LUISS Guido Carli
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto dell'Unione Europea Progredito

DIRITTI FONDAMENTALI O LIBERTÀ FONDAMENTALI? LA LOGICA SCHMIDBERGER ALLA PROVA DEI FATTI

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Daniele Gallo

CANDIDATO
Chiara Matarrese
Matr. 096433

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Roberto Virzo

ANNO ACCADEMICO 2012-2013

DIRITTI FONDAMENTALI O LIBERTA' FONDAMENTALI? LA LOGICA *SCHMIDBERGER* ALLA PROVA DEI FATTI

Introduzione.....pag. 1

I. LIBERTA' FONDAMENTALI E DIRITTI FONDAMENTALI: UNA RELAZIONE CONTROVERSA

1. I diritti fondamentali: dottrina e giurisprudenza nella lettura dell'articolo 6 TUE prima e dopo il trattato di Lisbona.

1.1 L'evoluzione giurisprudenziale……...pag. 7
1.2 Gli sviluppi normativi……....pag. 10

2. Le libertà fondamentali nell'ordinamento UE.....pag. 17

2.1 La libera circolazione delle merci…....pag. 18
2.2 Il diritto di stabilimento e la libera circolazione dei servizi……pag. 25
2.3 La libera circolazione dei lavoratori….pag. 31
2.4 La libera circolazione dei capitali e dei pagamenti…….pag. 34

3. Criticità e sviluppi……....pag. 36

II. LA LOGICA ADOTTATA NEL CASO *SCHMIDBERGER* E LA SUA RIMODULAZIONE NEL CASO *OMEGA*

1. I fatti all'origine della controversia….pag. 45

2. Il bilanciamento operato dalla Corte

2.1 Considerazioni preliminari al bilanciamento...
…….pag. 49
2.2 Il valore della dignità umana nel caso *Omega*.....pag. 56
2.3 Alcune riflessioni sulla dottrina del margine di apprezzamento…….pag. 61
2.4 Nel cuore del bilanciamento: il test di proporzionalità……pag. 65

3. Alcune obiezioni al bilanciamento operato dalla Corte……..pag. 72

III. *VIKING* E *LAVAL*

1. I fatti e le questioni pregiudiziali…….pag. 78

2. Osservazioni della Corte in merito alla ricevibilità delle questioni

2.1 *Viking:* l'ambito di applicazione dell'art. 43 CE e l'efficacia diretta orizzontale……pag. 82
2.2 *Laval:* la compatibilità con la direttiva 96/71/CE e l'ambito di applicazione dell'art. 49 CE…….pag. 86

3. Il bilanciamento operato dalla Corte

3.1 L'esistenza di restrizioni e l'eventuale giustificazione…….pag. 91
3.2 La verifica in merito alla proporzionalità della misura…….pag. 96

4. I diritti sociali come diritti fondamentali

4.1 Il riconoscimento dei diritti sociali nella dimensione sopranazionale…….pag. 100
4.2 I diritti sociali fondamentali: osservazioni

critiche agli orientamenti adottati dalla Corte…….pag. 103

CONCLUSIONI……..pag. 112

BIBLIOGRAFIA……pag. 121

INTRODUZIONE

Il bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà fondamentali costituisce un tema ampiamente dibattuto nell'ambito del diritto dell'Unione, in particolare nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Ciò che rende questa materia estremamente controversa è la difficoltà di raggiungere un perfetto equilibrio nel contemperamento tra le libertà economiche, che rappresentano una componente essenziale nella stessa realizzazione del mercato interno e dell'integrazione europea, e i diritti fondamentali, la cui tutela è innegabile all'uomo, sia come singolo sia come membro di una comunità: il rispetto dei diritti è connaturato alla natura stessa dell'essere umano, e costituisce il fondamento di ogni società democratica e di ogni legge su cui questa si innesta.

Tanto le libertà quanto i diritti trovano un espresso riconoscimento nell'ambito del diritto UE: le prime sono sancite dal diritto primario dell'Unione, in particolare dalle disposizioni del TFUE.

Il rispetto dei diritti è riconosciuto, oltre che dalle disposizioni del Trattato, anche nelle principali Carte adottate allo scopo precipuo di tutelare i diritti fondamentali: basti pensare, in ambito internazionale, alla CEDU e, in ambito europeo, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito efficacia giuridica vincolante, alla pari dei Trattati.

Tuttavia, il riconoscimento dei diritti sul piano internazionale ed europeo non è l'unico aspetto che suscita interesse ai fini della presente analisi.

Infatti, l'indagine muove dalla convinzione che la protezione dei diritti fondamentali rappresenti un'esigenza talmente essenziale ed ineliminabile in ogni settore, al punto tale che il loro rispetto si impone anche in quelle situazioni in cui la tutela di un diritto promana in primo luogo dalle Costituzioni nazionali, e a partire dal piano del diritto interno il riconoscimento deve traslare ed essere garantito anche al livello del diritto dell'Unione.

La chiave di lettura scelta per indagare questo tema consiste nell'analisi di alcuni casi di rinvio pregiudiziale portati davanti alla Corte di giustizia, in cui i giudici nazionali hanno demandato alla Corte l'interpretazione delle disposizioni del Trattato concernenti le libertà di circolazione, in particolare per l'aspetto relativo alle deroghe ammesse all'esercizio di tali libertà.

Le controversie che verranno prese in considerazione vertono sull'adozione, da parte degli Stati membri, di provvedimenti limitativi delle libertà di circolazione, giustificati dall'esigenza di tutelare interessi e diritti ritenuti di rilevanza preminente per l'ordinamento interno e che trovano *in primis* sul piano del diritto nazionale il primo e innegabile riconoscimento.

È logico che ogni caso presenterà diverse sfumature e sfaccettature che lo rendono peculiare rispetto agli altri, ma è possibile formulare alcuni interrogativi, che riassumono la questione di fondo che accomuna le diverse controversie, ossia: possono i diritti

fondamentali, come sanciti in prima istanza negli ordinamenti interni, trovare riconoscimento nel diritto dell'Unione e costituire così un limite all'esercizio delle libertà economiche fondamentali? E, in caso di risposta affermativa alla prima domanda, in che rapporto si pongono tali diritti con le libertà che vanno a limitare: si trovano su un piano paritetico o meramente strumentale? Assumono rilievo come diritti in sé, o costituiscono un semplice substrato alle deroghe ammesse dal Trattato?

Lo scopo di questo lavoro è quindi quello di illustrare l'evoluzione che si è avuta nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di conflitto fra diritti e libertà, mostrando per taluni aspetti un atteggiamento di apertura nei confronti degli ordinamenti nazionali, per altri invece un orientamento di chiusura, soprattutto con riguardo ai risultati pratici conseguiti.

La presente analisi si articola in tre capitoli; il primo capitolo è volto a soddisfare un'esigenza di chiarezza concettuale, che rappresenta un dato imprescindibile per analizzare i casi giurisprudenziali sottoposti alla Corte e per poter comprendere l'anima stessa del bilanciamento, attorno a cui ruota il lavoro che verrà svolto: vengono definiti i concetti di diritti fondamentali e libertà fondamentali.

Nel primo caso ci si soffermerà sull'evoluzione che c'è stata nella giurisprudenza della Corte ai fini del riconoscimento dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione e delle principali fonti a cui tali diritti si ispirano e da cui traggono legittimazione, nonché sui

conseguenti sviluppi normativi che hanno portato a cristallizzare i diritti fondamentali tra le fonti del diritto UE.

Nel secondo caso si passeranno in rassegna le libertà di circolazione garantite dal Trattato e gli aspetti relativi alle eccezioni che possono limitarne l'esercizio, che assumo rilievo ai fini della presente analisi.

Il capitolo si conclude con un esame dei principali casi giurisprudenziali in cui la Corte è stata chiamata ad effettuare il bilanciamento tra diritti e libertà, ponendo in rilievo il cambiamento che c'è stato nel corso degli anni nel considerare il ruolo e il diverso peso che i diritti fondamentali hanno assunto nel bilanciamento con le libertà, anticipando alcune considerazioni in merito alle sentenze che saranno analizzate nel secondo e nel terzo capitolo.

Nel secondo capitolo viene effettuata una trattazione congiunta di due sentenze della Corte di giustizia, relative ai casi *Schmidberger* e *Omega;* l'attenzione si soffermerà in particolar modo sul bilanciamento effettuato dalla Corte, volto a valutare se i provvedimenti restrittivi adottati dagli Stati nei confronti di una delle libertà di circolazione potessero essere giustificati in virtù della tutela di diritti sanciti in primo luogo dalle rispettive Costituzioni interne.

Si porranno in rilievo i principali elementi di innovazione apportati da queste pronunce in merito al ruolo riconosciuto ai diritti fondamentali e al peso che hanno progressivamente acquisito nel confronto con le libertà di circolazione.

Verranno svolte alcune riflessioni riguardo allo spazio discrezionale che la Corte lascia ai giudici, alla luce della dottrina del margine di apprezzamento, nell'ultima fase del bilanciamento, volta a valutare la proporzionalità della misura adottata in relazione all'obiettivo perseguito.

Al contempo, saranno illustrati alcuni elementi di criticità che la dottrina non ha mancato di evidenziare in merito al *modus operandi* della Corte nell'esercizio di bilanciamento.

Il terzo capitolo verte su due sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia a distanza di una settimana l'una dall'altra, e che hanno generato grandi dibattiti e diverse riflessioni: si tratta dei casi *Viking* e *Laval.*

L'elemento di novità rispetto alle pronunce analizzate nel secondo capitolo risiede nel fatto che le limitazioni alle libertà di circolazione non promanano da un atto della pubblica autorità, ma da comportamenti di soggetti privati, che nei casi esaminati si identificano in azioni collettive intraprese da sindacati al fine di indurre imprese private alla sottoscrizione di contratti collettivi, e ci si interroga infatti circa la possibilità che tali azioni rappresentino un ostacolo all'esercizio delle libertà di circolazione da parte delle imprese.

L'ulteriore elemento che differenzia questi casi dalle precedenti pronunce risiede nella natura dei diritti che entrano in gioco nel bilanciamento: si tratta dei diritti sociali fondamentali, sui quali verranno svolte opportune riflessioni. Anche in queste sentenze i diritti sociali sono sanciti al livello costituzionale interno, ma si

vedrà come, per diverse ragioni, la Corte giungerà a conclusioni completamente diverse, che sono state oggetto di innumerevoli critiche da parte della dottrina e che hanno portato a sminuire il ruolo del diritto nazionale.

CAPITOLO I
LIBERTA' FONDAMENTALI E DIRITTI FONDAMENTALI: UNA RELAZIONE CONTROVERSA.

1. I diritti fondamentali: dottrina e giurisprudenza nella lettura dell'articolo 6 TUE prima e dopo il trattato di Lisbona.

1.1 L'evoluzione giurisprudenziale

I trattati istitutivi della Comunità Europea avevano inizialmente posto, quale obiettivo immediato, la realizzazione di un mercato comune e il ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, finalizzato al conseguimento di un'espansione equilibrata. Quello che emerge è che agli albori della Comunità Europea l'attenzione di tutti gli Stati era rivolta a realizzare un'integrazione di natura strettamente economica[1].

Nonostante il Consiglio d'Europa avesse nello stesso periodo (1950) concluso la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in un primo momento fu proprio il carattere prettamente economico dell'ordinamento

[1] Cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea, Parte istituzionale,* Torino, 2011, p. 5 ss.

sovranazionale istituito a porre su un piano di "irrilevanza" l'aspetto relativo alla tutela dei diritti fondamentali, ritenendo la Corte di Giustizia che il suddetto carattere avrebbe di fatto impedito il sorgere di contrasti tra atti comunitari e diritti fondamentali, affermando così il principio del primato del diritto comunitario.

Fu proprio l'affermazione del primato del diritto comunitario a innescare la reazione delle Corti costituzionali italiana e tedesca, le quali temevano che da un'applicazione incondizionata di tale principio potesse derivare una lesione dei diritti fondamentali sanciti nelle Costituzioni dei rispettivi Stati.

Un importante punto di svolta si è avuto infatti con la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft,* in cui la Corte di Giustizia ha stabilito che "La tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza.

La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità"[2].

Se da una parte quanto sancito dalla Corte manifesta un'apertura di grande rilievo nei confronti dei diritti fondamentali i quali, oltre ad essere parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, si informano alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, d'altro canto, tuttavia, la Corte ribadisce che la tutela di tali diritti deve essere garantita nell'ambito della Comunità, quindi,

[2] Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11/70, in *Raccolta* p. 01125.

dalla Corte stessa: in questo modo, la Corte riafferma la superiorità del diritto comunitario, la validità dei cui atti non può essere sminuita nemmeno nell'ipotesi in cui siano menomati i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro[3].

Fu proprio quest'ultima affermazione della Corte di Giustizia a evocare la reazione della Corte costituzionale tedesca, la quale, constatato che nel diritto comunitario ancora non sussisteva un catalogo di diritti fondamentali, statuì che nell'ipotesi di conflitto tra un atto comunitario e un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione Tedesca, quest'ultimo avrebbe avuto la precedenza, allorquando dall'applicazione del diritto comunitario sarebbe derivata la violazione del diritto fondamentale[4]. Lo stesso orientamento fu adottato dalla Corte costituzionale italiana.

La soluzione prospettata dalle due corti rappresentava un "attentato" al carattere unitario del diritto comunitario: alla luce di quanto prospettato infatti, un atto delle istituzioni comunitarie, se ritenuto in contrasto con i diritti fondamentali protetti dalla Costituzione tedesca o italiana, non avrebbe più trovato applicazione in Germania o in Italia, pur restando applicabile negli altri Stati della Comunità.

Per porre rimedio a questa situazione, la Corte di giustizia decise di recuperare in via giurisprudenziale una tutela dei diritti fondamentali nelle situazioni in cui rileva il diritto comunitario e

---

[3] In questo senso l'analisi di U. VILLANI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e diritto italiano*, *in Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008.

[4] Cfr. D. CHALMERS, G. DAVIES AND G. MONTI, *European Union Law,* Cambridge, 2010, p. 232 ss.

non solo la disciplina interna.

In particolare, richiamando la sentenza *Stauder*[5], la Corte ha affermato che i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto CE, di cui la Corte garantisce l'osservanza e che, in mancanza di un catalogo di diritti fondamentali nell'ambito del diritto comunitario, i diritti riconosciuti sono quelli che si ricavano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (facendo leva, con riguardo a quest'ultimo punto, proprio su quanto statuito nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft)* e dalla CEDU (in questo caso è stata fondamentale la sentenza *Rutili*[6]*,* in cui la Corte per la prima volta fa un esplicito riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Con quest'ultimo passo, sebbene limitatamente al piano giurisprudenziale, i diritti fondamentali sono stati incorporati nell'ordinamento comunitario.

1.2 Gli sviluppi normativi

Per quanto concerne il piano normativo, occorrerà attendere l'Atto Unico Europeo (1987) affinchè in Europa si rivolga uno sguardo più concreto alla tutela dei Diritti Fondamentali.

E' infatti nel preambolo dell'Atto Unico Europeo che viene

---

[5] Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1969, *Stauder,* causa 29/69, in *Raccolta* p. 00419.

[6] Sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975, *Rutili,* causa 36/75, in *Raccolta* 1975 p. 01219.

enunciata, tra le finalità primarie dell'Europa comunitaria, la promozione di una democrazia fondata "sui diritti fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, nonché dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonchè dalla Carta sociale europea, e precisamente la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale".

Sarà poi con l'entrata in vigore, nel 1992, del Trattato di Maastricht, che il profilo attinente alla garanzia dei diritti fondamentali viene definitivamente "positivizzato" e riconosciuto da una norma di rango primario, in particolare l'art. F, che al par. 2 recita: "l'Unione europea rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

Con il Trattato di Amsterdam, nel 1997, vengono introdotte forme di garanzia differenziate in ragione del fatto che si tratti di tutelare diritti fondamentali lesi da uno Stato membro in violazione dell'art. 6, par.1 del Trattato UE o da un'istituzione comunitaria, in violazione dell'art. 6, par.2.

Nonostante l'ampio riconoscimento, nell'ambito dei Trattati comunitari, del ruolo ormai svolto dai diritti fondamentali, mancava ancora tuttavia un vero e proprio "catalogo" in cui i suddetti diritti potessero essere codificati.

L'assenza di un catalogo scritto di diritti da tutelare avrebbe

comportato l'incombenza, in capo alla Corte di giustizia, del compito di individuare quali diritti considerare fondamentali alla luce delle tradizioni costituzionali comuni e dei trattati internazionali, nonché di delinearne il contenuto e la portata.

Per ovviare a questi problemi, nel 1999 il Consiglio Europeo di Colonia decise di affidare ad una Convenzione appositamente istituita il compito di elaborare un catalogo di diritti fondamentali e, in apertura del Consiglio Europeo a Nizza, nel 2000 venne proclamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[7]. Sebbene fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Carta abbia rappresentato un documento di valore meramente politico, privo di efficacia giuridica vincolante, tuttavia la dottrina ne ha sin da subito rilevato il "plusvalore", in quanto testo scritto, solenne ed ufficiale, di un vero e proprio "Bill of rights" dell' Unione Europea. Tale atto ha posto le basi per creare nei cittadini dell'Unione la consapevolezza della loro comune identità, andando a soddisfare un bisogno di certezza del diritto e dei diritti[8].

La Carta si articola in sei capi i cui titoli enunciano i valori fondamentali dell'Unione: diritti alla dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia.

Sono tre le principali fonti da cui si ricavano i diritti enunciati: diritti riconosciuti nel Trattato UE, diritti riconosciuti nelle

---

[7] Proclamata il 7 dicembre 2000 in occasione del Consiglio Europeo di Nizza dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, a nome delle rispettive istituzioni di appartenenza, pubblicata in GUCE del 18 dicembre 2000, serie C 364.

[8] Questa considerazione in G. PISTORIO, *L'influenza della Carta di Nizza nelle sentenze della Corte di giustizia in materia di eguaglianza e dignità della persona*, 2007, in www.europeanrights.eu, p. 6.

costituzioni degli Stati membri, trattati internazionali sui diritti umani conclusi dagli Stati membri.

La Carta avrebbe dovuto costituire la seconda parte del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, redatto nel 2003, la ratifica del quale avrebbe attribuito alla Carta valore giuridico vincolante; a seguito del fallimento del Trattato Costituzionale, la Corte di giustizia iniziò a far richiamo alla Carta come una delle fonti da cui ricavare i diritti fondamentali[9].

Va menzionato l'art. 52 della Carta, il quale al par. 1 dispone che "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti sanciti dalla Carta debbano essere previste dalla legge; nel rispetto del principio di proporzionalità, tali limitazioni possono essere apportate solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

Prosegue l'art. 52 al par. 2 nel prevedere che "laddove la Carta riconosca diritti che trovano fondamento nei Trattati comunitari o nel Trattato sull'UE, questi si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai Trattati stessi".

Di grande rilievo il par. 3 dell'art. 52, il quale nell'operare un collegamento con la CEDU statuisce che "nel caso in cui la Carta contenga diritti che risultino corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi debbano essere uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione.

[9] D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, op. cit. p. 238 ss.

E' fatta salva la facoltà dell'Unione di concedere una protezione più estesa".

Come accennato precedentemente, gli obiettivi prefissati nel Trattato Costituzionale[10], volto ad avviare un processo di riforma culminato poi nel Trattato di Lisbona, erano sostanzialmente due: da un lato, assegnare alla Carta dei diritti fondamentali un valore giuridico vincolante, attribuendole lo status di vera e propria fonte del diritto; dall'altro, individuare un percorso che consentisse all'Unione Europea, dopo diversi tentativi, di diventare parte contraente della CEDU.

Il Trattato di Lisbona ha raggiunto questi obiettivi attraverso una profonda modifica dell'art. 6 TUE, che è stato completamente riscritto rispetto alla precedente formulazione.

Le riforme poste in atto a Lisbona vanno confrontate sia con i trattati sottoposti alla modifica, sia con il Trattato costituzionale; in particolare, l'attenzione si concentrerà sull'art. 6, par. 2 TUE e sull'art. I-9 del Trattato Costituzionale.

Dal punto di vista contenutistico, la prima modifica di rilevo che si può notare è che, mentre nella precedente formulazione l'art. 6 al par. 2 si limita a "codificare" quanto ormai consolidatosi da anni nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali, stabilendo che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto

[10] Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, pubblicato in GUCE il 16 dicembre 2004, serie C 310.

principi generali del diritto comunitario"[11], il nuovo art. 6, oltre a riprendere nel par. 3 quanto statuito nel par. 2, vi aggiunge un par. 1 dedicato alla Carta dei diritti fondamentali e un par. 2 avente ad oggetto l'adesione dell'Unione alla CEDU.

Ciò che occorre sottolineare è la pluralità di fonti che il nuovo art. 6 richiama e soprattutto il diverso ruolo che queste svolgono rispetto alla precedente formulazione: sebbene anche il vecchio art. 6 faccia richiamo sia alla CEDU, sia alle tradizioni costituzionali comuni, tuttavia queste non assumono rilievo in qualità di fonti vere e proprie, ma in quanto da esse si traggono i principi generali del diritto comunitario in materia di diritti fondamentali; alla luce di questa interpretazione, la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni sembrerebbero assolvere un ruolo strumentale rispetto a quella che dal punto di vista formale appare l'unica fonte, ossia i principi generali[12].

Diversa appare la formulazione del nuovo art. 6. Secondo il disposto, la tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea deriva da tre fonti distinte:

- la Carta dei diritti fondamentali, a cui per la prima volta viene attribuita efficacia giuridica vincolante nello stabilire che "ha lo stesso valore giuridico dei trattati"[13];

---

[11] Art. 6 del Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi - Versione consolidata del trattato sull'Unione europea, pubblicata in GUCE il 10 novembre 1997, serie C 340.

[12] Questa notazione è espressa da L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme,* in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2009, p. 645 ss.

[13] art. 6 par. 1 del Trattato UE nella versione consolidata al Trattato di Lisbona.

