

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta*

Maria Elena Gennusa

SOMMARIO: 1. Una chiave di lettura: l'evoluzione dell'effetto diretto attraverso le argomentazioni della Corte di giustizia. – 2. Dall'individuo all'effetto utile: come cambia l'effetto diretto. – 2.1. Il declino della coerenza: quando l'effetto diretto orizzontale dei diritti diventa un problema di fonti; e non di diritti. – 2.2. *Mangold & C.* Ovvero quel che resta dell'individuo. E della coerenza. – 3. L'effetto diretto al tempo della Carta. – 3.1. Il ritorno dell'individuo, ma mezzo passo alla volta. – 3.2. Oltre le apparenze: davvero nessun ruolo per le direttive? – 4. Considerazioni conclusive. L'effetto diretto tra fonti e diritti, con la Corte ancora nel mezzo.

1. Una chiave di lettura: l'evoluzione dell'effetto diretto attraverso le argomentazioni della Corte di giustizia

Circa 60 anni fa, la Corte di giustizia, nella storica decisione sul caso *Van Gend en Loos*¹, aveva per la prima volta affermato che «l'articolo 12 [del Trattato CEE; art. 30 TFUE] ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare»².

È questo il ben noto atto di esordio della c.d. dottrina dell'effetto diretto del diritto comunitario³, che ha letteralmente segnato la storia

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ Corte giust., 5 febbraio 1963, 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*.

² Sent. *Van Gen den Loos*, cit., in Raccolta della giurisprudenza della Corte, p. 24.

³ B. De Witte, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, in P. Craig – G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 187, definisce l'efficacia diretta come la capacità di una norma di diritto UE, a certe condizioni, «to be applied in domestic court proceedings». In S. Prechal, *Does Direct Effect Still Matter?*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1048, «[d]irect effect is the obligation of a court or another authority to apply the relevant provisions of Community law, either as a norm which governs the case or as a standard for legal review». Cfr. anche Conclusioni A.G. Saggio, 16 dicembre 1999, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA contro Rocío Murciano Quintero e altri*, par. 31. Tale

dell'intero processo di integrazione europea. L'ha segnata, però, non solo per le sue implicazioni pratiche di grandissima rilevanza nel determinare l'efficacia del diritto europeo nell'ordinamento interno agli Stati, ma anche – e soprattutto, secondo me – perché essa costituisce espressione esemplare di una scelta precisa del Giudice comunitario delle fasi iniziali del processo di integrazione: la scelta, profondamente politica, di staccare la neonata Comunità dalle sue origini di diritto internazionale, per considerarla un «ordinamento di nuovo genere», fatto di Stati e – per certi versi, ancor più – di cittadini. Emblematiche sono, infatti, le celeberrime considerazioni con cui la Corte giustifica l'effetto diretto della disposizione del Trattato che vieta agli Stati l'introduzione di nuovi dazi all'interno del territorio della Comunità: il richiamo, contenuto nel Preambolo, non solo ai governi, ma anche ai popoli e la creazione, da parte del Trattato, «di organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi nei confronti sia degli Stati membri sia dei loro cittadini» dimostrano che l'ordinamento comunitario «riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini»; pertanto, il suo diritto «nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che

differenza è anche resa con la diversità simbolica fra l'effetto «*sword*», tipico della sostituzione, e «*shield*», tipico, invece, dell'esclusione: J. Krommendijk, *Principled Silence or Mere Silence on Principles? The Role of the EU Charter's Principles in the Case Law of the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 337. Come chiaramente spiega T. Tridimas, *Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited*, in *Yearbook of European Law*, 2002, p. 330, «*Exclusion effect is produced when a directive is relied upon to set aside national measures which are incompatible with its provisions. Substitution effect occurs where an individual relies on a directive to derive a substantive right defined in its provisions which does not exist in domestic law. Whilst in the first case, the directive is relied upon to exclude the application of the norms of national law, in the latter case it is relied upon to substitute them*». La nozione di effetto diretto andrebbe, peraltro, tenuta distinta da quella di diretta applicabilità, carattere che lo stesso Trattato (art. 189 TCEE, oggi art. 288 TFUE) assegna ai soli regolamenti, sebbene una compiuta analisi di questo aspetto esuli dai fini di questo scritto, cosicché si preferisce limitarsi qui a darne brevemente conto soltanto in questa nota. La confusione tra tali espressioni, pur, talvolta, usate come interscambiabili, infatti, «*may impair a proper understanding of two fundamental problems which should be distinguished, viz (1) the question as to how Community law is incorporated into municipal so as to become "the law of the land"; (2) the problem of the conditions under which Community norms thus incorporated into the municipal legal order are susceptible of being invoked before national courts by private individuals*». Cfr. J. A. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1972, p. 425, secondo cui il termine «diretta applicabilità» riguarda il metodo di incorporazione del diritto comunitario derivato negli ordinamenti interni agli Stati, mentre l'«effetto diretto» si riferisce piuttosto alla capacità delle singole norme di essere giustiziabili dinanzi alle Corti. Cfr. in materia anche l'analisi di D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018, p. 114 ss.

questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie⁴. In sostanza, la Corte ci dice, i cittadini sono veri e propri soggetti del diritto comunitario e quindi godono di un patrimonio di diritti – cui necessariamente corrispondono obblighi – che originano direttamente da questo, senza che sia necessaria un'intermediazione statale perché siano operativi. Ed è questa la ragione per cui, a certe condizioni, le norme europee possono operare direttamente – nel bene e nel male – nei loro confronti.

Tali affermazioni del Giudice comunitario rivelano non solo una ben precisa visione politica, ma anche una decisa volontà di tracciare il percorso della nuova organizzazione in una direzione specifica: quella finalizzata a far emergere una dimensione, per così dire, di natura (quasi) «costituzionale» nell'appena istituita Comunità europea. Non a caso Pierre Pescatore ha limpidamente concluso che esse sono «*the consequence of a democratic ideal, meaning that in the Community, as well as in a modern constitutional State, governments may not say any more as they are used to doing in international law: "L'Etat, c'est moi". Far from it; the Community calls for participation of everybody, with the result that private individuals are not only liable to burdens and obligations, but that they have also prerogatives and rights which must be legally protected. It was thus a highly political idea, drawn from a perception of the constitutional system of the Community*»⁵.

Oggi è ben noto che la giurisprudenza europea in materia di effetto diretto si è via via arricchita di nuovi elementi che hanno dato vita a uno scenario composito e sempre più articolato. L'efficacia diretta ha progressivamente interessato rapporti giuridici di diversa natura – tanto verticale, quando essi intercorrono fra un privato e lo Stato, quanto orizzontale, quando coinvolgono parti private – e ha esteso la sua portata a norme appartenenti a tipi di fonti diverse, dai Trattati europei, alle direttive e, da ultimo, anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Agli artt. 21, 31 e 47 di questa, infatti, la Corte ha riconosciuto efficacia diretta in alcune pronunce rese in tempi recenti. È tuttavia altrettanto noto che questa graduale espansione ha seguito un percorso assai accidentato e ha finito per coincidere con una sempre più decisa perdita di coerenza del

⁴ Tutti i passi sono tratti dalla sent. *Van Gen den Loos*, cit., p. 22 ss.

⁵ P. Pescatore, *The Doctrine of «Direct Effect»: An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, ripubblicato in *European Law Rev.*, 2015, p. 137 ss. (evidenziatura mia). Su questo, cfr. da ultimo, anche D. Gallo, *Rethinking Direct Effect and Its Evolution: A Proposal*, in *European Law Open*, 2022, p. 577.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

quadro complessivo che ne è conseguito, come esemplarmente denuncia il titolo di un famoso Editoriale pubblicato dalla Rivista *Common Market Law Review*: «*Horizontal Direct Effect – A Law of Diminishing Coherence?*»⁶.

Le ultime decisioni che riconoscono l'effetto diretto della Carta sollecitano, però, una nuova riflessione sulla dottrina dell'effetto diretto. Non certo con l'obiettivo di scandagliarne l'evoluzione nel tempo in tutte le sue multiformi applicazioni concrete: il mosaico che ne deriva è talmente complesso da rendere impossibile esaurire in poche pagine l'esame di un così «cangiante» fenomeno⁷. Piuttosto l'analisi che segue intende muoversi partendo da un angolo visuale specifico. La giurisprudenza sull'effetto diretto, infatti, si snoda lungo l'intero processo di integrazione europea e ne segna tutte le fasi essenziali: dal momento fondativo alle tappe stringenti per il completamento del mercato comune, dalle difficoltà di Maastricht al maxi-allargamento, dal fallimento del c.d. Trattato costituzionale all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, con esso, della Carta dei diritti fondamentali. Osservandone l'evoluzione da questa prospettiva, è duplice l'impressione che se ne trae: da un lato, la sensazione è che la perdita di coerenza della dottrina dell'effetto diretto – che è divenuta, col passare degli anni, sempre più contorta e intricata – abbia coinciso con una corrispondente perdita di quel suo senso «politico» che ne aveva caratterizzato l'origine. La Corte, cioè, sempre più intrappolata da mille – e certamente legittime – preoccupazioni, è persa smarrire le premesse da cui era partita negli anni '60, per concentrarsi, invece, sulla ricerca di soluzioni contingenti che potessero conciliare le diverse esigenze concrete che di volta in volta venivano in gioco, senza più ancorare le sue decisioni ad argomentazioni di ampio respiro; e questo ha avuto precise conseguenze, anche di ordine pratico, sulla linearità e armonia interna della stessa dottrina. Dall'altro, il diverso approccio che, nel tempo, la Corte ha seguito sembra dettato – anche – dalle vicende del processo di integrazione, cui il Giudice di Lussemburgo ha cercato di dare risposta. Del resto, si sa che la giurisprudenza non si muove nel vuoto, e quella della Corte di giustizia tanto meno può fare eccezioni. È dunque inevitabile che essa abbia risentito delle diverse fasi che storicamente hanno connotato l'evoluzione della costruzione europea, assecondandone le necessità e, spesso, incoraggiandone lo sviluppo verso alcune direzioni specifiche.

Partendo da queste premesse, l'analisi che segue cercherà pertanto, attraverso la filigrana creata dalle argomentazioni usate dalla Corte per

⁶ *Common Market Law Review*, 1, 2006, p. 1 ss.

⁷ D. Gallo, *op. cit.*, p. 163 ss.

giustificare l'effetto diretto e i risultati concreti in tal modo prodotti, di ricostruire, in primo luogo, il più brevemente possibile – e per punti essenziali – il precedente percorso giurisprudenziale, tentando di mettere in luce il legame fra le giustificazioni politiche a sostegno dell'effetto diretto e la coerenza degli esiti della «dottrina» che ha fatto la storia dell'integrazione europea. Successivamente, l'esame si concentrerà sulle recenti sentenze sull'efficacia diretta di alcune disposizioni della Carta, al fine di valutare se, con esse, la Corte abbia recuperato lo spirito che ha determinato la nascita stessa della dottrina dell'effetto diretto e se ciò abbia contribuito a ridurre le incongruenze determinatesi con le precedenti pronunce, al contempo cercando di segnare la strada verso una nuova fase del processo di integrazione europea. Con un nota bene finale: come si vedrà, l'evoluzione della dottrina dell'effetto diretto non può non tener conto del peculiare sistema delle fonti dell'Unione europea col quale risulta strettamente intrecciata; pertanto, la sua analisi consente anche, in qualche modo, al lettore di leggere in chiaroscuro alcuni dei tratti portanti di quella speciale «forma di stato» che caratterizza il processo di integrazione europea.

2. Dall'individuo all'effetto utile: come cambia l'effetto diretto

Della volontà politica sottesa all'introduzione del principio dell'effetto diretto nella sent. *Van Gend en Loos* già si è detto più sopra. Va però sottolineato che ad essa ha anche fatto riscontro una linearità e una coerenza complessiva del quadro che ne è derivato che meritano una particolare menzione ai fini che qui si perseguono. La Corte, infatti, ha ancorato la possibilità, per le norme del Trattato, di produrre effetti diretti a requisiti molto precisi: «Il disposto dell'articolo 12 pone un divieto chiaro e incondizionato che si concreta in un obbligo non già di fare, bensì di non fare. A questo obbligo non fa riscontro alcuna facoltà degli Stati di subordinarne l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno. Il divieto dell'articolo 12 è per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministratori»⁸.

Sia ben chiaro: non si intende negare la portata rivoluzionaria della pronuncia né, tanto meno, l'attivismo della Corte e l'audacia del suo metodo

⁸ Sent. *Van Gen den Loos*, cit., p. 23.

teleologico di interpretare il Trattato⁹. Se questi possano essere fonte di critiche è stato già oggetto di un ampio dibattito su cui qui non pare essenziale tornare. Né si vuole eccessivamente enfatizzare l'ideale democratico sotteso alla visione della Corte quando essa ha pronunciato la sent. *Van Gend en Loos*. È del tutto condivisibile l'affermazione di Weiler secondo cui, nelle parole del Giudice comunitario, si evidenzia «a serious “dumbing down” of democracy and its meanings»¹⁰, stante la debolezza delle istituzioni rappresentative che avrebbero dovuto fungere da intermediari fra gli individui e la Comunità¹¹ e quindi l'assenza di reale democraticità nel processo decisionale comunitario, con l'«individuo-soggetto» che finisce per ridiventare un «oggetto» «of laws over which one has no effective democratic control»¹². Tuttavia, è abbastanza indubitabile che la volontà di fare del singolo un soggetto di diritto sia stata la giustificazione politica dell'effetto diretto che la Corte ha adottato nella sua prima pronuncia e che, in quella stessa sentenza, essa lo abbia tratteggiato in modo chiaro e congruente, salvaguardando al contempo un altro principio che sta alla base delle prerogative di qualunque soggetto giuridico: quello della certezza del diritto. L'effetto diretto, insomma, nella sent. *Van Gend en Loos*, «is a proxy for governance»¹³

Analoghe considerazioni valgono per la successiva – e altrettanto celebre – sent. *Defrenne*¹⁴, in cui erano in questione la portata e l'efficacia del principio di parità retributiva fra donna e uomo di cui all'art. 119 TCEE (art. 157 TFUE). Qui la vera novità consiste nel fatto che, diversamente dal caso *Van Gend en Loos* che vedeva un trasportatore privato opporsi a un'autorità pubblica, nel caso *Defrenne* la controversia coinvolgeva due soggetti privati: una hostess e il suo datore di lavoro, la compagnia aerea *Sabena*, accusata di discriminazione salariale a danno delle hostess rispetto agli stewards. Ma anche nella sent. *Defrenne* la Corte giustifica il riconoscimento di effetto diretto tramite un'analisi abbastanza approfondita – e di tono politico-costituzionale – della natura del principio di parità retributiva e dei suoi

⁹ Come osserva B. De Witte, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, cit., p. 190, «the crucial contribution of the judgment was [...] that the question whether specific provisions of the Treaty (or, later, secondary Community law) had direct effect was to be decided centrally by the Court of Justice, rather than by the various national courts according to their views on the matter».

¹⁰ J.H.H. Weiler, *Van Gend en Loos: The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 99.

¹¹ Sent. *Van Gen den Loos*, cit., p. 23.

¹² J.H.H. Weiler, *op. cit.*, p. 102.

¹³ J.H.H. Weiler, *op. cit.*, p. 98.

¹⁴ Corte giust., 8 aprile 1976, 43/75, *Gabrielle Defrenne contro Sabena*.

obiettivi che, afferma il Giudice comunitario, non sono solo di mera tutela della concorrenza leale, ma anche di progresso sociale¹⁵. Pertanto, essa conclude che «da questo duplice scopo, economico e sociale, deriva che il principio della parità di retribuzione è uno dei principi fondamentali della Comunità»¹⁶. Ed è proprio da questa sua natura di «principio» – termine il cui uso, da parte del Trattato, esprime la sua «importanza fondamentale» e la sua collocazione fra «le basi stesse della Comunità»¹⁷ – e, quindi, dal suo carattere imperativo che la Corte fa discendere la sua capacità di produrre effetti diretti anche nei rapporti orizzontali, nonostante – a ben vedere – l'art. 119 TCEE menzioni testualmente fra i suoi destinatari soltanto gli Stati: «dato che l'art. 119 è di natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile riguarda infatti non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli»¹⁸. In pratica, in questa sentenza, la Corte altro non fa che trarre le conseguenze concrete da quanto affermato nel precedente *Van Gend en Loos*, poiché è nella natura di ogni soggetto di diritto avere un patrimonio di diritti, ma al contempo essere assoggettato all'adempimento di obblighi. Allo stesso tempo, però, in ossequio alle esigenze di certezza del diritto, la Corte sta molto attenta a distinguere, all'interno dell'art. 119, la

¹⁵ Sent. *Defrenne*, cit., par. 7-11: «In primo luogo, tenuto conto del diverso grado di sviluppo della legislazione sociale nei vari Stati membri, esso serve ad evitare che, nella competizione intracomunitaria, le aziende degli Stati che hanno dato pratica attuazione al principio della parità di retribuzione siano svantaggiate, dal punto di vista della concorrenza, rispetto alle aziende degli Stati che non hanno ancora eliminato la discriminazione retributiva a danno della mano d'opera femminile. In secondo luogo, detta disposizione rientra negli scopi sociali della Comunità, dato che questa non si limita all'unione economica, ma deve garantire al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come viene posto in rilievo nel preambolo del trattato. Questo scopo è posto in evidenza dal fatto che l'art. 119 si trova nel capo dedicato alla politica sociale, il cui primo articolo (117) rileva la “necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera, che consenta la loro parificazione nel progresso”».

