

CENTRO INTERUNIVERSITARIO
SUL DIRITTO DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI ECONOMICHE

DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA

Collana diretta da

G. ADINOLFI - S.M. CARBONE - F. MUNARI - G. SACERDOTI - M. VELLANO - G. VENTURINI

Francesco Costamagna

DIRITTI FONDAMENTALI E RAPPORTI TRA PRIVATI NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA



G. Giappichelli Editore – Torino

Capitolo Primo

Tutela dei diritti fondamentali ed effetti nei confronti dei privati: cenni introduttivi

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento della capacità delle norme sui diritti fondamentali di produrre i loro effetti nei confronti dei privati: cenni introduttivi. – 2. L’invocabilità delle norme dei Trattati nei confronti dei privati: da *Van Gend en Loos* a *Defrenne II*. – 3. Piano dell’opera.

1. Il riconoscimento della capacità delle norme sui diritti fondamentali di produrre i loro effetti nei confronti dei privati: cenni introduttivi

La possibilità che le norme dei trattati internazionali o delle carte costituzionali poste a tutela dei diritti fondamentali producano i loro effetti nei confronti di privati, siano essi persone fisiche o giuridiche, è una questione controversa. Tali norme, infatti, sono state tradizionalmente concepite come limiti imposti nei confronti delle autorità pubbliche a tutela dei privati, della loro dignità e della loro autonomia.

L’eventuale superamento di tale concezione ha incontrato forti resistenze da parte di chi paventava una serie di rischi derivanti dalla scelta di ammettere che anche i privati potessero essere non solo beneficiari della tutela offerta dalle norme sui diritti fondamentali, ma anche destinatari di obblighi. Vi è chi ritiene che estendere la portata degli effetti delle norme in questione porti con sé il rischio di una banalizzazione dei diritti fondamentali¹, i quali verrebbero invocati per assicurare il soddisfacimento di specifici bisogni materiali nell’ambito di controversie aventi natura meramente privatistica². Questo priverebbe le norme sui diritti fondamentali della loro ragion d’essere e del tratto che li distingue da

¹ Per una ricostruzione, in senso critico, di tale posizione A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006, 33-36.

² In questo senso, sebbene non con specifico riguardo all’estensione dei diritti fondamentali nei confronti dei privati, G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007, 128-130.

altre disposizioni, vale a dire la capacità di imporsi rispetto al volere dello Stato. L'evoluzione in parola potrebbe, poi, contribuire all'inflazione dei diritti fondamentali³, determinando, così, un ulteriore annacquamento della loro efficacia. Altri autori mettono in luce come tale estensione dell'ambito di efficacia delle norme sui diritti fondamentali, possa determinare indebite intrusioni nello spazio di autonomia e di libertà dei privati⁴. Tale rischio si connette, risultandone amplificato, con quello dell'eccessivo attivismo da parte dei giudici, i quali, facendo leva sulla genericità che tradizionalmente caratterizza le norme poste a tutela dei diritti fondamentali, sono in grado di effettuare scelte di carattere politico che dovrebbero essere invece riservate ad istituzioni che godano di una più solida legittimazione democratica. Con la possibilità, quindi, che “[t]he legislative parliamentary state is transformed into a constitutional juristocracy”⁵.

Tali critiche, per quanto non tutte prive di merito, non hanno potuto impedire che in molti ordinamenti venisse ammessa la possibilità che norme pensate per limitare l'azione del pubblico operassero anche nei confronti di privati o, quanto meno, di alcuni di essi. Le soluzioni adottate nei diversi contesti variano in maniera sensibile e non è possibile in questa sede darne conto in maniera neppure sommaria. Ci si limiterà, quindi, ad alcune brevi considerazioni, le quali serviranno unicamente per introdurre questioni che saranno esaminate più compiutamente nel prosieguo del presente lavoro con esclusivo riferimento all'ordinamento dell'Unione europea.

Così come autorevolmente osservato in dottrina, la scelta di ammettere che le norme sui diritti siano in grado di produrre i loro effetti anche nei confronti dei privati risponde a due logiche diverse⁶. Si tratta evidentemente di una ricostruzione che semplifica un quadro decisamente più complesso e variegato, ma che ha il pregio di offrire una visione d'insieme utile ai fini dell'analisi che ci si accinge ad intraprendere.

Una prima giustificazione della possibilità di ammettere che le norme sui diritti fondamentali possano esplicitare i loro effetti anche nei confronti dei privati è stata identificata nel ruolo strutturale che questi hanno nell'ambito dell'ordinamento. Secondo tale visione, i diritti fondamentali non devono essere concepiti solo come prerogative individuali che possono essere fatte valere contro lo

³ Su tale rischio si vedano le considerazioni di A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 213-214 e D. ZOLO, 'Fondamentalismo umanitario', in M. IGNATIEFF (a cura di), *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, 140.

⁴ J. MATTHEWS, *Extending Rights' Reach: Constitutions, Private Law, and Judicial Power*, Oxford, 2018.

⁵ M. KUMM, 'Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law', *German Law Journal*, 7, 2006, 243. L'Autore riferisce tale critica pur senza condividerla.

⁶ G. TEUBNER, 'The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by "Private" Transnational Actors', *The Modern Law Review*, 69, 2006, 329.

Stato, ma anche come l'oggettivazione dei valori fondamentali su cui si regge l'architettura costituzionale. In questa veste essi sono in grado di permeare l'intero ordinamento, producendo i loro effetti anche nell'ambito di rapporti disciplinati dal diritto privato. Questo tipo di concezione dei diritti fondamentali ha trovato la sua massima espressione nell'ordinamento tedesco, a partire dalla sentenza *Lüth* della Corte costituzionale federale⁷.

Il caso riguardava l'appello lanciato dal sig. Lüth, presidente dell'ordine dei giornalisti di Amburgo, a boicottare il film diretto da Veit Harlan, regista che aveva una storia di forte contiguità con il regime nazista. Il giudice a cui si erano rivolti i produttori del film di Harlan aveva dato loro ragione e intimato al sig. Lüth di ritirare il suo appello al boicottaggio. Questi, però, aveva portato il caso di fronte alla Corte costituzionale federale, lamentando la violazione da parte del giudice di prime cure del suo diritto alla libertà di espressione, così come tutelato dall'art. 5 della Carta costituzionale tedesca. Il punto nodale della questione era se tale disposizione fosse in qualche misura rilevante nell'ambito di una controversia tra privati. La Corte costituzionale aveva escluso che la stessa potesse produrre effetti diretti nei confronti dei privati, in ossequio alla disposizione di cui all'art. 1 della Carta costituzionale ai sensi della quale i diritti fondamentali sono vincolanti solo nei confronti dei poteri esercitati dallo Stato. Tuttavia, la sentenza aveva sancito la capacità delle norme costituzionali di produrre effetti indiretti, imponendo al giudice di interpretare le norme di diritto privato alla luce delle stesse e conformarne così il contenuto. Nel giungere a tale conclusione, la Corte costituzionale federale aveva affermato che: “[f]undamental rights are primarily defensive rights of the individual against the state. However, the fundamental rights of the Basic Law are also an expression of an objective order of constitutional values that amounts to a fundamental constitutional decision and therefore applies to all areas of law”⁸.

La seconda ragione addotta a sostegno dell'invocabilità dei diritti fondamentali nei confronti dei privati guarda ai poteri e alle risorse di cui dispongono questi ultimi, alla loro capacità di esercitare funzioni assimilabili a quelle delle autorità pubbliche e, quale conseguenza di tutto ciò, alla loro capacità di incidere negativamente sui diritti delle persone in misura talvolta superiore a quella degli Stati. Un sistema di tutela dei diritti unicamente rivolto nei confronti degli Stati risulta del tutto inefficace in un contesto nel quale i rapporti di forza tra il pubblico e il privato sono ormai fortemente sbilanciati a favore del secondo.

Questa prospettiva anima gli sforzi compiuti da parte di studiosi e attivisti per fare in modo che le imprese – e, in particolare, le multinazionali – siano finalmente costrette a rispettare i trattati internazionali in materia di diritti umani

⁷ BVerfG, 15 Januar 1958, 1 BvR 400/51.

⁸ Traduzione in inglese tratta dal sito della Corte costituzionale federale. In argomento si vedano i saggi raccolti in P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati: un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018.

e possano essere sanzionate, ove ciò non avvenga⁹. Più nello specifico, vi è chi ha proposto di superare il principale ostacolo al raggiungimento di tale obiettivo, vale a dire la limitata soggettività di tali enti ai sensi del diritto internazionale, proprio facendo leva su “their undeniable participation in international legal relations and the impact of their activity on human rights”¹⁰. Tale elemento giustificherebbe, secondo una parte della dottrina¹¹, l'estensione ai privati dell'approccio funzionalista tradizionalmente utilizzato con riguardo alle organizzazioni internazionali e che ha consentito di riconoscere a queste ultime una forma, pur circoscritta se paragonata a quella degli Stati, di soggettività internazionale. Per questa via si potrebbe, quindi, giungere ad ammettere che le imprese multinazionali possano essere destinatarie di obblighi derivanti dai trattati internazionali in materia di diritti umani. Si tratta di una prospettiva intrigante, ma che, al momento, non ha trovato concretizzazione. Il sistema resta, infatti, ancorato all'assunto secondo cui “the primary obligation to respect, protect, fulfill and promote human rights and fundamental freedoms lie with the State”¹². A questo si affianca il riconoscimento della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani, la quale, però, è prevista solo in atti di *soft law* e non, anche per la riluttanza degli Stati di procedere in tal senso¹³, in strumenti giuridicamente vincolanti¹⁴.

L'attenzione verso i poteri di cui dispongono i privati nei cui confronti ci si

⁹ Per un'autorevole ricostruzione si veda J. RUGGIE, 'Business and Human Rights: the Evolving International Agenda', *American Journal of International Law*, 101, 2007, 819-840.

¹⁰ A. SPAGNOLO, 'To What Extent Does International Law Matter in the Field of Business and Human Rights', in M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, D. RUSSO (eds), *Legal Sources in Business and Human Rights*, Leiden/Boston, 2020, 84.

¹¹ Sul punto, in termini comprensibilmente cauti, F. FRANCONI, 'Alternative Perspectives on International responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations', in W. BENEDEK, K. DE FEYTER, F. MARRELLA (eds), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007, 258-260.