- i principi generali, che ricomprendono i diritti CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri;
- la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, sancita nel disposto dell'art. 6, ha rappresentato nel corso di questi anni un processo tortuoso a cui ancora oggi non è stata data piena attuazione; scopo dell'adesione è quello di rafforzare il sistema di protezione dei diritti umani, offrendo ai soggetti lesi la possibilità di ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo, previo esaurimento delle vie di ricorso interne, nei casi in cui si ritenga che il sistema interno di controllo previsto dall'Unione non abbia funzionato.

Uno dei nodi problematici del percorso di adesione risiede nel rapporto tra le due Corti, relativamente all'esclusività del potere di interpretazione della Corte di Giustizia sul diritto dell'Unione: la stessa infatti, nel rispetto del principio di sussidiarietà inerente la Convenzione, sarebbe chiamata a pronunciarsi in maniera effettiva sulla validità di un atto dell'Unione prima che questo sia sottoposto al controllo della Corte CEDU volto a vagliarne la conformità alla Convenzione[14].

Il 5 aprile 2013 sembrerebbe essersi aperto uno spiraglio di luce in questo percorso travagliato finalizzato alla piena attuazione del progetto di adesione: è stato adottato infatti un progetto di accordo sul testo per l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, che verrà

[14]Si veda a tal proposito L. DE MICCO, *Adesione dell' Unione Europea alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: attesa di un finale*, in *Rivista telematica giuridica dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3/2012.

sottoposto al parere della Corte di giustizia dell'Unione Europea[15].
Per concludere con il nuovo art. 6, la possibilità che il Trattato di Lisbona offre, di invocare, alternativamente o cumulativamente, la Carta, la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri dà luogo a un concorso di fonti nell'ordinamento dell'Unione, la cui applicazione è regolata dal principio dello standard massimo di protezione: di volta in volta verrà data la prevalenza a quella che, tra le fonti enunciate all'art. 6, garantisca il livello più elevato di tutela.

2. Le libertà fondamentali nell'ordinamento UE

Le libertà di circolazione costituiscono i pilastri fondanti del mercato interno, un progetto che si è finalmente concretizzato nel 1993, dopo un lungo processo di riforme e che oggi rappresenta una delle maggiori conquiste dell' Unione Europea.
Il mercato interno può essere definito come il terzo "grado" del processo di integrazione comunitaria, che ha avuto come precedenti, prima l'istituzione di un'area di libero scambio, che ha caratterizzato gli albori della storia dell' Unione Europea; poi, l'istituzione di un'unione doganale.
Con il mercato interno la libera circolazione viene applicata a diversi ambiti: merci, persone, stabilimento, servizi e capitali; sono

[15] *Fifth Negotiation Meeting Between The Cddh Ad Hoc Negotiation Group And The European Commission On The Accession Of The European Union To The European Convention On Human Rights, Final Report To The Cddh, Strasbourg,* 5 April 2013.

proprio questi ultimi a costituire le libertà fondamentali dell'ordinamento UE.

Dal punto di vista concettuale o, per così dire, filosofico, uno dei principi alla base della scelta degli Stati di unirsi per creare un mercato interno, è il principio economico dell'allocazione ottimale delle risorse, in forza del quale le risorse vanno distribuite laddove ce ne è il bisogno: l'idea dei fondatori era quella di dare un ordine giuridico ai singoli mercati degli Stati membri e di guidare i cittadini e gli operatori economici.

2.1 La libera circolazione delle merci

La libera circolazione delle merci è disciplinata dagli art. 28ss. del TFUE. Per merci si intendono "prodotti pecuniariamente valutabili e come tali atti a costituire oggetto di negozi commerciali"[16]. Occorre innanzitutto dire che le disposizioni sulla libera circolazione delle merci hanno efficacia diretta: la portata storica di questa affermazione trae origine dalla sentenza *Van Gend en Loos*[17], in cui la Corte di Giustizia, con riferimento all'art. 30 TFUE (ex art. 12 CEE), che vieta agli Stati di introdurre dazi doganali all'importazione o all'esportazione o tasse di effetto equivalente, afferma al punto 3 della massima che le norme sulla libera circolazione delle merci hanno efficacia diretta.

[16] Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1968, *Commissione c. Italia,* causa 7/68, in *Raccolta* p. 425.

[17] Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos,* causa 26/62, in *Raccolta*, p. 3

Quest'ultima investe un profilo soggettivo: l'individuo può invocare la norma comunitaria direttamente dinanzi al giudice nazionale.

Gli artt. 34-35 TFUE vietano fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione nonché qualsiasi misura d'effetto equivalente; tali restrizioni prescindono da un'imposizione di carattere economico, mentre i dazi vietati dall'art. 30 costituiscono oneri di carattere pecuniario.

La finalità degli artt. 34-35 è la stessa: vietare ogni misura che abbia per effetto di restringere il commercio fra gli Stati membri e di creare una disparità di trattamento tra commercio interno di uno Stato membro e il commercio interno dell'Unione[18].

Per restrizioni quantitative si intendono i divieti palesi di importare o esportare un certo prodotto, in assoluto oppure al di là di una certa quantità.

Maggiori problemi ci sono stati per individuare le misure d'effetto equivalente: in un primo momento, la nozione di misura d'effetto equivalente era stata ancorata alla differenza di trattamento dei prodotti importati rispetto a quelli nazionali, quindi alla sola ipotesi delle misure comunemente identificate come *distintamente applicabili*.

Successivamente la Commissione ha ampliato la nozione di misure d'effetto equivalente fino a ricomprendere, tra le misure vietate, quelle relative alla commercializzazione dei prodotti che, se pur

[18]Cfr. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea, Parte speciale*, Torino, 2010, p. 27 ss.

indistintamente applicabili ai prodotti nazionali e a quelli importati, producono effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci.

Le misure vietate non sono solo quelle imputabili allo Stato, ma anche quelle poste in essere da una pubblica autorità, sia essa appartenente al potere centrale o locale[19].

Anche il comportamento dei privati può assumere rilievo per imputare la misura vietata allo Stato: se il privato adotta un comportamento limitativo della libera circolazione delle merci e le autorità nazionali che hanno l'obbligo di provvedere al riguardo non agiscono in tal senso e tollerano il suddetto comportamento restrittivo, è possibile configurare un loro comportamento omissivo che costituirebbe una misura d'effetto equivalente imputabile allo Stato interessato[20].

Oltre alla distinzione tra misure distintamente e indistintamente applicabili, è nel caso *Dassonville* che la Corte di giustizia ha fornito per la prima volta una definizione di misura d'effetto equivalente.

In tale occasione infatti la Corte affermò che "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari, va considerata come una misura di effetto equivalente a restrizioni

[19] G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 398 ss.

[20] Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 1997, *Commissione c. Francia,* causa C-265/95, in *Raccolta* p. I-06959, punti 30-35; sentenza della Corte di giustizia del 12 giugno 2003, *Schmidberger,* causa C-112/00, in *Raccolta* p. I-05659, punto 57.

quantitative"[21].

Il divieto ha una portata generale: è sufficiente che la misura sia potenzialmente di ostacolo alle importazioni, perché sia vietata.

Tra le misure distintamente applicabili si possono annoverare: i controlli, per esempio sanitari, effettuati al momento dell'importazione di un prodotto; le misure che impongono una documentazione specifica per l'importazione o l'esportazione del prodotto.

Un'ulteriore ipotesi sono le misure che favoriscono la canalizzazione delle importazioni attraverso determinati operatori, in principio quelli designati dalle imprese produttrici in regime di esclusiva, scoraggiando le cosiddette *importazioni parallele.*

Per quanto concerne le misure indistintamente applicabili, assumono rilevo i provvedimenti adottati dagli Stati membri per il controllo dei prezzi; un ulteriore esempio di questo tipo di misure sono le cosiddette *norme tecniche*, che disciplinano modalità di fabbricazione, confezionamento, imballaggio di tutti i prodotti posti in commercio nel territorio dello Stato membro: la diversità tra le normative nazionali di questo tipo comporta che l'operatore che intenda vendere in un diverso Stato membro un prodotto regolarmente in commercio nello Stato di produzione, può essere ostacolato in tale operazione se il prodotto in questione non è conforme alle norme tecniche dello Stato importatore.

Con riguardo a questa ipotesi, nel caso *Cassis de Dijon* la Corte di

[21] Sentenza della Corte di giustizia del 11 luglio 1974, *Dassonville,* causa 8/74, in *Raccolta* p. 00837, punto 5.

giustizia, oltre a riconoscere che questo tipo di misure costituiscano misure d'effetto equivalente, ha affermato due principi di portata storica, che si sono ormai consolidati non solo nel settore merci, ma in diversi ambiti del diritto dell'Unione[22]: in primo luogo la Corte ha stabilito il principio del mutuo riconoscimento, in forza del quale ciascuno Stato membro ha l'obbligo di ammettere nel proprio territorio le merci provenienti da un altro Stato membro, qualora in quest'ultimo Paese esse siano legalmente prodotte e messe in commercio, in osservanza delle norme tecniche ivi in vigore (principio del Paese d'origine).

In secondo luogo la Corte ha sancito che l'applicazione di una misura d'effetto equivalente può essere considerata eccezionalmente compatibile con l'art. 34 TFUE solo se giustificata da esigenze imperative attinenti all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori; non solo, la normativa presa in esame dovrà rispettare il principio di proporzionalità, pertanto dovrà essere idonea a raggiungere lo scopo perseguito e dimostrare che tale scopo non possa essere conseguito con misure meno restrittive.

Affinché la misura possa essere giustificata occorre inoltre che nella materia regolata da quella normativa non sia stata adottata dall'Unione Europea una disciplina di armonizzazione[23].

Una soluzione diversa è stata adottata dalla Corte nella sentenza

---

[22] D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, op. cit. p. 761 ss.

[23] Si veda L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012, p. 68 ss.

Keck[24], in cui, chiamata a pronunciarsi su normative nazionali che limitano o vietano talune modalità di vendita, ha stabilito che l'applicazione di tali disposizioni a prodotti importati non costituisce una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, purché tali norme valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati e incidano in egual misura sul commercio di prodotti nazionali e di prodotti provenienti da altri Stati membri.

Il divieto di restrizioni quantitative e di misure d'effetto equivalente sancito agli artt. 34-35 TFUE è derogabile per i motivi previsti dall'art. 36 TFUE, relativo alle deroghe espresse che gli Stati possono invocare per giustificare misure altrimenti vietate ex artt. 34-35.

L'art. 36 TFUE prevede un elenco tassativo di deroghe, ciascuna delle quali riflette interessi particolarmente meritevoli di tutela, tutti pertinenti a ragioni di natura non economica; per menzionarne alcuni, vi rientrano motivi di moralità pubblica, ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela della salute.

I divieti giustificati alla luce di questa disposizione non devono tuttavia costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o di restrizione dissimulata al commercio fra gli Stati membri.

È importante sottolineare che le deroghe enucleate all'art. 36 possono essere invocate per giustificare misure distintamente e indistintamente applicabili, fermo restando che la misura sia necessaria al raggiungimento dell'obiettivo e proporzionata allo

[24] Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1993, *Bernard Keck e Daniel Mithouard,* cause riunite C-267/91 e C-268/91, in *Raccolta* p. I-06097.

scopo medesimo[25].

Il fatto che l'art. 36 TFUE costituisca un elenco tassativo, da sempre assoggettato ad un'interpretazione restrittiva, ha indotto la Corte di giustizia ad elaborare la giurisprudenza delle esigenze imperative, per la cui affermazione ha svolto un ruolo fondamentale quanto sancito nella sentenza *Cassis de Dijon:* a partire da questa pronuncia, attraverso successive sentenze la Corte ha riconosciuto ulteriori interessi d'ordine generale da annoverare fra le esigenze imperative , quali ad esempio la tutela del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero e alla libertà d'associazione[26].

Ciò che contraddistingue maggiormente le deroghe espresse dalle esigenze imperative, è che queste ultime possono essere invocate solo nei confronti di misure indistintamente applicabili.

Un elemento che invece accomuna entrambe le eccezioni, è che possono essere invocate in assenza di misure di armonizzazione.

Con riguardo all'art. 35 TFUE, che vieta le restrizioni quantitative e le misure d'effetto equivalente all'esportazione, per incorrere nel divieto non basta che la misura produca effetti restrittivi ostacolando le esportazioni, ma occorre altresì che abbia carattere discriminatorio, ossia si applichi ai soli prodotti destinati all'esportazione e non a quelli destinati al mercato interno nazionale; quindi, il divieto posto dall'art. 35 ha ad oggetto solo le misure distintamente applicabili.

Questo approccio restrittivo sulla portata dell'art. 35 è stato oggetto

[25] L. DANIELE, *Diritto del mercato unico*, op. cit. p. 83ss.
[26] Sentenza *Schmidberger,* op. cit.

di critiche, tant'è che a seguito di alcune importanti pronunce la Corte di giustizia ha ammesso che l'esclusione dal campo di applicazione dell'art. 35 delle misure sulle modalità di vendita dei prodotti non è sempre giustificabile[27].

2.2 Il diritto di stabilimento e la libera circolazione dei servizi

Il diritto di stabilimento, disciplinato dagli artt. 49-55 TFUE, consiste nel diritto dei cittadini di un Paese membro di svolgere la loro attività indipendente, in modo continuativo e permanente, all'interno del territorio di un diverso Stato membro nel quale hanno dislocato la propria attività produttiva in modo stabile; questa libertà va confrontata con la libera prestazione dei servizi, rispetto alla quale si presentano analogie e differenze.

La libera prestazione dei servizi, disciplinata dagli artt. 56-62 TFUE, consiste nel diritto del cittadino dell'Unione di esercitare la propria attività in uno Stato membro, o verso uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito in modo permanente; per servizi si intendono prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, di cui l'art. 57 TFUE fornisce un'elencazione non esaustiva[28].

La prima differenza fra le due libertà risiede nel carattere permanente dell'attività svolta: nel diritto di stabilimento emerge la

[27] Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008, *Gysbrechts,* causa C-205/07, in *Raccolta* p. I-09947.
[28] G. STROZZI, *Parte speciale*, op. cit. p. 159 ss.

presenza tendenzialmente permanente dell'operatore proveniente da uno Stato membro all'interno di un diverso Stato membro destinatario; la libera prestazione dei servizi attribuisce al prestatore stabilito in uno Stato membro il diritto di esercizio temporaneo della propria attività in uno Stato membro diverso.

Ciò che invece accomuna le due libertà e che le differenzia rispetto alla libertà di circolazione dei lavoratori è il carattere non subordinato dell'attività svolta dall'operatore.

Non solo, l'attività di cui si tratta tanto nei servizi quanto nello stabilimento deve essere esercitata in termini transfrontalieri e avere carattere economico.

Mancando nel Trattato norme che fornissero una spiegazione precisa circa il significato di attività economica, è intervenuta a tal riguardo la Corte di giustizia, che ha fornito un'interpretazione estensiva di tale concetto, prescindendo dagli elementi di economicità utilizzati dagli ordinamenti nazionali: in questo modo, la Corte ha aperto al mercato molti settori che prima erano "impermeabili" al diritto dell'Unione europea.

Per quanto concerne la libertà di stabilimento, ne sono beneficiari sia le persone fisiche che siano in possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri, sia le persone giuridiche.

Mentre nel diritto di stabilimento il requisito della cittadinanza non è derogabile, in materia di libera prestazione dei servizi l'ambito di applicazione della normativa può essere esteso ai cittadini di uno Stato terzo a condizione che siano stabiliti all'interno dell'Unione[29].

[29] G. STROZZI, *Parte speciale*, op. cit. p. 168 ss.

La libertà di stabilimento si configura come stabilimento a titolo principale o a titolo secondario, a norma dell'art. 49 TFUE, comma 1: la prima ipotesi concerne "l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società"; la seconda ipotesi riguarda "l'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro".

Prosegue il secondo comma dell'art. 49 TFUE affermando il principio del trattamento nazionale, in forza del quale la libertà di stabilimento va realizzata alle condizioni definite dalla legislazione dello Stato di stabilimento nei confronti dei propri cittadini: la ratio è quella di non sottoporre lo stabilimento dei cittadini degli Stati membri ad una disciplina più rigorosa di quella prevista per i cittadini nazionali, ma di garantirgli lo stesso trattamento, vietando ogni forma di discriminazione fondata sulla nazionalità.

Lo stesso principio si può rinvenire nel campo della libera prestazione dei servizi all'art. 57 TFUE.

È possibile dar luogo ad una trattazione congiunta delle due libertà con riguardo al divieto di restrizioni al loro esercizio, previsto dagli artt. 49, par.1 e 56 par. 1 TFUE, nonché alle eccezioni previste al divieto di restrizioni.

Per quanto concerne il divieto di restrizioni, anche nell'ambito del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi occorre fare una distinzione fra misure distintamente e indistintamente applicabili: con riguardo alle prime, il divieto si applica alle normative nazionali che, fondandosi su clausole di nazionalità,

comportano una discriminazione nei confronti dei cittadini non appartenenti allo Stato membro in questione, limitando l'accesso e l'esercizio all'attività autonoma, a vantaggio dei cittadini nazionali. Con la sentenza *Reyners*[30] la Corte ha attribuito efficacia diretta all'art. 49 TFUE; inoltre, nelle sentenze *Viking*[31], e *Laval*[32], la Corte ha riconosciuto agli artt. 49 e 56 TFUE efficacia diretta orizzontale, nel senso che tali disposizioni possono essere invocate dai cittadini dell'Unione non solo nei confronti dello Stato o dei pubblici poteri, ma anche nei confronti di soggetti privati.

Il divieto di misure distintamente applicabili si estende alle normative che impediscono l'accesso ad una determinata attività, alle disposizioni che pongono condizioni meno favorevoli ai cittadini stranieri per l'esercizio dell'attività e a norme che limitano la fruizione di beni funzionali allo svolgimento dell'attività[33].

Le misure indistintamente applicabili consistono in normative nazionali che non richiedono la cittadinanza o la nazionalità come requisiti per l'esercizio di una determinata attività, ma si fondano su ulteriori criteri, quale ad esempio la residenza che, sebbene si applichino indistintamente ai cittadini dello Stato membro in questione e ai cittadini stranieri, in concreto danno luogo a una

---

[30] Sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 1974, *Reyners,* causa C-2/74, in *Raccolta* p. 00631.

[31] Sentenza della Corte di giustizia del 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti,* causa C-438/07, *in Raccolta* p. I-10779.

[32] Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning , Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet.,* causa C-341/05*,* in *Raccolta* p. I-11767.

[33] G. STROZZI, *Parte speciale*, op. cit. p. 187 ss.

discriminazione a scapito di questi ultimi[34].

Passando all'esame delle eccezioni al divieto di restrizioni, l'art. 62 TFUE, nel campo della libera prestazione dei servizi, si richiama alla disciplina prevista per la libertà di stabilimento, in particolare agli artt. 51 e 52 TFUE. L'art. 51 TFUE stabilisce che le norme sul diritto di stabilimento non si applicano alle attività che nello Stato membro interessato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri[35]; l'art. 52 TFUE enuclea invece le deroghe espresse, stabilendo che "rimane impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e di sanità pubblica".

Le deroghe espresse, al pari di quanto già visto in materia di libera circolazione delle merci, costituiscono un elenco tassativo e possono essere invocate dagli Stati per giustificare misure distintamente e indistintamente applicabili.

In linea generale comunque, la valutazione di legittimità delle deroghe invocate da uno Stato membro deve essere effettuata sulla base di parametri ermeneutici indicati dalla Corte: uno di questi parametri è costituito dai diritti fondamentali della persona di cui la Corte garantisce l'osservanza, a cui ogni normativa nazionale deve essere conforme per poter fruire delle eccezioni previste dai Trattati.

---

[34]Cfr. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico*, op. cit. p. 176 ss.

[35] Art. 51 della versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell' Unione Europea, pubblicato in GUCE il 30 marzo 2010, serie C 83/47.

Un'ulteriore eccezione al divieto di restrizioni sono le esigenze imperative di interesse generale: anche queste, si sono consolidate attraverso un'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia e possono essere invocate per derogare a misure indistintamente applicabili.

Entrambe le categorie di eccezioni devono riguardare ragioni di natura non economica e possono essere invocate in assenza di misure di armonizzazione, rispettando i requisiti di proporzionalità e necessarietà rispetto allo scopo perseguito.

Questi ultimi requisiti sono stati stabiliti nelle sentenze *Webb* [36] e *Gebhard*[37] ed esigono che: la normativa in questione si applichi in modo non discriminatorio, sia giustificata da motivi imperiosi di interesse pubblico, sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo[38].

Un'ipotesi particolare di eccezione al divieto di restrizioni è l'*abuso del diritto*: in virtù di questa eccezione non è consentito ai singoli di invocare abusivamente le norme dell'Unione, in danno di interessi protetti dalle legislazioni nazionali e ritenuti meritevoli di tutela anche dall'ordinamento dell'Unione, con il fine di sottrarsi all'applicazione delle proprie leggi nazionali.

Un ultimo cenno va fatto alla direttiva 2005/36/CE sul riconoscimento delle qualifiche professionali, che ha dato un ordine

---

[36] Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1981, *Webb,* causa 279/80, in *Raccolta* p. 3305.

[37] Sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 1995, *Gebhard,* causa C-55/94, in *Raccolta* p. I-04165.

[38] L. DANIELE, *Diritto del mercato unico*, op. cit. p. 187 ss.

al tessuto normativo in questo campo, ricco di direttive settoriali; tale direttiva si applica sia ai servizi sia alla libertà di stabilimento, per i quali prevede un regime differenziato.

Il problema posto alla base dell'adozione di numerosi provvedimenti in questa materia risiede nel fatto che un'applicazione rigorosa della regola del trattamento nazionale l'ha trasformata di fatto in una misura discriminatoria.

Per effetto del riconoscimento della qualifica sancito nella direttiva 2005/36/CE, il beneficiario oggi può accedere, nello Stato ospitante, alla stessa professione per la quale è qualificato nello Stato membro d'origine ed esercitarla alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato membro ospitante, purchè le attività coperte dalle due qualifiche siano comparabili[39].