¹⁶ Sent. *Defrenne*, cit., par. 12.

¹⁷ Sent. *Defrenne*, cit., par. 29. Sulla natura imperativa del divieto di discriminazione (nella fattispecie, in base alla nazionalità), cfr. anche la di poco precedente Corte giust., 12 dicembre 1974, 36/74, *Walrave e Koch contro Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie e Federacion Española Ciclismo*, in particolare par. 16-19 e 28-29.

¹⁸ Sent. *Defrenne*, cit., par. 39. Cfr. anche su libertà di circolazione e divieto di discriminazione in base alla nazionalità, Corte giust., 6 giugno 2000, C-281/98, *Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, par. 34.

parte che è dotata di effetto diretto e quella che ne è priva, necessitando di norme di attuazione che ne specificino meglio significato e tenore¹⁹. Ancora una volta, quindi, la Corte usa alti argomenti e l'effetto diretto trova la sua giustificazione – anche – nella volontà di esaltare il ruolo di partecipazione dei cittadini alla Comunità e di migliorare le loro condizioni di vita, rimuovendo almeno alcune delle principali disuguaglianze persino a costo di imporre obblighi su altri soggetti privati²⁰. Come è stato giustamente osservato, «*in the 1976 context, the effect of the Defrenne ruling was not simply to include women in a marketplace in which they were disadvantaged. At the same time, in recognizing their right to be paid equally with men for their work, it enabled women meaningfully to participate in the market as an institution with substantial political influence, and thus more fully to take part in public life*»²¹.

È però con il riconoscimento di effetto diretto anche alle direttive che il discorso cambia in parte registro. In effetti i requisiti cui la Corte subordina un siffatto potere paiono più o meno sempre gli stessi, a parte ovviamente la necessità che sia già decorso il termine stabilito per la loro attuazione: le direttive, per avere effetto diretto, devono contenere un obbligo in capo agli Stati «assoluto e incondizionato», tale da non richiedere «per la sua stessa natura, alcun provvedimento d'attuazione da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri»²². Ma già dalla sua prima

¹⁹ Sent. *Defrenne*, cit., par. 18: «Ai fini dell'applicazione di queste disposizioni, si deve fare una distinzione, nell'ambito dell'applicazione complessiva dell'art. 119, fra le discriminazioni dirette e palesi, che si possono accertare con l'ausilio dei soli criteri di identità del lavoro e parità di retribuzione indicati da detto articolo, da un lato, e, d'altro lato, le discriminazioni indirette e dissimulate, che possono essere messe in luce solo valendosi di disposizioni d'attuazione più precise, di carattere comunitario o nazionale».

²⁰ Simili alle affermazioni contenute nella sent. *Defrenne* sono le considerazioni che la Corte svolge in relazione agli artt. 7 (art. 18 TFUE), 48 (art. 45 TFUE) e 59 (art. 56 TFUE) in Corte giust., 12 dicembre 1974, 36/74, *Bruno Nils Olaf Walrave, Longinus Johannes Norbert Koch contro Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren UNIE, Federacion Española Ciclismo*, par. 28-29; Corte giust., 6 giugno 2000, C-281/98, *Roman Angonese*, cit., par. 33-36.

²¹ E. Frantziou, *Constitutional Reasoning in the European Union and the Charter of Fundamental Rights: In Search of Public Justification*, in *European Public Law*, 2019, p. 190. Ciò non toglie che l'A. muova comunque qualche critica anche all'approccio *Defrenne*, in particolare nella misura in cui la Corte ha privilegiato l'aspetto dell'interesse individuale del principio di parità retributiva, senza individuare delle priorità costituzionali che potessero guidare in futuro il difficile bilanciamento fra esigenze del mercato e diritti sociali.

²² Corte giust., 4 dicembre 1974, 41/74, *Yvonne van Duyn contro Home Office*, par. 13. Pur certamente questione cruciale per la dottrina dell'effetto diretto in generale, l'analisi dell'esatto tenore dei requisiti richiesti dalla Corte di giustizia per riconoscere effetto diretto

sentenza in materia, la sent. *van Duyn*²³, appare evidente che il riconoscimento di effetto diretto è stato dettato da un obiettivo molto diverso: quello di assicurare l'effetto utile del diritto comunitario²⁴ in caso di inadempimento – o errato adempimento – statale; e nella successiva sent. *Ratti* la Corte, sviluppando queste premesse, introduce la c.d. *estoppel clause*, in base alla quale «lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti d'attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa»²⁵.

Sebbene la conseguenza concreta sia comunque che, in tal modo, gli individui possono in certi casi invocare in giudizio una direttiva che sia chiara, incondizionata e precisa, tale circostanza non è giustificata dall'esigenza di rafforzare il ruolo dei singoli quali soggetti della Comunità, bensì dalla constatazione che, altrimenti, «la portata dell'atto [la direttiva] sarebbe ristretta»²⁶. In sostanza, l'effetto diretto smette di essere – nelle parole della Corte – uno strumento «politico» di partecipazione democratica con il suo bagaglio di diritti e doveri, per divenire un rimedio in grado di assicurare l'effetto utile delle direttive, al contempo «punendo» la «colpa» statale di non aver conseguito il risultato da esse prescritto. Certamente una direttiva non equivale ai Trattati. Non tanto perché si rivolga espressamente solo agli Stati: anche alcune norme dei Trattati lo fanno, ma la Corte non ha mostrato di ritenerlo un ostacolo alla sua visione politica, come la sent. *Defrenne* ampiamente dimostra. Più che altro perché, in quanto atto di diritto derivato, non fonda «le basi stesse della Comunità». E nemmeno le direttive

e della loro evoluzione nel tempo esula dagli obiettivi di questo scritto. Si rinvia pertanto, fra gli altri, all'ampia e precisa disamina contenuta in D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., in particolare p. 163 ss.

²³ La possibilità che una direttiva possa essere fatta valere direttamente in giudizio dai singoli, invero, era già stata in qualche modo ammessa in Corte giust., 17 dicembre 1979, 33/70, *SACE*, par. 15. È tuttavia solo con la sent. *van Duyn* che tale affermazione viene più compiutamente formulata.

²⁴ Sent. *van Duyn*, cit., par. 12: «Sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita dall'art. 189 [art. 288 TFUE] alla direttiva l'escludere, in generale, la possibilità che l'obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli eventuali interessati. In particolare, nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttiva, obbligato gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario».

²⁵ Corte giust., 5 aprile 1979, 148/78, *Ratti*, par. 22 e poi puntualmente ripresa anche in Corte giust., 19 gennaio 1982, 8/81, *Ursula Becker contro Finanzamt Münster-Innenstadt*, par. 24.

²⁶ Sent. *van Duyn*, cit., par. 12.

possono essere paragonate ai regolamenti che sono, per definizione, direttamente applicabili e, almeno ai tempi del Trattato di Roma, erano soggetti a forme di pubblicità piuttosto diverse²⁷. E va anche tenuto presente che quello dell'inadempimento statale degli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie stava diventando in quegli anni davvero un problema cruciale, soprattutto in vista dei tempi serrati previsti per il completamento del mercato comune. Però questo passaggio, nel caso delle direttive, dalla «politica dell'individuo come soggetto della Comunità» alla «politica dell'effetto utile del diritto comunitario» – pur certamente anch'esso importante nella logica del perseguimento degli obiettivi stabiliti dal Trattato – non poteva non avere conseguenze precise sulla logica interna della stessa dottrina dell'effetto diretto.

1.1 Il declino della coerenza: quando l'effetto diretto orizzontale dei diritti diventa un problema di fonti; e non di diritti

È, infatti, quando si pone il problema dell'effetto delle direttive nei rapporti fra soggetti privati che il punto di rottura viene drammaticamente alla luce. Nella ben nota sent. *Marshall*²⁸, la Corte afferma chiaramente che «quanto all'argomento secondo il quale una direttiva non può essere fatta valere nei confronti di un singolo, va posto in rilievo che, secondo l'art. 189 del trattato [art. 288 TFUE], la natura cogente della direttiva sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, esiste solo nei confronti dello «Stato membro cui è rivolta». Ne consegue che la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione d'una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso»²⁹. È questa la c.d. «*no horizontal direct effect rule*» delle direttive che da allora domina incontrastata la giurisprudenza della

²⁷ Secondo l'art. 191 TCEE, «I regolamenti sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Comunità; essi entrano in vigore alla data da essi stabilita ovvero, in mancanza, nel ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione. Le direttive e le decisioni sono notificate ai loro destinatari e hanno efficacia in virtù di tale notificazione».

²⁸ Corte giust., 26 febbraio 1986, 152/84, *M. H. Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*.

²⁹ Sent. *Marshall*, cit., par. 48. Sebbene esuli dallo specifico angolo visuale che qui si è scelto di privilegiare, la stessa Corte ha poi ulteriormente specificato che una direttiva nemmeno «può avere l'effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni». Cfr. Corte giust., 8 ottobre 1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, par. 13.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

Corte in materia di effetto diretto perché, anche qualora le direttive siano dettagliate ed estremamente precise, «estendere detta giurisprudenza [sull'effetto diretto] all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti»³⁰. Certamente – già si è detto – le direttive non sono regolamenti. Ma forse è stato anche l'aver configurato l'effetto diretto come mero rimedio per assicurare l'effetto utile del diritto comunitario ad averne impedito il riconoscimento nei rapporti fra soggetti privati. Come a dire che se esso non mira tanto a fare degli individui i soggetti della Comunità, quanto, piuttosto, a evitare che la portata della direttiva risulti ristretta, questo obiettivo da solo non può considerarsi sufficiente per imporre obblighi in capo ai privati³¹, tanto più che, in questa luce, essi appaiono, più che «soggetti», dei meri «strumenti» perché l'effettività di un atto comunitario sia garantita, essendo nelle loro mani la possibilità di attivare i giudici interni – e quindi anche la Corte di giustizia – perché all'inadempimento venga trovata una cura. Pertanto, dalle direttive per i singoli possono derivare soltanto diritti³².

Questo però comporta che una stessa direttiva, di per sé idonea a produrre effetti diretti in quanto incondizionata e precisa, li possa generare di fatto solo se opposta da un individuo allo Stato e non contro un altro individuo³³ e che, quindi, almeno a rigor di logica, nei rapporti orizzontali debba trovare ancora applicazione la normativa domestica nonostante la sua incompatibilità con quella europea³⁴: in pratica, situazioni sostanzialmente

³⁰ Corte giust., 14 luglio 1994, C-91/92, *Paola Faccini Dori contro Recreb Sri*, par. 24.

³¹ Infatti, oltre ad essere escluso nei rapporti orizzontali, l'effetto diretto delle direttive non viene riconosciuto nemmeno in quelli verticali «invertiti»: cioè vale solo se si tratta di una rivendicazione dell'individuo contro lo Stato e non viceversa

³² Cfr. ad es. Corte giust., 7 gennaio 2004, C-201-02, *The Queen, su domanda di Delena Wells contro Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, par. 56: «A tale proposito occorre rilevare che il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano creare obblighi a carico dei singoli. Nei confronti di questi ultimi, le disposizioni di una direttiva possono generare solo diritti»

³³ Cfr. anche le considerazioni di A. Dashwood, *From van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007, p. 86 ss.

³⁴ È stato peraltro giustamente osservato come ciò conduca anche a una sorta di efficacia diretta «intermittente» delle direttive che si attiva oppure no a seconda del soggetto nei cui confronti sono invocate. Cfr. D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 299.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

identiche finiscono per essere disciplinate da normative diverse e, per di più, l'una in conflitto con l'altra. Si è appena detto che da una direttiva possono scaturire per i singoli soltanto diritti. Ma questi diritti non sono per tutti: esistono solo per quelli che li invocano contro lo Stato.

Come è stato giustamente osservato, da ciò non solo consegue la trasformazione del presupposto stesso dell'effetto diretto di una direttiva, che passa dalla sua *giustiziabilità* – unicamente legata a caratteristiche oggettive di chiarezza e incondizionatezza del contenuto e del tenore testuale – alla sua *invocabilità*; ed è evidente che «*questions of invocability encompass not only the justiciability of the provision to be invoked, ie the objective capacity of that provision to be applied by courts, but also the question of who is entitled to invoke this provision and against whom it can be invoked*»³⁵. Ma soprattutto consegue anche che trattamenti diversi di situazioni uguali che dipendano dalla più o meno corretta trasposizione di una direttiva nell'ordinamento statale compromettono le affermazioni di principio contenute nelle sentenze *Van Gend en Loos* e *Defrenne*, e al contempo il fondamento stesso della cittadinanza europea – che già alla fine degli anni '80 era nell'aria e che oggi ha acquisito un ruolo centrale – la quale, finalizzata com'è a sviluppare un sentimento di comune identità politica, non può non presupporre che ciascun cittadino europeo «*enjoy[s] exactly the same rights and [is] subject to exactly the same obligations, irrespective of his or her nationality*»³⁶: almeno quando questi siano riconducibili al diritto dell'Unione europea. Non a caso l'A.G. Jacobs, nelle sue Conclusioni sul caso *Vaneetveld*, richiamandosi al precedente *Van Gend en Loos*, suggerisce di superare la «*no horizontal direct effect rule*» delle direttive anche alla luce del fatto che «*ciò sarebbe coerente, in particolare, con il recente accento posto dalla giurisprudenza della Corte sul preminente compito dei giudici nazionali di fornire rimedi efficaci per la tutela dei diritti nella Comunità*»³⁷.

Ma non è finita qui. Il problema maggiore, infatti, è che la Corte, ben consapevole delle conseguenze della regola che lei stessa si è data, ha cercato

³⁵ L. Squintani - J. Lindeboom, *The Normative Impact of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions*, in *Yearbook of European Law*, 2019, p. 9 (evidenziazione degli AA.).

³⁶ M. Dougan, *The "Disguised" Vertical Direct Effect of Directives?*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 587. L'art. 20, par. 2, TFUE recita, infatti, «I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati.» È vero, però, che – come è stato da più parti rilevato – a una tale affermazione di principio non consegue poi l'enunciazione di alcun dovere specifico connesso alla cittadinanza europea, ma solo una lista di diritti.

³⁷ Conclusioni A.G. Jacobs, 27 gennaio 1994, C-316/93, *Nicole Vaneetveld contro Le Foyer SA e Le Foyer SA contro Fédération des mutualités socialistes et syndicales de la province de Liège (FMSS)*, par. 29 (corsivo mio).

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

in tutti i modi di eluderla. Così, ad esempio, nella sent. *Marshall*, essa ha ampliato la nozione di autorità pubblica, fino a ricomprendere nel concetto di «Stato» cui opporre le direttive incondizionate e precise alcuni soggetti che, pur di diritto pubblico, sono del tutto privi del potere di trasporre le direttive stesse nel sistema domestico³⁸ o, addirittura, nella sent. *Farrell*, soggetti di diritto privato che siano dotati «di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli»³⁹. Nelle sentenze *Marleasing*, *Faccini Dori* e in tutte le altre a seguire ha introdotto un vero e proprio obbligo in capo ai giudici interni agli Stati di interpretare – per quanto è possibile – il diritto nazionale in modo conforme a quello

³⁸ Qui la natura statale dell'ente sanitario convenuto del processo ha consentito la rivendicazione nei suoi confronti del diritto a non essere discriminati di cui alla direttiva 76/207. Secondo la Corte, infatti, «A questo proposito, va posto in rilievo che gli amministratori qualora siano in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo indipendentemente dalla qualità nella quale agisce come datore di lavoro o come pubblica autorità»: sent. *Marshall*, cit., par. 49. Ma cfr. anche Corte giust., 12 luglio 1990, C-188/89, *A. Foster, G.A.H.M. Fulford-Brown, J. Morgan, M. Roby, E.M. Salloway e P. Sullivan, contro British Gas plc*, in cui la medesima direttiva 76/207 è stata fatta valere contro la British Gas, in quanto impresa nazionalizzata: «In base a dette considerazioni [contenute nella sent. *Marshall*], la Corte ha di volta in volta affermato che disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva potevano essere invocate dagli amministratori nei confronti di organismi o di enti che erano soggetti all'autorità o al controllo dello Stato o che disponevano di poteri che eccedevano i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli. [...] Da quanto precede emerge che fa comunque parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonea a produrre effetti diretti un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli» (par. 18 e par. 20).