¹² Significativamente ribadito anche nella bozza del cd. Trattato vincolante sulla disciplina delle multinazionali e delle altre imprese in riferimento ai diritti fondamentali elaborata dall'Open-ended intergovernmental working group creato a tal fine dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite (HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, Resolution of 14 July 2014, A/HRC/RES/26/9). Per un inquadramento complessivo di tale iniziativa si vedano M. FASCIGLIONE, 'Another Step on the Road? Remarks on the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights', *Diritti umani e diritto internazionale*, 12, 2018, 629-662; D. BILCHITZ, 'The Necessity for a Business and Human Rights Treaty', *Business and Human Rights Law Journal*, 2016, 203-227; O. DE SCHUTTER, 'Towards a New Treaty on Business and Human Rights', *Business and Human Rights Law Journal*, 2015, 41-67.

¹³ In questo senso SPAGNOLO, *op. cit.*, 81.

¹⁴ In argomento si vedano N. BERNAZ, 'Conceptualizing Corporate Accountability in International Law: Models for a Business and Human Rights Treaty', *Human Rights Review*, 22, 2021, 45-64; A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, 2012, 43-247.

rivolge risulta evidente anche nell'ambito del dibattito relativo al ruolo dei diritti fondamentali nella regolamentazione dello spazio digitale. Come è ormai ampiamente noto, l'evoluzione digitale – motore di quella che è stata definita la quarta rivoluzione industriale¹⁵ – ha determinato la rapida ascesa di alcune imprese private in grado di sfruttare appieno i vantaggi offerti dalle tecnologie algoritmiche, così da ottenere enormi profitti dai dati ottenuti mettendo a disposizione dei loro clienti, in maniera apparentemente gratuita, spazi virtuali. La posizione di forza ottenuta dalle piattaforme digitali – e, in particolare, dai *social networks* – solleva non poche preoccupazioni quanto all'incidenza delle loro scelte, le quali non si caratterizzano certo per trasparenza, sui diritti fondamentali degli utenti e, in senso ancora più generale, su alcuni degli snodi cruciali della vita democratica di un Paese e della partecipazione politica da parte di singoli cittadini o istanze collettive¹⁶. Ammettere l'invocabilità nei confronti di questi soggetti privati delle norme poste a tutela dei diritti fondamentali costituisce una delle possibili risposte, per quanto forse non quella più incisiva, alle sfide poste dall'evoluzione testé descritta¹⁷. Secondo un'impostazione largamente maggioritaria in dottrina, si tratta di un passaggio che si giustifica in ragione del potere di cui dispongono queste imprese¹⁸, le quali, non operando più come meri attori economici, “aspire to displace more government roles over time, replacing the logic of territorial sovereignty with functional sovereignty”¹⁹. Questo perché “[t]he dominance of tech giants like Google, Facebook, Microsoft

¹⁵L. FLORIDI, *The Fourth Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014.

¹⁶M. DURANTE, *Computational Power. The Impact of ICT on Law, Society and Knowledge*, London, 2021; G. DELLA MORTE, *Big Data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018; P. NEMITZ, ‘Constitutional Democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence’, *Philosophical Transactions*, 2018, 1-14.

¹⁷A tale proposito, è stato messo in luce come si sia assistito ad un progressivo mutamento nell'atteggiamento dell'Unione e degli Stati membri nei confronti di tali fenomeni: da un approccio caratterizzato da un marcato astensionismo ad uno maggiormente interventista, al fine di garantire il pieno rispetto dei valori fondanti l'assetto costituzionale. Su tale evoluzione si veda G. DE GREGORIO, ‘The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union’, *I-CON*, 19, 2021, 41-70. Sul ruolo delle corti, non solo europee, nel promuovere e modellare tale evoluzione, si veda O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Oxford, 2021.

¹⁸Si noti come la disponibilità di tali poteri è, almeno in parte, frutto della scelta delle autorità pubbliche di lasciare ampia autonomia normativa ai social media attribuendo loro la possibilità di adottare decisioni – quali, ad esempio, quelle relative alla rimozione di determinati contenuti – molto delicate sotto diversi punti di vista. Sul punto, per quanto riguarda l'Unione europea, si veda M. SPATTI, ‘L'azione dell'Unione europea nella lotta all'odio *online*: la responsabilizzazione dei *social media*’, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, 909-918.

¹⁹F. PASQUALE, ‘From Territorial Sovereignty to Functional Sovereignty: The Case of Amazon’, *Law and Political Economy Project*, 12 June 2017 <https://lpeproject.org/blog/from-territorial-to-functional-sovereignty-the-case-of-amazon/>.

and Amazon is not only a question for competition law but also for regulatory contract law. We are witnessing new forms of inequality, not just of the bargaining power between the user and digital market operators. The wealth of the information collected by such organisations, the technical complexity and the interconnectedness of the different media makes users of digital products and services inherently vulnerable and incapable of exerting much influence over the relationship”²⁰. La capacità delle piattaforme di controllare l'accesso allo spazio digitale si fonda, per altro, sulla capacità di esercitare funzioni in larga misura assimilabili a quelle tradizionalmente svolte dalle autorità pubbliche. Esse sono, infatti, in grado di disciplinare, per il tramite dei Termini di Servizio, l'accesso alle infrastrutture digitali e il loro utilizzo da parte degli utenti²¹, nonché, come nel caso dell'*Oversight Board* di Facebook²², di dotarsi di meccanismi di soluzione delle controversie che operano in maniera autonoma rispetto ai sistemi giurisdizionali degli Stati.

L'idea secondo cui i poteri di cui sono dotate le piattaforme web impongano di andare oltre alla natura privata delle stesse, consentendo di invocare le norme poste a tutela dei diritti fondamentali nei loro confronti, ha trovato accoglimento anche in giurisprudenza. Significative in tal senso sono due pronunce emesse da due diverse sezioni del Tribunale di Roma nell'ambito di una controversia che vedeva contrapposti l'Associazione CasaPound Italia e Facebook. Quest'ultimo aveva, infatti, deciso di oscurare la pagina di CasaPound, ritenendo che la scelta dell'associazione di proclamarsi fascista, nonché l'incitamento all'odio e alla violenza da parte di molti dei suoi aderenti costituissero una grave violazione dei termini di utilizzo del social network, previsti dalle Condizioni d'uso e degli Standard della Comunità e accettati dagli utenti nel momento della richiesta di accesso. CasaPound aveva proposto ricorso avverso questa misura, ottenendo che il giudice imponesse l'immediata riattivazione della pagina. Facebook aveva, però, proposto reclamo contro questa prima ordinanza, contestando, in particolare, la ricostruzione della relazione tra le parti da parte del Giudice di

²⁰D. LECZYKIEWICZ, 'Judicial Development of EU Fundamental Rights Law in the Digital Era: A Fresh Look at the Concept of "General Principles"', in U. BERNITZ, X. GROUSSOT, J. PAJU, S.A. DE VRIES (eds), *General Principles of EU Law and the EU Digital Market*, Alphen Aan den Rijn, 2020, 68.

²¹E. CELESTE, 'Terms of Service and Bills of Rights: New Mechanisms of Constitutionalisation in the Social Media Environment?', *International Review of Law, Computers and Technology*, 33, 2018, 122-138.

²²Su tale organismo si vedano le considerazioni critiche di O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, 'Shedding Light on the Darkness of Content Moderation: The First Decisions of the Facebook Oversight Board', *Verfassungsblog*, 5 February 2021 disponibile su <https://verfassungsblog.de/fob-constitutionalism/>, DOI: 10.17176/20210205-235959-0 e quelle, di diverso tenore, di L. GRADONI, 'Constitutional Review via Facebook's Oversight Board: How platform governance had its *Marbury v Madison*', *Verfassungsblog*, 10 February 2021 disponibile su <https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/>, DOI: 10.17176/20210210-235949-0.

prime cure. Questo, affrontando la questione dal punto di vista del pluralismo dei partiti politici di cui all'art. 49 Cost., aveva rilevato come "il rapporto tra Facebook e l'utente che intenda registrarsi sul servizio (o con l'utente già abilitato al servizio come nel caso in esame) non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi in quanto una delle parti, appunto Facebook, ricopre una speciale posizione". Sulla base di tale considerazione, il giudice era, quindi, giunto a sancire che il social network "nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali"²³. Contestando questa ricostruzione e il provvedimento a cui essa aveva portato, Facebook aveva proposto reclamo contro l'ordinanza, rivendicando con forza la natura solo privata del rapporto tra le parti e il suo essere soggetto operante a scopo di profitto e, in quanto tale, tutelato dal diritto alla libertà di impresa di cui all'art. 41 Cost. Il giudice del reclamo non solo ha confermato quanto già affermato nella prima ordinanza, ma ha esteso il ragionamento a tutti gli utenti di Facebook, non solo ai partiti politici e enti collettivi assimilabili. Questo perché, sebbene sia "indubbia la qualificazione del rapporto tra Facebook Ireland e l'utente come un ordinario contratto di diritto civile"²⁴, ciò non significa che "la sua disciplina sia rimessa senza limiti alla contrattazione fra le parti e al rapporto di forza fra le stesse". I limiti all'autonomia privata possono derivare dall'applicazione delle clausole generali o "dall'applicazione diretta di parametri costituzionali"²⁵.

Ciò che merita di essere rilevato è che, in molti ordinamenti, l'attenzione verso i poteri di cui dispone il privato, nonché la sua posizione di supremazia nei confronti delle controparti costituisce altresì un limite all'invocabilità dei diritti fondamentali. Questi ultimi sono, infatti, concepiti come strumenti che operano nei confronti del potere – sia esso pubblico o privato – e non anche nell'ambito di relazioni puramente orizzontali²⁶. In questi contesti, la limitazione in parola costituisce il punto di equilibrio tra la necessità di assicurare l'effettiva tutela dei diritti e l'esigenza di rispettare gli spazi di autonomia privata.

²³ Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, Ordinanza dell'11 dicembre 2019, R.G. 59264/2019, 4. Per una lettura giustamente critica della posizione di merito assunta dal giudice per ciò che riguarda l'applicabilità del principio del pluralismo in un caso come questo si veda F. PALLANTE, 'La propaganda nazi-fascista via social network e la Costituzione democratica antifascista', *Questione Giustizia*, 20 gennaio 2020 disponibile su https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-propaganda-nazi-fascista-via-social-network-e-la-costituzione-democratica-antifascista_20-01-2020.php.

²⁴ Tribunale di Roma, XII Sezione Civile, Ordinanza del 29 aprile 2020, 80961/19, punto 7.

²⁵ *Ivi*, punto 8.