2.3 La libera circolazione dei lavoratori

La libera circolazione dei lavoratori è enucleata agli artt. 45-48 TFUE e si basa su due principi fondamentali: circolare e soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione; godere della parità di trattamento.

Quest'ultimo principio costituisce un'esplicazione del principio di non discriminazione; grazie alle evoluzioni giurisprudenziali della Corte attualmente si afferma che tale principio vieti non solo le discriminazioni fondate sulla nazionalità, ma anche le

[39] art. 4 della Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

discriminazioni *indirette*, che pur basandosi su criteri diversi dalla cittadinanza, quale ad esempio la residenza, determinano di fatto un trattamento deteriore per il lavoratore straniero rispetto al lavoratore nazionale.

I principali beneficiari della libertà di circolazione garantita dagli art. 45ss. TFUE sono i lavoratori subordinati: la Corte, nel chiarire cosa debba intendersi con questa espressione, ha precisato che tale nozione deve essere definita alla luce di criteri propri del diritto dell'Unione, e non secondo il significato che tale nozione assume nei diversi Stati membri.

In virtù di tale precisazione, si è in presenza di lavoro subordinato allorquando "una persona compie, durante un certo tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di questa, prestazioni in corrispettivo delle quali le spetta la retribuzione"; sulla base di questa definizione la Corte ha escluso dal novero del lavoro subordinato attività marginali o accessorie, come ad esempio le attività che costituiscono un metodo di rieducazione o reinserimento sociale, includendovi invece il tirocinio retribuito[40].

L'art. 45 TFUE prevede, ai par. 3 e 4, due deroghe alla libera circolazione dei lavoratori: la prima fa salve le "limitazioni giustificate da motivi d'ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica".

Il contenuto di tali deroghe è stato precisato dalla direttiva 2004/38/CE, con lo scopo di evitare discrepanze tra i vari Stati membri nell'applicazione di questi limiti.

[40] Si veda G. STROZZI, *Parte speciale*, op. cit. p. 98 ss.

La prima precisazione che la direttiva fa all'art. 27, par. 1 è che la deroga per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica non può essere invocata "per fini economici".

Alcuni problemi sono sorti per definire i concetti di ordine pubblico e pubblica sicurezza: la Corte di giustizia ha ritenuto che se da una parte tali interessi vanno interpretati in via restrittiva, costituendo un'eccezione all'esercizio di un diritto riconosciuto dal Trattato, dall'altra è necessario lasciare agli Stati, in questa materia, un certo potere discrezionale, purchè i provvedimenti restrittivi basati su queste deroghe rispettino il principio di proporzionalità e siano "adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati[41]".

Il par. 2 dell'art. 27 specifica che "il comportamento personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società. Giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non sono prese in considerazione".

In ogni caso, i provvedimenti adottati sulla base di queste eccezioni devono rispettare i diritti fondamentali.

Un ultimo cenno va fatto al principio di proporzionalità, che va rispettato sia con riguardo al tipo di provvedimento restrittivo adottato, che si impone sia revocabile a domanda dell'interessato, sia con riguardo al grado di integrazione nello Stato ospite della

[41]art. 27 par. 2 della 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.

persona destinataria della restrizione, per valutare il quale lo Stato ospitante deve tener conto di una serie di elementi, quali ad esempio la durata del soggiorno, l'età o lo stato di salute dell'interessato[42].

La seconda deroga prevista al par. 4 dell'art. 45 TFUE stabilisce che "le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione".

La ratio è quella di garantire ad uno Stato membro di riservare l'esercizio dei pubblici poteri ai propri cittadini ed evitare che tali attività siano gestite da stranieri.

Si badi bene che l'esclusione sancita in questa disposizione è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri.

I settori rientranti in questa deroga sono: diplomazia, forze armate, forze di polizia, magistratura, amministrazione finanziaria.

2.4 La libera circolazione dei capitali e dei pagamenti

La libera circolazione dei capitali e dei pagamenti è enucleata agli artt. 63-66 TFUE.

Sebbene le norme comunitarie non riportino una definizione precisa di "movimenti di capitali" e di "pagamenti", è possibile tuttavia ricostruire tali nozioni sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Per movimenti di capitali si intendono "operazioni finanziarie che riguardano essenzialmente la collocazione o l'investimento di cui

[42] L. DANIELE, *Diritto del mercato unico*, op. cit. p. 145ss.

trattasi e non il corrispettivo di una prestazione", mentre vengono definiti come pagamenti "trasferimenti di valuta che costituiscono una controprestazione nell'ambito di un negozio sottostante".

I movimenti di capitali si distinguono in investimenti diretti e in investimenti di portafoglio.

L'art 63 TFUE, che gode di efficacia diretta, stabilisce un divieto di ogni restrizione ai movimenti di capitali e pagamento non solo tra Stati membri, ma anche tra Stati membri e Paesi terzi.

In un primo momento la Corte di giustizia ha fatto rientrare nel divieto dell'art. 63 TFUE le sole misure distintamente applicabili, ossia normative nazionali che vietano o subordinano a condizioni restrittive operazioni che presentino elementi di transnazionalità, legate per esempio al fatto che gli investitori siano soggetti non residenti o che l'investimento avvenga in territorio straniero[43].

Successivamente, nell'ambito delle controversie riguardanti i cosiddetti *Golden Shares*, la Corte di giustizia ha esteso il divieto previsto dall'art. 63 anche alle misure indistintamente applicabili, per tali intendendosi quelle normative nazionali, che pur non discriminando formalmente, de facto dissuadono gli operatori stranieri dall'effettuare investimenti in un diverso Stato membro.

Per quanto concerne le eccezioni al divieto di restrizioni, l'art. 65 TFUE enuncia le deroghe espresse, stabilendo che le disposizioni dell'art. 63 lasciano impregiudicato il diritto degli Stati di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

[43] L. DANIELE, *Diritto del mercato unico*, op. cit. p. 219ss.

Tali deroghe si applicano tanto nei rapporti fra Stati membri quanto a quelli fra Stati membri e Paesi terzi; in nessun caso queste eccezioni possono "costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'art. 63".

Anche nel settore della libera circolazione dei capitali, la Corte, attraverso un'evoluzione giurisprudenziale, ha stabilito che ragioni imperative di interesse pubblico possono giustificare le restrizioni derivanti da normative indistintamente applicabili, che altrimenti ricadrebbero nel divieto di cui all'art. 63.

La normativa nazionale basata su tale eccezione deve in ogni caso essere idonea a conseguire lo scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento del medesimo, nel rispetto del criterio di proporzionalità.

3. Criticità e sviluppi

Il bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà fondamentali ha avuto un'interessante evoluzione nel corso degli anni, in particolare riguardo al ruolo assunto dai diritti fondamentali, i quali, oltre a ricevere un riconoscimento graduale non solo come interessi meritevoli di tutela[44], ma anche come vere fonti del diritto UE, sono venuti ad assumere progressivamente un diverso peso proprio come "limite" alle libertà fondamentali nell'ambito del bilanciamento.

L'analisi di questa evoluzione può essere effettuata prendendo in

[44] Sentenza *Stauder,* op. cit. e sentenza *Internationale,* op. cit.

considerazione i casi giurisprudenziali più significativi ed esemplificativi in tal senso.

L'attenzione va rivolta in primo luogo al caso ERT[45], concernente una normativa nazionale greca istitutiva di un monopolio nel settore televisivo, della quale era stata contestata la compatibilità con le norme in tema di libera prestazione dei servizi.

Come già detto precedentemente, in virtù dell'art. 62 TFUE, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi possono essere ammesse solo se giustificate da ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, ove ciò sia previsto da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative.

A proposito di tale giustificazione, la Corte ha precisato in questa sentenza che "quando uno Stato membro invoca il combinato disposto degli artt. [52 e 62 TFUE] per giustificare una normativa idonea a frapporre ostacolo all'esercizio della libera prestazione dei servizi, questa giustificazione, prevista dal diritto comunitario, deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, dei diritti fondamentali.

In tal modo, la normativa nazionale considerata potrà fruire delle eccezioni previste dal combinato disposto degli artt. [52 e 62 TFUE] solo se è conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto"[46]. In particolare, il diritto fondamentale preso in considerazione in questo caso è la libertà d'espressione, sancita dall'art. 10 CEDU.

---

[45] Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorasi* (ERT), causa C-260/89, in *Raccolta* p. I-2925.

[46] Sentenza *ERT*, cit. punto 43.

Quello che emerge da questa sentenza e che caratterizza un primo tipo di approccio seguito dalla Corte nel valutare la relazione tra diritti fondamentali e libertà fondamentali, è che in tale caso, così come in altri in cui è stato adottato il medesimo orientamento[47], non viene effettuato un vero e proprio bilanciamento, nel senso che i diritti fondamentali rappresentano un limite alle giustificazioni che gli Stati possono invocare per adottare un provvedimento restrittivo ad una libertà fondamentale: una normativa nazionale che comporti una restrizione ad una delle libertà comunitarie, infatti, può essere compatibile con il diritto dell'Unione solo se garantisce il rispetto dei diritti fondamentali.

La principale obiezione sollevata nei confronti di un simile orientamento è che la protezione dei diritti fondamentali sembra assumere un ruolo funzionale e meramente incidentale alla tutela delle libertà economiche sancite dai Trattati[48].

Un diverso tipo di approccio adottato dalla Corte emerge nel caso *Schmidberger* [49], relativo ad una manifestazione ambientalista autorizzata dalle autorità austriache che aveva comportato il blocco della circolazione sull'autostrada del Brennero per quasi 30 ore.

In questa sentenza i diritti fondamentali non hanno una funzione meramente strumentale alla tutela delle libertà economiche

---

[47] Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1997, *Familiapress*, causa C-368/95, in *Raccolta* p. I-6619; Sentenza della Corte di giustizia del 11 luglio 2002, *Carpenter v. Secretary of State for the Home Department,* causa C-60/00, in *Raccolta* p. I-06279.

[48] Come pone in evidenza C. KOMBOS, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity*, in *European Public Law*, 2006, p. 441.

[49] Sentenza *Schmidberger,* op. cit.

comunitarie, ma diritti e libertà sono posti su un piano paritetico[50]. La prevalenza viene accordata ai diritti fondamentali seguendo il bilanciamento effettuato dalle autorità nazionali: in questo modo si riflette la concezione propria di uno Stato in merito ai diritti fondamentali, non quella che si ha a livello UE.

Se da un lato i diritti fondamentali prevalgono sulle libertà economiche, tuttavia si afferma che tali diritti non sono prerogative assolute della persona, ma devono essere considerati alla luce della loro funzione sociale e, dunque, possono essere soggetti a restrizioni.

Con quest'ultima statuizione è stato ammesso, sia pur in via di principio, che esistono alcuni diritti, quali il diritto alla vita o il divieto di tortura, che non tollerano restrizioni: per anni la giurisprudenza comunitaria aveva escluso che i diritti fondamentali costituissero prerogative assolute[51].

L'elemento di maggiore innovazione apportato dal caso *Schmidberger* e che lo distingue dall'approccio adottato nella sentenza *ERT,* risiede nel fatto che i diritti fondamentali, in particolare la libertà di espressione e di riunione, non vengono invocati come deroghe espresse, né come esigenze imperative di interesse generale, ma costituiscono una categoria autonoma di giustificazione alle restrizioni[52].

---

[50]Si consideri l'analisi di R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione Europea: nuovi equilibri?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2011, p. 333.

[51] G. PISTORIO, op. cit.

[52]Seguendo l'analisi di S. A. DE VRIES, *The protection of fundamental rights within Europe's internal market after Lisbon – An endeavour for more*

Un ulteriore approccio che la Corte ha delineato nel bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà fondamentali si ricava dal caso *Omega*[53]*,* relativo al divieto di commercializzazione posto dalle autorità tedesche all'attività di una piattaforma di giochi virtuali in cui erano simulati atti di omicidio, di cui era titolare la società tedesca Omega, invocando come giustificazione al divieto la difesa della dignità umana quale valore costituzionalmente garantito. L'obiettivo perseguito dalle autorità nazionali era dunque la tutela della dignità umana: questo valore rileva nell'ordinamento comunitario quale principio generale di diritto, mentre nella Costituzione tedesca è sancito come diritto fondamentale degli individui.

Ciò che risalta nel caso di specie è che la dignità umana rappresenta un obiettivo di tutela condiviso dall'ordinamento comunitario, in quanto tale idoneo a giustificare la misura restrittiva[54]. Tuttavia, nel verificare la proporzionalità della misura adottata, la Corte non ritiene necessario che la misura costituisca una concezione condivisa da tutti gli Stati membri riguardo alle modalità di tutela del diritto fondamentale, ma è sufficiente che la misura corrisponda al livello di tutela della dignità umana garantito dalla Costituzione tedesca[55].

Il punto cruciale, che differenzia tale sentenza dal caso *Schmidberger,* risiede nel fatto che la dignità umana non assurge al

---

harmony, in *The Europa Institute Working Paper 4/10.*

[53] Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen,* causa C-36/02, in *Raccolta* p. I-09609.

[54] C. KOMBOS, op. cit. p. 455.

[55] S. A. DE VRIES, op. cit.

rango di autonoma categoria di giustificazione, ma costituisce il diritto fondamentale posto a base dell'eccezione dell'ordine pubblico idonea a giustificare la misura.

Anche in questo caso la Corte ha condiviso le considerazioni svolte in merito dalle autorità nazionali.

E' bene soffermare l'attenzione su un altro caso in cui il bilanciamento operato dalla Corte ha accolto quanto già affermato in *Schmidberger* e *Omega*, differenziandosi tuttavia per alcuni aspetti. Si tratta della sentenza *Dynamic Medien*[56], relativa a una legge tedesca che vietava la vendita per corrispondenza di supporti video provenienti dall'estero non sottoposti al controllo e alla classificazione, ai fini della tutela dei minori, da parte delle competenti autorità tedesche.

La tutela del minore viene riconosciuta come valore fondamentale sia nell'ordinamento europeo, sia a livello nazionale.

Al pari di quanto avvenuto nel caso *Omega*, nel verificare la proporzionalità della misura la Corte ritiene sufficiente che la misura corrisponda al livello di tutela garantito al minore dallo Stato membro che la adotta[57].

Confermando quanto statuito nelle due precedenti pronunce, questa sentenza rappresenta un ulteriore esempio della prevalenza accordata alla tutela di un diritto fondamentale, per la cui protezione viene giustificata una restrizione alla libera circolazione delle merci.

---

[56] Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien,* causa C-244/06, in *Raccolta* p. I-505.

[57] S. A. DE VRIES, op. cit.

La tutela del minore viene infatti riconosciuta come un interesse legittimo che giustifica, in linea di principio, una restrizione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato; in conformità a quanto asserito in *Schmidberger*, anche in questo caso il diritto fondamentale in questione sembrerebbe configurarsi come autonoma categoria di giustificazione alle restrizioni.

Il principale tratto distintivo del caso *Dynamic Medien* rispetto alle precedenti pronunce risiede nel fatto che il diritto fondamentale in questione, ossia la tutela del minore, è consacrato mediante legge ordinaria, non al livello costituzionale: ciò ha comportato un ulteriore ampliamento nella tutela dei diritti fondamentali nazionali a livello comunitario, ai quali può essere accordata la prevalenza rispetto alle libertà economiche garantite dal Trattato.

In un'ottica di continuità sotto il profilo del bilanciamento tra diritti e libertà operato nei casi *Schmidberger* e *Omega,* si pongono le sentenze *Viking* e *Laval*[58]*,* sebbene abbiano raggiunto risultati diversi: in entrambe le decisioni infatti, viene preclusa la possibilità di apporre una restrizione alle libertà sancite dal Trattato (rispettivamente, libera circolazione dei lavoratori e libertà di stabilimento) sulla base di diritti fondamentali confliggenti (nella fattispecie si tratta di diritti sociali, il diritto di intraprendere un'azione collettiva e il diritto di sciopero).

In entrambi i casi la Corte di giustizia ha riconosciuto il carattere fondamentale dei diritti sociali in questione, riconoscendo che tali diritti sono sanciti in diversi strumenti internazionali; al contempo

[58] Sentenza *Viking*, op. cit.; sentenza *Laval,* op. cit.

la Corte, richiamandosi a quanto statuito nei casi *Schmidberger* e *Omega,* afferma che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un interesse legittimo che giustifica una limitazione degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, ancorchè derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato. Tuttavia "l'esercizio dei diritti fondamentali non esclude l'applicazione delle norme sulla libera circolazione, ma deve essere con queste conciliato, in conformità al principio di proporzionalità[59]" (in *Laval* il test di proporzionalità cui è stata sottoposta la misura è stato alquanto severo).

Da qui emerge una differenza importante rispetto al caso *Schmidberger*, nel senso che il rapporto tra diritti e libertà non viene configurato su un piano propriamente paritetico, ma l'esercizio dei diritti fondamentali appare funzionalizzato rispetto alle libertà sancite dal Trattato, ossia è ritenuto ammissibile nei limiti di esercizio di queste ultime[60].

Un ulteriore elemento di rilievo posto in luce è che le libertà di circolazione e gli obiettivi che queste perseguono a livello comunitario, non mirano esclusivamente al raggiungimento di finalità economiche, ma prendono in considerazione anche finalità sociali.

È sulla scorta di questa riflessione che la Corte ha riconosciuto che i diritti fondamentali in gioco (diritto di intraprendere un'azione collettiva) rientrano nell'obiettivo di protezione dei lavoratori, ma

[59] Sentenza *Viking,* cit. punto 46 e nello stesso senso sentenza *Laval,*cit. punto 94.

[60] R. MASTROIANNI, op. cit. p. 336.

al contempo ha precisato che l'ostacolo che l'esercizio di questi diritti pone alle libertà di circolazione non può essere giustificato. In queste due sentenze, diversamente dal caso *Schmidberger,* i diritti fondamentali in questione non vengono qualificati come autonoma categoria di giustificazione alle restrizioni, ma rientrano fra i motivi giustificativi delle ragioni imperative di interesse generale: il diritto di intraprendere un'azione collettiva non rileva per sé, ma solo in quanto finalizzato alla tutela dei lavoratori.

CAPITOLO II
LA LOGICA ADOTTATA NEL CASO *SCHMIDBERGER* E LA SUA RIMODULAZIONE NEL CASO *OMEGA*

1. I fatti all'origine della controversia

Occorre in primo luogo analizzare i fatti che hanno generato la controversia insorta tra la Eugen Schmidberger, impresa di trasporti, e la Repubblica d'Austria.

La società Schmidberger ha introdotto un ricorso dinanzi alle giurisdizioni austriache perché nei giorni 12 e 13 giugno 1998 l'associazione ambientalista Transitforum Austria Tirol aveva organizzato una manifestazione, implicitamente autorizzata dalle competenti autorità austriache, che aveva comportato il blocco dell'autostrada del Brennero per tutta la durata dell'evento. Ponendo a fondamento del proprio ricorso la violazione della normativa comunitaria, in particolare degli artt. 28 CE ss. per l'ostacolo che la manifestazione aveva causato alla libera circolazione delle merci, la Schmidberger chiede la condanna dell'Austria al risarcimento dei danni che la società aveva subito a causa dell'immobilizzazione di cinque dei suoi autoveicoli[61].

A seguito del rigetto del ricorso per insufficienza di prove inerenti il

[61]A. ALEMANNO, *L'art. 28 del Trattato tra esigenze di funzionamento del mercato interno e tutela dei diritti fondamentali: alla ricerca di un possibile equilibrio*, in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2003, p. 1886.

presunto danno subito, la Schmidberger ha presentato ricorso in appello contro il giudizio di primo grado.

La Corte d'appello austriaca, ritenendo che ai fini della risoluzione della causa principale fosse essenziale l'applicazione del diritto comunitario, ha sospeso il giudizio e ha sottoposto alla Corte di giustizia sei questioni pregiudiziali.

Più precisamente, il giudice *a quo* ha chiesto alla Corte di stabilire se il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione per fini ambientali che ha comportato, per quasi 30 ore, il blocco completo di una via di comunicazione importante, quale l'autostrada del Brennero, costituisca una limitazione ingiustificata agli scambi intracomunitari incompatibile con gli artt. 28 e 29 CE, eventualmente letti in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato medesimo.

In secondo luogo il giudice austriaco ha chiesto alla Corte "se l'obiettivo di una manifestazione a carattere politico autorizzata dalle autorità, consistente nell'attivarsi per un ambiente salubre e nel richiamare l'attenzione sui pericoli per la salute della popolazione connessi al traffico di automezzi pesanti costantemente in aumento, debba essere collocato a un livello di importanza maggiore rispetto alle norme del diritto comunitario in materia di libera circolazione delle merci ai sensi dell'art. 28 CE"[62].

In terzo luogo la Corte d'appello ha chiesto alla Corte di giustizia di determinare le condizioni in cui può essere invocata la

[62] Sentenza *Schmidberger*, cit. punto 25.

responsabilità di uno Stato membro per i danni cagionati ai privati da una violazione del diritto comunitario.

Passiamo ora ad analizzare i fatti che hanno generato la controversia nel caso *Omega*[63]*:* la Omega era una società di diritto tedesco che gestiva a Bonn un impianto chiamato "laserdromo"; tale impianto veniva sfruttato per la pratica del "laser sport", durante la quale venivano utilizzati degli apparecchi a raggi laser simili ad armi da fuoco e sensori riceventi situati nei giubbotti dei giocatori.

Queste attrezzature erano fornite dalla società britannica Pulsar International Ltd.

Tale attività ha sollevato ben presto le proteste dei cittadini, a seguito delle quali la competente autorità amministrativa tedesca ha emanato un provvedimento volto a vietare alla società Omega di rendere possibili nel suo impianto giochi "ad uccidere" comportanti un "omicidio simulato", in quanto ritenuti lesivi di valori etici fondamentali riconosciuti dalla collettività, quali, nel caso di specie, il valore della dignità umana sancito dalla Costituzione tedesca e tali da costituire un pericolo per l'ordine pubblico[64].

A seguito del rigetto, in tutti i gradi di giudizio, del ricorso presentato dalla società Omega avverso il provvedimento nazionale, la questione giunge all'esame della Cassazione tedesca, dinanzi alla quale la Omega contesta inoltre il fatto che il divieto formulato

---

[63] Sentenza *Omega,* op. cit.

