

L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali al vaglio della Corte Federale Tedesca. Brevi note a margine di alcune recenti sentenze del *Bundesverfassungsgericht*.

di Francesca Episcopo in Giustizia Insieme 28.5.2020

Sommario: 1. Introduzione. 2. Le decisioni del *Bundesverfassungsgericht* in tema di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nel diritto interno: “Stadium Ban” e “Hotel Ban”. 3. Le decisioni del *Bundesverfassungsgericht* in tema di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali nel diritto armonizzato. 4. L’innovazione nel panorama tedesco e i possibili parallelismi nel diritto italiano. 4.1. L’*an* dell’efficacia orizzontale. 4.2. Il *quomodo* dell’efficacia orizzontale, ovvero: quali sono i diritti fondamentali di cui garantire il rispetto? 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. Introduzione

L’efficacia delle norme costituzionali nei rapporti orizzontali rappresenta uno dei temi che maggiormente caratterizzano la complessità giuridica contemporanea.

Nel panorama europeo la compresenza di molteplici Carte a valore *lato sensu* costituzionale rende la questione quanto mai problematica. Non solo Stati diversi modulano in maniera eterogena l’efficacia delle rispettive norme costituzionali, ma anche tra Trattati, Carta di Nizza e CEDU vi sono differenze significative. Inoltre, già all’interno di una medesima Carta è possibile riscontrare soluzioni diverse, poiché non tutti i principi e i diritti fondamentali sono considerati idonei, per contenuto e struttura, a esplicare effetti nei rapporti orizzontali.

A fronte di un quadro così composito, l’interprete deve avere piena consapevolezza degli ambiti di applicazione di ciascuna Carta, per assicurare che ogni caso sia risolto attraverso gli strumenti previsti nel sistema di riferimento. Né ciò basta a risolvere tutti i problemi. Laddove un principio o diritto fondamentale sia riconosciuto e tutelato contemporaneamente da più fonti primarie – Costituzione, CEDU, e Carta di Nizza – i diversi ordinamenti e i relativi circuiti giurisdizionali finiscono per sovrapporsi, spesso in assenza di una “norma di riconoscimento”, capace di un indicare in modo univoco e definitivo quale sia il diritto applicabile, e quale Corte abbia l’ultima parola sulla sua interpretazione.

Il sistema multilivello di tutela così configurato rivela, dunque, una geometria variabile e in continua evoluzione, in cui è la rilevanza meramente interna, europea o convenzionale del caso di specie, unitamente alle caratteristiche strutturali della situazione giuridica in questione, a determinare se, e in che misura, un diritto o un principio fondamentale possa avere efficacia nei rapporti privati.

A fronte di un quadro così frammentato, alcune recenti decisioni della Corte Federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*, “BVerfG”) offrono un importante spunto di discussione, aprendo a possibili interventi di armonizzazione e ampliamento nella tutela dei diritti fondamentali, con riflessi che potrebbero andare ben oltre i confini nazionali.

L’innovazione emerge dall’incontro di un duplice filone giurisprudenziale. Da un lato, abbiamo due casi in cui il BVerfG si è pronunciato specificamente sull’efficacia orizzontale dei diritti previsti nella Costituzione tedesca, riconoscendo per la prima volta una (limitata) *Drittwirkung* al principio di parità di trattamento (3(1) *Grundgesetz*, GG), e ponendo le basi per un futuro dibattito circa una sua possibile estensione al divieto di discriminazione (3(3) GG). Dall’altro, abbiamo due recenti casi relativi all’applicazione e interpretazione del diritto alla *privacy* e alla tutela dei dati personali,

in cui la Corte ha ridefinito i propri standard di interpretazione sul rispetto dei diritti fondamentali, nonché la propria competenza a controllare l'applicazione del diritto europeo da parte della giurisdizione ordinaria.

Nei successivi paragrafi si offrirà una breve disamina delle decisioni in oggetto, evidenziandone i tratti di novità per il diritto tedesco, nonché, ove rilevante, i possibili parallelismi rispetto al diritto italiano. Infine, si trarranno alcuni spunti di riflessione sulla portata attuale e i possibili sviluppi futuri della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, e del diritto a non essere discriminati in particolare, in considerazione dell'incidenza (variabile) della Carta di Nizza e della CEDU sugli ordinamenti nazionali.

2. Le decisioni del *Bundesverfassungsgericht* in tema di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nel diritto interno: “Stadium Ban” e “Hotel Ban”

Nel caso “Stadium Ban”^[1] un privato aveva sollevato ricorso costituzionale contro il divieto di accesso a tutti gli stadi nazionali impostogli da una società calcistica in base al proprio potere di far rispettare le cd. “regole della casa” e le “linee guida” della Federcalcio tedesca, in risposta ai violenti scontri avuti con i tifosi della squadra avversaria. Sospese le indagini penali riguardo a tali atti, il ricorrente aveva contestato l'assenza di una valida giustificazione per il bando e denunciato la violazione del diritto a un giusto processo ai sensi dell'art. 20(3) GG, nonché del diritto generale alla personalità ai sensi degli art. 1(1) e 2(1) GG.