²⁶ In questo senso si veda G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

2. L'invocabilità delle norme dei Trattati nei confronti dei privati: da *Van Gend en Loos* a *Defrenne II*

Muovendo dalle premesse sopra delineate, il presente lavoro esamina la capacità delle norme primarie di diritto dell'Unione poste a tutela dei diritti fondamentali di esplicitare i loro effetti nell'ambito di controversie *inter privatos*, vale a dire non solo nei confronti dei poteri pubblici, ma anche nei confronti di persone fisiche e giuridiche. Pur riconoscendo come la questione dell'incidenza dei diritti fondamentali nell'ambito di rapporti tra privati riguardi altresì l'azione del legislatore, l'indagine guarda unicamente alla dimensione giurisdizionale della stessa. Più specificamente, essa si concentra sulla possibilità per un privato di invocare nei confronti di un altro privato i principi generali posti a tutela dei diritti fondamentali o le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali.

La questione offre un punto di vista privilegiato da cui studiare l'evoluzione dell'ordinamento sovranazionale, mettendo in gioco le due principali dimensioni di quello che è stato definito il suo processo di costituzionalizzazione²⁷.

In primo luogo, la capacità delle norme di diritto primario di imporre obblighi nei confronti dei privati è considerato un corollario dell'essere, così come stabilito dalla Corte in *Van Gend en Loos*, quello dell'Unione un "ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale"²⁸. L'affrancamento dal modello intergovernativo tipico dell'ordinamento internazionale trova, infatti, una delle sue espressioni più rilevanti proprio nella capacità delle norme dell'Unione di attribuire ai privati diritti soggettivi, così come di imporre obblighi nei loro confronti²⁹. In dottrina vi è chi ritiene che l'effetto diretto sia

²⁷ Non è possibile dare conto in questa sede dell'ampio ed intenso dibattito sviluppatosi in dottrina su tale processo, sul suo contenuto e sulle sue specificità nell'ambito dell'ordinamento sovranazionale. Sul tema si vedano, *ex multis*, B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, 16-39; N. WALKER, 'The European Union's Unresolved Constitution', in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1184-1914; C. BARNARD, 'Introduction', in C. BARNARD (ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford, 2012, 1-12; E. CANNIZZARO, 'La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale', *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, 1-20; J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003. Si deve notare, per altro, come parte della dottrina si sia espressa in termini fortemente critici rispetto all'utilizzo del termine in riferimento all'ordinamento dell'Unione. In particolare, è stato messo in luce come parlare di costituzionalizzazione in tale contesto sia sbagliato, stante la mancanza di legittimazione democratica e la natura essenzialmente contrattuale dei trattati istitutivi, nonostante gli sforzi della Corte nell'affermare il contrario. In questo senso D. GRIMM, 'Constitutionalisation without Constitution. A Democracy Problem', in N.W. BARBER, M. CAHILL (eds), *The Rise and Fall of the European Constitution*, Oxford, 2019, 23-40.

²⁸ Sentenza del 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

²⁹ Sul punto si veda A. STONE SWEET, *Constitutional Dialogues in the European Communities*,

stato concepito, fin dalle origini, come avente anche una dimensione orizzontale e anzi, che sia “proprio da questa circostanza [che] la Corte ha desunto che le norme di diritto primario [...] possono produrre effetti diretti sul piano verticale”³⁰. Tale lettura parrebbe trovare conferma nella precisazione, contenuta in *Van Gend en Loos*, secondo cui i diritti individuali possano essere desunti in quanto “come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai *singoli*, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie”³¹.

In secondo luogo, la questione dell’invocabilità dei diritti fondamentali nei confronti dei privati si intreccia con un’altra dimensione della costituzionalizzazione dell’ordinamento sovranazionale, vale a dire il progressivo superamento del carattere esclusivamente economico – o mercantile – del processo di integrazione europea a favore di un modello più attento, almeno in linea teorica, verso la valorizzazione della sua dimensione sociale. Il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali, avvenuto in prima battuta grazie all’azione della Corte attraverso il ricorso ai principi generali dell’ordinamento e poi culminata nell’adozione della Carta, si colloca “al centro di tale costruzione giuridica” così come stabilito nel celebre Parere 2/13³². La possibilità che tali diritti operino

EUI Working Papers RSC, No. 95/38, 1995, 1. In apertura del suo lavoro, l’Autore chiarisce che “[b]y ‘constitutionalization’ I mean the process by which the EC treaties evolved from a set of legal arrangements binding upon sovereign states, into a vertically integrated legal regime conferring judicially enforceable rights and obligations on all legal persons and entities, public and private, within EC territory”. Sulla natura dei Trattati istitutivi si vedano, *ex multis*, A. ADINOLFI, ‘Trattati dell’Unione e “comuni trattati internazionali”: il carattere atipico dei Trattati istitutivi nella giurisprudenza della Corte di giustizia’, in A. ANNONI, S. FORLATI, P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, 2021, 213-234 e M.L. PICCHIO FORLATI, ‘Il fondamento giuridico dell’Unione europea: Trattato o Costituzione?’, in F. LATTANZI, A. GIARDINA (a cura di), *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, 1377-1386.

³⁰D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, 278.

³¹*Van Gend en Loos*, 23 (corsivo aggiunto).

³²Parere del 18 dicembre 2014, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 169. Su tale pronuncia si vedano, *ex multis*, M. PARODI, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive formali*, Napoli, 2020, 119-156; S. VEZZANI, ‘L’autonomia dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea. Riflessioni all’indomani del Parere 2/13 della Corte di giustizia’, *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 68-116; I. ANRÒ, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU. L’evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015, 273-340; E. CANNIZZARO, ‘Unitarietà e frammentazione nei rapporti fra l’ordinamento dell’Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al Parere della Corte di giustizia 2/2013’, *Il Diritto dell’Unione europea*, 2015, 623-636; F. CHERUBINI, ‘Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia’, *Studi sull’integrazione europea*, 2015, 243-272; B. DE WITTE, S. IMAMOVIC, ‘Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order Against a Foreign Human Rights Court’, *European Law Review*, 40, 2015, 683-705; N. LAZZERINI, “Questo matrimonio (così?) non s’ha da fare”: il parere 2/13 della Corte di giustizia sull’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea sui diritti dell’uomo’, *Osservatorio sulle fonti*, 2015, 1-26; E. SPAVENTA, ‘A Very Fearful Court. The Protection of Fundamen-

anche nei confronti dei privati costituisce un importante banco di prova per valutare le implicazioni di tale asserita centralità, nonché lo stato di avanzamento di questa dimensione del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento sovranazionale.

La rilevanza delle due dimensioni testè descritte per la questione dell'invocabilità delle norme di diritto primario nei confronti dei privati è evidente sin da *Defrenne II*³³, sentenza unanimemente considerata come una pietra miliare in questo contesto. A tale riguardo, vale la pena sottolineare come l'importanza del caso ai fini in esame fosse già stata lucidamente colta dall'Avvocato generale Trabucchi, il quale, in apertura delle sue Conclusioni, aveva rimarcato come “[u]na questione in sé di ben modesta portata pecuniaria presenta[ss]e l'occasione a questa Corte di chiarire alcuni aspetti della protezione che i diritti fondamentali devono ricevere anche nell'ambito della costruzione comunitaria”³⁴.

La sentenza riguardava la controversia sorta tra la signora Gabrielle Defrenne e la compagnia aerea Sabena dopo che quest'ultima aveva posto fine al rapporto lavoro, in applicazione di quanto previsto dal contratto collettivo applicabile al personale di bordo. La signora Defrenne riteneva, però, che il trattamento riservatole fosse discriminatorio, perché meno favorevole rispetto a quello previsto per i colleghi maschi che svolgevano la sua stessa attività. Grazie al decisivo sostegno di un'avvocata belga – la quale aveva perfettamente colto il contributo che una sentenza favorevole alla sua cliente avrebbe potuto dare alle lotte per l'affermazione di una piena parità di genere in ambito lavorativo³⁵ – la signora Defrenne aveva, quindi, proposto due ricorsi di fronte alle corti belghe.

tal Rights in the European Union after Opinion 2/13’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22, 2015, 35-56.

³³ Sentenza dell'8 aprile 1976, 43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56.

³⁴ Conclusioni AG Trabucchi del 10 marzo 1976, 43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:39, punto 1.

³⁵ Sul carattere strategico di tali azioni si vedano K. ALTER, J. VARGAS, ‘Explaining Variation in the Use of European Litigation Strategies: European Community Law and British Gender Equality Policy’, *Comparative Political Studies*, 33(4), 2000, 452-482 e R.A. CICHOWSKI, ‘Women’s Rights, the European Court, and Supranational Constitutionalism’, *Law and Society Review*, 38(3), 2004, 489-512. Sul ruolo che taluni avvocati ed esperti hanno avuto nello sviluppo del diritto dell'Unione, anche grazie alla loro capacità di ‘mobilizzare’ la Corte di Giustizia e contribuire, così, all'adozione di pronunce che hanno profondamente inciso sul processo di integrazione europea, si vedano J. HOEVENAARS, ‘Lawyering Eurolaw: An Empirical Exploration into the Practice of Preliminary References’, *European Papers*, 5, 2020, 777-797; A. ARENA, ‘From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of *Costa v. ENEL*’, *European Journal of International Law*, 30, 2019, 1017-1037; T. PAVONE, ‘From Marx to Market: Lawyers, European Law, and the Contentious Transformation of the Port of Genoa’, *Law & Society Review*, 53, 2018, 851-888; A. VAUCHEZ, B. DE WITTE, *Lawyering Europe: European Law as a Transnational Social Field*, Oxford, 2013. Per una diversa prospettiva su tali aspetti, più attenta al ruolo di istanze collettive nell'ambito di processi di mobilitazione del diritto dell'Unione si veda V. PASSALACQUA, ‘Legal Mobilization Via Preliminary Reference: Insights from the case of Migrant Rights’, *Common Market Law Review*, 58, 2021, 751-776.

Con il primo aveva chiesto il risarcimento del danno derivante dalla discriminazione in materia di salario, liquidazione e trattamento pensionistico rispetto ai colleghi maschi, mentre due anni dopo aveva chiesto l'annullamento della legislazione belga in materia di collocamento a riposo del personale dell'aviazione civile. I giudici aditi avevano proposto tre diversi rinvii pregiudiziali alla Corte, dando vita a quella che è stata definita la saga *Defrenne*³⁶.