[64] Cfr. E. PELLECCHIA, *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 187.

dalle autorità tedesche si sarebbe posto in contrasto con la libera prestazione dei servizi sancita dall'art. 49 CE, dal momento che le attrezzature utilizzate per il laserdromo erano fornite dalla società britannica Pulsar.

La Corte di Cassazione tedesca sospende il giudizio e decide di deferire alla Corte di giustizia due questioni: in primo luogo se il divieto riguardante un'attività economica per ragioni di tutela di valori fondamentali sanciti dalla costituzione nazionale, quale in questo caso la dignità umana, fosse compatibile con le disposizioni del diritto dell'Unione concernenti la libera circolazione delle merci e la libera prestazione dei servizi.

In secondo luogo la Cassazione chiede alla Corte "se la facoltà di cui dispongono gli Stati membri di limitare, per tali ragioni, determinate libertà fondamentali garantite dal Trattato, ossia le libertà di prestazione dei servizi e di circolazione delle merci, sia subordinata, come potrebbe indicare la citata sentenza *Schindler*, alla condizione che tale restrizione si basi su una concezione del diritto comune a tutti gli Stati membri"[65].

Questo secondo interrogativo della Cassazione nasce da alcune perplessità in merito a taluni precedenti della Corte: inizialmente infatti, con la sentenza *Schindler*[66], era stato asserito che una misura restrittiva, oltre che necessaria e proporzionata, deve essere basata anche su una concezione del diritto comune a tutti gli Stati membri.

[65] Sentenza *Omega,* cit. punto 23.

[66] Sentenza della Corte del 24 marzo 1994, *Schindler,* causa C-275/92, in *Raccolta* I-1039.

Successivamente tuttavia, nei casi *Laara* e *Zenatti*[67], è stato affermato che per valutare la necessità e la proporzionalità di una misura restrittiva sarebbe irrilevante il fatto che un altro Stato membro abbia emanato norme di tutela diverse: è evidente quindi che la non univocità di queste pronunce ha generato nel giudice tedesco il dubbio posto alla base della seconda questione.

2. Il bilanciamento operato dalla Corte

2.1 Considerazioni preliminari al bilanciamento

Una volta dichiarata la ricevibilità delle questioni pregiudiziali, la Corte procede in primo luogo, secondo il tradizionale schema di ragionamento, a qualificare la misura nazionale adottata come restrittiva: nel caso *Schmidberger* ciò che assume rilievo in tal senso è il comportamento delle autorità austriache.

La Corte richiama sin da subito l'attenzione sul fatto che "la libera circolazione delle merci costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità"[68], consacrato agli artt. 28-29 CE, i quali, alla luce di quanto sancito dalla Corte nella storica pronuncia relativa al caso *Dassonville,* sono stati oggetto di un'interpretazione estensiva, volta a condannare "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza,

[67] Sentenza della Corte del 21 settembre 1999, *Laara*, causa C-124/97, in *Raccolta* I-6067; sentenza della Corte del 21 ottobre 1999, *Zenatti,* causa C-67/98, in *Raccolta* I-7289.

[68] Sentenza *Schmidberger,* cit. punto 51.

gli scambi intracomunitari[69]".

Facendo leva proprio su quanto statuito in *Dassonville* la Corte ha potuto operare un collegamento con la precedente sentenza *Commissione c. Francia*[70], nota anche come caso *Fragole,* con la quale si è affermato che l'art. 28 CE vieta non solo provvedimenti di origine statale che creano restrizioni agli scambi intracomunitari, ma si applica anche qualora uno Stato membro abbia omesso di adottare i provvedimenti necessari a fronteggiare gli ostacoli che si oppongono alla libera circolazione delle merci, anche se tali ostacoli non sono imputabili direttamente allo Stato in questione.

In virtù di questo assunto la Corte ha asserito, nel caso *Schmidberger,* che il fatto che le autorità competenti non abbiano impedito che una manifestazione ambientalista bloccasse una via di comunicazione importante, quale l'autostrada del Brennero, deve essere considerato una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, incompatibile con gli obblighi del diritto comunitario sanciti agli artt. 28 e 30 del Trattato, letti in combinato disposto con l'art. 10.

In conseguenza di quest'ultima affermazione la responsabilità per la turbativa degli scambi intracomunitari viene quindi addebitata al governo austriaco, in quanto sarebbe stato compito di quest'ultimo assicurare la libera circolazione delle merci, impedendo che i camion rimanessero bloccati per tutta la durata dell'evento.

In questa prima fase la Corte non ha preso in minima

[69] Sentenza *Dassonville,* cit. punto 5.

[70] Sentenza della Corte del 9 dicembre 1997, *Commissione c. Francia,* C-265/95, in *Raccolta* I-6959, punti 30-35.

considerazione l'obiettivo perseguito dalle autorità austriache al momento in cui hanno assunto una tale decisione, obiettivo riconducibile alla tutela dei diritti fondamentali[71].

Proprio con riguardo a quest'ultimo aspetto, parte della dottrina ha suggerito una diversa soluzione, volta ad effettuare il bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà fondamentali non nel momento in cui si valuta la giustificazione alla restrizione, ma in un momento precedente, ossia prima ancora che la misura venga qualificata come restrittiva: prendendo in considerazione in via immediata l'obiettivo di tutela perseguito dalla misura, si potrebbe addirittura evitare di qualificare la misura come restrittiva.

È evidente che tale approccio opera un favor nei confronti dei diritti fondamentali. Più precisamente, la soluzione che alcuni studiosi prediligono è quella volta ad assimilare la tutela dei diritti fondamentali alle esigenze imperative, intese come criterio di qualificazione degli effetti restrittivi ai sensi del Trattato e non come causa di giustificazione enucleabile fra quelle previste dall'art. 36 TFUE[72].

La principale conseguenza di un tale approccio sarebbe stata quella di sottrarre la misura al consueto test di proporzionalità cui di regola è sottoposta.

Nonostante i suggerimenti presentati dalla dottrina in tale direzione,

---

[71]Si consideri su tale aspetto M. ORLANDI, *Libera circolazione delle merci e deroghe giustificate da esigenze di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione Europea,* 2003, p. 905 ss.

[72] A. ALEMANNO, *À la recherche d'un juste équilibre entre liberté fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur,* in *Reveu du droit de l'Union europèenne,* 2004, pp. 709-751

la Corte ha proceduto tuttavia secondo lo schema tradizionale: quindi, una volta accertata la contrarietà della misura (nel caso di specie, il mancato divieto della manifestazione) al diritto comunitario, la Corte prosegue nel suo ragionamento andando a verificare la sussistenza di un obiettivo idoneo a giustificare la misura.

Il primo passaggio di rilievo che la Corte opera è quello di considerare l'obiettivo perseguito dalle autorità austriache, che viene individuato nel rispetto dei diritti fondamentali dei manifestanti in materia di libertà di espressione e di riunione, garantiti dalla Costituzione austriaca e dalla CEDU, agli art. 10 e 11[73].

Chiamata quindi a decidere se accordare la prevalenza alla libera circolazione delle merci o ai diritti fondamentali, la Corte procede ad una breve ricognizione del percorso giurisprudenziale che ha portato al progressivo consolidamento dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, con opportuni richiami alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nonché ai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo e infine alla CEDU: principi che sono stati "cristallizzati" nel Preambolo dell'Atto Unico Europeo e poi nel Trattato sull'Unione Europea. Vista la rilevanza progressivamente assunta dai diritti fondamentali, la Corte afferma quindi che "la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché

[73] Sentenza *Schmidberger*, cit. punto 69.

derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci[74]".

Tuttavia (e questo è un passaggio di estrema importanza per la giurisprudenza successiva), i diritti fondamentali non hanno sempre la stessa portata: la ragione di ciò si rinviene nel fatto che, nell'ambito della CEDU, ci sono diritti che si presentano come assoluti e inderogabili, e altri diritti, quali la libertà d'espressione e di riunione, che vanno considerati alla luce della loro funzione sociale[75].

Da questa considerazione deriva la possibilità di assoggettare tale ultima categoria di diritti a determinate restrizioni, purchè tali deroghe siano volte a tutelare obiettivi di interesse generale, non costituiscano un intervento sproporzionato rispetto allo scopo e non ledano la sostanza stessa dei diritti tutelati.

Quello che emerge è che nel caso di specie sia la libertà d'espressione quale diritto fondamentale, sia la libera circolazione delle merci, come libertà economica comunitaria, ammettono delle deroghe (per la libera circolazione delle merci ci si riferisce alla deroghe espresse sancite dal Trattato e alle esigenze imperative consolidatesi a partire dalla *Cassis de Dijon*): è necessario quindi operare un contemperamento degli interessi in gioco affidando alle autorità nazionali il compito di operare tale bilanciamento[76].

Per quanto concerne il caso *Omega*, la Corte, una volta dichiarata la ricevibilità delle questioni pregiudiziali, procede in primo luogo a

[74] Sentenza *Schmidberger*, cit. punto 74.
[75] cfr. par. 3 cap. 2.
[76] M. ORLANDI, op. cit. p. 913 ss.

determinare l'ambito di applicabilità della propria analisi, nel senso che "qualora un provvedimento nazionale incida sia sulla libera prestazione dei servizi sia sulla libera circolazione delle merci, la Corte procede al suo esame, in linea di principio, solamente con riguardo ad una delle due dette libertà fondamentali qualora risulti che, alla luce delle circostanze della specie, una delle due sia del tutto secondaria rispetto all'altra e possa essere a questa ricollegata[77]".

Alla luce di questa considerazione, nel caso in questione la Corte ritiene che il divieto posto dalle autorità tedesche alla società Omega di gestire un laserdromo secondo il modello di gioco sviluppato dalla Pulsar e da questa legalmente commercializzato nel Regno Unito incide sulla libera prestazione dei servizi: è a questa libertà che viene quindi accordata la prevalenza.

Non solo, tale osservazione della Corte risolve anche il primo nodo che questa tradizionalmente va ad affrontare, quello relativo alla qualificazione della misura come restrittiva, che viene accertata in senso affermativo.

A questo punto la Corte passa a verificare la sussistenza di una giustificazione alla restrizione apportata alla libera prestazione dei servizi alla stregua dell'art. 46 CE, che enuclea, fra le deroghe espresse, i motivi di pubblica sicurezza, sanità pubblica e ordine pubblico: è quest'ultima giustificazione che assume rilievo in quanto espressamente menzionata nel provvedimento di divieto[78].

[77] Sentenza *Omega*, cit. punto 26.
[78] E. PELLECCHIA, op. cit. p. 189.

La Corte stabilisce altresì che la nozione di ordine pubblico, dal momento che si connota come giustificazione di una deroga alla libera prestazione dei servizi, deve essere intesa in senso restrittivo, più precisamente, può essere invocata solo in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi della collettività: la ratio è quella di evitare che la portata di tale nozione possa essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie[79]; ciò non esclude tuttavia che alle autorità nazionali spetti un certo margine di discrezionalità nel compiere questa valutazione.

Al contempo infatti, la Corte è ben consapevole della variabilità, da un paese all'altro, delle circostanze specifiche che possono giustificare il richiamo alla nozione di ordine pubblico, per questo ritiene necessario lasciare alle autorità nazionali un certo potere discrezionale in materia, entro i limiti imposti dal Trattato.

Le autorità competenti infatti, hanno ritenuto nel caso di specie che l'attività vietata dal provvedimento minacci l'ordine pubblico a causa del fatto che, "secondo la concezione prevalente nell'opinione pubblica, lo sfruttamento commerciale di giochi che implicano la simulazione di omicidi colpisce un valore fondamentale sancito dalla Costituzione nazionale, ossia la dignità

[79] Sentenza della Corte del 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, causa 41/74, in *Raccolta* I-1354, punto 18: da questa sentenza deriva anche l'affermazione del principio secondo cui la possibilità per uno Stato membro di utilizzare una deroga prevista dal Trattato non esclude il controllo giurisdizionale sulle misure di applicazione di tale deroga. Si veda anche sentenza della Corte del 27 ottobre 1977 *Bouchereau,* causa 30/77, in *Raccolta* p.1999, punto 33.

umana[80]".

2.2 Il valore della dignità umana nel caso *Omega*

Occorre soffermare l'attenzione sul valore della dignità umana, che nel caso di specie assume rilievo in primo luogo a livello nazionale, più precisamente, come diritto fondamentale autonomo, sancito all'art. 1 della Costituzione tedesca: quello che emerge è il diverso status di cui questo valore gode nell'alveo dei diritti fondamentali, che lo differenzia dalle libertà di espressione e di riunione che entrano in gioco nel caso *Schmidberger* le quali, oltre che essere sancite dalla Costituzione austriaca, trovano a livello internazionale un riconoscimento solenne nella CEDU, agli artt. 10 e 11[81].

Il problema risiede quindi nel verificare se la tutela del diritto fondamentale nazionale possa leggersi in connessione con una della fattispecie previste a livello comunitario a giustificazione degli ostacoli alla libera circolazione, in questo caso alla luce della deroga dell'ordine pubblico.

È bene analizzare alcuni passaggi svolti dall'Avvocato generale Christine Stix-Hackl nelle conclusioni presentate il 18 marzo 2004, che saranno seguite dalla Corte.

In primo luogo l'Avvocato generale ritiene che l'iniziale rifiuto, espresso nella storica sentenza *Internationale*

[80] Sentenza *Omega*, cit. punti 31-32.

[81] Sul tema M.E. GENNUSA, *La dignità umana vista dal Lussemburgo,* in *Quaderni Costituzionali,* 2005, pp. 174-177.

Handelsgesellschaft[82]*,* di un allineamento del diritto comunitario a disposizioni dei singoli Stati membri in tema di diritti fondamentali vada relativizzato in quanto, "i diritti fondamentali e i diritti umani riconosciuti dal diritto comunitario come principi generali del diritto attingono pur sempre, per quanto concerne il loro contenuto di tutela, dalla fonte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare della CEDU[83]": nel caso in esame quindi non si può parlare di un vero e proprio conflitto diretto tra libera circolazione dei servizi e tutela della dignità umana che richieda un'armonizzazione nell'ordinamento giuridico comunitario.

È certo che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi non possono giustificarsi con la tutela di specifici diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di un singolo Stato membro; tuttavia, l'unico modo per far sì che la garanzia prevista a livello nazionale per un determinato valore possa trovare riconoscimento anche a livello comunitario, consiste nel ricondurre tale garanzia ad una delle possibilità di deroga espressamente previste dal Trattato, che nel caso di specie si identifica con la deroga dell'ordine pubblico[84].

Per arrivare ad una simile conclusione l'Avvocato generale prima di tutto delinea nei suoi tratti essenziali il concetto di dignità umana, che va inteso come la suprema pretesa alla "tutela e al rispetto dell'essenza o della natura dell'essere umano in sé considerato,

---

[82] Sentenza *Internationale Handelsgesellschaft,* op. cit.

[83] Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Christine Stix-Hackl il 18 marzo 2004 al caso *Omega Spielhallen,* causa C-36/02, in *Raccolta* p. I-9609, punto 70.

[84] M.E. GENNUSA, op. cit.

della sostanza di quest'ultimo": in virtù di ciò, la dignità umana si denota quindi come il substrato e la premessa di tutti i diritti umani, i quali si diversificano proprio a partire da essa[85].

Il dato che emerge è che, sia a livelli di atti di diritto internazionale, sia a livello di singoli ordinamenti giuridici interni, la dignità umana si configura principalmente come un riconoscimento di carattere generale o, in alcuni casi, come un principio fondamentale: la ragione di questo fenomeno si rinviene nel fatto che tale valore tende ad assumere un contenuto più concreto per effetto della configurazione e della formulazione che le vengono attribuite nei singoli diritti fondamentali; se ne deduce in tal senso che la dignità umana costituisce un concetto di genere, che si viene a specificare, con riguardo al suo contenuto, nel singolo caso.

Per quanto concerne l'affermazione della dignità umana a livello comunitario, riveste un ruolo cruciale la sentenza resa dalla Corte nel caso *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*[86]*:* in tale occasione è stato riconosciuto il rispetto della dignità umana come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario e come parametro e presupposto della legittimità degli atti giuridici comunitari.

Alla luce di queste considerazioni, "poiché per sua stessa natura il concetto di dignità umana necessita di essere integrato quanto al suo contenuto, nel caso in esame – diversamente che nella sentenza Schmidberger – potrebbe risultare difficile per la Corte equiparare

[85] Conclusioni dell'AG Stix-Hackl cit. punti 75-76.

[86] Sentenza della Corte del 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio,* causa C-377/98, in *Raccolta* I-07079.

senz'altro il contenuto della garanzia riconosciuta alla dignità umana dalla Costituzione tedesca a quello della garanzia accordata alla medesima dignità umana nell'ambito del diritto comunitario.

È quindi opportuno valutare la misura nazionale in discorso alla luce del diritto comunitario.

Tale valutazione presuppone un'interpretazione del concetto di ordine pubblico, quale fattispecie giustificativa invocata dallo Stato membro, conforme al significato e alla portata della dignità umana nell'ordinamento giuridico comunitario"[87].

In virtù di quanto detto precedentemente in merito alla nozione di ordine pubblico [88], considerando quindi sia l'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte su tale nozione, sia lo spazio di discrezionalità lasciato agli Stati membri nella determinazione delle circostanze che possono giustificare il richiamo alla nozione di ordine pubblico, se uno Stato membro, per motivare l'esistenza di un particolare pericolo, adduce l'esigenza del rispetto della dignità umana, quest'ultima senza dubbio rientra tra gli interessi fondamentali di ogni collettività obbligata alla tutela e al rispetto dei diritti fondamentali. Si badi bene che, sul piano metodologico, non è necessario che il riconoscimento dell'incidenza su un interesse fondamentale della collettività risponda ad una concezione comune condivisa dagli Stati membri[89].

---

[87] Conclusioni dell'AG Stix-Hackl cit. punti 92-93.

[88] cfr. par. 2.1 cap. 2.

[89] si veda a tal proposito la sentenza *Schindler,* op. cit. nell'ambito della quale si è affermato che l'esistenza di una concezione comune in ordine alla necessità di limitare una libertà fondamentale costituisce un indizio della legittimità di

Ad ogni modo nel caso *Omega,* "la concezione comune degli Stati membri non va ravvisata nella configurazione assunta in concreto – a livello nazionale – dalla tutela della dignità umana, qui concretizzatasi nel provvedimento amministrativo in contestazione, bensì nella concorde valutazione di principio in ordine alla fondamentale importanza della dignità umana nel diritto nazionale considerato e nel diritto comunitario"[90].

La Corte di Giustizia, facendo proprie molte delle considerazioni espresse dall'Avvocato generale, afferma che i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali di diritto di cui la Corte medesima garantisce l'osservanza, ispirandosi a tal fine alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e ai trattati internazionali in tema di tutela dei diritti dell'uomo.

Alla luce di ciò, si può quindi asserire che "l'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto.

Non vi sono dunque dubbi che l'obiettivo di tutelare la dignità umana è compatibile con il diritto comunitario, non essendo rilevante a tale proposito che, in Germania, il principio del rispetto della dignità umana benefici di uno status particolare in quanto diritto fondamentale autonomo"[91].

Con questa affermazione il valore della dignità umana transita così dal piano del diritto nazionale al piano del diritto comunitario.

---

tale restrizione, ma non porta a concludere che la detta concezione comune sia un presupposto per il riconoscimento di tale legittimità.

[90] Conclusioni dell'AG Stix-Hackl cit. punto 107.

[91] Sentenza *Omega,* cit. punto 34.

Alla luce di queste riflessioni la Corte, richiamandosi a quanto statuito nel caso *Schmidberger,* afferma, al punto 35 della sentenza che "poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi".

2.3 Alcune riflessioni sulla dottrina del margine di apprezzamento

Occorre rilevare che, tanto nel caso *Schmidberger* quanto nel caso *Omega,* una volta qualificata la misura come restrittiva e accertata poi la sussistenza di una giustificazione a tale restrizione, che in entrambe le fattispecie è stata individuata nella tutela di diritti fondamentali eccepita dalle autorità nazionali, la Corte afferma che, per valutare se sia stato osservato un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, deve essere lasciato un certo margine discrezionale alle autorità nazionali competenti.

A tal proposito è opportuno fare alcune considerazioni sulla "dottrina del margine di apprezzamento": con tale espressione si intende lo spazio che viene lasciato agli Stati nell'applicazione della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nota altresì come CEDU (1950), per bilanciare l'adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di

esigenze statali.

Non solo, alcuni studiosi hanno evidenziato come il margine di apprezzamento rappresenti un meccanismo essenziale per preservare e garantire uno dei pilastri di ogni società democratica: il pluralismo dei valori[92].

Tale dottrina trae origine dall'orientamento giurisprudenziale assunto dalla Corte europea a partire dai casi *Grecia v. Regno Unito*[93] e *Lawless v. Irlanda*[94]: in queste sentenze per la prima volta è stato riconosciuto agli Stati, in virtù dell'art. 15 CEDU che attribuisce agli ordinamenti nazionali la facoltà di derogare ad alcuni obblighi convenzionali, un certo margine di discrezionalità per valutare la sussistenza dei presupposti della "guerra" e del "pericolo pubblico che minacci la vita della nazione".

La giurisprudenza della Corte europea si è successivamente evoluta in tal senso, ampliando il campo d'applicazione delle deroghe alla Convenzione alla materia dei diritti fondamentali[95].

L'obiettivo perseguito dalla Corte nell'elaborazione di tale dottrina, che non trova fondamento nella CEDU né tantomeno nei lavori preparatori, era quello di realizzare il giusto contemperamento tra il rispetto degli obblighi convenzionali e la necessità di garantire la

---

[92] In questo senso, tra gli altri Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, New York, 2002, p. 249.

[93] C. eur. dir. uomo (Commissione), *Grecia v. Regno Unito,* 2 giugno 1956, ric. n. 176/56.

[94] C. eur. dir. uomo (Commissione), *Lawless v. Irlanda*, 7 aprile 1961, ric. n. 332/57.

