costituzionalità (punti 41-43).

Insomma, il punto è quello della disapplicazione della norma interna contrastante con la norma comunitaria, che è questione che presuppone la supremazia del diritto europeo e ovviamente la sua diretta applicabilità (verticale o anche orizzontale)[14]. La disapplicazione, ad avviso della Corte di Lussemburgo, non dovrebbe essere preclusa o ritardata da un giudizio "interno" di legittimità costituzionale; peraltro, se il contrasto si prospetta tra norma interna applicativa di una direttiva e norma della Carta, il giudizio sulla validità della norma europea è riservato alla Corte di giustizia.

2. – Il rango dei diritti CEDU

La ragione della predetta statuizione, ad avviso della dottrina[15] non può rinvenirsi in un mutamento sostanziale del modello di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione (così invece, nella sua sentenza, il *Verfassungsgerichtshof* al punto 38). Piuttosto, si spiegherebbe in ragione della crescente frequenza con cui le parti invocano i diritti codificati nella Carta, talvolta senza neanche preoccuparsi di richiamare altresì gli analoghi diritti riconosciuti dalla Costituzione, integrata dalla CEDU.

I diritti fondamentali CEDU, infatti, oltre a non avere il rango "costituzionale" delle disposizioni del Trattato, ma invece quello "subcostituzionale",

[14] E. Cannizzaro, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir. Un. eur.*, 2012, p. 23 ss.

[15] L. Raimondi, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione: la Corte di giustizia dialoga con il Tribunale costituzionale austriaco*, cit.

almeno nel contesto italiano si ritiene siano norme interposte, utili cioè a sindacare la legittimità costituzionale del diritto interno: con esclusione, dunque, non soltanto di una applicazione orizzontale[16], ma prima ancora di un'applicazione diretta[17]. Al contempo, la giurisprudenza interna ha ritenuto come il meccanismo per l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sia autonomamente costruito, secondo le regole valevoli nell'ambito dell'ordinamento internazionale, dallo stesso trattato istitutivo, ossia la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (art. 46, "Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze").

Nelle norme della Convenzione dunque si ritrova un sistema compiuto, sia in tema di individuazione delle decisioni oggetto di esecuzione, sia in relazione alle questioni interpretative ed esecutive concernenti le decisioni della Corte, rimesse alla Corte medesima, e al controllo sulla esecuzione, attribuito al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, mentre è attribuita al Presidente del Consiglio dei ministri del Governo della Repubblica italiana, la promozione degli «adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano»[18].

L'autonomia del sistema – ma non la sua eccezionalità, visto che l'attuazione delle sentenze tramite lo spontaneo adempimento degli Stati è

[16] D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droit de l'homme entre personnes privées*, Brussels, 1995, p. 26; G. Alpa, *L'applicabilità della Convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 873 ss.

[17] Cfr. da ultimo Trib. Milano, 4 marzo 2015, in *Dir. civ. cont.*, 12 marzo 2015 che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 2, e dell'art. 4, co. 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., nonché con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, nella parte in cui dette norme non consentono il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, e dunque anche alla diagnosi preimpianto, alle coppie fertili portatrici di malattia geneticamente trasmissibile; nonché Trib. Vercelli, 12 febbraio 2015, *ivi*, 23 febbraio 2015 e con nota di A.I. Natali, *Nuovo volto del diritto di proprietà e profili risarcitori: il ruolo della Cedu e della Carta di Nizza,* in *Questione giust.*, 3 aprile 2015; R. Dickmann *Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulla relazione tra ordinamento costituzionale e CEDU (dalle sent. N. 348-349 del 2007 alla sent. N. 264 del 2012)*, in *federalismi.it* e G. D'Amico (a cura di), *Proprietà e diritto europeo*, Napoli, 2013.
Ovviamente la norma CEDU integra il parametro costituzionale ma non impone di sollevare il contrasto ove sia possibile un'interpretazione convenzionalmente orientata: così ad es. Trib. Palermo, 15 aprile 2015, in *Dir. civ. cont.*, 18 aprile 2015, ha ritenuto possibile un'interpretazione convenzionalmente orientata degli art. 337-*bis* e 337-*ter* c.c. alla luce degli artt. 7 e 24 CDFUE e 8 CEDU.

[18] Cons. St., sez. IV, 11 giugno 2015 n. 10557.

il modulo operativo tipico delle giurisdizioni internazionali – è ribadita dalla giurisprudenza nazionale, sia da quella costituzionale[19], sia civile (in quanto le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno notato che «le sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, con le quali sono accertate e dichiarate violazioni della Convenzione e/o dei suoi Protocolli, non incidono direttamente nell'ordinamento giuridico dello Stato convenuto, vincolando invece, sul piano internazionale appunto, soltanto quest'ultimo a conformarvisi»)[20], sia amministrativa («le decisioni della Corte europea non sono assimilabili ad un titolo esecutivo giudiziale suscettibile di esecuzione forzata nei confronti dello Stato contraente condannato dalla Corte, poiché nessuna disposizione della Convenzione prevede meccanismi esecutivi diretti di tali provvedimenti. Esse, in altre parole, creano reciproci vincoli obbligatori tra gli Stati membri e non danno luogo ad obbligazioni di tipo privato nei confronti dei ricorrenti vittoriosi, ciò che urterebbe contro la lettera della Convenzione e i comuni principi di diritto internazionale riconosciuti dagli Stati contraenti»)[21].

3. – Spunti dal caso Fra.bo

La questione dell'efficacia orizzontale si è posta anche con riferimento alle libertà fondamentali del Trattato, da ultimo nel caso *Fra.bo.*

La Corte di giustizia, con sentenza 12 luglio 2012, C-171/11, *Fra.bo/DVGW*, ammette, infatti, per la prima volta, l'efficacia orizzontale, e cioè nei rapporti privatistici, del principio della libera circolazione delle merci, già affermata dalla giurisprudenza europea per le altre libertà fondamentali di circolazione[22].

[19] Si è infatti espressamente affermato per un verso che le norme CEDU «vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno» (sentenze C. Cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e n. 349); affermazione confermata anche successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza C. Cost., 7 marzo 2011, n. 80). Per altro verso, che le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo creano vincoli sul solo piano internazionale (sentenza C. Cost., 16 aprile 2008, n. 129, sulla carenza nell'ordinamento nazionale di strumenti preordinati a garantire l'effettività del citato articolo 46 della CEDU).

[20] Cass. civ., sez. un., 16 maggio 2013, n. 11826.

[21] Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. II, 6 febbraio 2014, n. 424.

[22] C. Giust. UE, 12 luglio 2012, C-171/11, *Fra.bo SpA contro Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein*, con commento di H. Schepel, *Case C-171/11* Fra.bo SpA v Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches, in *European Review of Contract Law*, 2013, p. 186 ss.; nonché, H. van Harten, T. Nauta,

In sostanza, la libertà di circolazione delle merci avrebbe come destinatari non solo gli stati membri, ma anche i soggetti privati, le cui condotte sarebbero dunque sindacabili dal giudice alla stregua delle misure degli Stati membri.

Sin qui si era soltanto ammesso l'effetto verticale indiretto (o responsabilità statale indiretta), e cioè la possibilità di sindacare la misura statale lesiva della libertà di circolazione; e comunque, quanto alle condotte private (ad es. distruzione di prodotti agricoli importati da altro stato membro, blocco delle strade da parte degli autotrasportatori), si era ritenuto che solo lo Stato potesse essere chiamato a rispondere per non aver impedito la condotta del soggetto privato[23].

Può essere utile partire proprio dal caso in questione per apprezzare il senso dell'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali.

Il caso *Fra.bo* riguarda la elaborazione di norme tecniche da parte di un'associazione di diritto privato (*DVGW*) e la certificazione di prodotti da parte di detta associazione. Poiché a tale certificazione è correlata una presunzione *ex lege* secondo cui i prodotti certificati (da *DVGW*) sono conformi ai requisiti in vigore per il loro impiego, ci si chiede se ciò costituisca una forte restrizione della commerciabilità di prodotti non certificati.

La vicenda interessa un settore ed un tipo di prodotto rispetto a cui non c'è un marchio CE, non c'è stata cioè armonizzazione nella regolamentazione, né tantomeno uniformazione. Sicché le caratteristiche tecniche dei prodotti importabili le dettano i singoli stati o gli enti cui tale attività viene delegata, formalmente o di fatto. *Fra.bo* afferma dunque un principio in un ambito non armonizzato, in cui opera la tecnica del "mutuo riconoscimento" – il paese importatore (Germania) è tenuto a riconoscere le caratteristiche con cui è fabbricato il prodotto in altro stato

Towards Horizontal Direct Effect For the Free Movement of Goods. Comment on Fra.Bo, in *European Law Review*, 2013, p. 677 ss.; N.N. Shuibhne, *The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Justice,* Oxford, 2013; A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano, 2007, p. 21 ss.; A. Guaccero, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa* vs. *Usa*, *ivi*, p. 1 ss.
Può anticiparsi che, in fase discendente, con sentenza 14 agosto 2013 i giudici di seconda istanza di Düsseldorf hanno applicato il citato principio di diritto nel giudizio *a quo*.

[23] C. Giust. CE, 9 dicembre 1997, C-265/95, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese,* e C. Giust. CE, 24 ottobre 2002, C-121/00, *Hahn.* Cfr. G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa e dir. priv*., 2006, spec. p. 967 e p. 971.

membro (Italia) –, la quale come è noto è a sua volta strumentale alla piena affermazione delle libertà fondamentali, prima fra tutte quella di libera circolazione delle merci[24].

Lo Stato, tenuto al rispetto delle libertà fondamentali, può tuttavia "delegare" l'attività di normazione e di certificazione ad un ente privato, in teoria soggetto non destinatario delle disposizioni del Trattato che sanciscono le libertà, sin che si ritiene che le stesse abbiano efficacia meramente verticale. Il pericolo dell'elusione, nei settori non armonizzati, è dunque evidente.

Più in particolare, il caso *Fra.bo* riguarda un'azienda produttrice di raccordature in rame per condutture idrauliche, che è stata tenuta per quasi dieci anni fuori dal proprio principale mercato di sbocco, quello tedesco. La *Fra.bo*, infatti, presentava alla *DVGW*, alla fine del 1999, una domanda di certificazione dei suoi prodotti, certificazione non obbligatoria ma determinante per la collocazione sul mercato dei prodotti del settore idraulico in Germania.

La *DVGW* rilasciava la certificazione, ma nel giugno 2005 comunicava alla *Fra.bo* che la sua raccordatura non aveva superato un certo test. In sostanza, la revoca della certificazione era provocata dall'introduzione di una nuova regola tecnica[25]. Avverso la revoca ed il diniego di proroga del certificato relativo alle sue raccordature in rame la *Fra.bo* proponeva ricorso davanti al Tribunale di Colonia (*Landgericht Köln*), che lo respingeva. La *Fra.bo* impugnava tale sentenza di rigetto con appello dinanzi al giudice del rinvio, cioè la Corte di appello di Düsseldorf.

A fronte di dubbi in ordine alla questione se e, in caso affermativo, quali norme di diritto dell'Unione dovessero essere rispettate dalla *DVGW* nell'ambito della sua attività di elaborazione di norme tecniche e di certificazione, il giudice *a quo* sottoponeva alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: 1) se l'articolo 34 TFUE (libertà di circolazione delle merci) debba essere interpretato nel senso che (anche) gli organismi di diritto privato costituiti al fine di elaborare norme tecniche in un determinato settore, nonché di certificare i prodotti sulla scorta di tali norme tecniche, siano assoggettati, nell'elaborazione delle norme

[24] Cfr. da ultimo C. Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013, p. 62 e p. 104; N.N. Shuibhne, *The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Justice,* cit., p. 102; G. Corso, *Mutuo riconoscimento e norma applicabile*, in A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, cit., p. 127 ss.

[25] A. Plaia, *Da* Düsseldorf *a Lussemburgo e ritorno: "Towards Horizontal Effect For the Free Movement of Goods?"*, in *Dir. civ. cont.*, 3 novembre 2014.

tecniche e nel processo di certificazione, alle summenzionate disposizioni, qualora il legislatore nazionale consideri espressamente conformi alla legge i prodotti provvisti di certificati, cosicché, nella prassi, la distribuzione di prodotti sprovvisti di tale certificato sia perlomeno resa notevolmente più difficoltosa; 2) in caso di soluzione negativa della questione precedente: se l'articolo 101 TFUE (divieto di cartelli) debba essere interpretato nel senso che l'elaborazione di norme tecniche e la certificazione sulla scorta di tali norme da parte di un ente certificatore possa considerarsi "attività economica" in quanto riferibile ad un'associazione di imprese, e se la stessa sia idonea ad ostacolare il commercio tra gli Stati membri[26].

Non può sfuggire come, per un verso, la vicenda *Fra.bo* sia stata risolta non già ricorrendo alla disciplina sulla concorrenza tra imprese del Trattato (secondo quesito pregiudiziale, assorbito dal primo) – disciplina che, a partire dal Reg. 1/2003, è direttamente applicabile dai giudici nazionali – ma appunto affermando l'operatività orizzontale del principio della libera circolazione delle merci. Per altro verso, come in *Fra.bo* non si ponga una questione di compatibilità con l'art. 34 TFUE della disposizione normativa tedesca contenente una presunzione di conformità del prodotto alle regole riconosciute della tecnica ove lo stesso presenti un contrassegno di un ente certificatore accreditato (effetto verticale)[27].

Come è noto, nel settore della libera circolazione dei lavoratori, la Corte,

[26] Come si dirà, essendo positiva la risposta al quesito circa l'efficacia orizzontale, tale seconda questione viene ritenuta dalla Corte di Lussemburgo assorbita dalla prima, in quanto posta in subordine e cioè soltanto nell'ipotesi in cui alla prima questione, relativa all'ammissibilità di un'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci, si fosse data risposta negativa. Cfr. A. Plaia, *Da* Düsseldorf *a Lussemburgo e ritorno: "Towards Horizontal Effect For the Free Movement of Goods?"*, cit. A seguito della decisione del 12 luglio 2012 della Corte di giustizia, il 14 agosto 2013 i giudici di seconda istanza di Düsseldorf hanno finalmente riconosciuto la possibilità di *Fra.bo* di tornare a commercializzare in Germania il suo più innovativo prodotto, una guarnizione che viene utilizzata per mettere in sicurezza le grandi condutture di acqua e gas. Dunque, il 14 agosto 2013 l'*Oberlandesgericht Düsseldorf* ha decretato che, in applicazione della sentenza della Corte di giustizia, la revoca del certificato da parte dell'ente di certificazione privato tedesco *DVGW*, da esso stesso emesso, era illegittima, in quanto tale ente era soggetto al rispetto dell'articolo 34 del TFUE e non poteva introdurre test e prove ingiustificate che producessero l'effetto di ostacolare l'accesso al mercato dei prodotti importati.

[27] Il regolamento tedesco concernente le condizioni generali relative alla fornitura di acqua prevede che «possono essere impiegati unicamente prodotti e apparecchi conformi alle regole generalmente riconosciute della tecnica». E che «il rispetto dei requisiti di cui al primo periodo viene presunto in presenza di una marcatura CE (…) la presunzione ricorre anche qualora il prodotto o l'apparecchio presenti un contrassegno di un ente certificatore accreditato del settore».

specie con la sentenza *Angonese*, ha già compiuto un passo importante nel senso dell'assoggettamento (anche) dei privati alle libertà fondamentali[28].

Come ha scritto Harm Schepel, che pure ha ritenuto la decisione "*disastrously ambiguous*" (anche perché non parla mai testualmente di "efficacia orizzontale", espressione, in effetti, rinvenibile solo nelle *Conclusioni* dell'Avvocato generale), una conclusione può agevolmente essere tratta dal caso *Fra.bo*: «la libertà di circolazione dei beni ha raggiunto la libertà di circolazione delle persone, dei servizi e di stabilimento, essendo applicabile, in certi casi, alle parti private»[29].

Sin da subito, occorre tuttavia notare che la questione non sembra tanto se la libertà di circolazione delle merci abbia efficacia orizzontale – abbia cioè come destinatari anche i soggetti privati e non solo lo Stato membro – ma in quali casi ciò accada, ad esempio se ciò debba dirsi solo in presenza di un soggetto privato con poteri regolatori. In questo senso, si è osservato, la questione che si pone dopo *Fra.bo* sarebbe analoga a quella attualmente oggetto di discussione relativa all'ammissibilità di un'efficacia orizzontale dei diritti della CDFUE[30]. In realtà, la questione appare assai diversa: intanto, le libertà fondamentali sottendono interessi strumentali e non finali, come accade per le disposizioni costituzionali o per i diritti fondamentali. Si è per altro verso rilevato che la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo, ove venga in considerazione un potenziale conflitto tra libertà del Trattato e diritto fondamentale, riferiscono entrambe della possibilità di limitare quest'ultimo, rispettivamente, solo in presenza di "soverchianti ragioni di pubblico interesse" ovvero di un "bisogno sociale

[28] A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, cit., p. 73 ss. Sui noti casi *Viking* e *Laval* cfr. almeno G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, cit., p. 947.
In *Fra.bo* osserva la Corte che qualora gli Stati membri potessero eludere tale obbligo di rispetto delle libertà fondamentali nell'elaborazione e applicazione di norme tecniche mediante un trasferimento – di diritto o *de facto* – dei propri poteri ad associazioni private, ne deriverebbe un'applicazione non uniforme del diritto dell'Unione. Infatti, negli Stati membri in cui il potere di normazione e di certificazione resta riservato alle autorità in quanto funzione pubblica, essa dovrebbe essere esercitata nel rispetto delle libertà fondamentali. Negli Stati membri, invece, in cui tale compito venga svolto – *de facto* – da un'associazione di diritto privato, le libertà fondamentali resterebbero, a tal riguardo, inefficaci.

[29] H. Schepel, *Case C-171/11* Fra.bo SpA v Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches, cit., p. 188.

[30] D. Leczykiewicz, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2013, p. 493, che riflette proprio sulla "*regulatory effect doctrine*".

imperioso", ma in realtà l'operazione di bilanciamento è condotta in modo assai diverso: nell'ottica della Corte di Strasburgo è il diritto fondamentale che occupa il primo termine di paragone – e il diritto può essere sacrificato solo se sussiste un "bisogno sociale imperioso" (cui concretamente potrebbe essere assimilata anche una libertà fondamentale) – mentre nell'ottica della Corte di Lussemburgo la situazione è rovesciata, «perché qui è la libertà economica prevista dal Trattato che costituisce il primo termine di paragone ed essa potrà essere limitata, anche per proteggere un diritto fondamentale della persona umana, solo in presenza di *soverchianti ragioni di pubblico interesse*»[31].

Ad ogni modo, l'efficacia orizzontale della libertà fondamentale, se presa sul serio, reca con sé due corollari non irrilevanti.

a) Si accetta che l'autonomia dei privati possa essere compressa dalle libertà fondamentali (si pensi ad un'impresa distributrice che voglia negoziare soltanto con fornitori di determinati prodotti, provenienti da un determinato Paese e non da altri)[32].

b) I "confini" tra il diritto della concorrenza, e in particolare del diritto *antitrust*, che regola le condotte delle imprese, e il diritto delle libertà fondamentali, formalmente applicabile soltanto agli Stati, divengono sempre più labili.

I due aspetti trovano un'emblematica convergenza nell'affermazione della giurisprudenza della Corte di giustizia per cui una clausola contrattuale non può essere sindacata in ragione della lesione della libertà di circolazione *ex* art. 34 Trattato: il superamento del riparto di "competenze" tra diritto della concorrenza e (disciplina delle) libertà fondamentali segnerebbe un singolare corto circuito, poiché tenderebbe alla compressione dell'autonomia privata, cuore pulsante del mercato[33].

Quanto al secondo corollario, come nel diritto della concorrenza,

[31] G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 428. Cfr. anche C. Giust. CE, 14 ottobre 2004, C-36/02, con nota di E. Pellecchia, *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario, ivi,* 2007, p. 181 ss. Beninteso, la questione del "bilanciamento" e del sacrificio di un diritto fondamentale o, al contrario, di una libertà fondamentale, non è problema di efficacia orizzontale dell'uno o dell'altro. Ciò è evidente quando si discuta della sindacabilità, in termini di compatibilità con le libertà fondamentali del Trattato, di una disposizione normativa nazionale "attuativa" di un diritto fondamentale.

[32] C. Giust. CE, 6 giugno 2002, C-159/00, *Sapod Audic contro Eco-Emballages SA.* In *Sapod Audic* la Corte di giustizia ha ritenuto di non poter sindacare una clausola contrattuale alla luce dell'art. 34 perché, la stessa non è imposta dallo Stato, ma concordata tra due soggetti.

[33] P. Oliver, W.H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 427.

anche qui la dottrina ha intravisto l'utilizzo di una regola "*de minimis*", che cioè tollera le condotte poco rilevanti e scarsamente lesive del mercato concorrenziale, *rectius* della libertà di circolazione[34].

Ci si potrebbe chiedere, allora, perché sino a *Fra.bo* la Corte di giustizia non abbia riconosciuto anche alla libertà di circolazione delle merci un'efficacia orizzontale.

a) Una prima spiegazione potrebbe rinvenirsi nella circostanza che il principio di non discriminazione – sancito a vari livelli nel diritto dell'Unione – ha una correlazione assai più stretta con le altre libertà fondamentali: in altre parole, si è efficacemente osservato in letteratura, la discriminazione tra persone è assai più rilevante rispetto alla "discriminazione" tra merci.

b) Ma c'è almeno un'altra spiegazione possibile e cioè che il c.d. effetto orizzontale rinvenibile nella casistica riferibile alle altre libertà fondamentali sia stato talora una sorta di effetto verticale "esteso".

In effetti, in altre circostanze, in cui non si pone un problema di discriminazione, l'approccio orizzontale delle altre libertà, in casi molto noti come *Bosman* o *Viking*, è consistito in una sorta di «*extended vertical effect*», come lo ha chiamato la dottrina[35].

E cioè, la condotta del soggetto privato diviene sindacabile perché questo agisce "di fatto" nella sfera dello stato.

Questo, si è rilevato in dottrina, sarebbe proprio quanto accade in *Fra.bo*, poiché qui il legislatore tedesco ha introdotto nelle condizioni generali di contratto di settore, derogabili dalle parti, una presunzione di conformità correlata alla certificazione da parte dell'ente privato; non solo, una raccordatura in rame può circolare in Germania anche senza la certificazione in questione, ma se la certificazione viene (spontaneamente) chiesta ed ottenuta si ritiene (per indicazione espressa delle condizioni generali di contratto predisposte dal legislatore, ancorché derogabili) che il prodotto abbia le caratteristiche per poter circolare in Germania.

Insomma, formalmente le condizioni generali di contratto che richiamano la certificazione dell'ente privato sono derogabili e la certificazione non è

[34] A. Crespo van de Kooij, *The Private Effect of the Free Movement of Goods: Examining Private-Law Bodies' Activities under the Scope of Article 34 of the Treaty of the Functioning of the European Union*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2013, p. 363 ss.

[35] H. Schepel, *Costitutionalising 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,* 2012, p. 177 ss. Nonché, J. Snell, *Goods and Services in EC Law,* Oxford, 2002, p. 139 richiamato da G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, cit., p. 954.

obbligatoria. In questo senso, la *DVGW* non è un ente privato formalmente delegato a svolgere una funzione per conto dello Stato. Di fatto, però, ed è questo ciò che rileva (più che il dato formale), in Germania è molto difficile che venga acquistata una raccordatura in rame priva della certificazione in questione. E poiché ciò accade anche, o soprattutto, in ragione della norma dispositiva contenente la presunzione di conformità, alla vicenda lo stato legislatore non può dirsi del tutto estraneo. È in questo senso – e solo in questo senso – che *DVGW* opererebbe "di fatto" nella sfera dello Stato: questo passaggio, come si dirà, non è del tutto condivisibile, poiché le ragioni per cui nel nostro caso opera il c.d. effetto orizzontale devono ricercarsi altrove.

c) Infine, la spiegazione del perché sin qui la giurisprudenza non abbia applicato alla libertà di circolazione delle merci un'efficacia anche orizzontale, può risiedere nell'esigenza di preservare il confine tra tale libertà fondamentale (e l'interesse pubblico cui è correlata) e il diritto della concorrenza (che coinvolge invece interessi di singole imprese).

L'interrogativo è allora se la vicenda possa essere ricondotta ad un'ipotesi "tipica" del diritto *antitrust* europeo[36]. Non può sfuggire che qui in effetti si ammette, sotto le mentite spoglie dell'effetto orizzontale, un sindacato di una condotta anticorrenziale che (in ipotesi) non rientra in una delle fattispecie tipiche del diritto della concorrenza. In altre parole, poiché il dato formale non consente l'applicazione del diritto antitrust (e cioè dell'art. 101 TFUE), in quanto *DVGW* non svolge un'attività "economica", né la sua attività è formalmente riconducibile ad un'associazione di imprese, si ripiega su un utilizzo a maglie larghe delle libertà fondamentali, in teoria rivolte soltanto verticalmente alle "misure" degli Stati membri; così facendo, si concepisce un congegno normativo in grado di disinnescare condotte anticoncorrenziali poste in essere dai privati (che non svolgono attività economica e non sono riconducibili ad un'associazione di imprese).

Se così è, la specificità del caso *Fra.bo* non consiste nella natura privata del soggetto la cui condotta viene sindacata, quanto nella circostanza che lo stesso non svolge un'attività economica e non è riconducibile ad un'associazione di imprese. Il che equivale a dire che, diversamente, la condotta di *DVGW* sarebbe stata sindacabile secondo il diritto *antitrust*, ancorché la Corte di giustizia, formalmente per ragioni processuali, non si sia spinta sino a questa affermazione.

Insomma, ciò che rileva non sembra essere un collegamento formale o di fatto tra l'ente privato regolatore e lo Stato, quanto piuttosto il fatto che

[36] Sul tema cfr. almeno M. Libertini, *Principi e caratteri fondamentali del diritto* antitrust, in C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo,* III, *Impresa Lavoro*, Milano, 2007, p. 159 ss.

siamo comunque nell'ambito della sfera applicativa "sostanziale" del diritto antitrust, e che soltanto per ragioni meramente "formali" si è costretti a ripiegare sulla libertà fondamentale e a declinarla in senso orizzontale.

Ad una lettura in parte diversa sembra pervenire invece la dottrina specialistica più accreditata. Secondo il giurista canadese Peter Oliver, infatti, *Fra.bo* rappresenterebbe un caso di «falso effetto orizzontale», quello che Catherine Barnard ha chiamato «*forme étendue de l'effet vertical*»[37]. La Corte di giustizia, cioè, non avrebbe potuto non applicare l'art. 34 in ragione della specificità dello *status* del soggetto privato in questione[38].

4. – Conclusioni

In sostanza, questo sì, non può ammettersi l'affermazione di una generalizzata efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci. Piuttosto, tale ultima libertà fondamentale può porsi in rapporto di complementarità rispetto al diritto *antitrust*, ove l'esigenza di ripristinare il dinamismo concorrenziale imponga di reprimere una condotta che le fattispecie tipizzate del diritto *antitrust* non consentono di sindacare. Se questo è vero, è possibile anche tracciare un limite oltre il quale il ricorso al grimaldello delle libertà fondamentali, e segnatamente di quella di libera circolazione delle merci, non possa operare. Lo stesso deve collocarsi proprio sul crinale del "danno" che si intende rimuovere; per essere più chiari, non dovrebbe ammettersi, ad esempio, che una condotta anticoncorrenziale non sindacabile in ragione della regola *de minimis*, possa invece essere inibita e sanzionata perché lesiva della libertà di circolazione delle merci. In altre parole, al netto del dato formale che, in un determinato e specifico caso, come accade in *Fra.bo*, può rendere non applicabile la fattispecie antitrust, la logica che deve alimentare e innescare l'operatività del sindacato di una

[37] C. Barnard, *The Substantive Law of the UE. The Four Freedoms*, Oxford, 2010², p. 234.
[38] P. Oliver, *L'article 34 TFUE peut-il avoir un effect direct horizontal? Réflexions sur l'arrêt* Fra.bo, in *Cahiers de droit européen*, 2014, p. 77 ss. Si è anche scritto che la circostanza che si tratti di un falso caso di efficacia orizzontale, che dunque non avrebbe affatto allineato la libertà di circolazione delle merci con le altre libertà fondamentali, non significa che *Fra.bo* non abbia alcuna rilevanza. Esso infatti vale a rassicurare chi ha temuto che il processo del c.d. *New approach* e la "*normalisation*", e cioè l'attribuzione di un ruolo determinante ad organismi europei di normalizzazione e non più ad organismi nazionali di normalizzazione potesse sottrarsi ad un controllo giudiziario: R. van Gestel, H.W. Micklitz, *European Integration through Standardisation: How Judicial Review is Breaking Down the Clubhouse of Private Standardisation Bodies*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 145 ss.

condotta privata, e dunque l'efficacia orizzontale della libertà fondamentale, deve replicare quella del diritto *antitrust*. Il dispiegarsi di un'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci si giustifica in ordine ad un'occasionale inadeguatezza "formale" del diritto *antitrust*, ma per ciò stesso rimane ancorata alla sua *ratio* sostanziale[39].

[39] E semmai, questo è un punto in cui la decisione è piuttosto opaca, con applicazione verticale, si sarebbe potuto sindacare l'adozione di una disposizione normativa che (ancorché derogabile) di fatto genera un fenomeno distorsivo; con la conseguenza che è mancato il fisiologico dispiegarsi in senso verticale della libertà fondamentale di libera circolazione.
Le considerazioni sin qui sviluppate sembrano trovare riscontro anche nella formulazione del quesito del rinvio pregiudiziale, il quale contiene un esplicito riferimento all'art. 81 CE (o 101 TFUE) e cioè al divieto di comportamenti da parte di associazioni di imprese lesivi della concorrenza.
Il giudice di seconda istanza chiede infatti nel rinvio pregiudiziale, ancorché in subordine, e ove non si possa ritenere l'efficacia orizzontale della libertà fondamentale, se l'attività dell'ente certificatore privato possa considerarsi come "attività economica" riferibile ad un'associazione di imprese, come tale lesiva del divieto di intese o pratiche restrittive della concorrenza.
Con il consueto pragmatismo che caratterizza la giurisprudenza della Corte di giustizia, celato da ragioni formalmente processuali, a tale seconda questione, relativa alla sussistenza di un cartello vietato dall'art. 101 TFUE, la Corte di giustizia non ritiene necessario rispondere, in quanto assorbita dalla prima, e poiché posta "in subordine" e cioè soltanto nell'ipotesi in cui alla prima questione, relativa all'ammissibilità di un'efficacia orizzontale, si fosse data risposta negativa.

Carmelita Camardi

La ridefinizione dello status *della persona*

SOMMARIO: 1. – Premessa; 2. – Reclamo dell'identità personale e nuovi modelli di famiglia; 3. – Evoluzione e funzioni della nozione di *status* familiare; 4. – I limiti al riconoscimento di uno spazio giuridico europeo della famiglia; 5. – Due spinose questioni: il riconoscimento del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero; 6. – (*Segue*) …e l'adozione di un minore da parte di coppie omosessuali: *il best interest of child*; 7. – Conclusioni.

1. – Premessa

Le tematiche che ruotano intorno al tema oggetto d'analisi si presentano per diversi motivi quanto mai complesse.

In primo luogo perché richiamano un concetto, quello di *status*, assolutamente controverso in dottrina, e da taluni ritenuto addirittura inutile dal punto di vista sistematico.

In secondo luogo perché implicano altrettanto controverse questioni, concernenti le modalità attraverso le quali il sistema del diritto nazionale viene integrato dalle fonti esterne di diritto europeo, in una materia, qual è quella dei diritti della persona, che non è in tutto e per tutto di competenza dell'Unione Europea, ovvero lo è ma in un modo che lascia aperti interrogativi in ordine all'immediatezza o meno dell'applicabilità delle norme di fonte europea nell'ordinamento italiano. Mi riferisco al problema dell'efficacia della Carta di Nizza per rapporto anche alla Convenzione CEDU.

In terzo luogo perché, ad accettare il concetto di *status*, quanto meno nel suo evocare il diritto delle persone e quindi della famiglia, si chiama a sua volta in causa un tema che in letteratura – ma già nello stesso ordinamento –, è anch'esso più che controverso. Mi riferisco, per l'appunto, al tema caldo della nozione, o concetto di famiglia, o meglio di "famiglie", quale risultante non solo dal dibattito scientifico, ma anche dai recenti arresti della giurisprudenza.

Nel tentativo di articolare questi tre profili di ragionamento in un contesto unitario, con riguardo esclusivamente alle dinamiche che ruotano intorno al tema degli *status* familiari – non mi occuperò della cittadinanza – provo qui di seguito a formulare una personale ipotesi di discussione.

2. – Reclamo dell'identità personale e nuovi modelli di famiglia

Le libertà e i diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla Carta di Nizza e dalla CEDU, quali risultanti dalle interpretazioni fornite dalle Corti europee e nel dialogo con le Corti nazionali che ne hanno fatto applicazione alla stregua di "diritti fondamentali", hanno avuto certamente l'effetto di legittimare nuovi modelli di famiglia, moltiplicandoli e mettendo in discussione i valori tradizionali posti a fondamento della famiglia fondata sul matrimonio, eterosessuale e finalizzata alla procreazione. E tuttavia – prima ancora e oltre – essi hanno piuttosto introdotto un sottile meccanismo di logoramento della relazione logica e giuridica tra la famiglia e gli individui/soggetti che ne fanno parte, invertendo forse irreversibilmente, per l'appunto, la relazione di priorità prima esistente tra l'una e gli altri. Non più la famiglia come formazione sociale "individuata" nella quale è (oramai comunque) garantita l'esplicazione delle personalità individuali. Ma al contrario, la famiglia come esito variegato e proiezione multiforme delle personalità individuali, quali definite dal reclamo della propria "identità individuale", quest'ultima a sua volta qualificata e definita dall'esercizio dei diritti individuali fondamentali riconosciuti nelle Carte europee[1].

È dunque il concetto di "identità" che – a mio avviso – ha finito per operare in modo "sovversivo" rispetto alla logica della famiglia come formazione sociale specificamente normata. Quanto più la cultura e la prassi dei diritti individuali fondamentali si sono affermati nel nostro diritto di famiglia, tanto più essi hanno progressivamente riscritto il percorso

[1] Per una prima visione del problema, corredata da opinioni e metodologie differenti, si rinvia intanto al saggio di F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767 ss., ove alla visione seriamente preoccupata del civilista di fronte alla *deregulation* del diritto familiare (parr. 1-7), si affianca la più fiduciosa visione dell'internazionalista (parr. 8-12), il quale riscontra negli strumenti del diritto internazionale privato una maggiore possibilità di coordinare e armonizzare i "frantumi europei di famiglia" consegnati dalle prassi odierne. Per una lucida ricostruzione del processo di evoluzione dei modelli familiari "nella globalizzazione del diritto", in una chiave utile alla prospettiva proposta in queste note, rinviamo invece al libro di M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, 2014.

evolutivo delle relazioni familiari lungo due binari paralleli. Quello della eliminazione delle differenze codificate di ruolo all'interno della famiglia, in funzione della realizzazione dell'uguaglianza (e della solidarietà), da una parte[2]. E quello del tutto opposto (o apparentemente tale, e forse conseguenziale) della valorizzazione delle differenze, di "altre" differenze (quelle personali, non di ruolo), in funzione della non discriminazione, dall'altra[3].

In entrambi i casi, il reclamo della identità per il tramite dei diritti si è fatto portatore di nuovi valori etici e giuridici, ma anche di nuove prassi e modelli di relazioni, nella misura in cui tale combinazione del reclamo della propria personale identità attraverso lo strumento dei diritti fondamentali ha definitivamente superato il concetto astratto di persona in senso formale (legato a quello di soggetto capace di agire)[4], e ha lanciato invece nell'agone delle relazioni familiari il concetto di "identità" come "persona differente", nella cui differenza peraltro si consuma la sua irrinunciabile "dignità"[5]. Ma non si tratta solo di questo, né questo è ciò che più mi interessa mettere in rilievo attraverso questo intervento.

L'irruzione di un concetto di identità "bipolare" (che contemporaneamente lavora verso l'uguaglianza e verso le differenze), infatti, introduce un meccanismo tecnico-giuridico potenzialmente "sovversivo" tutte le

[2] Il riferimento è alla riforma del diritto di famiglia del 1975 e poi alla introduzione del divorzio. Ma sul punto, bisogna adesso menzionare le altre riforme del diritto di famiglia realizzate con le recenti leggi in materia di divorzio, la l. 10 novembre 2014, n. 162 e la legge 6 maggio 2015, n. 55. Mentre va ricordato il d.d.l. sulle unioni civili e convivenze di fatto, attualmente in discussione in Parlamento e reperibile al link: http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/43663.htm.

[3] E qui il riferimento è a quanto oltre nel testo, prevalentemente nella materia delle relazioni fra omosessuali.

[4] Quello una volta per tutte stigmatizzato nel pensiero giuridico moderno da A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939. V. anche Id., *Capacità (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8.

[5] Frutto invece di quel processo, qualificato come "dal soggetto alla persona", efficacemente descritto da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 140 ss. e da N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 50 ss. Ma in argomento v. anche P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984. Sull'effetto del concetto di identità nel pensiero giuridico contemporaneo v. ancora M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 43 ss., secondo i quali l'identità opera «attraverso l'essenzializzazione dei tratti particolari che distinguono i soggetti …intorno al principio di uguaglianza e al divieto di discriminazione»; sicché in questa specifica chiave è poi facile constatare che «il diritto di famiglia convive con l'attribuzione di diritti individuali ai suoi singoli componenti e vive nel conflitto fra le identità che esso stesso contribuisce a creare»; nonché, ampiamente, D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 137 ss.; R. Alessi, S. Mazzarese, S. Mazzamuto (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di A. Galasso*, Milano, 2013.

volte in cui opera all'interno di un contesto che non è formalmente riducibile a quello delle relazioni patrimoniali strutturate sul modello delle obbligazioni, quale è per antonomasia *e comunque* la famiglia intesa come luogo dello "stare insieme" e non come luogo strumentale alla realizzazione di interessi economico/patrimoniali[6]. L'avvento, o il sopravvento, o il cambiamento o la costruzione di una "identità personale", nella misura in cui un ordinamento ne riconosce la rilevanza in combinazione con un diritto fondamentale, può avere un effetto deflagrante su quella forma di convivenza personale e affettiva che chiamiamo famiglia, perché astrattamente può imporre la primazia di quel diritto individuale – in quanto fondamentale – sulla creazione, sulla conservazione o sulla distruzione di quella forma[7]. Con conseguente (rischio di) destrutturazione, in taluni

[6] Ed infatti, mentre nei rapporti obbligatori il principio di patrimonialità opera un ineliminabile livellamento delle identità delle persone nei ruoli astratti del debitore e del creditore, legati fra loro dalla (pretesa/vincolo alla) prestazione e non da vincoli di carattere personale, senza di che il sistema degli scambi perderebbe uno dei presupposti del suo funzionamento; nelle relazioni familiari (non a caso sottratte alla competenza del libro IV del nostro codice) il contrario principio della solidarietà opera un'altrettanto ineliminabile valorizzazione dei ruoli concreti. Il che espone la famiglia – molto di più che il sistema delle obbligazioni – al rischio di destrutturazione delle sue relazioni generato dalla progressiva complessificazione dei ruoli.

[7] Per una prima rassegna delle problematiche indotte dall'irruzione dei diritti fondamentali nel sistema famiglia, si rinvia a G. Ferrando, *Diritti della persona e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, p. 281 ss.; M. Segni, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, p. 252; P. Stanzione, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in R. Alessi, S. Mazzarese, S. Mazzamuto (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di A. Galasso*, cit., p. 11 ss.; G. Palmieri, *Diritti fondamentali, famiglia e multiculturalismo*, in R. Alessi, S. Mazzarese, S. Mazzamuto (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di A. Galasso*, cit., p. 133 ss.; J. Long, *Essere genitori transessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 236, per un saggio sulla eloquente problematica di identità che cambiano e sopravvengono posta dalla c.d. categoria dei *transgenders*. È questo il tema, peraltro, di una recente decisione della Corte Costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170, in *Fam. dir.*, 2014, p. 861, con nota di V. Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, p. 865, chiamata a valutare la costituzionalità delle norme della l. 14 aprile 1964, n. 164 (in materia di rettificazione e attribuzione di sesso) le quali prevedono l'automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio a seguito della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso (c.d. divorzio imposto). La Corte conclude per la fondatezza della questione, con riferimento, non all'art. 29, né agli artt. 3 e 24, ma all'art. 2 Cost., precetto e modello di relazioni di coppia diverse dal matrimonio eterosessuale, e dichiara l'incostituzionalità delle norme citate in quanto "non" prevedono la possibilità per la coppia che "residua" alla rettificazione di sesso e allo scioglimento del matrimonio di richiedere di mantenere in vita «un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore». Seppur

casi, del modello sociale sotteso alla medesima.

Per quanto il cammino di soddisfazione dei diritti fondamentali nel nostro sistema di tutela *multilevel* non sia ancora perfetto, tuttavia la strada intrapresa negli ultimi anni dalle Corti europee, dalla Corte Costituzionale e perfino dalla nostra Corte di Cassazione mi sembra confermi questa ipotesi. Dalla rimozione del limite dell'ordine pubblico al parziale riconoscimento della rilevanza dei matrimoni *same-sex*; all'adozione di minori da parte di coppie di fatto omosessuali, come più avanti si dirà, il cammino dei diritti fondamentali concernenti l'identità della persona ha inserito nel nostro ordinamento un meccanismo giuridico di potenziale frantumazione del modello costituzionale di famiglia, senza tuttavia rimpiazzarlo con un altro. Così creando però – nella più volte constatata inerzia del legislatore – un contrasto tra i contenuti della fonte costituzionale, incentrati sul modello dell'art. 29, e quelli delle fonti europee[8]; un contrasto

con il dovuto rinvio ad una previsione normativa di fattispecie che ancora non c'è (come già in altre decisioni su casi analoghi), non c'è dubbio che la Corte, attraverso la configurazione di un passaggio della coppia non più eterosessuale dallo *status* matrimoniale a quello di "forma di comunità" liberamente espressiva della persona, abbia formalizzato l'irruzione del diritto al cambiamento dell'identità sessuale in termini di rilevanza ed effetto giuridico sul modello di convivenza, richiedendo *de iure condendo* la trasformazione – e non l'automatica cessazione – del vincolo familiare in un altro vincolo di "coppia". Sulla decisone, appartenente al genere delle "sentenze additive di principio", e in continuità con la precedente sentenza 14 aprile 2010, n. 138 (sulla quale si v. più avanti nel testo), vedi anche i commenti di T. Auletta, *Mutamento di genere e disciplina del rapporto di coppia*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1041, secondo la cui opinione la Corte avrebbe in realtà realizzato un'ingerenza nella discrezionalità del legislatore, senza peraltro fornire indirizzi regolativi precisi, e senza offrire alle coppie interessate alcuna tutela immediata, nelle more di questo intervento; e le osservazioni di L. Bozzi, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e "divorzio imposto": diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 233. Alla decisione della Consulta è poi seguita quella definitiva di merito della Corte di Cassazione, 21 aprile 2015, n. 8097 la quale accoglie il ricorso della coppia, dichiara illegittima l'annotazione della cessazione degli effetti civili a margine dell'atto di matrimonio e ne ordina la cancellazione, riconoscendo piuttosto – sulle orme della Consulta – la conservazione dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio, sebbene alla condizione temporale risolutiva della emanazione della disciplina indicata e sollecitata dalla Consulta (per il progetto sulle unioni civili v. *supra,* nota 2). Sulla vicenda si v. per tutti la sintesi completa di I. Rivera, *Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale*, in *Consulta on line*, 2015, alla pagina http://www.giurcost.org/studi/rivera.pdf.

[8] Il riferimento è agli artt. 8 e 12 della Carta EDU, e all'art. 9 della Carta di Nizza. Nella sua preoccupata considerazione del «libertario che ispira l'interpretazione dell'art. 9 della Carta di Nizza», quale norma che offrirebbe non agli ordinamenti, ma ai singoli la scelta soggettiva tra il diritto di sposarsi e quello di fondare una famiglia, Francesco Busnelli osserva altresì che se pur l'Unione europea volesse cimentarsi in un processo di armonizzazione del diritto di famiglia, verrebbe forse a mancare il punto di riferimento di tale processo:

che l'astuzia argomentativa delle nostre Corti cerca oggi di contenere, ma che in altri tempi una stretta applicazione della teoria dei controlimiti avrebbe forse tentato di evitare[9].

Da questa frantumazione esce a pezzi anche il tradizionale concetto di "*status* familiare", come in molti non stentano ormai a sostenere. Mentre il fenomeno è fortemente amplificato dall'operare del principio della libertà di circolazione delle persone nel mercato unico. Quest'ultimo infatti produce, almeno *de facto*, un singolare processo di acquisizione e circolazione degli *status* da un paese e da un ordinamento all'altro, così attivando poi una richiesta di riconoscimento in ingresso del nuovo *status* eventualmente acquisito in altro paese e un conseguente processo di applicazione delle regole di conflitto, che può affiancarsi o contrapporsi – in questa materia – al processo di automatica applicazione del diritto europeo.

Questo, infatti, è il prezzo dei diritti fondamentali, che viene pagato in una misura più o meno alta nei diversi ordinamenti a seconda di se e come ciascun legislatore abbia recuperato o no il suo primato sul diritto

«la famiglia, appunto, diluita nel *broad concept* di "vita privata e familiare"» (così F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, cit., p. 772 ss.).

[9] Come noto, la teoria dei controlimiti si sviluppa negli anni '70-'80 nell'ambito del (primo) dibattito intorno ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali, con riferimento specifico al principio del primato del diritto comunitario, e all'ipotesi di un contrasto della norma europea con la Costituzione. Essa è stata avvalorata dalle Corti costituzionali italiana e tedesca, e si esprime attraverso il principio per cui sono sindacabili le violazioni eventuali del diritto europeo poste in essere nei confronti del "nucleo fondamentale" della Costituzione, costituito da quell'insieme di principi e di diritti inviolabili che, nell'interpretazione della Corte Costituzionale, non sono nemmeno suscettibili di revisione costituzionale. Per una efficace ricostruzione del problema, che coinvolge anche l'interpretazione dell'art.11 Cost., si v., nella trattatistica, A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, Torino, 2014, p. 226 ss.; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, pp. 189 e 197; ma già con maggiori approfondimenti analitici, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*,, Milano, 1995; S. Mangiameli, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008, pp. 15, 21, 30 ss., con riferimento alle esperienze italiana e tedesca. Una efficace rassegna della giurisprudenza costituzionale italiana in materia di controlimiti si legge in E. Mottese, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte Costituzionale, Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: una integrazione 'limitata'*, 2010, reperibile in http://www.lex.unict.it/crio/foglidilavoro/12010_contributi.pdf. Più di recente, si v. il contributo, in prospettiva comparata, di F. Vecchio, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012; C. Salvi, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema,* in Id. (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani,* Torino, 2012, p. 1 ss; G. Silvestri, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali,* in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, cit., p. 59 ss.

vivente, riformalizzando questo intenso dialogo tra le Corti lungo un percorso meno impervio e più chiaro. Opzione questa che, a sua volta, sconta il superamento delle scelte politiche che – ad esempio in Italia e fino ad oggi – hanno tenuto ai margini del diritto le relazioni e le coppie "diverse" dal modello formalizzato nelle fonti interne[10].