Ai fini del presente lavoro, particolarmente interessante è il rinvio proposto dalla *Cour du Travail* di Bruxelles, adita in appello dopo che il *Tribunal du Travail* aveva rigettato tutte le richieste di risarcimento avanzate dalla signora Defrenne. La *Cour du Travail* aveva confermato la sentenza di primo grado per quanto riguarda la lamentata disparità di trattamento rispetto al calcolo di liquidazione e pensione, rivolgendosi alla Corte solo in riferimento alla retribuzione. A tale proposito, il dubbio riguardava la possibilità per un lavoratore di invocare direttamente di fronte ad un giudice il principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore sancito all'epoca dall'art. 119 CEE, oggi divenuto l'art. 157.1 TFUE³⁷. Le questioni sottese a tale dubbio riguardavano, da un lato, la capacità della disposizione di produrre effetti diretti e, dall'altro, se gli stessi potessero operare anche nell'ambito di una controversia tra un lavoratore e un datore di lavoro privato. I soggetti intervenuti di fronte alla Corte avevano assunto tre diverse posizioni sul punto³⁸. I legali della signora Defrenne si erano ovviamente espressi a favore del riconoscimento della piena capacità della disposizione di produrre effetti in senso orizzontale e, dunque, della sua invocabilità nei confronti di un datore di lavoro privato. Di contro, Regno Unito e Irlanda³⁹ si erano detti nettamente contrari rispetto a tale possibilità, sostenendo che la disposizione non fosse sufficientemente chiara, né incondizionata. La Commissione aveva assunto una posizione mediana rispetto alle precedenti, distinguendo tra efficacia in senso verticale e in senso orizzontale. Rilevando come la disposizione in esame non importi solo un obbligo negativo, la Commissione aveva escluso la possibilità di invocarla nei confronti di un datore di lavoro privato, ammettendola, invece, nei confronti di un datore di lavoro pubblico⁴⁰.

³⁶ Oltre che la già citata *Defrenne II*, il tritico si compone di due altre pronunce: sentenza del 25 maggio 1971, 80/70, *Defrenne*, ECLI:EU:C:1971:55 e sentenza del 15 giugno 1978, 149/77, *Defrenne III*, ECLI:EU:C:1978:130.

³⁷ Sulla disposizione si veda V. PICCONE, 'Articolo 157 TFUE', in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1459-1475.

³⁸ Per un'interessante ricostruzione delle vicende processuali, sulla base dei documenti conservati negli archivi della Corte, si veda S. TAS, *The Court of Justice in the Archives Project Analysis of the Defrenne II case (43/75)*, AEL Working Paper, 2021/09.

³⁹ Abbastanza sorprendentemente, il Belgio decise di non intervenire nel procedimento pregiudiziale innanzi alla Corte.

⁴⁰ Si noti come la posizione della Commissione, se accolta, avrebbe avuto l'effetto di prevedere

La Corte, facendo proprie molte delle indicazioni formulate dall'Avvocato generale Trabucchi, aveva sostanzialmente accolto la posizione espressa dalla signora Defrenne, seppur limitando dal punto di vista temporale la possibilità di invocare la disposizione in giudizio e, dunque, di poter chiedere il risarcimento dei danni derivanti dalla sua violazione⁴¹. Nel giungere a tale conclusione, la Corte aveva fatto riferimento a due aspetti.

Da un lato, essa aveva stabilito che l'allora art. 119 CEE fosse suscettibile di produrre effetti diretti e di essere, quindi, immediatamente invocata di fronte ad un giudice. Questo almeno per le discriminazioni "dirette e palesi", vale a dire "quelle che traggono origine da disposizioni di natura legislativa o dai contratti collettivi di lavoro, dato che esse possono essere poste in luce mediante un esame puramente giuridico. Lo stesso dicasi della diversa retribuzione di lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile per lo stesso lavoro, svolto nella stessa azienda o ufficio, privato o pubblico"⁴². Si noti come, a differenza di quanto poi sarebbe successo con l'adozione della Carta, all'epoca la Corte aveva escluso che tale conclusione potesse essere messa in discussione dall'utilizzo del termine "principio". Infatti, lungi dal volerne sancire il carattere meramente programmatico, "il trattato usa questa espressione proprio per porre in rilievo l'importanza fondamentale di determinate disposizioni"⁴³.

Dall'altro lato, la Corte aveva sancito come la disposizione in questione avesse carattere imperativo e, dunque, prevalesse rispetto alle scelte compiute dalle parti private nell'esercizio della loro autonomia contrattuale. Essa, dunque è suscettibile di esplicitare i suoi effetti non solo nei confronti delle "pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli"⁴⁴. Tale capacità

due regimi diversi per i datori di lavoro pubblici e privati, introducendo, anche in questo ambito, una distinzione rivelatasi molto problematica per ciò che riguarda il riconoscimento di diretta efficacia nei confronti delle disposizioni di direttive non trasposte. Sul punto si vedano le considerazioni svolte nel capitolo II, par. 2.1.

⁴¹ Sul punto la Corte aveva accolto le preoccupazioni espresse da Regno Unito e Irlanda, secondo i quali ammettere la possibilità per le lavoratrici di chiedere il risarcimento per le minori somme ricevute in passato, oltre a contrastare con il principio della certezza del diritto, avrebbe avuto pesanti ripercussioni finanziarie per lo Stato e, ove fosse stata ammessa anche l'invocabilità in senso orizzontale, per i datori di lavoro privati. Al fine di ovviare a questo problema, la Corte aveva quindi sancito che "considerazioni imprescindibili di certezza del diritto riguardanti il complesso degli interessi in gioco, tanto pubblici quanto privati, ostano in modo assoluto a che vengano rimesse in discussione le retribuzioni relative al passato" (*Defrenne II*, punti 71-75). In argomento, si veda E. SHARPSTON, 'The Shock Troops Arrive in Force: Horizontal Direct Effect of a Treaty Provision and Temporal Limitation of Judgments Join the Armoury of EC Law', in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford-Portland, 2010, 258-261.

⁴² *Defrenne II*, punti 21-23.

⁴³ *Defrenne II*, punti 27-29.

⁴⁴ *Defrenne II*, punti 38-39.

costituisce il corollario del carattere fondamentale rivestito dal principio della parità di retribuzione all'interno dell'ordinamento sovranazionale. Carattere che la Corte aveva desunto dalla duplice dimensione – economica e sociale – dello stesso. L'allora art. 119 CEE, infatti, era stato originariamente inserito nel Trattato su richiesta della Francia, la quale temeva che le sue imprese si sarebbero trovate in una posizione di svantaggio competitivo rispetto a quelle stabilite in Paesi nei quali la discriminazione salariale nei confronti delle donne era ampiamente tollerata. La disposizione era stata, dunque, introdotta per garantire che le dinamiche concorrenziali all'interno del mercato interno non fossero falsate. La Corte aveva, però, aggiunto, sulla scorta di quanto rilevato dall'Avvocato generale Trabucchi, che il principio avesse anche una funzione sociale, contribuendo al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini europei e, dunque, al perseguimento di uno degli obiettivi sanciti nel Preambolo del Trattato di Roma⁴⁵.

Quando era stata adottata, la decisione aveva attirato forti critiche soprattutto per ciò che riguarda il riconoscimento da parte della Corte della capacità del principio di parità salariale di produrre effetti diretti anche in senso orizzontale, potendo, quindi, essere immediatamente invocato nei confronti di un datore di lavoro privato. Vi è chi, stigmatizzando la “laconic temerity of the European Court”, aveva espresso un giudizio nettamente negativo rispetto alla scelta di ammettere l'invocabilità del principio anche nei confronti di un privato. Secondo questa parte della dottrina, infatti, ignorando il riferimento da parte dell'allora art. 119 CEE agli Stati quali soggetti obbligati a dare attuazione al principio, “the Court is content to leave others to work out the consequences of its broad interpretations of superficial and imprecise Community rules imposed upon the complex and urgent legal relationships of the everyday world”⁴⁶. Per quanto veementi, tali critiche non hanno potuto impedire che la sentenza divenisse un punto di riferimento per lo sviluppo del diritto dell'Unione in materia di parità retributiva⁴⁷, ma non solo⁴⁸. In particolare, ai fini che rilevano maggiormente in

⁴⁵ *Defrenne II*, punti 19-20.

⁴⁶ P. ALLOTT, ‘The European Court Ordains Equal Pay for Women’, *The Cambridge Law Journal*, 36, 1977, 8-9. Inoltre, vi è chi ha considerata la sentenza *Defrenne II* uno degli esempi di “most grave judicial policy involvement [...] where judicial constructions are made squarely disrespectful of the textual indications found in the constitutional documents” (in questo senso H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht, 1986, 29).

⁴⁷ Per uno sviluppo recente sul punto, sempre ispirato dalla pronuncia *Defrenne II*, si veda sentenza del 3 giugno 2021, C-624/19, *Tesco Stores*, ECLI:EU:C:2021:429, in cui la Corte ha stabilito che “l'articolo 157 TFUE deve essere interpretato nel senso che ha efficacia diretta nelle controversie tra privati in cui è dedotta l'inosservanza del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile per un ‘lavoro di pari valore’, sancito in tale articolo”.

⁴⁸ In questo senso D. SIMON, ‘SABENA is Dead, Gabrielle Defrenne’s Case is Still Alive: the

questa sede, la pronuncia è stata costantemente richiamata dalla Corte nello sviluppo della sua giurisprudenza in materia di invocabilità nei confronti di un privato delle disposizioni in materia di diritti fondamentali, oltre che di quelle relative al mercato interno. Ciò che resta da capire – ed è questa la domanda a cui il presente lavoro intende dare una risposta – è se lo sviluppo giurisprudenziale relativo all'invocabilità nei confronti dei privati dei principi generali e della Carta si ponga effettivamente in linea di continuità rispetto all'approccio adottato in *Defrenne II*.

3. Piano dell'opera

Il lavoro si sviluppa a partire dalla prospettiva delineata nei paragrafi precedenti, con il duplice obiettivo di offrire una ricostruzione sistematica dell'approccio adottato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea ('Corte') per ciò che riguarda l'invocabilità nei confronti dei privati delle norme di diritto primario poste a tutela dei diritti fondamentali, nonché, dopo averne individuato i principali punti di debolezza, proporre possibili correttivi.