³⁹ Corte giust., 10 ottobre 2017, C-413/15, *Elaine Farrell contro Alan Whitty, Minister for the Environment, Ireland, Attorney General, Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)*, in particolare par. 28, dove si specifica che le condizioni richieste in precedenza per opporre direttive incondizionate e precise (l'essere un soggetto sottoposto all'autorità o al controllo dello Stato e l'essere dotato di poteri che eccedono quelli che normalmente regolano i rapporti fra i singoli) non devono considerarsi cumulative.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

europeo⁴⁰. Nella sent. *Unilever*⁴¹, la Corte ha ritenuto invocabile in un rapporto orizzontale una direttiva contenente standard tecnici per l'etichettatura dell'olio di oliva perché la disapplicazione della legge italiana lesiva avrebbe comportato non l'insorgenza di obblighi, ma il verificarsi di mere conseguenze sfavorevoli ai danni di un soggetto privato⁴². Certamente

⁴⁰ Corte giust., 13 novembre 1990, C- 106/89, *Marleasing SA contro La Comercial Internacional de Alimentación SA*, par. 8; sent. *Faccini Dori*, cit., parr. 26-27. Nelle successive pronunce il linguaggio della Corte diviene persino più perentorio. Cfr. Corte giust., 27 giugno 2000, da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial et al.*: «dalle considerazioni sopra svolte risulta che, nell'applicare disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive a tale direttiva, il giudice nazionale deve interpretarle quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della stessa. In particolare, l'obbligo di interpretazione conforme impone al giudice nazionale di preferire l'interpretazione che gli consenta di declinare d'ufficio la competenza attribuitagli da una clausola vessatoria» (par. 32); e Corte giust., 5 ottobre 2004, da C-397/01 a C-403/01, *Bernhard Pfeiffer et al.*: «Se è vero che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, così imposto dal diritto comunitario, riguarda in primo luogo le norme interne introdotte per recepire la direttiva in questione, esso non si limita, tuttavia, all'esegesi di tali norme, bensì esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva [...]. A questo proposito, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva. [...] Conseguentemente, si deve concludere che un giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti da una direttiva deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito. Nelle cause principali, il giudice del rinvio, quindi, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza per evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104» (parr. 115, 116 e 119).

⁴¹ Corte giust., 26 settembre 2000, C-443/98, *Unilever Italia SpA contro Central Food SpA*.

⁴² Sent. *Unilever*, cit., parr. 50-51: «se è vero [...] che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti [...] tale giurisprudenza non si applica in una fattispecie in cui l'inosservanza dell'art. 8 o dell'art. 9 della direttiva 83/189, che costituisce un vizio procedurale sostanziale, comporta l'inapplicabilità della regola tecnica adottata in violazione di uno di tali articoli, [poiché] la direttiva 83/189 non definisce in alcun modo il contenuto sostanziale della norma giuridica sulla base della quale il giudice nazionale deve

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

si tratta di «stratagemmi» in qualche modo giustificati, essendo, in ultima analisi, tutti finalizzati ad assicurare l'effetto utile del diritto comunitario e, quindi, la realizzazione degli obiettivi dei Trattati e, forse, anche talvolta rivolti a correggere una situazione di squilibrio fra operatività tendenzialmente orizzontale del libero mercato e previsioni di natura più sociale contenute nelle direttive che, invece, ne sono prive⁴³. Ma se non vengono fornite dalla Corte adeguate argomentazioni a sostegno di questa giurisprudenza, che ne è della coerenza della dottrina dell'effetto diretto?

Inoltre, la Corte motiva l'assenza di effetto diretto orizzontale delle direttive anche con l'esigenza di rispettare il principio di certezza del diritto. Ma tale principio è rispettato da una giurisprudenza del genere, che talvolta comunque genera obblighi – o produce conseguenze meramente sfavorevoli – in capo ai privati, e per di più in modo spesso non prevedibile, frutto, com'è, di un compromesso fra l'obiettivo di garantire il più possibile l'effetto utile delle direttive e quello di mantenere formalmente ferma la «*no horizontal direct effect rule*» di queste?

1.2 *Mangold & C.* Ovvero quel che resta dell'individuo. E della coerenza

risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente. Essa non crea né diritti né obblighi per i singoli». Cfr. al riguardo M. Dougan, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 959. Tale tipo di effetto diretto è stato detto anche «incidentale», secondo la terminologia introdotta da A. Arnull, *Editorial. The Incidental Effect of Directives*, in *European Law Review*, 1999, p. 1 ss. Cfr. anche Corte giust., 30 aprile 1996, C-194/94, *CLA Security International SA contro Signalson SA e Securitel SPRL*; e ancora sent. *Wells*, cit., par. 57: «mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato».

⁴³ Come osserva D. Leczykiewicz, *Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law?*, in U. Bernitz – X. Groussot – F. Schulyok (eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn, 2013, p. 174, «*Ordoliberal Internal Market law to a large extent does apply horizontally [cfr. ad es. artt. 101 e 102 TFUE, oltre alle previsioni relative alla libertà di circolazione e di stabilimento], while more socially focused regulatory law enacted in the form of Directives finds full horizontal application only if the Member States correctly performed their obligation of implementation. The Court has tried to rectify the situation of imbalance between the market and social values by narrowing down the definition of a private party in EU law, by inventing other channels of effectiveness, such as the obligation of consistent interpretation, and by making general principles of fundamental rights horizontally applicable.*».

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

L'incoerenza sistemica che si è così generata raggiunge probabilmente il suo punto più alto nel caso *Mangold*⁴⁴, deciso dalla Corte di giustizia pochi mesi dopo i referendum francese e olandese che hanno decretato il fallimento del c.d. Trattato costituzionale: un caso talmente famoso che è in questa sede sufficiente accennarne soltanto. La legge tedesca sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato di attuazione della direttiva 1999/70 aveva introdotto disposizioni tese a facilitare la conclusione di contratti a tempo determinato con i lavoratori più anziani. Werner Mangold – assunto con un tale tipo di contratto all'età di 56 anni – ritiene che la facilitazione prevista dal diritto interno comporti una discriminazione per ragioni di età, in contrasto con la direttiva 2000/78 che ha introdotto un quadro generale di parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro⁴⁵. Pertanto chiama in giudizio il suo datore di lavoro – soggetto di diritto privato – Rüdiger Helm, affinché la discriminazione venga accertata e ne venga posto rimedio.

La Corte, per gran parte della sentenza, si concentra sull'interpretazione della direttiva 2000/78, per concludere che la legge tedesca non si può giustificare alla luce di questa⁴⁶. E ciò – si badi bene – anche se il termine di attuazione della direttiva non era, per la Germania che aveva chiesto una proroga, ancora scaduto. La direttiva, infatti, richiede «che lo Stato membro, che beneficia così eccezionalmente di un termine di trasposizione più lungo, adotti progressivamente misure concrete al fine di riavvicinare fin da tal momento la sua normativa al risultato prescritto da tale direttiva. Orbene, tale obbligo sarebbe privato di ogni *effetto utile* se fosse consentito al detto Stato membro di adottare, durante il termine di attuazione della stessa direttiva, misure incompatibili con gli obiettivi di quest'ultima»⁴⁷.

È a questo punto però che, come ben noto, la Corte quasi magicamente estrae dal cilindro il «principio generale di non discriminazione in base all'età»: poiché la direttiva 2000/78 «non sancisce essa stessa il principio

⁴⁴ Corte giust., 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold contro Rüdiger Helm*.

⁴⁵ Un ulteriore profilo della fattispecie dedotta in giudizio riguardava una possibile incompatibilità della disciplina tedesca – a seguito di un emendamento introdotto – con la stessa direttiva 1999/70 la Corte conclude che quest'ultima «non osta ad una normativa quale quella controversa nella causa principale, la quale, per motivi connessi alla necessità di promuovere l'occupazione e indipendentemente dall'applicazione del detto accordo, ha abbassato l'età oltre la quale possono essere stipulati senza restrizioni contratti di lavoro a tempo determinato». Sent. *Mangold*, cit., par. 54. Ma esulando dall'obiettivo di questo scritto, si è preferito tralasciare l'esame di questo aspetto specifico.

⁴⁶ Sent. *Mangold*, cit., par. 65.

⁴⁷ Sent. *Mangold*, cit., par. 72 (corsivo mio).

della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro», che viceversa «trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»⁴⁸, tale principio, in particolare in relazione alle discriminazioni per ragione d'età, «deve [...] essere considerato un principio generale del diritto comunitario»⁴⁹, cui i giudici hanno il dovere di garantire piena efficacia anche «disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto»⁵⁰.

Ora: sembra abbastanza evidente che il ricorso al principio generale di non discriminazione in base all'età sia giustificato dalla volontà di sopperire all'assenza di effetto diretto della direttiva in un rapporto fra soggetti privati. Lo dimostra anche, in un certo qual modo *a contrario*, la successiva sent. *Palacios de la Villa*⁵¹ che, in un caso ancora avente ad oggetto una presunta discriminazione per motivi di età ad opera di un datore di lavoro privato nei confronti di un suo dipendente, si limita a dichiarare che la direttiva 2000/78 non osta alla disciplina spagnola in questione, senza mai accennare all'esistenza di un principio generale in materia: come a dire che, essendo esclusa ogni discriminazione, sarebbe stato del tutto inutile fare appello al principio generale, dato che la disapplicazione della legge interna non era, in effetti, richiesta.

Però, allora, tanto più stride il fatto che, nella sent. *Mangold*, nemmeno una parola – a parte un vago riferimento a imprecisati strumenti internazionali e alle tradizioni costituzionali comuni – sia dedicata a spiegare come la Corte abbia individuato un principio generale di non discriminazione in base all'età; e, ancor di più, che nemmeno una ci sia sul *perché* un siffatto principio sia in grado di generare un obbligo di

⁴⁸ Sent. *Mangold*, cit., par. 74.

⁴⁹ Sent. *Mangold*, cit., par. 75.

⁵⁰ Sent. *Mangold*, cit., parr. 77 e 78. La Corte, infatti, giudica irrilevante la circostanza che, al momento dei fatti, il termine di trasposizione della direttiva non fosse, in Germania, ancora scaduto proprio perché il contrasto sarebbe col principio generale, che – diversamente dalle direttive – non è soggetto a termini di attuazione: «Di conseguenza, il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva» (par. 76)

⁵¹ Corte giust., 16 ottobre 2007, C-411/05, *Félix Palacios de la Villa contro Cortefiel Servicios S.A.*

disapplicazione di una disposizione nazionale in conflitto anche nei rapporti orizzontali. In effetti sono molte le voci di dissenso contro l'uso dei principi generali quali parametri di valutazione nei casi concreti: essi – si dice – oltre a costituire, di regola, uno strumento di protezione del singolo contro la pubblica autorità, contengono indicazioni generiche, più che fornire regole giuridiche puntuali e specifiche; e hanno natura non scritta, così da non essere soggetti ad alcun requisito di pubblicazione⁵². Pertanto tali principi, se possono rappresentare un utile ausilio per interpretare il diritto derivato, non andrebbero utilizzati, secondo l'opinione da ultimo riportata⁵³, quale parametro autonomo, pena un serio pregiudizio del principio di certezza del diritto, così come della distribuzione delle competenze fra Stati e Unione e

⁵² M. de Mol, *Küçükdeveci: Mangold Revisited - Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law* Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 298. Cfr. anche T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd edition, Oxford, 2006, p. 47 e K. Lenaerts e J.A. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, in particolare p. 1649 ss. L'A.G. Tizzano, in effetti, aveva affermato che un principio generale possiede una siffatta capacità nelle Conclusioni relative allo stesso caso *Mangold*, presupponendo una sostanziale coincidenza di contenuto fra il principio e la direttiva, alla luce della circostanza per cui la Corte di giustizia, già prima dell'adozione della direttiva 2000/78, aveva ritenuto esistente «un principio generale d'eguaglianza», in base al quale «è vietato “trattare situazioni analoghe in maniera differenziata e situazioni diverse in maniera uguale, a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato” dal perseguimento di una finalità legittima e sempre che esso “sia adeguato e necessario per raggiungere” tale finalità». Cfr. Conclusioni A.G. Tizzano, 30 giugno 2005, C-144/04, *Mangold*, par. 83. Conseguentemente, l'A.G. prosegue affermando: «Come appare dal loro confronto, le due regole – quella specifica della direttiva e quella generale ora citata – in buona sostanza coincidono, di modo che l'analisi della compatibilità di una normativa quale quella tedesca ben potrebbe essere condotta alla luce dell'una e dell'altra con analoghi risultati. Il ricorso al principio di eguaglianza – evocato, sia pure incidentalmente, anche dal giudice del rinvio – sarebbe forse preferibile poiché, proprio in quanto principio generale del diritto comunitario il cui precetto è preciso e incondizionato, esso spiega i propri effetti su tutti i consociati e, a differenza della direttiva, potrebbe quindi essere invocato direttamente dal sig. Mangold nei confronti dell'avv. Helm e così applicato dall'Arbeitsgericht nel giudizio principale. Ma il risultato non cambierebbe neppure se si volesse risolvere la questione sotto il profilo dell'art. 6 della direttiva 2000/78. Anche in tal caso, infatti, per valutare se una normativa nazionale quale l'art. 14, n. 3, del TzBfG determini una discriminazione in base all'età si deve pur sempre verificare se sussista una disparità di trattamento, se tale eventuale disparità risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima e se essa sia comunque adeguata e necessaria a perseguire tale finalità.» (parr. 84-85). La Corte di giustizia, però, non riprende queste sue affermazioni.

⁵³ Cfr. gli AA. citati nella nota 52.

fra le medesime istituzioni europee⁵⁴. Inoltre, a guardar proprio il principio di non discriminazione, la direttiva in materia si occupa di molti aspetti che al divieto di discriminazione risultano intimamente connessi: si pensi, ad esempio, alla tematica dei rimedi giurisdizionali a disposizione delle vittime di una discriminazione o a quella dell'onere della prova o a quella della possibilità di introdurre azioni positive a favore di gruppi socialmente svantaggiati. È ragionevole pensare che la portata – e quindi l'efficacia – del principio generale sia in grado di estendersi a tutti questi profili specifici? Come è stato giustamente osservato, la Corte avrebbe potuto almeno chiarire quali aspetti della direttiva 2000/78 sono davvero da considerare «*merely derivative from the general principle*» e quali, invece, «*genuinely additional to the level of protection offered under Union primary law*»⁵⁵, così da far comprendere se, quando e fino a che punto il principio generale possa essere utilizzato quale parametro in una controversia concreta.

Invero, non è certo questo l'unico problema che la sent. *Mangold* in concreto solleva⁵⁶; ma – almeno ai fini che qui più interessano – questo

⁵⁴ Conclusioni A.G. Mazák, 15 febbraio 2007, C-411/05, *Félix Palacios de la Villa contro Cortefiel Servicios SA*, par. 138. Secondo il medesimo A.G., quindi, «Ci si troverebbe in una situazione problematica [...] qualora tale concetto dovesse essere praticamente rovesciato accordando ad un principio generale di diritto comunitario, il quale, come nel presente caso, si può ritenere espresso in specifiche norme comunitarie, un tale grado di indipendenza da poter essere invocato in sostituzione di tali norme, o indipendentemente da esse» (par. 137). Non a caso – nella sua ricostruzione – la Corte, nella sent. *Mangold*, «si è posta su una china assai scivolosa» (par. 133).

⁵⁵ M. Dougan, *In Defence of Mangold?*, in A. Arnall – C. Barnard – M. Dougan – E. Spaventa (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford and Portland, 2011, p. 234.