La breve riflessione che propongo, dunque, vuole evidenziare non solo un processo culturale caratterizzato da significativi cambiamenti nei valori morali, ma soprattutto un processo formale, una specifica dinamica giuridica concernente il meccanismo e gli effetti del riconoscimento dei diritti della persona alla propria identità e autodeterminazione, innescata dall'operare combinato di fonti non strettamente legislative e non interne come le Carte dei diritti e i Trattati europei, in una materia che ha avuto

[10] Va comunque detto che, indipendentemente dal contributo di chiarezza che un intervento del legislatore nella materia delle relazioni familiari comunque porterebbe sul piano dei diritti e degli obblighi delle parti, non ci sono vedute unanimi sulla opportunità o necessità di giuridicizzare le relazioni non matrimoniali tra coppie. Da un punto di vista strettamente giuridico, per il costante pericolo di legiferare in modo discriminatorio privilegiando talune forme di convivenza su altre e aprendo così il fronte destabilizzante del continuo controllo/conflitto con le Corti costituzionali e con la Corte EDU. Si v. sul punto, ad esempio, Corte EDU, 7 novembre 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 693, con nota di P. Pirrone, *La Corte eur. dir. uomo sul caso Vallaniatos et autres c. Grece: "patti di vita comune" e discriminazione basata sull'orientamento sessuale*, secondo la quale la eventuale differenza di trattamento tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali, quale praticata dalla legge greca sui patti di vita comune, si pone contro gli artt. 8 e 14 della CEDU. Decisione questa di forte impatto sugli ordinamenti che volessero disciplinare le coppie di fatto, perché "imporrebbe" di non escludere né discriminare le coppie dello stesso sesso, così determinando in quei contesti non ancora maturi per quest'ultima scelta un probabile disincentivo alla regolazione dei rapporti di fatto. Da un altro punto di vista, la giuridicizzazione di questi rapporti, e segnatamente delle coppie omosessuali, nella forma del matrimonio, viene considerata come formula di inclusione nel modello dominante delle relazioni familiari con un effetto «assimilazionista e normalizzante non auspicabile in una prospettiva di valorizzazione delle differenze di genere e di orientamento sessuale. E per converso, un effetto di rafforzamento dell'istituto del matrimonio altrettanto poco auspicabile rispetto all'aspirazione a un progressivo superamento del modello di famiglia tradizionale». In questi termini, M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 92, i quali si chiedono se davvero il matrimonio sia l'unico orizzonte sulla strada della liberazione e della pari dignità sociale delle coppie omosessuali; osservando come tale soluzione, riproponendo il matrimonio come fonte di *status*, verrebbe ad interrompere proprio il faticoso cammino dallo *status* al contratto intrapreso dal diritto di famiglia, e la prassi emancipatoria così favorita. Per una efficace rassegna delle diverse soluzioni di riconoscimento e regolazione nelle esperienze di *civil law* e *common law*, si v. i contributi del volume a cura di F. Grillini, M.R. Marella, *Stare insieme. I regini giuridici della convivenza fra status e contratto*, Napoli, 2001. Per la situazione italiana al momento presente si v. la nota 2.

invece – e ha tuttora – ampia copertura costituzionale e legislativa, e sulla quale non vi è competenza formale dell'UE. Se poi queste fonti sono portatrici di diritti "fondamentali" (indivisibili, indecidibili, irrinunciabili e insopprimibili), istitutivi di una pretesa che tendenzialmente non accetta compressioni, si comprende come il rischio di frantumazione del sistema sul quale esse vanno ad incidere sia in una qualche misura inevitabile, almeno fino a quando la cultura dei diritti in quanto tali, protetta dalle Corti, tenderà a prevalere – come al momento accade in Italia – sulla cultura della legge positiva[11].

3. – Evoluzione e funzioni della nozione di status *familiare*

Provo adesso a svolgere più analiticamente l'ipotesi appena formulata, proprio a partire dal concetto di *status*.

Come ho avuto modo di accennare, l'attuale fenomenologia normativa che contraddistingue il diritto delle persone e della famiglia ha fatto dire di recente ad un Autore che, da una parte la nozione di *status* appare utilizzata in modo così disparato ed eterogeneo dal legislatore da rendere impossibile ricavarne una definizione unitaria attraverso l'esegesi sistematica dei testi; ed ancora che, dall'altra parte, l'evoluzione degli ordinamenti nel senso della sempre più profonda tutela paritaria delle prerogative

[11] Solo qualche cenno alla sterminata letteratura sui diritti fondamentali e sulla loro efficacia. E' sufficiente il richiamo ai contributi contenuti nel volume di L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2008; E. Vitale, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, il cui pensiero è stato di recente efficacemente sintetizzato nel volumetto L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie, Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, 2013. Alla teoria fortemente garantista di Ferrajoli (i diritti fondamentali intesi come tutti quei diritti che sono ascritti universalmente a tutti in quanto persone, o in quanto cittadini o in quanto capaci d'agire e che sono, perciò, indisponibili e inalienabili), si contrappone quella di R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012, che piuttosto configura i diritti alla stregua di principi, a volte a carattere indeterminato, e come tali suscettibili di essere posti in una relazione di "precedenza relativa", o "gerarchia mobile", che non è valida una volta per tutte, secondo la sua *law of balancing*. Imprescindibile poi la lettura dell'affresco, già citato, di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., in particolare p. 54 ss., ove l'A. affronta la questione – da ultimo accennata nel testo – del rapporto tra legislazione e giurisdizione, argomentando intorno all'itinerario in scala planetaria acquisito dai diritti fondamentali; alla "necessità" per i giudici di dare una risposta alla domanda di diritti, per l'impossibilità del *non liquet* proprio dell'attività giurisdizionale; e non ultimo, intorno al mutamento del concetto stesso della democrazia, non più puramente procedurale, ma effettiva e inscindibile dai diritti dell'uomo.

irrinunciabili della persona rende addirittura inutile se non fuorviante la nozione di *status*, che altro non sarebbe dunque, quantomeno nel nostro ordinamento ed alla luce degli artt. 2 e 3 della Costituzione, che una formula riassuntiva delle situazioni giuridiche e dei connotati che definiscono la persona[12].

Volendo invece partire dall'opinione classica, va ricordato, insieme con Pietro Rescigno, che lo *status* «… liberato definitivamente dai contenuti legati al suo essere presupposto e limite della capacità giuridica … ha conservato una funzione non meramente descrittiva... quante volte lo si è usato per connotare presupposti e conseguenze dell'appartenenza ad una comunità, segnatamente i vincoli prodotti in capo all'individuo a seguito di codesta appartenenza»[13]. Non vi sarebbe *status* se non in ragione della primazia che la legge attribuisce alla comunità di appartenenza.

Anche in tale accezione tuttavia il concetto di *status* ha visto gradualmente annacquarsi le sue caratteristiche, sia per la progressiva perdita dei connotati pubblicistici; sia per l'estensione del suo campo di applicazione ad altre posizioni (quella di lavoratore o consumatore), le quali però individuano semplicemente una comunanza di interessi, e rispetto alle quali è incommensurabile comunque la differenza che corre, per l'appunto, tra lo *status* di figlio, di coniuge, se ancora se ne vuole parlare, e il cosiddetto *status* di consumatore, di lavoratore e così via[14].

[12] Il riferimento è al contributo di F. Prosperi, *Rilevanza della persona e nozione di status*, già in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810, ora in *civilistica.com*, 2013, p. 1 ss. L'Autore argomenta a partire dalla tradizionale concezione dello *status*, pubblicistica e autoritaria, necessariamente connessa all'idea dell'appartenenza ad una comunità, e soprattutto antitetica all'idea stessa dell'arbitrio individuale e della titolarità di diritti soggettivi, segnatamente dei diritti fondamentali, il cui affrancamento dalla subordinazione agli *status* costituisce l'esito di un percorso lungo e faticoso (p. 3). Nello stesso senso anche L. Lenti, *Status*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, Torino, 1999, p. 29 ss., secondo il quale tale concetto, ad oggi, «non è ben certo di che cosa si tratti né è ben chiaro a che cosa serva … salvo forse che nell'ambito del diritto familiare» (p. 30).

[13] Così P. Rescigno, *Status. Teoria generale*, in *Enc giur. Treccani*, Roma, 1993, p. 1 ss., che chiarisce come, nella prospettiva dell'appartenenza ad una comunità, lo *status* designi uno «strumento tecnico … capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto … in maniera non precaria né discontinua, una situazione che nell'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune distingue un soggetto dagli altri». Altra prospettiva sarebbe quella nella quale gli *status* appaiono legati a situazioni eccezionali di limitazione e privazione della capacità di agire, e perciò si configurano come strumenti pratici per creare o mantenere disuguaglianze, per le ragioni più diverse (ed anche in odio a categorie di soggetti). Ad oggi, scrive Rescigno, il concetto è divenuto una sorta di «sintesi ideale di particolari atteggiamenti che assumono talora intere categorie di rapporti sociali» riferibile a situazioni indipendenti dalla comunità statuale e dalla famiglia.

[14] Lo dice bene L. Lenti, *Status*, cit., p. 33, quando scrive della crisi cui da tempo è andata

Ora, trascurando ogni riflessione su tali ultime accezioni di *status*, per concentrarci invece sugli *status* familiari, non sembra dubitabile che la perdita di significati subita dal concetto giuridico di *status* – se inteso in funzione di una appartenenza al gruppo familiare e a tutela della sua conservazione – sia imputabile al sopravvenire di un elemento tecnico giuridico in netta antitesi concettuale con il portato classico dello *status*, seppur depurato dei connotati romanistici.

Tale elemento è l'emergere della persona come titolare di diritti soggettivi il cui esercizio è tale da reagire a, e prevalere su, qualunque limite si voglia ad esso opporre nel nome di un interesse "superiore" o semplicemente del "gruppo" familiare[15]. Di guisa che, ad ogni "diritto" in più attribuito ai figli o al coniuge viene meno un "pezzo" della famiglia "in quanto tale", intesa cioè alla stregua di gruppo o di comunità portatrice di un interesse proprio, non necessariamente pubblico, ma comunque autoreferenziale e finalizzato alla conservazione della sua originaria identità, anche attraverso l'adozione di tipici meccanismi decisionali.

La recente riforma italiana della filiazione è una sintesi esemplare dell'operare di questa dinamica giuridica, quantomeno per due aspetti. La parificazione dei figli una volta definiti "naturali" in quanto nati "fuori dal matrimonio", ottenuta con l'attribuzione di quei diritti che si riconducono

incontro la nozione classica di *status*, legata all'idea della necessarietà e della indisponibilità dello stesso, e applicata per l'appunto allo Stato e alla famiglia, quali uniche entità collettive delle quali un essere umano è necessariamente partecipe (era questa la nota teoria elaborata da A. Cicu, *Il concetto di status*, in Id., *Scritti minori*, 1, Milano, 1965, p. 194). La crisi del concetto sarebbe legata alla insostenibilità dell'idea che la famiglia sia il centro di imputazione di un interesse, principalmente al mantenimento della sua unità formale, che trascendeva quello di ciascuno dei suoi membri; e tanto in ragione della scomparsa della figura del "capofamiglia" e della ormai consolidata dissolubilità del vincolo matrimoniale. Sicché l'unica "necessarietà" residua sarebbe data dalla collocazione di ogni essere umano nella famiglia di origine biologica nella quale nasce e lo *status filiationis* sarebbe l'unico status indisponibile cui riferire le azioni di stato.

[15] I diritti che connotano l'assetto giuridico della persona umana, infatti, si strutturano in modo del tutto diverso dai diritti soggettivi della modernità. Essi includono un'idea di libertà che non richiama la pretesa al potere, ma la stessa dimensione dell'essere; non richiamano il modello proprietario, ma l'inalienabile autonomia della persona come "valore fondamentale dello statuto giuridico dei diritti dell'uomo". In tal senso si v. F. Viola, *Lo statuto giuridico della persona in prospettiva storica*, in G. Pansini (a cura di), *Studi in memoria di Italo Mancini*, Napoli, 1999, pp. 621, 632 ss., il quale parla al proposito di un ritorno agli *status*, ma in un senso profondamente diverso da quello fin qui evocato, e cioè come *status* interni alla persona, legati al sesso, alla salute, all'età, ma in ogni caso intesi non come dispositivi riservati a taluni *ad escludendum* di altri, bensì alla stregua di «situazioni esistenziali di vita» in cui tutti possono trovarsi. Come esito dell'abbandono dell'universalità astratta verso un diverso modello di universalità concreta (p. 636).

allo *status filiationis* prima riservato ai figli legittimi, se per un verso allarga la nozione di *status* a soggetti che prima non potevano appieno rivendicarla, per altro verso la priva di quella caratteristica utile a renderla socialmente percepibile e giuridicamente distintiva: l'essere cioè fruibile in conseguenza del rispetto da parte dei genitori della specifica procedura di accesso consistente nel matrimonio[16]. Senza considerare il processo di duplicazione delle famiglie di riferimento reso possibile dal riconoscimento pieno di un figlio i cui genitori sono membri di due famiglie diverse.

In tal senso dicevo che i diritti fondamentali agiscono, almeno nei contesti come quelli di cui parliamo, dissolvendo le comunità in quanto tali, rendendole più precarie, più numerose, e più responsabili. Anche all'interno di una famiglia tradizionale, il riconoscimento dei diritti fondamentali dei singoli membri li rende più liberi, nel momento in cui squarcia il velo dell'autorità sotto il quale in passato restavano coperte perfino le violenze, ma più semplicemente le decisioni unilateralmente e irresponsabilmente assunte dai genitori nel nome e nell'interesse dei figli[17].

Il cammino dei diritti individuali è imperfetto e tortuoso, ma forse

[16] In tal senso espressamente O. Clarizia, *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del Decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ*, 2014, p. 601 ss.; mentre P. Schlesinger, *Il D.Lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 444, afferma che la riforma «consegna definitivamente all'archeologia giuridica le parole che Antonio Cicu poteva enunciare come piana constatazione dell'assetto esistente, osservando che lo stato di figlio naturale *non si collega ad uno stato di famiglia, perché manca il matrimonio, unica fonte, nel nostro diritto, della famiglia*». Per una ricostruzione dei principi della riforma nella chiave del nuovo principio della responsabilità genitoriale, v. R. Senigaglia, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013; e da ultimo C. M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

[17] Emblematica in tal senso la disciplina delle violenze endofamiliari, sulle quali si rimanda, per tutti, ai contributi di E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, pp. 145, 149 ss.; Id., *I danni endofamiliari*, in R. Alessi, S. Mazzarese, S. Mazzamuto (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di A. Galasso,*cit. p. 223; C. Rimini, *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?* in *Resp. civ.*, 2006, p. 6; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 14. Così come emblematica è la recente Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2012 – Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica – entrata in vigore il 1° agosto 2014, che qualifica la violenza domestica sulle donne alla stregua di violazione di un diritto fondamentale (artt. 3, 4). In argomento, S. De. Vido, *States' due diligence obligations to protect women from violence. A European perspective in light of the 2011 CoE Istanbul Convention*, in *European Yearbook on Human Rights* (2014), Antwerp-Vienna-Graz, 2014, p. 365.

è a senso unico: uguaglianza e libertà continuano nel percorso iniziato secoli orsono – e a tutt' oggi seguìto – attraverso la progressiva erosione di quelle zone di "diritto singolare" che l'uso dell'espediente dello *status* (di cittadino come di familiare) rendeva possibile legittimare socialmente e far valere giuridicamente. Mentre l'accostamento all'uguaglianza del principio di non discriminazione introduce nella dinamica giuridica della tutela dei diritti un altro elemento tecnico che – come accennavo – ne moltiplica le titolarità e le occasioni di esercizio, ampliando il campo del "reclamo di tutela" a soggetti eguali sì, ma ai quali il principio di eguaglianza, con la sua connessa *vis* astrattizzante e distruttiva delle diversità, paradossalmente non consente di reclamare tutto quanto la specifica identità di quei soggetti, una volta emersa, richiede e permette invece di reclamare[18].

Con questo accenno passo a sviluppare gli altri punti di cui all'inizio di queste note.

4. – I limiti al riconoscimento di uno spazio giuridico europeo della famiglia

Il processo fin qui velocemente ripercorso non ha del tutto tenuto conto della variante transnazionale e delle modalità tecniche di ingresso nell'ordinamento interno del diritto europeo e/o sovranazionale, quale rappresentato in particolare dalle libertà del Trattato e poi dai "diritti" introdotti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta di Nizza, ciascuna con le loro Corti.

Tenerne adesso conto non comporta soltanto la presa d'atto dei valori e dei principi in tal modo introdotti, ma richiede anche la verifica della loro efficacia, ovvero – come dicevo – dei dispositivi tecnici attraverso i quali i diritti dotati del rango della fondamentalità penetrano nel nostro ordinamento familiare, ancora protetto dalla fonte costituzionale interna

[18] Sul principio di non discriminazione v. D. La Rocca, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione nel diritto europeo*, in R. Alessi, S. Mazzarese, S. Mazzamuto (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di A. Galasso*, cit., p. 55 ss.; Ead., *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo,* Torino, 2008; M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comune e nazionale*, Milano, 2007; P. Morozzo Della Rocca, *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002; A. Galasso (a cura di), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto delle diversità*, Milano, 2007; C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione Europea,* Bologna, 2008; A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207; B. Checchini, *Divieto di discriminazione e libertà negoziale*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali*, cit., p. 259.

e dall'estraneità alla sfera di competenza dell'Unione europea, sebbene il processo di armonizzazione europea della famiglia abbia tentato i suoi primi passi[19]. Situazione quest'ultima che richiama l'operatività dei meccanismi del diritto internazionale privato, ogniqualvolta si ponesse il problema di riconoscere famiglie o coppie "diverse" formatesi "all'estero", pur se in ambito UE, ma che reclamano la libera circolazione degli *status* acquisiti in uno di questi paesi e perciò la "portabilità" di tali *status* anche in Italia[20].

Dovrei a questo punto ricordare solo per brevissimi cenni la forza giuridica della Convenzione CEDU e della Carta di Nizza, le quali – come noto – sono diverse, menzionando soltanto, per le norme CEDU, l'espediente delle norme interposte, l'uso dell'art. 117 della Costituzione e il "margine di apprezzamento" e di adeguamento lasciato agli Stati (alla Corte Costituzionale) per tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma CEDU è destinata ad inserirsi e ad integrarsi[21].

[19] L'art. 81 del TFUE si limita a disporre la competenza del Consiglio, su proposta della Commissione, di «adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali», con il vincolo del principio dell'unanimità della decisione. Sono invece diversi gli atti di *soft law* delle istituzioni europee in questa materia, tutti ispirati al principio del riconoscimento reciproco, della pari dignità dei modelli di convivenza e soprattutto del divieto di discriminazione in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale imposto agli Stati membri nella loro attività legislativa e amministrativa. Tra questi ultimi, si citano la Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere (adottata dal Comitato dei Ministri il 31 marzo 2010), reperibile nella pagina http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/RecCM2010_5_IT.pdf; la Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere (2013/2183(INI)), reperibile nella pagina http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+XML+V0//IT; la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea - 2011 (2011/2244(INI)), reperibile nella pagina http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0069+0+DOC+XML+V0//IT. In argomento, si v. poi i contributi di V. Scalisi, *Famiglia e famiglie in Europa,* in *Riv. dir. civ.,* 2013, p. 7 ss.; Id., *Quale famiglia per l'Europa*, entrambi in Id., *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, p. 45; A. L. Valvo, *In contributo della normativa europea: nuovi modelli familiari e principio di non discriminazione*, in F. Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014, p. 111; S. Patti, M. G. Cubeddu, *Introduzione a diritto della famiglia in Europa,* Milano, 2008.

[20] Per l'approccio internazionalprivatistico si rinvia a F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, cit., p. 777; e V. Scalisi, *Studi sul diritto di famiglia*, cit., p. 47, ed ivi altre indicazioni.

[21] In argomento, per tutte, la sentenza della Corte Costituzionale, 22 luglio 2011, n. 236,

E menzionando invece per ciò che concerne la Carta di Nizza quella giurisprudenza, anche della nostra Corte Costituzionale, che si conclude, al momento, con la decisione 11 marzo 2011, n. 80, la quale esclude sia l'applicazione diretta della Carta di Nizza a fattispecie di esclusiva pertinenza del diritto nazionale; sia la "trattatizzazione" indiretta della CEDU alla luce della clausola di equivalenza di cui all'art. 52, n. 3 della Carta medesima, per la semplice ragione per la quale l'UE non ha ancora aderito alla CEDU[22].

Dunque i diritti fondamentali della Carta di Nizza si applicherebbero laddove c'è competenza del diritto europeo, ma non laddove competenza non c'è.

Questo assetto dispiega un'immediata influenza nella materia degli *status* personali e familiari, quali riconosciuti dalle Carte dei diritti. Ed infatti, poiché la materia familiare non è oggetto di diretta competenza

in materia di retroattività delle norme penali, reperibile nella pagina http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=236; nonché in *Giur. it*., 2012. Per un commento della posizione della Corte nella materia della efficacia dei diritti riconosciuti dalla Corte EDU si v. R. Conti, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. Cosio, R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013, p. 166; sulla efficacia dei diritti CEDU si v., per la trattatistica, G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, pp. 123, 130 ss.; R. Cosio, *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in R. Cosio, R. Foglia, (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, cit., p. 47 ss.; V. Colcelli, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive di provenienza europea*, in *Contr. e impr. Europa*, 2009, p. 742 ss.; V Colcelli, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Perugia, 2010, p. 27 ss.; L. Cassetti (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012; D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012.

[22] Il testo integrale della discussa sentenza n. 80 del 2011 è reperibile nella pagina http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=80. Per alcuni commenti si v. i contributi di A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza* e A. Randazzo, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte Costituzionale*, entrambi nella pagina http://www.giurcost.org/decisioni/2011/0080s-11.html; nonché gli interessanti rilievi critici di M. Cerase, *Brevi riflessioni sull'efficacia orizzontale della Carta di Nizza*, reperibile nella pagina http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=562. Sul punto si v. anche G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 209, 210, ed ivi altra bibliografia, il quale stigmatizza la permanenza del riparto di competenze tra Unione e Stati membri, anche a seguito dell'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore dei Trattati, e perciò la sua applicabilità «solo quando è applicabile il diritto comunitario, e niente affatto in tutti i casi di violazione di un diritto fondamentale rilevante per il diritto nazionale». Sull'incertezza derivante dal sistema delle fonti nella materia dei diritti fondamentali, v. ancora C. Salvi, *Libertà economiche, funzione sociale, e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Europa e dir. priv*., 2011, p. 437.

dell'UE, e le carte non superano questi limiti di competenza, nonostante l'UE abbia adottato taluni atti di parziale armonizzazione di taluni settori del diritto di famiglia, è difficile riconoscere uno spazio giuridico europeo della famiglia, in mancanza del quale risultano impediti sia il riconoscimento reciproco automatico e totale dei vari modelli familiari presenti nei vari Stati membri, sia la libera circolazione e portabilità dei relativi *status* personali e familiari, quantomeno non senza il filtro dell'ordine pubblico.

Nemmeno sembrerebbe di aiuto il richiamo della generale libertà di circolazione delle persone nello spazio giuridico europeo, garantito dall'art. 3, n. 2, TUE e dall'art. 21 del TFUE[23], e fondato sull'argomento per il quale le persone circolano inscindibilmente con i loro *status* personali e familiari, e non potrebbero perciò essere lese nell'esercizio di un tale diritto da un eventuale rifiuto dello stato membro di riconoscere *status* reputati incompatibili con il proprio ordine interno. Il controargomento fondato sulla persistente competenza degli Stati membri nella disciplina dei modelli familiari, infatti, ha reso possibile (ipotizzare di) scindere per sottrazione dalla tutela della libertà di circolazione e di soggiorno, la libera circolazione degli *status* in quanto tali: dove c'è la prima, potrebbe non esserci la seconda[24]. A meno che la seconda non venga presa in considerazione

[23] Sul quale v. (http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/it/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.3.html).

[24] La questione si intreccia con l'applicazione, alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza (che riconosce, distinguendoli, i diritti di sposarsi e di costituire una famiglia), delle Direttive comunitarie in materia di circolazione dei familiari (Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2002, relativa al ricongiungimento familiare e Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri), dalle quali comunque non emerge con chiarezza alcun obbligo degli Stati membri di riconoscere la qualifica di familiare a tutti i componenti delle "coppie" comunque costituite, indipendentemente dalla propria normativa interna e dal riconoscimento delle unioni registrate in altri paesi membri. Per chiarimenti su questi aspetti, si v. F. Caggia, *Famiglia e diritti fondamentali nel sistema dell'Unione Europea*, Roma, 2005; G. Di Rosa, *Famiglia e matrimonio tra consolidate tradizioni giuridiche, innovative discipline interne e attuale sistema comunitario*, in Id., *Problemi di diritto privato*, Torino, 2013, pp. 110, 120 ss., il quale conclude per una prevalenza del diritto interno – italiano nella fattispecie – rispetto a quello comunitario, anche in ragione della avvenuta ratifica del Trattato di Lisbona realizzata avvalendosi della clausola di salvaguardia (art. 81 della Carta), con il che nemmeno dovrebbe considerarsi discriminatorio un eventuale trattamento differenziato delle coppie omosessuali nell'ambito delle questioni familiari. In argomento anche E. Bergamini, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 461 ss., ove una breve rassegna della giurisprudenza italiana in materia di ricongiungimento e permesso di soggiorno a partner o

direttamente come oggetto di una previsione normativa specifica dell'UE: il che è quanto si riscontra nella controversia decisa da parte di un Tribunale di merito[25], il quale ha annullato il provvedimento del Questore che negava il ricongiungimento familiare ad un cittadino uruguayano omosessuale sposato in Spagna con un cittadino italiano, sull'argomento per il quale la concessione del permesso di soggiorno per il ricongiungimento non equivale affatto al riconoscimento in Italia dello *status* di coniugato, ma semplicemente dispone un ragionevole trattamento omogeneo in uno specifico ambito sulla base di un diritto riconosciuto da una Direttiva europea recepita con provvedimento nazionale. Da un punto di vista internazionalistico, la decisione ha dunque ritenuto inconferenti i criteri di collegamento di cui alla l. 31 maggio 1995, n. 218, trattandosi di una questione concernente la libertà di circolazione, dando così per acquisito lo *status* di coniuge risultante dall'atto di matrimonio spagnolo al limitato effetto di far valere in Italia alcuni diritti derivanti dallo *status* acquisito all'estero, e fra questi il diritto di soggiorno[26].

coniugi omosessuali non italiani di cittadini italiani, ed altra bibliografia.

[25] Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012, in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, II, p. 589, con nota di D. Ferrari, D. Fiorato, *Lo status giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce,* p. 615, in commento anche della pronunzia della Cass. 8 aprile 2012, n. 8184. Il giudice del merito argomenta a partire dalla diversità di *ratio* esistente tra la disciplina della libertà di circolazione (di matrice sovranazionale) e la disciplina delle relazioni familiari (di matrice nazionale), sicché l'esigenza di tutela della prima prescinderebbe del tutto dalla seconda. Il che – con esclusivo riguardo alla libertà di circolazione – rende possibile interpretare le nozioni di famiglia e di coniuge alla stregua del diritto europeo e dunque a norma dell'art. 9 della Carta di Nizza, e non del diritto del paese di ingresso, e poi esaminare la domanda di soggiorno a prescindere dall'accertamento dello *status* del ricorrente. V. in argomento i commenti di P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur*., 2012, p. 861 ss.; e di E. Bergamini, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana,* cit., la quale critica l'argomentazione svolta per la concessione del permesso di soggiorno, ritenendo più corretto in tal caso considerare il coniuge alla stregua di partner di una relazione stabile attestata piuttosto che come coniuge. Decide conformemente alla pronunzia del Trib. Reggio Emilia anche Trib. Pescara, 18 maggio 2013, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 790, con nota di G. Genova, *Anche il coniuge dello stesso sesso del cittadino comunitario ha diritto di stabilirsi in Italia ai sensi del T.U. sulla circolazione e sul soggiorno dei cittadini dell'UE.* In argomento vedi anche V. Scalisi, *Famiglia e famiglie in Europa*, cit., pp. 34, 39.

[26] Gli altri diritti menzionati sono quelli relativi all'iscrizione del convivente omosessuale alla cassa mutua, al risarcimento dei danno da morte, alla sublocazione dell'immobile, ecc.. Per l'uso dell'argomentazione internazionalprivatistica allo scopo del riconoscimento dei diritti in funzione non discriminatoria, ancorché ad effetti limitati a specifici ambiti, si rinvia ancora a F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei*, cit., p. 785 ss., ove la lettura per la quale il giudice di Reggio Emilia, a dispetto delle sue stesse dichiarazioni, avrebbe in

5. – Due spinose questioni: il riconoscimento del matrimonio same-sex *celebrato all'estero*

Ciò posto, sarebbe evidentemente impossibile occuparsi in questa sede di tutte le vicende nelle quali è venuta in gioco la ridefinizione dello *status* delle persone per effetto dell'applicazione delle norme di riconoscimento dei diritti fondamentali. A questo scopo, possono solo richiamarsi alcune note questioni, che costituiscono la cartina al tornasole della problematica in esame: quella del riconoscimento in Italia – *sub specie* della trascrivibilità – del matrimonio fra omosessuali celebrato in un paese dell'UE; e quello dell'adozione di minori da parte di coppie omosessuali.

Le motivazioni delle scelta di tali temi dovrebbero essere evidenti. Se si esaminano i fattori di disintegrazione o come si è detto di "frantumazione" del modello di famiglia tradizionale, quale quello di cui all'art. 29 della nostra Costituzione, portati avanti attraverso l'attribuzione ai membri della famiglia di diritti individuali da reclamare nei confronti della famiglia medesima o per accedervi per altra via, non sembra dubbio che il fattore più deflagrante sia quello legato al riconoscimento dei diritti fondamentali degli omosessuali, in funzione della non discriminazione degli stessi nella materia familiare rispetto al trattamento riservato ai soggetti eterosessuali.

L'operare completo del principio renderebbe definitiva l'erosione del concetto di famiglia, nel senso della scissione o autonomizzazione relativa dei suoi elementi costitutivi e delle sue funzioni. L'acquisizione della identità giuridica dell'omosessuale anche agli effetti del matrimonio e della filiazione, infatti, per un verso amplierebbe la via di accesso allo *status* di coniuge di persone che non sarebbero più "marito e moglie"; per altro verso reclamerebbe con forza insopprimibile uno statuto genitoriale nei confronti di persone che non sarebbero più "padre e madre".

L'orientamento sessuale come fonte primaria dell'identità della persona, attributo inseparabile della persona (non del soggetto) libera e sovrana (e non solo capace) di autodeterminarsi e di scegliere le forme della propria vita relazionale, una volta riconosciuta agli effetti del trattamento uguale e non discriminatorio rispetto alla coppia eterosessuale, può consegnare – almeno in teoria – alla coppia omosessuale la possibilità – comunque – di un riconoscimento giuridico; può tirarla fuori dalla condizione di irrilevanza nella quale il meccanismo istituzionale di esclusione dal matrimonio l'ha fin qui collocata, aprendo così inevitabilmente anche le porte (non

verità considerato la questione dello *status* alla stregua di una questione preliminare e non di una questione pregiudiziale, così bypassando l'ostacolo di doversi pronunciare in proposito.

tanto della maternità/paternità, quanto) della responsabilità genitoriale. Quest'ultima d'altro canto, svincolata a sua volta dall'istituto matrimoniale e oramai anche dal fatto procreativo naturale, si presenta essa stessa come situazione disponibile anche a persone che non possono "generare insieme", le quali dunque possono sceglierla ricorrendo alle tecniche che, per l'appunto, la rendono acquisibile artificialmente o in altro modo[27].

Insomma, e indipendentemente dalla valutazione etica o antropologico-filosofica che ciascuno può dare del fenomeno, il giurista non può nascondere a sé stesso come la dimensione centrale della persona e del suo inseparabile corredo di diritti fondamentali che la identificano, abbia innescato una reazione a catena nei dispositivi di funzionamento dell'ordinamento giuridico, e perfino nella sua grammatica concettuale oltre che istituzionale. Un processo che la biotecnologia dal suo canto contribuisce ad incentivare e a moltiplicare, rendendo realizzabili pretese che – nella sempre crescente dimensione costituzionale che valorizza l'autodeterminazione della persona umana – non fanno fatica a diventare diritti[28].

In tal senso si è detto che il concetto di *status* – nonostante il superamento delle categorie originarie sulle quali era stato costruito – può ancora essere utilizzato, per indicare «le situazioni esistenziali di vita in cui tutti noi possiamo trovarci in qualche fase o momento della nostra esistenza», ma anche la responsabilità che deriva alla persona dal potere che i diritti le conferiscono: quel potere di proporre e vedersi riconosciuto giuridicamente un proprio progetto di vita che coinvolge le generazioni future, di fronte alle quali non si può non essere responsabili[29].

A fronte di ciò, il discorso del giurista non può più limitarsi alla semplice constatazione dei nuovi "valori" che le Carte europee hanno riversato

[27] Sarebbero queste sinteticamente le conseguenze dei due passaggi compiuti dall'art. 9 della Carta di Nizza, attraverso la separazione fra le due situazioni giuridiche del matrimonio e della famiglia, e l'eliminazione di ogni riferimento alla diversità di sesso degli sposi ancora inclusa nella formulazione dell'art.12 della Convenzione CEDU. In un contesto normativo che rinvia alle leggi nazionali la definizione dei modelli familiari specifici, la Carta avrebbe comunque introdotto il principio del pluralismo dei modelli familiari e allentato in maniera non indifferente le resistenze dei singoli stati nelle procedure di riconoscimento. In tal senso, M. R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia,* cit., p. 86 ss; ed anche G. Ferrando, *Diritti della persona e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, cit., *passim*; ma anche V. Scalisi, *Famiglia e famiglie in Europa*, cit., p. 33 ss.

[28] Sarebbe questa la forza insopprimibile dei diritti fondamentali, non solo limite ed argine al potere pubblico, ma soprattutto dispositivi capaci di introdurre «imperativi nuovi nell'ordinamento che li recepisce, trasformandolo», sicché il *claim* diventa uno degli aspetti del *right*. Così V. Colcelli, *Le situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 32.

[29] In tal senso, F. Viola, *Statuto giuridico della persona*, cit., pp. 636, 638 ss.

negli ordinamenti nazionali, ma deve prendere atto piuttosto della necessità di riformalizzare i dispositivi di funzionamento del sistema in maniera tale da ricomporre sia lo iato tra fonti europee e fonti interne; sia quello tra diritto vivente e diritto formale, tra effettività e legalità, riportando in questo alveo, senza depauperarla né limitarla, quella cultura dei diritti fondamentali che – al momento – sta lavorando per l'appunto fuori della legge scritta[30].

Faccio adesso un brevissimo cenno alle decisioni relative alla trascrivibilità, anzi, alla non trascrivibilità in Italia del matrimonio *same-sex* consumato all'estero. Attraverso tale menzione, vorrei semplicemente mettere in risalto, in particolare l'impatto dei diritti fondamentali della persona sui dispositivi e sulle categorie di funzionamento del diritto privato tradizionale.

È a tutti noto che le decisioni principali con le quali si è regolata negativamente la questione tecnica della trascrivibilità sono quelle della Corte Cost. del 15 aprile 2010, n. 138[31] e quella della Corte di Cassazione del

[30] Tali considerazioni rinviano in questa chiave ad un'altra casistica "calda", che non vi è tempo si esaminare. Quella determinata dalla richiesta di riconoscimento di valore legale dello *status* genitoriale acquisito all'estero nei confronti di figli nati dal ricorso a pratiche di maternità surrogata. Per una più approfondita analisi nel merito di tali questioni e le decisioni indicate nel testo, mi permetto rinviare al mio saggio *Diritti fondamentali e status della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 7; e a quello di D. Ferrari, *Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa*, cit., p. 111.

[31] Se ne riporta la massima, divenuta ormai insegnamento consolidato, per la quale «L'unione omosessuale intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso è da annoverare tra le formazioni sociali a norma dell'art. 2 Cost. cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. È inammissibile la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-*bis*, 156-*bis* c.c. in riferimento all'art. 2 ed all'art. 117 Cost., perché diretta ad ottenere una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata. La questione è infondata con riferimento ai parametri individuati negli artt. 3 e 29 Cost. in quanto la nozione di matrimonio riferita alle unioni di persone di sesso diverso non può essere superata per via ermeneutica». V. la decisione completa *ex multis* in *Foro It.*, 2010, c. 1361, con nota di R. Romboli, *Per la Corte Costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*; F. Dal Canto, *La Corte Costituzionale e il matrimonio omosessuale*; e in *Fam. dir.*, 2010, p. 653, con nota di M. Gattuso, *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, p. 656, che bene mette in luce il "riparto di competenze" fissato dalla Corte attribuendo al legislatore il compito di disciplinare adeguatamente i rapporti di coppia omosessuali, e a sé medesima quello di ragionevolmente amministrare gli interessi della coppia, attraverso la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni ove «sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza». Interessanti osservazioni propone R. Pinardi, *La Corte, il matrimonio omosessuale e il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, pp. 527, 531 ss., sull'esegesi dell'art. 29 della Costituzione

15 marzo 2012, n. 4184[32].

In estrema sintesi, la Suprema Corte ritiene che «il matrimonio tra omosessuali celebrato all'estero non è invalido e non è inesistente», perché qualificabile alla stregua dell'art. 2 della Costituzione come formazione sociale, e tuttavia, ciononostante, è *inefficace* nel nostro ordinamento. Riassumendo in uno soltanto i complessi argomenti utilizzati, la Corte afferma che, assodato che l'art. 12 della CEDU e l'art. 9 della Carta di Nizza non hanno efficacia diretta nel nostro sistema (men che meno nella materia della trascrizione che è di esclusiva competenza nazionale), se non attraverso l'art. 2 della Cost. e nei limiti di una legislazione nazionale che ancora non c'è, ciò non toglie che per effetto dell'integrazione dell'ordinamento italiano in quello europeo, anche nel nostro ordinamento sarebbe venuto meno il postulato della diversità di sesso quale requisito indispensabile dell'istituto matrimoniale: il riconoscimento del matrimonio *same-sex* dunque è possibile, nella misura in cui le leggi nazionali lo dispongano e lo regolino. Ciò comporta tuttavia che, ad oggi, il matrimonio *same-sex* non è ancora trascrivibile in Italia, ma non perché inesistente o invalido per motivi di ordine pubblico, bensì perché "inidoneo a produrre effetti giuridici" in assenza di una regolamentazione *ad hoc* delle unioni diverse dal matrimonio.

Non voglio qui ergermi a giudice della Suprema Corte nel dire che, dalla montagna degli squisiti ragionamenti e delle sottili disquisizioni sulla Corte EDU, si partorisce il topolino dell'inefficacia, per il quale questo

proposta dalla Consulta, per la quale il contenuto di tale norma non sarebbe superabile per via ermeneutica, nella parte in cui assume l'eterosessualità come presupposto necessario del matrimonio: e ciò anche in ragione del fatto che, stando ai lavori dell'Assemblea costituente, i costituenti nemmeno presero in considerazione la questione del matrimonio omosessuale. L'argomento (cosiddetto originalista) è considerato contraddittorio rispetto all'altra affermazione della Corte per la quale invece i modelli di famiglia e matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, ed anche debole nella misura in cui si basa sull'assenza di riflessione dei costituenti, che potrebbe allora essere estesa anche ad altre norme, piuttosto che su loro esplicite dichiarazioni.

[32] V. nota di E. Bergamini, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero*, cit., 2012, p. 461; nonché nota di F.R. Fantetti, *Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, p. 857. Si rinvia a queste note per una puntuale rassegna dei precedenti arresti delle Corti europee in materie; e a M. Meli, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 451, per una panoramica dell'impatto del riconoscimento anche indiretto del matrimonio *same-sex* nell'applicazione di diversi istituti e in particolare nell'applicazione del principio europeo della libertà di circolazione. Per una sintesi brillante ed equilibrata si rinvia invece a P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, cit., *passim*.

matrimonio "non può produrre effetti". È sufficiente notare che, se proviamo a declinare l'inefficacia come categoria del diritto civile e ad applicarla a questa fattispecie, certamente ci troviamo in difficoltà. Nel sistema del diritto privato l'inefficacia di un atto non dipendente da invalidità si giustifica in ragione di una clausola pattizia che la preveda, ovvero per la mancanza di un requisito oggettivo necessario che impedisce il normale dispiegamento degli effetti (la mancata individuazione delle cose nella vendita generica, la mancanza del consenso del proprietario nella vendita di cosa altrui, o del consenso del rappresentato nel caso della rappresentanza senza potere; l'assenza di un atto necessario della PA, ecc.); ma non si riesce invero ad immaginare l'inefficacia di un atto esistente e non invalido, per il quale non sussiste (più) un impedimento di ordine pubblico alla ricezione nel nostro ordinamento. La circostanza che tale modello di matrimonio non sia previsto nell'ordinamento italiano, attesa la non irrilevanza della coppia stabile di omosessuali che la Corte ha con insistenza segnalato alla stregua dell'art. 2 della Costituzione, non appare decisiva, sia perché il riconoscimento della fattispecie estranea non è condizionato alla presenza di analoga fattispecie nell'ordinamento di recezione; sia perché tale presenza non necessariamente assicurerebbe l'esito del controllo di ordine pubblico. Se questi ragionamenti sono accettabili, l'inefficacia nel nostro ordinamento del matrimonio *same-sex* contratto all'estero è soluzione utile allo scopo che la Corte voleva raggiungere, ma non del tutto coerente. Tanto più se accompagnata dalla precisazione che lo stesso, seppur inefficace in quanto tale, può produrre taluni limitati effetti in virtù della possibilità di ragionevolmente riconoscere in specifici ambiti un trattamento omogeneo a quello assicurato alle coppie coniugate: possibilità questa concretamente riconosciuta – ad esempio – dal giudice di Reggio Emilia nella sentenza prima citata. Ma se anche questo è vero, saremmo di fronte allora ad una singolare ipotesi di atto potenzialmente ma attualmente inefficace in quanto tale (per l'impossibilità di riconoscere lo *status* di soggetto coniugato), ma efficace *in parte qua*.

Accogliamo, allora, il saggio commento del nostro maestro Pietro Rescigno: evitiamo di misurare questi ragionamenti con le regole della civilistica italiana, per commentare che conviene piuttosto «sottolineare il positivo intento di contribuire … a sottrarre al divieto o all'irrilevanza un altro, non marginale frammento della realtà umana»[33].

[33] P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti,* cit., p. 864.

*6. – (*Segue*) …e l'adozione di un minore da parte di coppie omosessuali: il* best interest of child

Un ultimo rapido cenno vorrei riservare alla casistica concernente l'adozione da parte di coppie omosessuali, la quale appare risolta con maggiore efficacia rispetto alla precedente. Le decisioni che, fra le tante, assumo come *leading cases* sono le seguenti: una sentenza della Corte EDU del 19 febbraio 2013, n. 19010/07; la decisione del Tribunale Roma, 30 giugno 2014.

Cominciando dalla decisione della Corte EDU[34], la stessa dichiara in contrasto con l'art. 14, in combinazione con l'art. 8 della Convenzione, la legge austriaca sull'adozione che riserva solo alle coppie eterosessuali, ma anche ai singoli, l'adozione successiva del figlio del partner, con il consenso del genitore naturale. Tanto in ossequio al diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 menzionato, che comprende anche le relazioni tra genitori e figli, incluse quelle costituite al di fuori del matrimonio o in assenza di legami di tipo biologico, oltre che ovviamente tutte le convivenze stabili tra persone di sesso uguale o diverso. Ad avviso della Corte, e per l'operare del principio di non discriminazione di cui all'art. 14, tale diritto non può non essere riconosciuto allo stesso modo a tutte le coppie.

Nella sua linearità argomentativa, la Corte svolge un ragionamento comparativo della specifica situazione della coppia omosessuale rispetto alla coppia eterosessuale sposata e di fatto. Nel rispetto della competenza degli Stati contraenti in ordine all'accesso al matrimonio da parte delle coppie omosessuali, la discriminazione nell'accesso all'adozione successiva non sussisterebbe in relazione alla coppia coniugata, ma sussisterebbe invece in relazione alla coppia eterosessuale non coniugata, rispetto alla quale la coppia *same sex* versa invece in una situazione analoga che non giustifica la diversità di trattamento. Tanto più che – del tutto incoerentemente – la legge austriaca consente l'adozione da parte di un singolo, anche omosessuale e convivente con un partner registrato, mostrando così di aver accolto come modello familiare possibile anche quello omogenitoriale[35].

[34] V. il testo integrale della decisione nella pagina http://www.giurcost.org/casi_scelti/CEDU/CEDU19-02-13.htm, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 519 ss., con nota di C. Fatta, M. Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo. Il caso della second-parten adoption,* p. 523; e in epigrafe in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 271, con nota critica di R. Rossi, *Second-parent adoption* e *omogenitorialità*. Si v. anche la nota di L. Poli, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1764.

[35] Sono molto forti su questo aspetto le critiche di R. Rossi, *Second-parent adoption* e *omogenitorialità*, cit., p. 274 ss., secondo il quale la Corte avrebbe fatto del principio di

La decisione del Tribunale romano[36], invece, scaturisce dal ricorso di una donna partner stabile e poi coniugata con un'altra donna, con la quale si era realizzato – in entrambi i casi all'estero – un progetto di genitorialità condivisa mediante ricorso alla procreazione assistita. A seguito della nascita della figlia, partorita da una delle due, l'altra ne chiedeva e otteneva l'adozione ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lett. d, della l. n. 184/1983 (c.d. adozione in casi particolari, con effetti diversi e più limitati rispetto a quelli prodotti a seguito dell'adozione legittimante). Questo è un tipico caso in cui gli *status* acquisiti all'estero vengono portati e riconosciuti in Italia in base al semplice esercizio della libertà di circolazione delle persone.