La Corte ha analizzato la questione come inerente alla determinazione della portata dei poteri dominicali, da interpretarsi alla luce della garanzia costituzionale della proprietà ex art. 14 GG e del principio di parità di trattamento ex art. 3(1) GG^[2]. Basandosi su una giurisprudenza consolidata^[3], la Corte ha affermato che l'art. 3(1) GG non dà origine ad alcun principio costituzionale secondo cui le relazioni giuridiche tra privati sono tenute a rispettare il principio di uguaglianza – neppure in virtù della dottrina degli effetti orizzontali indiretti dei diritti fondamentali –. Con una svolta importante, però, il BVerfG ha ammesso che in alcune circostanze – come nel caso di specie – i rapporti tra privati possano essere sottoposti a degli obblighi di parità di trattamento. L'effetto orizzontale indiretto dell'art. 3(1) deriva dal fatto che il divieto imposto dallo stadio rappresenta un'esclusione unilaterale dagli eventi che gli organizzatori avevano aperto a un pubblico vasto e indifferenziato, tale incidere significativamente sulla capacità degli interessati di partecipare alla vita sociale. Quando si impegnano ad organizzare tali eventi, i privati assumono una particolare responsabilità giuridica ai sensi del diritto costituzionale e non possono utilizzare i poteri derivanti dal diritto di far rispettare le “regole della casa” – o, in altri casi, da un monopolio o da una posizione di vantaggio strutturale –, per escludere persone specifiche senza giustificati motivi. Motivi che, nel caso di specie, sono stati considerati adeguati.

Nel successivo “Hotel Ban”^[4] il titolare di una struttura alberghiera aveva rifiutato di dare ospitalità all'ex presidente del partito democratico nazionale, perché le opinioni politiche di quest'ultimo avrebbero suscitato reazioni e turbamenti tali da impedire alla struttura di garantire il normale standard del servizio offerto. Dopo aver inutilmente cercato di ottenere la rimozione del divieto e la relativa dichiarazione di illegittimità, il ricorrente aveva sollevato ricorso costituzionale, lamentando la violazione del diritto alla parità di trattamento e a non essere discriminato in base alla propria opinione politica, sanciti, rispettivamente, agli artt. 3(1) e 3(3) GG^[5].

Il BVerfG ha ritenuto che l'impossibilità di soggiornare presso uno dei numerosi wellness hotel presenti nell'area non rappresentasse né un'arbitraria esclusione da parte di un soggetto in situazione di monopolio o superiorità strutturale, né una limitazione a un servizio offerto pubblicamente, tale da incidere significativamente sulla partecipazione alla vita sociale del

ricorrente. Pertanto, nessuna violazione dell'art. 3(1) poteva dirsi integrata. Né poteva considerarsi violato l'art. 3(3) GG: sebbene la giurisprudenza costituzionale non avesse chiarito fino a quel momento se, e in che misura, il diritto a non essere discriminati sulla base di determinate cause (sesso, parentela, razza, lingua, patria e origine, fede, opinioni religiose o politiche e disabilità), potesse avere efficacia orizzontale nelle relazioni tra privati, la Corte ha affermato che il caso di specie non era tale da giustificare un'analisi in tal senso. La disposizione – sostiene il BVerfG – non potrebbe comunque essere direttamente applicabile alle transazioni legali tra privati^[6] e, se anche dovesse tradursi indirettamente in impegni di più ampia portata e più rigorosi rispetto all'articolo 3(1) GG, ciò non equivarrebbe a dar vita a un divieto assoluto di discriminazione tra privati, ma inciderebbe solo sulle modalità di bilanciamento dei diritti fondamentali coinvolti (nel caso di specie, i proprietà e libertà iniziativa economica ex artt. 12 e 14 GG). Il ricorso veniva pertanto dichiarato inammissibile.

3. Le decisioni del *Bundesverfassungsgericht* in tema di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali nel diritto armonizzato.

Sulle modalità e i parametri di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali nel diritto armonizzato, il BVerfG si è pronunciato con due sentenze gemelle, decise nel novembre 2019^[7].

Nel primo caso (“Diritto all’oblio I”) l’attore aveva fatto ricorso alla Corte costituzionale federale lamentando una violazione del proprio diritto della personalità ad opera della Corte federale di giustizia (*Bundesgerichtshof*), la quale aveva respinto la richiesta del ricorrente di limitare la disponibilità di informazioni personali nell’archivio online di una famosa testata nazionale, in base al principio per cui tale interesse doveva essere bilanciato con il diritto alla libertà di parola e di stampa della rivista.