⁵⁶ Per una diversa lettura del caso *Mangold* (così come delle successive sentenze in materia citate poco più avanti in questo scritto) in base alla quale la Corte, in realtà, non starebbe riconoscendo effetto diretto al principio generale di non discriminazione per motivi di età, ma darebbe invece applicazione al tradizionale principio del primato del diritto comunitario, cfr. in particolare F. Fontanelli, *I principi generali dell'ordinamento UE dopo Küçükdeveci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1145 ss.; E. Muir, *Of Ages in – and edges of – EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 39 ss. Per una generale sistematizzazione dei rapporti fra primato ed effetto diretto cfr. anche K. Lenaerts – T. Corthaut, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *European Law Review*, 2006, p. 287 ss.; e M. Dougan, *When Worlds Collide!*, cit. Da ultimo, però, Corte giust., 24 giugno 2019, C-573/17, *Daniel Adam Popławski*, in particolare parr. 61-62, ha chiarito che l'obbligo di disapplicazione del diritto interno in capo al giudice nazionale sussiste solo in caso di contrasto con norme europee dotate di effetto diretto: «A tale riguardo, occorre sottolineare che ogni giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi nell'ambito delle proprie

appare il più rilevante: è possibile che, di fronte a un'uscita così rivoluzionaria, la Corte non abbia sentito l'esigenza di giustificarla, ancorandola ad argomentazioni di un qualche respiro? Invece nulla, se non il solito accenno al problema della compromissione dell'effetto utile di una direttiva comunitaria che deriverebbe dalla mancata disapplicazione di una disciplina interna in conflitto. In conflitto con cosa non è ben dato sapere, visto che non si capisce affatto quale sia il vero parametro che usa la Corte: il principio generale di cui non è chiaro il tenore o la direttiva, dato che è su questa che la Corte impernia tutto il suo ragionare? In pratica, dalla sent. *Mangold*, si capisce soltanto che un obbligo deriva anche in capo ai privati: quello di non discriminare per motivi di età. Quale sia la sua fonte *reale* però non si sa: una direttiva chiara e precisa, ma che – secondo la giurisprudenza della Corte – non è in grado di imporlo, o un principio generale, di cui però non si conoscono bene contenuto ed origini?

Non sembra arbitrario sostenere che, in questo caso, l'involuzione della giurisprudenza della Corte raggiunge il suo massimo e, contestualmente, la coerenza sistemica raggiunge il suo minimo: il «soggetto del diritto comunitario» è destinatario di obblighi, sulla cui chiarezza, precisione e prevedibilità si può dubitare; e il principio di certezza del diritto è il grande assente di turno. Forse, se la Corte avesse dimostrato quella visione di natura politica che aveva guidato le sue fasi iniziali, impegnandosi «*in a substantive discussion of the hierarchy of norms and the meaning of the fundamental right to equal treatment in the constitutional order of the European Union*»⁵⁷, l'effetto diretto avrebbe riacquisito un senso preciso e una finalità più accettabile, e meno problemi avrebbero avuto ragione di porsi.

Non è un caso che la Corte altre due volte si sia trovata a decidere su rinvii pregiudiziali relativi all'efficacia del principio di non discriminazione

competenze, ha, in quanto organo di uno Stato membro, l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione che abbia effetto diretto nella controversia di cui è investito. [...] Per contro, una disposizione del diritto dell'Unione che sia priva di effetto diretto non può essere fatta valere, in quanto tale, nell'ambito di una controversia rientrante nel diritto dell'Unione, al fine di escludere l'applicazione di una disposizione di diritto nazionale ad essa contraria.» Per un commento a tale importante decisione cfr. L.S. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2021 (ultimo accesso 20 luglio 2022); D. Miasik – M. Szwarc, *Primacy and direct effect – still together: Poplawski II*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 571 ss.

⁵⁷ E. Frantziou, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union. A Constitutional Analysis*, Oxford, 2019, p. 103.

in base all'età: nel caso *Küçükdeveci*⁵⁸ e nel caso *Dansk Industri*⁵⁹. In quest'ultimo, in particolare, le due questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte Suprema danese vanno dritte al cuore dei problemi evidenziati qui sopra: qual è il contenuto e la portata del principio generale della non discriminazione per ragioni di età rispetto a quanto dispone la direttiva 2000/78⁶⁰? E – seconda questione – il giudice nazionale può procedere a un bilanciamento tra siffatto principio e quelli della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento e, se sì, in che modo⁶¹?

Nelle relative decisioni, la Corte riprende l'approccio *Mangold*, a conferma che non si era trattato di un «*figment of the imagination*»⁶², bensì di un orientamento meritevole di essere perseguito. Però corregge un po' il tiro, qualificando meglio il parametro. È, infatti, il «principio di non discriminazione in ragione dell'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78»⁶³ ciò cui il giudice nazionale deve «assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge nazionale»⁶⁴.

Invero, non è del tutto chiaro il significato della formula usata. Parrebbe a prima vista che né la direttiva né il principio generale possano da soli produrre effetti nei rapporti orizzontali: la prima, perché il suo effetto diretto orizzontale è escluso dalla giurisprudenza della Corte; il secondo perché necessita dell'opera di concretizzazione da parte della direttiva medesima, che peraltro svolge anche la fondamentale funzione di attrarre la disciplina nazionale nell'ambito di applicazione del diritto europeo⁶⁵. Nei

⁵⁸ Corte giust., 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda contro Swedex GmbH & Co. KG*.

⁵⁹ Corte giust., 19 aprile 2016, C- 441/14, *Dansk Industri (DI), per conto della Ajos A/S, contro Successione Karsten Eigil Rasmussen*.

⁶⁰ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 16.

⁶¹ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 17.

⁶² E. Muir, *Of Ages in – and edges of – EU Law*, cit., p. 53.

⁶³ Sent. *Küçükdeveci*, cit., par. 43 (corsivo mio). Cfr. anche par. 21. Nella sent. *Dansk Industri*, cit., par. 22, la Corte parla di «principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, che la direttiva 2000/78 esprime concretamente».

⁶⁴ Sent. *Küçükdeveci*, cit., par. 51; sent. *Dansk Industri*, cit., par. 43.

⁶⁵ Ad es. in *Küçükdeveci*, l'art. 622 del codice civile tedesco, che non aveva alcuna finalità di attuazione della direttiva antidiscriminatoria, è stato attratto nell'ambito di applicazione di questa. Cfr. sent. *Küçükdeveci*, cit., parr. 24-25: «A tal proposito [...], il presunto comportamento discriminatorio adottato nella presente fattispecie in base alla normativa nazionale controversa ha avuto luogo successivamente alla data limite del termine impartito allo Stato membro per trasporre la direttiva 2000/78, termine che, per quanto riguarda la Repubblica federale di Germania, è scaduto il 2 dicembre 2006. In tale

numerosi commenti che hanno seguito l'emanazione della sent. *Küçükdeveci*, è stato affermato che l'espressione utilizzata dalla Corte «*suggests that the general principles are not an autonomous source of rights and obligations, but they can be combined with directives in a relationship of mutual enhancement of their effects, leading to an outcome (the disapplication of conflicting national law) that each source could not produce on its own*»⁶⁶; e che, quindi, il Giudice di Lussemburgo crea un legame inestricabile fra principio e direttiva, tale per cui «*the general principle is the applicable law in terms of its effects on the domestic law; while the Directive informs the substance of the general principles*»⁶⁷. Tale ricostruzione è parsa però superata dalla successiva sent. *Dansk Industri* dove la Corte, rinviando alla precedente sent. *AMS* resa su tutt'altra questione⁶⁸, precisa che «il principio della non discriminazione in ragione dell'età conferisce ai privati *un diritto soggettivo evocabile in quanto tale* che, persino in controversie tra privati, obbliga i giudici nazionali a disapplicare disposizioni nazionali non conformi a detto

data, la direttiva ha avuto l'effetto di far entrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale che affronta una materia disciplinata dalla stessa direttiva, vale a dire, nella fattispecie, le condizioni di licenziamento.» Proprio questa circostanza ha indotto a ritenere che, nella sent. *Küçükdeveci*, la Corte abbia configurato, di fatto, una quarta categoria di situazioni che ricadono nell'ambito di applicazione dei Trattati europei, accanto a quella presente nel caso di atti adottati dalle istituzioni europee nell'esercizio di competenze loro conferite dai Trattati, e di quelli adottati dagli Stati membri per dare attuazione al diritto UE o per derogarvi legittimamente: gli Stati, cioè, sarebbero vincolati al rispetto del diritto UE «*whenever the exercise of their own regulatory competences happens to touch upon a matter also subject to some form of legislative intervention by the Union itself*». Cfr. Editorial *The Scope of Application of the General Principles of Union Law: An Ever Expanding Union?*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1594.

⁶⁶ N. Lazzarini, *The Horizontal Application of the General Principles of EU Law: Nothing Less Than Direct Effect*, MPIL Research Paper Series No. 2020-38, in *papers.ssrn.com*, p. 10, ora pubblicato in K.S. Ziegler – R. Jennings – P. J. Neuvonen – V. Moreno-Lax (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law. Constructing Legal Orders in Europe*, Cheltenham and Northampton, 2022, p. 173 ss.

⁶⁷ E. Muir, *Of Ages in – and edges of – EU Law*, cit., p. 57. V. Sciarabba, *La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in *europeanrights.eu*, 20 giugno 2010, p. 12, parla di riferimento «strategico» al principio generale, mentre sarebbe la direttiva a costituire il «parametro decisivo». Analogamente E. Frantziou, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union*, cit., p. 78: «*That reasoning, namely that it is a general principle and not a directive that produces horizontal effects, is rather strained, as the law on which the Court relies to render the general principle applicable is, after all, a directive*»

⁶⁸ Si tratta della sent. *AMS* [Corte giust., 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches du Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*, par. 47, relativo all'art. 27 della Carta che garantisce il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione all'interno dell'azienda. Su tale decisione, più ampiamente *infra*, par. 3.

principio»⁶⁹. Da tale affermazione sembra, infatti, che l'effetto diretto vada ricondotto unicamente al principio; ma nulla la Corte dice – come nulla diceva nel precedente cui viene fatto rinvio – sul perché esso abbia un siffatto potere, sul suo esatto contenuto, sulla sua finalità, sul suo posto nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Certo, viene citato l'art. 21 della Carta⁷⁰, come del resto era stato fatto nella sent. *Küçükdeveci*⁷¹; ma senza soffermarsi sulle implicazioni più squisitamente politiche che da ciò si possono trarre quanto alle funzioni che un catalogo dei diritti può assumere nel rendere l'individuo pienamente un «soggetto di diritto»⁷².

Analogamente, assai frettolosa è la risposta della Corte di giustizia alle specifiche questioni sollevate dalla Corte Suprema danese. Quanto alla prima – quale sia il contenuto del principio generale rispetto alla direttiva e se questa garantisca, in realtà, una tutela più ampia – il Giudice di Lussemburgo si limita ad affermare che «siccome la direttiva 2000/78 non sancisce di per sé il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, ma lo esprime soltanto concretamente in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, la portata della tutela conferita da tale direttiva non eccede quella accordata da detto principio»⁷³. Dunque, la portata della direttiva «non eccede» quella del principio semplicemente perché essa non lo crea, ma si limita soltanto a esprimerlo. Ma «non eccede» equivale a coincide? Quanto alla seconda – relativa al problema del bilanciamento fra

⁶⁹ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 36 (corsivo mio).

⁷⁰ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 22: «Dalla giurisprudenza della Corte risulta altresì che tale principio, ora sancito all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione».

⁷¹ Nella sent. *Küçükdeveci*, cit., par. 20 e 22, si fa anche rinvio all'art 13 CE (art. 19 TFUE), che pure non proibisce di per sé le discriminazioni, ma dà la possibilità al legislatore di procedere in tal senso: «In proposito, va inizialmente ricordato che il Consiglio dell'Unione europea, fondandosi sull'art. 13 CE, ha adottato la direttiva 2000/78 in merito alla quale la Corte ha dichiarato che non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro, principio che trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ma che essa ha il solo obiettivo di stabilire, in dette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali rientra l'età. [...] Va del pari rilevato che l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Ai sensi dell'art. 21, n. 1, di tale Carta, “[è] vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, (...) [sull]l'età”».

⁷² C'è da specificare al riguardo che i fatti alla base del caso sia in *Küçükdeveci* sia in *Dansk Industri* sono anteriori all'entrata in vigore della Carta. Ma la Corte avrebbe ugualmente potuto introdurre alcune considerazioni sul punto, come del resto ha fatto in numerose altre occasioni.

⁷³ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 23.

principio di non discriminazione in base all'età, da un lato, e quelli di certezza del diritto e legittimo affidamento, dall'altro –, la Corte osserva che la tutela del legittimo affidamento non può comportare che il giudice nazionale continui ad applicare una norma che sia contraria al principio generale di non discriminazione come espresso concretamente dalla direttiva⁷⁴, dato che «l'applicazione del principio della tutela del legittimo affidamento [...] equivarrebbe, in realtà, a limitare gli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte, poiché, per mezzo suo, detta interpretazione non troverebbe applicazione nel procedimento principale»⁷⁵.

In entrambi i casi le argomentazioni non paiono molto probanti. Sebbene, certamente, il ragionamento sia complessivamente migliore rispetto a quello che sorreggeva la precedente sent. *Mangold*, esso continua a passare dalla direttiva al principio generale e ritorno senza un preciso ordine logico e il problema dell'effetto utile continua ad essere ben presente⁷⁶, molto di più di quello del ruolo portante degli individui nell'architettura costituzionale dell'Unione europea⁷⁷. Invece, la Corte – soprattutto in considerazione del fatto che chiama in causa un principio generale – avrebbe potuto mostrare una maggiore visione d'insieme, attingendo al sistema dei valori su cui si basa l'Unione europea e alle finalità che essa persegue per fornire una giustificazione più convincente alle sue

⁷⁴ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 38.

⁷⁵ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 39. Infatti, prosegue la Corte, «da tutela del legittimo affidamento non può, comunque sia, essere evocata per negare al privato che ha intrapreso l'azione che ha portato la Corte a interpretare il diritto dell'Unione in senso ostativo alla norma di diritto nazionale di cui trattasi il beneficio di tale interpretazione» (par. 41).

⁷⁶ Cfr ad es. sent. *Kücükdeveci*, cit., par. 48 «Ne consegue che, nell'applicare il diritto interno, il giudice nazionale chiamato ad interpretare tale diritto deve procedere per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo di tale direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art 288, terzo comma, TFUE [...]. L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia ad esso sottoposta». Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 31: «Ne consegue che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali chiamati a interpretarlo sono tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di tale diritto e ad applicare i criteri ermeneutici riconosciuti dallo stesso al fine di interpretarlo per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva di cui trattasi, onde conseguire il risultato fissato da quest'ultima».

⁷⁷ Sebbene, in effetti, la Corte parli di «tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento», però senza altro specificare. Cfr. sent. *Kücükdeveci*, cit., par. 51; sent. *Dansk Industri*, cit., par. 43.

conclusioni. In questo modo avrebbe potuto fornire indizi più chiari per capire se, quando e per quali ragioni un principio generale possieda effetto diretto: a tutto vantaggio di certezza del diritto e legittimo affidamento e, non ultimo, della coerenza della stessa dottrina dell'effetto diretto. E così, forse, anche la Suprema Corte danese che aveva sollevato il rinvio nel caso *Dansk Industri* avrebbe potuto più facilmente accettare il responso che la Corte di giustizia le ha dato⁷⁸. Invece nulla di tutto questo si può trovare nella pronuncia in oggetto.

3. L'effetto diretto al tempo della Carta

L'entrata in vigore della Carta è stata segnata da una giurisprudenza che, pur ovviamente confermandone la centralità nel sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷⁹ e dimostrandosi talvolta aggressiva nei suoi passi in avanti⁸⁰, si è mossa inizialmente un po' in sordina su molte questioni di ordine costituzionale⁸¹: innanzi tutto, su quella dell'effetto

⁷⁸ Come ben noto, infatti, la Corte suprema danese ha rifiutato per la prima volta, nel caso *Dansk Industri*, di dare attuazione a una sentenza della Corte di giustizia, con l'argomentazione che un principio generale – per la sua natura non scritta – non potesse prevalere sul diritto interno, mancando a tal fine una base giuridica specifica nell'Atto danese di adesione. Cfr. Case 15/2014, *Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v. the estate left by A*, Judgment of the Danish Supreme Court of 6 Dec. 2016 e i commenti di R. Holdgaard – D. Elkan – G. K. Schaldemose, *From Cooperation to Collision: The Ecj's Ajos Ruling and the Danish Supreme Court's Refusal to Comply*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 17 ss. e di U. Sadl – S.A. Mair, *Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, Acting on Behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) Acting for Ajos A/S v The estate left by A*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, p. 347 ss.

⁷⁹ G. De Búrca, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal*, 2013, p. 168 ss.

⁸⁰ Cfr. ad esempio Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*; e Corte giust., 26 febbraio 2013, C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*.

⁸¹ Cfr. ad es. L. Pech, *Between Judicial Minimalism and Avoidance: The Court of Justice's Sidestepping of Fundamental Constitutional Issues in Römer and Dominguez*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1841 ss. L'A. sottolinea come la Corte, pur avendo avuto l'opportunità, a seguito di alcuni rinvii pregiudiziali, di affrontare questioni di natura costituzionale di gran rilevanza e di ampio respiro, abbia per lo più preferito aggirare l'ostacolo, evitando di pronunciarsi espressamente al riguardo. Cfr. anche J. Krommendijk, *op. cit.*, p. 321 ss.

diretto, in particolare orizzontale che – come si è visto e come è logico che sia – pone i maggiori problemi e richiede più approfondite giustificazioni⁸².