[95] si veda C. eur. dir. uomo, *Handyside v. Regno Unito,* 7 dicembre 1976, ric. n. 5493/72.

sovranità nazionale alle parti contraenti[96].

La dottrina del margine di apprezzamento è stata utilizzata anche in ambito comunitario e, al pari di quanto avvenuto per la Corte europea, si è delineata attraverso un'evoluzione giurisprudenziale. Tale strumento assume rilievo a livello comunitario in diversi ambiti: si pensi al margine di apprezzamento della Commissione nell'ambito della concorrenza, o a quello di cui godono gli Stati nell'applicazione del diritto comunitario (come avviene con lo strumento della direttiva).

Quello che suscita maggiore interesse, anche in relazione ai casi *Schmidberger* e *Omega,* è il margine di apprezzamento inteso come potere di valutazione discrezionale che la Corte di giustizia attribuisce agli Stati membri nella verifica circa il rispetto delle libertà fondamentali allorquando i medesimi Stati adottino misure di protezione in settori privi di armonizzazione[97].

Si prenda come esempio la sentenza *Omega*: come accennato in precedenza, in questo caso le autorità nazionali hanno invocato la deroga dell'ordine pubblico per giustificare il provvedimento restrittivo; al punto 31 della citata sentenza, proprio con riguardo alla nozione di ordine pubblico, la Corte ha asserito che "le circostanze specifiche che potrebbero giustificare il richiamo alla

[96] P. GROSSI, E. CHELI, A. FALZEA, *Enciclopedia del diritto. Annali*, volume 4, Milano, 2011, p. 405.

[97] Seguendo l'analisi di I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*. *Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche: La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*. *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2010, pp. 7-28

nozione di ordine pubblico possono variare da un paese all'altro e da un'epoca all'altra.

È perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato".

Ai fini di tale affermazione la Corte ha richiamato le precedenti sentenze *Van Duyn* e *Bouchereau*[98], le quali, proprio in materia di ordine pubblico (al pari di quanto avvenuto per la Corte europea), rappresentano la prima occasione in cui la Corte di giustizia ha applicato il margine di apprezzamento.

Il punto cruciale, che spiega anche la ratio di tale dottrina nell'ambito del conflitto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali, è che la Corte prende consapevolezza, a partire dal settore dell'ordine pubblico, del fatto che l'integrazione europea non può sempre portare alla determinazione di uno standard comunitario in ogni settore e diventa perciò necessario rispettare le diverse concezioni degli Stati, limitandosi a verificare il rispetto del limiti imposti dal Trattato[99].

A tal proposito si parla di un atteggiamento di "self-restraint" della Corte a vantaggio della discrezionalità degli Stati membri nel bilanciamento fra libertà economiche comunitarie e diritti fondamentali nazionali.

Sebbene le due Corti presentino molte analogie nell'approccio a

[98] Sentenza *Van Duyn* e sentenza *Bouchereau,* op.cit.
[99] I. ANRÒ op. cit.

tale orientamento e nella sua evoluzione, è bene tuttavia evidenziare una differenza importante tra le due: infatti, mentre la Corte europea utilizza il margine di apprezzamento per legittimare deroghe alla tutela dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia in virtù di tale dottrina consente allo Stato di ampliare la tutela dei diritti fondamentali così come concepiti dal proprio ordinamento.

2.4 Nel cuore del bilanciamento: il test di proporzionalità

Il test di proporzionalità che la Corte di giustizia è chiamata ad effettuare può essere visto, per alcuni aspetti, come un limite posto al margine di apprezzamento lasciato agli Stati: la Corte si riserva in tal senso un potere di revisione volto a verificare che gli Stati membri abbiano realizzato il giusto contemperamento tra gli interessi in gioco.

La ragione di ciò risiede nel fatto che, tipicamente, la tutela dei diritti fondamentali, che viene invocata come motivo di giustificazione ad una misura restrittiva nei casi *Schmidberger* e *Omega*, costituisce una di quelle materie in cui non è possibile realizzare un'armonizzazione a livello comunitario: è per questo che si lascia agli Stati il compito di stabilire il livello di tutela da accordare a tali diritti e la realizzazione del giusto equilibrio tra questi e le libertà comunitarie[100].

Ciò non toglie tuttavia il potere della Corte di verificare la

[100] I. ANRÒ op. cit.

correttezza del bilanciamento effettuato, avvalendosi a tal proposito del test di proporzionalità.

Tale test si articola in due diversi "step": il primo volto a verificare l'idoneità della misura; questa valutazione ha ad oggetto la relazione sussistente tra i mezzi e il fine, nel senso che occorre stabilire se la misura restrittiva adottata sia idonea al raggiungimento dell'obiettivo che si intende perseguire.

Il secondo step è volto a verificare la necessità della misura adottata.

Più precisamente, si può affermare che questa fase si connota di due elementi distinti: in primo luogo occorre valutare che l'obiettivo non possa essere conseguito attraverso misure meno restrittive; in secondo luogo bisogna stabilire se la misura adottata non ecceda rispetto allo scopo prefissato[101].

Sebbene tale test sia stato oggetto di diverse formulazioni, lo schema di base rimane sempre quello sopra descritto.

Nel caso *Schmidberger* la Corte intraprende un'analisi delle circostanze che connotano la fattispecie in questione, operando un paragone con il caso *Fragole*[102], al fine di evidenziare le principali differenze tra le due sentenze.

Quello che emerge nel caso in esame alla luce di questo paragone è che: i manifestanti hanno presentato un'apposita domanda di autorizzazione alle autorità competenti; il blocco della circolazione stradale si è prodotto su un solo itinerario, in un'unica occasione e

[101] Cfr. C. BARNARD, *The substantive law of the EU, the four freedoms*, Oxford, 2010, pp. 171-172.

[102] Sentenza *Commissione c. Francia* op. cit.

per la durata di trenta ore: in questo modo si evidenzia come l'ostacolo frapposto alla libera circolazione delle merci, diversamente dal caso *Commissione v. Francia,* abbia avuto una portata limitata sia rispetto all'ampiezza geografica sia alla gravità intrinseca dei disordini[103]; le autorità competenti hanno adottato misure di assistenza volte a limitare i disagi legati alla circolazione stradale; l'esercizio dei diritti fondamentali da parte dei manifestanti non aveva come obiettivo quello di impedire la circolazione di determinati prodotti provenienti da Stati membri diversi, né la distruzione dei prodotti in fase di spedizione o di transito.

Inoltre, l'azione isolata di cui si tratta non ha prodotto un clima generale di insicurezza con un effetto dissuasivo sulle correnti di scambi comunitari, a differenza delle gravi perturbazioni che avevano minato l'ordine pubblico nei fatti verificatisi nel caso *Fragole*.

Alla luce di queste considerazioni si giunge alla conclusione che un eventuale divieto della manifestazione da parte delle autorità nazionali competenti avrebbe provocato "un'inaccettabile interferenza nei diritti fondamentali dei manifestanti di riunirsi e di esprimere pacificamente la loro opinione in pubblico"[104].

Tutti i fattori sopra indicati hanno avuto un ruolo decisivo ai fini dell'affermazione, da parte della Corte di giustizia, del fatto che la restrizione apportata alla libera circolazione delle merci nel caso in

[103] Sentenza *Schmidberger,* cit. punto 85.
[104] Sentenza, *Schmidberger,* cit. punto 89.

questione risulta proporzionata alla luce della protezione dei diritti fondamentali [105] , constatando che l'obiettivo legittimamente perseguito da tale manifestazione non avrebbe potuto essere raggiunto mediante misure meno restrittive degli scambi intracomunitari.

La Corte conferma così il bilanciamento operato dalle autorità nazionali nel contemperare gli interessi in gioco nel caso in esame, concludendo la causa nel senso che *il fatto che le autorità competenti non abbiano vietato una manifestazione nelle circostanze di cui alla causa principale non è incompatibile con gli artt. 28 e 30 CE, letti in combinato disposto con l'art. 10.*

È bene ricordare che in tale fattispecie, anche alla luce delle peculiarità che connotano la materia dei diritti fondamentali, la giustificazione posta a base della misura restrittiva adottata non può essere enucleata alla stregua delle deroghe espresse previste dal Trattato, né tanto meno delle esigenze imperative: la tutela dei diritti fondamentali si configura infatti come una categoria autonoma di giustificazione alle restrizioni[106].

Per quanto concerne il caso *Omega,* in quest'occasione la Corte ha in un primo momento riconosciuto che l'ordinamento comunitario mira a garantire il rispetto della dignità umana quale principio generale di diritto, non essendo rilevante a tal proposito che questo valore goda di un particolare status giuridico, quale diritto

[105]Si veda S.A. DE VRIES *, The protection of fundamental rights within Europe's internal market since Lisbon,* in *The Europa Institute Working Paper* 04/10.

[106]S.A. DE VRIES, *An endeavour for more harmony*, op. cit.

fondamentale autonomo, nell'ordinamento nazionale tedesco. Sebbene quindi la Corte riconosca, al pari di quanto avvenuto in *Schmidberger,* che il rispetto dei diritti fondamentali rappresenta un interesse legittimo che può limitare le libertà comunitarie, tuttavia afferma che "misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e solo a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi[107]".

Nel momento in cui si appresta a verificare la proporzionalità della misura, la Corte sancisce un principio di grande rilievo, con il quale scioglie anche la questione pregiudiziale relativa all'incidenza della citata sentenza *Schindler*[108]*:* affinchè la giustificazione posta a base della restrizione sia compatibile con il diritto comunitario si afferma, al punto 37 della sentenza, che "non è indispensabile che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa".

Quello che vuole far capire la Corte è che, anche se nella sentenza *Schindler* è stata affermata la necessità che una determinata misura restrittiva sia basata su una concezione di diritto comune agli Stati membri per essere compatibile con il diritto comunitario (nel caso di specie la concezione comune era in merito alla moralità dei

[107] Sentenza *Omega* cit. punto 36.
[108] Sentenza *Schindler,* op. cit.

giochi d'azzardo), ciò non vuol dire che con tale pronuncia si sia inteso formulare un criterio generale per valutare la proporzionalità della misura nazionale restrittiva.

Alla luce di questa considerazione la Corte giunge quindi alla conclusione che la misura restrittiva adottata corrisponde al livello di protezione della dignità umana che la Costituzione nazionale garantisce sul territorio della Germania, ed è pertanto legittima[109].

È evidente la portata di tale pronuncia sotto il profilo della valorizzazione dei diritti fondamentali nazionali in ambito comunitario.

Anche in questo caso la Corte ha condiviso il bilanciamento effettuato dalle autorità nazionali, accordando la prevalenza alla tutela dei diritti fondamentali: la causa infatti viene conclusa nel senso che *il diritto comunitario non osta a che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana.*

È bene notare tuttavia che in *Omega*, diversamente da *Schmidberger*, il rispetto della dignità umana non costituisce una categoria autonoma di giustificazione, ma rappresenta il diritto fondamentale posto a fondamento dell'eccezione dell'ordine pubblico idonea a giustificare la misura.

Un'ultima osservazione: nel momento in cui la Corte, al punto 37 della sentenza, non richiede la sussistenza di una concezione di

[109] S.A. DE VRIES, *An endeavour for more harmony*, op. cit.

diritto comune agli Stati membri in merito alla tutela di un diritto fondamentale, manifesta un rifiuto nei confronti della "dottrina del consenso": con tale termine (che al pari della dottrina del margine di apprezzamento nasce in seno alla Corte europea) si intende la ricerca, da parte della Corte, di una concezione di diritto comune agli Stati membri, basata su una comparazione delle leggi o prassi dei diversi Paesi, volta ad accertare la sussistenza di un determinato livello di tutela.

Se si viene a constatare che le diverse legislazioni prevedono un livello di tutela comune, allora la Corte fissa uno standard al quale gli Stati dovranno adeguarsi.

In questo modo il consenso rappresenta il discrimine tra le due declinazioni del margine di apprezzamento: con il margine ampio la Corte opera un self-restraint a vantaggio della discrezionalità degli Stati, mentre in presenza di un margine stretto la Corte è legittimata a fissare un determinato standard normativo, inerente la protezione dei diritti o altra questione[110].

Si evince che tale dottrina si pone in relazione inversamente proporzionale rispetto al margine di apprezzamento: laddove è possibile riscontrare una concezione comune agli Stati membri in merito alla tutela di un determinato diritto o ad altra questione, sarà di certo minore il margine di apprezzamento lasciato alle autorità nazionali[111].

---

[110]Sul tema A.M. LECIS, *Consenso europeo, chi è costui? L'individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d'apprezzamento*, *www.diritticomparati.it,* novembre 2011.

[111]I. ANRÒ op. cit.

3. Alcune obiezioni al bilanciamento effettuato dalla Corte

È senza dubbio evidente la portata che le pronunce rese nei casi *Schmidberger* e *Omega* hanno avuto per la tutela accordata ai diritti fondamentali nel conflitto con le libertà fondamentali e per la valorizzazione che i diritti fondamentali sanciti nelle Costituzioni nazionali hanno ricevuto in ambito comunitario.

Tuttavia, non è mancato chi, tra gli studiosi, ha voluto prendere in considerazione oltre che l'aspetto più propriamente positivo, relativo ai risultati raggiunti nella protezione dei diritti fondamentali, anche alcuni elementi di criticità, volti ad evidenziare delle "mancanze" nell'approccio sviluppato dalla Corte, che renderebbero la tutela dei diritti non pienamente soddisfacente.

È possibile individuare tre principali obiezioni nei confronti dell'atteggiamento assunto dalla Corte di giustizia: un primo elemento di criticità risiede nel fatto che, tanto in *Schmidberger* quanto in *Omega,* le misure adottate dalle autorità nazionali vengono sempre considerate, in prima battuta, come restrittive delle libertà fondamentali: solo in un secondo momento la tutela dei diritti fondamentali in qualità di obiettivo atto a giustificare la restrizione posta in essere dagli Stati membri viene presa in considerazione.

Seguendo uno schema del genere la restrizione, anche se giustificata, verrebbe sempre avvertita come qualcosa che di per sé

è sbagliato, ma che può essere in qualche misura tollerato[112].

Non solo, una riflessione di questo tipo potrebbe condurre gli Stati a trascurare completamente la tutela dei diritti fondamentali che, sebbene costituisca un interesse legittimo, viene pur sempre posta a base di una misura di per sé incompatibile con il diritto comunitario, che deve essere giustificata in ogni caso: per non incorrere in questo tipo di violazioni, i Paesi membri sarebbero indotti ad assumere un atteggiamento di riverenza e conformità nei confronti degli obblighi imposti dal diritto comunitario, disinteressandosi alla tutela dei diritti[113].

Questo meccanismo porta a ritenere che alla base di tale atteggiamento sussista una presunzione, in forza della quale le libertà economiche comunitarie rivestono sempre una posizione primaria, di regola basilare, rispetto alle quali i diritti fondamentali si configurerebbero come una mera eccezione[114].

La conseguenza di un simile orientamento è che l'onere della prova incombe sempre sulla parte che invoca i diritti fondamentali: ma se tali diritti sono stati considerati obiettivi di tutela compatibili con il diritto comunitario, anche alla luce delle conclusioni della Corte nelle sentenze in esame, allora l'ago della bilancia dovrebbe

---

[112]Questa considerazione in C. BROWN, *Case note: Case C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzuge v. Austria*, in *Common Market Law Review*, 2003, pp. 1499- 1510.

[113] A. ALEMANNO, *Libertès fondamentales et droits fondamentaux*, in *Revue du Droit de l'Union Europèenne*, 2004, vol. 4 p. 731.

[114] S. CURZON, *Fundamental rights and the internal market. The state of affairs following Schmidberger & Omega*, in *Joël Rideau, Les Droits Fondamentaux dans l'Union Européenne,* Bruylant 2009, p. 121.

pendere in maniera diversa, nel senso che sarebbe preferibile una soluzione volta ad attribuire a coloro che invocano le libertà economiche comunitarie l'onere di giustificare le restrizioni ai diritti fondamentali.

Un secondo ordine di obiezioni si rinviene nel fatto che, una volta qualificata la misura come restrittiva e accertata la sussistenza di una giustificazione a base della restrizione, affinchè tale misura possa essere considerata legittima la Corte la sottopone al consueto test di proporzionalità.

Come visto in precedenza, nel fare ciò la Corte lascia agli Stati membri un certo margine discrezionale nel determinare il livello di protezione che intendono accordare al diritto la cui tutela costituisce l'obiettivo atto a giustificare la restrizione: un tale tipo di approccio denota la prudenza manifestata dalla Corte nel momento in cui ha a che fare con le tradizioni costituzionali degli Stati membri, nonché la consapevolezza, implicita, sulle differenze che sussistono tra i cataloghi di diritti sanciti dalle costituzioni nazionali.

Non solo, è bene ricordare che nel caso *Schmidberger* la Corte afferma che le libertà d'espressione e di riunione garantite dalla CEDU non si configurano come prerogative assolute, ma possono essere soggette, in via eccezionale, ad alcune limitazioni, purchè legittime e proporzionate al fine perseguito[115]: tutti questi elementi sono sicuramente indice dell'intento della Corte di garantire una protezione effettiva ai diritti fondamentali, la cui tutela viene giustificata e riconosciuta in entrambe le sentenze in esame.

[115] Sentenza *Schmidberger,* cit. punto 80.

Tuttavia la Corte si mostra ancora timorosa nell'ammettere che i diritti fondamentali costituiscano norme gerarchicamente superiori, e il suo intento di garantirgli una protezione effettiva viene in parte vanificato nel momento in cui la Corte si sforza di conciliare tra loro le tradizioni costituzionali comuni, il sistema della CEDU e la tutela della libertà fondamentali garantite dal Trattato[116].

Se da una parte non si può negare che uno dei compiti della Corte di giustizia è quello di garantire il rispetto del diritto dell'Unione (e quindi delle libertà fondamentali), d'altra parte occorre ricordare l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi decenni, che ha contribuito sia a ricomprendere i diritti fondamentali nel novero dei principi generali del diritto dell'Unione, sia ad assecondare le priorità degli Stati membri nel rispetto delle loro tradizioni costituzionali: tutto ciò sembrerebbe suggerire alla Corte l'adozione di un nuovo approccio, di matrice, per così dire, costituzionale.

Alla luce di un simile approccio la Corte, al pari di un giudice costituzionale, dovrebbe farsi garante, in via prioritaria, della tutela dei diritti fondamentali, siano essi sanciti nelle Carte internazionali o nelle costituzioni nazionali, prima ancora di preoccuparsi per la realizzazione degli obiettivi dell'ordinamento UE.

Un simile orientamento, volto a dar luogo ad una sorta di interiorizzazione dei controlimiti e che trova un importante riflesso al punto 37 della citata sentenza *Omega,* sarebbe forse valso a mitigare la reazione delle Corti costituzionali dell'Europa centro-orientale.

[116]Questa notazione è espressa da S. CURZON, op. cit. p. 123.

Queste Corti, temendo che il processo di adesione all'Unione (avvenuto per i rispettivi Stati nel 2004 e nel 2007) avrebbe potuto compromettere, in qualche misura, la sovranità e l'indipendenza tanto agognate e finalmente riconquistate dopo la caduta del dominio sovietico, hanno manifestato un atteggiamento estremamente conflittuale nelle loro relazioni con la Corte di giustizia[117].

Le Corti costituzionali dell'Est infatti, facendosi paladine della tutela dei principi fondamentali sanciti dai rispettivi ordinamenti e del nucleo duro della sovranità statale nei confronti della possibile eccessiva invadenza del diritto dell'Unione, hanno rafforzato la loro posizione, evidenziando nei confronti della Corte una polemicità tale da mettere in grande difficoltà lo stesso giudice supremo dell'ordinamento UE[118].

È possibile muovere una terza ed ultima critica nei confronti dell'approccio seguito dalla Corte: dal momento che quest'ultima riconosce che la tutela dei diritti fondamentali può in linea di principio giustificare una restrizione agli obblighi sanciti dal Trattato, inevitabilmente è chiamata a stabilire a quale dei motivi di giustificazione siano riconducibili tali diritti nell'ambito delle deroghe alle libertà di circolazione.

Come visto in precedenza, nel caso *Schmidberger* la tutela dei

[117] Si pensi alla sentenza resa dal Tribunale costituzionale polacco il 16 novembre 2011, SK 45/09 o alla decisione assunta dalla Corte di giustizia il 22 novembre 2011, *Landtovà,* causa C-399/09.

[118]Si consideri l'analisi di O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'Est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, pp.765-788.

diritti rappresenta una categoria autonoma di giustificazione, mentre in *Omega* il rispetto della dignità umana viene posto a base della deroga espressa dell'ordine pubblico.

Quello che si fa notare è che, se la protezione dei diritti fosse effettivamente garantita in ogni caso, in realtà sarebbe superfluo e privo di senso doverli sussumere di volta in volta in una determinata causa di giustificazione.

Nonostante comprenda l'importanza che assume la tutela dei diritti fondamentali, tuttavia la Corte non è ancora riuscita a riconoscere espressamente uno status indipendente a tali diritti, né tanto meno ad attribuirgli il rango di norme gerarchicamente superiori: per questo si pensa che il ricorso ad "artifici terminologici" quali quelli delle cause di giustificazione rappresenti in realtà un modo per mascherare la vera natura dei diritti fondamentali, che la Corte sembra restia a riconoscere in via espressa[119].

[119]Queste note critiche sono svolte da S. CURZON, op. cit. pp. 125-126.

CAPITOLO III
VIKING E LAVAL

1. I fatti e le questioni pregiudiziali

La Viking line è una società di diritto finlandese, operatore di traghetti; tale impresa gestisce sette navi, tra le quali rientra il Rosella, che garantisce il collegamento marittimo tra l'Estonia e la Finlandia. I componenti dell'equipaggio di questa nave sono iscritti alla FSU, sindacato finlandese di marittimi affiliato alla ITF, una federazione internazionale di sindacati dei lavoratori nel settore dei trasporti.