Indipendentemente dall'interpretazione che viene data dell'art. 44 della legge n. 184/1983, con particolare riguardo alla realizzazione dei presupposti richiesti per quel tipo di adozione[37], dal nostro punto di vista la decisione si segnala per le argomentazioni con le quali progressivamente la disciplina interna dell'adozione viene piegata e al tempo stesso estesa in alcune sue parti ai diritti reclamati dalle coppie di fatto e da quelle omosessuali. Il che avviene sia attraverso una lettura delle norme interne "conforme" ai principi della CEDU (di cui l'Italia è parte), richiamati per il tramite dell'espediente delle norme interposte in virtù dell'art. 117 della Cost., e quali ricostruiti dalla relativa giurisprudenza[38]; sia attraverso il richiamo ai precedenti interni, dalla già menzionata decisione della Corte Cost. n. 138/2010 ad un precedente specifico della Cassazione che concede l'affidamento esclusivo di

uguaglianza e non discriminazione una sorta di valore tiranno, un dogma ideologicamente orientato, capace di silenziare tutti gli altri, pure quelli che invece meriterebbero un più equilibrato bilanciamento. Nella fattispecie, prosegue l'autore, sarebbe stato tacitato il diritto del padre naturale del minore – che aveva negato il consenso all'adozione – alla conservazione del proprio legame biologico. Il tema non è di poco momento, e non può essere affrontato in questa sede. Sul piano metodologico si può solo rilevare come il ragionamento della Corte EDU si presenti tipicamente come ragionamento sui principi, non sulla situazione di fatto concretamente posta all'origine della causa. Sicché non sembra corretto criticare il richiamo del principio di non discriminazione per rapporto alla mancata considerazione di una circostanza di fatto (il consenso negato dal genitore naturale), atteso che quest'ultima circostanza potrebbe semmai rilevare al fine di non applicare nella concreta fattispecie il principio, per mancanza dei presupposti, non certamente al fine di metterne in dubbio il contenuto precettivo e la vigenza.

[36] La sentenza, è reperibile nella pagina http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/trib-min-Roma-30-7-2014.pdf; e nella pagina http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/9/0000066342/Tribunale_dei_minorenni_di_Roma_sentenza_n_299_14_depositata_il_30_luglio.html.

[37] In argomento, G. Ferrando, *Diritti della persona e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 285 ss.

[38] Sul punto vedi *supra*, par. 3.

un minore alla madre separata e convivente con un'altra donna[39].

Ma l'argomento definitivo con il quale si chiude la decisione è quello che più di ogni altro rende per così dire effettivo ed incisivo l'impatto della libera circolazione dello *status* (in questo caso dello *status* di figlio comunque acquisito), unitamente al rispetto del diritto al riconoscimento del progetto genitoriale. È l'argomento del richiamo (al concetto giuridico indeterminato) dell'interesse del minore, alla luce dei riscontri effettuati dai consulenti e dagli stessi giudici onorari sul vissuto della piccola e sui comportamenti delle due donne anche relativi al profilo economico-assistenziale. Da entrambi i punti di vista, gli accertamenti di fatto restituivano un quadro di benessere e serenità, inclusivo della possibilità per la piccola di osservare e introiettare diversi modelli di coppia e perciò di non pregiudicare in alcun modo la propria esperienza. E questo basta ai giudici per ravvisare l'adozione da parte della seconda donna del tutto conforme al *best interest of child*, anzi tale da garantirlo con riguardo al benessere e al sano sviluppo psico-fisico della bimba, indipendentemente dai pregiudizi sociali sulla omogenitorialità, che il Tribunale dichiara espressamente di non potere né dovere assecondare, quale organo superiore di tutela del benessere dei bambini.

7. – Conclusioni

In conclusione, mi sembra che le decisioni brevemente esaminate dimostrino per un verso l'incompiutezza del cammino delle libertà e dei diritti fondamentali, costosi o meno che siano, nel nostro ordinamento, pure attraverso l'introduzione di ben due Carte dei diritti. Dall'altro l'effetto deflagrante che il loro ingresso, seppur parziale e mediato talvolta da categorie concettuali non del tutto adeguate, produce sul nostro sistema di diritto privato, non sempre capace di amministrare efficacemente con i suoi dispositivi questa complessa fenomenologia.

[39] Si tratta della decisione resa da Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 432, divenuta nota per l'argomento secondo il quale sarebbe frutto di un pregiudizio, e niente affatto di certezze scientifiche, l'idea per la quale sarebbe dannoso per un minore il fatto di vivere in un contesto di coppia omosessuale: dannosità che non può pertanto darsi per scontata, costituendo piuttosto l'oggetto di specifica dimostrazione, da fornire sul piano educativo e della crescita del minore. Nella fattispecie peraltro, il genitore tenuto a tale onere probatorio in sede di opposizione all'affido del figlio minore alla madre convivente con altra donna, aveva tenuto comportamenti aggressivi nei confronti di quest'ultima, e alla presenza del minore. In argomento vedi la nota di L. Franco, *Il "gesto di Ettore": dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali tra affidamento e adozione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 506.

Pietro Sirena

Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo

SOMMARIO: 1. – La fase esclusivamente liberistica (*pars destruens*) del diritto europeo dei contratti: l'applicazione giurisprudenziale delle libertà di circolazione; 2. – La fase ri-regolatoria (*pars costruens*) del diritto europeo dei contratti: armonizzazione *vs.* competizione degli ordinamenti giuridici nazionali; 3. – La *Drittwirkung* delle libertà fondamentali e l'ordine giuridico del mercato; 4. – La revisione critica dell'*acquis communautaire* e il progetto di un diritto comune europeo delle vendite (CESL); 5. – L'ipotesi di una codificazione del diritto europeo (dei contratti).

*1. – La fase esclusivamente liberistica (*pars destruens*) del diritto europeo dei contratti: l'applicazione giurisprudenziale delle libertà di circolazione*

I primordi del diritto europeo dei contratti si rinvengono nell'applicazione giurisprudenziale della libertà di circolazione delle merci (artt. 28-29 TFUE)[1], segnatamente per quanto riguarda il divieto di restrizioni quantitative all'importazione e di qualsiasi misura di effetto equivalente (art. 34 TFUE)[2].

Si tratta di alcune delle sentenze più celebri che siano state pronunciate dalla Corte di giustizia, tra le quali spicca indubbiamente quella riguardante il caso *Cassis de Dijon*[3]: com'è noto, essa ha affermato che il già menzionato divieto di restrizioni quantitative e di misure di effetto equivalente (allora posto dall'art. 30 del Trattato CEE) non consente a uno Stato membro di vietare l'importazione di merci «legalmente prodotte

[1] Per tutti, v. S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte*, Berlin-New York, 1999, p. 38 ss.

[2] Per un'ampia (anche se ormai datata) analisi della casistica giurisprudenziale, v. P. OLIVER, W.-H. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 407 ss.

[3] C. Giust. CE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

e messe in circolazione in un altro Stato membro». Tale conclusione, la quale è stata formalizzata poi dalla dottrina mediante il principio del mutuo (o reciproco) riconoscimento ovvero mediante quello del paese d'origine, presuppone che, com'era stato già in precedenza chiarito dalla Corte di giustizia nel caso *Dassonville*, «qualsiasi 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»[4].

La casistica giurisprudenziale in materia di importazioni consente dunque di affermare che una norma giuridica nazionale, la quale (direttamente o indirettamente, in atto o in potenza) ostacoli il commercio intracomunitario, è di per sé incompatibile con il diritto dell'Unione, sebbene sia «indistintamente applicabile» tanto agli imprenditori nazionali, quanto a quelli di un altro Stato membro: essa può superare il vaglio della Corte di giustizia solo nel caso in cui risulti necessaria «per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori»[5]. Il carattere discriminatorio di una norma giuridica nazionale non è pertanto indispensabile affinché essa sia ritenuta contraria al divieto posto dall'art. 34 TFUE[6].

Tale soluzione non trova riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di esportazioni, la quale ha viceversa affermato che una norma giuridica nazionale che restringa il commercio, ma senza fare distinzioni, in modo diretto o indiretto, a seconda della destinazione della merce ovvero della nazionalità dell'imprenditore, non può costituire una misura di effetto equivalente vietata dall'art. 35 TFUE. Si deve tuttavia dubitare che tale casistica giurisprudenziale tratti davvero di limitazioni della libertà di circolazione delle merci: il divieto olandese ai fabbricanti

[4] C. Giust. CE, 11 luglio 1978, C-8/74, *Benoît e Gustave Dassonville c. SA Éts. Fourcroy* e *SA Breuval e Cie*.

[5] C. Giust. CE, 20 febbraio 1979, cit.

[6] Laddove una norma giuridica nazionale (non soltanto ostacoli il commercio intracomunitario, ma) sia anche discriminatoria, essa viola il divieto posto dall'art. 34 TFUE anche nel caso in cui risulti necessaria per rispondere alle esigenze imperative di cui alla sentenza *Cassis de Dijon*. Tale norma potrà superare allora il vaglio della Corte di giustizia nel solo caso in cui sia giustificata da una delle cause che sono tassativamente elencate dall'art. 36 TFUE. Nel senso tuttavia che la Corte di giustizia stia progressivamente superando il rigore formale di tale distinzione, v. la *Guida all'applicazione delle disposizioni del trattato che regolano la libera circolazione delle merci*, redatta dalla Commissione europea-Imprese e industria, Lussemburgo, 2010, p. 28.

di salumi di lavorare carne equina o di detenerne scorte[7], ovvero il divieto tedesco di fabbricare durante la notte prodotti di panetteria e di pasticceria e di trasportarli e consegnarli ai singoli consumatori e ai dettaglianti[8], propriamente non ostacolano il commercio intracomunitario di tali merci, ma stabiliscono le regole in base alle quali esse sono «legalmente prodotte e messe in circolazione» nel paese d'origine. La compatibilità delle norme giuridiche nazionali di cui si tratta con il diritto dell'Unione è pertanto coerente con il principio del mutuo (o reciproco) riconoscimento che è stato formulato proprio sulla base della sentenza *Cassis de Dijon*, ed è anzi necessaria per salvaguardarlo: in caso contrario, la circolazione di una merce all'interno del mercato interno unico non sarebbe disciplinata dall'ordinamento giuridico del suo paese d'origine, ma da quello di un qualsiasi altro paese nel quale essa sia suscettibile di essere esportata.

Negli stessi termini, non sembra che quanto si è detto a proposito della libertà di importazione delle merci sia stato propriamente sovvertito dalla sentenza relativa ai casi *Keck* e *Mithouard*[9], la quale ha affermato che «non può costituire ostacolo diretto o indiretto, in atto o in potenza, agli scambi commerciali tra gli Stati membri […] l'assoggettamento di prodotti provenienti da altri Stati membri a disposizioni nazionali che limitino o vietino talune modalità di vendita, sempreché tali disposizioni valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgano la propria attività sul territorio nazionale e sempreché incidano in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico, quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti da altri Stati membri»[10]. Per quanto la Corte di giustizia abbia così voluto effettivamente innovare il proprio precedente orientamento, soprattutto al fine di evitare che qualsiasi scelta di politica sociale ed economica di ciascuno Stato membro potesse essere contestata dagli operatori economici, tale sentenza risulta in definitiva coerente da un lato con il principio del mutuo (o reciproco) riconoscimento, dall'altro con la suddetta casistica giurisprudenziale in materia di esportazioni.

Un'evoluzione del tutto analoga ha riguardato la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle altre libertà di circolazione, a cominciare da quella di prestazione dei servizi (artt. 56-62 TFUE)[11].

[7] C. Giust. CE, 8 novembre 1979, C-15/79, *P.B. Groenveld BV c. Produktschap voor Vee en Vlees*.
[8] C. Giust. CE, 14 luglio 1981, C-155/80, *Oebel*.
[9] Cfr. tuttavia S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Tübingen, 2013, p. 46 ss.
[10] C. Giust. CE, 24 novembre 1993, C-267/91 e C-268/91, *Keck* e *Mithouard*.
[11] Per il suo originario carattere antidiscriminatorio, v. C. Giust. CE, 24 ottobre 1978,

Sia per quanto riguarda i lavoratori (artt. 45-48 TFUE), che il diritto di stabilimento (artt. 49-55 TFUE), anche la libertà di circolazione delle persone è ormai tutelata indipendentemente dall'eventuale portata discriminatoria delle norme giuridiche nazionali che la limitino, superando così l'orientamento giurisprudenziale più risalente nel tempo[12]. Ciò risulta tanto più significativo, se si considera che l'art. 45, 2° comma, TFUE esplicitamente ricollega la libertà di circolazione dei lavoratori a «l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità»: ciononostante, la Corte di giustizia è giunta a ritenere che, laddove limitino l'esercizio della libertà di circolazione delle persone, le norme giuridiche nazionali non sono di per sé compatibili con il diritto dell'Unione, anche nel caso in cui siano applicate senza discriminazioni in base alla cittadinanza[13]. Analogamente deve dirsi a proposito del diritto di stabilimento[14], sebbene l'art. 49, 2° comma, TFUE ne preveda l'esercizio alle «condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini».

A sua volta, la libertà di circolazione dei capitali (artt. 63-66 TFUE) ha conosciuto la medesima evoluzione giurisprudenziale[15].

Si deve pertanto ritenere che, dismesso il loro carattere originariamente

C-15/78, *Société Générale Alsacienne de Banque SA c. Koestler*. Per il superamento di tale impostazione, v. C. Giust. CE, 17 dicembre 1980, C-279/80, *Webb*; C. Giust. CE, 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*; C. Giust. CE, 21 settembre 2006, C-168/04, *Commissione v. Repubblica d'Austria*.

[12] C. Giust. CE, 12 febbraio 1987, C-211/85, *Commissione c. Regno del Belgio*.

[13] C. Giust. CE, 31 marzo 1993, C-19/92, *Kraus c. Land Baden-Würtemberg*; C. Giust. CE, 30 novembre 1995, C-55/9, *Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*; C. Giust. CE, 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Bosnam*.

[14] C. Giust. CE, 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd c. Ehrvervs- og Selskabsstyrelsen*; C. Giust. CE, 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*; C. Giust. CE, 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Kamer van Koophandel en Frabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*.

[15] C. Giust. CE, 23 ottobre 2007, C-112/05, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*. Particolarmente significativa è la giurisprudenza relativa alla c.d. *golden share*: C. Giust. CE, 4 giugno 2002, C-367/98, *Commissione c. Repubblica portoghese*; C. Giust. CE, 4 giugno 2002, C-483/99, *Commissione c. Repubblica francese*; C. Giust. CE, 4 giugno 2002, C-503/99 (Commissione c. Regno del Belgio); C. Giust. CE, 13 maggio 2003, C-463/00, *Commissione c. Regno di Spagna*; C. Giust. CE, 13 maggio 2003, C-98/01, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*; C. Giust. UE, 11 novembre 2010, C-543/08, *Commissione c. Repubblica portoghese*. Per la precedente impostazione della libertà di circolazione dei capitali come divieto di discriminazione, v. C. Giust. CE, 1° giugno 1999, C-302/97, *Konle c. Repubblica d'Austria*.

antidiscriminatorio[16], le libertà di circolazione garantite dai Trattati istitutivi debbano essere ormai considerate come veri e propri divieti di restrizione del commercio (intracomunitario)[17].

In questi termini, si spiega e si giustifica la qualificazione di tali libertà come «fondamentali»[18], in quanto esse non sono più tutelate dal diritto dell'Unione in chiave meramente strumentale all'integrazione europea, ma come autonome finalità di politica del diritto[19]. In altri termini, la tutela di tali libertà da parte del diritto dell'Unione non è diretta a impedire le disparità di trattamento a svantaggio dei professionisti di altri Stati membri (ovvero che operano anche in altri Stati membri) rispetto a quelli nazionali (ovvero che operano esclusivamente sul mercato nazionale), ma a promuovere positivamente una vera e propria liberalizzazione dell'economia e del diritto di ciascuno Stato membro[20].

L'obiettivo istituzionale del mercato interno unico, che tali libertà sono finalizzate a realizzare ai sensi dell'art. 26, 2° comma, TFUE, non si esaurisce pertanto in una (per quanto socialmente ed economicamente importante) *policy* di rimozione delle disparità di trattamento nel commercio intracomunitario (c.d. integrazione negativa), ma è orientato alla realizzazione di una società basata sulle libertà private (*Privatrechtsgesellschaft*) come vero e proprio progetto costituzionale dell'Unione[21].

[16] G. Bachmann, *Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten*, in 210 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, p. 430 ss.

[17] Nel senso che, abbandonata la logica puramente antidiscriminatoria, la libertà di importazione delle merci debba essere concepita come un *Beschränkungsverbot*, v. T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen, 2004, p. 127 ss.

[18] Dal punto di vista della dottrina pubblicistica, v. T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Oxford-Portland, 2009, p. 315 ss.

[19] Cfr. tuttavia A. Zoppini, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principî e problemi della* Drittwirkung *nel mercato unico)*, in questo *Volume*, p. 27 ss.

[20] In senso contrario, cfr. S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, cit., p. 70 ss., nonché A. Zoppini, *op. loc. ultt. citt.*

[21] La compiuta elaborazione di tale modello si deve soprattutto a F. Böhm, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *ORDO*, 1966, p. 75 ss. A tale proposito, v. C.-W. Canaris, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in P. Badura, R. Scholz (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München, 1993, p. 85 ss.; nonché i saggi raccolti in K. Riesenhuber (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen, 2007. Per l'importanza di tale concetto nella costituzione e nell'evoluzione del diritto privato europeo, v. S. Grundmann, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *European Review of Private Law*, 2008, p. 553 ss. e già K. Meyer, J. Scheinpflug, *Privatrechtsgesellschaft und die Europäische Union*, Tübingen, 1996, spec. pp. 11 ss., 75 ss.

Movendo dal presupposto che i diritti fondamentali possano essere suddivisi tra quelli che sono inviolabili e quelli che non lo sono[22], è stato tuttavia recentemente affermato che le libertà garantite dai Trattati istitutivi sarebbero fondamentali «unicamente nel senso che sono *fondanti* rispetto al sistema dell'Unione europea incentrato sulla costruzione del mercato unico», ma non avrebbero «il potere di qualificare l'impronta, sul terreno valoriale, di tale ordinamento»[23].

In realtà, sopprimere o non tutelare la libertà di iniziativa economica privata avrebbe conseguenze dannose sull'ordine democratico della società non meno gravi di quelle che sarebbero provocate se si sopprimesse o non si tutelasse la libertà sindacale, o quella di associazione, e così via[24], fermo restando che può porsi l'esigenza di un loro bilanciamento con i diritti fondamentali della persona[25].

Si deve tuttavia ribadire che l'autonomia negoziale delle parti contraenti

[22] Anche per riferimenti dottrinali, v. E. Navarretta, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 672 s.

[23] E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in questo *Volume*, p. 60 s. (e in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 895).

[24] A. Pace, *Problematica delle libertà fondamentali*, *Parte speciale*, II ed., Padova, 1992, p. 470 ss., spec. nota 9. Com'è noto, la distinzione posta da Benedetto Croce (ora in *Etica e politica*, III ed., Bari, 1945, p. 316 ss.) tra il liberismo (economico) e il liberalismo (morale) ha suscitato una notevole controversia con Luigi Einaudi, sviluppatasi dagli anni Trenta fino all'immediato dopoguerra. Alla tesi crociana secondo cui il liberalismo non implicherebbe necessariamente il liberismo, ma sarebbe al limite compatibile con la soppressione della libertà di iniziativa economica privata (pianificazione dell'economia) e della proprietà privata (comunismo), Einaudi appassionatamente replicava: «La libertà del pensiero è […] connessa necessariamente con una certa dose di liberismo economico […] La concezione storica del liberismo economico dice che la libertà non è capace di vivere in una società economica nella quale non esista una varia e ricca fioritura di vite umane vive per virtù propria, indipendenti le une dalle altre, non serve di un'unica volontà. In altri termini e per non lasciare aperta alcuna via al rimprovero di far dipendere la vita dello spirito dall'economia, lo spirito libero crea un'economia a se medesimo consona e non può creare perciò un'economia comunistica che è economia asservita ad un'idea, qualunque sia, imposta da una volontà, per definizione e per ragion di vita, intollerante di qualsiasi volontà diversa» (L. Einaudi, *Liberismo e liberalismo*, ora in Id., *Il buongoverno*, Bari, 1954).

[25] C. Giust. CE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 181 ss., con nota di E. Pellecchia, *Il caso* Omega: *la dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*; C. Giust. CE, 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Trasport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*; C. Giust. CE, 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Swenska Byggnadsarbetareförbundet et al.* In dottrina, v. H. Schepel, *Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 1211 ss.

non è per definizione compatibile con un principio generale di parità di trattamento, il quale non può dunque far parte del diritto contrattuale nel suo complesso[26].

Infatti, l'esercizio delle libertà fondamentali non implica di per sé alcun divieto generale di discriminazioni, neppure quando siano basate sulla cittadinanza[27]: divieti del genere sono piuttosto specificamente posti dal diritto primario dell'Unione al fine politico di realizzare l'integrazione europea (c.d. negativa)[28], costituendo pertanto un limite pubblicistico all'esercizio delle libertà private[29]. In questo senso, la complessiva logica antidiscriminatoria che indubbiamente caratterizza il diritto dell'Unione non può essere definita nei termini di una costituzionalizzazione del diritto privato, ma soltanto in quelli di una sua europeizzazione.

*2. – La fase ri-regolatoria (*pars costruens*) del diritto europeo dei contratti: armonizzazione* vs. *competizione degli ordinamenti giuridici nazionali*

L'affrancamento delle libertà fondamentali dalla loro originaria connotazione antidiscriminatoria, segnatamente per quanto riguarda la circolazione

[26] J. Basedow, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Recht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 240 ss.; Id., *Freedom of Contract in the European Union*, in *European Review of Private Law*, 2008, p. 901 ss. Cfr. tuttavia N. Reich, *The Impact of the Non-Discrimination Principle on Private Autonomy in EU Law*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherhill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, p. 253 ss.; Id., *Pluralism and Private Law in the Union: Some Thoughts on the Impact of the Non-Discrimination Principle on Private Autonomy*, in L. Niglia (ed.), *Pluralism and European Private Law*, Oxford-Portland, 2013, p. 73 ss.

[27] Cfr. tuttavia A. Zoppini, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principî e problemi della* Drittwirkung *nel mercato unico)*, cit., p. 27 ss. Nella letteratura più recente, cfr. altresì G. Carapezza Figlia, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1387 ss.; E. Navaretta, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.; G. Di Lorenzo, *Contratto e divieto di discriminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 577 ss. A favore della "nascita" di un diritto contrattuale antidiscriminatorio cfr. in particolare D. Maffeis, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 403 ss., spec. p. 408 ss. e già Id., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, spec. p. 30 ss.; Id., *La discriminazione religiosa nel contratto*, in *Dir. eccl.*, 2006, p. 55 ss.

[28] S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, cit., p. 169.

[29] C. Giust. CE, 6 giugno 2000, C-281/98, *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano*; C. Giust. CE, 3 ottobre 2000, C-411/98, *Ferlini c. Centre hospitalier de Luxembourg*; C. Giust. CE, 17 luglio 2008, C-97/07, *Raccanelli c. Max Planck Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*.

delle merci e dei servizi, ha costituito la premessa necessaria di una vera e propria competenza legislativa dell'Unione in materia di diritto dei contratti. Ai sensi dell'art. 114, 1° comma, TFUE, il «ravvicinamento delle legislazioni» è finalizzato infatti all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno unico, il quale, come si desume dall'art. 26, 2° comma, TFUE, costituisce il risultato dell'esercizio transfrontaliero di tali libertà.

In altri termini, quanto più si estende l'àmbito di riconoscimento e di tutela delle libertà fondamentali da parte della Corte di giustizia, tanto più si amplia la competenza legislativa dell'Unione europea ad armonizzare gli ordinamenti giuridici nazionali, fermo restando il principio costituzionale di sussidiarietà che è posto dall'art. 5, 1° e 3° comma, TUE.

La finalità giustificativa di tale armonizzazione deve essere individuata nell'esigenza di neutralizzare il pericolo che il livello nazionale della regolazione del mercato scenda al di sotto della soglia ottimale (c.d. *fall to the bottom*): in se stessa considerata, l'applicazione giurisprudenziale delle libertà fondamentali incentiva infatti la concorrenza "al ribasso" tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, la quale, se non si realizza all'interno di una cornice di regole sovranazionali, può essere inficiata dagli stessi pericoli di fallimento del mercato che sussistono riguardo all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata[30].

Si spiega così che la liberalizzazione del mercato interno unico sia accompagnata da una sua ri-regolazione, la quale è necessaria non soltanto per superare la segmentazione nazionale, ma anche per realizzare quella tutela della concorrenza che, come si evince dall'art. 3, 3° comma, paragrafo 1, TUE, costituisce la scelta di sistema della costituzione economica europea. In altri termini, il diritto europeo dei contratti non è costituito soltanto dalle libertà fondamentali, ma anche da un ordine giuridico del mercato che è indispensabile affinché quest'ultimo massimizzi il benessere della collettività, anziché diminuirlo[31]: in tal senso, ossia coerentemente con il pensiero ordo-liberale che costituisce la matrice della costituzione economica europea[32], deve essere intesa la formula di una «economia

[30] In generale, v. i saggi raccolti in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004 e A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007.

[31] V. *infra*, n. 3.

[32] E.-J. Mestmäcker, *European Economic Constitution*, in J. Basedow, *et alii* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, 2012, p. 588 ss. Il concetto ordo-liberale di costituzione economica (*Wirtschaftsverfassung*) implica una decisione fondamentale della società sul tipo di sistema economico che la deve *caratterizzare* (*Systementscheidung*); a tale proposito, v. F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufagabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, 1937, spec. p. 54 ss. Com'è noto,

sociale di mercato».

L'ordine giuridico del mercato limita l'esercizio delle libertà economiche fondamentali, ma questa limitazione è posta nell'interesse stesso dei privati che sono titolari di tali libertà, in quanto è preordinata a rimuovere gli ostacoli che impediscono il loro esercizio transfrontaliero. In particolare, la tutela dei consumatori è finalizzata a rimuovere quelle strutturali asimmetrie informative che nel segmento finale del mercato determinano il rischio di una c.d. selezione avversa tra le offerte concorrenti[33]: per quanto sia così limitata la libertà di iniziativa economica del professionista, tale limitazione è pertanto indispensabile affinché il suo esercizio al di là delle frontiere nazionali non sia ostacolato dal fallimento del mercato[34].

Sarebbe viceversa incoerente con il suo fondamento costituzionale che il diritto europeo dei contratti armonizzasse gli ordinamenti giuridici nazionali quando le parti sono libere di scegliere la legge applicabile al loro accordo, non sussistendo allora alcuna limitazione all'esercizio transfrontaliero delle loro libertà fondamentali: ciò che tipicamente (anche se non esclusivamente) avviene quando si tratti di un contratto internazionale tra imprenditori[35].

Si deve pertanto ritenere che le norme giuridiche dispositive o suppletive che sono dettate dagli ordinamenti giuridici nazionali non siano costituzionalmente suscettibili di essere armonizzate o unificate a livello europeo, ma che esse debbano restare affidate invece alla libertà delle parti contraenti di scegliere la legge applicabile al loro contratto[36]. Per altro verso, le norme inderogabili che non siano rimesse alla libertà di scelta delle parti contraenti sono generalmente suscettibili di essere armonizzate

l'enfatizzazione tipicamente ordo-liberale del ruolo dello Stato e più in generale dei poteri pubblici nella creazione e nella "imposizione" del modello concorrenziale ha suscitato reazioni vivacemente critiche, le quali si possono riassumere nell'accusa di un sostanziale autoritarismo (D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Markt*, Baden-Baden, 1991, spec. p. 77 ss. a proposito di Böhm e della *Freiburger Schule*), il quale rinverrebbe le proprie radici addirittura nel totalitarismo del *Drittes Reich* nazionalsocialista (A. Somma, *Diritto comunitario* vs. *diritto comune europeo*, Torino, 2003, *passim* e spec. p. 21 ss., e già Id., *Tutte le strade portano a Fiume. L'involuzione liberista del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 263 ss.; Id., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 263 ss.).

[33] H. Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrechts*, Köln, 2001.

[34] Mi permetto di rinviare a P. Sirena, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.

[35] C. Giust. CE, 24 gennaio 1991, C-339/89, *Alsthom Atlantique SA c. Compagnie de construction mécanique SA*.

[36] Sul tema, v. S. Patti, *Il contratto tra* "autonomie de la volonté" *e moderno* "zwingendes Recht", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 369 ss.

dall'Unione europea[37], ma ciò non toglie che il diritto europeo dei contratti sia comunque caratterizzato da quella funzione di facilitazione e di incentivazione dell'attività d'impresa che è stata tradizionalmente ascritta al diritto privato nazionale. Il diritto europeo dei contratti definisce infatti il livello oltre il quale la regolazione del mercato da parte degli Stati nazionali è presuntivamente eccessiva ed è pertanto consentita solo se resa necessaria da esigenze imperative (secondo la formula *Cassis de Dijon*) ovvero se sussista una delle cause tipiche di giustificazione che sono elencate dall'art. 36 TFUE[38].

Il diritto europeo deve essere concepito allora come la cornice regolatoria la quale è necessaria affinché gli ordinamenti giuridici degli Stati membri possano effettivamente e lealmente competere e i privati esercitare al di là delle frontiere nazionali le loro libertà economiche, anzitutto scegliendo la legge applicabile ai loro contratti, e più in generale alle loro obbligazioni.

Non si tratta pertanto di una complessiva "denazionalizzazione" del diritto privato, ma di una sua radicale e necessaria modernizzazione, principalmente basata su obiettivi di efficienza economica[39].

3. – La Drittwirkung *delle libertà fondamentali e l'ordine giuridico del mercato*

L'irrompere della regolazione del mercato all'interno del diritto generale del contratto fa sì che quest'ultimo non possa essere più disciplinato come un accordo di volontà individuali delle parti contraenti, ma come un fatto che interessa la società nel suo complesso[40]. L'individualismo che è caratteristico dell'autonomia privata si deve necessariamente coordinare con gli interessi generali che sono protetti dall'ordine giuridico del mercato[41].

Se abbandonata a se stessa, infatti, l'autonomia privata tende paradossalmente a distruggere proprio il modello di una società basata sulle libertà private, facendo prevalere la libertà del più forte su quella del più debole[42].

[37] O. Remien, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrags*, Tübingen, 2003.
[38] V. *supra*, n. 1.
[39] Mi permetto di rinviare a P. Sirena, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2014, p. 10.
[40] Per ragioni di brevità, mi permetto nuovamente di rinviare a P. Sirena, *op. loc. ultt. citt.*
[41] S. Grundmann, *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 585 ss.
[42] V. *supra*, n. 2.

Dal punto di vista ordo-liberale l'autoritarismo è sempre e comunque inaccettabile, non solo quando è legalmente esercitato dal potere pubblico, ma anche quando esso si afferma di fatto nei rapporti tra i cittadini[43]: in realtà, una società basata sulle libertà private può realizzarsi soltanto se il loro riconoscimento come principî generali dell'ordinamento giuridico è inserito in una cornice di regole "forti" di instaurazione e di tutela dell'ordine concorrenziale e pluralistico.

La costituzione economica europea esige pertanto che siano rimossi non soltanto gli ostacoli alle libertà fondamentali che sono posti dagli Stati membri nell'esercizio dei loro poteri pubblici, ma anche quelli che sono creati dai privati nell'esercizio della loro autonomia. Tali libertà non possono pertanto non essere suscettibili di efficacia in senso orizzontale (c.d. *unmittelbare Drittwirkung*), ossia nei confronti (non soltanto di uno Stato, ma anche) di un altro privato[44].

Tale soluzione ha trovato accoglimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia per quanto riguarda la generalità delle libertà fondamentali, esclusa tuttavia quella di circolazione delle merci.

La Corte di giustizia ha affermato infatti che gli artt. 34 e 36 TFUE «riguardano soltanto provvedimenti pubblici e non la condotta delle imprese»[45]. La disciplina della libertà di circolazione delle merci non sarebbe pertanto applicabile a un accordo privato[46], il quale sarebbe piuttosto assoggettato alla disciplina della concorrenza, segnatamente per

[43] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, ora in Id., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – persone e famiglia – garanzie e diritti reali*, 1, Milano, 2002, p. 47 ss. V. ora anche i saggi raccolti in F. Möslein (Hrsg.) *Private Macht*, Tübingen, 2016.

[44] Cfr. tuttavia C.-W. Canaris, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, in H. Bauer *et alii* (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, 16./17. November 2001*, Tübingen, 2002, p. 29 ss., nonché A. Hartkamp, *The Effect on the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects on Primary Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 527 ss. Sull'analogo dibattito a proposito dei diritti fondamentali dell'uomo, v. per tutti A. Gentili, D*iritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 183 ss.; V. Trstenjak, *General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, in Ead., P. Weingerl (eds.), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2016, p. 3 ss.

[45] C. Giust. CE, 1° ottobre 1987, C-311/85, *VZW Vereinigung vam Klaamse Reisbureaus c. VZW Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*.

[46] Cfr. tuttavia C. Giust. CE, 22 gennaio 1981, C-58/80, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*.

quanto riguarda i divieti *antitrust*[47]. Ciò si spiegherebbe anche perché, non prevedendo alcuna clausola *de minimis*, l'art. 34 TFUE vieterebbe qualsiasi (misura di effetto equivalente a una) restrizione quantitativa alle importazioni di merci, «anche se l'ostacolo è di lieve entità»[48]. D'altro canto, le «cause di giustificazione» elencate dall'art. 36 TFUE sarebbero chiaramente modellate sui provvedimenti emanati da uno Stato membro nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici e non risulterebbero pertinenti a comportamenti tenuti dai privati, ai quali pertanto non sarebbe neppure applicabile il divieto posto dall'art. 34 TFUE[49].

Più di recente, la Corte di giustizia sembra aver abbandonato tale impostazione, affermando che, come le altre libertà, anche quella di circolazione delle merci è esercitabile nei confronti di un privato[50]: si tratta tuttavia di un precedente che non può essere considerato univoco, riguardando un ente privato che di fatto agiva nell'àmbito delle competenze pubblicistiche dello Stato di appartenenza[51].

Resta quindi fermo il problema di superare l'apparente contraddizione che si è venuta a creare all'interno della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale è stata peraltro oggetto di aspra contestazione da parte della dottrina[52].

A tale proposito, si deve premettere che il puro e semplice richiamo al principio di effettività (*effet utile*) non è di per sé idoneo a giustificare alcuna efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci, non soltanto a causa della sua genericità[53], ma anche (e soprattutto) perché non sembra che tale efficacia sia realmente indispensabile ai fini dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno unico[54]. È piuttosto

[47] C. Giust. CE, 27 settembre 1988, C-65/86, *Bayer AG c. Süllhöfer*; C. Giust. CE, 6 giugno 2002, C-159/00, *Audic c. Eco-Emballages SA*. Sull'efficacia orizzontale degli artt. 101 ss. TFUE, v. soprattutto C. Giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Creham*; C. Giust. CE, 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni s.p.a., Cannito c. Fondiaria SAI s.p.a., Tricarico e Mugolo c. Assitalia s.p.a.*

[48] C. Giust. CE, 5 aprile 1984, C-177 e C-178/82, *van de Haar* e *Kaveka de Meern BV*.

[49] C. Giust. CE, 1° ottobre 1987, C-311/85, *Vlaamse Reisbureaus*.

[50] C. Giust. CE, 12 luglio 2012, C-171/11, *Fra.bo s.p.a. c. Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein*.

[51] A. Plaia, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, in questo *Volume*, p. 79 ss. (e in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 744 ss., spec. p. 754 ss).

[52] Per alcune indicazioni bibliografiche, v. S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, cit., p. 146 ss.

[53] In generale, v. al riguardo N. Reich, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, J. Rutgers, P. Sirena (eds.), *Rules and Principles in European Contract Law*, Antwerp-Cambridge-Portland, 2015, p. 45 ss.

[54] S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, cit., p. 170.

necessario muovere da una più adeguata ricostruzione dogmatica delle libertà fondamentali, segnatamente per quanto riguarda l'interesse giuridicamente protetto del loro titolare[55].

In particolare, si deve rilevare che sarebbe teleologicamente contraddittorio che le libertà fondamentali fossero applicate per limitare l'esercizio dell'autonomia privata[56], in quanto esse servono invece proprio a sorreggerla e a rafforzarla. Più in generale, le libertà private non sono suscettibili per loro natura di vincolare chi le esercita[57].

Il contratto non è pertanto sindacabile dal punto di vista delle libertà fondamentali delle parti che lo hanno stipulato, cosicché si deve senz'altro escludere che, in siffatto contesto, tali libertà abbiano alcuna efficacia orizzontale[58].

Diversamente deve dirsi laddove si tratti di terzi (privati), i quali (al di fuori dell'esercizio delle loro libertà fondamentali) tengano comportamenti che di fatto impediscono od ostacolano l'accesso di altri privati sul mercato[59]. L'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali non può allora non essere affermata, e ciò riguarda anche quella di circolazione delle merci.

[55] A. Lengauer, *Drittwirkung von Grundfreiheiten. Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadessaten im Gemeinschaftrecht,* Wien-New York, 2010, spec. p. 318 ss.

[56] Cfr. tuttavia A. Zoppini, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principî e problemi della* Drittwirkung *nel mercato unico)*, cit., p. 27 ss.

[57] W.-H. Roth, *Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags*, in V. Beuthien *et alii* (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Medicus: Zum 70. Geburtstag*, Köln, 2009, p. 418 s.

[58] S. Leible, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, in S. Grundmann (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Aalphen aan den Rijn, 2008, p. 63 ss. Cfr. tuttavia J. Rutgers, *Free Movements and Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2008, p. 474 ss. Riguardo agli accordi collettivi, v. S. Robin-Olivier, *Bargaining in the shadow of free movement of capital*, in *European Review of Contract Law*, 2012, p. 167 ss.

[59] W.-H. Roth, *Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags*, cit., p. 418 s. In senso analogo, v. F. Kainer, *Die Gewährleistung von Privatautonomie im Spannungsfeld horizontaler Wirkung von Grundfreiheiten und Grundrechten in der Europäischen Union: eine Skizze*, in *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht. Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2015, p. 491 s., secondo il quale l'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali dovrebbe essere ammessa «wenn eine private Handlung aus rechtlichen oder faktischen Grund einseitig zwingenden Charakter hat und die Folgen diesen Handels daher nicht zugleich auch auf einer (potentiel!) freien Willensbetätigung der anderen Seite beruht».

*4. – La revisione critica dell'*acquis communautaire *e il progetto di un diritto comune europeo delle vendite (CESL)*

La consolidata impostazione ordo-liberale del diritto europeo dei contratti è stata ormai da tempo assoggettata a una revisione critica da parte della Commissione, la quale ha indicato come possibile e forse desiderabile l'opzione di una codificazione[60], peraltro ripetutamente sollecitata dal Parlamento[61]. Si tende così ad abbandonare la logica di un intervento legislativo finalizzato a prevenire e a neutralizzare i fallimenti del mercato sulla base dei principî di sussidiarietà e di proporzionalità, progettando invece una regolazione tendenzialmente completa e uniforme a livello europeo.

Nella procedura di consultazione pubblica che è stata aperta al riguardo, tuttavia, i pareri delle istituzioni e dei singoli c.d. *stakeholders* partecipanti sono stati prevalentemente negativi e ciò ha indotto la Commissione a procedere più cautamente di quanto non avrebbe forse voluto. Nel c.d. *Action Plan* che è stato redatto in una comunicazione del 2003 per dare più coerenza al diritto europeo dei contratti[62], la Commissione è giunta infatti alla conclusione che non sia almeno al momento realisticamente ipotizzabile l'emanazione di un codice civile europeo, e che, oltre a migliorare la qualità dell'*acquis communautaire*, occorra piuttosto predisporre un «quadro comune di riferimento» (*Common Frame of Reference*, CFR), il quale stabilisca principî e una terminologia comuni nel campo del diritto contrattuale[63].

---

[60] *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo*, 11 luglio 2001, COM(2001) 398 def.

[61] *Risoluzione del Parlamento europeo su un'azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri*, 26 maggio 1989, in *GUCE* del 26 giugno 1989, C 158, p. 400 ss.; *Risoluzione del Parlamento europeo sull'armonizzazione di taluni settori del diritto privato degli Stati membri*, 6 maggio 1994, in *GUCE* del 25 luglio 1994, C 205, p. 518 ss.; *Risoluzione del Parlamento europeo sul ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri*, 15 novembre 2001, in *GUCE* del 13 giugno 2001, C 140 E, p. 538 ss.

[62] *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo – Un piano d'azione*, 12 febbraio 2003, COM(2003) 68 def.

[63] *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Diritto contrattuale europeo e revisione dell'*acquis: *prospettive per il futuro*, 11 ottobre 2004, COM(2004) 651 def. V. inoltre *Risoluzione del Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'*acquis: *prospettive per il futuro*, 23 marzo 2006, in *GUUE* del 1° dicembre 2006 n. C 292E, p. 109 ss.; *Risoluzione del Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo*, in *GUUE* del 14 dicembre 2006, n. C305E, p. 247 ss.; *Risoluzione del Parlamento sul diritto contrattuale europeo*, 12 dicembre 2007, P6-TA-PROV(2007)0615; *Risoluzione del Parlamento Europeo sul Quadro Comune di Riferimento per il diritto contrattuale europeo*, 3 settembre 2008, P6-TA-PROV(2008)0397. In dottrina, v. C. Castronovo, *Quadro*

Un progetto del genere è stato nel frattempo elaborato da alcuni gruppi internazionali di giuristi accademici ed è stato pubblicato con la denominazione di *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), dapprima nella c.d. *interim* edition del 2008[64], e poi nella versione definitiva del 2009[65].

Una parte del DCFR, ossia quella relativa alla disciplina del contratto di vendita, è stata successivamente stralciata e inserita dalla Commissione nella proposta di un regolamento, pubblicata nel 2011, che il Parlamento europeo ha approvato a larga maggioranza (e sia pure con incisive modificazioni) il 26 febbraio 2014[66]. Si tratta di quello che è stato ufficialmente denominato come il diritto comune europeo delle vendite (*common European sales law* – CESL)[67].

Nella relazione che ha accompagnato tale proposta di regolamento, si è affermato espressamente che il diritto comune europeo delle vendite era destinato a creare all'interno dell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro dell'Unione un secondo regime di diritto dei contratti, che si sarebbe aggiunto e posto in alternativa a quello nazionale[68].

---

comune di riferimento e acquis *comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 275 ss.; C. Marchetti, *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Torino, 2012; nonché i saggi raccolti in R. Schulze (ed.) *The Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2008.

[64] C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (eds.), *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR).* Interim *outline edition*, Munich, 2008.

[65] C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition*, Munich, 2009.

[66] A tale proposito, v. C. Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura* Realpolitik *di Bruxelles dal* DCFR *alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 837 ss.

[67] *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita*, 11 ottobre 2011, COM(2011) 635 def. Per una disamina generale, v. C. Castronovo, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 289 ss.; P. Stanzione, *Il regolamento di diritto comune europeo della vendita*, in *I Contratti*, 2012, p. 624 ss.; G. D'Amico, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione Europea in materia di armonizzazione?*, *ibid.*, p. 611 ss., nonché i numerosi saggi raccolti nel numero speciale di *Contratto e impresa/Europa*, 2012, il quale reca il titolo *Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti*. Nella letteratura straniera, v. per tutti, R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, München, 2012; D. Looschelders, *Das allgemeine Vertragsrecht des CESL*, in 2012 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2012, p. 594 ss.

[68] *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Un diritto comune europeo della vendita per*

Nonostante lo sforzo di *understatement* da parte della Commissione, l'emanazione di tale regolamento avrebbe determinato una crisi senza precedenti del diritto privato europeo, trasformando in modo irreversibile non solo la sua struttura di fondo, ma anche la sua stessa legittimazione costituzionale.

Il diritto europeo dei contratti non sarebbe stato più concepibile come una cornice regolatoria sovranazionale all'interno della quale competono gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, ma come un'alternativa radicale e completa rispetto alla loro pluralità, spezzando così quella struttura multilivello di *governance* che ha costitutivamente caratterizzato l'integrazione europea[69].

Sotto un diverso profilo, si deve rilevare che, laddove il diritto europeo dei contratti sia teleologicamente sganciato dall'esercizio transfrontaliero delle libertà fondamentali, si determinerà una (più o meno accentuata) socializzazione dei costi di tutela del consumatore contraente.

La tecnica del recesso c.d. di pentimento, ad es., è coerente con la scelta di sistema della costituzione economica europea laddove sia preveduta in contesti di strutturale asimmetria informativa tra le parti contraenti e di irrazionalità delle decisioni negoziali del consumatore, come accade tipicamente quanto il contratto sia concluso a distanza, senza che il compratore possa esaminare il bene che sta acquistando[70]. Ma se tale tecnica è invece generalizzata, essa si pone in antitesi alla forza di legge del contratto, verificandosi allora un fenomeno di sussidio incrociato: in altri termini, il costo della tutela di quei pochi consumatori che decideranno appunto di recedere dal contratto sarà sopportato anche da quelli che non avrebbero avuto invece alcun interesse ad avere un diritto del genere e a sopportare il costo relativo[71].

È pertanto comprensibile che la proposta di un diritto comune europeo delle vendite da parte della Commissione non solo abbia suscitato un'accesa discussione critica nell'àmbito della dottrina civilistica[72], ma

agevolare le transazioni transfrontaliere nel mercato unico, 11 ottobre 2011, COM(2011) 636.

[69] V. *infra*, n. 5.

[70] A.M. Benedetti, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura "ambigua" dei recessi di pentimento*, in *Annuario del contratto*, diretto da A. D'Angelo, V. Roppo, Torino, 2012, p. 3 ss.; F.P. Patti, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1007 ss. Dal punto di vista dell'analisi economica, v. H. Eidenmüller, *Why Withdrawal Rights?*, in *European Review of Contract Law*, 2011, p. 1 ss.

[71] O. Ben-Shahar, *Introduction: A Law and Economics Approach to European Contract Law*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 3 ss.

[72] Nel senso che tale proposta fosse incompatibile con il principio di sussidiarietà, v. ad es. M. Educate, *The Common European Sales Law's Compliance with the Subsidiarity Principle*

abbia soprattutto costituito oggetto di una ferma presa di posizione negativa da parte di alcuni dei principali Stati membri, i quali hanno ufficialmente dichiarato di ritenerla lesiva del principio di sussidiarietà posto dall'art. 5, 1° e 3° comma, TUE e comunque esorbitante dagli obiettivi istituzionali che consentono di seguire la procedura legislativa ordinaria che è disciplinata dall'art. 114 TFUE. In particolare, si sono pronunciati in tal senso il *Bundesrat* tedesco e la *House of Lords*, nonché i Parlamenti dell'Austria e del Belgio.

Di conseguenza, il 16 dicembre 2014, la proposta di regolamento di cui si tratta è stata ritirata dalla Commissione[73].

5. – L'ipotesi di una codificazione del diritto europeo (dei contratti)

In realtà, il DCFR e il CESL sono stati strutturati come progetti di un codice civile[74]. Più in generale, le istituzioni dell'Unione hanno ripetutamente auspicato e, almeno in parte, preparato una vera e propria codificazione europea del diritto privato[75], la quale costituisce oggetto di un ampio dibattito dottrinale[76].

of the European Union, in 14 *Chicago Journal of International Law* (2013), p. 317 ss.