La Corte costituzionale ha accolto il ricorso, ritenendo che la Corte di giustizia non avesse correttamente bilanciato i due interessi, come emergenti dalla normativa sulla tutela dei dati personali di fonte europea. Per ciò che qui interessa, è importante evidenziare come la Corte sia giunta a questa soluzione individuando nei diritti fondamentali del *Grundgesetz* il principale parametro di interpretazione della normativa. Laddove il diritto europeo non sia completamente armonizzato – sostiene la Corte –, si lascia spazio per soddisfare la diversità dei regimi dei diritti fondamentali tra Stati membri, purché non si riduca lo standard minimo di tutela garantito dalla Carta di Nizza. Pertanto, il controllo sulla corretta applicazione del diritto e del bilanciamento tra diritti fondamentali può essere fatto con esclusivo riferimento ai diritti fondamentali riconosciuti dal GG, a meno che vi siano indicazioni specifiche e sufficienti le quali dimostrano che la Legge fondamentale non offre un’adeguata protezione dei diritti fondamentali.

Nel secondo caso (“Diritto all’oblio II”), l’attore aveva chiesto la cancellazione di un collegamento alla trascrizione di un documentario a cui aveva partecipato e che conteneva informazioni pericolose per la sua reputazione. L’*Oberlandesgericht* di Celle aveva ritenuto che tale “*delisting*” non fosse giustificato né dall’art. 35 (2) *Bundesdatenschutzgesetz* né dai paragrafi 823 e 1004 BGB, poiché non vi era stata violazione della *privacy* e la cancellazione delle informazioni avrebbe interferito in modo significativo con la libertà di stampa e informazione.

Chiamata a pronunciarsi sulla questione, la Corte Costituzionale ha ritenuto che, trattandosi di una normativa pienamente armonizzata, il bilanciamento eseguito dall’*Oberlandesgericht* dovesse essere sindacato esclusivamente in base alla Carta dei diritti fondamentali dell’UE, sebbene il ricorrente avesse lamentato la lesione del proprio diritto all’autodeterminazione informativa e al diritto generale della personalità, riconosciutegli dalla Costituzione nazionale. La Corte si è così dichiarata competente a controllare l’effettiva applicazione del diritto dell’Unione – come

interpretato dalla Corte di Giustizia – nelle controversie sottoposte alla giurisdizione dei tribunali minori, ogni qual volta possa determinarsi una violazione dei diritti fondamentali, salva la possibilità di un rinvio pregiudiziale. Nel caso di specie, i diritti fondamentali della *privacy* e della protezione dei dati personali erano stati correttamente bilanciati con il diritto di Google di condurre affari e, soprattutto, il diritto alla libertà di opinione e di informazione della trasmissione pubblica e dei suoi utenti, sicché il ricorso doveva dichiararsi infondato.

4. L'innovazione nel panorama tedesco e i possibili parallelismi nel diritto italiano

I due filoni operano su piani distinti ma interrelati. Il primo orientamento incide sull'*an* dell'efficacia orizzontale, includendo – seppure in via condizionata – i privati tra i soggetti destinatari dei doveri derivanti dal principio di parità di trattamento e dal divieto di discriminazione. Il secondo, invece, affronta la questione relativa alla tipologia e al contenuto dei diritti fondamentali, di cui i giudici devono sempre assicurare il rispetto. In questo senso, esso contribuisce a tratteggiare il *quomodo* dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, identificando, in un contesto normativo essenzialmente pluralistico, il circuito normativo concretamente applicabile.

4.1. L'*an* dell'efficacia orizzontale

L'art. 1(3) *Grundgesetz* (GG) afferma che «i [...] diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti direttamente applicabili». Tradizionalmente, dunque, i diritti fondamentali sono stati concepiti come difese che i cittadini vantano contro lo Stato, e non come fonte di obblighi in capo ai privati; le limitazioni reciproche alle libertà dei cittadini sono appositamente previste dalle norme ordinarie e, in particolare, da quelle di diritto civile.

Col tempo giurisprudenza e dottrina hanno progressivamente alterato questa impostazione. Con il *leading case* “Luth”^[8] il BVerfG ha affermato che i diritti fondamentali sono inerenti all’“ordine oggettivo di valori costituzionali che devono essere rispettati in tutti i settori del diritto” e, pertanto, possono avere effetti orizzontali *indiretti* (c.d. *mittelbare Drittwirkung*), che i giudici nazionali devono garantire anche quando chiamati a risolvere controversie tra privati, attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di legge e, in particolare, delle clausole generali^[9]. In questo senso, i diritti costituzionali possono incidere anche sull'autonomia privata, ma solo in via mediata, cioè tramite l'incidenza delle norme costituzionali sulle fonti eteronome che tale autonomia disciplinano^[10].