La prima decisione che affronta espressamente il problema è la sent. *AMS*⁸³, in cui la Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di cassazione francese al fine di appurare se l'art. 27 della Carta – che garantisce il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nei luoghi di lavoro – possa avere effetto diretto anche nei rapporti orizzontali, da solo o in congiunzione con la direttiva in materia, lo esclude. È interessante specificare che la direttiva in oggetto⁸⁴, che era già stata in precedenza dichiarata ostativa della stessa disciplina francese che escludeva certe categorie di occupati dal numero dei dipendenti necessario per far scattare l'obbligo di garantire informazione e consultazione⁸⁵, secondo la

⁸² In via generale la già citata sent. *Åklagaren*, par. 45 aveva affermato: «Per quanto riguarda poi le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.» L'effetto diretto verticale dell'art. 50, relativo al principio del *ne bis in idem* è stato riconosciuto in Corte giust., 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA, in liquidazione, Stefano Ricucci, Magiste International SA contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, par. 66: «Orbene, il diritto che il menzionato articolo 50 conferisce ai soggetti dell'ordinamento non è accompagnato, secondo i termini stessi del medesimo, da alcuna condizione ed è quindi direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella principale.» Di più difficile catalogazione Corte giust., 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, in cui essa, interpretando la direttiva 95/46/CE in materia di tutela dei dati alla luce degli artt. 7 e 8 della Carta, ha configurato specifici obblighi in capo a Internet provider e motori di ricerca privati. Per tale ragione O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *Rivista di diritto dei media*, 3, 2018, p. 138 ss., in particolare p. 152, parla di efficacia diretta orizzontale di tali norme della Carta.

⁸³ Cfr. *supra*, nota 68.

⁸⁴ Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori - Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sulla rappresentanza dei lavoratori, OJ L 80, 23.3.2002, p. 29–34.

⁸⁵ Cfr. Corte giust., 18 gennaio 2007, C-385/05, *Confédération générale du travail (CGT), Confédération française démocratique du travail (CFDT), Confédération française de l'encadrement (CFE-CGC), Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC), Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO) contro Premier ministre, Ministre de l'Emploi, de la*

Corte, «soddisfa le condizioni necessarie per produrre un effetto diretto»⁸⁶. Nel caso *AMS* però, non lo può produrre, essendo di tipo orizzontale il rapporto che contrappone le due parti in giudizio. D'altro canto, l'art. 27 della Carta – e su questo la Corte basa il suo ragionamento per escluderne l'effetto diretto – dispone che il diritto all'informazione e alla consultazione deve essere garantito «nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali»: ciò significa, secondo la Corte, che esso, «per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale»⁸⁷ e che, quindi, non è «di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale»⁸⁸. Pertanto, prosegue il Giudice di Lussemburgo, l'art. 27 «non può, in quanto tale»⁸⁹, essere invocato in una controversia, come quella oggetto del procedimento principale, al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere disapplicata»⁹⁰ e, conseguentemente, nemmeno può esserlo in combinazione con le norme della direttiva in materia⁹¹.

Tale decisione ha prestato il fianco a numerose critiche. Non solo per gli effetti prodotti, che sono stati quelli di un completo svuotamento della protezione offerta dall'art. 27⁹², ma anche per la povertà del ragionamento,

Cobésion sociale et du Logement. La ragione d'incompatibilità addotta dalla Corte era stata che la disciplina francese comprometteva l'efficacia della direttiva (par. 48).

⁸⁶ Sent. *AMS*, cit., par. 35.

⁸⁷ Sent. *AMS*, cit., par. 45.

⁸⁸ Sent. *AMS*, cit., par. 49.

⁸⁹ La Corte ulteriormente specifica che «Infatti, il divieto, previsto all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14, e indirizzato agli Stati membri, di escludere dal calcolo degli effettivi di un'impresa una determinata categoria di lavoratori rientranti inizialmente nella cerchia delle persone da prendere in considerazione ai fini di tale calcolo, non può essere desunto, quale norma giuridica direttamente applicabile, né dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta né dai chiarimenti relativi a tale articolo» (sent. *AMS*, cit., par. 46).

⁹⁰ Sent. *AMS*, cit., par. 48

⁹¹ Sent. *AMS*, cit., par. 49

⁹² La Corte ammette che la disciplina francese «è idonea a svuotare tali diritti della loro sostanza, togliendo così alla direttiva il suo effetto utile» (sent. *AMS*, cit., par. 25; corsivo mio); e che una sua interpretazione conforme alla direttiva non è, in questo caso, possibile (sent. *AMS*, cit., par. 40). Tuttavia, consente come unico rimedio il risarcimento del danno alle stringenti condizioni definite dalla giurisprudenza *Franovich* (Corte giust., 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich contro Repubblica italiana e Danila Bonifaci e altri contro Repubblica italiana*) che, nell'ipotesi in questione, è in concreto impraticabile.

considerato – non a torto – «*the product of an uncomfortable judicial compromise*»⁹³ che, invece che affrontare questioni di ordine costituzionale – il ruolo di una Carta giuridicamente vincolante nel sistema di protezione dei diritti, le possibili giustificazioni capaci di sorreggere l'effetto orizzontale dei diritti, la natura e le finalità del diritto all'informazione e consultazione –, preferisce concentrarsi esclusivamente sulla tradizionale «*no horizontal direct effect rule*» delle direttive e sul problema del loro effetto utile, come se nulla fosse cambiato nel contesto dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Inoltre – come vedremo più avanti⁹⁴ – la sent. *AMS* risulta per molti aspetti incongruente, anche letta alla luce delle successive pronunce.

D'altra parte, essa pone anche le basi per un'ulteriore, fondamentale, tappa della dottrina dell'effetto diretto. Come già accennato in precedenza⁹⁵, infatti, la sent. *AMS* afferma, a mo' di *obiter dictum*: «A questo proposito, occorre notare come le circostanze del procedimento principale si differenzino da quelle all'origine della sentenza *Küçükdeveci*, nella misura in cui il principio di non discriminazione in base all'età, in esame in quella causa, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale»⁹⁶. Questa specificazione altro non fa che dirci che alcune norme della Carta possono avere effetto diretto anche nei confronti di soggetti privati – fornendo il requisito da cui esso dipende, cioè la capacità di conferire un diritto *invocabile in quanto tale*⁹⁷ – e che l'art. 21 è una di queste. In effetti, la Corte non giustifica affatto questa sua conclusione – nessuna affermazione di principio è contenuta nella sentenza sul ruolo dei diritti fondamentali nel rendere l'individuo pienamente un «soggetto di diritto», né vi sono richiami a celebri e più argomentati precedenti, che ben avrebbero potuto essere ripresi – né, tanto meno, spiega cosa significhi «invocabilità [di un diritto] in quanto tale». Piuttosto, essa, semplicemente, «*assumes that (at least some) provisions of the*

⁹³ E. Frantziou, Case C- 176/12 *Association de Mediation Sociale: Some Reflections on the Horizontal Effect of the Charter and the Reach of Fundamental Employment Rights in the European Union*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 333.

⁹⁴ Cfr. *infra*, parr. 3.1 e 3.2.

⁹⁵ Cfr. *supra*, par. 2.2.

⁹⁶ Sent. *AMS*, cit., par. 47 (corsivo mio).

⁹⁷ S. Peers, *When Does the EU Charter of Rights Apply to Private Parties?*, in *EU Law Analysis*, 15 gennaio 2014 (ultimo accesso 15 luglio 2022): «*Most importantly, we now have a test for determining whether Charter provisions can apply against private parties - whether the Charter provision requires "more specific expression" in national or EU law on the one hand, or on the other hand whether the Charter Article is "sufficient in itself to confer on individuals an individual right which they may invoke as such"*».

*Charter have horizontal effects*⁹⁸, senza nemmeno preoccuparsi di citare a sostegno di questo assunto il Preambolo della Carta stessa che pur sempre parla di «persona al centro» dell'azione dell'Unione europea e proclama che «il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future». Però si tratta di un'affermazione troppo importante per non lasciare il segno sulle successive pronunce. Infatti, già ripresa – pur se non ancora compiutamente sviluppata – nella sent. *Danske Industri*, essa ha costituito la base per le prime sentenze sull'efficacia diretta orizzontale di alcune norme della Carta che, non a caso, si muovono esattamente nel solco appena tracciato.

3.1 Il ritorno dell'individuo, ma mezzo passo alla volta

Dalla premessa contenuta nella sent. *AMS* sono state tratte le prime conseguenze concrete in quattro pronunce, rese nel 2018, anno «glorioso» per tutti i sostenitori dell'effetto diretto orizzontale dei diritti fondamentali⁹⁹: le sentenze *Egenberger*¹⁰⁰ e *IR*¹⁰¹, in materia di divieto di discriminazione religiosa, e le sentenze *Bauer e Broßonn*¹⁰² e *Max-Planck*¹⁰³, sulla garanzia del diritto alle ferie. Ad esse si è poi aggiunta, nel 2019, la sent. *Cresco Investigation*¹⁰⁴, nuovamente sul principio di non discriminazione per ragioni di religione.

Per fornire preliminarmente un veloce sguardo d'insieme, dal punto di vista «tecnico», tutte le disposizioni della Carta cui è riconosciuto effetto diretto anche nei rapporti orizzontali – gli articoli 21 sul divieto di discriminazione, 47 sul diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo e 31, che garantisce il diritto alle ferie – presentano, secondo la Corte, esattamente

⁹⁸ N. Lazzarini, *(Some of) the Fundamental Rights Granted by the Charter May Be a Source of Obligations for Private Parties: AMS*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 925.

⁹⁹ A. Colombi Ciacchi, *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 294.

¹⁰⁰ Corte giust., 17 aprile 2018, C-414/16, *Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*.

¹⁰¹ Corte giust., 11 settembre 2018, C-68/17, *IR contro JQ*.

¹⁰² Corte giust., 6 novembre 2018, C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal contro Maria Elisabeth Bauer* (C-569/16), e *Volker Willmeroth, in qualità di titolare della TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth eK contro Martina Broßonn* (C-570/16).

¹⁰³ Corte giust., 6 novembre 2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contro Tetsuji Shimizu*.

¹⁰⁴ Corte giust., 22 gennaio 2019, C-193/17, *Cresco Investigation GmbH contro Markus Achatzi*.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

lo stesso carattere: si tratta di norme *di per sé sufficienti* a conferire ai singoli un diritto invocabile *in quanto tale*¹⁰⁵, e che pertanto richiedono, qualora non sia possibile interpretare il diritto nazionale in modo ad esse conforme, la disapplicazione della disposizione interna in conflitto, perché sia garantita la loro «piena efficacia»¹⁰⁶. La Corte, dunque, conferma – sulla scorta di quanto già affermato nella sent. *AMS* – l'*autosufficienza* delle norme della Carta quale requisito per produrre effetto diretto. Da ciò consegue che, in tutte queste pronunce, le norme della Carta sono identificate, almeno formalmente, come unico parametro in grado di imporre la disapplicazione della disciplina nazionale lesiva¹⁰⁷: esse, in altre parole, secondo la Corte bastano a se stesse, senza aver bisogno di un completamento esterno per produrre conseguenze dirette. Gli articoli 21 e 31 sono inoltre qualificati anche come norme *imperative*. Infine, elemento comune a tutti i casi considerati consiste nel fatto che il comportamento privato lesivo di un diritto della Carta è perfettamente lecito ai sensi del diritto nazionale o – come il caso *Cresco* più degli altri dimostra – addirittura imposto da questo. È dunque la legislazione statale a essere responsabile, in ultim'analisi, della violazione prodotta, non la volontà autonoma di un soggetto privato.

Se si vuol scendere poi nell'esame più specifico delle argomentazioni elaborate dalla Corte per giustificare l'effetto diretto, anche nei rapporti orizzontali, verrebbe naturale aspettarsi un netto ritorno alle origini e un sicuro ancoraggio della *ratio* dell'efficacia diretta all'obiettivo di fare dell'individuo un vero «soggetto di diritto». Del resto, come è stato detto, «*the Charter is about people and their rights*»¹⁰⁸ e cosa meglio del godimento di un diritto fondamentale si presta a rendere l'individuo un «soggetto di diritto»? Invece, almeno in parte, si resta delusi: la Corte sembra voler compiere mezzo passo alla volta – affrontando «*half a case at a time*» per usare l'espressione elaborata da Daniel Sarmiento in altro contesto, ma sempre riferendosi a una certa tendenza del Giudice di Lussemburgo a eludere le

¹⁰⁵ Sent. *Egenberger*, cit., par. 76; sent. *IR*, cit., par. 69; sent. *Cresco*, cit., par. 76; sent. *Bauer*, cit., par. 85; sent. *Max-Planck*, cit., par. 74.

¹⁰⁶ Sent. *Egenberger*, cit., par. 79; sent. *IR*, cit., par. 71; sent. *Cresco*, cit., par. 78; sent. *Bauer*, cit., par. 91; sent. *Max-Planck*, cit., par. 80.

¹⁰⁷ L. Lourenço, *Religion, Discrimination and the EU General Principles' Gospel: Egenberger*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 203. L. Cappuccio, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 710.

¹⁰⁸ N. Póltorak, *The application of the rights and principles of the Charter of Fundamental Rights*, in F. Casarosa – M. Moraru, *The Practice of Judicial Interaction in the Field of Fundamental Rights The Added Value of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, Cheltenham - Northampton, 2022, p. 24.

questioni più squisitamente costituzionali nel rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dai giudici¹⁰⁹ – almeno quanto all'elaborazione di una teoria dell'orizzontalità dei diritti che riveli una compiuta visione politica e che sia al contempo rispettosa del principio della certezza giuridica. Non si rinvencono nelle sentenze potenti affermazioni di principio alla *Van Gend en Loos* o alla *Defrenne*. Solo piccoli passi in avanti che fanno leva sulla necessità di assicurare «piena efficacia» alle – o meglio, ad alcune delle – norme della Carta, senza cenni espressi al ruolo dell'individuo come pilastro portante del nuovo edificio costruito sopra a un catalogo di diritti giuridicamente vincolante. Non a caso talune incoerenze – come si metterà in luce più avanti – ancora permangono.

Questa insoddisfazione, in effetti, vale ancor più per le decisioni relative all'art. 21. Come vedremo, le pronunce ove era in questione il diritto alle ferie sono un po' meglio – e più approfonditamente – argomentate. Del resto le sentenze sull'art. 21 si innestano in una pluridecennale giurisprudenza sull'effetto orizzontale del principio di non discriminazione (in alcune delle sue diverse varianti), e la Corte forse pensa sia inutile aggiungere considerazioni ulteriori, sebbene, qui, sia in questione il nuovo problema dell'effetto diretto orizzontale del divieto di discriminazioni religiose. Il diritto alle ferie, invece, solleva per la prima volta un problema cruciale: un diritto fondamentale che non aveva mai acquisito lo *status* specifico di principio generale può produrre effetti diretti orizzontali unicamente in virtù della sua inclusione nella Carta¹¹⁰?

D'altra parte, a mio parere, e considerate anche le complicazioni sollevate da gran parte della giurisprudenza pregressa, non può essere sufficiente limitarsi ad affermare che il divieto di discriminazione religiosa ha carattere imperativo «*in quanto principio generale del diritto dell'Unione*»¹¹¹, di

¹⁰⁹ Questa espressione è ripresa da D. Sarmiento, *Half a Case at a Time: Dealing with Judicial Minimalism at the European Court of Justice*, in M. Claes – M. de Visser – P. Popelier – C. Van de Heyning (eds.), *Constitutional Conversations in Europe Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, 2012, p. 13 ss.

¹¹⁰ Cfr. le considerazioni di E. Frantziou, *(Most of) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 316.

¹¹¹ Sent. *Egenberger*, cit., par. 76; sent. *Cresco*, cit., par. 76 (corsivo mio). Il fatto che la Corte ritenga che il principio di non discriminazione quale *principio generale del diritto dell'Unione europea* e l'art. 21 siano sostanzialmente identici quanto a caratteristiche ed effetti emerge abbastanza chiaramente nel caso *IR* relativo al licenziamento di un medico cattolico da parte di un ospedale cattolico, dopo il suo divorzio e il suo nuovo matrimonio avvenuto con rito soltanto civile. Tale caso, infatti, aveva avuto origine prima dell'entrata in vigore della Carta. Il che non ha affatto impedito alla Corte di sviluppare tutte le sue

cui quindi l'art. 21 non è che – in sostanza – la «traduzione scritta», senza altro specificare se non che «riguardo all'effetto imperativo che esso esplica, l'articolo 21 della Carta non si distingue, in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi, anche quando tali discriminazioni derivino da contratti conclusi tra privati»¹¹². E questo, secondo me, per almeno tre ordini di motivi, uno di carattere generale e due che riguardano i casi concreti da cui sono originate le questioni pregiudiziali che la Corte ha deciso.