[73] Così risulta da un allegato al *Programma di lavoro della Commissione per il 2015. Un nuovo inizio*, COM(2014) 910 final. La motivazione riportata in tale documento è la seguente: «*Proposta modificata per liberare appieno il potenziale del commercio elettronico nel mercato unico digitale*» (si può leggere in http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_it.pdf). A tale proposito, v. ora la Comunicazione della Commissione del 6 maggio 2015, intitolata *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM(2015) 192 fin. (non disponibile in italiano).

[74] A tale proposito, v. R. Zimmermann, *Codification. The Civilian Experience Reconsidered at the Eve of a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 2012, p. 367 ss.

[75] V. i dettagliati resoconti di L. Niglia, *The Struggle for European Private Law: A Critique of Codification*, Oxford-Portland, 2015, p. 7 ss.; M. Bussani, *Diritto privato europeo*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 417 ss.; E. Ioriatti Ferrari, *Codice civile europeo*, in *Dig. dis. priv.*, *Sez. civ.*, Aggiornamento, Torino, 2010, V, p. 263 ss. Per una valutazione complessiva di tali tentativi codificatori, v. H. Collins, *L'*acquis communautaire *in diritto privato* e *Il codice nascosto*, entrambi in Id., *Il codice civile europeo. La via da seguire*, Napoli, 2013, pp. 31 ss. e 71 ss.; L. Niglia, *op. cit.*, p. 78 ss.

[76] A tale proposito, v. G.B. Ferri, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 1 ss.; S. Patti, *Tradizione civilistica e codificazioni europee* e «*Diversità, armonizzazione, unificazione e codificazione*», entrambi in Id., *Diritto privato e codificazioni europee*, II ed., Milano, 2007, pp. 1 ss. e 23 ss. ; Id., *Diritto europeo e codificazioni moderne*, in L. Vacca (a cura di), *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi*, Convegno ARISTEC, Roma 20 febbraio 2012, Napoli, 2016, p. 87 ss.

L'analisi politico-economica dell'integrazione europea mostra tuttavia che essa non può essere progettata esclusivamente in base all'obiettivo di ridurre i costi transattivi mediante l'unificazione degli ordinamenti giuridici nazionali, ma deve tenere in adeguata considerazione anche l'eventualità di un fallimento del potere pubblico di regolazione del mercato[77]. Ove un eventuale progetto di codificazione europea si dimostrasse fallimentare dopo la sua realizzazione, le conseguenze sarebbero enormemente pregiudizievoli per l'economia e la società europea, oltre che per il progetto politico dell'Unione[78].

In realtà, il diritto dall'Unione europea non è sottoposto in misura significativa alla critica razionale della dottrina giuridica, la quale ha per lo più conservato una dimensione nazionale. Esso non è neppure assoggettato a una pressione del mercato sufficiente a ottimizzare le sue regole, perché il potere legislativo mediante il quale sono emanate è troppo lontano dagli individui per essere davvero condizionato dalle loro scelte e le istituzioni che esercitano quel potere a livello europeo non dipendono in modo sufficiente dal consenso popolare (il c.d. *deficit* democratico dell'Unione europea). In termini più generali, il rischio di un fallimento del potere regolatorio è più forte quando esso è accentrato ed esercitato dall'alto verso il basso (modello c.d. *top down*), laddove il rischio di un fallimento del potere regolatorio è controbilanciato più efficacemente quando esso è decentrato ed esercitato dal basso verso l'altro (modello c.d. *bottom up*)[79].

Com'è stato rilevato[80], le condizioni politiche, sociali e culturali in cui

[77] A tale proposito, sono fondamentali gli studi sulla teoria della scelta pubblica (*public choice*) di M. Buchanan, *Liberty, Market and State*, New York, 1986; Id., *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, 1993; Id., G. Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Indianapolis, 1989.

[78] Ma cfr. C. Castronovo, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 905 ss.; Id., *Codice civile e codice europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 687 ss.; H. Collins, *La società civile e l'unione politica*, in Id., *Il codice civile europeo*, cit., p. 1 ss.

[79] Y. Adar, P. Sirena, *Principles Versus Rules in the Emerging European Contract Law*, in J. Rutgers, P. Sirena (eds.), *Rules and Principles in European Contract Law*, cit., p. 7 ss., spec. p. 29 ss.

[80] L. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, ora in Id., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 329 s., nonché P. Perlingieri, *Quella di Hugh Collins sul "codice civile europeo" non è la via da seguire*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1205 ss., secondo il quale sarebbe la Costituzione, e non un codice, lo strumento per realizzare una maggiore integrazione europea degli Stati membri (in tal senso, v. già Id., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 10; Id., *Normativa comunitaria e ordinamento interno*, in L. Moccia (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, Bari, 1997, p. 111).

si sono compiute le grandi codificazioni che hanno coronato la formazione degli Stati nazionali non sono ripetibili a livello europeo[81].

Il principio di sussidiarietà, il quale è costituzionalmente posto dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, impone a quest'ultima di dare la precedenza non solo al potere legislativo degli Stati membri (c.d. sussidiarietà in senso verticale), ma anche alle libertà dei privati (c.d. sussidiarietà in senso orizzontale), anzitutto quella di scegliere la legge applicabile al loro contratto, e più in generale alle loro obbligazioni.

Ciò fa sì che il diritto privato europeo abbia costituzionalmente una peculiare struttura multilivello[82], la quale si realizza mediante una necessaria interazione tra il livello sovranazionale e quello nazionale della regolazione giuridica[83]. In un certo senso, si tratta di una manifestazione peculiare del c.d. paradosso di Böckenförde, secondo cui allo Stato di diritto liberale (*Rechtsstaat*) è costituzionalmente precluso di garantire da se stesso i presupposti sui quali è fondato[84].

[81] Mi permetto di rinviare a P. Sirena, *Il Discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in corso di pubblicazione su *Riv. dir. civ*.

[82] H. Collins, *Il diritto privato multi-livello*, in Id., *Il codice civile europeo*, cit., p. 205 ss.; 205 ss.; B. Gsell, *Zivilrechtsanwendung im Mehrebenensystem*, in 214 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2014, p. 100 ss. Nella letteratura italiana, v. per tutti A. Zoppini, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principî e problemi della* Drittwirkung *nel mercato unico)*, cit., p. 9 ss.

[83] A. Metzger, Extra legem, intra ius. *Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, Tübingen, 2009, spec. p. 109 (il quale traccia un interessante raffronto con il sistema giuridico federale degli Stati Uniti d'America); S. Grundmann, *General Standards and Principles,* Clauses Générales *and* Generalklauseln *in European Contract Law. A Survey*, in Id., D. Mazeaud (eds.), *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, The Hague, 2006, p. 4; M. Hesselink, *The Structure of the New European Private Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 6.4, 2002; Id., *How many systems of Private law are there in Europe? On plural legal sources, multiple identities and the unity of law*, in L. Niglia (ed.), *Pluralism and European Private Law*, cit., p. 199 ss. Sulle implicazioni metodologiche dell'architettura costituzionale dell'Unione, anche per quanto riguarda il sistema delle fonti del diritto europeo, v. soprattutto S. Martens, *Methodenlehre des Unionrechts*, Tübingen, 2013, p. 123 ss.; S Grundmann, *Systemdenken und Systembildung*, in K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, III ed., Berlin, 2015, p. 172 ss.

[84] Il famoso paradosso è stato formulato in questi termini: «Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann». L'a. prosegue così: «Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Anderseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt, mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren versuchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem

Il principio di sussidiarietà costituisce pertanto una seria preclusione costituzionale alla emanazione di un codice civile europeo[85], per lo meno laddove esso sia progettato e realizzato secondo i canoni che tale forma di legislazione ha storicamente assunto a partire dal suo prototipo napoleonico[86].

In realtà, il pluralismo giuridico, ossia la coesistenza e la competizione di diverse giurisdizioni e sistemi giuridici all'interno della stessa comunità, ha storicamente segnato l'inizio della tradizione giuridica occidentale, costituendo anche uno straordinario motore di sviluppo politico ed economico per l'Europa[87].

Un'Unione di ventotto Stati nazionali in cui si parlano ventiquattro lingue diverse e in cui sono in vigore chissà quanti codici civili emanati tra l'Ottocento e il Novecento non assomiglia davvero e forse non può assomigliare essa stessa a uno Stato[88], per quanto federale. Essa assomiglia

er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat». Per entrambe le citazioni, v. E.-W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M., 1976, p. 60.

[85] L. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, cit., p. 330; P. Perlingieri, *Quella di Hugh Collins sul "codice civile europeo" non è la via da seguire*, cit., p. 1206.

[86] Ma cfr. H. Collins, *Diversità culturale ed identità europea* e *Il rispetto della diversità giuridica*, entrambi in Id., *Il codice civile europeo*, cit., p. 141 ss. e, rispettivamente, p. 165 ss.

[87] A tale proposito, v. le classiche pagine di H.-J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 1998, spec. p. 28 ss. Con particolare riguardo al dualismo tra «foro secolare» e «foro ecclesiastico» come origine del pluralismo degli ordinamenti giuridici e anche della laicità del diritto, v. P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e giustizia*, Bologna, 2000.

[88] Per la concezione dello Stato come unità politica in sé conclusa e fondata sulla "decisione sovrana", v. soprattutto C. Schmitt, *Lo Stato come concetto concreto*, in Id., *La formazione dell'*esprit *in Francia e altri scritti sull'Europa e sullo Stato*, a cura di C. Pontorieri, Genova, 2015, p. 103 ss. e già Id., *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, trad. it. di C. Galli, Bologna, 2013, spec. p. 49 ss. Com'è noto, l'A. si servì di tale tesi per sviluppare la sua concezione del *ius publicum europaeum*, per la quale v. soprattutto Id., *Il* nomos *della terra*, trad. it di E. Castrucci, a cura di F. Volpi, Milano, 1991, nonché Id., *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, in Id., *Stato, grande spazio,* nomos, a cura di G. Maschke, ed. it. di G.Gurisatti, Milano, 2015, p. 101 ss. Nel senso invece che lo Stato si sia storicamente sviluppato sulla base di un patto politico (*covenant*), costituente la base del *civil body* politico, v. P. Prodi, Homo europaeus, Bologna, 2015, p. 19 ss. e già Id., *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia dell'Occidente*, Bologna, 1992. Nella letteratura italiana sul tema, v. soprattutto P. Schiera, *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna, 2004, nonché i saggi raccolti in *Lo Stato globale*, a cura di R. Gherardi, M. Ricciardi, Bologna, 2009 e in *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera, Bologna, 1994 (in particolare, quello di P. Prodi, *Il patto politico come fondamento del costituzionalismo europeo*, *ibid*., p. 19 ss.).

piuttosto a un impero multinazionale[89], al quale ben si addice il motto «*In varietate concordia*»[90].

[89] Per la tesi secondo cui l'Unione europea non può essere compresa nel paradigma c.d. westfaliano, ma in quello di un «*neo-medieval empire*», v. J. Zielonka, *Europe as Empire. The Nature of the Enlarged European Union*, Oxford, 2006, spec. p. 140 ss. Nel senso che l'impero cosmopolitico dell'Europa abbia costituito una *nova res publica*, v. U. Beck, E. Grande, *L'Europa cosmopolita. Società e politica nella seconda modernità*, trad. it. di C. Sandrelli, Roma, 2006, spec. p. 71 ss.

[90] Tale motto fu per la prima volta adottato dall'Unione europea nel 2000. Nel discorso "*Perché abbiamo bisogno adesso degli Stati Uniti dell'Europa*", tenuto al Centro di diritto europeo dell'Università di Passau l'8 novembre 2012 (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-796_it.htm), il Vicepresidente della Commissione europea e Commissaria per la giustizia, i diritti fondamentali e la cittadinanza, Viviane Reding, ha ricordato che tale motto si rinviene già nell'intervento che Victor Hugo tenne alla Conferenza di pace di Parigi del 1849. Nel Preambolo del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, ratificato dalla maggior parte degli Stati membri e poi abbandonato nel 2009 a seguito dell'esito negativo dei *referendum* di Francia e Paesi Bassi, l'Europa è definita appunto come «*unita nella diversità*» (lo si può leggere in *GUUE* del 16 dicembre 2004, C 310).

Giorgio Resta

Il patto di non concorrenza del lavoratore subordinato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. – Introduzione; 2. – Il patto di non concorrenza transfrontaliero e le trasformazioni del mercato del lavoro; 3. – Libertà di contratto v. libertà economiche: un conflitto risalente; 4. – Il patto di non concorrenza e le «libertà fondamentali» del Trattato; 5. – Il problema dell'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle persone; 6. – Sul problema della compatibilità del patto di non concorrenza transfrontaliero con l'art. 45 TFUE; 7. – Dal quadro delle libertà a quello dei diritti fondamentali: l'art. 15 della Carta dei diritti; 8. – Mobilità dei lavoratori e *spillover* delle conoscenze: per una critica della funzione pro-competitiva dei patti di non concorrenza; 9. – Considerazioni conclusive.

1. – Introduzione

Un soggetto, assunto come impiegato di VII livello con mansioni di addetto *marketing* all'ufficio estero, si obbliga nei confronti del datore di lavoro, un'impresa italiana *leader* nel mercato degli attrezzi per il *fitness,* ad astenersi dal prestare la propria opera sia a titolo di lavoro autonomo sia subordinato in favore di aziende concorrenti in tutto il territorio italiano *ed europeo* per i tre anni successivi alla cessazione del rapporto. A fronte di tale obbligazione, è pattuito un compenso corrispondente al 10% del salario. Il patto è assistito da una gravosa clausola penale. Cessato il rapporto di lavoro, il prestatore costituisce in Italia, congiuntamente a un terzo, una s.r.l., avente ad oggetto la produzione di articoli per la ginnastica destinati al mercato interno e internazionale. Lamentando una violazione del patto di non concorrenza, l'*ex*-datore di lavoro conviene l'obbligato in giudizio. Sia le corti di merito, sia la Corte di cassazione stabiliscono che il patto è valido e vincolante ai sensi dell'art. 2125 c.c.; di conseguenza, il convenuto è condannato alla restituzione dei compensi percepiti e al pagamento della penale, sia pure per un ammontare ridotto[1].

[1] Cass., 10 settembre 2003, n. 13282, in *Mass. Giur. Lav.,* 2004, p. 94.

Si supponga che, in un luogo di intraprendere una nuova attività in Italia, il soggetto – e nella sua stessa situazione potrebbero trovarsi molteplici prestatori di lavoro, specie qualora datore sia una grande azienda che preveda di *default* l'inserimento di patti di non concorrenza nei contratti con i dipendenti più qualificati – fosse passato alle dipendenze di un datore di lavoro tedesco o olandese, o avesse costituito un'impresa in Polonia. La controversia avrebbe avuto il medesimo esito, o, quanto meno, sarebbe stata affrontata dalle corti in maniera analoga?

L'ampliamento dell'ambito territoriale di riferimento introduce un elemento innovativo, e cioè la valenza transfrontaliera del patto limitativo della concorrenza. Tale elemento complica notevolmente il trattamento giuridico della fattispecie, in quanto proietta la vicenda su uno scenario che non è più soltanto quello del diritto interno, ma diviene quello europeo. L'intesa negoziale sembrerebbe in grado, almeno in astratto, di apportare una seria restrizione di una o più libertà fondamentali del Trattato: la libertà di circolazione delle persone (art. 45 TFUE) e, possibilmente, la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE). Di conseguenza è verosimile – e alcuni precedenti in materia confermano tale ipotesi[2] – che l'*ex*-dipendente, convenuto in giudizio per la violazione del patto, ne contesti la validità per contrarietà con le disposizioni del Trattato, deducendo che il vincolo negoziale gli impedirebbe di abbandonare il luogo d'origine per accedere al mercato del lavoro in altro paese dell'Unione Europea. Al cospetto di una siffatta controversia, una corte dovrebbe necessariamente affrontare una serie di interrogativi di non facile risoluzione:

a) le disposizioni del Trattato che riconoscono e disciplinano le «libertà fondamentali»[3], e segnatamente la libertà di circolazione delle persone,

[2] OGH, 26 agosto 1999, 8ObA196/99b, accessibile tramite il *Rechtsinformationssystem* del *Bundeskanzleramt* austriaco all'indirizzo https://www.ris.bka.gv.at/ (il caso è relativo a un patto di non concorrenza transfrontaliero stipulato da un impiegato dell'ufficio vendite di una società produttrice di macchine fotocopiatrici). Una risalente decisione della Corte d'appello di Torino, 28 giugno 1963, in *Foro it.,* 1963, I, c. 2049, si era invece soffermata sul problema della compatibilità di un patto di non concorrenza transfrontaliero con l'art. 85, comma 1° del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, giungendo alla conclusione che il patto in questione «non possa essere considerato di tale importanza da costituire un pericolo per il commercio tra gli Stati membri della Comunità economica europea né che dalla sua esecuzione possa derivare, in misura apprezzabile e rilevante nell'ambito internazionale, un impedimento, una restrizione o un'alterazione del gioco della concorrenza all'interno del mercato comune».

[3] Uso quest'espressione secondo la convenzione d'uso invalsa presso la dottrina tedesca ed ormai generalizzatasi anche al di fuori dei confini germanici: cfr. per una genealogia del termine e della nozione ad esso sottesa, T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Oxford-München-Portland, 2009, p. 549.

producono effetti orizzontali, sì da risultare applicabili ad un qualsiasi contratto tra privati?

b) in caso di risposta affermativa, il patto che limiti la concorrenza (e quindi la mobilità) del lavoratore per la fase successiva all'estinzione del rapporto, può ritenersi – esso stesso o per il tramite delle norme di diritto interno che ne assicurano la giuridica vincolatività – in contrasto con la libertà di circolazione delle persone?

c) potrebbero invocarsi specifiche cause di giustificazione che renderebbero legittima la suddetta interferenza?

d) quale, poi, il rapporto con il sistema dei «diritti fondamentali» garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e segnatamente con la libertà di lavoro sancita dall'art. 15?

2. – Il patto di non concorrenza transfrontaliero e le trasformazioni del mercato del lavoro

Se si confrontano i più recenti studi della dottrina italiana in materia di patti di non concorrenza, si potrà constatare come gli interrogativi dianzi proposti siano sostanzialmente ignorati[4]. Tuttavia non può certo ritenersi che essi siano privi di rilievo pratico o si riducano a un esercizio intellettuale di natura meramente accademica.

Da un lato, l'apertura delle frontiere e la globalizzazione dei mercati hanno notevolmente ampliato il raggio di estensione degli scambi e, di riflesso, hanno aumentato sia la capacità dell'impresa di competere su un mercato non più soltanto nazionale, sia la frequenza di rapporti lavorativi a carattere transfrontaliero[5].

[4] È significativo, ad esempio, che in una delle monografie più recenti dedicate al patto di non concorrenza (A. Boscati, *Patto di non concorrenza, Sub Art. 2125,* in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 30-35), la sezione dedicata al rapporto tra patto di non concorrenza e ordinamento dell'Unione Europea si sofferma sulla disciplina comunitaria in materia di concorrenza, ma non fa alcun cenno alle libertà fondamentali, e segnatamente alla libertà di circolazione delle persone. Del pari, si deve notare che il tema più generale del rapporto tra "libertà fondamentali" e diritto privato non ha ricevuto neanche da parte della nostra dottrina civilistica l'attenzione che merita (ma v. ora, A. Zoppini, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principî e problemi della* Drittwirkung *nel mercato unico)*, in questo *Volume*, p. 9 ss., e E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici, Volume*, p. 41 ss., e in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 878 ss., da cui si citerà).

[5] Sul punto, in luogo di molti, C. Brendel, *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote,* Hamburg, 2009, p. 1-3; sulla crescente mobilità internazionale dei

Dall'altro, le profonde trasformazioni intervenute a livello dei processi produttivi, delle strategie imprenditoriali, e quindi dei modelli di organizzazione del lavoro, hanno sensibilmente incrinato la logica tradizionale dei rapporti stabili con progressioni di carriera all'interno della medesima struttura aziendale, a vantaggio di un sistema molto più segmentato, intermittente, e quindi connotato da una maggiore circolazione "orizzontale" dei lavoratori[6]. Con il graduale abbandono degli schemi fordistici-tayloristici, la professionalità specialistica è divenuta un fattore cruciale sia per l'occupabilità del lavoratore[7], sia per la competitività dell'impresa[8]. Una delle più significative conseguenze di tale fenomeno consiste nell'accresciuta importanza delle tecniche, tanto di natura prettamente promozionale, quanto giuridica, volte ad assicurare la "fidelizzazione" dei dipendenti, e soprattutto di coloro i quali siano svolgano ruoli strategici per l'impresa o siano portatori di una professionalità specialistica[9]. Mentre tra le prime si annoverano le politiche

lavoratori e le sue conseguenze sullo sviluppo delle singole aree regionali, v. A. Saxenian, *The New Argonauts. Regional Advantage in a Global Economy,* Cambridge-London, 2006, p. 12 ss.

[6] Per un quadro generale, e specifici riferimenti al tema della professionalità del lavoratore (qui particolarmente rilevante), v. U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo,* W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 5/2003, p. 1 ss., spec. p. 64-68; B. Veneziani, *The Employment Relationship,* in B. Hepple, B. Veneziani (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A comparative study of 15 countries 1945-2004,* Oxford-Portland, p. 99 ss., spec. p. 114-121; nonché, con particolare riferimento allo scenario nordamericano, ma con spunti validi in una prospettiva globale, K.V.W. Stone, *Rethinking Labor Law: Employment Protection for Boundaryless Workers,* in G. Davidov, B. Langille (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work,* Oxford-Portland, 2006, p. 155 ss.; Id., *The New Psychological Contract: Implications of the Changing Workplace for Labor and Employment Law,* in 48 *UCLA Law Review* (2001), p. 519 ss.

[7] V. ancora U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo,* cit., p. 68-72, il quale insiste sull'importanza assunta, nei nuovi modelli organizzativi, dalla professionalità «dinamica» (e non più soltanto *firm-specific*) del lavoratore, intesa questa «come sviluppo di competenze idonee ad assicurargli la capacità di operare nei nuovi sistemi organizzativi, ed in generale spendibile nel mercato del lavoro». Per un'analisi critica del discorso tipicamente neoliberale del capitale umano e della valorizzazione delle "competenze" individuali, B. Urcioli, *Skills and selves in the new workplace,* in 35 *American Ethnologist* (2008), p. 211 ss.

[8] N.D. Bishara, *Covenants Not To Compete in a Knowledge Economy: Balancing Innovation from Employee Mobility Against Legal Protection for Human Capital Investment,* in 27 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* (2006), p. 287 ss.; B.W. Hall, *The New Human Capital Strategy*, New York, 2008, spec. p. 19 ss.

[9] Sul punto v. M. Biagi, A. Russo, *La fidelizzazione dei lavoratori: inquadramento del problema e piano della ricerca,* in A. Russo, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici,* Milano, 2004, p. 1-14; C. Zoli, *Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2003, I, p. 449 ss.

retributive e le prassi organizzative volte a stimolare il senso di appartenenza all'azienda, tra le seconde rientrano le clausole di durata minima garantita, il prolungamento del periodo di preavviso e, per l'appunto, il patto (o clausola)[10] di non concorrenza post-contrattuale[11].

Tale strumento, le cui origini sono remote e coeve alla formazione dei moderni mercati del lavoro[12], risulta oggi utilizzato con grande frequenza soprattutto, ma non unicamente, nei rapporti con il personale più qualificato[13]. La sua funzione, dal punto di vista dell'impresa[14], è duplice. Da un lato esso permetterebbe di neutralizzare i rischi derivanti dall'acquisizione da parte di

[10] Mentre nell'antica dottrina prevaleva il termine «clausola» (i primi studi in materia sono, infatti, dedicati alla *Konkurrenzklausel:* v. ad es. O. Reinshagen, *Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen,* Leipzig, 1903; A. Ravà, *Le clausole di concorrenza,* in *Riv. dir. comm.,* 1903, I, p. 171 ss.), oggi è diffusa la dizione «patto», la quale, è utile chiarire, «per la sua genericità comprende sia il contratto autonomo, sia la clausola che accede ad un contratto con causa diversa» (P. Fabris, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro,* Milano, 1976, p. 5).

[11] Sul patto di non concorrenza quale tecnica "difensiva" di fidelizzazione dei lavoratori v. A. Russo, voce *Fidelizzazione dei dipendenti,* in *Dig. disc. priv., Sez. comm., Agg.,* Torino, 2008, p. 260 ss., spec. p. 263-264; Id., *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici,* cit., p. 144 ss.; C. Zoli, *Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro,* cit., p. 459.

[12] Cfr. H.M. Blake, *Employee Agreements Not to Compete,* in 73 *Harvard Law Review* (1960), p. 625 ss., p. 629-646, e per un inquadramento più generale S. Deakin, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship,* in G. Davidov, B. Langille (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work,* cit., p. 89 ss.; B. Veneziani, *Formation, Modification and Termination of Employment Contracts,* estratto dalla *International Encyclopedia of Comparative Law,* XV, *Labour Law,* Tübingen *et al.*, 2010, p. 3 ss.

[13] Negli USA la percentuale del personale manageriale astretto da patti di non concorrenza si aggira tra il 70 e il 90%, secondo le stime riferite da S. Samila, O. Sorenson, *Noncompete Covenants: Incentives to Innovate or Impediments to Growth,* in 57 *Management Science* (2011), p. 425; M.J. Garmaise, *Ties that Truly Bind: Noncompetition Agreements, Executive Compensation, and Firm Investment,* in *Journal of Law, Economics* & *Organization,* Advance Access, (2009), p. 1 ss., alla p. 21; analogamente v. B. Leonard, *Recruiting from the Competition,* in 46 *HR Magazine* (2001), p. 78; in Germania tale percentuale, negli anni '90, era ricompresa tra il 14 e il 20% (S. Edenfeld, *Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Europäischen Vergleich,* in *Zeitschrift für Arbeitsrecht,* 2004, p. 463). Inoltre, dalle statistiche riferite da J. Den Hertog, *Noncompetition Clauses: Unreasonable or Efficient?,* in *European Journal of Law* & *Economics,* 2003, p. 111 ss., a p. 114, si evince che la grande maggioranza dei casi giurisprudenziali in materia di patti di non concorrenza attengono al personale più qualificato.

[14] È evidente però che la finalità perseguita da uno dei contraenti non rileva automaticamente al fine della ricostruzione dell'elemento causale del patto: in proposito cfr. le notazioni di M. Gomy, *L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail,* in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra,* Paris, 2006, p. 199, spec. p. 204 ss.

terzi concorrenti di una massa di informazioni sensibili e fonte di vantaggio competitivo, come quelle relative a metodi di lavorazione, processi produttivi, liste di clienti e fornitori, strategie di *marketing*[15]. Dall'altro esso sarebbe volto a prevenire i pregiudizi connessi alla perdita di risorse e capitale umano, visto come parte integrante del capitale d'impresa[16].

3. – Libertà di contratto v. libertà economiche: un conflitto risalente

Il crescente ricorso a patti di non concorrenza territorialmente estesi a più stati dell'Unione, o a dirittura all'intero spazio europeo, pone in primo piano la questione della compatibilità di tale strumento con le regole del Trattato preordinate all'eliminazione delle barriere al funzionamento del mercato unico, e segnatamente con quelle attributive delle libertà fondamentali, come la libertà di circolazione delle persone e la libertà di stabilimento (oltre che, come si vedrà *infra,* par. 7, con il sistema dei «diritti fondamentali» europei)[17].

Tuttavia, sarebbe erroneo ritenere che un problema di coesistenza tra tale dispositivo negoziale e il sistema delle libertà economiche – al quale la libertà di circolazione può essere, quanto meno dal punto di vista della sue origini, ricondotta[18] – emerga soltanto oggi all'attenzione del giurista.

[15] Nei sistemi post-tayloristi è giocoforza osservare un processo circolare tra l'incremento delle mansioni di carattere intellettuale dei lavoratori subordinati, il loro accesso alle notizie e alle informazioni riservate dell'azienda, e la tendenza del datore a irrigidire il controllo sull'impiego di tali conoscenze nella fase successiva alla cessazione del rapporto: v. E. Menegatti, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato,* Padova, 2012, p. 3; A. Boscati, *Patto di non concorrenza, Sub Art. 2125,* cit., p. 15. Il tema in oggetto è emblematico di una delle tante contraddizioni che il mutamento degli assetti economici e organizzativi produce al momento del suo impatto sul sistema giuridico: v. ad es., per alcuni rilievi penetranti sulla questione della "fidelizzazione" dei lavoratori in un contesto di precarietà crescente, M. Rusciano, *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi,* Napoli, 2014, p. 72.

[16] A. Russo, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici,* cit., 147.

[17] Ciò è messo in luce dai rari studi in materia, i quali si devono prevalentemente alla dottrina tedesca: C. Koenig, U. Steiner, *Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags,* in *Neue Juristische Wochenschrift,* 2002, p. 3583 ss.; S. Edenfeld, *Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Europäischen Vergleich,* cit., p. 463 ss.; C. Brendel, *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote,* cit., p. 123 ss.; ma v. anche A. Hyde, E. Menegatti, *Legal Protection for Employee Mobility,* in M.W. Finkin, G. Mundlak (eds.), *Comparative Labor Law,* Cheltenham-Northhampton, 2015, p. 206-207.

[18] Sulla libertà di circolazione delle persone, e segnatamente dei lavoratori ai sensi dell'art. 45

Al contrario, si può osservare come la questione del conflitto tra la libertà di contratto e le libertà economica sia iscritta in tutta la storia dell'istituto e in particolare nella sua fase formativa[19]. Da sempre il patto di non concorrenza si trova al centro di una zona di forte turbolenza tra lo spazio dell'autonomia privata e il sistema dei limiti pubblicistici posti a presidio del corretto svolgimento della dinamica concorrenziale[20]. Se la vicenda dei *contracts in restraint of trade* nella *common law* inglese è già di per sé sintomatica[21] (rappresentando, come ricordava Otto Kahn-Freund, uno dei rari esempi di intervento giudiziale sul contratto volto a limitare le prerogative datoriali)[22], ancor più rilevante per i nostri temi è l'esperienza tedesca del diciannovesimo secolo e in particolare quella prussiana[23]. Ad essa è opportuno fare qualche breve cenno, rinviando ad altra sede per una trattazione più dettagliata.

A seguito dell'introduzione della libertà di commercio con il *Gewerbesteueredikt* del 1810[24], l'ordinamento prussiano fu immediatamente chiamato a confrontarsi con il problema di stabilire se il divieto

TFUE, v. S. Borelli, *Le mobilità dei lavoratori subordinati cittadini dell'Unione europea,* in L. Calafà, D. Gottardi, M. Peruzzi (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali,* Napoli, 2012, p. 29 ss.; D. Gottardi, *La libera circolazione delle persone: dai lavoratori ai cittadini. L'impatto del principio della parità di trattamento,* in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale,* vol. III, Napoli, 2011, p. 1463 ss.; U. Becker, *Freedom of Movement for Workers,* in D. Ehlers (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms,* Berlin, 2007, p. 255 ss.; nonché F. Mancini, *The Free Movement of Workers in the Case Law of the European Court of Justice,* in Id., *Democracy and Constitutionalism in the European Union. Collected Essays,* Oxford-Portland, 2000, p. 123 ss.

[19] Per un'efficace presentazione del sottostante conflitto tra libertà di contratto e libertà di concorrenza, v. A. Hyde, *Should Noncompetes Be Enforced?,* in *Regulation,* 2010-2011, 6-7, accessibile all'indirizzo http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2010/12/regv33n4-2.pdf. Ma il problema del patto di non concorrenza può essere ricondotto sul piano filosofico alla più generale questione della rinunziabilità per contratto dei diritti di libertà: cfr. S.A. Smith, *Future Freedom and Freedom of Contract,* in *Modern Law Review*, 1996, p. 167 ss., spec. pp. 169-170, 181.

[20] Per un primo inquadramento cfr. M. Libertini, voce *Concorrenza,* in *Enc. dir., Annali,* III, Milano, 2010, p. 191 ss., a p. 203 ss.

[21] Sulla quale si confronti la fondamentale ricostruzione di M.J. Trebilcock, *The Common Law of Restraint of Trade. A Legal and Economic Analysis,* Toronto-London-Sydney, 1986, spec. p. 62 ss.

[22] O. Kahn-Freund, *Il lavoro e la legge,* Milano, 1974, p. 42-43.

[23] Per quadro di sintesi è utile richiamare gli studi di P. Altmeppen, *Die Entwicklung des Rechts der Konkurrenzklausel,* Rheine, 1917; N. Schwedes, *Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen für die Zeit nach Beendigung des Arbeitverhältnisses. Ein Vergleich zwischen dem Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland,* Frankfurt a.M.-Bern-New York-Paris, 1990, p. 26.

[24] Per riferimenti cfr. M. Schmoeckel, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft. Seit dem 19. Jahrhundert,* Tübingen, 2008, p. 81.

di vincoli preventivi all'esercizio di attività economiche implicasse logicamente anche la nullità degli accordi tra privati finalizzati alla restrizione negoziale della concorrenza (come i limiti convenzionali all'alienazione, o per l'appunto i patti di non concorrenza); o, al contrario, se le suddette garanzie avrebbero dovuto ritenersi circoscritte ai rapporti verticali tra cittadini e stato. Tale interrogativo ricevette una prima risposta a livello legislativo: il *Kabinetsordre* del 19 aprile 1813 sancì l'invalidità di tutti i contratti stipulati dopo l'emanazione dell'editto del 2 novembre 1810 e aventi per effetto una «restrizione o ostacolo» alla libertà di commercio e industria garantita per legge[25]. La giurisprudenza, tuttavia, modulò le soluzioni operative in funzione della specifica tipologia dei patti di non concorrenza coinvolti. Mentre nel caso dei limiti convenzionali all'alienazione e dei patti stipulati tra imprenditori concorrenti i tribunali adottarono una posizione più rigorosa, affermando la prevalenza delle interdizioni imposte dalla legge[26], in relazione alle clausole di concorrenza accessorie a rapporti di lavoro subordinato, essi mostrarono maggiore ritrosia ad invalidare gli atti di autonomia privata per contrasto con le norme di natura pubblicistica. Davvero emblematica, a questo proposito, è la sentenza del *Reichsoberhandelsgericht* del 5 novembre 1872[27], concernente un patto post-contrattuale che obbligava il commesso di un grossista di generi di merceria a non costituire una nuova impresa, né passare alle dipendenze di un concorrente, nell'intero territorio dello *Zollverein* e per un lasso temporale di cinque anni dal momento della cessazione del rapporto di lavoro; il tutto sotto pena del pagamento di 3000 talleri. La corte rigettò la tesi dell'invalidità della clausola per violazione della normativa prussiana sulla libertà di commercio, ribadendo al contempo la necessità di un sindacato giudiziale nel merito circa gli interessi coinvolti e gli effetti prodotti dal negozio, il quale nella specie diede esito positivo in ragione della presenza di un limite di durata quinquennale del vincolo.

Un problema analogo si pose poi all'attenzione della giurisprudenza francese, chiamata a valutare la compatibilità del patto di non concorrenza

[25] In *Gesetzsammlung für die preussischen Staaten,* 1813, p. 69.
[26] V. ad es. Preuß. Obertribunal, 3 giugno 1856, in *Archiv für Rechtsfälle (aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königlichen Obertribunals),* vol. 21, 1857, p. 250 ss., p. 258-259; Preuß. Obertribunal, 31 marzo 1863, in *Archiv für Rechtsfälle (die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind),* vol. 48, 1863, p. 282 ss., p. 284 (ove si afferma l'invalidità di un patto di non concorrenza accessorio ad un contratto di cessione d'azienda).
[27] ROHG, 5 novembre 1872, *Herz c. Lebach,* in *Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts*, vol. 7, 1878, p. 418.

con l'art. 7 della legge del 2-17 marzo 1791[28], che introduceva la libertà d'impresa e di commercio, e dalla giurisprudenza svizzera, con riferimento alla garanzia della libertà di commercio e d'industria stabilita dall'art. 31 della Costituzione federale del 29 maggio 1874. Sia nell'uno[29], sia nell'altro caso[30] fu accolta una soluzione equivalente a quella già raggiunta dalle corti prussiane, affermandosi quindi in linea di principio l'assenza di una radicale incompatibilità tra il patto di non concorrenza e il sistema (pubblicistico) delle libertà economiche.

4. – Il patto di non concorrenza e le «libertà fondamentali» del Trattato

Il tema del conflitto tra il patto di non concorrenza e le norme pubblicistiche preordinate alla salvaguardia delle libertà economiche ha quindi una storia risalente, che meriterebbe di essere analizzata con attenzione, se non altro perché evidenzia in maniera emblematica come libertà di contratto e libertà di concorrenza non siano mai state – come non lo sono tuttora – due dimensioni perfettamente sovrapponibili[31]. Tuttavia, una volta inquadrato nella cornice del diritto europeo, esso acquisisce una propria innegabile specificità.

[28] Tale norma stabiliva: «A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits» (per i necessari approfondimenti v. E. Nichet, *Des restrictions conventionnelles a la liberté du commerce et de l'industrie,* Montpellier, 1900, p. 53 ss.; H. Steindl, *Die Einführung der Gewerbefreiheit*, in H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte,* Dritter Band, *Das 19. Jahrhundert,* München, 1986, p. 3527 ss.).

[29] Tra le molte decisioni v. Cass., 2 maggio 1860, *Péry c. Patural,* in *Recueil Sirey,* 1860, 1, p. 308, ove si legge: «Attendu que toute personne est libre de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, que bon lui semble, à la charge de se pourvoir d'une patente et de se conformer aux règlements de police; - Que, sans doute, la liberté que consacre ce principe de droit public peut être gênée ou restreinte, et même complétement entravée, soit en certaines matières et pour des raisons d'ordre et d'intérêt général par des règlements ou des lois de police, soit en certaines hypothèses et dans un intérêt privé par des conventions particulières»; Cass., 24 gennaio 1866, *Martinet c. Gru,* in *Recueil Sirey,* 1866, 1, p. 43. In tema v. E. Nichet, *Des restrictions conventionnelles a la liberté du commerce et de l'industrie,* cit., p. 124 ss.

[30] P. Guggisberg, *Die Konkurrenzklausel (mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Praxis und der Artikel 1400, 1401 und 1402 des Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfs eines schweiz. Zivilgesetzbuchs vom 3 März 1905),* Bern, 1907, p. 17-18.

[31] In tema basti rinviare all'esauriente ricostruzione di S. Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert,* Tübingen, 2001.

Le libertà fondamentali costituiscono, infatti, situazioni soggettive teleologicamente orientate alla rimozione delle barriere che ostacolano il funzionamento del mercato interno[32]. Ciò implica, in primo luogo, che una questione di compatibilità con l'art. 45 TFUE abbia a porsi unicamente allorché il patto in esame assuma carattere transfrontaliero, ossia sia in grado di limitare la mobilità dei lavoratori da uno stato dell'Unione a un altro[33]. Tale presupposto, si notava in precedenza, tende a verificarsi con sempre maggior frequenza, e gli stessi repertori di giurisprudenza ne recano tracce significative[34]. In secondo luogo, ai fini del giudizio sulla validità della clausola dal punto di vista del diritto europeo, si dovrà valutare la sua coerenza non soltanto con le *black letters* del Trattato, ma con l'intero quadro dei principi messi a punto dalla Corte di Giustizia, la quale ha elaborato nel corso degli anni un verso e proprio "sistema" in materia di efficacia orizzontale delle libertà fondamentali[35], e segnatamente della

[32] Sul punto v. G. Bachmann, *Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten,* in 210 *Archiv für die civilistische Praxis,* 2010, p. 424 ss., spec. p. 428 ss., 436; S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht,* Tübingen, 2013, p. 37-84.

[33] C. Koenig, U. Steiner, *Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags,* cit., p. 3583 ss.

[34] Per alcuni esempi di patti di non concorrenza di portata transfrontaliera tratti dalla giurisprudenza italiana v. Cass., 10 settembre 2003, n. 13282, cit. (intero territorio italiano e europeo); Cass., 3 dicembre 2001, n. 15253, in *Notiz. Dir. Lav.,* 2002, p. 243 (patto esteso a Italia, Francia, Svizzera, Germania e Austria); Cass., 2 maggio 2000, n. 5477, in *Notiz. Dir. Lav.,* 2000, p. 492 (patto di durata triennale ed esteso a Italia e Svizzera); App. Torino, 12 giugno 2009, in *Riv. giur. lav.,* 2010, II, p. 293 ss., con nota di S. Rossetti, *Il patto di non concorrenza tra orientamenti giurisprudenziali e nuove esigenze di mercato* (patto di durata triennale con validità in tutto il territorio Cee); Trib. Ravenna, ord. 24 marzo 2005, in *Lav. giur.,* 2006, p. 169 ss., con nota di B. De Mozzi, *Tutela della professionalità e autonomia del limite territoriale nel patto di non concorrenza* (patto di durata biennale, avente ad oggetto il divieto di concorrenza nel settore filtri, e esteso a tutto il mondo); Trib. Milano, 31 luglio 2003, in *Lav. giur.,* 2004, p. 403 (vincolo di sei mesi limitato al settore della produzione, commercializzazione e distribuzione di abbigliamento, pelletteria e articoli per la casa, esteso a Francia, Germania, Svizzera, Gran Bretagna e Stati Uniti); Trib. Torino, 16 gennaio 2006, in *Giur. piem.,* 2006, p. 265 (patto della durata di due anni esteso a tutto il territorio europeo e agli Stati Uniti); App. Bologna, 18 gennaio 2001, *Giur. ann. dir. ind.,* 2002, p. 48 (patto di durata triennale esteso a Europa, Asia, Stati Uniti, Canada, Sud America, Giappone e Australia).

[35] Su cui, per un quadro organico, cfr. E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici,* cit., p. 878 ss.; T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht,* Tübingen, 2004, p. 55 ss.; G. Bachmann, *Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten,* cit., spec. 426 ss.; S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht,* cit., p. 146 ss.; P.C. Müller-Graff, *Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union,* Bonn, 2012; A.S. Hartkamp, *The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law*, in *European Review of Private Law,* 2010, p.

libertà di circolazione delle persone[36].

5. – Il problema dell'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle persone

Il problema di fondo consiste nell'acclarare se un mero atto di autonomia privata, come un patto di non concorrenza post-contrattuale, possa essere sottoposto al vaglio di liceità alla stregua delle norme del Trattato. Ciò implica innanzitutto chiarire chi sia il destinatario dei precetti ivi formulati. L'art. 45 TFUE, al pari delle altre disposizioni ricognitive delle libertà fondamentali, si indirizza formalmente soltanto nei confronti degli Stati, sicché è pacifico che qualsiasi disposizione legislativa o regolamentare, la quale limiti l'esercizio della libertà di circolazione sia suscettibile di sindacato[37].

Tuttavia, l'ambito di operatività di tali disposizioni non si limita alle sole misure di fonte statuale. Come più volte affermato dalla Corte di Giustizia – basti qui soltanto richiamare le decisioni *Walrave e Koch*[38], *Bosman*[39] e *Bernard*[40] –, le garanzie iscritte nel medesimo articolo sono

527 ss.; G. Franck, *Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung,* Halle, 2009; S. Leible, *Wege zu einem Europäischen Privatrecht. Anwendungsprobleme und Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrechts,* Bayreuth, 2001, p. 22 ss.; C. Manger-Nestler, G. Noack, *Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte,* in *Juristische Schulung,* 2013, p. 503 ss.; P. Oliver, W.H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms,* in *Common Market Law Review*, 2004, p. 407 ss., a p. 421. Per riflessioni di carattere più generale sul rapporto tra diritto privato interno e regole dei Trattati, G. Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario,* Milano, 2009.

[36] T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht,* cit., 254 ss.; G. Davies, *Freedom of Movement, Horizontal Effect, and Freedom of Contract,* in *European Review of Private Law,* 2012, p. 805 ss.; S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, p. 20 ss.; R. Blanpain, *European Labour Law,* Alphen aan den Rijn, 2012, p. 290 ss.

[37] Sul punto V. Trstenjak, E. Beysen, *The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU,* in *European Law Review*, 2013, p. 293 ss., spec. p. 297-298; G. Franck, *Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung,* cit., p. 8.

[38] C. Giust. CE, 12 dicembre 1974, C-36/74, *Walrave e Koch c. Association Union Cycliste Internationale*.

[39] C. Giust. CE, 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Bosman et al.*

[40] C. Giust. UE, grande sezione, 16 marzo 2010, C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP c. Bernard e Newcastle UFC*, su cui v. V. Capuano, *La libera circolazione dei calciatori nell'Unione europea tra vecchie questioni e nuovi scenari: il caso* Bernard, in *Riv. it. dir. lav.,*

idonee a produrre effetti anche nell'ambito delle relazioni tra privati, e dunque in via orizzontale, sì da conformare l'esercizio dell'autonomia negoziale[41]. A una siffatta conclusione la Corte è pervenuta sulla base di due argomenti principali[42]. Il primo risponde alla logica dell'effetto utile[43]: il conseguimento degli obiettivi sottesi all'art. 39 TCE (ora art. 45 TFUE) sarebbe compromesso qualora soggetti privati, nell'esercizio della propria autonomia, siano in grado di frapporre ostacoli alla libertà di circolazione preclusi allo stesso intervento statale[44]. Il secondo verte sull'esigenza dell'uniforme attuazione del diritto comunitario: sottraendo a controllo gli atti dei privati, tale uniforme applicazione sarebbe incrinata, poiché nei vari ordinamenti le regole che governano il rapporto di lavoro non discendono unicamente da fonti di natura statuale, ma anche dall'autonomia collettiva[45].

Si deve notare, al riguardo, che le controversie che hanno dato origine a una siffatta giurisprudenza vedevano coinvolti, nella posizione di datori di lavoro, associazioni di categoria e enti collettivi, i quali svolgevano una funzione nomo-genetica sotto alcuni aspetti assimilabile a quella degli organi pubblici[46]. Nei casi successivi tale limite è venuto a cadere e l'applicabilità

2011, II, p. 189 ss.; S. Bastianon, *Da Bosman a Bernard: note sulla libera circolazione dei calciatori nell'Unione Europea,* in *Dir. Un. eur.,* 2010, p. 707 ss.

[41] Sul punto C. Walter, *History and Development of European Fundamental Rights and Fundamental Freedoms,* in D. Ehlers (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms,* cit., p. 1 ss., a p. 21; U. Becker, *Freedom of Movement for Workers, ivi*, p. 255 ss., a p. 275; A. Adinolfi, *sub* art. 45, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea,* II ed., Milano, 2014, p. 672; M. Wienbracke, *'Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet'. Eine aktuelle Bestandsaufnahme zu Art. 45 AEUV,* in *Europarecht,* 2012, p. 483 ss., a p. 499-500.

[42] Ma v. per un'analisi più approfondita E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici,* cit., 881 ss.

[43] S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht,* cit., p. 152.

[44] C. Giust. CE, 15 dicembre 1995, C-415/93, cit., parr. 83, 96: «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».