In Italia, dove le riflessioni dei giuristi dell'ordinamento tedesco sono state l'ispirazione principale degli studi sul tema, la *Drittwirkung* delle norme costituzionali sugli atti di autonomia privata è improntata su una pervasività mediata e indiretta, che passa attraverso l'interpretazione conforme delle norme primarie o l'orientamento assiologico delle clausole generali (“buona fede” e “ordine pubblico”)^[11], sebbene alcuni recenti interventi giurisprudenziali muovano – non senza critiche – verso una incidenza diretta dei diritti costituzionali sul contratto^[12]. Se simili sono le premesse teoriche, parzialmente diverse sono, però, le soluzioni adottate dai due ordinamenti in tema di discriminazione^[13].

Fino ai casi in commento, infatti, la Corte ha affermato che l'art. 3(1) GG non dà origine ad alcun principio costituzionale secondo cui le relazioni giuridiche tra privati devono essere improntate al rispetto del principio di uguaglianza – neppure in via di *mittelbare Drittwirkung* –, e che ogni persona ha la libertà di scegliere secondo le proprie preferenze con chi stipulare contratti, a quali condizioni, e in che modo disporre dei propri diritti di proprietà, sebbene l'ordinamento giuridico possa prevedere dei limiti all'esercizio di tali diritti.

Le due decisioni in commento aprono a una importante innovazione in tema di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali. “Stadium Ban” riconosce l’efficacia orizzontale del principio di parità di trattamento nel diritto privato e, cosa non di poco conto, lo fa senza passare per la mediazione delle clausole generali, semplicemente dando rilievo ad alcune situazioni di fatto – formulate in termini chiaramente non tassativi – che giustificano la “responsabilizzazione dei privati” rispetto al dettato dell’art. 3(1) GG. “Hotel Ban”, oltre che confermare la soluzione sopra adottata, solleva questione dell’efficacia orizzontale dell’art. 3(3) GG, sebbene non la risolva apertamente. Limitandosi alle considerazioni strettamente necessarie per risolvere il caso di specie, la Corte afferma infatti che, in ogni caso, tale diritto non può creare direttamente dei doveri in capo ai privati, potendo, al limite, richiedere un bilanciamento più “forte” di quello previsto al paragrafo 1 in caso di conflitto con altri diritti fondamentali. In questo senso, la pronuncia pone le premesse per un dibattito circa lo statuto del principio di non discriminazione nel diritto privato, e segnatamente nel diritto dei contratti; dibattito che da anni interessa la dottrina italiana.

La disciplina antidiscriminatoria in Italia e in tutta l’UE è fortemente influenzata dagli interventi di armonizzazione euro-comunitari, i quali funzionalizzano il contratto a obiettivi di etero-regolamentazione del mercato. In particolare, è vietato il rifiuto di contrattare o la contrattazione a condizioni deteriori a causa di *determinate* qualità personali corrispondente a fattori di rischio (razza, dall’etnia, dalla provenienza territoriale, dalla religione, dalla disabilità, dal sesso). A questo divieto sono sottoposti i soggetti pubblici, e – in alcune circostanze – anche i privati: pur con delle varianti, la scelta di fondo consiste nel limitare il divieto di discriminazione nelle relazioni orizzontali allo scambio di beni e di servizi che sono «*available to the public*»[\[14\]](#), ovvero in tutti i casi in cui il contraente si è rivolto indistintamente al pubblico o a una cerchia indeterminata di persone, con una dichiarazione che integri un invito a manifestare un interesse, un invito a offrire o un’offerta. A fronte di questa normativa frammentaria ed eterogenea, la dottrina italiana si è interrogata circa la possibilità di individuare, sullo sfondo, un generale divieto di discriminazione avente efficacia orizzontale nelle relazioni tra privati, e ricavabile – a seconda delle tesi – dal principio di parità di trattamento o dalla protezione della dignità umana[\[15\]](#). Anche in questo caso, però, si tende a limitare l’applicazione del divieto agli scambi aperti al pubblico, lasciando il contratto individualizzato libero da ingerenze nella scelta sui soggetti con cui trattare e le modalità di contrattazione[\[16\]](#).

4.2. Il *quomodo* dell’efficacia orizzontale, ovvero: quali sono i diritti fondamentali di cui garantire il rispetto?

I due casi relativi al diritto all’oblio rappresentano una novità significativa nel panorama giuridico tedesco ed europeo.

Il significato e la portata di questa innovazione, tuttavia, sono primariamente connessi al funzionamento del *Verfassungsbeschwerde*, ovvero quel procedimento giudiziale tipico del diritto tedesco (art. 93 par 1 n 4a *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* *VerfGG*), tramite il quale i singoli cittadini lamentano davanti al BVerG la lesione dei propri diritti fondamentali da parte di un’azione statale, compresi – per ciò che qui interessa – gli atti di esercizio del potere giurisdizionale, contro cui non sia più esperibile alcun rimedio. Giudicando in questa sede la Corte costituzionale non opera come organo di “super-revisione”, ma controlla esclusivamente il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri tribunali.