In via generale, sebbene sia certamente vero che la Carta «ha lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6, par. 1 TUE), è altrettanto vero che la Carta possiede un'essenza abbastanza diversa da questi e che, ben più dei Trattati, va dritta al cuore della «materia costituzionale», toccando direttamente il patrimonio giuridico dei singoli. La Corte, dunque, meglio avrebbe fatto a spiegare perché l'effetto imperativo di alcune norme della Carta equivalga a quello che caratterizza alcune norme del Trattato, invece che presupporre la semplice equivalenza *tout court*.

Per quanto riguarda, invece, i due motivi specifici, il primo riguarda le sentenze *Egenberger* e *IR*, entrambe relative a un problema ancora inesplorato nella giurisprudenza della Corte: quello di una presunta discriminazione religiosa a danno di un lavoratore – o aspirante tale – ad opera di un'organizzazione di tendenza in qualità di datore di lavoro, che aveva posto taluni requisiti religiosi per lo svolgimento di alcune attività. Proprio perché si tratta di un rapporto orizzontale in cui vengono in questione due diritti diversi in conflitto – il diritto del lavoratore di non essere discriminato; quello dell'organizzazione di tendenza di affermare la propria identità religiosa – entrambi garantiti dalla Carta in due norme diverse – l'art. 21 e

argomentazioni con riguardo alla Carta, salvo poi concludere che «prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, tale principio derivava dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'articolo 21 della Carta, ed è di per sé sufficiente a conferire agli individui un diritto invocabile come tale nell'ambito di una controversia che li veda opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione». Con la conclusione che, se il rimedio dell'interpretazione conforme non appare possibile, il giudice è tenuto «ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai soggetti dell'ordinamento derivante dai principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali, ora sancito dall'articolo 21 della Carta, e a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria». Sent. *IR*, cit., par. 69 e 71 (corsivo mio).

¹¹² Sent. *Egenberger*, cit., par. 77; sent. *Cresco*, cit., par. 77.

l'art. 10 – non sarebbe stato opportuno affrontare anche l'aspetto dell'art. 10 e del ruolo della libertà religiosa all'interno del discorso sull'orizzontalità dei diritti, invece che concentrare l'analisi sull'art. 21 soltanto¹¹³?

Il secondo riguarda, invece, la sent. *Cresco*, relativa alla diversa questione della discriminazione prodotta da una legge austriaca che concedeva ai soli appartenenti a quattro chiese – le Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, la Chiesa vetero-cattolica e quella evangelica metodista – il Venerdì santo festivo (o una doppia retribuzione in caso di attività comunque prestata). Il ricorrente, che non aderisce alle confessioni religiose indicate, non riceve, ovviamente, la doppia indennità per aver lavorato quel giorno e dunque cita in giudizio il suo datore di lavoro, ritenendosi discriminato. La Corte, dopo aver reiterato le consuete scarse considerazioni sulla natura imperativa e autosufficiente del principio di non discriminazione per motivi religiosi e dell'art. 21 che lo sancisce, conclude: «in virtù di una giurisprudenza costante della Corte, quando una discriminazione, contraria al diritto dell'Unione, sia stata constatata e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, il rispetto del principio di uguaglianza può essere garantito solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata. Le persone sfavorite devono dunque essere poste nella stessa situazione in cui si trovano le persone che beneficiano del vantaggio in questione [...]. In tale ipotesi, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria. Tale obbligo incombe al giudice nazionale indipendentemente dall'esistenza, nel diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo»¹¹⁴.

A prescindere dal fatto che, in tal modo, in sostanza la Corte non chiede al giudice nazionale la *disapplicazione* della disciplina interna discriminatoria,

¹¹³ Cfr. E. Frantziou, *Mangold Recast? The ECJ's Flirtation with Drittwirkung in Egenberger*, in *European Law Blog* (ultimo accesso 20 luglio 2022).

¹¹⁴ Sent. *Cresco*, cit., parr. 79-80 (corsivo mio). Va detto che il legislatore austriaco poco dopo l'emanazione della sent. *Cresco* ha abrogato il § 7 (3) della Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz - ARG) che disponeva il Venerdì santo festivo (Art. 1 Z 2, BGBl. I Nr. 22/2019), prevedendo semplicemente che ciascun lavoratore abbia diritto a un giorno di ferie «personale» – che può essere utilizzato oppure no per l'espletamento di commemorazioni religiose – non retribuito (pur mantenendo la retribuzione extra, qualora il lavoratore decida di prestare attività).

bensi – a ben vedere – la sua *applicazione*, estesa, attraverso l'art. 21 (o forse, in sostanza, soprattutto attraverso la direttiva 2000/78), a tutti¹¹⁵, c'è da osservare che, in questo caso e come già accennato in precedenza, siamo di fronte a un'ipotesi particolarmente lampante di responsabilità in capo al datore di lavoro in totale assenza di colpa: più ancora che nei casi *Egenberger* e *IR*, dove – ferma restando la legittimità del comportamento degli enti confessionali in questione ai sensi del diritto tedesco – tali organizzazioni di tendenza si erano pur sempre avvalse della possibilità di porre un requisito religioso che poteva essere considerato oggettivamente non del tutto essenziale e giustificato e, quindi, discriminatorio. La *Cresco*, invece, non stava manifestando una propria volontà autonoma, non era mossa da alcun intento discriminatorio, non stava facendo valere la sua posizione dominante nel rapporto col dipendente, ma stava applicando semplicemente una legge – giusta o sbagliata che fosse – che non le lasciava spazi di discrezionalità attuativa. Eppure è la *Cresco* – e, più in generale, tutti i datori di lavoro – che *deve* concedere il Venerdì santo festivo o, in alternativa, *deve* corrispondere una doppia retribuzione¹¹⁶. Qui mi sembra che diventi cruciale la classica distinzione fra obbligo di *garantire* e obbligo di *rispettare* i diritti che però risulta del tutto sfumata nel caso in esame: come è stato affermato, sebbene si possa certo ritenere che i soggetti privati siano vincolati dai diritti fondamentali (altrui), «*their obligation is not to guarantee but to respect them*»¹¹⁷. Forse però il rispetto dei diritti non si spinge fino a richiedere che un privato si attivi per rimuovere una conseguenza

¹¹⁵ Per alcune considerazioni al riguardo, sia consentito rinviare a M.E. Gennusa, *Un nuovo pezzo del puzzle: l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 459 ss.

¹¹⁶ Sent. *Cresco*, cit., parr. 85-86: «Pertanto, finché non sia intervenuto alcun adeguamento legislativo, il datore di lavoro deve riconoscere, in virtù dell'articolo 21 della Carta, ai lavoratori non appartenenti ad alcuna di dette chiese il diritto a un giorno festivo il Venerdì santo purché tali lavoratori abbiano informato, prima di tale giorno, il loro datore di lavoro della loro intenzione di non lavorare detto giorno. Ne consegue anche che un lavoratore non appartenente ad alcuna delle chiese indicate nell'ARG ha il diritto di ottenere il versamento, da parte del proprio datore di lavoro, dell'indennità prevista all'articolo 9, paragrafo 5, dell'ARG, qualora tale datore di lavoro non abbia accolto la sua richiesta di non dover lavorare tale giorno».

¹¹⁷ M. Ahumada, *The Recurring Debate on the Horizontal Effect of Fundamental Rights. Constitutional Approaches*, in C. Izquierdo-Sans – C. Martínez-Capdevila – M. Nogueira-Guastavino (eds.), *Fundamental Rights Challenges. Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation*, Switzerland, 2021, p. 7. Cfr. anche J. Wright, *A Damp Squib? The Impact of Section 6 HRA on the Common Law: Horizontal Effect and Beyond*, in *Public Law*, 2014, p. 293: «*The difference between "respecting" rights and "securing" them is absolutely key. [...] By focusing on the notion of respect, the issue of "horizontal effect" seems so much less controversial*».

potenzialmente lesiva di un diritto prodotta da una legge in vigore e formulata in termini tassativi. La Corte, allora, avrebbe dovuto preferibilmente spiegare perché, *anche in un'ipotesi come questa*, il principio di non discriminazione – o l'art. 21 – è in grado di provocare un simile effetto. È vero: la Corte di giustizia non è il giudice del caso concreto, ma è chiamata a interpretare il diritto dell'Unione europea (o a valutare la validità del diritto derivato di questa). Ma considerazioni sul perché il rispetto dei diritti sanciti dalla sua Carta produca obblighi anche in capo a soggetti incolpevoli della lesione prodotta ben può rientrare fra le questioni interpretative che la Corte è chiamata ad affrontare.

Nella sent. *Egenberger*, inoltre, viene dichiarato dotato di effetto diretto anche l'art. 47 della Carta, che garantisce il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo. Personalmente non condivido la catalogazione di effetto *diretto* orizzontale riferita all'efficacia che può dispiegare l'art. 47 nei rapporti fra soggetti privati. La garanzia di un rimedio giurisdizionale effettivo è di regola richiesta al potere pubblico, sul quale grava il corrispondente obbligo di assicurarlo. Certamente, se tale diritto viene garantito quando la contesa oppone due soggetti privati, esso produce importanti effetti orizzontali, ma – a mio parere – di tipo *indiretto*: gli obblighi che possono essere imposti alla controparte privata non riguardano il dovere di rispettare il diritto al giudice ma, per il suo tramite, altri diritti, di natura sostanziale¹¹⁸. Al di là di questa considerazione personale, non si rinvengono, comunque, nella decisione della Corte, particolari giustificazioni dell'effetto diretto dell'art. 47 che vadano oltre la consueta notazione che si tratta di una disposizione «sufficiente di per sé e [che] non deve essere precisat[a] mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale»¹¹⁹. L'aspetto curioso, in questo caso, consiste se mai nel fatto che l'art. 47 non è assolutamente menzionato nelle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio tedesco¹²⁰. È la stessa Corte di giustizia a introdurlo di

¹¹⁸ Cfr., volendo, già M.E. Gennusa, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 643.

¹¹⁹ Sent. *Egenberger*, cit., par. 78.

¹²⁰ Il Bundesarbeitsgericht accenna soltanto al fatto che, stante il favore costituzionale di cui godono le chiese nel sistema tedesco, la giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht richiede che il controllo giurisdizionale della sussistenza dei requisiti per la *religious exemption* una volta che l'organizzazione di tendenza abbia posto un criterio religioso in un rapporto di lavoro debba limitarsi a un mero «controllo di *plausibilità* sulla base delle regole della coscienza ecclesiale». Le sue questioni riguardano invece soltanto l'interpretazione dei criteri posti dalla direttiva perché l'imposizione di un requisito religioso possa considerarsi ammissibile. Cfr. sent. *Egenberger*, cit., par. 31 (corsivo mio).

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

sua iniziativa¹²¹, per il fatto che la direttiva 2000/78 richiede che gli Stati adottino procedure giurisdizionali affinché gli obblighi derivanti dalla direttiva medesima siano rispettati¹²². In tal modo, però, sembra quasi che la Corte voglia sottolineare che il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo ha una natura particolare, rappresentando anche uno strumento per garantire una protezione migliore di altri diritti¹²³. Tuttavia, null'altro è aggiunto che possa fornire elementi ulteriori.

Se si passa ora ad analizzare le due decisioni sul diritto alle ferie retribuite – la sent. *Bauer e Broßon* e la sent. *Max-Planck* – specie se lette in congiunzione fra loro, il tenore argomentativo, come già accennato, migliora, in particolare sotto due diversi profili, sebbene alcuni aspetti lascino ancora in parte perplessi.

Sotto il primo profilo, rileva l'accuratezza dell'esame della posizione del diritto alle ferie nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Infatti la Corte, dopo aver ricordato che esso – per giurisprudenza costante¹²⁴ – costituisce «un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione»¹²⁵ e averne tratteggiato dettagliatamente il contenuto, le

¹²¹ E. Frantziou, *The Binding Charter Ten Years on: More than a 'Mere Entreaty'?*, in *Yearbook of European Law*, 2019, p. 28 parla di «potential overuse» dell'art. 47 nella sent. *Egenberger*.

¹²² In effetti, nel caso concreto, per valutare la legittimità della *religious exemption* invocata dalla Chiesa – che aveva posto l'appartenenza a una chiesa evangelica fra i requisiti per l'assunzione in un'offerta di lavoro – era senza dubbio di importanza primaria che i giudici potessero svolgere un sindacato pieno e completo sulle ragioni per cui il requisito religioso dovesse considerarsi essenziale per lo svolgimento della mansione specifica: sindacato giurisdizionale esaustivo che secondo la legislazione tedesca non poteva essere esperito, dovendo limitarsi a un mero controllo di plausibilità delle allegazioni addotte dalla chiesa. In tal senso, cfr. S. Prechal, *Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2020, p. 415 ss.

¹²³ Sul ruolo dell'art. 47 al riguardo, cfr. ad esempio, M. Gotthardt, *Effective Enforcement of EU Labour Law: A Comparative Example*, in *European Labour Law Journal*, 2020, p. 403 ss. È stato però sottolineato come la Corte di giustizia non abbia mai invocato l'effetto diretto dell'art. 47 in congiunzione con diritti non direttamente efficaci, così da suscitare l'impressione che «non-directly effective provisions of the Charter are not subject to the principle of effective judicial protection at all». Cfr. E. Frantziou, *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, p. 225.

¹²⁴ Cfr. in particolare Corte giust., 12 giugno 2014, C-118/13, *Gilay Bollacke contro K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG*; Corte giust., 20 luglio 2016, C-341/15, *Hans Maschek contro Magistratsdirektion der Stadt Wien - Personalstelle Wiener Stadtwerke*; Corte giust. 29 novembre 2017, C-214/16, *C. King contro The Sash Window Workshop Ltd e Richard Dollar*.

¹²⁵ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 38; sent. *Max-Planck*, cit., par. 19.

componenti¹²⁶ e le finalità¹²⁷ attraverso l'esame dell'art. 7 della direttiva 2003/88, passa a ricostruirne l'origine. Essa, di matrice sovranazionale e internazionale, deriva «tanto dagli atti elaborati dagli Stati membri a livello di Unione, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, peraltro menzionata all'articolo 151 TFUE, quanto dagli atti internazionali ai quali gli Stati membri hanno partecipato o aderito», in particolare la Carta sociale europea, anch'essa richiamata dall'articolo 151 TFUE e la convenzione n. 132 dell'Organizzazione internazionale del lavoro, del 24 giugno 1970¹²⁸. Non è dunque la direttiva che istituisce il diritto alle ferie. Esso è, piuttosto, un principio, non generale, bensì «essenziale del diritto sociale dell'Unione»¹²⁹ che, conseguentemente, «riveste natura imperativa»¹³⁰ e che ora è codificato nell'art. 31 della Carta. Quest'ultimo, infatti, «disponendo, in termini imperativi, che “[o]gni lavoratore” ha “diritto” a “ferie annuali retribuite”, senza segnatamente rinviare in proposito – come fatto, ad esempio, dall'articolo 27 della Carta [...] – ai “casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali”, [...] riflette il principio essenziale del diritto sociale dell'Unione al quale non è possibile derogare se non nel rispetto delle rigorose condizioni di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta e, in particolare, del contenuto essenziale del diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite»¹³¹. In sé, il ragionamento non è certo rivoluzionario. Piuttosto ripercorre lo schema classico già utilizzato dalla Corte a proposito del principio di non discriminazione che, dopo aver analizzato le parti rilevanti della direttiva in materia, specifica che non è a quest'ultima che si deve l'istituzione della prerogativa in oggetto, la quale viceversa trae origine da altri strumenti e che ora è riconosciuta anche dalla Carta. Quello che cambia è però il diverso spessore argomentativo e il maggior approfondimento delle riflessioni sul ruolo «costituzionale» del diritto alle ferie e sull'art. 31 che lo sancisce nella decisione sulla sostanza del caso. Non bisogna dimenticare, infatti, che queste sono le prime pronunce in cui la

¹²⁶ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 39, che ravvisa come il diritto alle ferie abbia due componenti: il diritto alle ferie annuali in quanto tale e il diritto all'ottenimento di una retribuzione.

¹²⁷ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 41; sent. *Max-Planck*, cit., par. 32: «il diritto alle ferie annuali [...] è infatti volto a consentire al lavoratore, da un lato, di riposarsi rispetto all'esecuzione dei compiti attribuitigli in forza del suo contratto di lavoro e, dall'altro, di beneficiare di un periodo di relax e svago».

¹²⁸ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 81; sent. *Max-Planck*, cit., par. 70.

¹²⁹ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 80; sent. *Max-Planck*, cit., par. 69.

¹³⁰ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 83; sent. *Max-Planck*, cit., par. 72.

¹³¹ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 84; sent. *Max-Planck*, cit., par. 73.