Uno dei principali obiettivi di tale federazione, che assume rilievo nella controversia in esame, è la campagna di lotta contro le bandiere di convenienza: una situazione del genere si presenta nell'ipotesi in cui la proprietà effettiva e il controllo di una nave si collochino in uno Stato diverso da quello della bandiera con cui la nave medesima è stata immatricolata[120].

Nel caso in esame la società Viking aveva tentato di immatricolare la nave Rosella in Estonia, poiché in quest'ultimo Paese i costi del lavoro sostenuti dagli operatori estoni erano notevolmente inferiori: in tal modo la Viking avrebbe potuto concludere un contratto collettivo con il sindacato estone, traendo un vantaggio competitivo dalla conseguente applicabilità di condizioni di lavoro e retribuzioni

[120] Sentenza *Viking,* cit. punto 8.

previste dal diritto estone, inferiori rispetto a quelle applicate ai lavoratori finlandesi.

Il sindacato finlandese FSU si è opposto all'iniziativa della Viking promuovendo un'azione di boicottaggio con il supporto della ITF (che al contempo ha emanato una circolare recante il divieto di contrattare con la Viking per i propri sindacati affiliati) contro la società e costringendola al raggiungimento di un accordo con la stessa FSU: questo perché si temeva che il cambiamento di bandiera da parte della società avrebbe comportato, oltre che un peggioramento del trattamento economico e normativo dei lavoratori finlandesi, anche il rischio che parte dei lavoratori occupati sulla nave Rosella fossero licenziati[121].

La Viking, temendo che un nuovo tentativo di cambiare bandiera avrebbe nuovamente innescato un'azione di boicottaggio, decide di intentare un'azione giudiziaria contro la ITF al fine di inibire nuove azioni di tal tipo.

La Corte d'appello civile dell'Inghilterra e del Galles presenta un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sottoponendole le seguenti questioni: in primo luogo si chiede alla Corte se rientri nell'ambito delle disposizioni sulla libertà di stabilimento, in particolare nell'art. 43 CE (attuale art. 49 TFUE), nonché del regolamento n. 4055/86[122], un'azione collettiva promossa da un

[121] M. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero,* in *Lavoro e Diritto*, 2008, pp. 371-391.

[122] Regolamento(cee) n.4055/86 del Consiglio del 22 dicembre 1986 che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi.

sindacato o da un'associazione di sindacati contro un'impresa privata al fine di indurla a sottoscrivere un contratto collettivo con un sindacato avente sede in un particolare Stato membro, dissuadendola così dal cambiare bandiera ad una delle sue navi per assumere quella di uno Stato membro diverso.

La seconda questione attiene all'efficacia dell'art. 43 CE, più precisamente si domanda se tale disposizione abbia un effetto diretto orizzontale nel senso di conferire ad un'impresa privata diritti opponibili nei confronti di un altro soggetto privato: nel caso in esame si tratta di un sindacato o di un'associazione di sindacati[123]. In terzo luogo la Court of Appeal chiede alla Corte se un'azione collettiva intrapresa da un sindacato quale quella descritta nella prima questione costituisca una restrizione all'art. 43 CE e se, in caso affermativo, tale restrizione possa essere giustificata.

Veniamo ora ai fatti all'origine della controversia nel caso *Laval.* Laval è una società di diritto lettone che controlla una società edile operante in Svezia, la Baltic: quest'ultima ha vinto una gara d'appalto per la costruzione di una scuola in una città svedese; per l'esecuzione dei lavori relativi all'appalto e nell'esercizio della libertà di prestazione dei servizi, la Baltic decide di avvalersi del personale assunto dalla società madre in Lettonia e distaccato in Svezia presso tale società, al fine di applicare le condizioni contrattuali e retributive previste dal diritto lettone.

Il sindacato svedese delle costruzioni, in mancanza di una disciplina interna svedese in tema di retribuzioni, ha proposto alla Laval di

[123] sentenza *Viking,* cit. punto 27 n.2.

aderire al sistema di contrattazione collettiva svedese[124].

A fronte del fallimento delle trattative tese al raggiungimento di un accordo, il sindacato di sezione, con la solidarietà del sindacato di categoria, ha promosso un'azione collettiva (nel caso in esame si tratta di uno sciopero che ha comportato l'interruzione dei lavori in un cantiere) al fine di costringere la Laval a sottoscrivere il contratto collettivo per applicare ai lavoratori lettoni distaccati le condizioni di lavoro assicurate da tale contratto nell'impresa svedese[125].

La società lettone presenta così ricorso dinanzi al giudice svedese per accertare l'illegittimità del blocco e dell'azione di solidarietà ed ottenere un provvedimento inibitorio di tali atti, chiedendo altresì la condanna dei sindacati svedesi al risarcimento del danno subito.

Il giudice svedese presenta alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: si chiede innanzitutto se sia compatibile con le norme in tema di libera prestazione di servizi e con la direttiva 96/71 [126] il fatto che le organizzazioni sindacali intraprendano un'azione collettiva sotto forma di sciopero al fine di costringere un prestatore di servizi straniero a firmare un contratto collettivo sulle condizioni di lavoro, quando la legge di recepimento della direttiva nello Stato ospitante non contiene alcuna disposizione specifica in merito all'applicazione delle condizioni di lavoro nei contratti

[124]Cfr. U. CARABELLI, *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione comunitaria,* 2009, in www.europeanrights.eu

[125] M. BALLESTRERO, op. cit.

[126] Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre del 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

collettivi[127].

Si domanda inoltre alla Corte se l'applicazione della legge svedese per la lotta contro il dumping sociale (MBL) ai sensi della quale il prestatore di servizi non ha diritto di pretendere, nello Stato membro ospitante, che siano tenuti in considerazione, ai fini dell'autorizzazione di azioni collettive, gli obblighi derivanti dai contratti collettivi cui è soggetto nel proprio Stato, sia compatibile con le norme in tema di libera prestazione dei servizi o se abbia invece carattere discriminatorio.

2. Osservazioni della Corte in merito alla ricevibilità delle questioni

2.1 *Viking:* l'ambito di applicazione dell'art. 43 CE e l'efficacia diretta orizzontale

Nel caso *Viking* la Corte procede in primo luogo a verificare l'applicabilità del Regolamento 4055/86 che, insieme alle norme del Trattato in tema di libertà di stabilimento, assume rilevo nella prima questione pregiudiziale che le viene sottoposta.

Quello che fa notare la Corte è che, dal momento che la questione concernente la libera prestazione dei servizi, oggetto del suddetto Regolamento, si pone solo successivamente al cambiamento di bandiera della Rosella prospettato dalla Viking, in realtà la prima questione, nella parte relativa all'interpretazione di tale atto, ha un

[127] Sentenza *Laval,* cit. punto 39 n. 1.

carattere prettamente ipotetico ed è quindi irricevibile, poiché il cambiamento di bandiera non era ancora avvenuto nel momento in cui sono state rivolte alla Corte le domande di pronuncia pregiudiziale[128].

Di conseguenza, la prima questione verrà affrontata solo per quanto concerne la parte relativa all'interpretazione dell'art. 43 CE.

Per quanto concerne tale prima questione dunque, la FSU e la ITF, ritenendo che azioni collettive quali quelle intraprese nel caso in esame ricadessero all'esterno dell'ambito applicativo dell'art. 43 CE, hanno osservato che l'applicazione delle norme sulle libertà di circolazione ad azioni quali quelle promosse da un sindacato o da un'associazione di sindacati avrebbe pregiudicato il raggiungimento degli obiettivi della politica sociale comunitaria, contraddicendo oltretutto il carattere fondamentale del diritto di associazione e di sciopero; non solo: in virtù delle disposizioni del Trattato, in particolare dell'art. 137 CE, la Comunità non è competente a disciplinare il diritto di sciopero, né quello di serrata.

La Corte non condivide tali obiezioni.

In primo luogo, al punto 33 della sentenza, si afferma che "secondo una costante giurisprudenza, gli artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi", e tra queste anche quelle previste dai contratti collettivi.

[128] Sentenza *Viking,* cit. punto 30.

Riprendendo in buona sostanza le argomentazioni svolte dall'Avvocato generale Maduro nelle sue conclusioni[129], la Corte afferma inoltre che, se è vero che gli Stati sono competenti a disciplinare i diritti di sciopero e di serrata, ciò tuttavia non vale ad escludere il rispetto del diritto comunitario nell'esercizio di tale competenza, per cui, il fatto che l'art. 137 CE non si applichi né al diritto di sciopero né alla serrata non sottrae l'azione collettiva del caso in esame all'art. 43 CE[130].

La Corte riconosce il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva e del diritto di sciopero, che sono consacrati in diversi strumenti internazionali, molti dei quali vengono richiamati dalle disposizioni del Trattato: assumono rilievo la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, la convenzione n. 87 del 9 luglio 1948 sulla libertà sindacale e la tutela del diritto sindacale, nonché alcuni strumenti elaborati dagli Stati membri a livello dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in occasione della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

Quest'ultimo atto è degno di nota nella misura in cui stabilisce all'art. 28 che tali diritti sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Da questa disposizione la Corte fa un opportuno richiamo alle citate sentenze

[129] Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Poiares Maduro il 23 maggio 2007 al caso *Viking Line,* causa C-438/05, in *Raccolta* p. I-10779.
[130] Sentenza *Viking,* cit. punti 39-40-41.

Schmidberger e *Omega,* che se da una parte sanciscono, ai rispettivi punti 74 e 35, che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, dall'altra ammettono anche che l'esercizio di tali diritti deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso: questa è un'ulteriore argomentazione per affermare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva come quello in questione non è tale da escludere l'applicabilità dell'art. 43 CE[131].

Dopo aver decretato l'applicazione nel caso in esame dell'art. 43 CE, la Corte passa a valutare l'efficacia orizzontale di tale disposizione, oggetto della seconda questione pregiudiziale.

Al punto 58 della sentenza la Corte ribadisce che il fatto che determinate disposizioni del Trattato siano indirizzate formalmente agli Stati membri non vale ad escludere l'attribuzione di diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati e che " il divieto di violare una libertà fondamentale prevista da una disposizione del Trattato di natura imperativa vale in particolare per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato".

Non solo, in virtù della precedente giurisprudenza si ricorda che se l'eliminazione delle barriere di origine statale alla libera circolazione potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica, sarebbe compromessa e vanificata la

[131] Sentenza *Viking,* cit. punti 46-47.

stessa abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi.
Alla luce di queste considerazioni, si osserva che nel caso in questione "le azioni collettive intraprese dalla FSU e dalla ITF hanno come obiettivo la sottoscrizione di un accordo che deve disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della Viking, e che tali due sindacati costituiscono enti sprovvisti di natura pubblicistica e che esercitano l'autonomia giuridica loro riconosciuta, in particolare, dal diritto nazionale"[132].
La Corte ritiene quindi che nel caso in questione l'art. 43 CE debba essere interpretato nel senso di conferire ad un'impresa privata diritti opponibili nei confronti di un sindacato o di un'associazione di sindacati.

2.2 *Laval:* la compatibilità con la direttiva 96/71/CE e l'ambito di applicazione dell'art. 49 CE

Per quanto concerne il caso *Laval*, la Corte esclude innanzitutto l'applicabilità dell'art. 12 CE recante il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, poiché tale principio si applica solo nelle situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le quali il Trattato non prevede norme specifiche di non discriminazione: questo principio infatti è già attuato dall'art. 49 CE[133].
È bene effettuare un'analisi più accurata con riguardo alla direttiva

[132] Sentenza *Viking,* cit. punto 60.
[133] Sentenza *Laval,* cit. punti 54-55.

96/71[134], dal momento che i fatti in questione si sono svolti dopo la scadenza del termine concesso agli Stati per la trasposizione di quest'ultima e occorre dunque prenderla in considerazione.

Scopo di questa direttiva è quello di dare certezza e offrire una risposta sicura in merito alle condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro nell'ipotesi in cui un'impresa stabilita in uno Stato membro decida di distaccare temporaneamente, nell'ambito di una prestazione di servizi, dei dipendenti sul territorio di un diverso Stato membro.

Anche se la direttiva pone tra i diversi obiettivi il coordinamento delle norme vincolanti in merito alla protezione minima che il datore di lavoro che distacca i dipendenti deve garantire nello Stato ospitante, tuttavia poiché il contenuto di tali norme non è stato armonizzato, quest'ultimo potrà essere definito dagli Stati membri, nel rispetto del diritto UE.

L'art. 3, n. 1 della citata direttiva prevede un nucleo di norme imperative (per esempio in materia di sicurezza e igiene, o di minimi salariali) che ogni Stato membro deve garantire ai lavoratori distaccati sul proprio territorio[135]: le condizioni di lavoro relative alle materie indicate da tale norma sono fissate, nello Stato in cui è fornita la prestazione di lavoro, da contratti collettivi o da disposizioni legislative o regolamentari.

Il fine di questa disposizione è quello di assicurare una concorrenza leale tra le imprese nazionali e quelle che svolgono una prestazione

[134] Direttiva 96/71/CE op.cit.

[135] C. BARNARD, *Viking and Laval: An Introduction*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* 2008, pp.463-492

di servizi transnazionale.

Al n. 7 l'art. 3 stabilisce che i numeri da 1 a 6 dell'articolo stesso non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e occupazione più favorevoli per i lavoratori.

L'art. 3 al n. 8 dispone inoltre che in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati gli Stati membri possono avvalersi: dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito del settore interessato; dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale.

Alla luce di queste disposizioni, occorre evidenziare che in Svezia le condizioni di lavoro relative alle materie di cui all'art. 3 n. 1 della direttiva, ad eccezione dei minimi salariali, sono disciplinate da disposizioni legislative; i contratti collettivi non sono quindi dichiarati di applicazione generale e da ciò si evince che lo Stato in questione non si è avvalso della possibilità prevista dall'art. 3 n. 8. Per cui lo Stato ospitante non ha il potere di imporre, in virtù dell'art. 3 n.1 lett. c (inerente i minimi salariali), un obbligo per i prestatori di servizi stranieri a riconoscere retribuzioni come quelle che le associazioni sindacali svedesi cercano di imporre, che non sono retribuzioni minime.

C'è da dire inoltre che nel caso in esame talune clausole del contratto collettivo dell'edilizia si discostano, per alcune delle materie di cui all'art. 3 n. 1, dalle disposizioni legislative svedesi che fissano le condizioni di lavoro, prevedendo delle condizioni più

favorevoli. Se è vero che l'art. 3 n. 7 stabilisce che i numeri da 1 a 6 della medesima norma non ostano all'applicazione di condizioni più favorevoli, tuttavia questa disposizione non può essere interpretata nel senso di consentire allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima.

È lo stesso art. 3 n. 1 a fissare il livello di protezione che lo Stato ospitante può pretendere sia rispettato da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei lavoratori distaccati sul loro territorio[136].

Passando all'analisi dell'azione collettiva alla luce dell'art. 49 CE, è bene evidenziare alcune analogie con la sentenza *Viking:* al pari di quanto avvenuto in quest'ultima infatti, i sindacati ritengono che il diritto di intraprendere azioni collettive non rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 49 CE, poiché ex art. 137 CE la Comunità non è competente a disciplinare tale diritto.

La Corte ribadisce quanto già statuito a tal proposito in *Viking,* riportando sostanzialmente gli stessi passaggi della motivazione, ossia: il fatto che gli Stati membri siano competenti a disciplinare tale diritto non esclude il rispetto del diritto comunitario[137] e non esclude quindi l'applicabilità dell'art. 49 CE.

Anche stavolta la Corte conferma il carattere di diritto sociale fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva,

[136] sentenza *Laval,* cit. punto 80.
[137] sentenza *Laval,* cit. punto 87.

richiamando tutti gli strumenti di diritto internazionale in cui tale diritto è consacrato, già enucleati al punto 43 della precedente pronuncia.

Vengono richiamati i precedenti relativi ai casi *Schmidberger e Omega,* per cui se da una parte la tutela dei diritti fondamentali può giustificare una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, d'altra parte l'esercizio di tali diritti va conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, quindi non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato, nel caso in questione, l'art. 49 CE.

Per quanto riguarda la seconda questione, la Corte, richiamando alcuni precedenti, ricorda che la libera prestazione dei servizi comporta l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore.

Alla luce di questa osservazione preliminare la Corte ritiene che la normativa nazionale oggetto di analisi nella presente causa crei una discriminazione nei confronti delle imprese stabilite in un diverso Stato membro, dal momento che non tiene in considerazione i contratti collettivi ai quali le imprese che distaccano lavoratori in Svezia sono già vincolate nello Stato membro in cui sono stabilite, applicando loro lo stesso trattamento previsto per le imprese nazionali che non hanno concluso un contratto collettivo[138].

La Corte ribadisce inoltre che una tale discriminazione può essere giustificata in base all'art. 46 CE per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica.

[138] sentenza *Laval,* cit. punto 116.

Le deroghe enucleate in questa disposizione vanno interpretate in via restrittiva.

La Corte pone in evidenza, al punto 118 della sentenza, il fatto che l'applicazione di tale normativa a imprese stabilite in altri Stati membri ha un duplice scopo: da una parte, "consentire alle organizzazioni sindacali di agire affinché tutti i datori di lavoro presenti sul mercato del lavoro svedese applichino retribuzioni e altre condizioni di occupazione corrispondenti a quelle normalmente riconosciute in Svezia" e dall'altra, "creare le condizioni di una concorrenza leale, a parità di condizioni, tra datori di lavoro svedesi e imprenditori provenienti da altri Stati membri". Tuttavia, nessuno di questi motivi può essere ricondotto a una delle deroghe previste dall'art. 46 CE: di conseguenza, la Corte non ritiene giustificata la discriminazione in questione.

3. Il bilanciamento operato dalla Corte

3.1 L'esistenza di restrizioni e l'eventuale giustificazione

Una volta appurata l'applicabilità dell'art. 43 CE alla fattispecie concreta, nonché la sua efficacia diretta orizzontale, nel caso *Viking* la Corte procede a valutare se le azioni collettive poste in essere dai sindacati finlandesi debbano essere considerate restrizioni ai sensi dell'art. 43 CE.

È bene prendere in considerazione le riflessioni svolte all'Avvocato generale Maduro nelle sue conclusioni: in prima battuta viene posto

in luce il fatto che il diritto di associazione e quello di intraprendere azioni collettive sono strumenti essenziali per mezzo dei quali i lavoratori possono esprimere la propria voce e imporre ai datori di lavoro e ai governi di adempiere ai loro doveri in virtù del contratto sociale.

Il punto è capire se azioni collettive quali quelle intraprese nel caso di specie vadano oltre questo primo e semplice obiettivo, nel senso che se tali azioni dovessero comportare un impedimento all'assunzione di marittimi provenienti da alcuni Stati membri al fine di tutelare i posti di lavoro dei marittimi in altri Stati membri andrebbero di certo a violare il principio di non discriminazione su cui si fonda il mercato comune.

A tal proposito occorre porre un distinguo nell'ambito degli obiettivi perseguiti dalle azioni collettive: ci sono azioni dirette al sostegno dei posti e delle condizioni di lavoro dell'attuale equipaggio (nella fattispecie, sono quelle riconducibili alla situazione della FSU) e altre che sono volte a migliorare la situazione dell'impiego dei marittimi a livello comunitario(in tal senso assume rilievo la situazione della ITF)[139].

Con riguardo al primo tipo di azioni, queste rientrano di regola in un ambito lasciato alla discrezionalità degli Stati membri: è quindi compito del giudice nazionale valutare se tali azioni vadano al di là di ciò che il diritto nazionale considera legittimo al fine di valutare gli interessi dell'attuale equipaggio.

Si può affermare quindi che, in linea di principio, il diritto

[139]Si veda C. BARNARD, *Viking and Laval,* op. cit.

comunitario non osta a che i sindacati intraprendano azioni collettive che abbiano l'effetto di limitare il diritto di stabilimento di un'impresa che intende trasferirsi in un altro Stato membro, al fine di tutelare i lavoratori di tale impresa.

Tuttavia, un conto è un'azione finalizzata a convincere un'impresa a mantenere i suoi attuali posti di lavoro e relative condizioni, perché ciò rappresenta un modo legittimo per tutelare i diritti dei lavoratori e corrisponde a quello che di regola avverrebbe nel caso di un trasferimento dell'impresa all'interno di uno stesso Stato membro; ben diverso è invece il caso di un'azione collettiva intrapresa al fine di impedire o minacciare di impedire ad un'impresa stabilita in uno Stato membro di fornire legalmente i propri servizi in un altro Stato membro, perché ciò costituirebbe una barriera al commercio incompatibile con il Trattato[140].

Per quanto concerne le azioni volte a migliorare la situazione dell'impiego dei marittimi a livello comunitario, si ritiene che queste costituiscano un ragionevole metodo per controbilanciare le azioni delle imprese che tentano di ridurre il costo del lavoro utilizzando il loro diritto alla libera circolazione: tuttavia, anche una politica coordinata di questo tipo può essere oggetto di abusi, ed anche qui spetta al giudice nazionale valutare la legittimità di una simile azione.

La Corte, diversamente dall'Avvocato generale, non si sofferma sulle distinzioni da porre nell'ambito delle azioni collettive, ma giunge brevemente alla conclusione che, nel caso di specie, le

[140] Conclusioni dell'AG Maduro, cit. punti 66-67-68.

azioni intraprese dai sindacati hanno l'effetto di scoraggiare, se non addirittura di vanificare, l'esercizio da parte della Viking della sua libertà di stabilimento[141].

Constatato quindi che le azioni collettive in questione costituiscono una restrizione ai sensi dell'art. 43 CE, la Corte procede a verificare se sussista una giustificazione a tale restrizione.

Al punto 77 della sentenza si afferma che "il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori 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".

In questa statuizione è possibile ravvisare uno scostamento rispetto all'orientamento assunto nel caso *Schmidberger:* come emerge dal citato punto 77, la Corte non sembra pronta a tutelare il diritto di scioperò in sé, come autonoma causa di giustificazione, ma si limita a proteggere quelle azioni collettive che perseguono l'obiettivo di tutela dei lavoratori, riconducibile all'alveo dei motivi giustificativi delle esigenze imperative.