Nell’assetto istituzionale tedesco il *Verfassungsbeschwerde* svolge un ruolo fondamentale e, non a caso, tutti e quattro i casi in commento sono stati sollevati *sub specie* di ricorsi individuali di costituzionalità. Sia in *Stadium* e *Hotel Ban*, che in *Diritto all’oblio I e II*, la Corte era stata chiamata a valutare, appunto, se i giudici che avevano deciso le rispettive cause avessero

adeguatamente tenuto conto dei diritti fondamentali in gioco nell'interpretazione del diritto e nel bilanciamento tra gli interessi in conflitto.

In un sistema in multilivello di tutela, in cui diverse Carte riconoscono e tutelano i diritti fondamentali in maniera non equipollente, identificare quale normativa e, quindi, quali diritti fondamentali sono rilevanti per la risoluzione di una controversia è questione di importanza fondamentale.

Nelle due pronunce gemelle il BVerG affronta proprio questo aspetto, e afferma, in maniera innovativa, di considerarsi vincolato, in sede di *Verfassungsbeschwerde*, a un parametro di legittimità duplice e alternativo: il *Grundgesetz*, in caso di diritto interno e diritto non completamente armonizzato, e la Carta di Nizza, in presenza di disciplina regolata in via completa e uniforme dal diritto europeo. Così facendo, il Tribunale costituzionale, sembra, da un lato, ridurre la rilevanza dei diritti fondamentali di fonte europea e, dall'altro, ad erodere le competenze della Corte di Giustizia. Tuttavia, due ordini di fattori garantiscono la quadratura del cerchio e il rispetto dei complessi equilibri istituzionali tra Corti e Carte nazionali ed europee, e permettono di inquadrare l'orientamento in questione nella prospettiva di una virtuosa collaborazione.

In primo luogo – sostiene il Tribunale Costituzionale – vi è una intrinseca congruenza tra la Legge fondamentale e la Carta di Nizza, sicché il rispetto della prima garantisce, in condizioni ordinarie, anche il rispetto della seconda. Tale presunzione può comunque essere confutata in presenza di specifiche indicazioni, non essendo sufficiente, a tal fine, che la legislazione ordinaria dell'UE richieda il pieno rispetto della Carta dei diritti fondamentali o di talune singole disposizioni della Carta. In questo caso, la norma europea deve essere incorporata nella norma nazionale di revisione, o – in assenza di una garanzia corrispondente – sostituirla del tutto. Inoltre, la stessa Legge fondamentale può essere interpretata “alla luce” della Carta di Nizza e della CEDU, così da garantire – per quanto possibile – il rispetto del diritto europeo anche laddove il parametro di costituzionalità sia costituito dal *Grundgesetz*.

In secondo luogo, ove il diritto europeo rappresenti il parametro esclusivo o concorrente di legittimità, la competenza del BVerfG non escluderebbe il ruolo di garante della nomofilachia attribuito alla Corte di Giustizia ex art. 19 TUE, appunto perché il Tribunale tedesco si limiterebbe a controllare la correttezza dell'*applicazione* del diritto europeo. Laddove invece emergano dubbi in merito all'*interpretazione* della Carta, resta fermo il dovere per la Corte costituzionale federale di interrogare in via pregiudiziale la CGUE.

L'orientamento così descritto non è scevro di criticità. La distinzione tra applicazione e interpretazione del diritto può, nel caso concreto, avere contorni assai sfumati, e la stessa qualificazione di una fattispecie come pienamente regolata dal diritto europeo – oppure disciplinata in maniera da accomodare differenze nel rispetto dei diritti fondamentali tra i diversi Stati membri – non è di immediata comprensione^[17]. Senza la pretesa di affrontare tali problematiche, in questa sede si vuole piuttosto evidenziare come le due sentenze in commento possano contribuire ad ampliare ed armonizzare l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo.

L'espressa integrazione della Carta di Nizza nel particolare giudizio di legittimità instaurato con il *Verfassungsbeschwerde*, offre, infatti, un importante strumento di tutela a garanzia dei privati, che, altrimenti, rischierebbero di non avere alcun rimedio per fronteggiare una lesione dei propri diritti da parte degli organi giurisdizionali, soprattutto laddove manchino dubbi interpretativi tali da giustificare un coinvolgimento della Corte di Giustizia ex art. 276 TFUE e, quindi, una possibile responsabilità dello Stato in caso di suo mancato esperimento. In questo senso, il controllo del

Tribunale costituzionale permette di garantire che in sede di *Verfassungsbeschwerde* possa trovare applicazione l'incidenza orizzontale – a seconda dei casi, diretta o indiretta – della Carta dei diritti fondamentali, ove i diritti ivi previsti non siano stati adeguatamente presi in considerazione dai giudici nazionali.