L'analisi muove dall'affrontare la questione dell'invocabilità dei diritti fondamentali nei confronti dei privati quale espressione della capacità delle norme primarie di diritto dell'Unione di esplicitare i loro effetti direttamente in capo alle persone fisiche e giuridiche. Questa è la prospettiva che ha fin qui prevalso nell'approccio della Corte e, in larga misura, della dottrina che si è occupata del tema. La scelta riflette, in prima battuta, il contesto in cui l'invocabilità in questione ha dato luogo a maggiori problemi ed incoerenze nell'ambito del diritto dell'Unione: la capacità delle norme primarie in materia di diritti fondamentali di esplicitare i loro effetti nei confronti dei privati è stata, infatti, dapprima riconosciuta per aggirare il divieto, imposto dalla sentenza *Faccini Dori*, di invocare le norme delle direttive in senso orizzontale. Tale evoluzione è oggetto di indagine nel secondo capitolo del presente lavoro, nel quale si evidenziano le contraddizioni che caratterizzano la giurisprudenza in materia. A fronte, infatti, dell'adozione di una posizione di chiusura rispetto alla possibilità che le norme delle direttive possano essere invocate nei confronti di soggetti privati, si è assistito nel corso del tempo all'individuazione di una serie di eccezioni – finalizzate a rafforzare l'effetto utile del diritto UE e, per questa via, la tutela dei diritti individuali – che finiscono con il mettere in dubbio la tenuta e la ragionevolezza dell'assunto iniziale. La seconda parte del capitolo analizza la scelta della Corte di fare ricorso ai principi generali, riconoscendo loro la capacità di imporre obblighi direttamente in capo ad un privato, per aggirare tale divieto. Coerentemente

Old Lady's Testament', in POIARES MADURO, AZOULAI (eds), *op. cit.*, 265-273 e S. O'LEARY, 'Defrenne II Revisited', in POIARES MADURO, AZOULAI (eds), *op. cit.*, 276-279.

con quella che è l'impostazione generale del lavoro, questa parte dell'analisi si concentra, in particolare, sulle implicazioni sistemiche di tale scelta.

Il terzo capitolo guarda alla Carta dei diritti fondamentali ('Carta') e alla scelta della Corte di mantenere sostanzialmente inalterato il proprio approccio per ciò che riguarda la capacità delle sue disposizioni di produrre effetti nei confronti dei privati. L'indagine affronta la risposta elaborata dalla Corte a chi, facendo anche riferimento alla formulazione dell'art. 51.1 della Carta, si era espresso in senso contrario alla possibilità che le sue disposizioni potessero imporre obblighi nei confronti delle persone fisiche e giuridiche. A tal fine, l'analisi dedica particolare attenzione al significato e alla portata dei due requisiti utilizzati dalla Corte per identificare le disposizioni suscettibili di esplicare i loro effetti nei confronti dei privati, vale a dire quelli dell'imperatività e dell'incondizionatezza. Inoltre, il capitolo affronta le conseguenze sul piano dei rimedi derivanti dall'invocabilità delle norme della Carta nei confronti dei privati.

Il quarto capitolo mette in luce come la scelta di affrontare la questione esclusivamente attraverso il prisma della dottrina dell'effetto diretto non sia adeguata e debba essere completata, sulla scorta di quanto avvenuto in *Defrenne II*, attraverso l'esplicitazione delle ragioni sostanziali su cui si fonda la scelta di ammettere l'invocabilità dei diritti fondamentali nei confronti dei privati. Tale chiarimento appare necessario per meglio definire la portata soggettiva e oggettiva di tale scelta. Da un lato, infatti, non è chiaro se le norme sui diritti fondamentali siano in grado di esplicare i loro effetti nei confronti di tutti i privati o se, come avviene in molti ordinamenti interni, ciò possa avvenire solo nei confronti di soggetti che si trovino in una posizione di supremazia rispetto alle controparti, potendo esercitare poteri e funzioni assimilabili, almeno sul piano degli effetti, a quelli delle autorità pubbliche. Quanto al secondo aspetto, il lavoro affronta il delicato rapporto tra il perseguimento, per il tramite dell'applicazione dei diritti fondamentali nei confronti dei privati, di obiettivi di giustizia sociale, così come previsti dall'art. 3 TUE, e la salvaguardia dell'autonomia economica privata. Questa parte dell'analisi è condotta esaminando il progressivo rafforzamento da parte della Corte della tutela dei diritti connessi all'autonomia economica privata e della loro capacità di operare contro il soggetto debole nell'ambito di rapporti tra privati strutturalmente diseguali, quali, in particolare, i rapporti di lavoro.

Nel quinto capitolo si traggono alcune conclusioni a partire dall'analisi svolta.

Capitolo Secondo

L'invocabilità dei principi generali posti a tutela dei diritti fondamentali nei confronti dei privati quale via per aggirare i limiti posti all'efficacia diretta in senso orizzontale delle norme delle direttive

SOMMARIO: 1. La non invocabilità delle norme delle direttive nei confronti di soggetti privati: la posizione ortodossa. – 1.1. L'invocabilità delle norme delle direttive nei confronti dello Stato quale strumento sanzionatorio. – 1.2. La reazione degli Stati membri e l'esclusione dell'invocabilità delle disposizioni di una direttiva nei confronti dei privati. – 1.3. Fondamento della regola *Faccini Dori* e tentativi di restringerla la portata (rinvio). – 2. I tentativi di aggirare la posizione ortodossa, senza però rinnegarla. – 2.1. L'ampliamento del novero di soggetti contro i quali è possibile invocare le norme di una direttiva attraverso l'adozione di una nozione estensiva di 'Stato'. – 2.2. La possibilità per le norme delle direttive di produrre effetti incidentali o 'triangolari'. – 2.3. L'obbligo di interpretazione conforme quale strumento di aggiramento del divieto di effetti diretti orizzontali per le norme delle direttive. – 3. L'entrata in scena dei principi generali posti a tutela dei diritti fondamentali: i casi *Mangold*, *Kücükdeveci* e *Dansk Industri*. – 4. Il fondamento dell'invocabilità dei principi generali nei confronti dei privati. – 5. Le implicazioni dell'invocabilità dei principi generali nei confronti dei privati sul rapporto tra poteri e sul riparto di competenze. – 6. Le implicazioni dell'invocabilità dei principi generali nei confronti dei privati sul principio della certezza del diritto.

1. La non invocabilità delle norme delle direttive nei confronti di soggetti privati: la posizione ortodossa

1.1. L'invocabilità delle norme delle direttive nei confronti dello Stato quale strumento sanzionatorio

Le direttive, come previsto dall'art. 288 TFUE, sono atti vincolanti che prevedono una normazione a due fasi: la prima, quella che si svolge a livello sovranazionale, nella quale sono fissati gli obiettivi da raggiungere, e la seconda, quella nazionale, in cui sono scelti la forma e i mezzi per il loro conseguimento. Questo fa sì che le direttive, a differenza dei regolamenti, non siano direttamen-

te applicabili negli ordinamenti interni, essendo necessaria l'adozione di un atto nazionale di trasposizione. Uno dei problemi che, da sempre, ha caratterizzato l'ordinamento comunitario è la diffusa tendenza da parte degli Stati membri o, almeno, di alcuni di essi a recepire tardivamente o in maniera non corretta le direttive.

Una prima risposta a questa seconda parte del problema – vale a dire la non corretta trasposizione – si è avuta con il crescente ricorso a direttive dettagliate¹, le quali, contenendo disposizioni normativamente più precise, miravano a ridurre il margine di discrezionalità degli Stati in fase di recepimento. Si tratta di una prassi che è stata avversata da più parti. Da un lato, vi è chi ne ha sottolineato la contraddittorietà rispetto alla natura stessa delle direttive, le quali, per questa via, finiscono con l'assumere caratteristiche tipiche dei regolamenti². Una trasformazione che, in effetti, potrebbe sollevare qualche dubbio di compatibilità con le norme dei Trattati, soprattutto nei casi in cui la base giuridica non preveda la possibilità di intervenire con un atto “obbligatorio in tutti i suoi elementi” e “direttamente applicabile”³. Tuttavia, la Corte ha sempre finito con l'ammettere la legittimità di queste direttive, qualora la loro adozione sia giustificata alla luce dell'obiettivo perseguito⁴. Dall'altro lato, era stato giustamente sottolineato come l'adozione di questo tipo di direttive rafforzasse la posizione dell'esecutivo, capace di far sentire la propria voce in seno al Consiglio, a discapito di quella dei parlamenti nazionali, i quali vedevano ridotta la loro capacità di intervento in fase di recepimento⁵. Questo tipo di dibattito aveva assunto toni particolarmente intensi in Francia, dove, proprio per rimarcare che la trasposizione delle direttive era questione che riguardava i soli Stati membri, le autorità si sono rifiutate, per un certo periodo, di comunicare alla Commissione gli atti interni adottati a tal fine⁶.

In parallelo, vi era chi aveva proposto di estendere la dottrina dell'efficacia diretta anche alle norme delle direttive, nel caso in cui fossero soddisfatte le condizioni previste in *Van Gend en Loos*⁷. Come è noto, il principale obiettivo perseguito dalla Corte attraverso il riconoscimento della capacità delle norme di Trattato di produrre effetti diretti, vale a dire di creare a favore di soggetti pri-

¹In argomento G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2020, 302-303.

²In argomento si veda G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 146.

³Si tratta degli elementi che, insieme al carattere generale, caratterizzano il regolamento, ai sensi dell'art. 288 TFUE.

⁴Sentenza del 23 novembre 1977, 38/77, *Enka*, ECLI:EU:C:1977:190, punti 11-12.

⁵K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, 2001, 99.

⁶M. RASMUSSEN, 'How to Enforce European Law? A New History of the Battle over Direct Effect of Directives, 1958-1987', *European Law Journal*, 23, 2017, 294.

⁷Sentenza del 5 febbraio 1973, 26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

vati posizioni giuridiche direttamente tutelabili da parte del giudice nazionale, era quello di rafforzare il rispetto del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri⁸. Il riconoscimento dell'esistenza di diritti direttamente azionabili dai singoli mirava a costituire un sistema di *private enforcement* del diritto dell'Unione da affiancarsi a quello previsto dal Trattato e incentrato sulla procedura di infrazione⁹. Il punto era stato messo in chiaro già in *Van Gend en Loos*, ammettendo che “[l]a vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli 169 e 170 affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri”¹⁰. Questo tipo di evoluzione, concretizzatasi grazie alla Corte, era stata preparata e sostenuta da diversi attori del processo di integrazione europea¹¹, tra i quali spicca il Servizio giuridico della Commissione guidato all'epoca da Michel Gaudet¹². Quest'ultimo era convinto che la procedura di infrazione, per quanto fosse un meccanismo di controllo già molto avanzato nel panorama delle organizzazioni internazionali dell'epoca, non fosse adeguato per un ordinamento che, per quanto costruito sulla base di strumenti di diritto internazionale, aveva, in realtà, natura costituzionale¹³. Inoltre, in questo modo, si voleva ulteriormente rafforzare il ruolo del diritto e del potere giurisdizionale nella costru-

⁸ Sulle molteplici dimensioni dell'efficacia diretta si veda P. CRAIG, 'Once Upon a Time in the West. Direct Effect and the Federalization of EEC Law', *Oxford Journal of Legal Studies*, 12, 1992, 453-479.

⁹ Su questa evoluzione si veda D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, 65-67. L'A. lo definisce come uno “strumento sanzionatorio diffuso, al servizio dell'ordinamento europeo, qualora le autorità nazionali dovessero violare i trattati e l'effettività delle norme europee fosse messa in discussione”.