Corte – dopo anni di silenzio «assordante»¹³² – affronta il problema della portata e dell'efficacia dell'art. 31 della Carta e che è proprio grazie a quest'ultimo – e non al suo essere principio «particolarmente importante» o «essenziale» del diritto sociale dell'Unione – che il diritto alle ferie acquisisce, per la prima volta, effetto diretto nei rapporti orizzontali.

Sotto il secondo profilo, che sembra più importante, la Corte prende finalmente posizione – seppure in modo un po' sbrigativo – sul significato dell'art. 51 della Carta su cui parte della dottrina¹³³ aveva fatto leva per escludere, in via generale, l'efficacia diretta orizzontale della Carta medesima. Secondo il Giudice di Lussemburgo, infatti, «sebbene l'articolo 51, paragrafo 1, della Carta precisi che le sue disposizioni si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del

¹³² Cfr. M. De Mol, *Dominguez: A Deafening Silence*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 280 ss. a proposito della celebre Corte giust., 24 gennaio 2012, C- 282/10, *Maribel Dominguez contro Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*, relativa a una presunta violazione del diritto alle ferie di una dipendente di un ente privato incorsa in un incidente durante il tragitto fra la propria abitazione e il lavoro. In effetti, le questioni pregiudiziali vertevano tutte sull'interpretazione della Direttiva 2003/88 e sulla sua possibile applicabilità in un giudizio fra due parti private. Ma era evidente che, sotteso a tali questioni, vi era il problema – fondamentale – dell'efficacia orizzontale dei diritti e della Carta che li sancisce: una sorta di «convitato di pietra» che, non a caso, era stato ampiamente preso in considerazione dall'A.G. Trstenjak nelle sue Conclusioni (parr. 72-83), sebbene essa avesse poi suggerito l'assenza di effetto diretto dell'art. 31 della Carta nelle controversie fra soggetti privati. La Corte, invece, decide di tacere totalmente sul punto e di limitarsi ad affermare che qualora il giudice non possa procedere a un'interpretazione conforme della normativa interna, e qualora – a causa della natura privata delle parti – la direttiva non possa avere effetto diretto, non resta che il rimedio del risarcimento dei danni secondo quanto disposto nella già citata sent. *Franovich*. È vero: al momento dell'incidente la Carta era stata proclamata, ma non ancora, promulgata; ma il non averla nemmeno nominata, sebbene il rinvio pregiudiziale fosse ben successivo alla sua entrata in vigore, e, comunque, il non aver neppure fatto cenno alla natura fondamentale del diritto alle ferie risulta, quanto meno, curioso, se non deliberatamente elusivo. Cfr. anche N. Lazzerini, *Gli effetti orizzontali dei diritti fondamentali in materia sociale: la sentenza Dominguez e la strada del silenzio*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, p. 455 ss., in particolare p. 456.

¹³³ Cfr. ad es. D. Curtin – R. van Ooik, *The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, p. 112; T. Van Danwitz – K. Paraschas, *A Fresh Start for the Charter Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights*, in *Fordham International Law Journal*, 2017, p. 1425; M. de Mol, *Küçükdeveci: Mangold Revisited*, cit., p. 302; J. Kokott – C. Sobotta, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, in *EUI Working Papers*, 2010, n. 6, p. 14; D. Schiek, *Constitutional Principles and Horizontal Effect: Küçükdeveci Revisited*, *European Labour Law Journal*, 2010, p. 373.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

diritto dell'Unione, detto articolo 51, paragrafo 1, non affronta, tuttavia, la questione relativa alla possibilità che soggetti privati si trovino, all'occorrenza, direttamente obbligati al rispetto di determinate disposizioni di tale Carta e non può, pertanto, essere interpretato nel senso che esso esclude sistematicamente una simile possibilità¹³⁴. In pratica, lascia intendere la Corte anche se più elaborate considerazioni sarebbero state gradite, l'art. 51 si occupa più che altro di delineare l'ambito di applicazione della Carta nei rapporti fra Stati e Unione, senza toccare il problema della sua portata orizzontale, che quindi va valutata caso per caso. O meglio: articolo per articolo. E quanto all'art. 31, non ci sono dubbi che esso possa dispiegare i propri effetti anche nei rapporti privati. Infatti, «il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite *implica, per sua stessa natura, un corrispondente obbligo* in capo al datore di lavoro, ossia quello di concedere tali ferie retribuite»¹³⁵, a prescindere dalla natura privata o pubblica del rapporto di lavoro. Del resto, come ancor meglio articola la Corte nella sent. *Max-Planck* ulteriormente giustificandone l'effetto diretto orizzontale, «il lavoratore dev'essere considerato *la parte debole* nel rapporto di lavoro, cosicché è necessario impedire al datore di lavoro di disporre della facoltà di imporgli una restrizione dei suoi diritti»¹³⁶: questa specificazione dimostra una consapevolezza nuova – pur non ancora sviluppata in via generale – del ruolo dei privati nel rispetto dei diritti, che vanno tutelati, ormai, non solo dalle minacce prodotte dallo Stato e dai pubblici poteri, ma anche da quelle riconducibili a soggetti privati, tanto più se posti in posizione di predominio. Come è stato acutamente osservato, «*the public – private divide is changing, while the need for protection remains*»¹³⁷. E dunque, l'esigenza di fare dell'individuo un «soggetto di diritto» richiede, per sua natura, l'imposizione di obblighi anche nei confronti di altri individui, specie se il primo versa in una condizione di debolezza intrinseca.

¹³⁴ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 87; sent. *Max-Planck*, cit., par. 76.

¹³⁵ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 90 (corsivo mio). Sottolinea l'importanza di questa affermazione e della sent. *Bauer e Broßon* per la protezione dei diritti sociali in Europa D. Sarmiento, *Sharpening the Teeth of EU Social Fundamental Rights: A Comment on Bauer*, 8 novembre 2018, in *Despite our differences*, (ultimo accesso 25 luglio 2022): «*These are good news for the protection of social rights in Europe. These are badly needed rights not only for vulnerable groups, but also for the EU itself. The social pillar of European integration cannot be limited to vaporous rhetoric by good-willed politicians. It must also be able to bite, and sometimes it needs to bite hard. In Bauer et al the Court has taken the first step in sharpening the teeth of EU social law. Now we must wait and see if it will have the courage, in a nearby future, to take a nice bites.*

¹³⁶ Sent. *Max-Planck*, cit., par. 41 (corsivo mio).

¹³⁷ S. Prechal, *Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, cit., p. 418.

Accanto a questi punti di forza, le decisioni sul diritto alle ferie sollevano però anche talune perplessità, specie se confrontate con gli esiti della già più volte citata sent. *AMS*. Al di là della solita questione del ruolo svolto dalle direttive nelle argomentazioni delle pronunce in oggetto – che continua a presentare risvolti, a mio parere, molto problematici e che verranno esaminati nello specifico fra poco –, si pensi ad esempio ai casi *Bauer* e *Broßon*, la cui soluzione è stata dalla Corte riunita nella stessa sentenza. Le ricorrenti sono le vedove di due lavoratori a cui i datori di lavoro (pubblico nel caso *Bauer*, privato nel caso *Broßon*) hanno rifiutato, in applicazione del diritto tedesco sulle successioni, di corrispondere l'indennità per giorni di ferie non goduti dai loro defunti mariti a causa della cessazione del rapporto di lavoro in seguito al loro decesso. Il problema, quindi, riguarda più che altro la *trasmissibilità agli eredi* dell'indennità per ferie non godute dal lavoratore che per l'ordinamento tedesco non era possibile. Come è stato osservato, questo aspetto merita di essere sottolineato per due diverse ragioni: innanzi tutto, né la direttiva né l'art. 31 della Carta dispongono espressamente che tale indennità debba essere trasmessa agli eredi; in secondo luogo, il diritto successorio resta nella competenza degli Stati membri che, quindi, in teoria dovrebbero poter decidere che cosa faccia parte del patrimonio del deceduto da trasferire agli eredi e cosa no¹³⁸. Eppure la non trasmissibilità agli eredi dell'indennità è considerata dalla Corte lesiva della «sostanza stessa» del diritto alle ferie¹³⁹: un'affermazione secondo taluno addirittura «non plausibile»¹⁴⁰, ma che certo non può non lasciare stupiti se si ritorna all'esito della sent. *AMS*, dove il diritto dei lavoratori alla consultazione e all'informazione sul luogo di lavoro è stato negato in radice senza grossi rimorsi, ammettendo il solo rimedio del risarcimento del danno, che in una situazione del genere è praticamente impossibile quantificare a dovere.

¹³⁸ D. Leczykiewicz, *The Judgment in Bauer and the Effect of the EU Charter of Fundamental Rights in Horizontal Situations*, in *European Review of Contract Law*, 2020, p. 327.

¹³⁹ Sent. *Bauer* e *Broßon*, cit., par. 49.

¹⁴⁰ R. Krause, *Horizontal Effect of the EU Charter of Fundamental Rights: Bauer and Willmeroth*, MPG, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 1201: «it is arguable that Article 31(2) CFREU also guarantees an allowance in lieu of annual paid leave not taken by the worker upon the end of the employment relationship, although Advocate General Bot rightly pointed out in his Opinion in MPG that this right is not prescribed as such in Article 7(2) of Directive 2003/88.173 Conversely, it is implausible to declare the entitlement of the heir of a worker to receive a payment as essence of the right of the worker to annual paid leave not taken before his death» (evidenziatura mia).

3.2 Oltre le apparenze: davvero nessun ruolo per le direttive?

È ora però necessario prendere in considerazione in modo specifico l'aspetto, che a parer mio rimane assolutamente cruciale, del problematico ruolo svolto dalle direttive nelle argomentazioni della Corte nelle sentenze sull'effetto diretto. Come già detto, il tratto comune, e fondamentale, che a detta della Corte tutte e tre le disposizioni della Carta posseggono – e grazie al quale possono dispiegare effetti diretti – è quello di essere incondizionate, cioè sufficienti di per sé, senza aver bisogno di essere precisate mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale. Esse – sempre se ci si limita a considerare a prima vista le affermazioni della Corte – sembrano costituire dunque l'unico parametro per valutare se un diritto sia stato violato e alle direttive non è più riconosciuta alcuna funzione di dare «espressione concreta» al diritto sancito, residuando loro solo quella di attrarre la controversia nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, attivare la protezione della Carta¹⁴¹. Per questa ragione è stato detto, in particolare in relazione alle sentenze sul diritto alle ferie, che, nelle argomentazioni della Corte, «*the horizontal direct effect of the Charter is no longer a by-product of the lack of horizontality of directives*»¹⁴².

In effetti, a colpo d'occhio tali decisioni sembrerebbero perfettamente in linea con quanto affermato nella sent. *AMS*: l'art. 27, rinviando alle legislazioni e prassi nazionali ed europee, dimostra di aver bisogno di queste per determinare il contenuto del diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori. E infatti, dice la Corte, «il divieto, previsto all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14, e indirizzato agli Stati membri, di escludere dal calcolo degli effettivi di un'impresa una determinata categoria di lavoratori rientranti inizialmente nella cerchia delle persone da prendere in considerazione ai fini di tale calcolo, non può essere desunto, quale norma giuridica direttamente applicabile, né dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta né dai chiarimenti relativi a tale articolo»¹⁴³. Pertanto, quest'ultimo non può avere effetto diretto. Gli artt. 21, 31 e 47, invece, non hanno bisogno di integrazioni perché sono già completi in sé: quindi possono avere effetto diretto anche nei rapporti fra soggetti privati.

¹⁴¹ Su questo aspetto cfr. le considerazioni di L.S. Rossi, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *federalismi.it*, 2019, n. 10, p. 19 ss.

¹⁴² M. A. Panasci, *The Right to Paid Annual Leave as an EU Fundamental Social Right. Comment on Bauer et al.*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 447.

¹⁴³ Sent. *AMS*, cit., par. 46.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

Invero, si potrebbe obiettare che una simile distinzione non tiene conto del valore «costituzionale» della Carta, che è pur sempre un catalogo di diritti fondamentali, e finisce per riprodurre a un livello più alto gli stessi problemi già esaminati a proposito della giurisprudenza relativa alle direttive. I dipendenti pubblici possono avvalersi della direttiva – che ha effetto diretto, grazie alla precisione del suo tenore testuale – per rivendicare il loro diritto all'informazione. I dipendenti di datori di lavoro privati no; ma nemmeno possono invocare la Carta. E quindi ci si potrebbe anche chiedere a cosa serve la Carta in un caso del genere. Come è stato affermato, «*the judgment has sometimes been taken to mean only that Art. 27 does not have horizontal direct application. But it seems that the judgment goes even further than that: it is difficult to avoid the conclusion that it must mean that Art. 27 has no direct application at all*»¹⁴⁴; nei rapporti verticali, infatti, basta la direttiva; in quelli orizzontali, nemmeno l'art. 27 può essere fatto valere. E questo sebbene, a ben vedere, l'art. 27 – pur facendo rinvio al diritto dell'Unione e degli Stati membri – stabilisca pur sempre che «Ai lavoratori o ai loro rappresentanti *devono* essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile», tanto che non si capisce come, da un simile tenore perentorio, possa derivare una mera facoltà di garantire il diritto oppure negarlo, come è avvenuto nel caso *AMS*, senza che si producano, in sostanza, conseguenze di sorta.

Però si tratterebbe almeno di una distinzione chiara, che giustifica, attraverso la netta differenza fra due categorie di disposizioni della Carta, la diversità degli effetti che ne discendono in pratica.

Peccato che, a un esame più attento, la differenza fra i due tipi di norme sia tutt'altro che netta, almeno stando a quanto suggerisce la lettura delle sentenze che affrontano i casi concreti, tanto di discriminazione quanto di violazione del diritto alle ferie. Bastino soltanto due esempi.

Nei primi due casi, *Egenberger* e *IR*, il problema – come già detto – era rappresentato da una possibile discriminazione religiosa ad opera di un'organizzazione di tendenza che non aveva convocato al colloquio per un'offerta di lavoro una candidata in quanto non appartenente a una chiesa evangelica (caso *Egenberger*) o aveva licenziato un medico cattolico perché divorziato e risposato con rito soltanto civile (caso *IR*). Alla Corte viene chiesta l'interpretazione dell'art. 4 della direttiva 2000/78 che, pur ammettendo una sorta di *religious exemption* dal rispetto del principio di parità di trattamento quando il datore di lavoro è una chiesa o un ente

¹⁴⁴ D. Denman, *The EU Charter of Fundamental Rights: How Sharp are its Teeth?*, in *Judicial Review*, 2014, p. 169.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

confessionale, la assoggetta a criteri oggettivi e assai rigorosi: il soddisfacimento di un determinato requisito religioso può essere richiesto soltanto quando, per la natura dell'attività, o per il contesto in cui viene espletata, la religione o le convinzioni personali siano un elemento essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento di tale attività, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. L'ordinamento tedesco, invece, è molto più permissivo, accontentandosi che tale requisito religioso sia semplicemente giustificato secondo una valutazione soggettiva della chiesa, che pertanto può essere sottoposta a un controllo giurisdizionale di mera plausibilità. La Corte, dopo aver attentamente illustrato il significato dell'art. 4 della direttiva, riconosce effetto diretto orizzontale all'art. 21 – poiché la direttiva non istituisce essa stessa il principio di parità di trattamento, che trova la sua fonte in altri strumenti, e d'altro canto l'art. 21 è una norma autosufficiente, in grado di garantire un diritto invocabile in quanto tale – per poi concludere che il giudice, per contemperare i vari interessi in gioco nel caso concreto, «deve prendere in considerazione, in particolare, l'equilibrio stabilito tra tali interessi dal legislatore dell'Unione nella direttiva 2000/78, al fine di determinare gli obblighi risultanti dalla Carta in circostanze come quelle di cui al procedimento principale»¹⁴⁵. Peccato però che l'art. 21 si limiti a sancire il divieto di discriminazione e che la possibilità di una *religious exemption* e le condizioni a cui essa deve rispondere non si desumano – per parafrasare quanto detto dalla Corte nella sent. *AMS* a proposito dell'art. 27 – né dal tenore letterale dell'art. 21 né dai chiarimenti relativi a tale articolo, ma si ritrovino esclusivamente nella direttiva. È vero che, nel caso specifico, la disciplina tedesca sarebbe stata ritenuta in contrasto anche con il solo art. 21, che non prevede deroghe al divieto di discriminazione, ma come si può affermare che la direttiva non è servita a integrare il parametro, visto che è la direttiva che affronta un profilo di cui l'art. 21 non si occupa, è stata l'interpretazione del suo art. 4 a costituire il fulcro della sentenza ed è il bilanciamento da essa previsto a costituire la guida per i giudici nazionali al fine di determinare gli obblighi derivanti dalla Carta¹⁴⁶?

¹⁴⁵ Sent. *Egenberger*, cit., par. 81 (corsivo mio).