Inoltre, sebbene il doppio standard di giustizia sia finalizzato a rispondere a una asserita possibilità di accomodare diversi modelli di tutela dei diritti fondamentali tra Stati membri, la necessità di garantire la conformità della Legge fondamentale allo standard minimo richiesto dalla Carta di Nizza (una sorta di “*Solange*” al contrario) potrebbe in concreto spingere la Corte Costituzionale – e gli stessi giudici ordinari, come primi destinatari dell'obbligo in questione – a favorire una integrazione “preventiva” dei parametri europei nell'interpretazione del diritto nazionale. In questo senso, il rafforzamento del controllo sull'applicazione dei diritti fondamentali potrebbe instaurare un circolo virtuoso di armonizzazione “al rialzo” tra Carte dei diritti.

Questo vale, in particolare, laddove il ricorso costituzionale riguardi la tutela dei diritti fondamentali tra attori privati, in i diritti fondamentali hanno effetti orizzontali indiretti (*rectius*, almeno indiretti, alla luce della giurisprudenza più recente), sotto forma di *mittelbare Drittwirkung*.

5. Brevi riflessioni conclusive

Alla luce delle recenti innovazioni giurisprudenziali del Tribunale Costituzionale tedesco, possiamo formulare alcune considerazioni conclusive rispetto all'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, e alla crescente incidenza della Carta di Nizza e della CEDU nella cd. costituzionalizzazione dei rapporti privati. Prendendo spunto dalla casistica inaugurata con i casi “Stadium Ban” e “Hotel Ban”, il principale *focus* delle presenti riflessioni interesserà l'applicazione orizzontale del diritto alla parità di trattamento e al divieto di discriminazione.

Ancora una volta, è importante distinguere in funzione della rilevanza, meramente interna, europea o convenzionale della fattispecie in questione.

Per il diritto europeo cd. primario – trattati, principi generali, Carta di Nizza – l'incidenza dei diritti e delle libertà fondamentali sui rapporti tra privati si modella secondo una geometria mobile e non chiaramente definita, che varia in base alle caratteristiche della situazione giuridica soggettiva in questione, al suo contenuto, allo *status* di chi ha realizzato la lesione, nonché alla particolare ripartizione di competenze che caratterizza l'UE come ordinamento sovranazionale (art. 3-6 TUE). In generale, l'efficacia orizzontale opera tramite l'obbligo di interpretare la normativa nazionale in maniera conforme al diritto europeo^[18], e – ove la norma abbia un contenuto chiaro, preciso e incondizionato – attraverso l'effetto diretto, ovvero creando situazioni giuridiche che i soggetti di diritto possono far valere nei confronti sia delle autorità pubbliche che dei privati, laddove la norma in questione li consideri diretti destinatari degli obblighi correlativi al diritto soggettivo^[19].

Il diritto a non essere discriminati è espresso dal relativo principio generale e codificato all'art. 21 CDFUE^[20]. In quanto diritto assoluto che non richiede di alcuna “concretizzazione” per operare, la CGUE ne ha in più occasioni riconosciuto la diretta applicabilità nelle relazioni tra privati e, anzi, lo ha utilizzato in combinato disposto con le norme previste da specifiche direttive per compensare la mancata efficacia orizzontale di queste ultime^[21]. Tuttavia, ai sensi dell'art. 52 CDFUE la sua applicazione non può avere l'effetto di ampliare le competenze dell'UE, ed è limitato – per quello che qui interessa – ai casi di applicazione del diritto euro-unitario^[22].

Pertanto, i casi che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto europeo devono essere risolti dai giudici nazionali riconoscendo l'efficacia orizzontale del divieto di discriminazione. Alla luce della

nuova giurisprudenza del BVerG, inoltre, il diritto fondamentale di derivazione europea acquisisce una salvaguardia ulteriore nel diritto tedesco, perché sottoposto appunto a uno specifico controllo da parte della Corte Costituzionale in sede di *Verfassungsbeschwerde*. Inoltre, anche in presenza di una disciplina non completamente armonizzata e tale, pertanto, da giustificare il ricorso alla Legge fondamentale quale parametro di legittimità, una divergenza nell'estensione della tutela a favore della Carta di Nizza potrebbe costituire un indice rilevante per ribaltare la presunzione di adeguatezza del parametro nazionale, garantendo così il massimo rispetto dei diritti fondamentali, anche nelle relazioni tra privati.

Invece, in casi di esclusiva rilevanza interna – come “Stadium Ban” e “Hotel Ban” – non vi sarebbe di per sé spazio di applicazione dell'art. 21, il quale rileverebbe esclusivamente in fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione del diritto europeo.

Ciò nonostante, tre diverse modalità di incidenza indiretta del diritto europeo, potrebbero – ancora una volta – portare a un'ulteriore armonizzazione e un'applicazione dei diritti fondamentali.

Gli studi sull'effetto diretto nel diritto europeo potrebbero fornire uno spunto per razionalizzare i criteri di “responsabilizzazione dei privati”. I casi non tassativi di efficacia orizzontale dell'art. 3(1) GG identificati in “Stadium Ban” ineriscono all'esercizio potenzialmente arbitrario di poteri decisionali connessi ai diritti dominicali o all'autonomia contrattuale i) in presenza di situazioni di monopolio o notevole superiorità strutturale; e ii) in funzione dell'importanza del servizio o del bene offerto. Una *Drittwirkung* selettiva, dunque, che non si estende alla contrattazione cd. individuale, ma di cui non sono definiti i caratteri fondamentali.