[45] C. Giust. CE, 15 dicembre 1995, C-415/93, cit., par. 84.

[46] Come ribadito dalla Corte di giustizia, tra le altre, nella decisione del 16 marzo 2010, C-325/08, cit., parr. 30-31,«secondo costante giurisprudenza, l'art. 45 TFHU si applica non solo agli atti delle autorità pubbliche, ma anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato […]. Dal momento che le condizioni di lavoro nei vari Stati sono disciplinate sia mediante disposizioni legislative o regolamentari, sia mediante contratti collettivi e altri atti conclusi o adottati da soggetti privati, una limitazione dei divieti previsti dall'art. 45 TFUE agli atti delle autorità pubbliche rischierebbe di creare disuguaglianze nell'applicazione dei medesimi».

della norma sulla libertà di circolazione è stata affermata anche nei confronti dei datori di lavoro *uti singuli*[47].

Questo è stato uno sviluppo importante, che ha naturalmente proiettato la libertà di circolazione al centro del più ampio dibattito sull'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali[48]. L'utilizzazione di tale giurisprudenza richiede, però, una certa cautela, in quanto non si può sottovalutare che il superamento del filtro dell'autonomia collettiva nel senso di *Bosman* (e dunque dell'esercizio di poteri di natura quasi-pubblicistica)[49] ha avuto luogo prevalentemente in presenza di fattispecie di discriminazione dei lavoratori sulla base della nazionalità[50]. Tali erano, in particolare, quelle sottese ai casi *Angonese* e *Raccanelli*[51]. Si discute, pertanto, se l'efficacia orizzontale immediata della libertà di circolazione possa essere predicata anche rispetto alle ipotesi di semplice ostacolo, di natura non discriminatoria, all'esercizio di tale libertà[52].

[47] Nel caso *Angonese*, in particolare, la Corte ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario la discriminazione indiretta in base alla cittadinanza operata da un istituto bancario nell'esercizio della propria autonomia contrattuale (il bando per l'assunzione prescriveva l'ottenimento di un patentino di bilinguismo rilasciato solo dalla provincia di Bolzano e generalmente ottenuto soltanto dai residenti altoatesini), affermando espressamente che «il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza, enunciato dall'art. 48 del Trattato, si applica anche ai privati» (C. Giust. CE, 6 giugno 2000, C-281/98, *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, par. 36, su cui v. C. Schepisi, *Cosa si nasconde dietro al caso* Angonese? *Novità e conferme in materia di libera circolazione dei lavoratori,* in *Dir. Un. eur.,* 2002, p. 327 ss.). Del pari, nella decisione *Raccanelli,* la Corte ha ribadito che il divieto di discriminazione di cui all'art. 39 CE (ora 45 TFUE) «riguarda del pari tutti i contratti che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure i contratti tra privati» (C. Giust. CE, 17 luglio 2008, C-94/07, *Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften,* par. 45, su cui v. S. Borelli, *La nozione di 'lavoratore' e l'efficacia dell'art. 39 Trattato CE,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2009, II, p. 225 ss.). Più recentemente v. anche C. Giust. CE, 26 giugno 2012, C-172/11, *George Enry c. Daimler AG*. In tema cfr. P.C. Müller-Graff, *Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten,* in *Europarecht,* 2014, p. 3 ss., a p. 21; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms,* IV ed., Oxford, 2013, p. 241.

[48] V. ad es. T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, cit., p. 580; C. Birkemeyer, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten,* in *Europarecht*, 2010, p. 662.

[49] Sul punto v. H. Schepel, *Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law*, in *European Review of Private Law,* 2013, p. 1211 ss., a p. 1214.

[50] Si vedano in proposito le considerazioni di E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, cit., pp. 881-882.

[51] G. Franck, *Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten,* cit., p. 9.

[52] Sul punto G. Bachmann, *Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten,* cit., p. 428 ss., a p. 448; P.C. Müller-Graff, *Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten,* cit., p. 9 ss.; O. Remien, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages,* Tübingen, 2003, p. 180 ss.

È noto, infatti, che la Corte di giustizia, replicando gli esiti già raggiunti sul terreno della libertà di circolazione delle merci[53], ha chiarito che dall'art. 39 TCE (ora art. 45 TFUE) discende il divieto delle misure limitative, le quali, indipendentemente dal profilo della cittadinanza, abbiano l'effetto di precludere o ostacolare l'abbandono dello stato di origine e lo svolgimento della propria attività lavorativa in un paese terzo[54]. Non è vietata ogni forma di restrizione, ma, come affermato in *Graf*[55], unicamente quelle che «condizionino direttamente l'accesso dei lavoratori al mercato del lavoro in altri Stati membri». La questione poco sopra formulata è immediatamente rilevante per i nostri fini, perché un patto di non concorrenza post-contrattuale, se ricade nel raggio di applicazione dell'art. 45 TFUE, può farlo soltanto in quanto tecnica di restrizione non discriminatoria della libertà di circolazione[56].

6. – Sul problema della compatibilità del patto di non concorrenza transfrontaliero con l'art. 45 TFUE

Il problema specifico dell'ammissibilità dei patti di non concorrenza accessori a rapporti di lavoro non è mai stato portato all'attenzione della Corte di giustizia. Tuttavia, ad una prima considerazione dei profili coinvolti, sembra difficile negare che un patto limitativo della concorrenza a carattere transfrontaliero ricada nella sfera di incidenza dell'art. 45 TFUE,

[53] Con un filone di giurisprudenza che annovera, tra gli arresti più significativi, *Dassonville* (C. Giust. CE, 11 luglio 1974, C-8/74, *Benoît et Gustave Dassonville*), *Cassis de Dijon* (C. Giust. CE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*) e *Keck* (C. Giust. CE, 24 novembre 1993, C-267/91, *Keck* e *Mithouard*). In tema cfr. T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, cit., 554 ss.; T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht,* cit., p. 138 ss.; S. Perner, *Grundfreiheiten, Grndrechte-Charta und Privatrecht,* cit., p. 43-52.

[54] E ciò almeno a far data dalla decisione *Bosman,* C. Giust. CE, 15 dicembre 1995, C-415/93, cit.; v. inoltre C. Giust. UE, grande sezione, 16 marzo 2010, C-325/08, cit., par. 34; C. Giust. CE, 27 gennaio 2000, C-190/98, *Volker Graf c. Filzmoser Maschinenbau GmbH*. In tema v. W. Chiaromonte, G. Orlandini, *La mobilità dei lavoratori nell'Unione Europea,* in S. Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo,* Torino, 2010, p. 215 ss., spec. p. 225 ss.; M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea,* VI ed., 2012, p. 128-129.

[55] C. Giust. CE, 27 gennaio 2000, C-190/98, cit., par. 23; C. Giust. CE, 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine Investments BV v. Minister van Financiën*, parr. 35-39.

[56] Difatti il patto di non concorrenza post-contrattuale non integra gli estremi della discriminazione, sia essa diretta o indiretta, palese o tacita, perché si applica di regola in maniera del tutto indipendente dalla nazionalità del lavoratore.

in quanto misura in grado di precludere l'accesso al mercato – sia pure con riferimento ad un particolare segmento di esso – da parte di lavoratori di altra nazionalità.

Difatti, tale patto si accompagna generalmente alla previsione di una penale, la quale, essendo spesso di misura elevata, rappresenta un potente disincentivo al recesso e al ricollocamento presso altro datore stabilito in un diverso stato dell'Unione (o alla costituzione di una nuova impresa all'estero)[57]. In questo senso, il patto di non concorrenza non appare funzionalmente diverso dalla penale prevista dalla federazione calcistica francese per i giocatori "giovani promesse", per l'ipotesi in cui essi non intendano rinnovare il rapporto con la società di origine alla scadenza del periodo di formazione; una clausola, questa, ritenuta dalla Corte di giustizia insanabilmente in conflitto con la libertà di circolazione, proprio per l'effetto di disincentivo che essa produce in relazione alla mobilità dei lavoratori[58]. Non si può quindi escludere che una clausola di non concorrenza transfrontaliera costituisca fonte di un'ingerenza, sia pure non discriminatoria, con la libertà di circolazione delle persone protetta dall'art. 45 TFUE[59].

[57] C. Koenig, U. Steiner, *Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags,* cit., p. 3585; C. Brendel, *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote,* cit., p. 138.

[58] C. Giust. UE, grande sezione, 16 marzo 2010, C-325/08, cit., parr. 35-36.

[59] Così S. Edenfeld, *Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Europäischen Vergleich,* cit., p. 491-492; C. Koenig, U. Steiner, *Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags,* cit., p. 3585; A. Hyde, E. Menegatti, *Legal Protection for Employee Mobility,* cit., p. 206-207, i quali richiamano anche la risposta data dal Commissario alla Concorrenza Mario Monti, in data 11 luglio 2002, all'interpellanza E-1637/02 presentata dalla parlamentare del PSE Riitta Myller in data 10 giugno 2002, in tema di «clausola di non concorrenza e libera circolazione». Vale la pena riprodurne i passi più significativi: «Se una particolare clausola sia compatibile con la normativa comunitaria in materia di libera circolazione dei lavoratori ai sensi dell'articolo 39 del trattato CE e/o di libera prestazione dei servizi a norma dell'articolo 49 del trattato CE è una questione che dovrebbe essere esaminata caso per caso. Per quanto riguarda la libera circolazione dei lavoratori, è importante che vi sia un equilibrio tra i diritti fondamentali di un lavoratore di lavorare e di esercitare il proprio diritto alla libera circolazione da un lato, e il diritto del datore di lavoro di proteggere i suoi legittimi interessi nei confronti dei concorrenti dall'altro lato. Qualora vi sia questo equilibrio, e la clausola sia proporzionata al proprio obiettivo senza limitare, ove ciò non sia necessario, il diritto del lavoratore alla libera circolazione, la clausola non sembra essere contraria alle disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori in ambito comunitario. A tale proposito si rimanda alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea nella causa Bosman, in cui la Corte ha ritenuto che le misure che costituiscono ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori non sono contrarie al diritto comunitario nel caso in cui perseguano un obiettivo legittimo compatibile con il trattato

Tanto premesso, rimane da sciogliere il nodo, concernente l'efficacia orizzontale diretta oppure indiretta delle garanzie previste nell'art. 45 TFUE[60]. Due tesi principali sono state sin qui sostenute, con riferimento al problema specifico della validità dei patti di non concorrenza. Esse divergono più nell'impostazione che, forse, nelle concrete implicazioni, almeno ove queste siano sottoposte a un attento vaglio gius-realistico[61].

Una prima tesi ritiene che gli stessi contraenti siano vincolati, *uti singuli*, al rispetto della libertà di circolazione[62]. Di conseguenza, spingendo alle estreme conseguenze i ragionamenti svolti dalla Corte di giustizia nella linea di casi che va da *Bosman* a *Angonese*[63], essa ammette il sindacato giudiziale dell'atto di autonomia privata in quanto tale, al fine di valutarne la conformità alle regole poste dal Trattato.

Una seconda tesi, che può considerarsi prevalente, circoscrive l'efficacia orizzontale diretta ai soli casi di restrizioni discriminatorie, optando invece negli altri casi per una *Drittwirkung* mediata della libertà di circolazione[64].

CE e siano giustificate da ragioni tassative di interesse pubblico, e siano altresì in linea con il principio di proporzionalità. Una clausola particolare avente un effetto sproporzionato sulla capacità di una persona di cercare lavoro può sicuramente costituire anche un ostacolo alla prestazione di servizi di cui all'articolo 49 del trattato CE (ad esempio nel caso in cui una società operante nel settore dell'alta tecnologia debba assumere una persona altamente qualificata per poter erogare i propri servizi). Tutti i provvedimenti che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato CE, quale ad esempio la libera prestazione dei servizi, devono, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, soddisfare determinate condizioni, che sono quattro: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo. Sta alle autorità nazionali applicare tali criteri nei singoli casi, e la questione se l'accordo sia o meno compatibile con tali criteri riguarda i tribunali nazionali, che questi dovranno valutare alla luce delle norme e dei principi comunitari relativi alla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi».

[60] Su tale alternativa, con riferimento all'intero sistema delle libertà fondamentali, v. ampiamente S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht,* cit., p. 142 ss.

[61] Ma v. sul punto, con riferimento al settore contiguo dei diritti fondamentali, M. Fornasier, *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?,* cit., p. 32 ss.

[62] C. Koenig, U. Steiner, *Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags,* cit., p. 3585. In questo senso sembrerebbe orientato, ma nel quadro di un discorso più generale, H. Schepel, *Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law*, cit., p. 1218 ss.

[63] Cfr. retro, par. 5.

[64] In questa prospettiva S. Edenfeld, *Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Europäischen Vergleich,* cit., p. 492-493; J.-H. Bauer, M. Diller, *Wettbewerbsverbote. Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder,*

Ciò in quanto, si sostiene, adottando un modello generalizzato di efficacia orizzontale diretta, si finirebbe per ammettere il controllo, *ex* art. 45 TFUE, di qualsiasi accordo tra privati e, dunque, sostanzialmente per chiudere ogni spazio operativo all'autonomia negoziale (cosa che apparirebbe difficilmente accettabile, oltre che contro-intuitivo, in quanto la libera esplicazione dell'autonomia privata costituisce un presupposto essenziale per il funzionamento del mercato interno)[65]. Di qui la conclusione per cui, a soggiacere al vaglio di liceità, non può essere il singolo patto di non concorrenza, bensì la regola di fonte statale (o il contratto collettivo), che ne prefissa la cornice di disciplina e ne impone il rispetto a pena di sanzioni inibitorie e risarcitorie[66].

Perché si affermi l'invalidità o l'inefficacia del patto di non concorrenza, bisognerebbe dunque dimostrare che la normativa nazionale di riferimento, abilitando l'autonomia privata a porre in essere una restrizione ingiustificata della mobilità dei lavoratori, collida in maniera insanabile con l'art. 45 TFUE (o altra norma nella specie rilevante, come l'art. 49 TFUE). A tal scopo si deve notare che, come chiarito dalla Corte di giustizia in molteplici occasioni, una misura restrittiva non è affetta da illiceità, qualora persegua uno scopo legittimo compatibile con il Trattato, sia giustificata da imperiosi motivi d'ordine pubblico, sia «idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito» e «non ecceda quanto necessario per farlo»[67].

III ed., München, 2002, p. 138; C. Brendel, *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote,* cit., p. 126.

[65] In generale cfr. S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht,* cit., p. 152-153; e più specificamente C. Brendel, *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote,* cit., p. 127.

[66] S. Edenfeld, *Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Europäischen Vergleich,* cit., p. 494. Un modello argomentativo coincidente con quello riferito nel testo appare nitidamente riflesso nella decisione C. Giust. UE, 4 ottobre 2011, C-403/08 e C-429/08, *FA Premier League and Karen Murphy*, par. 88, ove si osserva che: «[è] pur vero che l'ostacolo alla ricezione di tali servizi scaturisce, in primo luogo, dai contratti conclusi tra gli enti di radiodiffusione ed i rispettivi clienti, i quali riflettono, a loro volta, le clausole di restrizione territoriale inserite nei contratti conclusi tra detti enti ed i titolari dei diritti di proprietà intellettuale. Tuttavia, tale normativa, poiché riconosce a dette restrizioni una tutela giuridica e ne impone il rispetto a pena di sanzioni civili e pecuniarie, restringe di per sé la libera prestazione dei servizi». Si veda sul punto, con notazioni critiche, H. Schepel, *Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law*, cit., p. 1219.

[67] C. Giust. CE, 15 dicembre 1995, C-415/93, cit., par. 104; C. Giust. UE, grande sezione, 16 marzo 2010, C-325/08, cit., par. 38; v. anche C. Giust. CE, 20 febbraio 1979, C-120/78, cit., parr. 8, 14. In tema, in generale v. T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, cit., p. 572 ss.; con particolare riferimento alla giustificazione delle interferenze con la libertà di circolazione dei lavoratori cfr. T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht,* cit., p. 313 ss.; S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht,* cit., p. 65-67.

Se si traspongono tali principi al (le regole in materia di) patto di non concorrenza, si può notare quanto segue.

Innanzitutto, la legittimità degli obiettivi perseguiti da tale schema negoziale appare – almeno in linea teorica, ferma restando la necessità di una verifica in concreto – fuori di dubbio. È, infatti, generalmente riconosciuto che la pattuizione di un'obbligazione di non concorrenza, per la fase successiva all'estinzione del rapporto di lavoro, soddisfa due principali ordini di esigenze, le quali possono essere o non essere cumulativamente presenti nei singoli casi[68].

In primo luogo, un'ampia letteratura sottolinea come essa sia funzionale alla tutela dell'integrità del patrimonio immateriale dell'impresa, e quindi alla salvaguardia degli investimenti in ricerca e sviluppo. Imponendo in capo al prestatore un'obbligazione negativa, si consegue l'obiettivo di inibire l'utilizzazione e/o la diffusione di tutte le informazioni economicamente rilevanti, attinenti all'organizzazione dell'impresa, ai suoi rapporti commerciali e ai processi produttivi, le quali trascendono in molti casi l'ambito oggettivo di protezione offerto dalla disciplina del segreto di cui all'art. 98 c.p.i.[69] In questo senso, il patto di non concorrenza opera, in concorso con i più tradizionali diritti di proprietà intellettuale, come peculiare strumento di controllo degli *output* del processo di innovazione riconducibile all'impresa.

In secondo luogo, esso parrebbe strumentale alla protezione degli investimenti in formazione e capitale umano. Secondo quanto illustrato da un ampio filone di analisi economica del diritto, sviluppatosi sulle orme delle celebri analisi di Gary Becker sul capitale umano[70], il patto di non concorren-

[68] Per un'articolata disamina delle principali teorie, giuridiche ed economiche, avanzate al fine di spiegare la funzione del patto di non concorrenza post-contrattuale, v. J. Den Hertog, *Noncompetition Clauses: Unreasonable or Efficient?,* cit., p. 117 ss.; v. anche E.M. Schulman, *An Economic Analysis of Employee Noncompetition Agreements,* in 69 *Denver University Law Review* (1992), p. 97 ss.

[69] In questo senso, variamente, P. Fabris, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro,* cit., pp. 2, 82; E. Minale Costa, voce *Patto di non concorrenza, Dig. disc. priv., Sez. comm., Agg.,* Torino, 2007, p. 638 ss., a p. 640; R. Barchi, *Il patto di non concorrenza: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza,* in *Dir. prat. lav.,* 2001, p. 899; S. Edenfeld, *Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Europäischen Vergleich,* cit., p. 494. In giurisprudenza v. Cass., sez. un., 10 aprile 1965, n. 630, in *Riv. giur. lav.,* 1965, II, p. 163 ss., la quale ravvisa la funzione della disciplina codicistica del patto di non concorrenza nella soddisfazione della «esigenza di conciliare la non utilizzazione da parte di quest'ultimo [il prestatore di lavoro], delle notizie e dei segreti, riguardanti l'impresa ed appresi durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, con le future possibilità lavorative del medesimo» (p. 165).

[70] G.S. Becker, *Il capitale umano,* trad. it., Roma-Bari, 2008, spec. p. 37 ss.

za costituirebbe una tecnica giuridica utile al fine di stimolare gli investimenti in formazione e professionalità generica[71]. Investimenti, questi, che né il prestatore né il datore sarebbero altrimenti incentivati ad affrontare: il primo perché troppo costosi, e il secondo perché, in assenza di tutela, si troverebbe inesorabilmente esposto alle strategie di *hold out* e ai comportamenti opportunistici di controparte[72]. In questo senso esso opera come dispositivo di controllo degli *input* di un nuovo processo di innovazione.

Benché strettamente inerenti alla posizione dell'impresa, tali interessi non sono di natura meramente individuale, ma parrebbero assumere anche una valenza collettiva, tanto da integrare, ad avviso di diversi autori, gli estremi di quei «motivi imperiosi di ordine pubblico» richiesti dalla Corte di giustizia[73]. La tutela del patrimonio immateriale, gli investimenti in formazione[74] e la lealtà della concorrenza, sono infatti valori intimamente coerenti con

[71] Mette conto chiarire che questo è il discorso dell'analisi economica del diritto: tutt'altro problema è quello di capire quale sia sul piano del diritto positivo l'estensione e il contenuto degli eventuali obblighi di formazione gravanti sul datore di lavoro (in proposito cfr. C. Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro,* Milano, 2004, p. 155 ss.).

[72] V. in particolare P.H. Rubin, P. Shedd, *Human Capital and Covenants Not to Compete,* in 10 *Journal of Legal Studies* (1981), p. 93 ss., in part. p. 96-99; e in seguito E.A. Posner, G.G. Triantis, A.J. Triantis, *Investing in Human Capital: The Efficiency of Covenants Not to Compete* (University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 137), accessibile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285805. In una prospettiva parzialmente sovrapponibile v. A. Russo, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici,* cit., p. 144-151, e A. Boscati, *Patto di non concorrenza, Sub Art. 2125,* cit., p. 15, i quali enfatizzano del patto di non concorrenza la funzione di tecnica di fidelizzazione dei dipendenti aventi ruoli strategici per l'impresa o portatori di una professionalità specialistica (ma implicita è l'idea dell'investimento specifico da parte datoriale nella crescita professionale del dipendente); come scrive A. Russo, *op. cit.,* p. 147, «non può che esaltarsi il profilo sanzionatorio connesso ai vincoli di concorrenza sanciti dal patto in questione. La limitazione dell'attività lavorativa dell'ex-dipendente si giustificherebbe, infatti, non tanto sulla base di fattori oggettivi di possibile fuoriuscita di informazioni a vantaggio del concorrente, quanto piuttosto sulla preoccupazione di perdere risorse umane, che nel complesso della struttura imprenditoriale costituiscono parte consistente del capitale».

[73] Così C. Koenig, U. Steiner, *Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags,* cit., p. 3586; Ma v. in senso parzialmente diverso E. Menegatti, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato,* cit., p. 58-60, il quale enfatizza la natura esclusivamente individuale degli interessi vantati dal datore di lavoro.

[74] Sulla legittimità degli accordi volti a remunerare, in caso di cessazione del rapporto, gli investimenti in formazione effettuati dal datore di lavoro v. C. Giust. UE, grande sezione, 16 marzo 2010, C-325/08, cit., relativamente a una fattispecie di lavoro sportivo; e in proposito F. Siotto, *Giocatori 'promessa' e libera circolazione dei calciatori professionisti: la Corte di Giustizia europea riconosce un indennizzo per la formazione,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2011, II, p. 197 ss.

un sistema di mercato competitivo[75]. Che si tratti, poi, di considerazioni dotate di una specifica valorazione normativa dal punto di vista del diritto europeo, è dimostrato sul piano testuale dall'art. 36 TFUE, che annovera la «tutela della proprietà industriale e commerciale» tra le ragioni legittime di restrizioni quantitative all'importazione, altrimenti vietate[76].

Risolto positivamente il quesito circa la legittimità degli scopi, rimane da verificare se le misure adottate siano conformi al parametro della proporzionalità, e dunque se esse possano reputarsi idonee, necessarie e non eccedenti rispetto agli obiettivi perseguiti. In buona sostanza, si tratta di capire se i presupposti di validità del patto di non concorrenza fissati dalla disciplina interna (nel nostro caso l'art. 2125 c.c.), siano tali da assicurare che le limitazioni alla libertà di circolazione del lavoratore, che da tale clausola negoziale discendono, siano «proporzionate»[77].

A tal fine, si deve preliminarmente notare che, nella normativa derivata, non è dato rinvenire *standard* minimi, ai quali la disciplina del patto di non concorrenza dovrebbe conformarsi[78]. L'unica, rilevante, eccezione è rappresentata dalla fattispecie della clausola di non concorrenza accessoria a rapporti di agenzia commerciale, contemplata dall'art. 20 della direttiva 86/653/CE[79]. Tale disposizione prevede che il patto stipulato dall'agente sia valido a condizione che esso abbia forma scritta; riguardi le merci, il settore geografico o il gruppo di persone affidati all'agente commerciale; non si estenda per un periodo superiore a due anni dalla cessazione del rapporto[80].

Fatta salva tale specifica ipotesi, nelle discipline nazionali del patto di non concorrenza è dato riscontrare una notevole eterogeneità, tanto sul piano delle fonti, quanto su quello delle regole sostanziali applicate[81]. Agli

[75] C. Brendel, *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote,* cit., 149.
[76] Per un analogo rilievo v. C. Koenig, U. Steiner, *Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags,* cit., p. 3586.
[77] Sul punto v. S. Edenfeld, *Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Europäischen Vergleich,* cit., p. 494; C. Koenig, U. Steiner, *Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags,* cit., p. 3586.
[78] S. Edenfeld, *Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Europäischen Vergleich,* cit., p. 494.
[79] In generale v. R. Emde, *Die Handelsvertreter-Richtlinie 1986 und ihre Folgen,* in *Zeitschrift für Vertriebs Recht,* 2014, p. 218.
[80] Per quanto concerne la disciplina italiana di recepimento (e in particolare l'art. 1751 *bis* del codice civile, introdotto dal d.lgs. 303/1991), v. l'indagine di G. Fontana, *Il patto di non concorrenza dell'agente di commercio,* Torino, 2012, spec. p. 99 ss.; circa la disciplina tedesca v. H. Dück, *Zivil- und kartellrechtliche Grenzen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für Handelsvertreter,* in *Neue Juristische Wochenschrift,* 2016, p. 368.
[81] Per un panorama comparatistico v. C. Brendel, *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote,* cit., p. 159-219; P. Lagesse, M. Norrbom (eds.), *Restrictive Covenants in Employment Contracts and other Mechanisms for Protection of Corporate*

elementi di convergenza, come la necessaria limitazione per area geografica, durata temporale e oggetto del vincolo[82], si contrappongono quelli di divergenza, come il requisito della necessaria onerosità del patto, prescritto soltanto da alcuni ordinamenti[83]. Manca quindi una vera e propria piattaforma comune di riferimento, cosa che rende il giudizio sulla proporzionalità della clausola particolarmente aleatorio (come peraltro è in tutti gli ordinamenti nazionali, sia appartenenti alla tradizione di *civil law,* sia a quella di *common law*)[84]. Inoltre, conviene notare che tale giudizio non può a rigore essere condotto esclusivamente nell'ottica della compatibilità con il sistema delle *libertà* fondamentali, ma deve tenere in considerazione anche il quadro dei *diritti* fondamentali coinvolti; ma su questo punto si tornerà più diffusamente in seguito[85]. Ci si limiterà quindi per il momento soltanto a segnalare alcuni elementi di criticità relativamente all'art. 45 TFUE, i quali possono evincersi dalla decisione della Corte di cassazione citata in apertura del presente scritto[86]. Essa è coerente con l'orientamento consolidato e può quindi assumersi come modello autorevole di interpretazione dell'art. 2125 c.c.[87]

Si deve osservare, anzi tutto, che se il soggetto svolgeva le mansioni di addetto al settore *marketing* estero, e non aveva quindi verosimilmente

Confidential Information, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 53 ss.

[82] Tali criteri sono stati inizialmente elaborati dalla giurisprudenza francese nel corso del diciannovesimo secolo, diffusi in altri ordinamenti secondo una tipica dinamica di circolazione dei modelli giuridici, per poi essere notevolmente irrigiditi – è uno sviluppo degli ultimi anni – per finalità di maggior tutela del lavoratore subordinato. In generale v. S. Edenfeld, *Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Europäischen Vergleich*, cit., p. 495 ss.

[83] Esso è stabilito, ad esempio dalla legislazione tedesca (§ 74 HGB), da quella italiana (art. 2125 c.c.), nonché dal diritto di fonte giurisprudenziale applicato in Francia (cfr. Cass. soc., 10 luglio 2002, in *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2491); ma non dal diritto inglese, né da quello austriaco o olandese (per i dettagli cfr. C. Brendel, *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote*, cit., p. 175-177).

[84] Sulla tendenziale imprevedibilità degli esiti delle controversie in tema di patti di non concorrenza nell'esperienza nordamericana v. ad es. N.D. Bishara, *Fifty Ways to Leave Your Employer: Relative Enforcement of Covenants Not to Compete, Trends, and Implications for Employee Mobility Policy,* in 13 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* (2011), p. 751 ss., a p. 756-757; per un'interessante, seppur datata, analisi statistica di caratteristiche ed esiti delle controversie in materia di patti non concorrenza negli USA v. P.J. Whitmore, *A Statistical Analysis of Noncompetition Clauses in Employment Contracts*, in 15 *Journal of Corporate Law* (1990), p. 483 ss.

[85] Cfr. *infra,* par. 8.

[86] Cass., 10 settembre 2003, n.13282, cit.

[87] Per un panorama aggiornato sulla giurisprudenza in materia di art. 2125 c.c., v. A. Boscati, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro subordinato nell'interpretazione della giurisprudenza (senza dimenticare la dottrina),* in *Arg. dir. lav.,* 2015, p. 1079 ss.

ricevuto né una formazione particolarmente qualificata, né avuto accesso all'intero corpo delle informazioni strategiche dell'impresa, ritenere valido un vincolo esteso a tutte le forme di collaborazione con imprese concorrenti nell'intero territorio europeo, anche a prescindere dalla prova del pericolo della divulgazione di informazioni riservate, sembra andare al di là di quanto necessario per proteggere il legittimo interesse dell'imprenditore.

In secondo luogo, è difficile non rilevare una netta sproporzione tra l'esiguità del compenso previsto (10% del salario) e l'ampia durata temporale del vincolo. Questa è fissata in tre anni, il che è pienamente conforme al parametro dettato dall'art. 2125 c.c., ma ormai alquanto in eccesso sia rispetto alle caratteristiche del mercato, sia alle soluzioni prevalentemente accolte dalle altre discipline nazionali. Dal primo punto di vista si deve osservare che, mentre i parametri di lecita estensione geografica del patto tendono gradualmente a espandersi per effetto della globalizzazione dei mercati[88], quelli di durata temporale tendono invece a ridursi per effetto della dinamica di innovazione dei mercati (vertiginosamente accresciuta dalle nuove tecnologie) e della più rapida obsolescenza delle informazioni in molti campi del commercio e dell'industria[89]. In aggiunta, si deve osservare che il termine massimo di durata prevalentemente accolto a livello europeo, e riflesso nell'art. 20 della direttiva 86/653/CE, ammonta a due anni[90], sicché un patto di durata triennale – e a maggior ragione quello di durata quinquennale nel caso dei dirigenti –, quale quello previsto dall'art. 2125 c.c., appare nel complesso eccessivamente oneroso per il lavoratore[91].

Di conseguenza, il concorso tra l'elevata durata temporale del patto, l'ampiezza del suo ambito oggettivo di estensione e l'esiguità del compenso

[88] Sicché la giurisprudenza non dubita più della legittimità di un patto esteso a più di uno stato dell'Unione Europea: cfr. ad es. OLG Celle, 13 settembre 2000, Az. 9 U 110/00, in *OpenJur* 2012, 36255 (il patto implicava l'astensione dal reimpiego in Belgio, Germania, Lussemburgo e Olanda); Cass., 3 dicembre 2001, n. 15253, cit.; Trib. Torino, 16 gennaio 2006, in *Giur. piem.*, 2006, p. 265 (intero territorio europeo e statunitense).

[89] V. ad es. A.C. Hodges, P.L. Taylor, *The Business Fallout from the Rapid Obsolescence and Planned Obsolescence of High-Tech Products: Downsizing of Noncompetition Agreements,* in 6 *Columbia Science and Technology Law Review* (2005), p. 3 ss.

[90] Ma in diverse legislazioni nazionali si prevedono termini più brevi: cfr. ad es. l'art. 21, comma secondo, dello Statuto dei lavoratori spagnolo, che limita il patto a due anni per i tecnici e a 6 mesi per gli altri lavoratori (in tema v. A. Sierra Herrero, *La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo,* in *Ius et Praxis,* 2014, p. 109 ss., p. 115); il diritto inglese, quello austriaco e quello belga stabilisce come termine massimo un anno (C. Brendel, *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote,* cit., p. 185).

[91] Secondo C. Brendel, *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote,* cit., p. 185-186, il termine di durata massima quinquennale previsto dall'art. 2125 per i dirigenti sarebbe oggettivamente sproporzionato e non accettabile in chiave europea.

previsto, rischia di produrre disincentivi paralizzanti rispetto al recesso dal rapporto e al reimpiego presso un datore di lavoro stabilito in altro stato dell'Unione. Se poi si considera che l'obiettivo legittimo della protezione del patrimonio immateriale dell'impresa avrebbe potuto essere conseguito attraverso mezzi meno invasivi, come una clausola di non divulgazione dei segreti[92], è difficile sottrarsi alla conclusione che un regime così liberale del patto di non concorrenza transfrontaliero risulta difficilmente giustificabile alla luce del precetto dell'art. 45 TFUE.

7. – Dal quadro delle libertà a quello dei diritti fondamentali: il problema della compatibilità con l'art. 15 della Carta dei diritti

In una prospettiva di efficacia orizzontale indiretta, diviene centrale la questione dell'interpretazione delle disposizioni normative interne, che delineano la cornice di disciplina del singolo atto di autonomia privata e delle quali si intende vagliare la compatibilità con il Trattato. Qualora tali disposizioni abbiano una struttura aperta, l'eventuale contrasto con le regole comunitarie, in luogo di determinare la declaratoria di invalidità o inefficacia della norma interna, potrebbe essere sanato attraverso il ricorso a tecniche di interpretazione adeguatrice. Nel caso in esame, ciò è tanto più auspicabile, in quanto le libertà invocate non si trovano in una relazione di antinomia, bensì di convergenza, con il quadro dei diritti fondamentali[93].

A differenza di quanto avvenuto nei casi *Viking, Laval*, *Rüffert,* e simili[94], l'efficacia orizzontale della libertà in oggetto non produce, cioè, un conflitto sistemico con altri diritti fondamentali, e quindi non fa gravare in capo al giudice un difficile compito di bilanciamento tra valori antagonisti. Tutt'al contrario, il caso del patto di non concorrenza offre un emblematico esempio

[92] Su cui v. P. Ichino, *Il contratto di lavoro,* III, *Sospensione, sciopero, riservatezza e segreto, potere disciplinare, cessazione del rapporto, gestione dei diritti,* in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2003, p. 307 ss.

[93] Sul punto, con particolare riferimento alla libertà di circolazione, W. Kahl, M. Schwind, *Europäische Grundrecht und Grundfreiheiten – Grundbausteine einer Interaktionslehre,* in *Europarecht,* 2014, p. 170 ss., a p. 171.

[94] In tema, v. M. Freedland, J. Prassl (eds.), Viking, Laval *and Beyond,* Oxford-Portland, 2014; S. Giubboni, *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in questo *Volume*, p. 181 ss., e in *Riv. giur. lav.,* 2015, I, p. 811, spec. p. 820 ss.; B. Veneziani, *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia,* in *Scritti in onore di Edoardo Ghera,* II, Bari, 2008, p. 1281 ss.; A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali,* Bari, 2009.

di concorso tra il *corpus* delle libertà e quello dei diritti fondamentali garantiti dal Trattato[95].

Della libertà di circolazione e del suo rapporto con le restrizioni negoziali della concorrenza si è già ampiamente trattato. Un cenno va fatto, quindi, alle altre situazioni soggettive, rilevanti alla stregua di diritti fondamentali, con le quali tale strumento può entrare concretamente in conflitto. Il pensiero corre, in particolare, all'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale garantisce «il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata», oltre che «la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, stabilirsi o prestare servizi in qualunque Stato membro»[96].

Si può lasciare da parte per il momento il difficile problema di stabilire – alla luce della clausola restrittiva di cui all'art. 51 della Carta medesima[97] – se ed entro quali limiti le regole della Carta dei diritti siano suscettibili di immediata applicazione a un conflitto inter-privato, se non altro per-

[95] V. ancora W. Kahl, M. Schwind, *Europäische Grundrecht und Grundfreiheiten – Grundbausteine einer Interaktionslehre,* cit., p. 171 ss., p. 187 ss.

[96] Per un'analisi del contenuto precettivo di tale norma v. A. Vallebona, G. Guerrini, *Lavoro e protezione dei lavoratori,* in P. Gianniti (a cura di), *I diritti fondamentali dell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona,* in *Comm. c.c. Scialoja - Branca,* Bologna-Roma, 2013, p. 1243; G. Demuro, *sub* art. 15, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,* Bologna, 2001, p. 125; M. Ruffert, *The Right to Pursue a Freely Chosen Occupation,* in D. Ehlers (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms,* cit., p. 430 ss.

[97] E segnatamente della regola per cui «le disposizioni della presente Carta si applicano […] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Essa deve essere posta in correlazione con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, da cui "risulta sostanzialmente che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione Europea, ma non al di fuori di esse", con la conseguenza che la Corte di giustizia, per quanto concerne la Carta dei diritti, "non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell'ambito del diritto dell'Unione Europea» (C. Giust. UE, grande sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, Åklagaren c. Åkerberg Fransson). Muovendo da tale giurisprudenza (cfr. ad es. C. Giust. CE, 18 giugno 1991, C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE (ERT) v. Dimotiki Etairia Pliroforissis and Siotirios Kouvelas*, parr. 42-44), si è sostenuto che qualsiasi misura statale che determini una restrizione delle libertà fondamentali del Trattato (e quindi nella specie anche una disciplina limitativa della libertà di circolazione dei lavoratori) integri gli estremi della «attuazione del diritto dell'Unione»: in questo senso v. D. Ehlers, *The Fundamental Rights of the European Union,* in Id. (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms,* cit., p. 388; S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht,* cit., p. 24; e più in generale, per una disamina dei principali argomenti critici rivolti nei confronti degli artt. 51 e 52 della Carta, S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di 'soft law',* in *Quad. cost.,* 2004, p. 281 ss., a p. 298.

ché l'art. 4, secondo comma, della Costituzione italiana (al pari di altre costituzioni nazionali)[98] fissa un principio sostanzialmente sovrapponibile a quello di fonte europea e, quindi, in grado di instaurare con il primo un virtuoso circolo ermeneutico, secondo la logica ormai consolidata della tutela multilivello dei diritti fondamentali[99]. Nello statuire che ogni cittadino ha il diritto e il dovere «di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società», la Carta costituzionale riconosce anch'essa alla libertà di lavoro il rango di diritto fondamentale della persona umana[100]. Il dato che merita di essere enfatizzato, invece, è che se il diritto di scegliere ed esercitare un'occupazione assurge al rango di diritto fondamentale, tutte le restrizioni che l'autonomia privata possa apportarvi non possono eccedere quanto strettamente necessario alla tutela dei legittimi interessi ad esso contrapposti. È precisamente in base a una siffatta considerazione che la *Chambre social* della Corte di cassazione francese ha operato, nel 2002, un radicale mutamento di giurisprudenza, introducendo limiti stringenti nell'ambito del giudizio di liceità della clausola e stabilendo, pur nel silenzio della legge, la necessità della corresponsione di un corrispettivo a beneficio del lavoratore astretto dal patto di non concorrenza[101]. Ma un ragionamento analogo era già stato svolto anche nel nostro ordinamento, diversi anni addietro, da Federico Mancini, il quale

[98] Cfr. ad es. art. 23, comma 2°, n. 1, della Costituzione belga; art. 19, comma 3°, della Costituzione olandese; art. 27, comma 2°, della Costituzione federale svizzera; art. 35, comma 1°, della Costituzione spagnola.

[99] Sul punto si rinvia, in particolare, a A. Alaimo, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale,* Torino, 2009, p. 7-55, spec. p. 48-53.

[100] Cfr. *ex plurimis* Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45, in *Giur. cost.,* 1965, p. 655. Sui lineamenti del diritto al lavoro alla luce dell'art. 4 Cost. v. V. Crisafulli, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione,* in Id., *Prima e dopo la Costituzione,* Napoli, 2015, p. 285 ss., nonché il saggio *Diritto al lavoro e libertà di opinione, ivi*, p. 305; M. Mazziotti, *Il diritto al lavoro,* Milano, 1956, p. 57 ss.; C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione,* in *Dir. lav.,* 1956, I, p. 160 ss.; F. Mancini, *Dovere e libertà di lavorare,* in *Pol. dir.,* 1974, p. 565; Id., *sub* art. 4, in *Comm. cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 203 ss.; C. Smuraglia, *Il lavoro nella Costituzione,* in *Riv. giur. lav.,* 2007, I, p. 425 ss.; A. Chiappetti, *Il lavoro nella Costituzione,* in *Scritti in onore di Edoardo Ghera,* I, Bari, 2008, p. 253 ss. Sul rapporto tra l'art. 4, secondo comma, Cost. e il patto di non concorrenza v. A. Boscati, *Il patto di non concorrenza,* cit., spec. p. 69.

[101] Cass. soc., 10 luglio 2002, in *Recueil Dalloz,* 2002, p. 2491, ove si fa riferimento alla «violation du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionelle, ensemble l'article L. 120-2 du code du travail»; su tale fondamentale decisione si vedano le considerazioni di Y. Serra, *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail, ivi*, p. 2492; e di L.F. Pignarre, *Clause de non-concurrence et droits fondamentaux, ivi,* 2009, p. 1256.

formulava un giudizio nettamente critico nei confronti della giurisprudenza italiana, che aveva ritenuto manifestamente infondata – sostanzialmente sulla base dell'argomento per cui le restrizioni della libertà di lavoro trovano la loro origine nell'autonomia e non nella norma di legge che ne delinea la cornice di disciplina[102] – la questione di costituzionalità dell'art. 2125 c.c. per contrasto con gli articoli 4 e 36 della Costituzione[103].

Muovendo dalla tesi per cui la libertà di scelta dell'occupazione costituisce un «attributo essenziale della persona», Mancini sosteneva che, almeno nell'ipotesi in cui l'attività vietata dal patto sia quella della stipulazione di un nuovo contratto di lavoro con un concorrente dell'imprenditore (e non, invece, quella dell'avvio di un nuovo processo produttivo e della costituzione di un'impresa destinata a competere con quella dell'originario datore)[104], la disciplina dettata dall'art. 2125 c.c. avrebbe dovuto ritenersi costituzionalmente illegittima[105]. Tali considerazioni mantengono una perdurante attualità, se non altro perché indicano all'interprete la necessità di valutare il singolo atto di autonomia privata alla luce dell'intero quadro delle fonti normative e in particolare di quelle che assumono rango primario[106].

Nella specie, non può sfuggire come il patto di non concorrenza transfrontaliero ponga un serio problema di compatibilità con un doppio registro di norme: quelle che proteggono la libertà di circolazione delle persone (art.

[102] Cfr. App. Genova, 22 dicembre 1967, in *Foro it.,* 1968, I, c. 1337.

[103] F. Mancini, *Dovere e libertà di lavorare,* cit., p. 588-591. Fra le pronunzie ascrivibili all'orientamento criticato v. Trib. Torino, 19 febbraio 1964, in *Mass. Giur. Lav.,* 1964, p. 412; Trib. Torino, 30 maggio 1966, in *Giur. it.,* 1966, I, 2, p. 596; App. Genova, 22 dicembre 1967, cit.; App. Torino, 28 giugno 1968, in *Foro it.,* 1969, I, c. 747; in tema v. A. Boscati, *Il patto di non concorrenza,* cit., p. 72-73.

[104] Atteso che in tal caso «sul profilo della scelta professionale» si sovrappone «e viene in primo piano fino ad occupare tutto il quadro, il profilo dell'iniziativa economica: ossia di un valore che, avendo un prevalente segno patrimoniale, inerisce alla personalità del singolo in modo assai meno diretto ed è quindi relativamente disponibile» (F. Mancini, *Dovere e libertà di lavorare,* cit., p. 590-591).

[105] «L'art. 2125 – egli concludeva – sembra fatto apposta per sollecitare una sentenza interpretativa della Corte costituzionale: ed è deplorevole che le superstizioni e l'arretratezza culturale di giudici abbarbicati a massime come *volenti non fit iniuria* abbiano finora impedito a quest'ultima di pronunziarsi sull'argomento» (F. Mancini, *Dovere e libertà di lavorare,* cit., p. 591; in una prospettiva analoga v. D. Benanti, *Il patto di 'non concorrenza' con il lavoratore subordinato,* in *Riv. giur. lav.,* 1966, I, p. 21 ss., spec. p. 34-37).

[106] La compatibilità dell'art. 2125 c.c. con i precetti costituzionali è un assunto consolidato in dottrina: A. Boscati, *Il patto di non concorrenza,* cit., p. 85-86; esso è condiviso anche dagli autori che muovono da una prospettiva maggiormente critica nei confronti della legittimità di tale dispositivo negoziale in relazione agli interessi del prestatore di lavoro: cfr. E. Menegatti, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato,* cit., p. 60; P. Fabris, *Il patto di non concorrenza,* cit., p. 57.

45 TFUE) e quelle che garantiscono la libertà di scelta dell'occupazione (art. 15 della Carta; art. 4, comma 2°, Cost.). Se la prima situazione giuridica ha una marcata connotazione strumentale, essendo preordinata all'obiettivo fondamentale della rimozione delle barriere agli scambi intracomunitari, e dunque alla tutela del mercato concorrenziale, la seconda protegge invece un interesse finale, rilevante alla stregua di diritto fondamentale della persona umana[107]. Benché le due situazioni operino su un piano e con finalità differenti, esse concorrono nell'attribuire un valore rafforzato all'interesse fatto valere dal prestatore di lavoro, debitore dell'obbligazione di *non facere*. Ne consegue che la "prova di resistenza" che deve essere fornita per giustificare la legittimità delle restrizioni negoziali delle libertà in esame non può che essere particolarmente rigorosa. Ciò non significa, ovviamente, che l'articolo 2125 c.c. debba ritenersi presuntivamente viziato da illiceità per contrasto con le norme del Trattato, ma certamente implica che una corte, chiamata ad applicare tale disposizione (quanto meno) in un contesto rilevante per il diritto europeo, non possa esimersi da un'interpretazione della norma, che ne elimini o riduca le ragioni di frizione con il Trattato[108]. La garanzia della libertà del lavoro – sotto il duplice profilo della libertà di scelta dell'oggetto e del luogo dell'occupazione – dovrebbe, in altri termini, orientare le operazioni ermeneutiche del giudice in misura notevolmente più incisiva di quanto attualmente traspaia dai repertori di giurisprudenza[109].

Basterà indicare due profili, già emersi dalla disamina del caso presentato in apertura, e in relazione ai quali le ragioni di contrasto con le fonti primarie europee potrebbero essere eliminate tramite il ricorso a tecniche di interpretazione conforme. Il primo è quello dei limiti di oggetto, contemplati dall'art. 2125 c.c.: contrariamente a quanto spesso affermato in

[107] Sulla distinzione per natura e caratteri delle due categorie, v. in particolare T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, cit., p. 565 ss.; G. Bachmann, *Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten,* cit., p. 437; M. Fornasier, *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?*, in *European Review of Private Law*, 2015, p. 29 ss., spec. p. 38.