¹⁰ *Van Gend en Loos*, punto II.B.

¹¹ Sempre più spesso si assiste al tentativo, anche nella dottrina giuridica, di andare oltre l'approccio tradizionale, secondo il quale lo sviluppo del processo di integrazione europea è, in larga misura, il frutto dell'azione della Corte, la quale, nell'esercizio di funzioni meramente tecnocratiche, ha supplito all'assenza della politica sul piano sovranazionale. Parte della dottrina contesta, però, questo tipo di lettura, evidenziando come la Corte sia essa stessa un soggetto politico che ha interagito con altri soggetti, a loro volta portatori di interessi di parte. Pertanto, l'evoluzione del diritto dell'Unione e del processo di integrazione europea non possono considerarsi il frutto di decisioni meramente tecniche, quanto piuttosto il risultato di mutevoli compromessi tra interessi contrastanti. In questo senso si vedano A. ARENA, 'From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of *Costa v. ENEL*', *European Journal of International Law*, 30, 2019, 1017-1037; T. PAVONE, 'From Marx to Market: Lawyers, European Law, and the Contentious Transformation of the Port of Genoa', *Law and Society Review*, 53, 2019, 851-888; F. NICOLA, B. DAVIES (eds), *EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge, 2017. Per una prospettiva sociologica di tale evoluzione si veda A. VAUCHEZ, *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge, 2015.

¹² Per un ritratto a più ampio raggio si veda J. BAILLEUX, 'Michel Gaudet a Law Entrepreneur: the Role of the Legal Service of the European Executives in the Invention of EC Law and of the Common Market Law Review', *Common Market Law Review*, 50, 2013, 359-367.

¹³ RASMUSSEN, *How to Enforce European Law?*, cit., 292-293.

zione del processo di integrazione europea, consentendo ai giudici nazionali e, di rimando, alla Corte di Giustizia di valutare la compatibilità del diritto interno con il diritto dell'Unione. In questo quadro, un ruolo di assoluta preminenza era riservato al rinvio pregiudiziale, strumento di dialogo inizialmente pensato unicamente per assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e progressivamente divenuto il cardine del sistema di *private enforcement* creato dalla Corte attraverso la combinazione tra effetto diretto e primato¹⁴.

Il primo caso nel quale la Corte ha accolto la posizione illustrata in precedenza, esplicitamente ammettendo la possibilità per i privati di invocare in giudizio le disposizioni di una direttiva, è *SACE*¹⁵. La sentenza riguardava le vicende della Spa SACE di Bergamo, la quale nel settembre 1969 aveva importato da altri Stati membri della Comunità merci per un valore complessivo di circa 10 milioni di lire ed aveva dovuto pagare, per questo, 50.995 lire in diritti per servizi amministrativi. Ritenendo che tali somme fossero state indebitamente richieste e riscosse, la SACE aveva promosso un'azione giudiziaria di fronte al Tribunale di Brescia per ottenerne il rimborso. In particolare, essa riteneva che l'imposizione di un diritto per servizi amministrativi nei confronti delle merci importate da altri Paesi membri contrastasse con gli artt. 9 e 13 TCEE, i quali imponevano l'eliminazione graduale delle tasse aventi effetto equivalente ai dazi doganali, e con la Direttiva 68/31/CEE. Tale ultimo atto aveva fissato la data del 1° luglio 1968 quale termine per procedere all'eliminazione di dazi e oneri ad essi equivalenti. La Direttiva era stata sostanzialmente ignorata dalle autorità italiane e il Tribunale di Brescia aveva, quindi, chiesto lumi alla Corte circa la possibilità per un privato di invocare una delle sue disposizioni, in combinato disposto con le norme del Trattato. La risposta sul punto da parte della Corte era stata molto chiara, arrivando a sancire che “[l]a direttiva 68/31, il cui scopo è d'impartire ad uno Stato membro una data limite per l'adempimento di un obbligo comunitario, non riguarda solo i rapporti fra la Commissione e detto Stato, ma implica conseguenze giuridiche che possono essere fatte valere e dagli altri Stati membri essi pure interessati alla sua esecuzione, e dai singoli qualora, per sua natura, la disposizione che sancisce detto obbligo sia direttamente efficace, come lo sono gli articoli 9 e 13 del trattato”¹⁶.

¹⁴ Su questa evoluzione del rinvio pregiudiziale si vedano, *ex multis*, M. BROBERG, 'Preliminary Reference as a Means for Enforcing EU Law', in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, 99-111; B. DE WITTE, 'The Impact of *Van Gend en Loos* on Judicial Protection at European and National Level: Three Types of Preliminary Questions', in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (eds), *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos 1963-2013*, Luxembourg, 2013, 93-101; P. PESCATORE, '*Van Gend en Loos*, 3 February 1963 – A View from Within', in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, 3-8.

¹⁵ Sentenza del 17 dicembre 1970, 33/70, *SACE*, ECLI:EU:C:1970:118.

¹⁶ *SACE*, punto 15.

La posizione espressa in *SACE* venne ripresa, e meglio articolata, pochi anni dopo, nella sentenza *Van Duyn*¹⁷. Yvonne van Duyn, cittadina olandese, si era recata nel Regno Unito per rispondere ad un'offerta di lavoro da parte di una comunità appartenente alla Chiesa di Scientology. Il Governo britannico riteneva, però, che l'attività svolta dalla Chiesa di Scientology fosse contraria all'ordine pubblico e le aveva, quindi, negato l'autorizzazione a fare ingresso sul territorio del Regno Unito. La signora Van Duyn aveva impugnato il provvedimento, ritenendolo in contrasto con le norme comunitarie concernenti la libera circolazione dei lavoratori e, più specificatamente, l'art. 48 TCEE, il Regolamento (CEE) 1612/68¹⁸ e l'art. 3 della Direttiva 221/64/CEE¹⁹. In particolare, tale ultima disposizione consentiva l'adozione di provvedimenti restrittivi per la tutela dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza, ma solo se adottati "in relazione al comportamento personale dell'individuo nei confronti del quale essi sono applicati". Nel merito, la Corte aveva rigettato la posizione espressa dalla ricorrente nella causa principale, ritenendo che la mera appartenenza ad un gruppo ritenuto socialmente pericoloso costituisse motivo valido per l'adozione di misure restrittive alla libera circolazione dei lavori, anche se, come nel caso di specie, l'attività svolta dal gruppo in questione non fosse vietata ai sensi della legislazione nazionale. Per giungere a tale conclusione, ed è questo l'aspetto più interessante ai fini della presente analisi, la Corte aveva dovuto preliminarmente pronunciarsi sulla possibilità per la signora Van Duyn di invocare la norma di una direttiva, rispondendo in senso positivo alla questione. Nonostante la posizione di contrarietà espressa dal Regno Unito, la Corte aveva messo in luce come negare la possibilità per un giudice nazionale di prendere in considerazione una norma di una direttiva avrebbe finito con il mettere in discussione il carattere vincolante di tali atti, determinando un'indebita restrizione della loro portata normativa²⁰. Inoltre, la Corte aveva osservato come, nel caso di specie, la norma fosse invocabile da parte di un privato, ponendo un obbligo "assoluto ed incondizionato", il quale "non richiede [...] alcun provvedimento d'attuazione da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri"²¹. In questo modo la Corte aveva allineato la giurisprudenza in materia di diretta efficacia delle direttive a *Van Gend en Loos*, riprendendo in maniera puntuale i criteri elaborati in quella sede.

A differenza di quanto avviene per le norme dei trattati, la Corte ha successi-

¹⁷ Sentenza del 4 dicembre 1974, 41/74, *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133.

¹⁸ Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, *relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità*, in *GU L 257* del 19 ottobre 1968, 2-12.

¹⁹ Direttiva 64/221/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1964 per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, in *GU 56* del 4 aprile 1964, 850-857.

²⁰ *Van Duyn*, punto 12.

²¹ *Van Duyn*, punto 13.

vamente chiarito che la possibilità di riconoscere efficacia diretta alle norme delle direttive che pure rispettino le condizioni viste in precedenza sussiste solo ove sia già scaduto il termine per il recepimento. Si tratta, come si avrà modo di osservare più dettagliatamente nel prosieguo del lavoro, di un limite coerente con la logica sanzionatoria sottesa all'evoluzione in parola. Fino al momento in cui il tempo della trasposizione non sia ancora interamente trascorso, gli Stati potrebbero adempiere a questo obbligo e sarebbe quindi ingiusto sottoporli a qualsiasi forma di sanzione.

1.2. La reazione degli Stati membri e l'esclusione dell'invocabilità delle disposizioni di una direttiva nei confronti dei privati

Fin da subito, la spinta verso la piena ammissione dell'invocabilità delle norme delle direttive da parte dei privati aveva suscitato non poche perplessità che, con l'adozione della sentenza *Van Duyn*, si erano trasformate in aperta ostilità soprattutto da parte degli Stati membri²². Sintomatico a tale proposito è il Rapporto del *Select Committee on the European Communities* della *House of Lords* pubblicato il 4 febbraio 1975²³, pochi mesi dopo l'adozione della sentenza. Il documento si esprimeva in termini molto critici rispetto alla pronuncia, rilevando che la scelta di conferire diretta efficacia alle norme delle direttive era causa di incertezza giuridica perché avrebbe consentito alla Corte di modificare il quadro normativo di riferimento anche molti anni dopo l'adozione della Direttiva e delle misure nazionali di recepimento. Per contrastare tale rischio, e contemporaneamente ridurre il margine di manovra della Corte, il Rapporto proponeva al Consiglio di identificare già al momento dell'adozione della direttiva quali disposizioni sarebbero state suscettibili di produrre effetti diretti. Secondo l'allora Presidente del Select Committee, Lord Diplock, questa soluzione avrebbe avuto il pregio di “restore the position to what it was before. Regulations directly applicable, yes; Directives directly applicable, no – then we know where we are”. È interessante notare che, nell'ambito del medesimo dibattito di fronte alla House of Lords, l'allora Lord Chancellor aveva tentato di ridimensionare le preoccupazioni espresse da Lord Diplock, rilevando come la regola espressa nella sentenza *Van Duyn* fosse, in realtà, destinata a trovare applicazione in un numero molto limitato di casi, posto che una norma della direttiva può essere invocata, al massimo, contro uno Stato e mai “by one private person against another”²⁴.

²² RASMUSSEN, *How to Enforce European Law?*, cit., 298-299.

²³ House of Lords, Tenth Report from the Select Committee on the European Communities: Direct Applicability of Directives, Session 1974-1975, Tuesday 4 February 1975.