Pur con le variazioni sopra dette, vi è una indubbia tendenza da parte della Corte di Giustizia a utilizzare l'effetto diretto laddove i privati siano equiparabili ai soggetti pubblici, per la tipologia di mercato in cui operano o per l'attività concretamente svolta (cd. effetto diretto quasi orizzontale). Il confronto con la disciplina europea potrebbe, dunque, aiutare a isolare casi in cui i privati assumono, di fatto, una funzione di regolatori del mercato, tale da giustificare una diretta attribuzione di doveri di parità di trattamento e divieto di discriminazione nei loro confronti[23].

Inoltre, il diritto di non discriminazione sancito nella carta di Nizza e nella CEDU tende a qualificare l'illecito antidiscriminatorio come lesione non tanto del principio di parità di trattamento, quanto della dignità dell'uomo[24]. In questo senso, ambiti di rilevanza del divieto di discriminazione potrebbero essere ricavati anche al di là del ruolo semi-pubblico dell'autore del comportamento attivo, incidendo su categorie di contrattazione – come quella aperta al pubblico – in cui la natura indifferenziata dell'offerta giustifica un'esigenza di pari trattamento tra contraenti.

Infine, sebbene il sistema CEDU non possa spingere verso un'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, esso potrebbe avere un'incidenza indiretta nella conformazione della *Drittwirkung* mediata del diritto di non discriminazione. I diritti previsti dalla CEDU sono assoluti e devono essere rispettati dalle autorità pubbliche così come dai privati; poiché però gli unici soggetti direttamente vincolati dalla Carta sono gli Stati – i quali sono tenuti a garantire il rispetto di tali diritti attraverso interventi di tipo sia negativo che positivo – nella giurisdizione della Corte EDU l'incidenza sui rapporti tra privati può operare solo con una *Drittwirkung* impropria, cioè sanzionando la mancata predisposizione di queste garanzie attraverso la responsabilità dello Stato[25]. A livello nazionale, la posizione della CEDU differisce da Stato a Stato[26]. Nella maggior parte degli Stati firmatari – Italia inclusa – le sue norme CEDU sono considerate “interposte”: esse costituiscono un parametro per sindacare la costituzionalità delle leggi ordinarie, e, al contempo, offrono uno strumento ermeneutico di cui i giudici devono tenere conto per dare un'interpretazione costituzionalmente orientata alle norme ordinarie[27]. Diversamente, in

Germania, la CEDU ha un rango solo legislativo, e non vincola direttamente le autorità e i giudici tedeschi; ciononostante, il BVerG ha riconosciuto che il principio della *Völkerrechtsfreundlichkeit* insito nella Costituzione obbliga i giudici nazionali a tener conto della Convenzione e della giurisprudenza della Corte EDU e preferire, ove “metodologicamente sostenibile”, l’interpretazione ad essa conforme[28].

Sebbene residuino dunque delle differenze fondamentali, la presenza di un obbligo di interpretazione “convenzionalmente orientata” condiviso potrebbe contribuire ad ampliare l’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, incluso il diritto a non subire discriminazioni. L’art. 14 CEDU sancisce il divieto di discriminazione relativamente al godimento degli altri diritti riconosciuti dalla Convenzione, circostanza che la Corte EDU ha interpretato in maniera ampia, cioè ammettendo che possa trovare applicazione anche in assenza di una specifica violazione delle norme convenzionali, purché i fatti della controversia rientrino nel campo di applicazione di almeno una delle suddette norme[29]. Laddove il diritto di non discriminazione sia connesso alla violazione di un diritto protetto dalla CEDU (ad esempio, la libertà di religione, ex art. 9 CEDU), l’art. 12 potrebbe vantare una rilevanza indiretta nel diritto interno, *sub specie* di guida l’interpretazione costituzionalmente orientata.

Questo fattore, unitamente al diritto a un rimedio effettivo ex art. 13 CEDU, potrebbe contribuire a delineare il riconoscimento dell’efficacia orizzontale indiretta al principio di non discriminazione come uno strumento che i giudici stessi dovrebbero adottare per fornire adeguata tutela ai diritti fondamentali.

Nel diritto tedesco, inoltre, una considerazione simile potrebbe derivare anche dalla nuova competenza a giudicare il rispetto dei diritti fondamentali. In particolare, una lettura della Legge fondamentale alla luce della Carta di Nizza e della CEDU – nella misura in cui la prima non può determinare un regime di tutela minore di quello predisposto dalla seconda (art. 35 CDFUE) – potrebbe garantire una migliore protezione dei diritti fondamentali nella misura in cui offre un utile strumento di garanzia per il singolo e, indirettamente, spingere i giudici comuni di incorporare questo parametro nel loro giudizio.