Deriva da una tale impostazione che azioni collettive tese al raggiungimento di obiettivi diversi dalla tutela dei lavoratori non sarebbero legittime e in ciò alcuni hanno intravisto una rigidità della Corte nel riconoscere alle azioni collettive in genere un rilievo tale da poter limitare le libertà fondamentali[142].

---

[141] Sentenza *Viking,* cit. punto 72.

[142]Come pone in evidenza, tra gli altri, C. BARNARD, *Viking and Laval,* op. cit.

La Corte argomenta quanto espresso al punto 77 della sentenza ponendo l'attenzione sul fatto che l'azione della Comunità non ha solamente una finalità economica, ma si indirizza altresì al raggiungimento di obiettivi di politica sociale, quali il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, la promozione di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, sanciti espressamente dalle disposizioni del Trattato.

Occorre quindi operare un bilanciamento tra gli obiettivi volti a garantire le libertà di circolazione e quelli connessi alla politica sociale: anche qui, come nei casi *Schmidberger* e *Omega,* è bene lasciare uno spazio alle valutazioni del giudice nazionale.

Nel caso *Laval* la Corte, chiamata a verificare se le azioni collettive in esame costituiscano una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE, ricorda innanzitutto il fatto che "il rispetto dell'art. 49 CE si impone anche alle normative di natura non pubblica dirette a disciplinare collettivamente le prestazioni di servizi. Infatti, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'abolizione delle barriere stabilite da norme statali potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni o enti di natura non pubblicistica"[143].

Alla luce di questa prima considerazione, anche in tale causa la Corte ritiene che il diritto dei sindacati di intraprendere azioni collettive per costringere le imprese stabilite in altri Stati membri ad applicare il contratto collettivo dell'edilizia costituisce una

[143] Sentenza *Laval,* cit. punto 98.

restrizione ai sensi dell'art. 49 CE, in quanto è in grado di scoraggiare o rendere più difficile per queste imprese l'esecuzione di lavori di costruzione sul territorio svedese.
Accertata quindi la sussistenza di una restrizione la Corte, nel valutare se tale restrizione possa essere giustificata, afferma che "il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di dumping sociale può costituire una ragione imperativa di interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato"[144], riprendendo a tal proposito le stesse considerazioni svolte nel caso *Viking*.

3.2 La verifica in merito alla proporzionalità della misura adottata

Dopo aver accertato che la tutela dei lavoratori può costituire una ragione imperativa di interesse generale tale da giustificare la restrizione ad una libertà fondamentale, la Corte nel caso *Viking* rimette al giudice nazionale il compito di valutare se la misura in questione sia adeguata e proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito.
Quello che la Corte stessa afferma in primo luogo è che affinchè la restrizione sia giustificata, occorre che l'azione collettiva sia considerata come effettivamente connessa all'obiettivo di tutela dei

[144] sentenza *Laval*, cit. punto 103.

lavoratori: cosa che non si verificherebbe nel caso in cui si accerti che i posti o le condizioni di lavoro in questione non siano stati compromessi o seriamente minacciati.

Anche se il giudice accertasse l'effettiva compromissione dei posti di lavoro, ciò tuttavia non sarebbe sufficiente per giustificare la restrizione, perché occorre ancora verificare se l'azione collettiva sia adeguata a realizzare l'obiettivo e non vada oltre quanto necessario per conseguirlo[145].

Se è vero che spetta in ultima analisi al giudice nazionale determinare se la misura sia adeguata e proporzionata, dal canto suo la Corte è competente a fornire al giudice risposte e indicazioni, che gli consentano di pronunciarsi sulla concreta controversia ad esso sottoposta. In virtù di ciò, la Corte afferma che le azioni intraprese dalla FSU risultano adeguate a perseguire l'obiettivo, dal momento che "è pacifico che le azioni collettive, come le trattative e i contratti collettivi, possono costituire, nelle specifiche circostanze di una controversia, uno dei mezzi principali attraverso cui i sindacati tutelano gli interessi dei loro membri"[146].

Rimane pur sempre in capo al giudice nazionale il compito di valutare da ultimo se la misura adottata risulti proporzionata rispetto allo scopo perseguito, più precisamente la Corte prescrive, al punto 87 della sentenza, che il giudice di rinvio dovrà valutare "se, ai sensi della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili a tale azione, la FSU non disponesse di altri mezzi,

[145]Cfr. M. BALLESTRERO, op. cit.
[146] Sentenza *Viking,* cit. punto 86.

meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione".

Emerge da una simile affermazione che la Corte vede nell'azione collettiva un rimedio ultimo, che può essere esperito purchè ciò avvenga nel rispetto del diritto al1'autodeterminazione garantito dalle norme interne che tutelano l'autonomia sindacale e delle norme nazionali che eventualmente non contemplino l'obbligo di preventivo esperimento delle procedure di conciliazione del conflitto[147].

La Corte, pur invitando il giudice nazionale a compiere i necessari accertamenti, in sostanza giunge alla conclusione che l'azione collettiva è illegittima, perché sebbene risulti idonea a tutelare i lavoratori, non sembra tuttavia essere necessaria (in quanto non rappresenta il mezzo meno restrittivo che poteva essere utilizzato nei confronti della libertà di stabilimento), né tanto meno proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito[148].

In tal senso ha svolto un ruolo decisivo la circostanza per cui, secondo il suo statuto, la ITF può esperire "un'azione di solidarietà contro il proprietario effettivo di una nave registrata in uno Stato diverso da quello di cui tale proprietario è cittadino, indipendentemente dall'eventualità che l'esercizio da parte di

[147] M. BALLESTRERO, op. cit.

[148]Sul tema F. VECCHIO, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali*?, 2010, in www.europeanrights.eu

quest'ultimo del suo diritto alla libertà di stabilimento possa o meno avere conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro dei suoi dipendenti"[149].

Anche nel caso *Laval* la Corte, una volta affermato che la protezione dei lavoratori può costituire una ragione imperativa di interesse generale tale da giustificare una restrizione ad una libertà fondamentale, viene ad appurare che nel caso di specie "le azioni collettive finalizzate a garantire ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale condizioni di lavoro e di occupazione di un certo livello rientrano nell'obiettivo di tutela dei lavoratori"[150]; tuttavia, l'ostacolo che tale tipo di azioni comportano alla libera prestazione dei servizi non può essere giustificato alla luce dell'obiettivo di protezione dei lavoratori.

Le principali ragioni poste a fondamento di tale conclusione risiedono nel fatto che, come è stato già visto a proposito dell'interpretazione data dalla Corte all'art. 3 della direttiva 96/71, le azioni collettive intraprese nel caso in questione erano volte ad imporre all'impresa stabilita in un altro Stato membro, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, condizioni di lavoro e di occupazione che andavano al di là delle norme imperative di protezione minima imposte allo Stato membro in forza della direttiva 96/71.

Inoltre, l'obiettivo di protezione dei lavoratori non può essere considerato idoneo nemmeno per giustificare azioni collettive volte

[149] Sentenza *Viking,* cit. punto 89.
[150] Sentenza *Laval,* cit. punto 107.

a imporre all'impresa trattative finalizzate a ottenere il rispetto delle norme in materia di minimi salariali, "qualora la trattativa salariale che esse mirano ad imporre a un'impresa stabilita in un altro Stato membro si inserisca in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente precise e accessibili da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali"[151].

4. I diritti sociali come diritti fondamentali

4.1 Il riconoscimento dei diritti sociali nella dimensione sopranazionale

I diritti sociali presentano alcune caratteristiche che sul piano comunitario li rendono peculiari rispetto al novero generale dei diritti fondamentali, sebbene in linea di principio il voler tracciare una linea di demarcazione nell'ambito dei diritti fondamentali si rivela inadeguato a cogliere le inevitabili trasformazioni cui tali diritti sono soggetti nel corso del tempo.

Il diritto all'autotutela sindacale presenta una doppia dimensione, individuale e collettiva, cui si collegano le regole sulla titolarità; non solo, tale diritto si connota per una valenza simbolica, in quanto può essere considerato come emblematico nel raggiungimento di obiettivi di emancipazione sociale o di riequilibrio dei poteri

[151] Sentenza *Laval,* cit. punto 110.

nell'ambito dei rapporti di lavoro[152].

Queste caratteristiche non vengono ignorate sul piano comunitario, anzi: come fa notare l'Avvocato generale Maduro nelle conclusioni presentate al caso *Viking,* "l'ordinamento economico europeo è solidamente fondato su un contratto sociale"[153] e tale contratto è incorporato nel Trattato: la realizzazione del mercato comune non vuole di certo trascurare le esigenze dei lavoratori e dei loro diritti. Infatti, come è stato già detto nelle citate sentenze *Viking* e *Laval,* i diritti sociali sono attualmente consacrati in diversi strumenti di diritto internazionale, quali Carta sociale europea, la convenzione n. 87 del 1948 sulla libertà sindacale e la tutela del diritto sindacale, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Non solo, è bene spendere alcune righe sul riconoscimento di cui i diritti sociali godono oggi nel diritto primario dell'Unione.

Occorre innanzitutto dire che, per quanto riguarda la sfera delle competenze legislative dell'Unione in materia sociale, le disposizioni del Trattato di Lisbona in linea di principio confermano, agli artt. 151 ss. TFUE, il contenuto delle norme del TCE dedicate alla politica sociale.

Veniamo ai principali elementi di innovazione introdotti con Lisbona; merita attenzione in primo luogo l'art. 152 TFUE che, nello stabilire che "l'Unione riconosce e promuove il ruolo delle

[152]Questa considerazione in S. SCIARRA, *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni della solidarietà,* in *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, 2007, p.13 ss.

[153] Conclusioni dell'AG Maduro, cit. punto 59.

parti sociali al suo livello, tenendo conto della diversità dei modelli nazionali e facilitandone il dialogo nel rispetto della loro autonomia", contribuisce a rafforzare la legittimazione degli istituti del pluralismo sociale nell'ambito dell'Unione, valorizzando oltretutto il ruolo della contrattazione collettiva come metodo di regolazione sopranazionale[154].

Questa disposizione può essere letta in stretta connessione con le norme di apertura del TUE, in particolare con gli artt. 2 e 3: l'art. 2 attribuisce una forte connotazione sociale ai valori fondanti dell'Unione; l'art. 3 enuclea fra gli obiettivi dell'Unione la promozione di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, volta a garantire la piena occupazione e il progresso sociale. Esigenze connesse ad un elevato livello di occupazione, alla protezione sociale e alla lotta contro l'esclusione si riverberano anche nella definizione delle politiche e delle azioni dell'Unione, all'art. 9 TFUE. Un'ulteriore menzione va fatta all'art. 14 del TFUE: questa disposizione, nel porre in evidenza l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, contribuisce a dare nuovo smalto alla dimensione sociale del mercato interno.

Il quadro che emerge da queste disposizioni è che l'integrazione europea si sta proiettando ben oltre la semplice dimensione economica, ma si indirizza verso il riconoscimento di una finalità

---

[154]Seguendo l'analisi di S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità, Relazione al Convegno "Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani"*, Perugia, 25- 26 marzo 2011.

sociale che attualmente risulta coessenziale a quella puramente economica.

A completamento del quadro così delineato, volto a evidenziare la rilevanza acquisita dalla dimensione sociale sul piano internazionale ed europeo, è bene ricordare quanto statuito dalla Corte di giustizia nei casi *Viking* e *Laval,* oggetto della presente analisi: ci si riferisce, rispettivamente, ai punti 44 e 91 delle citate sentenze, laddove la Corte afferma che "il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto", fermo restando che l'esercizio di tali diritti può essere sottoposto ad alcune limitazioni.

4.2 I diritti sociali fondamentali: osservazioni critiche agli orientamenti adottati dalla Corte

Nonostante sia stato constatato il rilievo che i valori sociali hanno assunto negli strumenti del diritto internazionale ed europeo, emerge ancora tuttavia un'asimmetria nel momento in cui la Corte di giustizia è chiamata a bilanciare, in concreto, i diritti sociali con le libertà economiche fondamentali: i casi *Viking* e *Laval* sono emblematici in tal senso.

L'asimmetria che si è venuta a creare in queste sentenze ha fatto dubitare sulla stessa effettività del bilanciamento effettuato dalla Corte. È bene procedere ad un'analisi delle principale ragioni poste

a fondamento di una simile critica.

In primo luogo la Corte parte dalla premessa che anche le libertà delle imprese vanno considerate come libertà fondamentali, alla stregua del diritto comunitario: quest'ultimo, se necessario, esige l'osservanza di tali libertà anche nella disciplina del diritto dei privati, in cui possono essere ricompresi lo sciopero e la contrattazione collettiva.

Da questa premessa deriva quindi che lo sciopero e la contrattazione collettiva possono incidere sulla libertà d'impresa solo nella misura in cui può farlo un atto di diritto pubblico o una legge, purchè tale restrizione sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale le quali siano proporzionate e non discriminatorie[155].

Da questa argomentazione si deduce che le azioni collettive e sindacali intraprese dai lavoratori in qualità di soggetti privati vengono equiparate alle misure pubblicistiche adottate dagli Stati membri[156].

Una simile conclusione si pone in contraddizione con la stessa natura del diritto di sciopero e alla contrattazione collettiva come libertà attinenti all'autonomia privata delle parti sociali.

La sovrapposizione che si viene a creare tra la sfera pubblica e quella privata rischia di far perdere di vista la stessa distinzione tra i concetti di potere e di libertà: mentre il primo concetto implica un

[155] Sentenza *Laval,* cit. punto 101; sentenza *Viking,* cit. punto 75.

[156]Si veda V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, 2009, pp. 51-66.

controllo e comporta la necessità di tener conto degli interessi sia delle imprese che dei lavoratori, il concetto di libertà reclama protezione; anzi, il riconoscimento del diritto di sciopero in linea di principio esige una certa sfera di immunità giudiziale[157].

Il fatto stesso che la Corte di giustizia applichi alle libertà private i criteri di giudizio tipici dei pubblici poteri (come emerge dal punto 110 del caso *Laval*), in particolare nella misura in cui la Corte vorrebbe che le trattative sindacali fossero predeterminate alla pari dei pubblici poteri, il cui esercizio è disciplinato da norme pubblicistiche, si pone in contrasto con l'imprevedibilità che caratterizza le azioni collettive, le quali sono per loro natura rimesse alla libertà dei soggetti privati[158].

In secondo luogo è bene osservare il punto 81 della citata sentenza *Viking,* in cui la Corte afferma che, affinchè sia giustificata un'azione sindacale, occorre dimostrare che questa è stata intrapresa per far fronte a una situazione in cui i posti e le condizioni di lavoro siano seriamente minacciati o compromessi: una simile statuizione sembrerebbe configurare il diritto di sciopero come *extrema ratio*, ossia come uno strumento a cui si può fare ricorso solo se i sindacati non dispongono di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per la risoluzione delle controversie collettive.

A tal proposito occorre ricordare che ci sono alcuni ordinamenti nazionali in cui l'esercizio del diritto di sciopero presuppone il

[157]Seguendo le riflessioni di S. GIUBBONI, op. cit.
[158] V. ANGIOLINI, op. cit.

rispetto di procedure arbitrali e di conciliazione, previste dalla legge o dai contratti collettivi, e altri ordinamenti in cui tali vincoli non sono contemplati: nella prima ipotesi è lo stesso diritto interno che configura un principio di *extrema ratio,* nel secondo caso invece un simile principio non si può applicare.

Sotto questo punto di vista quanto statuito dalla Corte non sembra esplicare effetti significativi sul piano giuridico, nel senso che un principio quale quello appena enunciato può trovare applicazione solo laddove esiste già: di certo non può essere imposto dal diritto comunitario laddove non sia assolutamente previsto dal sistema sindacale nazionale[159].

Non solo, dal momento che nel caso *Viking* la Corte attribuisce al giudice nazionale il compito valutare la proporzionalità della misura, la rimessione a quest'ultimo di una valutazione quale quella menzionata al punto 81 comporta che il giudice si trovi a dover giudicare non solo la congruità dei mezzi adottati al perseguimento dello scopo, ma anche la stessa giustificatezza degli obiettivi di tutela, spingendolo così ad una valutazione di merito del conflitto collettivo che finisce per limitare gli stessi scopi di autotutela che le parti sociali possono legittimamente perseguire[160].

Rimettere al giudice del rinvio la valutazione circa la legittimità dell'obiettivo perseguito infatti, pone in seria discussione il concetto di autodeterminazione che, nelle tradizioni costituzionali

---

[159]In questo senso l'analisi di G. ORLANDINI, *Gli effetti della sentenza Viking ovvero l'insostenibile incertezza delle regole,* in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo,* 2009, pp. 179-190.

[160] S. GIUBBONI, op. cit.

comuni, costituisce una componente essenziale dell'autonomia sindacale[161].

Un ulteriore elemento di criticità è rinvenibile nell'interpretazione minimalistica che la Corte dà, nel caso *Laval*, all'art. 3 della Direttiva 96/71.

Quello che emerge alla luce dell'interpretazione data dalla Corte al combinato disposto dei parr. 1 e 7 dell'art. 3 è che tale norma in realtà verrebbe a definire lo standard massimo, e non il nucleo minimo, di tutela applicabile ai lavoratori distaccati in virtù del diritto del lavoro dello Stato membro di destinazione.

Come detto in precedenza, al punto 80 della sentenza *Laval* la Corte ha asserito che "l'art. 3 n. 7 della Direttiva non può essere interpretato nel senso di consentire allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima" e questo vale sia nelle materie enucleate al par. 1, sia in quella ascrivibili alla nozione di ordine pubblico ai sensi del par. 10.

Da una simile interpretazione si deduce che, a meno che i lavoratori non godano già di condizioni più favorevoli nelle materie previste al par. 1, in applicazione di contratti collettivi o leggi nello Stato membro d'origine, il livello di protezione che gli deve essere garantito nello Stato membro ospitante è quello previsto dall'art. 3 par. 1 nelle materie indicate da questa disposizione.

È evidente che tale affermazione comporta un rovesciamento dello

[161]Questa critica in M. BALLESTRERO, op. cit.

stesso significato della Direttiva, dal momento che nelle materie enucleate al par. 1 dell'art. 3 il livello di protezione avrebbe dovuto essere liberamente determinato dall'ordinamento dello Stato ospitante, con possibilità per la contrattazione collettiva di innalzare la protezione, rispettando la parità di trattamento tra imprese straniere e nazionali[162].

In questo modo viene vanificato lo stesso intento della Direttiva, volto a ricercare un compromesso nella concorrenza tra gli ordinamenti di origine e quelli di destinazione del lavoratore distaccato, al fine di inibire la competizione regolativa entro il perimetro dell'art. 3.

Occorre osservare inoltre l'esercizio di bilanciamento vero e proprio tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali compiuto dalla Corte.

Nonostante l'affermazione, in linea di principio, del carattere fondamentale del diritto di sciopero e di azione collettiva, in realtà tuttavia, nel momento in cui questi diritti si trovano a cedere dinanzi a prerogative di ordine economico, sembrerebbe che l'unico effetto che il loro riconoscimento è in grado di produrre sul piano comunitario sia quello di renderne possibile la compressione oltre i limiti previsti e consentiti dagli ordinamenti nazionali[163].

Tutto ciò denota quindi una divaricazione tra la disciplina comunitaria e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati

---

[162]Tale aspetto è sottolineato da S. GIUBBONI, *Dopo Viking, Laval e Ruffert: in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato,* in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, 2009, pp. 121-132.

[163]Come suggerisce G. ORLANDINI, op. cit.

membri.

Il riconoscimento dei diritti sociali si viene a configurare come una mera enunciazione di principio, che non trova riscontro nella realtà dei fatti.

Ciò che rende il bilanciamento tra diritti collettivi e libertà economiche ineguale e "sbilanciato" è che queste ultime vengono considerate come la regola, mentre i diritti sociali vengono configurati come delle mere eccezioni, che possono essere giustificate solo se adottate nel rispetto del principio di proporzionalità[164].

Con la Carta di Nizza ai diritti sociali viene conferito un rango di pari grado rispetto ai diritti della tradizione liberal-democratica che si trovano in essa codificati, e che sono riconosciuti come fondamentali; è evidente che non ha quindi molto senso continuare a considerare tali diritti come delle semplici eccezioni.

Si badi bene che nei sistemi costituzionali nazionali, i diritti sociali e libertà economiche che entrano in gioco nel bilanciamento vengono considerati come valori di pari grado.

È anche vero che nel periodo in cui sono insorte le controversie in questione la Carta di Nizza non aveva ancora carattere vincolante, e ciò induce a pensare che in futuro la Corte presterà maggiore attenzione nel ricercare un punto di mediazione che risulti meno punitivo per le istanze sociali.

---

[164]Seguendo le riflessioni di G. BRONZINI, *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali: il ruolo della Corte di giustizia*, in *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, 2012, pp. 3-26.

Ad ogni modo, rimane il fatto che, se il bilanciamento fosse stato effettuato con un'impostazione improntata ad un maggiore rispetto nei confronti dei diritti costituzionali nazionali di azione collettiva, la Corte avrebbe dovuto esaminare la questione in termini completamente rovesciati: la domanda posta a base del bilanciamento avrebbe dovuto essere non se i diritti fondamentali avessero potuto giustificare una restrizione alle libertà di circolazione, ma se la libertà di circolazione potesse essere interpretata nel senso di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali.

Un esempio di questo tipo di ragionamento ce lo offrono i casi *Schmidberger* e *Omega*, in cui la logica di bilanciamento tra libertà di circolazione e diritti fondamentali adotta un approccio che può essere definito bilaterale, improntandosi al rispetto e alla garanzia dei diritti fondamentali[165].

È bene affrontare da ultimo il nodo più problematico, che pervade l'intera questione relativa ai diritti sociali dinanzi la Corte di giustizia: si tratta della mancata costruzione di un *welfare* europeo che contempli per lo meno trattamenti minimi omogenei per tutti gli Stati e che possa in questo modo limitare e porre un argine, sin dall'inizio, ai pericoli di dumping sociale tra gli Stati membri, evitando così che le imprese siano indotte a spostarsi verso i Paesi membri che prevedono una più bassa protezione sociale.