²⁴ Il dibattito è riportato in *European Communities Committee Report*, 15 April 1975, HL Deb 15 April 1975, vol. 359, cc 321-42.

La posizione assunta dalla Corte in *Van Duyn* era stata criticata anche per essere in contrasto con l'allora art. 189 TCEE, oggi divenuto art. 288 TFUE. La disposizione prevede, infatti, in maniera chiara che destinatari delle direttive siano solo gli Stati membri, distinguendole così dai regolamenti. Come rilevato dal Governo tedesco in *SACE*, tale ultima distinzione si riflette su contenuto e portata degli atti. Infatti, mentre i regolamenti "consentono di creare un ordinamento comunitario a sé stante, che si sovrappone e si sostituisce alle norme giuridiche interne, [le direttive] lasciano sussistere il diritto interno"²⁵. Gli Stati membri ritenevano che l'attribuzione di caratteristiche proprie dei regolamenti anche alle norme delle direttive fosse incompatibile con la distinzione prevista dal Trattato e avesse ripercussioni sull'equilibrio istituzionale dell'Unione, nonché sui rapporti tra l'ordinamento sovranazionale e quello nazionale. Come aveva rilevato in *SACE* il Governo tedesco, "[i]l fatto che il trattato imponga, per determinate materie, di servirsi della direttiva (cfr. ad esempio, l'art. 100) sottolinea l'importanza fondamentale conferita dagli Stati firmatari alla distinzione fra le direttive e gli altri atti, importanza che sarebbe negata qualora la direttiva venisse praticamente assimilata al regolamento"²⁶.

La stessa posizione era stata assunta anche dal Conseil d'État francese nel caso *Cohn-Bendit*, relativo, come già *Van Duyn*, all'invocabilità da parte di un privato della Direttiva 64/221 sulla libera circolazione dei lavoratori. Daniel Cohn-Bendit, cittadino tedesco, era stato una delle figure di riferimento del '68 parigino e, per tale ragione, era stato espulso dal territorio francese. Egli aveva, però, impugnato il provvedimento, ritenendolo contrario al diritto dell'Unione e, in particolare, ad alcune delle disposizioni della sopracitata Direttiva. Il Tribunale amministrativo di Parigi aveva deciso di porre dei quesiti pregiudiziali alla Corte di Giustizia, ma questa decisione era stata annullata dal Conseil d'État. Quest'ultimo si era però spinto oltre, rispondendo ai tentativi della Corte di attribuire alle norme delle direttive la capacità di produrre effetti diretti. In particolare, proprio facendo riferimento all'allora art. 189 TCEE, esso aveva sancito che "quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des Etats membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces Etats à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel"²⁷.

Per quanto ferma, l'opposizione degli Stati membri non aveva fatto recedere la Corte quanto all'invocabilità delle norme di una direttiva da parte di un priva-

²⁵ *SACE*, punto II.2.

²⁶ Una posizione analoga era stata adottata dal Governo britannico che, intervenendo nel caso *Van Duyn*, aveva osservato che "se l'art. 189 attribuisce ai regolamenti, alle direttive e alle decisioni una diversa efficacia, è giusto presumere che il Consiglio, emanando una direttiva invece di un regolamento, abbia inteso adottare un provvedimento con effetti diversi da quelli d'un regolamento, vale a dire non direttamente efficace".

²⁷ Conseil d'Etat, Assemblée du 22 décembre 1978, 11604.

to contro un'autorità pubblica, "per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato"²⁸. Tuttavia, tale clima di ostilità aveva costretto la Commissione a desistere dal tentativo di convincere la Corte ad andare oltre a quanto già ottenuto, riconoscendo piena efficacia diretta alle norme di una direttiva e obliterando, almeno a tale proposito, ogni differenza tra queste e i regolamenti. Il passo indietro, se così può essere definito, è particolarmente rilevante per l'analisi in corso, poiché esso riguarda anche e soprattutto la possibilità di invocare le norme di una direttiva nei confronti dei privati.

Un primo segnale di svolta si era avuto con la sentenza *Ratti*²⁹, relativa alla decisione da parte della società SILVAM di etichettare le proprie vernici secondo quanto previsto da due direttive non ancora recepite, le quali stabilivano l'obbligo di fornire informazioni diverse rispetto a quanto imposto dalla legge italiana dell'epoca. Veniva, quindi, avviato un procedimento penale contro l'impresa, della quale il sig. Ratti era il legale rappresentante. Una delle questioni sollevate dalla Pretura di Milano era se le norme delle direttive, in quanto precise ed incondizionate, potessero essere invocate direttamente in un caso come questo. La Corte aveva inteso ribadire che alle norme delle direttive può essere riconosciuta diretta efficacia, ove ne ricorrano le condizioni, vale a dire quando l'obbligo imposto è incondizionato e sufficientemente preciso³⁰. Essa aveva, però, chiarito che ciò può avvenire solo una volta scaduto il termine per il recepimento³¹: prima di allora, "poiché le direttive, per natura, impongono obblighi soltanto agli Stati membri, il singolo non può far valere il principio del 'legittimo affidamento'"³². Era la prima volta che la Corte riconosceva esplicitamente che i destinatari delle norme di una direttiva fossero solo gli Stati membri, ponendo così un limite alla piena assimilazione tra direttive e regolamenti. La posizione era in linea con quella espressa dall'Avvocato generale³³ e, ancora più significativamente, dalla Commissione nel suo intervento nel procedimento³⁴. Una parte della dottrina³⁵ ha sottolineato lo stretto legame, anche temporale, esistente tra il mutato orientamento della Corte e la dura posizione assunta dal Conseil d'État nel caso *Cohn-Bendit*, a dimostrazione che l'opposizione degli Stati aveva in qualche maniera costretto la Corte a fissare dei limiti all'operare del principio

²⁸ Sentenza del 19 gennaio 1982, 8/81, *Becker*, ECLI:EU:C:1982:7, punto 25.

²⁹ Sentenza del 5 aprile 1979, 148/78, *Ratti*, ECLI:EU:C:1979:110.

³⁰ *Ratti*, punto 24.

³¹ *Ratti*, punti 43-45.

³² *Ratti*, punto 46.

³³ Conclusioni AG Reischl del 20 febbraio 1979, 148/78, *Ratti*, ECLI:EU:C:1979:44, punto 1.

³⁴ *Ratti*, punto II.C.

³⁵ RASMUSSEN, *How to Enforce European Law?*, cit., 301-302.

di effettività in questo contesto, impedendo la piena assimilazione delle direttive ai regolamenti.

Tale atteggiamento, improntato ad una maggiore cautela nella definizione del regime di invocabilità delle direttive, si ritrova anche nella giurisprudenza sull'efficacia orizzontale di tali atti come dimostra la scelta della Corte di escludere che le loro disposizioni possano imporre obblighi in capo ad un privato e, dunque, essere utilmente invocate nei suoi confronti.

Il primo caso nel quale la questione è affrontata, sebbene solo incidentalmente è il caso *Marshall I*³⁶. La signora Marshall era stata licenziata dal suo datore di lavoro – la Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching) – perché, nonostante avesse ormai raggiunto l'età di pensionamento prevista dalla legislazione britannica, si rifiutava di andare in pensione. Nell'impugnare il provvedimento la signora Marshall sosteneva che la previsione di un'età di pensionamento per le donne più bassa rispetto a quella prevista per gli uomini fosse discriminatoria e, dunque, contraria al diritto UE e, più specificamente, alla Direttiva 76/207/CEE. Una delle questioni su cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi riguardava l'invocabilità dell'art. 5 della Direttiva, norma sicuramente chiara ed incondizionata. Il datore di lavoro e il Governo britannico si erano espressi in senso contrario a tale possibilità, rilevando come l'adozione di una simile soluzione avrebbe portato ad imporre le norme di una direttiva nei confronti di un privato. La Corte aveva accolto questo argomento, almeno in linea di principio, osservando che, ai sensi dell'art. 189 CEE, è possibile far valere la norma di una direttiva di fronte ad un giudice nazionale “solo nei confronti dello ‘Stato membro cui è rivolta’”³⁷. Si noti come l'espressione riprenda in maniera puntuale quella già utilizzata in *Ratti* per marcare la differenza tra direttive e regolamenti. Da tale considerazione, la Corte aveva fatto discendere una conseguenza importante, vale a dire l'impossibilità per una direttiva di “creare obblighi a carico di un singolo” e, dunque, l'impossibilità di far valere una sua disposizione “in quanto tale nei confronti dello stesso”³⁸. Tale conclusione aveva un valore meramente incidentale nel caso di specie, posto che la Corte aveva ritenuto che, vista la natura pubblica del datore di lavoro, la norma della direttiva fosse invocabile nei suoi confronti, dovendo questo essere ricompreso nella nozione di ‘Stato’³⁹.

La scelta di escludere l'invocabilità delle norme di una direttiva nei confronti dei privati era stata, fin da subito, oggetto di critiche, anche da esponenti della Corte stessa. Ad esempio, l'Avvocato generale Jacobs in *Vaneetveld* aveva con-

³⁶ Sentenza del 26 febbraio 1986, 152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84.

³⁷ *Marshall*, punto 48.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ L'adozione di una nozione ampia di ‘Stato’ quale via per aggirare il divieto di invocabilità delle norme di una direttiva nei confronti di un privato sarà oggetto di analisi specifica nel prosieguo del lavoro.

testato la scelta di adottare una lettura rigorosamente letterale dell'art. 189 CEE per giustificare tale posizione. Questo perché, sempre secondo l'Avvocato generale, la disposizione in parola non esclude in maniera esplicita che dalle norme delle direttive possano sorgere obblighi direttamente gravanti sui privati. Inoltre, ritenere che il dato letterale costituisca un ostacolo all'estensione dell'invocabilità della norma contrasta con quanto sancito dalla Corte in altre occasioni e, in particolare, nella sentenza *Defrenne II* rispetto all'allora art. 119 CEE, oggi divenuto l'art. 157 TFUE⁴⁰.

Ciononostante, la Corte aveva ribadito, e definitivamente consolidato, la posizione espressa in *Marshall I* nella sentenza *Faccini Dori*⁴¹. Il caso riguardava un contratto stipulato dalla signora Faccini Dori alla Stazione Centrale di Milano per l'acquisto di un corso di inglese per corrispondenza. Avendo cambiato idea, la signora comunicava via raccomandata il suo recesso alla società venditrice, invocando il termine previsto a tal fine dalla Direttiva 85/577 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, la quale, però, non era ancora stata recepita dall'Italia a quell'epoca, nonostante il termine per la sua trasposizione fosse già scaduto. In particolare, l'art. 5 della Direttiva stabiliva che al consumatore doveva essere data la possibilità di recedere entro almeno 7 giorni dal momento in cui il commerciante lo ha informato in merito ai suoi diritti. La Corte aveva rilevato come questa previsione, insieme a quelle contenute in altre disposizioni della Direttiva, fosse chiara, precisa e incondizionata⁴². Ma la questione nodale era se il diritto di recesso derivato dalla Direttiva potesse essere fatto valere nei confronti di un privato, quale, nel caso di specie, la società con cui la signora Faccini Dori aveva stipulato il contratto.