[108] D'altronde la dottrina prevalente ha sempre sostenuto la necessità di addivenire a un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2125 c.c.: cfr. A. Boscati, *Il patto di non concorrenza*, cit., p. 83 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

[109] Il che non significa trascurare che la giurisprudenza ha in prevalenza sottolineato la necessità di rileggere l'art. 2125 come norma prevalentemente volta a fissare limiti all'autonomia contrattuale a garanzia degli interessi del lavoratore, parte debole del rapporto: cfr. ad es. Cass., sez. un., 10 aprile 1965, n. 630, in *Riv. giur. lav.,* 1965, II, p. 163, ove si legge che l'intento della norma è «di evitare che la libertà di lavoro della persona possa essere, convenzionalmente, ristretta entro limiti troppo angusti, tali da precludere praticamente alla persona medesima la facoltà di poter liberamente decidere la propria attività di lavoro verso l'occupazione ritenuta più conveniente».

giurisprudenza, si possono avanzare seri dubbi circa l'ammissibilità di una convenzione privata che determini l'insorgenza di un vincolo a carattere generale, a prescindere dall'effettiva sovrapponibilità delle attività svolte dalla vecchia e dalla nuova impresa e dal tipo di mansioni concretamente assegnate al lavoratore[110]. Non possono condividersi, in particolare, né la tesi per cui il divieto potrebbe coprire ambiti di concorrenza diversi da quelli dell'*ex*-datore di lavoro, e quindi «con riferimento ad un ambito solo potenziale di estensione della sua attività»[111]; né quella in base alla quale il patto «può riguardare qualsiasi attività lavorativa che possa competere con quella del datore di lavoro e non deve […] limitarsi alle sole mansioni espletate dal lavoratore nel corso del rapporto»[112]. Una lettura tanto estensiva del requisito di legge finirebbe per legittimare compressioni della libertà di lavoro oltremodo ampie e non giustificate dalla legittima esigenza della

[110] Per qualche esempio dell'orientamento criticato v. Trib. Torino, 16 gennaio 2006, cit., p. 270-271, ove si afferma che «il patto di non concorrenza […] possa riguardare qualsiasi attività lavorativa suscettibile di competere con quella del datore di lavoro e non deve quindi limitarsi alle sole mansioni espletate dal lavoratore nel corso del rapporto»; Cass. 10 settembre 2003, n. 13282, cit., ove si legge che «il patto di non concorrenza, previsto dall'art. 2125 c.c., può riguardare qualsiasi attività lavorativa che possa competere con quella del datore di lavoro e non deve quindi limitarsi alle sole mansioni espletate dal lavoratore nel corso del rapporto. Esso è, perciò, nullo allorché la sua ampiezza sia tale da comprimere la esplicazione della concreta professionalità del lavoratore in limiti che ne compromettano ogni potenzialità reddituale. Il giudice di merito deve, quindi, procedere a tale accertamento – da compiersi in relazione alla concreta personalità professionale dell'obbligato – e non può ritenere nullo il patto stesso per il solo fatto di non avere circoscritto l'obbligo di astensione del lavoratore alle attività esercitate presso il datore di lavoro»; Cass., 21 aprile 1966, n. 1027, in *Foro it.,* 1966, I, 1520, ove si legge che «l'ambito di inibizione della posteriore attività concorrenziale può essere validamente esteso sino a comprendervi oltre alle mansioni spiegate dal dipendente nel corso del rapporto, anche ogni altro genere di attività lavorativa esercitata in seno all'impresa pur se in settori diversi da quelli cui il dipendente sia addetto»; e che il limite di oggetto sarebbe integrato anche «dalla preclusione indeterminata di qualsiasi attività lavorativa che possa competere con l'attività che il datore di lavoro eserciti, e possa esercitare in futuro, all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro» (v. in proposito le considerazioni di P. Fabris, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro,* cit., p. 106).

[111] Così E. Menegatti, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato,* cit., p. 102; ma v. in senso contrario (e conforme con quanto qui sostenuto) A. Boscati, *Il patto di non concorrenza,* cit., p. 211-216.

[112] Tra le altre Cass., 3 dicembre 2001, n. 15253, in *Not. giur. lav.,* 2002, p. 243; Cass. 10 settembre 2003, n. 13282, cit.; App. Torino, 12 giugno 2009, cit.; App. Milano, 17 marzo 2006, in *Lav. giur.,* 2006, p. 1138; Trib. Torino, 16 gennaio 2006, cit., p. 270-271; Trib. Ravenna, ord. 24 marzo 2005. In questo senso in dottrina A. Boscati, *Il patto di non concorrenza,* cit., p. 224-225; E. Menegatti, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato,* cit., p. 100.

protezione del patrimonio immateriale dell'impresa: in nome del rischio soltanto potenziale della c.d. concorrenza differenziale si giunge a precludere l'esplicazione della concreta professionalità del lavoratore e una sua adeguata ricollocazione nel mercato, attribuendo di fatto al datore una sorta di diritto esclusivo sul capitale umano dell'*ex*-dipendente[113]. Se si concorda, e non potrebbe essere altrimenti, sulla valenza primaria delle posizioni oggetto di restrizione pattizia, è difficile sottrarsi alla conclusione che l'interpretazione della norma che meglio risponde alle prescrizioni costituzionali è quella che subordina l'efficacia del vincolo alla sua preventiva delimitazione non soltanto in relazione all'attività svolta dall'impresa, ma anche in relazione alle mansioni svolte dal lavoratore nel precedente rapporto[114].

Il secondo profilo concerne l'entità del corrispettivo. Non appare in linea con l'esigenza di assicurare un adeguato contemperamento degli interessi coinvolti, l'orientamento liberale riflesso in molteplici decisioni della nostra giurisprudenza. A fronte di patti di durata pluriennale, ampi sul piano oggettivo e per estensione territoriale, diverse sentenze hanno

[113] Il rigore dell'interpretazione accolta dalla giurisprudenza è temperato dalla clausola di salvaguardia per cui l'esplicazione della concreta professionalità del lavoratore non può essere compressa «in limiti che non salvaguardino un margine di attività sufficiente per il soddisfacimento delle esigenze di vita» (Cass., 14 maggio 1998, n. 4801, in *Riv. it. dir. lav.,* 1999, II, p. 72 ss., con nota di Giul. Conte, *Sui requisiti di legittimità del patto di non concorrenza*); tuttavia, poiché si afferma anche che «il patto deve ritenersi valido ogni volta in cui la capacità professionale del lavoratore è più ampia dell'attività temporaneamente vietata e tale residuo abbia ragionevoli possibilità di utilizzazione nel mercato del lavoro» (A. Boscati, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro subordinato nell'interpretazione della giurisprudenza (senza dimenticare la dottrina),* cit., p. 1098), è chiaro che una siffatta regola giurisprudenziale legittima ampie compressioni della professionalità del lavoratore (intesa questa non già come generica capacità lavorativa, ma specifica capacità acquisita nel corso del rapporto di lavoro). A riprova, si confronti la decisione della Corte di cassazione, 19 aprile 2002, n. 5691, in *Lav. giur.,* 2003, p. 29, la quale ha ritenuto valido un patto stipulato da un addetto alla vendita di articoli di abbigliamento maschile e da cui derivava l'obbligo di «non prestare per cinque anni (!) la propria attività in favore di ditte con sede nella stessa provincia di Firenze e con identica attività della società». Nel rigettare la censura di nullità, la Corte ha rilevato che in virtù del patto l'obbligato poteva svolgere «l'attività di commesso nei numerosissimi settori commerciali (quali, ad esempio, quelli relativi agli articoli sportivi, all'oggettistica, all'arredamento) diversi da quelli dell'abbigliamento, delle calzature e della profumeria, in relazione ai quali, invece, operava la limitazione dell'attività lavorativa». Prescindendo dalle specificità del caso, è opportuno domandarsi se patti di questo tipo non precludano la possibilità di far valere sul mercato del lavoro le specifiche competenze legittimamente acquisite nel corso del rapporto anche dai lavoratori meno qualificati e di certo privi di accesso alle informazioni strategiche dell'impresa.

[114] Questa tesi, rimasta assolutamente minoritaria, era già stata sostenuta da P. Fabris, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro,* cit., p. 102.

considerato congruo un corrispettivo compreso tra il 10% e il 15% del salario[115]. È ben vero che la norma dell'art. 2125 c.c., pur riconoscendo la necessità di un corrispettivo, quale forma di compensazione del "sacrificio" derivante al lavoratore dall'astensione dalla concorrenza[116], non prevede, a differenza della legge tedesca[117], un ammontare minimo, o non impone che tale corrispettivo sia «adeguato»[118]; ed è altresì vero che non sono riferibili a tale fattispecie i criteri dettati dall'art. 36 Cost. per la determinazione minima della retribuzione[119]. E tuttavia non è contestabile che, pur nel silenzio della norma, l'entità del compenso debba essere commisurata al sacrificio imposto al lavoratore[120], non soltanto in termini di minor guadagno, ma anche di limiti alla possibile esplicazione della professionalità acquisita nel corso dei pregressi rapporti di lavoro, e dunque di libero sviluppo della personalità[121]. A ritenere altrimenti si determinerebbe

[115] V. ad es. Cass., 10 settembre 2003, n. 13282, cit. (il corrispettivo pattuito ammontava al 10% del salario, a fronte di un patto di durata triennale esteso all'intero territorio europeo); Cass., 3 dicembre 2001, n. 15253, cit. (corrispettivo minore del 10% a fronte di un patto di durata biennale esteso a Italia, Francia, Germania, Svizzera e Austria); Trib. Torino, 16 gennaio 2006, in *Giur. piem.,* 2006, p. 265 (corrispettivo del 10% del salario a fronte di un patto di non concorrenza esteso all'intero territorio europeo e statunitense); Trib. Milano, ord. 22 ottobre 2003, in *Riv. crit. dir. lav.,* 2004, p. 122 (corrispettivo previsto del 15% della retribuzione degli ultimi due anni per un patto di durata biennale esteso all'intero territorio della Comunità Europea); Pret. Aquila, 22 marzo 1989, in *Giust. civ.,* 1989, I, p. 1466 (15% del salario in relazione a un patto esteso a larga parte del territorio italiano).

[116] A. Boscati, *Il patto di non concorrenza,* cit., p. 186.

[117] Secondo il § 74, comma secondo, del codice di commercio, la validità del patto di non concorrenza è subordinata al pagamento di un corrispettivo annuale equivalente almeno alla metà del reddito percepito nell'ultimo anno dal lavoratore (in tema v. J.-H. Bauer, M. Diller, *Wettbewerbsverbote. Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder,* cit., p. 139).

[118] Come prescritto, invece, dall'art. 21, comma secondo, dello Statuto dei lavoratori spagnolo (accessibile all'indirizzo https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/24/pdfs/BOE-A-2015-11430.pdf) dall'art. 228, comma secondo, del Codice del lavoro ungherese del 2012 (il testo è accessibile in traduzione inglese all'indirizzo https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/MONOGRAPH/89886/103369/F-622727815/HUN89886.pdf).

[119] A. Boscati, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro subordinato nell'interpretazione della giurisprudenza (senza dimenticare la dottrina),* cit., p. 1091.

[120] C. Zoli, *Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro,* cit., p. 463; A. Boscati, *Il patto di non concorrenza,* cit., p. 90.

[121] Per quanto sostenuto nel testo non può condividersi l'opinione sostenuta da P. Ichino, *Il contratto di lavoro,* cit., p. 306, il quale suggerisce un'applicazione della norma «che consentisse limiti di oggetto e territorio tanto più ampi quanto maggiore è il corrispettivo del vincolo, anche fino all'azzeramento totale delle possibilità effettive di occupazione del lavoratore, quando tale azzeramento sia compensato in misura pari all'intero reddito che

un'ingerenza nella libertà di lavoro, non giustificata dalla correlativa esigenza di protezione del patrimonio immateriale dell'impresa.

8. – Mobilità dei lavoratori e spillover *delle conoscenze: per una critica della funzione pro-competitiva dei patti di non concorrenza*

Le considerazioni sin qui esposte riflettono l'idea di fondo che i precetti iscritti nel Trattato, tanto nella parte relativa alle libertà, quanto in quella relativa ai diritti fondamentali, impongono una rilettura della disciplina interna, nel segno dell'irrigidimento dei controlli sull'atto di autonomia. La libertà di contratto, in altri termini, dovrebbe retrocedere rispetto alla libertà di concorrenza e alla libertà di lavoro. Non sono soltanto argomenti di natura testuale e sistematica che spingono in questa direzione, ma anche specifiche considerazioni in termini di efficienza. Le ricerche condotte nell'ambito delle scienze economiche, se un tempo apparivano univocamente orientate nell'affermare la funzione pro-competitiva dei patti di non concorrenza[122], restituiscono oggi un quadro molto più problematico, il quale rafforza sul piano gius-politico le prescrizioni ricavabili dall'analisi del diritto primario dell'Unione europea. Alcuni dei postulati di fondo sui quali poggiava la teorizzazione tradizionale dei patti di non concorrenza non sono più incontroversi e l'intera tesi della compatibilità di tale strumento con un'economia improntata alla crescita e all'innovazione è stata sottoposta a serie critiche.

Si è ricordato in precedenza come i due pilastri fondamentali del modello gius-economico "ortodosso" siano costituiti, da un lato, dall'idea che, in assenza di un vincolo munito di sanzione giuridica, il datore di lavoro non avrebbe alcun incentivo razionale a investire in formazione e qualificazione professionale della propria forza lavoro; e, dall'altro, dall'assunto per cui, in mancanza di tutele negoziali, il patrimonio immateriale dell'impresa sarebbe esposto a continui pregiudizi, con l'effetto ancora

in tal modo egli perde». Anche a prescindere dalle valutazioni di analisi economica del diritto che verranno espresse in seguito, circa l'effetto economicamente dannoso su scala aggregata dei patti di non concorrenza (cfr. *infra*, par. 8), basti obiettare che il reddito che potrebbe essere assunto a parametro del corrispettivo non potrebbe che essere quello del rapporto pregresso, quando invece l'utilizzazione delle proprie competenze presso altro datore potrebbe condurre alla percezione di un reddito ben maggiore (con conseguente sacrificio delle aspettative del lavoratore).

[122] Basti confrontare E.A. Posner, G.G. Triantis, A.J. Triantis, *Investing in Human Capital: The Efficiency of Covenants Not to Compete,* cit., p. 1-3.

una volta di deprimere gli investimenti in ricerca e sviluppo[123]. Entrambi gli assunti rispecchiano, quindi, la premessa di fondo per cui il patto di non concorrenza rappresenta una restrizione necessaria della mobilità dei lavoratori finalizzata ad evitare un possibile fallimento del mercato, riconducibile in buona sostanza ai ben noti caratteri di non escludibilità e non rivalità nel consumo dell'informazione e ai rischi di esternalità ad essi connessi[124]. Ebbene, le ricerche più recenti, di carattere sia teorico, sia empirico, tendono a revocare in dubbio la validità, o quanto meno l'importanza relativa di ciascuno dei due presupposti, a fronte dell'entità dei costi sociali imposti dal ricorso su larga scala a tale strumento[125].

In relazione al primo aspetto, basterà richiamare gli studi di economia comportamentale, i quali attraverso specifiche disamine empiriche e simulazioni in laboratorio, hanno evidenziato l'esistenza di un *trade-off* tra gli investimenti in formazione, ricerca e sviluppo operati dall'impresa in costanza di un patto di non concorrenza e lo stimolo all'acquisizione di capitale umano e al miglioramento della produttività da parte del lavoratore[126]. In particolare, in un saggio recente On Amir e Orly Lobel hanno esposto i risultati di una ricerca, che si proponeva di verificare l'incidenza del patto di non concorrenza sul profilo delle motivazioni e quindi su quello della produttività, assumendo come variabili controllate il livello di difficoltà e creatività insito nelle mansioni assegnate al partecipante[127]. La conclusione cui tale studio perviene è che l'effetto controfinale dell'utilizzo dei vincoli post-contrattuali alla concorrenza consiste in una diminuzione della produttività e della qualità dell'apporto lavorativo del dipendente[128]. La spiegazione offerta consiste nel fatto che la situazione di vincolo derivante dal patto di non concorrenza si riflette negativamente sul profilo delle

[123] Cfr. *retro*, par. 6.

[124] Cfr., per un'analisi ed una critica, O. Lobel, *Intellectual Property and Restrictive Covenants,* in K.G. Dau-Schmidt, S.D. Harris, O. Lobel (eds.), *Labor and Employment Law and Economics,* Cheltenham-Norhampton, 2009, p. 517 ss.

[125] Per un panorama degli studi più significativi in proposito, v. O. Lobel, *Intellectual Property and Restrictive Covenants,* cit., p. 528-531; N.D. Bishara, *Fifty Ways to Leave Your Employer: Relative Enforcement of Covenants Not to Compete, Trends, and Implications for Employee Mobility Policy,* cit., p. 760 ss.; A. Hyde, *Should Noncompetes Be Enforced?,* cit., p. 8 ss.

[126] Per un'introduzione ai temi più rilevanti della *behavioral law* & *economics,* si rinvia a G. Rojas Elgueta, N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale,* Roma, 2015.

[127] O. Amir, O. Lobel, *Driving Performance: A Growth Theory of Noncompete Law,* in 16 *Stanford Technology Law Review* (2013), p. 833 ss., p. 847-855; Id., *Innovation Motivation: Behavioral Effects of Post-Employment Restrictions,* San Diego Legal Studies Paper, n. 10-32, accessibile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1639367.

[128] O. Amir, O. Lobel, *Driving Performance: A Growth Theory of Noncompete Law,* cit., pp. 837, 854-855.

motivazioni; per contro, assente un obbligo post-contrattuale, il soggetto si attende razionalmente un ritorno di lungo periodo degli sforzi profusi e delle esperienze maturate in una determinata attività lavorativa. Ciò produce un effetto di stimolo, che porta al miglioramento del proprio capitale umano e compensa più che proporzionalmente la possibile diminuzione degli investimenti in formazione provenienti dal datore di lavoro. Alle simulazioni in laboratorio vanno poi aggiunti alcuni test empirici condotti sul livello dei salari e le posizioni assunte dal personale manageriale in caso di mutamento del posto di lavoro: i risultati confermano anche in tal caso che, in costanza di un vincolo post-contrattuale, gli investimenti in capitale umano da parte del lavoratore decrescono sensibilmente, e con essi anche le *chances* di migliore ricollocazione sul mercato del lavoro; l'effetto contrario è invece osservabile nei sistemi che proibiscono il ricorso a patti di non concorrenza[129]. La conclusione cui tali studi pervengono, in altri termini, è che «i patti di non concorrenza vincolano il capitale umano all'impresa, ma, nel far ciò, alterano la qualità di tale capitale»[130].

Ma è soprattutto in relazione al secondo profilo che si è cumulata una vera e propria massa critica di studi, i quali si muovono tutti in controtendenza rispetto alla prospettiva ortodossa. Se si dovesse indicare una parola chiave, che valga a racchiudere idealmente tali ricerche, questa è probabilmente quella di «spillover»[131]. L'analisi economica si è interessata soltanto raramente degli *spillovers* di conoscenze e informazioni, se non per segnalarne gli aspetti distorsivi, in quanto possibili cause di fallimento del mercato[132]. La letteratura più moderna in tema di economia della conoscenza e teoria della crescita endogena, ha invece dedicato un'attenzione più specifica a tale fenomeno, mettendo in correlazione innovazione e crescita economica di una determinata area geografica con la maggiore "porosità" dei sistemi di trasmissione di informazioni e conoscenze in essa presenti[133]. Tra i fattori più direttamente in grado di contribuire alla

[129] M.J. Garmaise, *Ties that Truly Bind: Noncompetition Agreements, Executive Compensation, and Firm Investment,* cit., p. 38-39.
[130] M.J. Garmaise, *Ties that Truly Bind: Noncompetition Agreements, Executive Compensation, and Firm Investment,* cit., p. 4.
[131] B.M. Frischmann, M.A. Lemley, *Spillovers,* in 107 *Columbia Law Review* (2007), p. 257 ss.
[132] Cfr. quanto osservato da B.M. Frischmann, M.A. Lemley, *Spillovers,* cit., p. 262 ss.
[133] Sulla teoria della crescita endogena v. i lavori pionieristici di R.E. Lucas, *The Mechanics of Economic Development*, in 22 *Journal of Monetary Economics* (1988), p. 3 ss.; P.M. Romer, *Endogenous Technological Change*, in 98 *Journal of Political Economy* (1990), p. 71 ss.; P.M. Romer, *The Origins of Endogenous Growth*, in 8 *Journal of Economic Perspectives* (1994), p. 3 ss. In particolare, sul fenomeno della diffusione della conoscenza tacita e

diffusione delle conoscenze, v'è naturalmente la mobilità dei lavoratori, atteso che la conoscenza tacita (come direbbe Michael Polanyi, tutto ciò «che sappiamo ma non possiamo dire»)[134], la quale è per definizione non codificabile, circola nella maniera più rapida ed efficace proprio attraverso l'apprendimento e la comunicazione diretta[135]. In questo senso, competenze e conoscenze devono essere riguardate come specifici *input* del processo produttivo[136]. Di riflesso, ci si può razionalmente attendere che i sistemi che promuovono la maggiore circolazione dei lavoratori e il più fluido reimpiego delle conoscenze, sperimentino la maggiore attitudine all'innovazione e, dunque, alla crescita economica[137].

Uno dei primi studi che ha documentato empiricamente tale correlazione è stato quello condotto dalla sociologa dell'economia Annalee Saxenian, la quale, in un celebre libro del 1996, ha dimostrato come il maggiore sviluppo di Silicon Valley rispetto alla zona industriale della Route 128 (Massachussets) fosse da imputare, in larga parte, a fattori quali la mobilità orizzontale dei lavoratori, la facilità di dar vita a *start-up* e la cultura della condivisione delle conoscenze[138]. Tali acquisizioni hanno condotto progressivamente ad isolare i fattori in grado di incidere sul livello di mobilità dei lavorati e sull'attitudine al reimpiego delle conoscenze pregresse. Tra questi, assume un particolare rilievo il patto di non concorrenza, in quanto tecnica negoziale preordinata alla restrizione della mobilità del lavoratore. Prendendo spunto dall'analisi della Saxenian, Ron Gilson, ha messo in correlazione il diverso sviluppo della Route 128 e di Silicon Valley proprio con il differente regime del patto di non concorrenza accolto, rispettivamente, nel Massachusetts e nella California[139]. Com'è noto, una delle peculiarità dell'ordinamento della

la sua importanza nell'ottica della geografia economica, D. Malecki, *Everywhere? The Geography of Knowledge,* in 50 *Journal of Regional Science* (2010), p. 493 ss.

[134] M. Polanyi, *The Tacit Dimension,* New York, 1967, p. 4.

[135] Per la distinzione tra conoscenza codificabile e conoscenza tacita e una disamina dei caratteri di quest'ultima, v. D. Foray, *L'economia della conoscenza,* Bologna, 2000, p. 16-17.

[136] O. Amir, O. Lobel, *Driving Performance: A Growth Theory of Noncompete Law,* cit., p. 836.

[137] Un celebre studio di Almeida e Kogut ha dimostrato che la maggiore mobilità dei lavoratori aumenta la probabilità che siano depositati nuovi brevetti e che questi si basino sulle conoscenze acquisite nell'area di provenienza (P. Almeida, B. Kogut, *Localization of Knowledge and the Mobility of Engineers in Regional Networks,* in 45 *Management Science* 905 [1999]).

[138] A. Saxenian, *Regional Advantage. Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128,* Cambridge, 1996.

[139] R.J. Gilson, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete,* in 74 *New York University Law Review*

California consiste nella proibizione di qualsiasi accordo preordinato a limitare la libertà del lavoro e della scelta dell'occupazione. Il § 16600 del *California Business and Professions Code*, in perfetta aderenza all'originaria dottrina della *common law* in materia di *restraints of trade,* sancisce infatti la nullità di qualsiasi «contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade or business»[140]; tale disposizione è stata intesa in maniera particolarmente rigorosa da parte della giurisprudenza californiana, la quale ha manifestato una netta propensione a fulminare con la sanzione della nullità qualsiasi patto restrittivo della concorrenza, anche qualora questo sia finalizzato alla protezione dei segreti industriali e commerciali[141]. Secondo Gilson, il divieto dei patti di non concorrenza sancito dal diritto californiano avrebbe come diretta conseguenza una maggiore mobilità orizzontale dei lavoratori e una più spiccata propensione alla creazione di *start-up* innovative, con un sensibile effetto-volano per l'intera economia regionale[142]. L'ipotesi di Gilson ha ricevuto conferma da numerosi studi, i quali hanno misurato – tanto attraverso comparazioni sincroniche, quanto attraverso comparazioni diacroniche – l'impatto del patto di non concorrenza sui livelli di mobilità, produttività e imprenditorialità della forza lavoro[143]. Tra i primi e più sofisticati di tali studi, basterà ricordare una celebre ricerca condotta trasversalmente ai vari stati USA dagli economisti Toby Stuart e Olav Sorenson, ove si è dimostrato come, in presenza di afflusso di nuovo capitale, il tasso di creazione di nuove imprese nel comparto biotecnologico sia in un rapporto di proporzionalità inversa con i patti di non concorrenza: più questi sono limitati dalla disciplina presente nel singolo stato, maggiore è la frequenza delle *start-up* e viceversa[144]. Inoltre ulteriori riscontri empirici sono stati offerti da alcuni

(1999), p. 575 ss.; si deve inoltre ricordare l'importanza che assume il peculiare regime californiano in materia di tutela dei segreti d'impresa, sul quale si è soffermato, in particolare, A. Hyde, *Working in Silicon Valley. Economic and Legal Analysis of a High-Velocity Labor Market,* Armonk-London, 2003, p. 25 ss.; su quest'ultimo aspetto v. anche l'interessante saggio di Y. Feldman, *Experimental Approach to the Study of Normative Failures: Divulging of Trade Secrets by Silicon Valley Employees,* in 1 *Journal of Law, Technology and Policy* (2003), p. 105 ss.

[140] Cal. Bus. & Prof. Code § 16600 (West 2010).

[141] *Edwards v. Arthur Andersen LLP*, 189 P.3d 285, 296 (Cal. 2008); v. D.R. Trossen, Note: *Edwards and Covenants Not to Compete in California: Leave Well Enough Alone,* in 24 *Berkeley Technology Law Journal* (2009), p. 539 ss.

[142] R.J. Gilson, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete,* cit., p. 607-609.

[143] Per un quadro di sintesi v. S. Samila, O. Sorenson, *Noncompete Covenants: Incentives to Innovate or Impediments to Growth,* cit., pp. 425-426.

[144] T.E. Stuart, O. Sorenson, *Liquidity Events and the Geographic Distribution of Entrepreneurial*

«esperimenti naturali di storia»[145], resi possibili dal mutamento della disciplina in materia di patti di non concorrenza avvenuto (in via legislativa o giurisprudenziale) in stati quali il Michigan, il Texas, la Louisiana e la Florida. Comparando la situazione precedente e quella successiva alla modifica dell'assetto istituzionale, si è potuto verificare che nei sistemi che proibiscono, o sottopongono a incisivi limiti, i patti di concorrenza, la mobilità dei lavoratori è maggiore, e con essa anche la qualità dell'apporto lavorativo ed inventivo[146]. Ciò stimola, di riflesso, un più ampio afflusso di capitale rischio, atteso che, per ogni somma investita in regioni connotate da maggiore mobilità orizzontale, è prevedibile un aumento più che proporzionale delle domande di brevetto e delle *start-up* innovative[147].

9. – Considerazioni conclusive

Una messe crescente di studi sperimentali condotti negli ultimi due decenni da economisti e sociologi dimostra in maniera sufficientemente univoca come l'assenza di restrizioni alla mobilità dei lavoratori rappresenti un fattore importante di diffusione della conoscenza tacita, soprattutto nelle aree urbane e nei distretti industriali, e dunque un importante vettore di innovazione e crescita. Il patto di non concorrenza costituisce tipicamente una barriera volontaria alla circolazione dei lavoratori. Come tale, esso rischia di operare, se non circoscritto entro rigorosi limiti, come freno e non come volano dello sviluppo. Benché si sia generalmente sostenuto che l'introduzione di un vincolo post-contrattuale sia funzionale agli investimenti in ricerca e sviluppo (e quindi alla protezione del patrimonio immateriale dell'impresa), vi sono prove empiriche del fatto che, in molti casi, esso deprima, piuttosto che stimolare, i tassi di innovatività e imprenditorialità di un sistema. Si dovrebbe pertanto osservare maggior cautela nel munire di riconoscimento e giuridica vincolatività i patti stipulati in costanza di rapporto di lavoro per la fase successiva alla sua cessazione,

Activity, in 48 *Administrative Science Quarterly* (2001), p. 175 ss., spec. p. 197.

[145] Uso l'espressione nella prospettiva di J. Diamond, J.A. Robinson (eds.), *Natural Experiments of History,* Cambridge, 2011.

[146] M. Marx, D. Strumsky, L. Fleming, *Mobility, Skills and the Michigan Non-Compete Experiment,* in 55 *Management Science* (2009), p. 175 ss.; M.J. Garmaise, *Ties that Truly Bind: Noncompetition Agreements, Executive Compensation, and Firm Investment,* cit., p. 13 ss.

[147] S. Samila, O. Sorenson, *Noncompete Covenants: Incentives to Innovate or Impediments to Growth,* cit., p. 428 ss., p. 438; O. Amir, O. Lobel, *Driving Performance: A Growth Theory of Noncompete Law,* cit., p. 860.

soprattutto là dove la disciplina legislativa di riferimento (come nel caso italiano) è molto risalente nel tempo, è relativa a condizioni del mercato del lavoro ormai superate[148], e risente di una visione troppo semplicistica dei processi di innovazione. Tuttavia, l'attitudine alla *path dependency* tipica della scienza giuridica rende la revisione critica dei postulati ricevuti dalla tradizione, e riflessi nelle norme di legge, un'operazione particolarmente problematica. Di essa vi è particolare bisogno nel caso qui analizzato, atteso che il controllo sul capitale umano rappresenta una delle questioni più rilevanti per il diritto del lavoro (e della proprietà intellettuale) nell'era post-industriale[149]. Uno stimolo al ripensamento delle opzioni ermeneutiche consolidate può, però, provenire, oltre che dal confronto con le altre discipline, come la geografia economica, dalla cogenza delle regole europee iscritte nel Trattato. Come si è visto, le disposizioni che sanciscono la libertà di circolazione delle persone (art. 45 TFUE) e la libertà del lavoro (art. 15 Carta dei diritti) possono dispiegare un'efficacia orizzontale, e quindi operare come fonti dirette o indirette di conformazione dell'autonomia privata. Se ciò non conduce necessariamente ad una disapplicazione dell'art. 2125 c.c., senza dubbio ne suggerisce una rilettura più moderna ed aggiornata alle esigenze sottese alla costruzione di un mercato competitivo e fondato ad un tempo sull'innovazione e sul rispetto dei diritti fondamentali.

[148] Un discorso analogo a quello qui svolto in relazione al patto di non concorrenza potrebbe essere condotto anche in relazione all'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. (v. infatti C. Romeo, *Una rilettura dell'obbligo di fedeltà nel diritto del lavoro che cambia,* in *Lav. giur.,* 2006, p. 521 ss.).

[149] K.V.W. Stone, *From Widgets to Digits. Employment Regulation for the Changing Workplace,* Cambridge, 2004, p. 127 ss.

Stefano Giubboni

Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro

SOMMARIO: 1. – Delimitazione dell'oggetto dell'indagine; 2. – Dalla mobilità verso l'impiego alla mobilità all'interno dell'impiego; 3. – Dall'approccio antidiscriminatorio al *market access test*; 4. – Dal *test* di proporzionalità ai sensi dell'art. 56 del TFUE al criterio dell'ordine pubblico internazionale; 5. – Dalla dimensione verticale all'efficacia orizzontale della libertà di prestazione dei servizi; 6. – Libertà d'impresa e diritti collettivi nell'ordinamento dell'Unione europea, oggi; 7. – Spunti conclusivi alla luce della Direttiva 2014/67/UE.

1. – Delimitazione dell'oggetto dell'indagine

L'indagine svolta in queste pagine si concentra sulla libertà di prestazione di servizi e sulle ricadute che essa, anche in virtù della sua applicazione orizzontale, determina sui sistemi di diritto del lavoro degli Stati membri dell'Unione europea.

Il giuslavorista deve occuparsi essenzialmente di impatto della libertà di prestazione dei servizi sui sistemi nazionali di diritto del lavoro perché soltanto l'esercizio di questa libertà, amplificato dalla possibilità di una applicazione diretta orizzontale della stessa, mette direttamente in discussione un principio originariamente ritenuto fondamentale nella regolazione del mercato interno, quale è (o, meglio, quale era) quello della territorialità dell'applicazione del diritto del lavoro nazionale. Solo l'esercizio di questa libertà solleva, infatti, tale problema di fondo, sconosciuto all'assetto regolativo originario del mercato comune; una questione, questa, come è bene sottolineare subito, che è stata certamente drammatizzata dal celebre «quartetto *Laval*»[1], ma che risale, tuttavia, a scelte regolative

[1] Su tale giurisprudenza – notissima – è fiorita una vasta letteratura di cui sarebbe ultroneo dar conto in modo analitico in questa sede. Mi limito perciò a rinviare – anche per gli esaustivi richiami al dibattito europeo – al recente volume di M. FREEDLAND, J. PRASSL (eds.), *Viking, Laval and beyond*, Oxford-Portland, 2014.

maturate – forse senza un'adeguata consapevolezza – già agli inizi degli anni Novanta, successivamente ad un'altra famosa sentenza, pronunciata nel 1990 dalla Corte di giustizia nella causa *Rush Portuguesa*[2].

La libertà di circolazione dei lavoratori nel mercato comune non ha, in tal senso, mai sollevato problemi, neppure in ordine alla possibilità di una sua applicazione diretta orizzontale. Questa possibilità è invero stata prevista direttamente dal legislatore comunitario, in particolare già con il Reg. (CEE) n. 1612 del 1968, oggi sostituito dal Reg. (UE) n. 492 del 2011, che espressamente rende opponibile la libertà fondamentale di circolazione del lavoratore agli atti di autonomia collettiva, con l'obiettivo di assicurare una piena integrazione del lavoratore migrante nel tessuto socioeconomico del Paese ospitante. Ciò esige, per definizione, che il diritto fondamentale alla parità di trattamento, di cui è titolare il lavoratore che esercita la propria libertà di circolazione ai sensi dell'attuale art. 45 del TFUE, sia senz'altro applicabile anche agli atti di autonomia collettiva e, in realtà, agli atti di autonomia privata *tout court*, non potendosi dubitare che rientri direttamente nel campo di applicazione del principio qualsivoglia discriminazione (anche indiretta) in ragione della nazionalità posta in essere dal datore di lavoro nell'ambito della propria autonomia negoziale o nell'esercizio dei propri poteri contrattuali. L'applicazione diretta orizzontale del principio comporta senz'altro la nullità dell'atto contrastante con l'art. 45 del TFUE (e con la relativa disciplina secondaria) e la sua sostituzione con la norma sostanziale del Paese ospitante violata in contrasto con il principio di parità di trattamento[3].

La ragione del carattere incontroverso dell'applicazione – anche orizzontale – del principio della parità di trattamento in favore del lavoratore migrante va anzitutto rinvenuta nella circostanza che essa è perfettamente coerente con il principio cardine – accolto in origine senza distinzioni dai Trattati istitutivi – dell'applicazione territoriale del diritto del lavoro del Paese ospitante[4]. Sennonché lo scenario muta radicalmente allorché si

[2] C. Giust. CE, 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa LDª v. Office National d'immigration*.

[3] Lo prevede espressamente l'art. 7, par. 4, del Regolamento (UE) n. 492/2011 del 5 aprile 2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, a norma del quale tutte le clausole di contratti collettivi o individuali, concernenti l'accesso all'impiego, la retribuzione e qualunque altra condizione di lavoro, compresa la disciplina del licenziamento, «sono nulle di diritto nella misura in cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri». Cfr. per tutti S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, p. 45 ss.

[4] Il criterio della *lex loci laboris*, sottostante all'applicazione del principio della parità di

inquadri il problema nella diversa prospettiva della libertà di prestazione dei servizi. Ma tale capovolgimento di prospettiva costituisce esso stesso il frutto di un profondo mutamento degli schemi qualificatori e interpretativi impiegati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, anzitutto nel tracciare la linea di confine tra libera circolazione dei lavoratori e libertà di prestazione di servizi (implicante il distacco transnazionale di manodopera).

Non intendo svolgere un'analisi articolata della giurisprudenza della Corte[5], peraltro assai nota nei suoi sviluppi generali e già oggetto di puntuali ricostruzioni raccolte in questo stesso Volume. Mi preme piuttosto dar conto in modo selettivo di quelli che potrei definire i quattro passaggi fondamentali di questo capovolgimento di prospettiva, che è alla radice della crisi del principio di territorialità del diritto del lavoro nazionale nell'ambito della libera prestazione dei servizi nel mercato interno.

2. – Dalla mobilità verso l'impiego alla mobilità all'interno dell'impiego

Il primo passaggio – preliminare e condizionante – si è consumato con la già citata sentenza della Corte nel caso *Rush Portuguesa*. Essa segna un punto di svolta nella giurisprudenza della Corte di giustizia perché comporta una traslazione della fattispecie del distacco temporaneo di manodopera dal campo della libertà di circolazione dei lavoratori, quale libertà fondamentale del lavoratore migrante, a quello della libertà di prestazione dei servizi, quale libertà fondamentale dell'impresa datrice di lavoro e prestatrice del servizio. Un eminente giuslavorista francese, Antoine Lyon-Caen, ha efficacemente descritto questo passaggio osservando come, in virtù di esso, la circolazione transfrontaliera del lavoratore nell'ambito di una prestazione di servizi sia stata riqualificata come forma di mobilità "all'interno dell'impiego", laddove nella impostazione sino ad allora accolta dalla giurisprudenza sulla scorta della normativa secondaria

trattamento ai sensi dell'art. 7 del Regolamento n. 492 del 2011, opera anche ai fini della legislazione previdenziale applicabile al rapporto di lavoro, a norma dell'art. 11, par. 3, lett. a), del Regolamento (CE) n. 883/2004 del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

[5] Come ho fatto in precedenti occasioni, cui mi permetto di rinviare: v., volendo, S. Giubboni, *Libertà di circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi nell'ordinamento comunitario: dall'art. 39 del Trattato CE alla Direttiva 2006/123*, in *Competitività, flessibilità del mercato e diritti fondamentali*. Atti del convegno nazionale del Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro «Domenico Napoletano», Ascoli Piceno, 20-21 marzo 2009, in *Diritto e lavoro nelle Marche*, n. 3 del 2009, p. 165 ss.; e più recentemente Id., *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012, spec. pp. 50 e 114 ss.

anche tale ipotesi avrebbe dovuto essere considerata una forma di libertà di movimento implicante l'ingresso, sia pur temporaneo, del lavoratore nel mercato del lavoro del Paese ospitante (e, dunque, una "mobilità verso l'impiego" in tale Paese)[6].

Tale passaggio ridisegna la linea di confine tra la libertà di circolazione del lavoratore e la libertà di circolazione dell'impresa datrice di lavoro, prestatrice del servizio transnazionale, ad evidente vantaggio di quest'ultima. Diviene a tal fine essenziale la individuazione della titolarità del rapporto di lavoro, giacché se l'attività lavorativa, funzionale alla esecuzione del servizio transnazionale, si svolge all'interno di un rapporto di impiego già costituito con il datore distaccante, la fattispecie viene attratta nel campo di applicazione della libertà di prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 56 del TFUE, non potendo più applicarsi ad essa l'art. 45.

Si tratta evidentemente di un passaggio fondamentale, che in *Rush Portuguesa* avviene forzando il dato normativo offerto dal diritto secondario (all'epoca il Reg. (CEE) n. 1612 del 1968) al fine di dare soluzione ad una questione che, se non fosse stata sollevata in pendenza del periodo transitorio di adesione del Portogallo alla Comunità, avrebbe potuto essere agevolmente inquadrata nell'ambito dei principi sulla libera circolazione dei lavoratori[7]. La successiva generalizzazione di un principio così innovativo rispetto al quadro giuridico precedente è stata quindi giustificata dalla Corte di giustizia sulla base dell'assunto – parimenti discutibile, specie in presenza di periodi di distacco molto lunghi – secondo cui i lavoratori distaccati continuerebbero ad appartenere al mercato del lavoro del Paese di invio, senza entrare propriamente in quello del Paese di destinazione e di (temporanea) esecuzione della prestazione.

3. – Dall'approccio antidiscriminatorio al market access test

Questo primo passaggio, nel traghettare la mobilità all'interno dell'impiego nell'orbita applicativa della libera prestazione dei servizi, ha prodotto il fondamentale effetto di riallocare tendenzialmente verso lo Stato d'origine dei lavoratori distaccati la competenza regolativa sul relativo rapporto di lavoro. Il secondo dei passaggi sopra evocati, che pure contribuisce a incrinare la tenuta

[6] V. A. Lyon-Caen, *Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives*, in *Revue du Marché Commun*, 1991, p. 108 ss.

[7] Come osserva in particolare A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in *Lavoro e diritto*, 2008, p. 63 ss.

del principio di territorialità del diritto del lavoro nazionale, ha rafforzato un tale effetto di riallocazione della competenza regolativa nel mercato interno in virtù del progressivo spostamento dei criteri applicativi delle libertà economiche fondamentali – e della libera prestazione dei servizi in particolare – da un approccio di tipo classicamente antidiscriminatorio, come tale più rispettoso dell'autonomia regolativa degli Stati membri, ad un *test* basato sul divieto di ostacoli anche non discriminatori nell'accesso al mercato.

Il punto di svolta viene sotto tale profilo generalmente individuato nella sentenza *Säger* del 1991[8], nella quale la Corte di giustizia, estendendo in sostanza alla libertà di prestazione dei servizi principi da tempo affermati nel campo della libera circolazione delle merci, ha rilevato come l'art. 59 del Trattato di Roma (ora art. 56 del TFUE) «prescriva non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»[9]. Conseguendone, in particolare, che «uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione di servizi»[10].

Anche questo è un passaggio notissimo[11]. Mi limito unicamente a sottolineare che, almeno dal punto di osservazione del cultore del diritto del lavoro, ha davvero uno scarso rilievo pratico la *querelle* teorica che contrappone quanti attribuiscono al criterio del *market access*, affermato per la prima volta nel campo della prestazione dei servizi con *Säger*, una natura sostanzialmente diversa dal tradizionale *test* antidiscriminatorio e coloro che, invece, ritengono i due approcci sostanzialmente equivalenti[12]. Dal punto di vista dell'impatto (almeno potenziale) delle regole del mercato interno sui

[8] C. Giust. CE, 25 luglio 1991, C-76/90, *Manfred Saeger v. Dennemeyer & Co LTD*.
[9] Par. 12 della sentenza.
[10] Par. 13 della sentenza.
[11] V. diffusamente E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in questo *Volume*, p. 41 ss.
[12] Per un riepilogo dei termini del dibattito v., recentemente e per tutti, J. Snell, *The notion of market access: a concept or a slogan?*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 437 ss., e G. Davies, *Understanding market access: exploring the economic rationality of different conceptions of free movement law*, in *German Law Journal*, 2010, vol. 11, n. 8, p. 671 ss.

sistemi di diritto del lavoro degli Stati membri, l'effetto combinato di *Rush Portuguesa* e di *Säger* rappresenta, infatti, certamente una rottura degli schemi interpretativi in precedenza utilizzati dalla Corte, i quali preservavano in sostanza l'intero *corpus* del diritto del lavoro nazionale – in virtù dell'applicazione territoriale alla stregua del principio di parità di trattamento – dalla incidenza della libertà di prestazione dei servizi, escludendone qualunque valenza liberalizzatrice. Ma nel momento in cui si afferma che l'art. 56 del TFUE vieta qualunque restrizione (anche non discriminatoria) imposta al prestatore del servizio nell'accesso al mercato di uno Stato membro nel quale non è stabilito, e al contempo si assume che il distacco transnazionale di lavoratori ai fini dell'esecuzione del servizio è espressione di tale libertà fondamentale, è evidente come la pretesa di applicare a tali lavoratori le norme protettive del diritto del lavoro del Paese di destinazione si converta, automaticamente, in un ostacolo tendenzialmente illegittimo, che in tanto lo Stato interessato potrà legittimare in quanto riesca a giustificarlo in base ai noti criteri di necessità, adeguatezza e proporzionalità.

La nozione di restrizione all'accesso al mercato è infatti formulata in termini pressoché onnicomprensivi, diremmo totalizzanti, laddove nessuna misura restrittiva nazionale sfugge, fondamentalmente, al possibile controllo della Corte di giustizia. In particolare, qualunque "misura" nazionale di regolazione del rapporto di lavoro costituisce, potenzialmente, una restrizione nell'accesso al mercato del prestatore del servizio straniero: un ostacolo in principio vietato, che dovrà essere giustificato alla stregua del sindacato di proporzionalità. Il diritto del lavoro viene in tal modo sottoposto ad una "pressione giustificativa" del tutto inedita nella costruzione del mercato interno.

4. – Dal test *di proporzionalità ai sensi dell'art. 56 del TFUE al criterio dell'ordine pubblico internazionale*

Per la verità, in *Rush Portuguesa* la Corte di giustizia sembrava aver comunque conservato agli Stati membri un ampio margine di manovra nel giustificare l'applicazione dei propri sistemi di diritto del lavoro anche in caso di temporaneo distacco di manodopera nel loro territorio. In un celebre passo della motivazione, la Corte, «in seguito alle preoccupazioni manifestate al riguardo dal governo francese», precisa, infatti, «che il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel

loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro», non essendo precluso neppure il potere «d'imporre l'osservanza di queste norme con mezzi adeguati»[13].

La Direttiva 96/71/CE, approvata a maggioranza qualificata all'esito d'una sofferta negoziazione conclusasi durante il semestre a presidenza italiana[14], aveva non a caso configurato un equilibrio – tra l'esigenza di assicurare la libertà di prestazione dei servizi e quella di garantire un'adeguata protezione dei lavoratori – apparentemente favorevole a tale ultima istanza, giacché aveva adottato «un principio specularmente opposto a quello del paese d'origine», visto che «i rapporti di lavoro dei dipendenti distaccati all'estero nell'ambito di una prestazione di servizi sono infatti regolati dalla legge del paese ove il servizio viene prestato, almeno per quanto riguarda gli elementi essenziali del rapporto»[15]. Ma è precisamente su questo apparente equilibrio, che interviene – alterandolo nell'opposta direzione – il terzo dei passaggi interpretativi a cui ho fatto riferimento in apertura.