[1] BVerfG, 11.04.2018 - 1 BvR 3080/09, ECLI:DE:BVerfG:2018:rs20180411_1bvr308009, disponibile all’indirizzo: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/04/rs20180411_1bvr308009.html.

[2] Art. 3(1) *Gleicher Stand für alle vor dem Gesetz*. Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. (Tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge)

[3] BVerfGE 7, 198; 42, 143; 89, 214; 103, 89; 137, 273.

[4] BVerfG, 27.08.2019 - 1 BvR 879/12m ECLI:DE:BVerfG:2019:rk20190827_1bvr087912, disponibile all’indirizzo: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/08/rk20190827_1bvr087912.html.

Muckel, *Drittwirkung der Grundrechte: Hausverbot für rechtsgerichteten Politiker in einem Hotel*, JA 2019, 956.

[5] Art. 3(3). Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden (Nessuno può essere discriminato o favorito per il suo sesso, per la sua

nascita, per la sua razza, per la sua lingua, per la sua nazionalità o provenienza, per la sua fede, per le sue opinioni religiose o politiche. Nessuno può essere discriminato a causa di un suo handicap).

[6] cfr. Heun, *Dreier*, GG, Vol. 3, 2013, Art. 3; Uerpmann-Witzack, in Merten, Papier, *HGR*, Vol. V, 2013, §128.

[7] BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, disponibile all'indirizzo https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106_1bvr001613.html;jsessionid=6852293508341B12E61A4F84A6CFB295.1_cid393, e BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, disponibile all'indirizzo https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106_1bvr027617.html. Per una analisi puntuale delle sentenze e delle loro implicazioni sul diritto Europeo, si rimanda a Rossi, *Il “nuovo corso” del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento*

fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell'Unione, in *federalismi.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=543>.

[8] BVerfG, 7, 198.

[9] BVerfGE 7, 198; 25, 256; 33, 1; BVerfGE 73, 261; 81, 242; 89, 214; 112, 332.

[10] Per una ricostruzione della *Drittwirkung* nella dottrina tedesca: Femia, “*Drittwirkung*”: *principi costituzionali e rapporti fra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018. Fondamentale Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP*, 1984, 201 ss.

[11] Navarretta, *Costituzione, europea e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; Navarretta, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. Dir. Civ.* 2014.

[12] Cort. Cost., ord. 21 ottobre 2013, n. 248, in *Contr.*, 2014, 926, con commento critico di D'Amico.

[13] Sul diritto italiano, si veda La Rocca, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano 2007, 289; De Maffei, voce *Discriminazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano 2011, p. 490; Carapezza Figlia, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli 2013; Navarretta, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit.; Cecchini, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, Torino, 2016; Donadio, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Torino, 2017.

[14] Cfr. art. 3 § 1 lett. h direttiva n. 2000/43/Ce.

[15] Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2009, 207.

[16] Cfr. T. Pescara, ord. 18.10.2001, in *Foro it.*, 2002, I, 905; T. Milano, ord., 30.3.2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2041.

[17] Rossi, *Il “nuovo corso” del Bundesverfassungsgericht*, cit., *passim*.

- [18] C-14/83 *Sabine Von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, [1984] ECR 1981.
- [19] C-26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECLI:EU:C:1963:1, 13.
- [20] Ex multis, C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm* [2005] ECLI:EU:C:2005:709. C-441/14, *Dansk Industri (DI) contro Successione Karsten Eigil Rasmussen*, [2016] ECLI:EU:C:2016:278. Favilli, *Art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (voce) in Mastroianni, Pollicino, Allegrezza, Pappalardo, Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 413.
- [21] Ibid.; Ferraro, Lazzerini *Art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (voce) in Mastroianni, Pollicino, Allegrezza, Pappalardo, Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 1062.
- [22] Favilli, *Art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (voce) in Mastroianni, Pollicino, Allegrezza, Pappalardo, Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 413.
- [23] Ex multis, C-36/74, *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch contro Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wierlen Unie and Federacion Española Ciclismo* [1974] ECR 1405, ECLI:EU:C:1974:140C-171/11, *Fra.bo Spa co Deutsche Vereinigung des gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch Wissenschaftlicher Verein* [2012] ECLI:EU:C:2012:453.
- [24] Cecchini, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, cit., 21.
- [25] Navarretta, *Costituzione, europea e diritto privato*, cit., 149. Gentili, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *NGCC*, 2016, 183 ss.
- [26] Sul punto, si veda Martinico e Pollicino (eds), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*. Groningen, Europa Law Publishing, 2010.
- [27] C. Cost., 24.10.2007, nn 348 e 349, in *Foro it.*, 2008, I, 39.
- [28] Per l'orientamento precedente, BVerG 14.10.2014 – 2 BvR 1481/04.
- [29] C. EDU, 8 aprile 2014, *Dahabi c. Italia*, n. 17120/09.