È interessante notare come il giudice del rinvio avesse adottato una posizione molto netta sul punto, rilevando che “la limitazione degli effetti delle direttive incondizionate e sufficientemente precise, ma non attuate, ai rapporti tra enti statali e singoli farebbe sì che un atto normativo sia tale solo nei rapporti fra alcuni soggetti dell'ordinamento mentre, nell'ordinamento italiano come in quello di ogni altro ordinamento di qualsiasi paese moderno basato sul principio di legalità, lo Stato è un soggetto di diritto al pari di qualsiasi altro. Se la direttiva potesse essere opponibile solo nei confronti dello Stato, ciò equivarrebbe a una sanzione per l'inadempienza nell'adozione delle misure legislative di attuazione, come se si trattasse di un rapporto di natura meramente privatistica”⁴³. La Corte, però, non aveva accolto questa sollecitazione e aveva confermato quanto già incidentalmente affermato in *Marshall I*, vale a dire l'impossibilità di estendere

⁴⁰ Conclusioni AG Jacobs del 27 gennaio 1994, C-316/93, *Vaneetveld*, ECLI: EU:C:1994:32 punto 20.

⁴¹ Sentenza del 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292.

⁴² *Faccini Dori*, punto 18.

⁴³ *Faccini Dori*, punto 21.

la giurisprudenza sugli effetti diretti verticali delle norme delle direttive ai rapporti tra singoli. Anche in questo caso, il ragionamento della Corte prendeva spunto dall'art. 189 CEE e dai limiti che questo poneva all'estensione della sfera dei destinatari degli obblighi posti da una direttiva oltre agli Stati. In particolare, notava la Corte, l'estensione ai privati avrebbe significato "riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti"⁴⁴.

1.3. Fondamento della regola *Faccini Dori* e tentativi di restringerne la portata (rinvio)

La regola cristallizzata in *Faccini Dori* appare coerente con la funzione sanzionatoria perseguita attraverso il riconoscimento della capacità di talune norme delle direttive di produrre effetti diretti. Come si è già avuto modo di rimarcare nel paragrafo precedente, il conferimento ai privati della possibilità di invocare di fronte ad un giudice la norma di una direttiva, a tutela dei propri diritti, è funzionale innanzitutto a rendere più capillare ed efficace il controllo sull'operato degli Stati membri. Questa logica si applica senza alcuna difficoltà nel caso di rapporti verticali, cioè tra il privato e l'autorità pubblica, mentre appare decisamente più problematica nei rapporti tra privati⁴⁵. In questo caso, infatti, la possibilità per una delle due parti di invocare la norma di una direttiva, anche solo per impedire l'applicazione di una norma interna contrastante con il diritto UE, fa sì che l'altra parte sia chiamata a sopportare un onere senza che questo serva da stimolo allo Stato per porre fine al suo inadempimento.

Secondo la giurisprudenza della Corte, la regola trova il proprio fondamento in due ragioni: una di carattere istituzionale, l'altra riguardante la posizione del privato contro il quale la norma della direttiva è invocata.

La Corte ha tendenzialmente concentrato la propria attenzione sul primo ordine di motivi, il quale trova espressione nell'attuale art. 288 TFUE e nella previsione, ivi contenuta, secondo la quale i destinatari delle norme delle direttive sono gli Stati membri⁴⁶. In realtà il solo riferimento a questa disposizione non chiarisce i termini della questione. Il problema di estendere il novero dei destinatari degli obblighi posti da una direttiva non è, come sembrerebbe suggerire l'Avvocato generale Jacobs in *Vaneetveld*, quello di andare oltre al dato testuale

⁴⁴ *Faccini Dori*, punto 24.

⁴⁵ In argomento si veda A. DASHWOOD, 'From *Van Duyn* to *Mangold* via *Marshall*: Reducing Direct Effect to Absurdity?', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 9, 2007, 85-86.

⁴⁶ Per una lettura in senso fortemente critico di tale posizione si veda *ex multis* R. MASTRO-IANNI, 'On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effect of Directives: What Role for the Principle of Equality?', *European Public Law*, 1999, 424-425.

attraverso l'uso, a dire il vero non del tutto convincente, della massima secondo la quale tutto ciò che non è espressamente vietato, deve ritenersi consentito. Questo limite, infatti, costituisce una delle concrete esplicazioni del principio di attribuzione: come correttamente messo in luce della Corte a più riprese, il suo superamento in via interpretativa determinerebbe un ampliamento della capacità di intervento dell'Unione, consentendole di adottare atti capaci di intervenire nella sfera giuridica dei soggetti privati anche in casi nei quali il Trattato non le conferisce il potere di adottare regolamenti.

Il secondo fondamento della regola *Faccini Dori*, quello relativo alla posizione del privato contro il quale la norma della direttiva è invocata, ha ricevuto maggiore attenzione in dottrina che non da parte della Corte. Una parziale eccezione in tal senso è rappresentata dalle Conclusioni dell'Avvocato generale Lenz in *Faccini Dori*. Dopo aver rigettato gli argomenti fondati sulla natura della Direttiva, ai sensi dell'art. 189 CEE, l'Avvocato generale aveva rilevato come questo fosse l'unico argomento davvero fondato, soprattutto quando il privato contro il quale si invoca la norma di una direttiva abbia agito nel rispetto della norma nazionale. In questi casi, egli ammetteva che "per ragioni di certezza del diritto, l'efficacia orizzontale delle direttive mi appare estremamente problematica, se osservata dal punto di vista del terzo onerato"⁴⁷. Alla luce di tali considerazioni, appare quanto meno sorprendente lo sviluppo del ragionamento condotto dall'Avvocato generale e le conclusioni a cui esso era giunto. Lenz aveva, infatti, ritenuto che il problema della certezza del diritto dovesse considerarsi sostanzialmente risolto con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, il quale aveva introdotto l'obbligo di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale anche per le direttive. Così facendo, si era garantito che anche questo atto soddisfacesse quello che si riteneva essere il "requisito elementare perché un atto normativo produca oneri a carico del cittadino"⁴⁸, vale a dire quello della pubblicità. L'Avvocato generale aveva quindi concluso rilevando che la scelta di escludere l'invocabilità delle direttive contro un privato fosse pienamente giustificabile in epoca pre-Maastricht, ma non avesse più alcun fondamento per il periodo successivo⁴⁹.

Pur ammettendone la perdurante rilevanza, una parte della dottrina⁵⁰ ritiene che l'argomento fondato sulla certezza del diritto, e sul suo corollario della tutela del legittimo affidamento, non possa portare ad escludere in maniera aprioristica l'invocabilità delle norme delle direttive anche in controversie tra privati.

⁴⁷ Conclusioni AG Lenz del 9 febbraio 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:45, punto 63.

⁴⁸ Conclusioni AG Lenz, *Faccini Dori*, punto 64.

⁴⁹ Conclusioni AG Lenz, *Faccini Dori*, punto 73. Su questo aspetto e sul valore *erga omnes* delle direttive, si veda R. BARATTA, 'Quali prospettive in tema di effetti c.d. orizzontali di norme di direttive inattuata?', *Rivista di diritto internazionale*, 1994, 488-489.

⁵⁰ GALLO, *L'efficacia diretta*, cit., 301-302.

Tale soluzione garantisce sì la tutela dell'affidamento del soggetto contro il quale la direttiva è invocata, ma tale risultato è raggiunto in totale spregio dell'interesse dell'altra parte di poter far valere un diritto conferitole dalla direttiva. La soluzione proposta è quella di procedere ad una valutazione in concreto, prendendo in considerazione se, ed in quale misura, il privato contro cui la norma è invocata abbia agito in maniera corretta, o abbia invece volutamente tratto vantaggio dall'inadempimento dello Stato, e bilanciando il suo interesse alla tutela dell'affidamento con quello della controparte. Nonostante abbia l'indubbio pregio di consentire una valutazione più accurata della situazione, la proposta si scontra con due ordini di difficoltà che non possono essere trascurati. In primo luogo, dal punto di vista logico, essa si pone a valle della scelta di conferire diretta efficacia alle norme di una direttiva: la possibilità di bilanciare i contrapposti interessi presuppone, infatti, che entrambe le parti, anche quella che invoca il diritto previsto dalla direttiva, abbiano un interesse riconosciuto e tutelato da parte dell'ordinamento. Tale condizione, evidentemente, può dirsi soddisfatta solo nella misura in cui si sia già ammesso che i privati possano far valere una norma di una direttiva nei confronti di altri privati. In secondo luogo, dal punto di vista operativo, tale soluzione rischia di complicare ulteriormente la situazione per ciò che riguarda la certezza del quadro normativo, stante la difficoltà, quando non l'impossibilità, per un privato di conoscere in anticipo quale sarà il risultato derivante da un esercizio, quello del bilanciamento, che è per sua natura fluido ed incerto.

Per quanto chiara e lineare, la regola elaborata in *Faccini Dori* importa un sacrificio significativo del principio di effettività del diritto dell'Unione, impedendo ad una persona fisica o giuridica di invocare una norma di diritto dell'Unione che le conferirebbe un diritto o una posizione di vantaggio e, per questa via, far emergere un contrasto tra una disposizione nazionale e il diritto dell'Unione. Secondo questa impostazione, in una situazione di questo tipo l'unica soluzione possibile per il privato è intentare un'azione per risarcimento del danno derivante dal mancato rispetto del diritto dell'Unione nei confronti dello Stato inadempiente. Nel corso del tempo, la Corte ha inteso rimediare a quella che era percepita come una criticità, individuando una serie di "palliativi"⁵¹ alla regola della non invocabilità delle norme di una direttiva nei confronti di un privato. Quest'opera di progressiva erosione della regola *Faccini Dori*, condotta nel nome dell'effettività del diritto dell'Unione, ha contribuito a rendere il quadro complessivo viepiù confuso e contraddittorio, rendendo sempre più difficile difendere la regola originaria, ormai divenuta poco più di un simulacro⁵². Questo ti-

⁵¹ Conclusioni AG Bot del 7 luglio 2009, C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2009:429, punti 59-65.

⁵² O. POLLICINO, 'L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato', *MediaLaus*, 3, 2018, 147. L'A. definisce questa giurisprudenza della Corte un "crampo mentale". Si