Per apprezzare il significato di questa ulteriore svolta giurisprudenziale è necessario mettere a confronto la prima fase dell'applicazione della dottrina *Rush Portuguesa* – nella quale la Corte ha direttamente utilizzato l'art. 56 del TFUE – con quella successiva all'entrata in vigore della Direttiva 96/71[16]. Interpretando in maniera molto restrittiva la Direttiva, in particolare con le sentenze *Laval*, *Rüffert* e *Commissione contro Lussemburgo*, la Corte di giustizia ha infatti finito per schiacciare il giudizio di proporzionalità – già condotto nella prima fase direttamente (e liberalmente) in base all'art. 56 del Trattato – sulle limitative previsioni contenute dell'art. 3 della fonte derivata, da un lato facendo del nucleo di norme di applicazione necessaria individuate dal par. 1 il livello ad un tempo minimo e massimo di protezione assicurato al lavoratore distaccato nello Stato di destinazione della prestazione, e dall'altro accogliendo una nozione molto restrittiva di ordine pubblico (internazionale) ai sensi del par. 10 della medesima disposizione. In tal modo, la Direttiva – da strumento compromissorio di coordinamento e contemperamento delle contrapposte istanze in rilievo – si è fatalmente convertita in un veicolo di sostanziale liberalizzazione del

[13] Par. 18 della sentenza.
[14] Mi piace ricordarlo, perché era all'epoca Ministro del Lavoro Tiziano Treu ed aveva collaborato alla stesura della Direttiva il compianto Marco Biagi.
[15] A. Lo Faro, *«Turisti e vagabondi»: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e diritto*, 2005, p. 437 ss.,
[16] Cfr. la puntuale analisi di C. Kilpatrick, *British jobs for British workers? UK industrial action and free movement of services in EU law*, London School of Economics and Political Science – Law Department, LSE Law, Society and Economy Working Paper, 16/2009.

mercato dei servizi, rafforzando considerevolmente, specie dopo l'allargamento del 2004, la capacità di penetrazione della libertà di prestazione dei servizi dentro i sempre più porosi confini dei sistemi nazionali di diritto del lavoro.

Infatti, se in base all'art. 56 del TFUE la misura protettiva nazionale, che costituisce ostacolo all'accesso al mercato, è sindacata alla stregua di un *test* di proporzionalità che potremmo chiamare libero o generico, alla luce dell'art. 3 della Direttiva (specie ove questa sia interpretata restrittivamente) quel medesimo *test* si rafforza e si fa, per così dire, più duro e stringente. La Direttiva, come accennato, contempla fondamentalmente un nucleo minimo di tutela imperativa del lavoratore distaccato, specificamente tipizzato dall'art. 3, par. 1. Salvo questo nucleo di norme di applicazione necessaria specificamente individuate, essa consente poi l'applicazione al lavoratore distaccato di ulteriori previsioni del diritto del lavoro del Paese ospitante nei limiti delle sole disposizioni di ordine pubblico (art. 3, par. 10). Ma, così disponendo, la Direttiva delimita la sfera di protezione assicurata al lavoratore distaccato nello Stato membro di destinazione, escludendo che questo possa estenderla sia pure entro i limiti generalmente (e di volta in volta) consentiti (*ex* art. 56 del TFUE) dall'applicazione del principio di proporzionalità. L'estensione del raggio della tutela assicurata dallo Stato ospitante è infatti consentita dal par. 10 dell'art. 3 della Direttiva nei ben più ristretti limiti delle (sole) disposizioni di ordine pubblico. Ed è qui che si consuma – a ben vedere – quella sostanziale (e sia pure parziale) riallocazione della competenza regolativa in favore dello Stato di origine del prestatore del servizio avviata da *Rush Portuguesa* e da *Säger* con i passaggi sopra ricordati.

La fondamentale differenza tra le due impostazioni – ovvero, segnatamente, «la differenza tra le nozioni di interesse generale e di ordine pubblico»[17] – non ha bisogno di essere sottolineata. Ce ne rende ad ogni modo facilmente avvertiti – come si accennava – un'analisi anche sommaria della giurisprudenza della Corte di giustizia sui casi antecedenti all'entrata in vigore della Direttiva sul distacco.

Se si guarda a casi come *Mazzoleni*[18] o *Finalarte*[19], ci si accorge che, in essi, l'applicazione del *test* di proporzionalità alla luce dall'art. 56 del TFUE riporta in sostanza la tutela del lavoratore distaccato nell'ambito di una prestazione di servizi (seppure secondo un percorso diverso rispetto a quello

[17] G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013, p. 25.
[18] C. Giust. CE, 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni and ISA*.
[19] C. Giust. CE, 25 ottobre 2001, cause riunite C-49, 50, 52, 54, e 68-71/98, *Finalarte and others*.

derivante dalla diretta applicazione dell'art. 45, oramai preclusa) dentro il principio di parità di trattamento con i lavoratori dello Stato membro in cui è temporaneamente inviato. In questa fase, in cui il bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco è direttamente realizzato dalla Corte facendo applicazione dell'art. 56 del Trattato, il diritto comunitario non osta, in effetti, «a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio», come precisato nel celebre *obiter dictum* di *Rush Portuguesa*, sopra citato.

Infatti, il *test* di proporzionalità *ex* art. 56 del TFUE – come è stato acutamente osservato in dottrina – non consente modulazioni circa il *quantum* di tutela da garantire al lavoratore distaccato nel Paese di invio[20]. Piuttosto, esso consente (o meglio impone) di fare quest'operazione: si confronta la tutela prevista nello Stato ospitante con quella del Paese di origine; se i due livelli di tutela si equivalgono, la misura protettiva (e al contempo restrittiva della libera prestazione dei servizi), prevista dal primo Stato, è certamente sproporzionata, perché il lavoratore già dispone di una protezione adeguata nello Stato d'origine; se, invece, le regole di diritto del lavoro del Paese ospitante garantiscono una tutela aggiuntiva (ovvero, per così dire, danno un «valore aggiunto» di tutela) al lavoratore distaccato, allora la disciplina del Paese ospitante risulta legittima anche alla luce dell'art. 56 del TFUE (e, in sostanza, ridiviene applicabile al lavoratore in termini non diversi da quelli garantiti dal principio di parità di trattamento con i lavoratori di quello Stato)[21].

Evidentemente questo equilibrio è infranto dalla Direttiva 96/71/CE, specie alla luce della restrittiva interpretazione accolta dalla Corte in *Rüffert* e in *Commissione contro Lussembuergo*, sia perché il nucleo di protezione minima contemplato dall'art. 3, par. 1, è sostanzialmente inteso anche come livello massimo di tutela, sia perché la nozione di ordine pubblico, di cui al par. 10,

[20] V. ancora G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 23, che ben chiarisce, alla luce della giurisprudenza comunitaria in parola, che «il test di proporzionalità non è modulabile in modo da differenziare il *quantum* di protezione spettante ai lavoratori stranieri distaccati rispetto a quelli nazionali, posto che, se l'interesse perseguito è la "tutela dei lavoratori", esso è invocabile per applicare qualsiasi disposizione normativa garantisca tale tutela».

[21] Come perspicuamente puntualizzato sempre da G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 22, «il test di proporzionalità può portare soltanto a valutare se il lavoratore benefici già delle stesse condizioni del paese d'origine. Una volta appurato che ciò non accade, la tutela di quel lavoratore può giustificare l'applicazione delle stesse condizioni di lavoro applicate ai lavoratori nazionali in virtù della normativa vigente nel paese ospitante».

è rinserrata dentro gli angusti confini delle sole disposizioni la cui osservanza sia reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale ed economica dello Stato membro interessato.

5. – Dalla dimensione verticale all'efficacia orizzontale della libertà di prestazione dei servizi

Le sentenza *Laval* è, insieme a *Viking*, notoriamente all'origine di quella «ulteriore torsione dei principi regolatori del mercato»[22], a cui ho alluso evocando il quarto passaggio evolutivo del rapporto tra disciplina della libera prestazione dei servizi e diritto del lavoro nazionale. La dottrina della diretta applicabilità orizzontale della libertà di prestazione di servizi (e della libertà di stabilimento) all'azione collettiva incrina, infatti, ulteriormente l'autonomia perduta del diritto del lavoro nazionale nel mercato unico, incuneandosi dentro la sfera riservata alle stesse parti sociali.

La forza innovativa del principio della azionabilità orizzontale delle due libertà economiche fondamentali è stata oggetto di raffinate analisi critiche sulle quali avrei qui ben poco da aggiungere[23]. Qui vorrei sottolineare, però, il tratto che a me pare non solo di maggior rottura rispetto agli schemi interpretativi sino a poco fa consolidati nella stessa giurisprudenza della Corte, ma che dà luogo ad una vera e propria aporia, a mio avviso non superabile se non abbandonando una tale impostazione, nel ragionamento dei giudici di Lussemburgo.

Ed invero, come è stato osservato da molti, il profilo di maggiore innovazione di *Laval* e *Viking* non sta tanto nella affermazione che anche gli atti di autonomia collettiva, laddove siano idonei ad esprimere regole a valenza applicativa tendenzialmente generale (e dunque *ultra-partes*), possano essere considerati – per gli effetti che producono – come ostacoli (di carattere o meno discriminatorio) nell'accesso al mercato dei servizi di un altro Paese membro dell'Unione. Questa affermazione, per quanto essa stessa tecnicamente innovativa, è sicuramente coerente con l'intero impianto concettuale che presiede alla elaborazione di nozioni fondamentali nella costruzione del diritto del mercato interno e può *in nuce* ritenersi

[22] G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 28.

[23] Oltre al recente volume citato alla nota 1, v. *ex plurimis* F. Dorssemont, T. Jaspers-A. van Hoek (eds.), *Cross-border collective actions in Europe: a legal challenge*, Antwerp-Oxford, 2007; A. Bücker, W. Warneck (eds.), *Reconciling fundamental social rights and economic freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, Baden-Baden, 2011.

adombrata nella giurisprudenza "classica" della Corte di giustizia[24]. In effetti, come ha ben spiegato Giovanni Orlandini, «le fonti private di regolazione sono equiparabili a quelle pubbliche se ed in quanto determinano condizioni di accesso al mercato vincolanti per chiunque intenda svolgere una determinata attività; vale a dire se l'ordinamento nazionale riconosce loro efficacia di fonti di obbligatoria applicazione per chi provenga da un altro Stato membro»[25].

Il vero salto qualitativo – e logico – compiuto con *Laval* e *Viking* risiede, piuttosto, nella indebita equiparazione tra gli atti di autonomia collettiva – considerati (per gli effetti conformativi generali di un certo mercato da essi prodotti) come fonti private di regolazione – e le azioni di conflitto collettivo poste in essere dal sindacato, o dai lavoratori organizzati, sia pure al fine di giungere alla stipula di un certo contratto collettivo di lavoro. In questo caso, infatti, la logica che presiede alla equiparazione tra fonti pubbliche e private di regolazione (dotate di effetti di conformazione obbligatoria delle condizioni di accesso ad un certo mercato) è del tutto assente, ed «è evidente che non sia possibile utilizzarla al fine di qualificare come ostacolo all'esercizio della libertà di circolazione un contratto collettivo firmato dal titolare di quella libertà. Non c'è nessuna analogia tra le diverse situazioni dal momento che in questo secondo caso il contratto è negoziato dallo stesso soggetto che lo applica»[26].

È questa l'insuperabile aporia logica sottostante all'applicazione diretta orizzontale delle libertà fondamentali del mercato all'azione collettiva del sindacato consistente nella attuazione di forme di lotta e di conflitto (compreso lo sciopero) finalizzate ad esercitare una pressione sulla controparte negoziale. Come ha ancora perspicuamente chiarito Orlandini, per definizione, «un contratto collettivo non può ledere la libertà economica di chi lo firma, per la semplice ragione che ne è espressione»[27].

L'opponibilità della libertà economica dell'imprenditore all'azione collettiva, cioè direttamente all'esercizio del diritto di sciopero e all'azione conflittuale e rivendicativa del sindacato, produce una evidente torsione, o meglio una chiara distorsione, del funzionamento delle regole del mercato

[24] Si pensi ad esempio a casi come *Donà* (C. Giust. CE, 14 luglio 1976, 13/76, *Donà v. Mantero*), che, peraltro, al pari di *Bosman* (C. Giust. CE, 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union royale belge des societes de football assoxiation v. Bosman*), riguarda, significativamente, la libertà di circolazione dei lavoratori e non, propriamente, quella di prestazione dei servizi.

[25] G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., pp. 54 e 55.

[26] Così, ancora G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 55.

[27] Così, ancora G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro,* cit., p. 55.

unico, con una indebita compressione degli spazi di autonomia privata collettiva delle parti sociali. Così facendo, la Corte di giustizia finisce in pratica per tutelare la libertà economica dell'imprenditore, che in realtà trova un suo momento di concretizzazione nella negoziazione di un contratto collettivo aziendale ovvero nella adesione ad un contratto collettivo di settore, contro le possibili conseguenze sfavorevoli del suo stesso esercizio. La Corte di giustizia arriva in qualche modo a proteggere la libertà del prestatore di servizi contro le potenziali conseguenze sfavorevoli del suo uso, implicitamente assumendo che l'esercizio della libertà contrattuale dell'imprenditore sia viziato dalla (indebita) forza della pressione rivendicativa del sindacato. Ma tale assunto, se svolto sino alle sue estreme (ed errate) conseguenze logiche, porta a negare in radice la legittimità stessa della costruzione di un contropotere sociale ai fini di una equilibrata regolazione collettiva del mercato interno[28].

6. – Libertà d'impresa e diritti collettivi nell'ordinamento dell'Unione europea, oggi

Peraltro, la Corte di giustizia ha, in tempi recenti, ulteriormente rafforzato, fino quasi ad assolutizzarla, questa concezione, che potrei definire proto-liberale, più che neo-liberale, della libertà d'impresa[29], come dimostra paradigmaticamente una nuova e assai discutibile sentenza in tema di conservazione dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda.

Nel caso *Alemo Herron*[30] – lo ricordo molto rapidamente –, il cedente si era vincolato, mediante clausole di cosiddetto "rinvio dinamico" alla

[28] Ma, come ci ricorda M. Rigaux, *Labour law or social competition law? On labour and its relations with capital through law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p. 22, ciò significa negare la logica stessa dei diritti sociali, i quali altro non sono che «una istituzionalizzazione del contropotere sociale sviluppato dal movimento dei lavoratori».

[29] Vi è chi, con un'ovvia punta di provocazione, vi ha scorto addirittura l'eco della legge *Le Chapelier* ovvero della non meno famosa sentenza *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1910). V., rispettivamente, V. Angiolini, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in A. Andreoni, B. Veneziani (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, 2009, p. 51 ss., e I.H. Eliasoph, *A «switch in time» for the European Community? Lochner discourse and the recalibration of economic and social rights in Europe*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, n. 3, p. 467 ss. E si vedano anche gli ormai classici studi di S. Simitis, *La legge Le Chapelier tra storia e attualità*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1990, p. 745 ss., e di C.R. Sunstein, *Lochner's Legacy*, in 87 *Columbia Law Review* (1987), n. 5, p. 873 ss.

[30] C. Giust. UE, 18 luglio 2013, C-426/11, *Alem-Herron v. Parkwood*.

contrattazione collettiva del settore pubblico locale in cui operava, al rispetto, anche in futuro, dei livelli retributivi che sarebbero stati fissati da quel contratto collettivo. Si noti che nell'ordinamento inglese il contratto collettivo non produce di per sé effetti obbligatori sui rapporti di lavoro che intende regolare, ed infatti le clausole di rinvio in questione erano state inserite nei contratti individuali di lavoro proprio per garantire al contratto collettivo un tale effetto, altrimenti insussistente, in ordine alla determinazione della dinamica salariale.

Ora, il cessionario di questa impresa – operatore privato come tale non inquadrato (perché non rientrante) nel settore pubblico coperto dal contratto collettivo – era tuttavia subentrato, in forza della normativa nazionale sul trasferimento d'azienda (sul punto del tutto conforme a quella comunitaria), nei rapporti di lavoro in essere con il cedente e, quindi, anche negli obblighi retributivi derivanti dalle clausole di rinvio dinamico da questi sottoscritte con i propri dipendenti. Non sfuggirà che anche in questo caso l'assunzione di tali obblighi è da far risalire essenzialmente – sia pure attraverso la mediazione della regola che stabilisce la conservazione e la continuazione dei rapporti di lavoro subordinato in ipotesi di trasferimento d'azienda – alla decisione dell'imprenditore cessionario di acquisire tale azienda, facendo per l'appunto uso della propria libertà contrattuale (e dunque – si suppone – liberamente valutando costi e benefici della relativa operazione economica). È questo il motivo per cui le corti inglesi hanno sempre ritenuto del tutto legittime le clausole di rinvio dinamico al contratto collettivo liberamente sottoscritte dalle parti, secondo una prassi contrattuale pacifica e diffusa soprattutto nel settore pubblico, in conformità con gli stessi principi di *common law*.

Nelle sue attente conclusioni, l'Avvocato generale Cruz Villalón aveva giustamente rilevato come tale prassi contrattuale, certamente autorizzata dalla Direttiva 2001/23/CE, potesse determinare una qualche tensione non tanto con il diritto fondamentale di libertà di associazione protetto, anche nella sua dimensione negativa, dall'art. 11 della Convenzione di Roma e dall'art. 12 della Carta di Nizza (visto che sul cessionario non gravava alcun vincolo di adesione all'organismo di contrattazione collettiva operante nel settore pubblico di riferimento), quanto piuttosto con il principio della libertà di impresa garantito dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'Avvocato generale aveva tuttavia concluso nel senso che l'art. 16 della Carta di Nizza non osta, in principio, ad una normativa nazionale che obbliga il cessionario di un'impresa ad accettare condizioni presenti e future convenute dell'ambito di un organismo di contrattazione collettiva, al quale non prende parte,

ove – come sembrava risultare nella specie (e salva la verifica del caso da parte del giudice nazionale del rinvio) – «tale obbligo non abbia carattere incondizionato ed irreversibile»[31].

La Corte di giustizia, però, ha ritenuto, all'opposto, che le clausole di rinvio dinamico alla contrattazione collettiva in questione costituiscano, in principio, una sproporzionata compressione della libertà d'impresa protetta dall'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proprio perché il cessionario non ha la possibilità di partecipare al processo di negoziazione collettiva e, quindi, alla definizione degli accordi collettivi ai quali pure si è vincolato subentrando, con l'acquisito dell'azienda, nelle clausole individuali di rinvio dinamico pattuite con i dipendenti dal cedente. Ma così la Corte ripete – sia pure in un contesto del tutto diverso – l'aporia logica già rilevata a proposito di *Laval*, giacché, come in quel caso, si può affermare che – per definizione – la libertà economica dell'imprenditore, qui specificamente intesa come libertà contrattuale, non può dirsi violata dalla stipula di un contratto di acquisto di azienda comportante il subentro del cessionario in rapporti di lavoro volontariamente governati da clausole di rinvio dinamico ad una certa contrattazione collettiva. In tal modo, infatti, non solo si finisce per alterare completamente la funzione della Direttiva 2001/23/CE, trasformandola in uno strumento di tutela dell'interesse dell'impresa cessionaria (ritenuto evidentemente prevalente su quello dei lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda), ma si giunge ad una assolutizzazione del principio della libertà contrattuale, utile anche in tal caso a immunizzare il datore di lavoro dalle contingenti conseguenze economiche sfavorevoli del suo stesso esercizio.

7. – Spunti conclusivi alla luce della Direttiva 2014/67/UE

L'analisi svolta sin qui ci squaderna un quadro fosco dei rapporti tra libertà di mercato e diritti del lavoro, nel quale emerge chiaramente l'improprietà dell'accostamento tra la dottrina dell'effetto diretto orizzontale delle libertà economiche del Trattato, così elaborata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, e le acquisizioni costituzionali in tema di *Drittwirkung* dei diritti fondamentali[32].

[31] Par. 58 delle conclusioni presentate il 13 febbraio 2013.

[32] È in realtà assai discutibile la stessa concezione sottostante a tale improprio accostamento, ovvero l'idea che le libertà economiche, funzionali alla integrazione del mercato interno, possano essere, «a monte», equiparate ai diritti fondamentali. Sul punto v. per tutti M. Rigaux, *Labour law or social competition law? On labour and its relations with*

Ritengo invero un tale accostamento del tutto errato proprio nella misura in cui la dottrina dell'effetto diretto orizzontale delle libertà di mercato si risolve, nella giurisprudenza della Corte, in una strisciante assolutizzazione della libertà d'impresa e, conseguentemente, in una sorta di super-protezione del potere di mercato di questa, con una corrispondente compressione degli spazi garantiti all'esercizio (anche orizzontale) dei diritti collettivi dei lavoratori. La giurisprudenza della Corte esige dunque un radicale ripensamento, di cui allo stato non si intravede, tuttavia, alcun segno, considerata altresì la sostanziale sterilizzazione del potenziale innovativo della Carta di Nizza in tema di diritti sociali[33], parallelamente operata in un caso come *Assocation de médiation sociale*[34] (riguardante proprio il tema della applicabilità orizzontale di diritti di informazione e consultazione dei lavoratori).

Vorrei nondimeno proporre qualche riflessione conclusiva e indicare qualche spiraglio di cambiamento, per dare in particolare conto di qualche possibile novità che sembra emergere dalla recente Direttiva 2014/67/UE, la quale, come noto, completa il quadro regolativo del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi. Questa Direttiva, a mio avviso, contiene infatti almeno due elementi di sicuro interesse, utili a reindirizzare il percorso – evidentemente sbilanciato sul fronte della penetrazione delle libertà di mercato nei diritti del lavoro nazionali – che ho cercato di sintetizzare mettendone a fuoco i passaggi (e le aporie) principali.

Il primo elemento ci deriva in buona sostanza da una migliore precisazione dei confini della nozione di distacco lecito. Tale più rigorosa delimitazione della fattispecie, operata dalla Direttiva con l'art. 4, consente, infatti, se non di ridisegnare il confine tra la libertà di prestazione di servizi e la libertà di circolazione dei lavoratori, quantomeno di riportare dentro quest'ultima (con tutte le correlative conseguenze in termini di tutela e di garanzia della piena parità di trattamento) le ipotesi – evidentemente in crescita – di abuso del distacco.

Il secondo (e, nella prospettiva qui accolta, più rilevante) punto che mi preme porre in evidenza attiene proprio agli spazi di esercizio dell'azione

capital through law, cit., pp. 130 e 137, e F. De Cecco, *Fundamental freedoms, fundamental rights, and the scope of free movement law*, in *German Law Journal*, 2014, vol. 15, n. 3, p. 383 ss.

[33] Su tali potenzialità v., per tutti, con particolare forza, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 34 ss.

[34] C. Giust. UE, 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de mediation sociale v. Union locale des syndicats*.

collettiva (di conflitto e contrattazione) consentiti al sindacato di fronte alla diffusione delle pratiche di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi. Le disposizioni al riguardo più significative della Direttiva 2014/67/UE vanno individuate negli artt. 1 (par. 2), 5 (par. 2, lett. b), 9 (par. 1, lett. f) e 11 (parr. 3 e 4, lettere b e d).

Mi asterrò da una esegesi puntuale di queste disposizioni, tutte accomunate dal principio del «rispetto della diversità dei sistemi nazionali di relazioni industriali e dell'autonomia collettiva esplicitamente riconosciuto dal TFUE»[35]. Mi limito soltanto ad osservare che la più chiara indicazione per un possibile temperamento del dogmatismo neoliberale della Corte viene della precisa enunciazione normativa dell'art. 1, par. 2, alla cui stregua la Direttiva «non pregiudica in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti negli Stati membri e a livello dell'Unione, ivi compreso il diritto o la libertà di sciopero e il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, secondo il diritto e/o le prassi nazionali, né il diritto di negoziare, concludere e applicare accordi collettivi e promuovere azioni collettive secondo il diritto e le prassi nazionali».

Tale previsione è di notevole interesse perché – a differenza della formulazione contenuta nella proposta di Regolamento nota come "Monti II" (infine abbandonata dalla Commissione) e prima ancora di quella che figura all'art. 1, parr. 6 e 7, della Direttiva 2006/123/CE[36] – non richiama espressamente il limite del rispetto del diritto comunitario, ma piuttosto esige il rispetto dei diritti (o delle libertà) di azione e negoziazione collettiva quali definiti dal diritto o dalle pressi nazionali. Ora, è vero che la mancanza di un espresso riferimento alle norme del Trattato in materia di libertà economiche – ribadita, sia pure ad altri fini, anche nella successiva enunciazione dell'art. 9, par. 1, lettera f) – non esclude, evidentemente, che i diritti sociali collettivi che vi si contrappongano debbano essere con esse bilanciati; ma pare altrettanto chiaro che la Direttiva intende così incidere sui termini del bilanciamento in tal modo determinato dal legislatore

[35] Come recita il quattordicesimo considerando della Direttiva.

[36] Cfr. G. Orlandini, *The Monti II proposal for the regulation and the right to strike in post-Lisbon Europe*, e S. Guadagno, *The right to strike in Europe in the aftermath of Viking and Laval*, entrambi in *European Journal of Social Law*, 2012, rispettivamente pp. 224 e 241 ss. Analoga, ma più debole di quella prevista dalla Direttiva in commento, è la previsione che compare nel par. 4 dell'art. 1 del Regolamento (UE) n. 472/2013 del 21 maggio 2013, sul rafforzamento della vigilanza economica e di bilancio degli Stati membri dell'eurozona che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria.

euro-unitario, stabilendo che i medesimi debbano essere impostatati a partire dalla sfera di liberà riconosciuta alla azione collettiva del sindacato dal diritto e dalle prassi in vigore negli Stati membri.

In tal senso essa ridetermina, invertendoli, i termini del bilanciamento, e nella calibrazione del principio di proporzionalità, in cui lo stesso in sostanza si risolve nella giurisprudenza della Corte di giustizia, impone a quest'ultima di adottare quello che un'attenta dottrina ha definito il criterio della «deferenza contestuale»[37], consistente nel riconoscimento, alle istanze normative formulate dagli ordinamenti nazionali (nella specie, dai rispettivi diversi sistemi di diritto sindacale e di relazioni industriali), di una presunzione di legittimità anche all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea[38].

Questa proposta interpretativa pare d'altronde trovar conferma e possibilità di sviluppo anche nella già evocata previsione dell'art. 9 della Direttiva 2014/67/UE, laddove si consente agli Stati membri di imporre ai prestatori di servizi l'obbligo di designare una persona di contatto la quale agisca in qualità di rappresentante legale «e attraverso la quale le parti sociali interessate possano cercare di impegnare il prestatore di servizi ad avviare una negoziazione collettiva all'interno dello Stato membro ospitante, secondo il diritto e/o la prassi nazionali, durante il periodo in cui sono prestati i servizi».

Quest'ultima previsione è importante anche sotto un altro profilo, pur collegato al primo, là dove chiarisce che l'azione rivendicativa e contrattuale del sindacato, in quanto conforme al diritto ed alla prassi in vigore nello Stato membro ospitante, può – come tale – essere legittimamente rivolta ad ottenere l'elevazione dei livelli di protezione minima previsti dall'art. 3 della Direttiva "base" sul distacco. La norma – se non la si vuol privare di qualunque effetto utile – chiarisce, in altre parole, che l'azione rivendicativa del sindacato si può legittimamente svolgere – come avviene tipicamente (e come era del resto nel caso *Laval*) – oltre la soglia minima di tutela imperativa tipizzata dall'art. 3, par. 1, della Direttiva 96/71/CE (o delimitata dalla nozione restrittiva di ordine pubblico sociale internazionale, di cui al successivo par. 10).

Anche questa innovativa previsione della Direttiva 2014/67/UE può dunque contribuire a rimettere in discussione lo sconfortante *acquis*

[37] M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, p. 400 ss.
[38] Per una prospettiva simile, argomentata sulla base della valorizzazione delle previsioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 11 della Convenzione di Roma del 1950, v., anche S. Giubboni, *Diritti e libertà in Europa*, cit., p. 78 ss., nonché S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi*, Roma-Bari, 2013, p. 92 ss.

giurisprudenziale in tema di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale dei servizi ed in particolare la riduttiva (e per certi versi paradossale) lettura offerta in *Laval* e *Rüffert* dell'art. 3, par. 7, della Direttiva 96/71/CE. Si tratta, tuttavia, soltanto di prime indicazioni, dei primi possibili germi di una rivisitazione dell'assetto sbilanciato dei rapporti tra libertà di mercato e diritti del lavoro nazionali, che starà agli interpreti, ma prima di tutto agli stessi operatori e alle parti sociali, saper cogliere e valorizzare adeguatamente per aprire prospettive davvero nuove.

Antonio Carratta

Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. – L'autonomia processuale degli Stati; 3. – I rapporti fra il diritto comunitario e i diritti processuali nazionali: quadro d'insieme; 4. – Correttivi all'autonomia processuale: principio di equivalenza e principio di effettività; 5. – Modi e limiti della supremazia del diritto comunitario sulla disciplina processuale interna: l'obbligo di interpretazione delle norme processuali interne in maniera conforme agli obiettivi del diritto comunitario; 6. – Prima linea di tendenza: riconoscimento della rilevabilità d'ufficio del contrasto fra la norma nazionale e diritti e libertà di derivazione europea; 7. – Seconda linea di tendenza: disapplicazione delle norme processuali interne in contrasto con il buon funzionamento dei meccanismi processuali del Trattato; 8. – Terza linea di tendenza: disapplicazione delle norme processuali interne limitative degli obiettivi "di settore" ricavabili dal diritto europeo; 9. – (*Segue*): a) il settore della tutela dei consumatori; 10. – (*Segue*): b) il settore degli aiuti di Stato illegalmente concessi; 11. – Considerazioni conclusive.

1. – Premessa

Non può non notarsi come, con il progredire dell'integrazione europea, l'incidenza delle fonti di diritto europeo (soprattutto delle fonti non formali o fonti-fatto[1]) sugli ordinamenti processuali degli Stati nazionali aumenti sempre più. L'esigenza di rendere effettive le libertà fondamentali dell'Unione, attraverso la creazione di uno «spazio» comune di «libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne» (come recita l'art. 3, par. 2, del TUE), va di pari passo con la realizzazione di un'osmosi anche dei principi processuali, propri degli ordinamenti dei singoli Stati.

Di ciò si è fatta carico soprattutto la Corte di giustizia europea, i cui interventi hanno avuto, appunto, come obiettivo principale quello di

[1] N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 139 ss.; ID., *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1207 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011[2], p. 166 ss.; L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, II, Milano, 2008, p. 541 ss.

rafforzare la tutela dei diritti di origine comunitaria e in questo modo rendere effettive le libertà fondamentali del Trattato[2]; scavalcando, di fatto, la tradizionale competenza esclusiva degli Stati nella materia processuale[3].

In effetti, sebbene indirizzati agli Stati, gli obblighi imposti dal Trattato sono destinati a favorire i soggetti direttamente interessati alle libertà fondamentali, i quali, di conseguenza, possono farle valere direttamente davanti alle autorità giudiziarie nell'ambito dei procedimenti che li riguardano. La Corte ha da tempo sancito la diretta applicabilità delle disposizioni del Trattato e la loro idoneità a far sorgere veri e propri diritti soggettivi a favore dei privati. Si riconosce ad esse, cioè, una sorta di *Drittwirkung*, un effetto orizzontale diretto, per cui esiste la possibilità per il singolo di invocarne l'applicazione innanzi agli organi giurisdizionali del proprio ordinamento.

Anche se inevitabilmente questo rafforzamento della tutela a favore dei diritti di origine comunitaria spesso si estende anche alla tutela applicabile ai diritti di analoga natura di origine interna. Ciò in conseguenza della naturale "forza espansiva" del modello di tutela europeo, che induce i giudici nazionali ad applicare garanzie di origine comunitaria anche per la tutela di diritti di origine interna.

In via preliminare, però, conviene chiarire i rapporti fra diritto comunitario nel suo complesso e diritto processuale degli Stati nazionali.

Generalmente, si riconosce che i giudici nazionali sono «l'elemento centrale del sistema giudiziario dell'Unione europea e svolgono un ruolo fondamentale e imprescindibile per la creazione di un ordinamento giuridico unico europeo»[4].

Ed in effetti, i giudici nazionali vengono qualificati, per costante giurisprudenza della Corte, come giudici comuni di diritto dell'Unione[5], poiché «incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del

[2] G. Tesauro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 483 ss.

[3] Osserva N. Lipari, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, cit., p. 1219, che uno dei sintomi del «superamento della distinzione tra fonti-atto e fonti-fatto è dato dal ruolo svolto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dall'indirizzo unificato che essa va, in maniera sempre più incisiva, offrendo alle decisioni dei giudici nazionali».

[4] Così Risol. del Parlamento europeo del 9 luglio 2008, Ruolo del giudice nazionale nel sistema giudiziario europeo (2007/2027(INI)), in GUUE del 3 dicembre 2009, p. 29, in cui il Parlamento si riferisce al giudice nazionale come «primo giudice del diritto comunitario».

[5] Sul ruolo del giudice nazionale come giudice "comune" europeo, v. G.C. Rodriguez Iglesias, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 5 ss.; A. Barav, *La plénitude des compétences du juge national en sa qualité de juge communautaire,* in Aa. Vv., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, p. 9.

diritto [dell'Unione], garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti attribuiti ai singoli»[6].

Sennonché, i giudici nazionali operano sulla base della disciplina processuale interna ai singoli Stati. Il problema, allora, è di vedere in che modo le libertà fondamentali, poste dai Trattati istitutivi dell'Unione europea, possano permeare o comunque condizionare la disciplina processuale interna proprio attraverso la "cinghia di trasmissione" dell'operato dei giudici nazionali.

2. – L'autonomia processuale degli Stati

Occorre, anzitutto, osservare che – in assenza di un sistema omogeneo di norme processuali volte a garantire l'attuazione in via giudiziaria delle posizioni giuridiche sostanziali che originano dall'ordinamento dell'Unione – la Corte ha offerto una concezione del rapporto tra diritto dell'Unione e sistemi processuali nazionali improntata alla complementarietà: la disciplina processuale nazionale e le norme di diritto dell'Unione sostanziali interagiscono fra loro, in un'ottica funzionale della prima rispetto alle seconde.

Secondo tale concezione, sulla base del principio di leale collaborazione, enunciato dall'art. 4 TUE (*ex* art. 5 TCE), spetta all'ordinamento dell'Unione delineare il contenuto e l'efficacia delle situazioni giuridiche soggettive attribuite ai singoli, mentre è demandata agli ordinamenti nazionali la predisposizione delle garanzie processuali strumentali al loro concreto esercizio.

Questa è una conseguenza inevitabile del fatto che i diritti e le libertà, assicurati dal diritto dell'Unione, sono destinati a concretizzarsi in un ordinamento diverso (quello dei singoli Stati) da quello di origine (quello dell'Unione): «non di rado, infatti, le posizioni soggettive assicurate dal diritto dell'Unione vivono solo nella loro dimensione sostanziale … [mentre] non sono assistite da strumenti relativi alla fase procedurale; alla fase cioè del loro accertamento e delle garanzie della loro esecuzione»[7]. Una conseguenza inevitabile, dunque, dell'intrecciarsi di ordinamenti giuridici diversi.

In tale prospettiva, la Corte ha da tempo, fin dal 1976, riconosciuto

[6] C. Giust. CE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*; C. Giust. CE, 19 giugno 1990, C-213/89, *The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri* e C. Giust. CE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich e altri contro Repubblica italiana.*

[7] Così E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 663 s.

la sussistenza della c.d. autonomia processuale degli Stati membri. Tale concetto, come noto, deve farsi risalire alla nota pronuncia del 1976 della Corte di giustizia emessa nel caso *Rewe*. Con tale pronuncia, la Corte ha espressamente stabilito che «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta»[8].

3. – I rapporti fra il diritto comunitario e i diritti processuali nazionali: quadro d'insieme

Tuttavia, l'analisi dell'incidenza sul processo civile delle libertà fondamentali del Trattato non può prescindere dall'esame delle diverse impostazioni, che sono emerse nel corso del tempo con riferimento ai rapporti fra autonomia processuale degli Stati e salvaguardia dell'effettività del diritto dell'Unione.

Secondo una prima impostazione, più tradizionale, che è stata definita «integrazionista», le disposizioni comunitarie di natura sostanziale si limiterebbero ad integrare, appunto, gli ordinamenti interni, ma la loro effettività sarebbe rimessa in modo integrale alla disciplina processuale interna. Alla base di questa impostazione vi è l'idea che la disciplina processuale interna e quella comunitaria di tipo sostanziale possono essere configurate come componenti di un unico sistema giuridico[9]. Un vero e proprio "riparto di competenze", senza alcuna efficacia diretta.

È evidente che, sulla base di una simile impostazione, l'effettività del diritto comunitario è subordinata e condizionata dalla prevalenza della c.d. autonomia processuale degli Stati nazionali. Proprio per questa ragione, in essa può vedersi l'impostazione tradizionale dei rapporti fra diritto sostanziale comunitario e diritto processuale interno.

Essa, comunque, è stata via via sostituita da un'impostazione ben diversa,

[8] Così C. Giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contro Landwirtschaftskammer für das Saarland* e tutta la giurisprudenza successiva a tale pronuncia. Da ultimo C. Giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz contro Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*.

[9] In proposito v. E. Cannizzaro, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 449 ss., il quale aggiunge anche che «non si tratta evidentemente di una prospettiva del tutto accettabile, dato che gli strumenti processuali di garanzia ben possono interferire con l'applicazione della normativa sostanziale attenuandone o pregiudicandone l'effettività».

definita «internazionalista», tendente a riconoscere l'esigenza che l'applicazione della disciplina processuale interna deve essere limitata o addirittura esclusa tutte le volte che non sia in grado di assicurare l'effettività del diritto sostanziale dell'Unione. È in questa diversa, più recente concezione dei rapporti fra diritto sostanziale europeo e diritto processuale interno che il principio di effettività assume un ruolo fondamentale, perché diventa la "cifra" interpretativa della disciplina processuale interna e della sua conformità agli obiettivi e alle libertà fondamentali dell'Unione.

Ora, come è stato opportunamente evidenziato, al fine di raggiungere un simile obiettivo due sono le possibili strade che l'Unione potrebbe percorrere: quella dell'armonizzazione processuale e quella della fissazione di limiti o *standards* all'autonomia processuale degli Stati. Nel primo caso, l'Unione adotta norme processuali comuni che gli Stati recepiscono nei loro ordinamenti interni e che quindi «interagiscono variamente con le altre norme dell'ordinamento processuale nazionale»[10]. Si comprende bene, perciò, per quale ragione gli ordinamenti nazionali dimostrino una notevole resistenza a seguire questa strada, che di fatto comporterebbe il superamento dell'autonomia processuale e l'estensione della disciplina processuale comune anche alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive di derivazione interna.

Più agevole sembra essere la seconda soluzione: quella della fissazione di limiti o *standards* alla disciplina processuale interna, limiti che consentano di assicurare piena effettività ai diritti e alle libertà di derivazione europea. In questo caso, infatti, salva l'autonomia processuale degli Stati, la disciplina processuale interna viene semplicemente «adattata», per così dire, o «funzionalizzata», come altri ha detto, all'esigenza di salvaguardare l'effettività della tutela dei diritti e delle libertà di derivazione sovranazionale, esterna all'ordinamento sostanziale nazionale[11].

Portata alle estreme conseguenze questa seconda soluzione finisce per ridurre la c.d. autonomia processuale degli Stati ad un elemento «più apparente che reale»[12], in quanto essa determina che qualunque norma processuale interna che risulti inidonea al soddisfacimento delle esigenze di tutela delle situazioni soggettive di derivazione europea, debba essere disapplicata.

Ma soprattutto consente di ritenere che l'idea dell'«ordinamento flessibile»

[10] Così E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 660.
[11] V., ancora, E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 660 s.
[12] Così G. Tesauro, *La sanction des infractions au droit communautaire*, XVth FIDE Congress, Lisbon, 1992, p. 455.

(*bewegliche System*), elaborata con riferimento all'ordinamento sostanziale[13], possa essere estesa anche a quello processuale[14].

Anche in quest'ambito, infatti, grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia, si assiste ad un processo di alterazione dei principi propri dell'ordinamento processuale dei singoli Stati, funzionale alla sua conformazione alle libertà e ai principi fondamentali del diritto dell'Unione, alle esigenze proprie del sistema comunitario. Il c.d. principio di effettività del diritto europeo, dunque, diventa la "chiave d'accesso" per far sì che anche nel contesto processuale si produca quel fenomeno di "flessibilizzazione" del sistema già sperimentato in ambito sostanziale. Di fatto esso altro non è che «l'espressione dell'obbligo generale [degli Stati membri] di assicurare la conformità degli ordinamenti interni al diritto comunitario»[15], nel pieno rispetto del principio di leale collaborazione.

4. – Correttivi all'autonomia processuale: principio di equivalenza e principio di effettività

In questo contesto, il principio dell'autonomia delle regole processuali nazionali, a fronte dell'assenza di interventi legislativi di armonizzazione processuale, viene inteso dalla Corte in un'ottica strumentale a garantire, per quanto possibile, l'effettiva ed uniforme applicazione delle norme di diritto dell'Unione negli ordinamenti processuali interni.

La Corte ha, infatti, da subito chiarito che la competenza in materia processuale riconosciuta agli ordinamenti nazionali non è, affatto, incondizionata[16]: essa sussiste intatta, invero, sino a che rispetti determinati criteri, o limiti, elaborati dalla stessa Corte nella sua giurisprudenza.

In altri termini, l'esercizio da parte degli Stati membri dell'autonomia

[13] W. Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Graz, 1950, p. 12 ss. e p. 22 s.; Id., *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, in *Archiv für die civilistische Praxis,* 1963, p. 346 ss.; poi, in maniera dettagliata, F. Bydlinski, *Bewegliches System und juristische Methodenlehre*, in Id. *et alii* (Hrsg.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien-New York, 1986, p. 21 ss.; C.W. Canaris, *Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr*, *ivi*, p. 103 ss.; F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien-New York, 1991, p. 529 ss.

[14] Come già evidenziato dalla dottrina austriaca: P. Böhm, *Bewegliches System und Prozesszwecke*, in F. Bydlinski *et alii* (Hrsg.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, cit., p. 211 ss.

[15] Così A. Adinolfi, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.,* 2001, p. 42.

[16] C. Giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, cit.

processuale è stato modulato, attraverso gli orientamenti forniti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in sede di sindacato dei mezzi processuali nazionali, sino a renderlo «servente»[17] rispetto al generale scopo di garantire effettività alle libertà fondamentali e alle disposizioni europee che le concretizzano, secondo un rapporto di sostanziale sussidiarietà.

Di conseguenza, al tradizionale rapporto fra diritto processuale interno e diritto europeo, improntato al principio di autonomia processuale degli Stati, si è andato via via sovrapponendo quello di sussidiarietà, alla luce del quale, qualora la disciplina processuale di uno Stato membro risulti meno favorevole dello *standard* di tutela preteso dal diritto europeo o comunque renda eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario[18], essa va disapplicata dal giudice nazionale o comunque interpretata conformemente a tale *standard*. È quest'ultimo, infatti, l'organo al quale è demandata tale comparazione diretta a verificare che i rimedi interni non garantiscano una tutela meno favorevole di quella voluta dal legislatore europeo[19].

L'autonomia processuale è divenuta così uno «spazio lasciato alla disciplina processuale interna entro gli *standards* o i correttivi di derivazione comunitaria»[20]. Questi "correttivi" entrano in azione nei confronti del diritto processuale interno attraverso l'attività giudiziale: o della Corte di giustizia, per mezzo del rinvio pregiudiziale, o dei giudici interni, per mezzo della disapplicazione o dell'interpretazione conformatrice della norma processuale interna in contrasto con i principi di derivazione europea. Ciò con l'evidente finalità

[17] D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea:* Paradise Lost*? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata,* Torino, 2009, p. 20.

[18] C. Giust. CE, 9 novembre 1983, C-199/82, *Amministrazione dello Stato contro SpA San Giorgio* con nota di L. Daniele, *Indebito comunitario ed ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 297 ss., par. 14 e 15. V. anche C. Giust. CE, 29 marzo 2007, C-347/04, *Rewe Zentralfinanz eG contro Finanzamt Köln-Mitte*; C. Giust. CE, 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd contro Justitiekanslern*, par. 43; in precedenza, C. Giust. CE, 16 dicembre 1976, C-45/76, *Comet BV contro Produktschap voor Siergewassen,* par. 13-16; C. Giust. CE, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga,* con nota di R. Caranta*, Impulso di parte e iniziativa del giudice nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 1289 ss., par. 12.

[19] C. Giust. CE, 10 luglio 1997, C-261/95, *Palmisani contro Istituto nazionale della previdenza sociale*, con nota di G. Ricci, *Circa il risarcimento del danno da mancata attuazione della Direttiva comunitaria in materia di tutela dei lavoratori in caso d'insolvenza del datore di lavoro*, in *Foro it.*, 1998, IV, c. 215 ss., par. 33; C. Giust. CE, 1° dicembre 1998, C-326/96, *Levez contro T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.*, par. 39.

[20] S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni,* Milano, 2002, p. 311.

di evitare che l'autonomia degli Stati in materia processuale ostacoli la realizzazione degli obiettivi posti dal Trattato dell'Unione.

Tale approccio si è manifestato attraverso l'elaborazione di alcuni criteri che hanno guidato il sindacato della Corte, ove essa è stata chiamata a valutare l'efficacia dei vari rimedi processuali offerti dai sistemi nazionali ai fini della tutela delle posizioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione: il *criterio della equivalenza* ed il *criterio della effettività*.

Tali criteri sono stati in particolare espressi dalla Corte nella formulazione per cui, pur spettando all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in mancanza di una specifica disciplina europea, stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto dell'Unione, «le modalità procedurali delle azioni giudiziarie intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza di norme comunitarie […] non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ed analoghe azioni del sistema processuale nazionale (principio di equivalenza)», né possono «rendere, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare (principio di effettività)»[21].

L'applicazione di tali principi si tradurrebbe in particolare in un sindacato sulla coerenza, su base europea, degli strumenti di tutela accessibili nell'ordinamento nazionale, in vista dell'armonizzazione del livello di tutela giurisdizionale[22].

La stessa applicazione dei due principi, peraltro, conduce a due risultati diversi: mentre la violazione del principio di equivalenza porterà a fare ricorso alle disposizioni processuali già rinvenibili all'interno dell'ordinamento per la tutela di analoghe posizioni giuridiche previste dal diritto interno, la violazione del principio di effettività imporrà al giudice nazionale uno "sforzo di adeguamento", che potrà condurre alla disapplicazione della norma processuale interna incompatibile, ovvero ad un'interpretazione conforme delle norme processuali nazionali, anche sino ad imporre la creazione di una regola *ex novo* idonea a fornire una adeguata protezione giurisdizionale del diritto o della posizione giuridica vantata[23].

Il sindacato fondato sul principio di effettività consente in effetti alla Corte di analizzare le normative processuali nazionali dal punto di vista del

[21] Così già C. Giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, cit., par. 5 e C. Giust. CE, 16 dicembre 1976, C-45/76, cit., par. 13.

[22] A. Tizzano, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 147 ss.

[23] A. Adinolfi, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, cit., p. 55.

livello di tutela giurisdizionale da esse assicurato alle posizioni giuridiche derivanti dal diritto dell'Unione e, indirettamente, di verificare quanto queste normative siano conformi alle libertà fondamentali fissate dal Trattato.