In mancanza di un welfare europeo la stessa operatività del principio di concorrenza e delle libertà di circolazione rischia di

[165] S. GIUBBONI, *Dopo Viking, Laval,* op. cit.

compromettere la tenuta dei welfare nazionali, che vengono percepiti dalla Corte come un ostacolo alla realizzazione del mercato interno[166].

[166]Queste note critiche sono svolte da G. BRONZINI, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza,* in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, 2013, pp. 111-163.

CONCLUSIONI

Alla luce dei casi giurisprudenziali esaminati e del lavoro fin qui svolto, è possibile dare una risposta agli interrogativi che sono stati formulati all'inizio di questa analisi, evidenziando alcuni tratti caratteristici che contraddistinguono le singole sentenze prese in esame e alcune delle principali critiche mosse all'orientamento adottato dalla Corte.

Quello che emerge da un quadro d'insieme è che la Corte ha accordato in via generale il riconoscimento, sul piano del diritto dell'Unione, ai diritti fondamentali che gli Stati membri hanno invocato come obiettivi di tutela sanciti in primo luogo dalle rispettive Costituzioni interne per giustificare l'adozione di misure restrittive alle libertà di circolazione.

Con questa affermazione si può quindi fornire una risposta alla prima delle domande che ci si è posti all'inizio; per quanto riguarda gli interrogativi successivi, è bene entrare nel merito di ogni singolo capitolo per comprendere meglio il ragionamento effettuato dalla Corte e porre così in evidenza le differenze che emergono tra un caso e l'altro, sia per quanto riguarda il rapporto e il ruolo che i diritti hanno nei confronti delle libertà, sia per quanto riguarda gli esiti del bilanciamento.

Nel primo capitolo il dato da evidenziare, che rappresenta un'iniziale conferma di quanto si è appena asserito, è il percorso evolutivo dell'Unione in merito ai diritti fondamentali che, prima sul piano giurisprudenziale, poi sul piano normativo, ha portato al

riconoscimento espresso di tali diritti, le cui principali fonti di legittimazione sono: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che attualmente gode di efficacia giuridica vincolante, la CEDU, rispetto alla quale è prevista l'adesione da parte dell'Unione, e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

È proprio quest'ultimo l'elemento determinante sul quale è maturata la consapevolezza, sin dalle prime pronunce rese dalla Corte sul tema, della necessità di garantire e tutelare le tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Per quanto riguarda il secondo capitolo, dedicato all'analisi del bilanciamento effettuato dalla Corte nei casi *Schmidberger* e *Omega,* occorre innanzitutto focalizzare l'attenzione su due punti chiave che accomunano queste sentenze, sia per quanto riguarda il riconoscimento dei diritti fondamentali, sia per l'esito finale: in entrambe le pronunce la Corte ha espressamente stabilito che la tutela dei diritti rappresenta un legittimo interesse che in linea di principio può giustificare una restrizione ad una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

In entrambi i casi la Corte, dopo aver verificato la legittimità dell'obiettivo di tutela dei diritti e la proporzionalità delle misure adottate in relazione allo scopo perseguito, ha accordato la prevalenza ai diritti fondamentali nel conflitto con le libertà.

Ci sono tuttavia alcune sfaccettature che distinguono queste sentenze.

La prima ha ad oggetto lo status di cui godono i diritti invocati dagli Stati a giustificazione delle misure: nel caso *Schmidberger* le libertà

d'espressione e di riunione, oltre che essere sancite dalla Costituzione austriaca, sono garantite agli artt. 10 e 11 della CEDU. Nel caso *Omega* invece il valore della dignità umana inizialmente risulta consacrato solo nella Costituzione tedesca: ciò ha comportato uno sforzo interpretativo per l'Avvocato generale e per la Corte, volto ad articolare un ragionamento in forza del quale tale valore potesse traslare dal piano del diritto nazionale al livello del diritto UE. Anche sotto questo punto di vista è possibile ravvisare un interesse della Corte a fare in modo che un diritto sancito nella Costituzione interna, ritenuto essenziale per una determinata società, non fosse ignorato e lasciato in disparte, anzi, lo sforzo interpretativo che è stato fatto mostra l'intento di rendere tale diritto un valore comune all'ordinamento europeo.

Quello che però assume maggiormente rilievo e che costituisce una conferma della risposta fornita alla prima domanda che ci si è posti, è il fatto che la Corte, nel momento in cui viene chiamata a verificare la proporzionalità della misura adottata, ritiene sufficiente, per giustificare la restrizione, che la misura corrisponda al livello di protezione che la Costituzione tedesca accorda alla dignità umana: è evidente l'apertura manifestata dalla giurisprudenza nei confronti dei diritti sanciti dalle Costituzioni interne.

Il secondo elemento di distinzione tra le due sentenze prese in esame risiede nel diverso ruolo che i diritti rivestono nel momento in cui vanno a limitare le libertà di circolazione.

Nella causa *Schmidberger* infatti, le libertà d'espressione e di

riunione assumono rilievo come autonome cause di giustificazione: la prevalenza viene accordata ai diritti in sé, che in questo modo si pongono su un piano pienamente paritetico rispetto alle libertà fondamentali.

Nel caso *Omega* il valore della dignità umana viene preso in considerazione come motivo giustificativo posto a base della deroga dell'ordine pubblico: il diritto qui non assume rilievo in sé, ma solo in qualità di substrato alle deroghe ammesse dal Trattato.

Si deduce da questa seconda distinzione che non è possibile fornire una risposta univoca in merito all'altro grande interrogativo che è stato posto all'inizio di questa analisi, quello relativo al tipo di rapporto in cui i diritti si pongono nei confronti delle libertà che vanno a limitare.

Veniamo ora al terzo capitolo, riguardante le sentenze *Viking* e *Laval:* il primo dato che emerge in entrambi i casi è che la Corte riconosce che il diritto di intraprendere un'azione collettiva che abbia come scopo la protezione dei lavoratori costituisce un legittimo interesse che in linea di principio può giustificare una restrizione ad una della libertà fondamentali garantite dal Trattato. In questa statuizione si può ravvisare un'aperura della Corte in linea con i precedenti *Schmidberger* e *Omega.*

Al contempo tuttavia la Corte ci tiene a precisare che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale: si può subito osservare da questa affermazione che l'esercizio dei diritti sociali al fine di tutelare i lavoratori non assume rilievo in sé, ma viene preso in considerazione solo nella misura in cui sia

riconducibile all'alveo delle esigenze imperative che, insieme alle deroghe espresse, rappresentano le due principali tipologie di eccezioni ammesse alle libertà di circolazione.

Questo primo elemento fornisce un'ulteriore indicazione in merito alla mancanza di una risposta univoca al secondo grande interrogativo che quest'analisi si pone, come è stato già detto per i casi esaminati nel secondo capitolo.

Il secondo punto di rilievo concerne lo status di cui godono i diritti sociali fondamentali: questi, oltre che essere sanciti nelle Costituzioni finlandese e svedese, vengono riconosciuti in diverse Carte internazionali e, a livello europeo, nella Carta di Nizza. Sebbene in via generale la Corte abbia riconosciuto la rilevanza di questi diritti nel limitare le libertà di circolazione, d'altro canto si possono muovere alcune critiche nei confronti dell'orientamento adottato dalla Corte, che sembrerebbe aver in parte vanificato la stessa valenza dei diritti come limite alle libertà.

Si fa riferimento al fatto che la Corte ha ammesso che le azioni collettive possano limitare le libertà economiche solo nella misura in cui si pongano quale obiettivo esclusivo la tutela dei lavoratori; uno scopo diverso da questo non varrebbe a giustificare la restrizione.

Anche l'approccio di fondo seguito dalla Corte nel giudizio di bilanciamento, in cui i diritti sociali si configurano come semplici eccezioni alla regola, costituita dalle libertà di circolazione, sembrerebbe porre i diritti stessi in una posizione strumentale, non più paritetica, nei confronti delle libertà.

Si potrebbe pensare che una delle principali cause che hanno portato a sminuire il ruolo di tali diritti sia legata al particolare momento in cui sono state pronunciate queste sentenze, un periodo in cui la Carta di Nizza, che nel contesto europeo rappresenta il baluardo della tutela sociale, non aveva ancora acquisito efficacia giuridica vincolante.

Se da una parte la Carta rappresenta una soluzione di compromesso, nel senso che riconosce i diritti sociali in una maniera più limitata rispetto a quanto stabilito nelle Costituzioni degli Stati membri, d'altra parte la Carta si pone in modo più avanzato rispetto agli ordinamenti di altri Stati che riconoscono i diritti non in quanto tali, ma quali libertà.

Questo induce a riflettere sul fatto che se controversie quali quelle esaminate dovessero ripresentarsi in un momento successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'approccio della Corte potrebbe essere decisamente diverso.

Non bisogna dimenticare che la Corte in entrambe le sentenze riconosce espressamente che l'Unione non si indirizza solo alla realizzazione di finalità economiche, ma è volta anche al perseguimento di finalità sociali: anche questo elemento potrebbe essere interpretato come indice del fatto che nella Corte era già maturata, sul piano per così dire teorico, la consapevolezza dell'importanza che la dimensione sociale riveste nell'ordinamento europeo, ma proprio in virtù di questo principio le circostanze legate al caso di specie l'hanno portata ad adottare decisioni assolutamente scostanti rispetto a quello prese nei casi

Schmidberger e *Omega*.

Infatti, in entrambe le sentenze l'obiettivo di tutelare i lavoratori non può giustificare l'ostacolo che l'esercizio delle azioni collettive da parte dei sindacati ha posto nei confronti delle libertà di circolazione delle imprese, rispettivamente, la libertà di stabilimento in *Viking* e la libera prestazione dei servizi in *Laval,* in quanto le azioni collettive intraprese al fine di indurre le imprese alla sottoscrizione di contratti collettivi hanno avuto l'effetto di scoraggiare l'esercizio da parte di quest'ultime delle loro libertà.

I diritti sociali hanno così dovuto cedere dinanzi alle prerogative di ordine economico.

Alla luce di queste considerazioni, se da una parte le pronunce rese in *Schmidberger* e *Omega* denotano dei profili di grande innovazione e apertura nei confronti dei diritti fondamentali, anche quando proclamati in primis nelle Costituzioni interne, accordandogli la prevalenza nel confronto con le libertà, d'altra parte la Corte sembra aver mostrato un atteggiamento di regressione o, per meglio dire, di contraddizione per quanto concerne la tutela dei diritti sociali.

Le stesse peculiarità che tali diritti presentano rispetto al novero generale dei diritti fondamentali potrebbero aver indotto la Corte ad assumere un orientamento diverso. Come è stato visto, la Corte di certo non ignora l'importanza che i diritti sociali rivestono nel contesto europeo e nel rapporto con le libertà di circolazione, ma, sia per un insieme di circostanze legate al particolare momento in cui sono state rese queste pronunce, sia per alcune incongruenze in

sede di bilanciamento, la garanzia effettiva di questi diritti è stata in concreto impedita.

La miglior soluzione per far sì che la Corte possa in futuro mutare il suo approccio nei confronti dei diritti sociali, allineandosi così all'orientamento che la stessa ha adottato nei casi *Schmidberger* e *Omega* e dei diritti fondamentali ivi sanciti, è quella che si pone l'obiettivo di realizzare un'armonizzazione effettiva delle disposizioni degli Stati membri in tema di politica sociale. Attraverso lo strumento della direttiva si renderebbe possibile la realizzazione di un simile risultato: una direttiva che stabilisca regole certe e che sciolga alcuni dei principali nodi sollevati dalle sentenze *Viking* e *Laval.*

I punti chiave che un tale atto dovrebbe prevedere, anche sulla scorta dei suggerimenti prospettati dal Comitato delle Regioni nel parere presentato il 19 gennaio 2013[167], consistono nella possibilità di prevedere innanzitutto un chiarimento definitivo in merito al rapporto esistente tra le azioni collettive e le libertà economiche, in particolare nell'ottica di vietare o, per lo meno, di impegnarsi ad evitare che i diritti sociali fondamentali possano essere limitati dalle libertà economiche e che quest'ultime possano giustificare l'elusione delle normative nazionali e delle prassi in materia sociale.

Inoltre, sarebbe bene dar luogo ad una modifica della direttiva 96/71/CE, per la parte concernente il nucleo di norme minime

[167] Parere del Comitato delle regioni «Il distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi» (2013/C 17/12).

applicabili, che è stato oggetto di un'interpretazione restrittiva ad opera della Corte nei casi esaminati nel terzo capitolo e che ha di fatto negato il ruolo del diritto nazionale e della contrattazione collettiva in tale ambito.

Non solo, ma la stessa direttiva 96/71/CE sancisce alcuni diritti fondamentali la cui tutela dovrebbe essere rafforzata, questo anche in virtù dell'efficacia giuridica vincolante acquisita dalla Carta di Nizza con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Anche il diritto di sciopero dovrebbe essere valorizzato, in un'ottica finalizzata ad attribuirgli rilievo in qualità di principio intangibile consacrato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: in questo modo il diritto di sciopero verrebbe ad acquisire una rilevanza autonoma e il suo ruolo non sarebbe più relegato ad *extrema ratio*, o comunque in una posizione subordinata rispetto al perfezionamento del mercato interno.

Un nucleo di norme certe quali quelle qui suggerite chiarirebbe in via definitiva la posizione e il ruolo dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento UE e la Corte stessa, chiamata a garantire il rispetto del diritto dell'Unione, trovandosi dinanzi a un insieme organico di regole quali quelle in questione, di sicuro andrebbe a rimodulare il suo approccio nel bilanciare diritti sociali e libertà.

BIBLIOGRAFIA

A. ALEMANNO, *À la recherche d'un juste équilibre entre liberté fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur,* in *Reveu du droit de l'Union europèenne,* 2004, pp. 709-751

ALEMANNO A., *L'art. 28 del Trattato tra esigenze di funzionamento del mercato interno e tutela dei diritti fondamentali: alla ricerca di un possibile equilibrio*, in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2003, pp. 1886-1893.

ALEMANNO A., *Libertès fondamentales et droits fondamentaux*, in *Revue du Droit de l'Union Europèenne*, 2004, vol. 4 p. 731.

ANGIOLINI V., *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, 2009, pp. 51-66.

I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*. *Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche: La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*. *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2010, pp. 7-28.

ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, New York, 2002, p. 249.

BALLESTRERO M., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero,* in *Lavoro e Diritto*, 2008, pp. 371-391.

BARNARD C., *The substantive law of the EU, the four freedoms*, Oxford, 2010.

BARNARD C., *Viking and Laval: An Introduction*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* 2008, pp.463-492.

BRONZINI G., *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali: il ruolo della Corte di giustizia*, in *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, 2012, pp. 3-26.

BRONZINI G., *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza,* in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, 2013, pp. 111-163.

BROWN C., *Case note: Case C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzuge v. Austria*, in *Common Market Law Review*, 2003, pp. 1499- 1510.

CARABELLI U., *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione comunitaria,* 2009, in www.europeanrights.eu

CHALMERS D., DAVIES G. AND MONTI G., *European Union Law,* Cambridge, 2010.

CURZON S., *Fundamental rights and the internal market. The state of affairs following Schmidberger & Omega*, in *Joël Rideau, Les Droits Fondamentaux dans l'Union Européenne,* Bruylant 2009, pp. 109-129.

DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012.

DANIELE L., *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme,* in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2009, p. 645 ss.

DE MICCO L., *Adesione dell' Unione Europea alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: attesa di un finale*, in *Rivista telematica giuridica dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3/2012.

DE VRIES S. A., *The protection of fundamental rights within Europe's internal market after Lisbon – An endeavour for more harmony,* in *The Europa Institute Working Paper 4/10.*

DE VRIES S. A., *The protection of fundamental rights within Europe's internal market since Lisbon,* in *The Europa Institute Working Paper* 04/10.

GENNUSA M.E., *La dignità umana vista dal Lussemburgo,* in *Quaderni Costituzionali,* 2005, pp. 174-177.

GIUBBONI S., *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità, Relazione al Convegno "Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani"*, Perugia, 25- 26 marzo 2011.

GIUBBONI S., *Dopo Viking, Laval e Ruffert: in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato,* in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, 2009, pp. 121-132.

GROSSI P., CHELI E., FALZEA A., *Enciclopedia del diritto. Annali*, volume 4, Milano, 2011, p. 405.

KOMBOS C., *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity*, in *European Public Law*, 2006, pp. 433-460.

LECIS A.M., *Consenso europeo, chi è costui? L'individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione*

evolutiva e margine d'apprezzamento, *www.diritticomparati.it,* novembre 2011.

MASTROIANNI R., *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione Europea: nuovi equilibri?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2011, p. 319 ss.

ORLANDI M., *Libera circolazione delle merci e deroghe giustificate da esigenze di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione Europea,* 2003, pp. 903-916.

ORLANDINI G., *Gli effetti della sentenza Viking ovvero l'insostenibile incertezza delle regole,* in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo,* 2009, pp. 179-190.

E. PELLECCHIA, *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*, in *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 181-194.

PISTORIO G., *L'influenza della Carta di Nizza nelle sentenze della Corte di giustizia in materia di eguaglianza e dignità della persona*, 2007, in www.europeanrights.eu, p. 6.

POLLICINO O., *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'Est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, pp.765-788.

SCIARRA S., *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni della solidarietà,* in *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, 2007, pp. 13-38.

STROZZI G., *Diritto dell'Unione Europea, Parte speciale*, Torino, 2010.

STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione Europea, Parte istituzionale,* Torino, 2011.

TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012.

VECCHIO F., *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali*?, 2010, in www.europeanrights.eu

VILLANI U., *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e diritto italiano*, *in Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Sentenze della Corte di giustizia.

Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos,* causa 26/62, in *Raccolta*, p. 3.

Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1968, *Commissione c. Italia,* causa 7/68, in *Raccolta* p. 425.

Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1969, *Stauder,* causa 29/69, in *Raccolta* p. 00419.

Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11/70, in *Raccolta* p. 01125.

Sentenza della Corte di giustizia del 11 luglio 1974, *Dassonville,* causa 8/74, in *Raccolta* p. 00837, punto 5.

Sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 1974, *Reyners,* causa C-2/74, in *Raccolta* p. 00631.

Sentenza della Corte del 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, causa 41/74, in *Raccolta* I-1354.

Sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975, *Rutili,* causa 36/75, in *Raccolta* 1975 p. 01219.

Sentenza della Corte del 27 ottobre 1977 *Bouchereau,* causa 30/77, in *Raccolta* p.1999.

Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1981, *Webb,* causa 279/80, in *Raccolta* p. 3305.

Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorasi* (ERT), causa C-260/89, in *Raccolta* p. I-2925.

Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1993, *Bernard Keck e Daniel Mithouard,* cause riunite C-267/91 e C-268/91, in *Raccolta* p. I-06097.

Sentenza della Corte del 24 marzo 1994, *Schindler,* causa C-275/92, in *Raccolta* I-1039.

Sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 1995, *Gebhard,* causa C-55/94, in *Raccolta* p. I-04165.

Sentenza della Corte del 9 dicembre 1997, *Commissione c. Francia,* C-265/95, in *Raccolta* I-6959.

Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1997, *Familiapress*, causa C-368/95, in *Raccolta* p. I-6619.

Sentenza della Corte del 21 settembre 1999, *Laara*, causa C-124/97, in *Raccolta* I-6067.

Sentenza della Corte del 21 ottobre 1999, *Zenatti,* causa C-67/98, in *Raccolta* I-7289.

Sentenza della Corte del 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio,* causa C-377/98, in *Raccolta* I-07079.

Sentenza della Corte di giustizia del 11 luglio 2002, *Carpenter v. Secretary of State for the Home Department,* causa C-60/00, in *Raccolta* p. I-06279.

Sentenza della Corte di giustizia del 12 giugno 2003, *Schmidberger,* causa C-112/00, in *Raccolta* p. I-05659.

Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen,* causa C-36/02, in *Raccolta* p. I-09609.

Sentenza della Corte di giustizia del 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti,* causa C-438/07, *in Raccolta* p. I-10779.

Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning , Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet.,* causa C-341/05*,* in *Raccolta* p. I-11767.

Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien,* causa C-244/06, in *Raccolta* p. I-505.

Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008, *Gysbrechts,* causa C-205/07, in *Raccolta* p. I-09947.

Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2011, *Landtovà,* causa C-399/09.

Conclusioni degli Avvocati generali.

Conclusioni dell'Avvocato generale Christine Stix-Hackl del 18 marzo 2004 al caso *Omega Spielhallen,* causa C-36/02, in *Raccolta* p. I-9609.

Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Poiares Maduro il 23 maggio 2007 al caso *Viking Line,* causa C-438/05, in *Raccolta* p. I-10779.

SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

C. eur. dir. uomo (Commissione), *Grecia v. Regno Unito,* 2 giugno 1956, ric. n. 176/56.

C. eur. dir. uomo (Commissione), *Lawless v. Irlanda*, 7 aprile 1961, ric. n. 332/57.

C. eur. dir. uomo, *Handyside v. Regno Unito,* 7 dicembre 1976, ric. n. 5493/72.

INDICE DEGLI ATTI DELL'UNIONE

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Proclamata il 7 dicembre 2000 in occasione del Consiglio Europeo di Nizza dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, a nome delle rispettive istituzioni di appartenenza, pubblicata in GUCE del 18 dicembre 2000, serie C 364.

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.

Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre del 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

Fifth Negotiation Meeting Between The Cddh Ad Hoc Negotiation Group And The European Commission On The Accession Of The European Union To The European Convention On Human Rights, Final Report To The Cddh, Strasbourg, 5 April 2013.

Parere del Comitato delle regioni «Il distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi» (2013/C 17/12).

Regolamento(cee) n.4055/86 del Consiglio del 22 dicembre 1986 che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi.

Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi.

Versione consolidata del trattato sull'Unione europea, pubblicata in GUCE il 10 novembre 1997, serie C 340.

Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, pubblicato in GUCE il 16 dicembre 2004, serie C 310.

Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, pubblicato in GUCE il 30 marzo 2010, serie C 83/47.

Sentenza resa dal Tribunale costituzionale polacco il 16 novembre 2011, SK 45/09.