Si è sostenuto che le due concezioni alle quali si è ispirata la Corte di giustizia (quella dell'autonomia processuale degli Stati e quella dell'effettività del diritto europeo) sarebbero «difficilmente conciliabili fra loro», in quanto, affermare l'autonomia processuale significa riconoscere solo agli Stati il compito di individuare rimedi giurisdizionali adeguati alla realizzazione delle posizioni soggettive di derivazione europea, mentre richiamare il principio di effettività comporta la necessità per il giudice nazionale di disapplicare alcuni istituti processuali nazionali suscettibili di ostacolare l'effettività del diritto europeo[24] o comunque di interpretarli in maniera conforme a questo.

Ora, non v'è dubbio che, assunte nella loro assolutezza, le due concezioni appaiono fra loro difficilmente conciliabili.

Ma lo diventano se si considera che, in questo caso, interferiscono due ordinamenti diversi: quello degli Stati nazionali, per la parte processuale; quello dell'Unione, per la parte sostanziale. Due ordinamenti che si co-*ordinano* e contribuiscono alla determinazione della norma nella sua completezza. Sennonché in quest'operazione i due ordinamenti non sono in posizione paritaria: la formulazione della norma sostanziale da parte dell'Unione impone anche agli Stati membri la necessità di collaborare con l'ordinamento sovranazionale nel rendere effettiva la norma sostanziale predisposta, attraverso gli strumenti a sua disposizione, *in primis* la disciplina processuale.

Si comprende bene, di conseguenza, che, laddove emergesse che, nell'esercizio della sua autonomia processuale, il singolo ordinamento statuale sia venuto meno a tale obbligo di collaborazione, ed anzi utilizzi istituti processuali che intralciano o ostacolano la realizzazione effettiva degli obiettivi del diritto sostanziale sovranazionale, esso è destinato a soccombere e a cedere il passo perché si ristabilisca la leale collaborazione con l'ordinamento sovranazionale.

5. – Modi e limiti della supremazia del diritto comunitario sulla disciplina processuale interna: l'obbligo di interpretazione delle norme processuali interne in maniera conforme agli obiettivi del diritto comunitario

Sulla base delle considerazioni svolte, è evidente che, finché la disciplina

[24] Così E. Cannizzaro, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 447 ss.

processuale interna non crea "ostacoli" alla realizzazione della piena effettività dei diritti e delle libertà dell'Unione, non emerge alcuna contrapposizione fra l'"autonomia processuale" del singolo Stato e la normativa europea. Quando, invece, dovesse profilarsi una situazione di contrapposizione l'"autonomia processuale" sembra destinata a cedere il passo proprio al fine di assicurare l'effettività dei diritti e delle libertà di derivazione comunitaria. E questo, proprio perché il principio di effettività, generalmente inteso, sta a designare «una esistenza giuridica valutata nella concretezza dei comportamenti praticati»[25].

Ora, il problema che si pone, nell'affrontare un simile rapporto, è quello dei modi attraverso i quali va assicurata, in questi casi, la supremazia del diritto comunitario. Ma strettamente connesso a questo è anche il problema dei limiti entro cui si può assicurare tale supremazia.

In proposito, ci pare si possano individuare tre diverse linee di tendenza seguite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sempre nell'ottica di sindacare e, ove necessario, limitare l'autonomia processuale degli Stati nazionali. Queste tre linee di tendenza hanno tutte al loro fondamento l'obbligo per il giudice nazionale di interpretare la disciplina processuale interna in maniera conforme all'obiettivo di assicurare l'effettività del diritto comunitario. Quindi, in buona sostanza sulla supremazia del principio di effettività delle libertà dell'Unione rispetto alla c.d. autonomia processuale dei singoli Stati[26]. Ma si differenziano fra loro per le modalità attraverso le quali pervengono all'affermazione della supremazia del principio di effettività e per i limiti che fissano a tale supremazia.

6. – Prima linea di tendenza: riconoscimento della rilevabilità d'ufficio del contrasto fra la norma nazionale e diritti e libertà di derivazione europea

Una prima linea di tendenza riguarda, in termini generali, i rapporti fra normativa nazionale sostanziale e diritto europeo ed attiene ai poteri del giudice interno di rilevare il contrasto fra la prima e il secondo, laddove la parte non abbia rilevato un simile contrasto. È questo, un fenomeno che interessa in egual misura tutti i settori di rilevanza della normativa sostanziale europea.

[25] Così N. Lipari, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 887 ss.; v. anche A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.; sul versante specificamente processuale, R. Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, p. 7 ss.

[26] N. Lipari, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, cit., p. 890; N. Trocker, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.

Ebbene, a questo riguardo, è da registrare un'evoluzione nella giurisprudenza della Corte. Infatti, mentre in un primo momento la Corte è stata particolarmente indulgente, potremmo dire, nel verificare il rispetto del criterio di effettività da parte della legislazione processuale interna[27], in un secondo momento (in particolare a partire dalle sentenze *Peterbroeck* e *van Schijndel* del 1995)[28], invece, ha cominciato a delineare in capo al giudice interno un vero e proprio dovere di interpretare la disciplina processuale interna in maniera conforme agli obiettivi della disciplina sostanziale comunitaria; ciò allo scopo di rendere funzionali gli strumenti giurisdizionali di tutela all'effettività del diritto e delle libertà comunitarie.

In particolare, nei casi *Peterbroeck* e *van Schijndel* la questione affrontata dalla Corte riguardava la necessità o meno per il giudice civile interno di rilevare d'ufficio motivi attinenti alla violazione del diritto dell'Unione e non invocati dal singolo per contestare la compatibilità al diritto dell'Unione di una norma di diritto nazionale.

La Corte di giustizia in tali occasioni elabora per la prima volta con chiarezza l'idea che sussista un vero e proprio dovere del giudice nazionale di sollevare d'ufficio i motivi basati su eventuali violazioni delle norme in materia di concorrenza che non siano stati addotti dalle parti. E dunque, l'obbligo per il giudice nazionale di rendere funzionali gli strumenti di tutela messi a disposizione dal diritto nazionale al raggiungimento dell'obiettivo di effettività del diritto comunitario e delle libertà fondamentali ad esso sottese. Tale conclusione viene giustificata facendo riferimento esplicito al principio di leale collaborazione degli Stati membri alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione, di cui all'art. 5 del Trattato CE (oggi art. 4 TUE). In sostanza, l'obbligo di rilevare d'ufficio eventuali violazioni del diritto comunitario da parte della legislazione interna discende direttamente dal principio di supremazia del diritto dell'Unione. E questo vale sia per la normativa sostanziale interna, che per quella processuale: qualsiasi disposizione interna che ostacoli o impedisca il compito del giudice nazionale di dare prevalenza all'effettività del diritto dell'Unione si pone per ciò stesso in contrasto con il diritto dell'Unione e dunque deve essere disapplicata, anche con rilievo d'ufficio.

Occorre anche aggiungere, tuttavia, che la stessa Corte, proprio facendo

[27] D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea:* Paradise Lost*? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit., p. 43 ss.

[28] C. Giust. CE, 14 dicembre 1995, C-312/93, cit.; C. Giust. CE, 14 dicembre 1995, C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel e van Veen contro Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten.*

attenzione all'autonomia processuale degli Stati nazionali, subordina l'esercizio di tale potere di rilievo ufficioso da parte del giudice ad un presupposto fondamentale. E cioè, alla circostanza che l'ordinamento processuale interno consenta al giudice di rilevare d'ufficio motivi di ricorso (o di impugnazione) non avanzati dalla parte e basati su una norma nazionale vincolante. Ciò, a salvaguardia del principio dispositivo sostanziale e della piena corrispondenza fra chiesto e pronunciato. Di conseguenza, se l'ordinamento interno non riconosce al giudice un tale potere di rilievo ufficioso, è da escludere che possa interpretare le norme processuali interne in modo tale da consentire il perseguimento dell'obiettivo a cui mira la norma comunitaria di diritto sostanziale.

È, questa, una soluzione "morbida", di bilanciamento fra la normativa sostanziale europea e quella nazionale processuale, perché, pur affermando la prevalenza dell'effettività del diritto comunitario sull'autonomia processuale degli Stati, non arriva fino al punto di ritenere che essa possa stravolgere o superare i principi fondamentali (nel caso di specie, il principio dispositivo) dell'ordinamento processuale interno.

Questa linea interpretativa, inaugurata nel 1995 con le sentenze *Peterbroeck* e *van Schijndel*, si ritroverà, poi, in numerose altre pronunce successive: dal caso *Kraaijeveld* del 1996[29], a quelli *Eco Swiss* del 1999[30] e *van der Weerd* del 2007[31].

La Corte ha in generale precisato che la norma processuale dovrà essere considerata in funzione del ruolo che essa esercita all'interno del procedimento nel quale è inserita e che, nell'effettuare il bilanciamento fra l'interesse europeo all'effettività delle norme sostanziali dell'Unione e della tutela delle posizioni giuridiche da esse attribuite agli individui, si dovranno tenere in considerazione i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del processo[32]. La Corte

[29] C. Giust. CE, 24 ottobre 1996, C-72/95, *Kraaijeveld BV e altri contro Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland.*

[30] C. Giust. CE, 1° giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV.* Su questa sentenza v. anche C. Onniboni, *Compatibilità del diritto comunitario con le norme processuali nazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale "parziale"*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 32 ss.; A. Rizzo, *Giudicato interno e ordine pubblico comunitario*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 667 ss.

[31] C. Giust. CE, 7 giugno 2007, C-222/05 a C-225/05, *van der Weerd e altri contro Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.*

[32] Così C. Giust. CE, 14 dicembre 1995, C-312/93, cit., par. 14; C. Giust. CE, 1° giugno 1999, C-126/97, cit., par. 46. V. anche, in dottrina, C. Schepisi, *Sull'applicabilità d'ufficio delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Dir. Un. eur.,* 1997, p. 811 ss.

condivide, infatti, la prospettiva per cui il potere (o il dovere) del giudice di sollevare motivi di ricorso (o d'impugnazione) d'ufficio può legittimamente essere «limitato dall'obbligo per lo stesso di attenersi all'oggetto della lite e di basare la sua pronuncia sui fatti che gli sono stati presentati», obbligo che troverebbe la propria *ratio* nel contrapposto principio secondo il quale «l'iniziativa di un processo spetta alle parti e il potere del giudice di agire d'ufficio sussiste solo in casi eccezionali», in cui l'interesse pubblico esige il suo impulso ufficioso[33].

In tutti questi casi, dunque, la Corte non arriva ad imporre al giudice nazionale nuovi strumenti processuali sconosciuti al diritto nazionale e in contrasto con i suoi principi fondamentali, ma semplicemente – sulla base del principio di equivalenza – impone l'utilizzazione di strumenti già previsti dal diritto interno anche per salvaguardare diritti di derivazione europea. Ciò sulla base di un'applicazione estensiva dell'obbligo di interpretazione del diritto processuale interno in maniera conforme agli obiettivi e alle libertà propri del diritto comunitario.

In altri termini, laddove i giudici nazionali, in forza del diritto interno, possano o debbano sollevare d'ufficio motivi di ricorso (o d'impugnazione) fondati su una norma interna di natura vincolante, ancorché non rilevati dalle parti, essi avranno lo stesso potere o dovere anche nell'ipotesi in cui la questione riguardi una norma di diritto europeo.

7. – Seconda linea di tendenza: disapplicazione delle norme processuali interne in contrasto con il buon funzionamento dei meccanismi processuali del Trattato

Una seconda linea di tendenza, sempre fondata sull'obbligo del giudice nazionale di disapplicare norme interne in contrasto con il principio di effettività del diritto europeo, si rinviene nelle ipotesi nelle quali tale obbligo viene imposto dalla Corte non al fine di assicurare l'effettività di posizioni giuridiche soggettive dei singoli, di origine europea, ma al fine di assicurare l'effettività di determinati meccanismi processuali previsti dal diritto dell'Unione, ed in particolare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Siccome si tratta di meccanismi processuali funzionali a rendere effettive le libertà fondamentali del Trattato, è evidente che anche in questo caso le norme processuali interne che ne ostacolino l'applicazione sono destinate ad essere disapplicate dal giudice nazionale, sempre in ottemperanza al principio di effettività del diritto europeo.

[33] Così C. Giust. CE, 14 dicembre 1995, C-430/93 e C-431/93, cit., par. 20 ss.

Va aggiunto, peraltro, che – a differenza di quanto abbiamo visto accadere con riferimento al profilo del rilievo d'ufficio del contrasto fra la normativa interna e quella comunitaria – in questo caso la Corte non sembra preoccuparsi del rispetto dei principi processuali dell'ordinamento nazionale. Sembra, cioè, che la supremazia del diritto dell'Unione sulla norma processuale interna contrastante con la sua effettività debba riconoscersi anche laddove la norma processuale da disapplicare sia espressione di principii propri dell'ordinamento processuale nazionale.

Di conseguenza, in questi casi il riferimento al principio di effettività non viene utilizzato ai fini del bilanciamento fra normativa europea e normativa processuale interna, ma per verificare se quest'ultima non ostacoli direttamente il funzionamento dei meccanismi processuali previsti dai Trattati dell'Unione.

Emblematica di tale linea di tendenza è la vicenda delle misure provvisorie di natura cautelare nelle controversie che abbiano ad oggetto tutela di situazioni soggettive europee. Si legge nella sentenza *Factortame* del 1990[34], che in proposito rappresenta il *leading case*, che «la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario». Ne deriva – conclude la Corte – che «in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori».

Questa interpretazione – aggiunge, peraltro, la stessa Corte – «trova conferma nel sistema istituito dall'art. 177 del Trattato CEE [quello del rinvio pregiudiziale alla Corte], il cui effetto utile sarebbe ridotto se il giudice nazionale che sospende il procedimento in attesa della pronuncia della Corte sulla sua questione pregiudiziale non potesse concedere provvedimenti provvisori fino al momento in cui si pronuncia in esito alla soluzione fornita dalla Corte»[35].

[34] C. Giust. CE, 19 giugno 1990, C-213/89, cit.; successivamente, nello stesso senso, C. Giust. CE, 11 gennaio 2001, C-226/99, *Siples Srl, società in liquidazione, contro Ministero delle Finanze e Servizio della Riscossione dei Tributi - Concessione Provincia di Genova - San Paolo Riscossioni Genova SpA*, par. 19; C. Giust. CE, 13 marzo 2007, C-432/05 V. anche G. Tesauro, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 131 ss.; R. Giordano, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2647 ss.

[35] C. Giust. CE, 19 giugno 1990, C-213/89, cit., par. 22.

Un *iter* argomentativo sostanzialmente identico si ritrova alla base della sentenza *Elchinov* del 2010[36], a proposito della norma processuale interna che, in caso di cassazione della pronuncia con rinvio, impone al giudice del rinvio di applicare il principio di diritto fissato dal giudice superiore. Ebbene, la Corte osserva che tale norma processuale va disapplicata dal giudice nazionale ove egli intenda proporre rinvio pregiudiziale alla Corte: se così non facesse, infatti, il giudice nazionale farebbe prevalere il principio di diritto affermato dal giudice superiore a danno del meccanismo del rinvio pregiudiziale. Ciò, appunto, perché in tal caso la salvaguardia dell'effettività del meccanismo del rinvio pregiudiziale prevale sull'autonomia processuale degli Stati.

La Corte ha poi provveduto ad ulteriormente puntualizzare questa conclusione nella successiva sentenza *Interedil* del 2011, sempre a proposito della norma processuale interna che vincoli il giudice di rinvio al principio di diritto affermato dal giudice superiore. In tale occasione, la Corte afferma che la norma processuale interna deve essere disapplicata dal giudice nazionale anche laddove non intenda proporre il rinvio pregiudiziale alla Corte europea, ma intenda non applicare il principio di diritto affermato dal giudice superiore perché non conforme all'indirizzo interpretativo della Corte di giustizia. Anche in questo caso, infatti, l'esigenza di salvaguardare l'effettività del monopolio interpretativo della Corte di giustizia, che è alla base del meccanismo del rinvio pregiudiziale, impone al giudice nazionale di disapplicare la norma processuale interna in contrasto con tale effettività[37].

Questa stessa esigenza, di salvaguardare l'effettività dei meccanismi processuali previsti dal Trattato dell'Unione, ed in particolare del meccanismo del rinvio pregiudiziale, è alla base anche di alcuni interventi della Corte a proposito delle pronunce civili passate in giudicato, ma in contrasto con il diritto dell'Unione.

Ora, come è noto, fino ad un certo momento la giurisprudenza della Corte si era espressa nettamente a favore dell'intangibilità del giudicato nazionale, in considerazione del fatto che la certezza delle situazioni giuridiche, prodotta dal giudicato, costituisce un principio proprio anche dell'ordinamento europeo[38].

[36] C. Giust. UE, 5 ottobre 2010, C-173/09, *Elchinov contro Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*.
[37] In proposito v. E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 676 s.
[38] C. Giust. CE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler contro Republik Österreich*; C. Giust. CE, 16 marzo 2006, C-234/04, *Kapferer contro Schlank & Schick GmbH*.

Ma in tempi più di recenti la Corte supera quest'impostazione, precisando che la necessità di salvaguardare l'effettività del diritto dell'Unione non è ostacolata dalla presenza del giudicato. Di conseguenza, il conflitto fra esigenze di effettività del diritto dell'Unione ed esigenze di salvaguardia della tradizionale intangibilità del giudicato, propria della disciplina processuale degli Stati, è stato risolto dalla Corte a favore della prima. Tuttavia, – come vedremo – le ragioni che hanno indotto la Corte a superare la tradizionale impostazione sono diverse e questo non consente di trattare in maniera unitaria tale innovativa giurisprudenza della Corte. In questa sede ci interessa, in particolare, prendere in esame le ipotesi nelle quali la Corte ha ritenuto che la norma processuale interna sul giudicato contrasti con l'effettivo e corretto funzionamento dei meccanismi processuali previsti dal diritto dell'Unione.

Questa finalità è evidente nel caso *Lucchini*[39] del 2007, dove la Corte afferma che l'intangibilità del giudicato, stabilita dall'art. 2909 c.c. italiano, non regge al contrasto col diritto comunitario quando (come nel caso di specie) consenta di beneficiare di un aiuto di Stato erogato in contrasto con quanto stabilisce il diritto comunitario. In questo caso, l'applicazione del giudicato avrebbe impedito l'effettività del diritto dell'Unione sul recupero degli aiuti di Stato illegittimi, una volta che la natura di tale aiuto di Stato sia stata accertata da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva. Ebbene, – rileva la Corte – siccome la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto di Stato «è di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario» e siccome «questo principio è vincolante per l'ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario», evidentemente è in contrasto con tale principio l'art. 2909 c.c. italiano laddove stabilisce la prevalenza «ad ogni effetto» dell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato.

Come si vede, ancora una volta l'esigenza di rendere effettivo il funzionamento dei meccanismi processuali previsti dal diritto dell'Unione prevale sulla norma processuale interna, nonostante che si tratti di norma espressione di un principio processuale fondamentale per l'ordinamento processuale nazionale.

Nella stessa direzione, sia pure in un ambito completamente diverso,

[39] C. Giust. CE, 18 luglio 2007, C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contro Lucchini SpA*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 224 ss., con nota problematica di C. Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*; e in *Giur. it.*, 2008, p. 382 ss., con nota di B. Zuffi, *Il caso* Lucchini *infrange l'autorita` del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*.

si muove anche la successiva sentenza *Fallimento Olimpiclub*[40] del 2009, la quale ha ravvisato un altro profilo di contrasto fra l'art. 2909 c.c. italiano ed il diritto comunitario. In questo caso, in realtà, non è direttamente l'art. 2909 c.c. a porsi in contrasto con i meccanismi processuali previsti dal diritto dell'Unione, ma la sua interpretazione (seguita dalla nostra giurisprudenza) con riferimento all'estensione del c.d. giudicato esterno in materia tributaria. Vale a dire la tesi secondo cui il giudicato sulla qualificazione di una determinata annualità fiscale è destinato ad estendere i suoi effetti anche ad altre e diverse annualità, caratterizzate dalle medesime circostanze di diritto e di fatto. Questa estensione del giudicato esterno – rileva la Corte – si pone in contrasto con l'effettività del diritto comunitario, in quanto impedisce al giudice di dare effettività ad esso, per come interpretato dalla stessa Corte, anche con riferimento ad annualità fiscali diverse da quelle oggetto della pronuncia passata in giudicato. E in questo modo ostacola, in sostanza, il buon funzionamento del giudice comunitario.

8. – Terza linea di tendenza: disapplicazione delle norme processuali interne limitative degli obiettivi "di settore" ricavabili dal diritto europeo

Invece, alla terza linea di tendenza, senza dubbio quella "più avanzata", ma anche più incisiva per quanto riguarda l'integrazione dell'ordinamento processuale interno, rispondono quelle ipotesi nelle quali il sindacato della Corte di giustizia sulla disciplina processuale interna viene condotto in funzione dell'esigenza di assicurare una protezione sostanziale a determinate categorie di soggetti ovvero di pretese, ritenuti particolarmente bisognosi di tutela e, perciò, meritevoli di una tutela processuale "differenziata" o "rafforzata". In questi ambiti, il principio di effettività della tutela giurisdizionale assume connotazioni particolari, strettamente legate alle previsioni normative sostanziali introdotte dal legislatore europeo, dalle quali è possibile desumere (o meglio, la Corte ritiene di desumere) una particolare applicazione degli istituti processuali interni[41].

Ne deriva che in questi casi la giurisprudenza della Corte finisce per integrare il parametro dell'effettività della tutela con il riconoscimento al

[40] C. Giust. CE, 3 settembre 2009, C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate contro Fallimento Olimpiclub Srl*, in *Giur. it.*, 2010, p. 369 ss., con nota di A. Poggio, *Dopo* Lucchini*, il caso* Fallimento Olimpiclub*: il ridimensionamento dell'efficacia del giudicato esterno "anticomunitario"*.

[41] L. Daniele, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, p. 61 ss.

giudice nazionale di speciali poteri e facoltà di natura processuale, anche non previsti dall'ordinamento processuale interno, affinché egli possa garantire la specifica tutela che i soggetti e le pretese dedotte ricavano dalle norme sostanziali dell'Unione.

Va osservato che, nei casi in cui si manifesta questa terza linea di tendenza, il principio di effettività dei diritti e delle libertà fondamentali del diritto dell'Unione viene utilizzato al fine di verificare se i rimedi processuali interni siano adeguati allo *standard* di tutela che, secondo la Corte, l'ordinamento europeo pretende per determinati soggetti e determinate pretese sostanziali.

Gli ambiti settoriali nei quali si rinvengono garanzie processuali minime di questa natura sono molti: il legislatore europeo, infatti, sempre più spesso elabora principi in vista della tutela giurisdizionale delle norme sostanziali o comunque provvede a dotare direttamente la disciplina sostanziale di una dimensione normativa di natura processuale, al fine di assicurare l'effettività all'interno degli ordinamenti nazionali delle norme sostanziali. In questi casi, dunque, si riduce sensibilmente l'autonomia dei singoli ordinamenti nell'applicazione, in sede giurisdizionale, delle norme processuali interne.

È la tendenza che è stata definita, significativamente, come «armonizzazione "per principi"»[42].

In tale prospettiva, la garanzia del rispetto delle norme processuali europee previste dal legislatore è assicurata dall'intervento della Corte, la quale incide in modo più o meno rilevante sugli istituti processuali che disciplinano il processo dinanzi al giudice nazionale al fine di garantire il rispetto delle specifiche disposizioni stabilite dalla normativa sostanziale di settore e il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo.

Paradigmatiche sono, in questa direzione, le conseguenze che la stessa Corte ha fatto derivare sul piano processuale in due fondamentali "settori" della normazione comunitaria: quello della tutela dei consumatori e quello degli aiuti di Stato illegalmente concessi.

*9. – (*Segue*): a) il settore della tutela dei consumatori*

Ebbene, nell'ambito della tutela dei consumatori la Corte, in considerazione delle esigenze di protezione "rafforzata" di cui gode il consumatore

[42] E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 661, che, infatti, richiama, come esempio di «armonizzazione "per principi"», quello della tutela dei consumatori.

per la sua posizione di svantaggio[43], ha affermato un pressoché generale principio di rilevabilità d'ufficio, da parte del giudice nazionale, della nullità di clausole contrattuali in violazione dei diritti attribuiti ai consumatori dalla legislazione europea.

Occorre anche aggiungere che, mentre all'inizio la Corte non ha esplicitamente chiarito se il principio di rilevabilità d'ufficio della nullità delle clausole contrattuali abusive si imponga al giudice nazionale anche ove l'ordinamento processuale nazionale non gli attribuisca affatto una tale facoltà[44], nella sentenza *Asturcom* del 2009[45] la Corte chiarisce che l'esercizio di tale potere da parte del giudice è subordinato al riconoscimento dell'ordinamento interno del medesimo potere con riferimento a clausole contrattuali nulle per violazione della normativa sostanziale vincolante.

Uno dei primi esempi di tale linea di tendenza è costituito, come noto, dalla famosa sentenza *Océano* del 2000[46], nella quale la Corte ha riconosciuto come sia «difficilmente concepibile che il giudice, chiamato a dirimere una controversia su un contratto determinato contenente una clausola abusiva, non possa disapplicarla solo perché il consumatore non ne fa valere l'illiceità». Piuttosto – osserva la Corte – il potere-dovere del giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola abusiva costituisce «un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 della direttiva [93/13/CE], che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori»[47].

Lo stesso percorso interpretativo ha seguito la Corte nella sentenza *Cofidis* del 2002, nel riconoscere il contrasto con la disciplina europea a

[43] «In quanto si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista, per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione», e che «la diseguaglianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale che tale protezione»: così C. Giust. CE, 27 giugno 2000, C-240/98 - C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, par. 25-27.

[44] Nello stesso senso L. Daniele, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 83.

[45] C. Giust. CE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL contro Nogueira*.

[46] In tal senso, C. Giust. CE, 27 giugno 2000, C-240/98 - C-244/98, cit. V. anche il commento di A. Orestano, *Rilevabilità di ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 1179 ss.

[47] Così C. Giust. CE, 27 giugno 2000, C-240/98 - C-244/98, cit., par. 28.

tutela dei consumatori (ed in particolare con la Dir. 93/13, della norma processuale interna che subordina a preclusioni la rilevabilità d'ufficio o su istanza di parte dell'abusività di una determinata clausola contrattuale[48]. Infatti, la fissazione di un limite temporale al potere del giudice di disattendere, d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, una clausola inserita in un contratto stipulato da un consumatore, potrebbe, secondo la Corte, compromettere l'effettività della tutela che la Dir. 93/13 intende conferire ai consumatori, nelle controversie in cui essi siano convenuti, ed in particolare l'esigenza di riconoscere al giudice la facoltà di rilevare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola siffatta.

Il medesimo percorso interpretativo seguito nella sentenza *Océano* e *Cofidis* è stato poi adottato in tutta una serie di sentenze successive, sempre al fine di valutare la conformità all'effettività del diritto europeo a tutela dei consumatori di una norma processuale interna.

Su questa base è stata ritenuta in contrasto con l'effettività del diritto europeo sui consumatori la norma processuale interna che limitava la legittimazione attiva in capo all'attore (sentenza *Rampion*)[49]; o quella che

[48] C. Giust. CE, 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis SA contro Fredout*.

[49] C. Giust. CE, 4 ottobre 2007, C-429/05*, Rampion e Godard contro Franfinance SA e K par K SAS*, in cui la Corte ha censurato alla luce dell'art. 11, co. 2, della Dir. 87/102/CEE del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, una norma di diritto nazionale che aveva l'effetto di ridurre la legittimazione attiva del consumatore ad esercitare dinanzi al giudice nazionale il proprio diritto, garantito da tale norma di diritto dell'Unione, di agire, in caso di contratto di vendita e di finanziamento collegati, sia contro il venditore che contro il creditore finanziatore. La questione era sorta nell'ambito di una controversia relativa ad un contratto di vendita a domicilio corredato da un contratto di finanziamento totale dell'acquisto realizzato mediante credito concesso per un tetto massimo pari all'importo della vendita. Adito dagli acquirenti per ottenere la risoluzione del contratto di vendita e la conseguente risoluzione del contratto di credito, il giudice nazionale aveva rilevato che il fatto che la previa offerta di credito non recasse menzione del bene o della prestazione di servizi finanziati aveva l'effetto di precludere, ai sensi del diritto nazionale, il diritto dei ricorrenti di agire in giudizio contro il creditore finanziatore, come invece previsto dall'art. 11, co. 2, della citata direttiva sul credito al consumo. La Corte rileva che la discrezionalità concessa agli Stati membri dalla direttiva nello stabilire i limiti e le condizioni entro quali il diritto di agire in giudizio di cui gode il consumatore è esercitabile non può essere esercitata al fine di assoggettare l'esercizio di tale diritto a condizioni ulteriori rispetto a quelle esaustivamente indicate dallo stesso art. 11, co. 1, n. 2, della Dir. 87/102. Per la Corte, «sarebbe» infatti «in contrasto con l'obiettivo perseguito da tale direttiva, che consiste, in particolare, nel garantire in tutti gli Stati membri il rispetto di una norma di tutela minima del consumatore in materia di credito al consumo, il fatto di consentire che il diritto del consumatore di procedere contro il creditore […] sia assoggettato ad una condizione di forma come quella oggetto

negava al giudice la possibilità di procedere ad un'istruttoria d'ufficio per accertare la natura abusiva della clausola contrattuale (sentenza *Pénzügyi Lizing*)[50] o quella che impediva di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola già nella fase sommaria e *inaudita altera parte* del procedimento monitorio (sentenza *Banco Español de Crédito*)[51] o, ancora, quella che non consentiva al giudice dell'esecuzione di emanare provvedimenti provvisori diretti a sospendere il processo esecutivo avviato sulla base di un titolo esecutivo contenente una clausola contrattuale abusiva (sentenza *Aziz*)[52].

Ma soprattutto il richiamo al principio di effettività è stato utilizzato dalla Corte per rilevare il contrasto con il diritto europeo sull'abusività delle clausole contrattuali della norma processuale sul giudicato. Il riferimento è, evidentemente, alla famosa sentenza *Asturcom*[53]. La questione, sorta nell'ambito di una controversia tra un consumatore ed un professionista relativa ad un contratto di abbonamento per la telefonia mobile, concerneva il carattere abusivo ai sensi della Dir. 93/13 di una clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato con un consumatore, che deferiva la competenza esclusiva a conoscere delle controversie relative a tale contratto ad un arbitrato obbligatorio. Invocando la clausola compromissoria contenuta nel contratto, la compagnia telefonica aveva radicato il procedimento arbitrale e ottenuto un lodo, che accoglieva *in toto* le pretese della ricorrente. Il lodo non veniva impugnato dalla soccombente e diveniva quindi definitivo. Il giudice adito in sede di esecuzione forzata del suddetto lodo arbitrale, nondimeno, constatava che la clausola compromissoria contenuta nel contratto aveva carattere abusivo e poneva alla Corte, in sede di rinvio pregiudiziale, la questione se la tutela dei consumatori garantita dalla Dir. 93/13 implicasse che il giudice chiamato a pronunciarsi su una domanda di esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo, emesso in assenza del consumatore, dovesse rilevare d'ufficio la nullità della convenzione d'arbitrato, annullando, di conseguenza, il lodo.

La Corte, richiamando la propria precedente giurisprudenza[54], riafferma l'obbligo in capo al giudice nazionale, derivante dal sistema di tutela imposto dalla direttiva, di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale, che opera anche nel momento in cui tale clausola sia suscettibile di rendere nullo un lodo arbitrale emesso in assenza di

della causa principale» (par. 47).

[50] C. Giust. UE, 9 novembre 2010, C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. contro Schneider*.

[51] C. Giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA contro Calderón Camino*.

[52] C. Giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, cit.

[53] C. Giust. CE, 6 ottobre 2009, C-40/08, cit.

[54] C. Giust. CE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro contro Centro Móvil Milenium SL.*

qualsivoglia eccezione della parte interessata. Essa valuta poi le conseguenze processuali di tale obbligo, in un caso, come quello di specie, in cui l'inerzia della ricorrente aveva fatto sì che il lodo arbitrale in questione divenisse definitivo e acquisisse autorità di cosa giudicata, arrivando ad escludere che il potere d'ufficio sia esercitabile in presenza di una condotta assolutamente inerte del consumatore.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale si modella, nel caso di specie, chiaramente intorno all'esigenza di assicurare la tutela del consumatore, al fine di garantire che il consumatore non resti vincolato a clausole incompatibili con il diritto dell'Unione applicabile. Considerando la natura imperativa delle norme della direttiva a protezione del consumatore, la Corte ritiene in proposito che il diritto processuale nazionale non possa ostare a che il giudice nazionale (davanti al quale sia stata richiesta l'esecuzione di un lodo divenuto definitivo) valuti d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria alla luce dell'art. 6 della Dir. 93/13, anche quando dall'applicazione di tale clausola sia derivato un lodo passato in giudicato.

Va rilevato, tuttavia, che nel caso in questione la Corte non afferma automaticamente la supremazia del diritto dell'Unione sul giudicato, ma rimette al giudice del rinvio la valutazione della sussistenza, sulla base del diritto interno, del potere di valutare d'ufficio la nullità della clausola compromissoria contenuta nel contratto. Quindi: a) il giudicato non è di ostacolo all'affermazione della supremazia del diritto dell'Unione con riferimento all'invalidità delle clausole abusive; b) tuttavia, il rilievo d'ufficio della invalidità della clausola compromissoria inclusa in un contratto concluso dal consumatore è subordinato al riconoscimento di tale potere da parte dell'ordinamento processuale interno.

Vale a dire che la supremazia del diritto dell'Unione sul giudicato, ammessa in termini generali, opera in concreto solo se la disciplina interna consente al giudice nazionale di conformare la decisione definitiva al diritto dell'Unione[55].

Alla stessa conclusione sembra pervenire la Corte nella recente sentenza *Jőrös*[56], quando rileva che il giudice nazionale che accerti l'abusività di una determinata clausola contrattuale deve applicare le norme interne di

[55] Puntualizzazione, quest'ultima, che emerge in maniera più chiara nella recente sentenza C. Giust. UE, 10 luglio 2014, C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. Spa contro Comune di Bari e altri*, in materia di appalti pubblici. In tale occasione, infatti, la Corte ha concluso che, in caso di contrasto del giudicato interno con il diritto europeo, il primo potrà essere adeguato al secondo soltanto se il diritto nazionale consente di ritornare sulla decisione o di completarla; altrimenti il giudicato rimane intangibile.

[56] C. Giust. UE, 30 maggio 2013, C-397/11, *Jőrös contro Aegon Magyarország Hitel Zrt.*

procedura in modo da trarre tutte le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano dall'accertata natura abusiva della clausola.

Occorre anche aggiungere, peraltro, come a proposito del potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di una determinata clausola contrattuale abusiva la Corte di giustizia offre una duplice, importante specificazione.

In primo luogo, l'esercizio del potere-dovere in questione non può sottostare alle preclusioni eventualmente previste dal sistema processuale interno (caso *Cofidis*). Ciò si comprende bene proprio alla luce dell'obiettivo che la stessa Corte si prefigge di raggiungere attraverso il riconoscimento di tale potere-dovere: vale a dire quello di tutelare, attraverso il potenziamento dei poteri ufficiosi del giudice, la parte "debole" del contratto.

In secondo luogo, la stessa Corte sottolinea come la protezione che è destinato a fornire tale potere-dovere è diretta a salvaguardare, in via immediata, uno dei contraenti; ciò che si traduce, sempre sul piano processuale, in una "riserva di legittimazione".

Proprio in quest'ottica della "riserva di legittimazione", peraltro, si comprende la conclusione alla quale la stessa Corte perviene nel 2009 nel caso *Pannon*[57], laddove rileva che il potere del giudice di disapplicare d'ufficio la clausola abusiva inserita in un contratto con i consumatori non può essere esercitato «qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato dal giudice, non intenda invocare la natura abusiva (della clausola) ed il conseguente effetto di non vincolatività».

Quindi, una cosa è la rilevabilità d'ufficio della nullità, altra cosa la produzione dei suoi effetti all'interno del processo, rispetto alla quale continua a permanere la riserva di legittimazione del consumatore. È, in sostanza, quanto stabilisce l'art. 36, co. 3, del nostro codice di consumo per le c.d. nullità da protezione quando puntualizza che «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice».

Altro rilevante profilo, strettamente legato alla rilevabilità d'ufficio della natura abusiva della clausola contrattuale, è poi quello della salvaguardia del contraddittorio. A questo proposito la stessa Corte ha precisato, di recente, la necessità che il giudice, dopo aver rilevato d'ufficio l'abusività della clausola anche sulla base di elementi di fatto acquisiti attraverso misure istruttorie disposte d'ufficio, informi le parti e instauri il contraddittorio fra le stesse (sentenza *Banif Plus Bank*)[58]. Ciò sulla base della considerazione che la salvaguardia del principio del contraddittorio è parte integrante anche del

[57] C. Giust. CE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt. contro Erzsébet Sustikné Győrfi*.
[58] C. Giust. UE, 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt contro Csipai e Csipai.*

diritto europeo, per effetto del richiamo dell'art. 47 TUE e dell'art. 6 della CEDU.

Sempre l'esigenza di far prevalere il principio di effettività sull'autonomia processuale degli Stati, nell'ambito della tutela dei consumatori, è alla base anche delle conclusioni alle quali è pervenuta la Corte nel 2012, nel caso *Nemzeti*[59], in tema di estensione dell'efficacia dell'accertamento del carattere abusivo di una clausola contrattuale. Partendo dall'art. 7, par. 1, della Dir. 93/13, che stabilisce a carico deli Stati membri l'obbligo di prevedere «mezzi adeguati ed efficaci» per eliminare in modo effettivo le clausole abusive, la Corte perviene alla conclusione che l'attuazione effettiva di tale obiettivo esige che le clausole dichiarate abusive «non vincolino né i consumatori che siano parti del procedimento inibitorio né quelli che abbiano stipulato con il professionista un contratto al quale si applicano le medesime». Ciò comporta sul piano processuale – sempre secondo la Corte – che l'accertamento della nullità di una clausola abusiva ottenuto nell'ambito di un'azione collettiva inibitoria produca effetti *ultra partes*, anche nei riguardi dunque dei consumatori che abbiano stipulato con il professionista di cui trattasi un contratto al quale si applicano le stesse clausole, che pure non siano stati parte del procedimento inibitorio. Ma comporta anche che i giudici nazionali debbono, anche per l'avvenire, trarre tutte le conseguenze previste dal diritto nazionale affinché tale clausola non vincoli i consumatori che abbiano stipulato con il professionista di cui trattasi un contratto al quale si applicano le medesime clausole.

*10. – (*Segue*): b) il settore degli aiuti di Stato illegalmente concessi*

Parimenti significativi si presentano gli interventi sulla disciplina processuale interna con riferimento alle controversie nel settore degli aiuti di Stato illegittimamente concessi. Qui, l'esigenza di assicurare il pieno rispetto delle norme che regolano il controllo degli aiuti di Stato e la necessità di eliminare gli effetti pregiudizievoli che tali aiuti sono in grado di produrre sul corretto operare del mercato e, di riflesso, sui soggetti privati, hanno indotto la Corte a valutare la compatibilità delle norme e degli istituti processuali interni con la disciplina europea in materia, imponendo al giudice nazionale di disattenderli tutte le volte in cui questa compatibilità mancasse.

[59] C. Giust. UE, 26 aprile 2012, C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contro Invitel Távközlési Zrt.*

Questa impostazione, elaborata dalla Corte fin dal 1973 nel famoso caso *Lorenz*[60], ha prodotto numerosi e rilevanti effetti sui sistemi processuali interni.

La Corte è intervenuta a modulare diversi aspetti della disciplina dei rimedi giurisdizionali interni, azionabili dai soggetti lesi dall'aiuto illegale di Stato: dalla legittimazione ad agire, riconosciuta nella maniera più ampia possibile[61], alla disciplina dei mezzi di prova, nell'ambito della quale sono stati riconosciuti al giudice tutti i poteri tesi a sopperire alle difficoltà probatorie della parte che voglia tutelarsi contro l'aiuto di Stato illegale[62], alla tutela cautelare[63]. Il risultato è evidente: la Corte vuole che la posizione processuale della parte che abbia beneficiato dell'aiuto di Stato illegale sia sfavorita rispetto a quella della controparte.

Tale ricostruzione è ancor più evidente se andiamo a vedere le conseguenze prodotte sul piano processuale dalla giurisprudenza della Corte relativa all'obbligo di recupero degli aiuti di Stato illegali. In tale prospettiva, la Corte ha ritenuto necessaria la disapplicazione di tutte quelle norme nazionali di natura processuale suscettibili di porre degli ostacoli alla esecuzione dell'ordine di recupero, con notevole incidenza su molti aspetti del processo interno.

L'esigenza preminente di rimediare agli effetti della concessione di un aiuto illegale impone una valutazione tutta incentrata sulla portata del pregiudizio che la norma processuale nazionale è suscettibile di arrecare all'effetto utile della decisione di recupero, senza che assuma alcuna

[60] C. Giust. CE, 11 dicembre 1973, C-120/73, *Gebr. Lorenz GmbH contro Repubblica federale di Germania e Land Rheinland-Pfalzt.*

[61] C. Giust. CE, 13 gennaio 2005, C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant contro Staatssecretaris van Financiën*, in cui la Corte ha riconosciuto che il diritto processuale interno non può limitare la cerchia dei soggetti legittimati ad agire solo in coloro che siano stati lesi dalla distorsione della concorrenza conseguente alla misura di aiuto illegale, ma deve essere in grado di riconoscere tale legittimazione a tutti coloro che abbiano interesse in concreto a che l'effetto utile delle norme di diritto europeo sia garantito.

[62] C. Giust. CE, 7 settembre 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron SA contro Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon, che è subentrata nei diritti e negli obblighi della Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*. Nel caso di specie, siccome l'assolvimento dell'onere probatorio avrebbe implicato l'esame di documenti riservati dell'impresa beneficiaria cui il ricorrente non poteva avere accesso, la Corte ha ritenuto che il giudice nazionale sia tenuto, per assicurare il rispetto del principio di effettività, «a ricorrere a tutti i mezzi procedurali messi a sua disposizione dal diritto nazionale, tra cui figura quello di ordinare le necessarie misure istruttorie, inclusa la produzione di un atto o di un documento ad opera di una delle parti o di un terzo» (par. 56 ss.).

[63] C. Giust. CE, 5 ottobre 2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e altri contro Finanzlandesdirektion für Tirol e altri*.

considerazione il valore della disposizione processuale per l'ordinamento dello Stato membro nel quale opera e la sua eventuale correlazione con i principi generali dello stesso.

Basti pensare, relativamente a tale ultimo profilo, alla giurisprudenza che ha ritenuto che il procedimento di recupero di un aiuto illegittimo non possa, in linea di principio, essere ostacolato dalla previsione di termini decadenziali nemmeno in considerazione di ragioni di certezza del diritto o di tutela del legittimo affidamento del singolo, inaugurata sin dal noto caso *Alcan*[64]. Oppure al recente caso *Scott*[65], in cui la Corte ha ritenuto che l'applicazione di una norma nazionale che prevedeva il controllo, da parte del giudice adito in sede di impugnazione degli avvisi di liquidazione emessi dall'amministrazione nazionale per il recupero di un aiuto illegittimo, del rispetto dei vizi di forma previsti dal diritto nazionale, potesse ostare, nel caso in cui conducesse all'annullamento degli atti impugnati, all'effettività della decisione di recupero, in particolare ove tale annullamento comportasse automaticamente l'immediata restituzione dell'importo versato dal debitore per conformarsi a detto avviso. Oppure, ancora, alla peculiare soluzione offerta nel già visto caso *Lucchini*, in cui la Corte ha considerato necessaria la disapplicazione dell'art. 2909 c.c. italiano quando la sua applicazione abbia l'effetto di attribuire al beneficiario il "diritto" a ricevere l'aiuto illegale[66].

Sono tutti esempi del particolare approccio adottato dalla Corte rispetto alla modulazione che subisce il principio della effettività della tutela giurisdizionale, ed alle conseguenze che tale modulazione può produrre in questo ambito in funzione dell'esigenza di garantire, attraverso il ruolo del giudice nazionale, il rispetto delle norme in materia di aiuti di Stato illegittimi.

11. – Considerazioni conclusive

Cercando di tirare le fila del lungo discorso, appare evidente che nei rapporti fra principi dell'ordinamento europeo e diritto processuale interno non si possa pervenire ad una conclusione univoca e generalizzabile. In effetti, una volta affermato l'obbligo generale del giudice nazionale di interpretare e

[64] C. Giust. CE, 20 marzo 1997, C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz contro Alcan Deutschland GmbH*.
[65] C. Giust. UE, 20 maggio 2010, C-210/09, *Scott SA e Kimberly Clark SAS contro Ville d'Orléans*.
[66] C. Giust. CE, 18 luglio 2007, C-119/05, cit.

applicare la disciplina processuale interna in modo da assicurare l'effettività del diritto europeo, l'applicazione di tale obbligo da parte della Corte di giustizia non è stata uniforme nei diversi settori degli ordinamenti interni sui quali è intervenuta. Ciò probabilmente è dovuto anche all'attenzione continua della Corte per i casi concreti che le vengono prospettati.

Ne viene fuori un nuovo ordinamento processuale in continua evoluzione, all'interno del quale emerge un fascio di rapporti e di interferenze fra ordinamenti (interni e comunitario), di «intersezione tra enunciati di derivazione interna e altri di derivazione comunitaria»[67], alla ricerca di equilibri sempre nuovi; fascio di rapporti in cui è sempre più difficile distinguere fra «fonti-atto e fonti-fatto, tra fonti formali e fonti non formali»[68].

Ed in effetti si è osservato come l'autonomia processuale degli Stati membri in certi casi «scompare del tutto perché esistono previsioni normative comunitarie specifiche […] e non vi è, perciò, alcuna competenza residua degli Stati membri in materia», mentre in altri casi tale autonomia continua a sussistere «ma subisce delle limitazioni forti a seguito delle indicazioni fornite al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria, qualificandosi perciò come "competenza procedurale funzionalizzata"»[69]. Ma è evidente che parlare in questo caso di autonomia o competenza processuale "funzionalizzata" agli obiettivi dell'ordinamento sovranazionale è un ossimoro, che, tuttavia, rende bene l'idea sulla debolezza della presunta autonomia processuale degli Stati nazionali, inevitabilmente entrata in crisi[70]. Dove condurrà questa tendenza è difficile da immaginare allo stato attuale dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte, ma l'accelerazione che essa ha subito negli ultimi tempi appare evidente.

[67] Così N. Lipari, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, cit., p. 1220.
[68] N. Lipari, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, cit., p. 1221.
[69] Così D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea:* Paradise Lost*? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit., p. 118.
[70] N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 181.

Roma TrE-Press
2016