¹⁴⁶ Il ruolo della direttiva 2000/78 è evidente anche nel caso *Cresco*, relativo alla discriminazione derivante dal concedere solo ad alcuni fedeli il Venerdì santo festivo: qui, è alla luce dell'art. 2, par. 2 della direttiva che la Corte accerta l'esistenza di una discriminazione diretta, è in base all'art. 2, par. 5 che esclude la necessità della misura per la tutela della libertà di religione ed è utilizzando l'art. 7, par. 1 che verifica se tale misura possa considerarsi un'azione positiva diretta a compensare svantaggi esistenti. Tutti questi elementi sono già deducibili dal mero testo dell'art. 21?

Il secondo esempio riguarda le decisioni sul diritto alle ferie. Non soltanto l'interpretazione della sola direttiva – e segnatamente del suo art. 7 – occupa gran parte del ragionamento della Corte; ma quando passa all'interpretazione dell'art. 31, essa fa rinvio specifico alle Spiegazioni relative alla Carta che, a loro volta, individuano espressamente la direttiva come una delle fonti di ispirazione dell'art. 31¹⁴⁷: una sorta di circolo vizioso che dà l'impressione che la Corte stia effettivamente interpretando la norma della Carta alla luce del contenuto della direttiva. Questo tipo di ragionare è, in effetti, abbastanza curioso. Non dovrebbe essere il diritto secondario a venire interpretato alla luce di quello primario e non viceversa? E se la caratteristica fondamentale dell'art. 31 è la sua autosufficienza, perché c'è bisogno della direttiva per individuare il suo contenuto? È vero che la Corte introduce una sorta di distinzione fra «esistenza stessa» – che è indipendente e prescinde da quanto dispone la direttiva – e «contenuto» – che può essere informato da quest'ultima – del diritto alle ferie¹⁴⁸, per cui la direttiva può «precisare la durata esatta delle ferie annuali e, eventualmente, talune condizioni di esercizio di tale diritto»¹⁴⁹, senza che ciò infici il carattere autosufficiente dell'art. 31. Ma allora questa differenza fra «esistenza stessa» – indipendente dalla direttiva – e «contenuto» – determinato dalla direttiva – non può valere anche per altri diritti, non ultimo quello all'informazione e consultazione dei lavoratori? In fondo, anche lì le Spiegazioni fanno riferimento, quali fonti di ispirazione dell'art. 27, alla Carta sociale europea, alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, agli artt. 154 e 155 TFUE, e alla direttiva¹⁵⁰. Perché non si può pensare che quest'ultima stia semplicemente precisando le condizioni di esercizio del

¹⁴⁷ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., parr. 55-56: « Inoltre, secondo le spiegazioni relative all'articolo 31 della Carta, che, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e all'articolo 52, paragrafo 7, di detta Carta, devono essere tenute in debito conto per l'interpretazione di quest'ultima, l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta si ispira alla direttiva 93/104 nonché all'articolo 2 della Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e riveduta a Strasburgo il 3 maggio 1996, e al punto 8 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata nella riunione del Consiglio europeo che ha avuto luogo a Strasburgo il 9 dicembre 1989 [...]. Orbene, come emerge dal considerare 1 della direttiva 2003/88, questa ha codificato la direttiva 93/104, e l'articolo 7 della direttiva 2003/88, riguardante il diritto alle ferie annuali retribuite, riproduce esattamente il testo dell'articolo 7 della direttiva 93/104».

¹⁴⁸ R. Krause, *Horizontal Effect of the EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1199, che qualifica tale distinzione come «artificiale», pur se comprensibile.

¹⁴⁹ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 85.

¹⁵⁰ Le Spiegazioni relative all'art. 27, però, diversamente da quelle relative all'art. 31 specificano che il diritto all'informazione e alla consultazione «si applica alle condizioni previste dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni nazionali».

diritto, come del resto richiede l'art. 27 e come anche la Corte sembra ammettere in riferimento all'art. 31?

Un'attenta ricostruzione¹⁵¹, che peraltro spiega la ragione per cui, in tutte le decisioni relative all'effetto diretto della Carta, la Corte abbia fatto riferimento alla sola incondizionatezza – e non anche alla chiarezza e precisione – delle disposizioni considerate, fa leva sulla nota distinzione fra efficacia diretta oppositiva ed efficacia diretta sostitutiva¹⁵²: secondo questa lettura, l'effetto delle norme della Carta sarebbe, unicamente, di tipo oppositivo, poiché esse si limiterebbero a impedire l'applicazione della disciplina nazionale in contrasto col diritto garantito, senza contestualmente sostituirsi ad essa. È solo dopo che la disposizione della Carta ha «svuotato il campo» occupato dalla normativa statale confliggente che la direttiva potrebbe entrare in gioco, sostituendosi a quest'ultima. Non a caso sono la chiarezza e la precisione della direttiva ad essere oggetto di specifico esame da parte del Giudice dell'Unione europea. In pratica, «per quanto riguarda le disposizioni della Carta, [...] ciò che interessa è la loro capacità di conferire un diritto di azione al soggetto [...] così che questo possa avvalersi della tutela sostanziale offerta dalla direttiva in un ambito in cui, stante la natura privata della controversia dedotta in giudizio, l'atto di diritto derivato non potrebbe essere utilmente invocato»¹⁵³.

Questa ricostruzione, in effetti, convince: è senza dubbio questo il ragionamento formale adottato dalla Corte di giustizia nelle pronunce in oggetto. Quello che, però, a mio parere lascia perplessi è che la Corte, distinguendo a tale riguardo le norme della Carta soltanto in base al loro rinvio esplicito ad altre fonti per la specificazione del proprio contenuto, finisce per disconoscere, in alcuni casi e senza reali differenze di sostanza, qualsivoglia effetto aggiuntivo a un catalogo di diritti giuridicamente vincolante e dotato di rango di diritto primario. Alla luce di quanto affermato più sopra, sembra difficile, infatti, negare che comunque esista una sorta di «intreccio simbiotico» anche fra le disposizioni cosiddette incondizionate – come l'art. 21 e l'art. 31 – e le direttive in materia¹⁵⁴.

¹⁵¹ F. Costamagna, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'unione europea*, Torino, 2022, p. 113 ss.

¹⁵² Su cui, fra gli altri, ampiamente D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., in particolare p. 167 ss. Cfr. anche *supra*, nota n. 3.

¹⁵³ F. Costamagna, *op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁴ Tale espressione si deve all'A.G. Y. Bot nelle Conclusioni del 4 giugno 2019, C-609/17 e C-610/17, *Terveys- ja sosiaalialan neuvottehjärjestö (TSN) ry contro Hyvinvointialan liitto ry e Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry contro Satamaoperaattorit ry*, par. 109:

Pertanto, il dubbio che la Corte stia, di fatto, usando sempre le direttive per integrare il parametro da cui scaturisce l'effetto diretto alla fine permane¹⁵⁵. Un'ulteriore conferma sembra fornita dallo stesso dispositivo della sent. *Bauer e Broßon*. Come si ricorderà, la decisione riunisce due cause relative al medesimo problema, ma caratterizzate l'una da un rapporto di tipo verticale fra le parti in giudizio (*Bauer*) e l'altra da un rapporto di tipo orizzontale (*Broßon*). Al termine delle sue argomentazioni, la Corte conclude: «Questo obbligo [di concedere il beneficio di un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite maturate e non godute dal lavoratore prima del suo decesso] grava sul giudice nazionale *sulla base dell'articolo 7 della direttiva 2003/88 e dell'articolo 31, paragrafo 2, della Carta se detta controversia intercorre tra un tale successore e un datore di lavoro che riveste la qualità di autorità pubblica, e sulla base della seconda di queste disposizioni se la controversia ha luogo tra il successore e un datore di lavoro che ha la qualità di privato*»¹⁵⁶. Qual è il senso di introdurre questa distinzione di parametro a seconda del tipo di rapporto in giudizio? L'art. 31 non poteva bastare anche per il caso *Bauer* senza aggiungerci pure la direttiva?

Insomma, la netta impressione generale è che «*the cases on the horizontal effects of the fundamental right not to be discriminated against, as well as more recently the cases on annual paid leave, were decided on the substance with reference to the directives, while the legal effects were derived from the Charter*»¹⁵⁷ e che, quindi, anche la Carta – come i principi generali prima – costituisca, in fondo, nient'altro che uno degli strumenti per mitigare la mancanza di effetto diretto delle direttive.

«Tenuto conto dell'”intreccio simbiotico” tra il diritto fondamentale ad un periodo annuale di ferie retribuite sancito all'articolo 31, paragrafo 2, della Carta e il diritto derivato dell'Unione che viene a precisarne la portata, è logico che, nell'ambito delle cause nelle quali tale diritto è controverso, sia tale disposizione della Carta sia l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88 vengano fatti valere e interpretati congiuntamente dalla Corte al fine di garantire il carattere effettivo del diritto ad un periodo minimo di ferie annuali di quattro settimane». Il concetto era stato già sviluppato dallo stesso A.G. Bot nelle Conclusioni del 29 maggio 2018, relative ai casi *Bauer e Broßon*, par. 86-91.

¹⁵⁵ Cfr. le considerazioni critiche al riguardo di F. Fontanelli, *You Can Teach a New Court Mangold Tricks – the Horizontal Effect of the Charter Right to Paid Annual Leave*, in *EU Law Analysis*, 18 novembre 2018 (ultimo accesso 20 giugno 2022).

¹⁵⁶ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 92 (corsivo mio).

¹⁵⁷ E. Muir, *The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 211.

4. Considerazioni conclusive. L'effetto diretto tra fonti e diritti, con la Corte ancora nel mezzo

Dopo aver ripercorso, sia pur unicamente sotto un'angolazione specifica, la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'effetto diretto, è necessario a questo punto tirare le fila delle osservazioni condotte sinora.

Nella precedente carrellata delle principali decisioni della Corte in materia si è cercato di mettere in luce come, sebbene la gloriosa giurisprudenza delle origini avesse giustificato l'effetto diretto di alcune norme del Trattato con la finalità di fare dell'individuo un vero e proprio «soggetto del diritto comunitario» – così esprimendo anche la volontà di imprimere una ben precisa direzione «costituzionale» al processo di integrazione –, questa spinta sia andata perduta nelle successive decisioni che riconoscono, a certe condizioni, effetto diretto alle direttive, in cui esso è giustificato dalla mera esigenza di garantire l'effetto utile di queste e di punire gli Stati colpevoli della loro mancata, o errata, attuazione. Una tale svolta argomentativa, però, come si è visto, non è stata indolore sotto il profilo delle conseguenze prodotte. Innanzi tutto, essa è stata la premessa per l'elaborazione – da parte della Corte – della regola del divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive, che costituisce l'esito, del tutto logico in sé, della configurazione dell'effetto diretto come semplice rimedio per sanzionare l'inadempimento statale: perché soggetti privati – per definizione incolpevoli – dovrebbero subire conseguenze negative da una colpa imputabile soltanto agli Stati? In secondo luogo essa è stata l'artefice di una progressiva perdita di coerenza della dottrina dell'effetto diretto nel suo complesso, poiché la Corte – pur formalmente tenendo ferma la «*no horizontal direct effect rule*» – ha cercato, nella sostanza, in tutti i modi di eluderla, producendo incongruenze e diseguaglianze di trattamento e rendendo il principio della certezza del diritto molto spesso un miraggio. Sia ben chiaro: la differenza che la Corte sottolinea ogni volta fra direttive e regolamenti (e direttive e Trattati) è ineccepibile dal punto di vista giuridico, oltre che rispondente alla forte opposizione degli Stati membri contro un'ulteriore espansione dell'effetto diretto¹⁵⁸. D'altro canto, è egualmente evidente che quello dell'inadempimento statale degli obblighi derivanti dalle direttive era – e in parte continua a essere – un problema divenuto sempre più serio che, se non affrontato a dovere, rischiava di compromettere obiettivi primari per cui la Comunità era stata creata, primo fra tutti, il completamento del mercato comune: per cui non desta meraviglia che la

¹⁵⁸ Cfr. le considerazioni di F. Costamagna, *op. cit.*, p. 24 ss.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

Corte si sia adoperata per porvi, in qualche modo, rimedio. Quello che però stupisce, e che a parer mio può costituire fonte di critiche, è che da allora l'individuo sparisce dalle argomentazioni della Corte: l'effetto diretto è giustificato *soltanto* dalla necessità di garantire l'effetto utile del diritto comunitario, quasi che effetto utile del diritto e soggettività giuridica dell'individuo siano due aspetti tra loro totalmente sconnessi o che l'individuo abbia perso rilevanza agli occhi della Corte – a fronte di più pressanti esigenze – nella costruzione e nell'inveramento dell'edificio comunitario. Nemmeno nelle sentenze che fanno parte del filone *Mangold* l'individuo ritorna, nonostante entri in gioco un principio generale, quello di non discriminazione per ragioni di età, e quindi, in sostanza, il diritto (fondamentale) di non essere discriminati per tale motivo.

Se si passa, poi, a considerare la giurisprudenza sull'effetto diretto di alcune norme della Carta, una sua lettura univoca non è così semplice. Da un lato, poiché sono i *diritti fondamentali* a costituire il contenuto della Carta, le giustificazioni poste dalla Corte a sostegno dell'effetto diretto di alcune delle sue prescrizioni virano lievemente: l'obiettivo di garantire l'effetto utile del diritto comunitario diventa quello di assicurare *piena efficacia alle norme sui diritti fondamentali*. Dall'altro, però, pur a fronte di un più elaborato ragionamento sul ruolo nel sistema dell'Unione europea dello specifico diritto in questione nel singolo caso (e questo vale più che altro per le sentenze sul diritto alle ferie), l'importanza dell'individuo non è fatta oggetto di considerazioni specifiche, ma emerge soltanto implicitamente e in modo alquanto indiretto. Inoltre, i passaggi argomentativi che la Corte sviluppa riprendono sostanzialmente la giurisprudenza *Mangold*, con l'unica differenza che è ben più nettamente solo alla disposizione della Carta che viene ricondotto effetto diretto.

L'impressione che se ne ricava è quasi che – come è avvenuto per le sentenze *Mangold & C.* – la Corte abbia il timore di esporsi, cercando di mascherare le novità introdotte sotto un'apparente conferma della giurisprudenza pregressa: poiché le direttive non possono avere effetto diretto orizzontale, solo le norme della Carta che siano incondizionate – cioè autosufficienti – possono possedere una tale efficacia. Di qui la distinzione fra norme che rinviano alle condizioni poste dalla legislazione per la protezione di un diritto – che sono prive di effetto diretto – e norme in cui tale rinvio è assente, che ne sono invece dotate: una distinzione, basata sul mero tenore testuale delle disposizioni in oggetto, a mio parere niente affatto eloquente, visto che si è cercato di dimostrare nel precedente paragrafo come, in qualche modo, tutte le norme della Carta abbiano

bisogno, nella sostanza, di un completamento – o di un'elaborazione – che deriva da atti ulteriori quando si tratta di dar loro applicazione concreta¹⁵⁹.

A dire il vero, è normale che le norme di un catalogo dei diritti abbiano formulazioni un po' vaghe ed elastiche, ma ciò non dovrebbe valere a compromettere il loro carattere precettivo: l'esperienza costituzionale maturata a livello statale è illuminante al riguardo¹⁶⁰ e non si vede perché i suoi insegnamenti non possano essere trasposti al contesto della Carta dei diritti dell'Unione europea. Invece la Corte di giustizia preferisce trincerarsi dietro le argomentazioni consuete: poiché la condizione testuale per produrre effetti diretti, in ossequio al principio di certezza del diritto, è, per dirlo con una sola parola, l'autosufficienza della disposizione presa in esame, la Corte ha elaborato la finzione che tale carattere sia posseduto anche da alcune norme della Carta, trascurando il fatto che, invece, la loro autosufficienza è un mito che non trova veri riscontri nella realtà delle cose e, soprattutto, che in tal modo si producono esiti non coerenti con lo stesso principio della certezza del diritto che in via primaria si vuole salvaguardare.

¹⁵⁹ Cfr. ad esempio le considerazioni di C. C. Murphy, *Using the EU Charter of Fundamental Rights against Private Parties after Association de Mediation Sociale*, in *European Human Rights Law Review*, 2014, p. 170 ss. Illuminanti al riguardo sono le parole di Cost, 8 luglio 2020, n. 182 con cui la Corte costituzionale italiana solleva alla Corte di giustizia rinvio pregiudiziale di interpretazione della direttiva 2003/109 in materia di prestazioni sociali, assistenza sociale e protezione sociale dei cittadini di Paesi terzi alla luce dell'art. 34 della Carta: essa, infatti, parla di «connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di cassazione e quelli riconosciuti dalla CDFUE, *arricchiti dal diritto secondario*, tra loro complementari e armonici» (p.to 3.2. Considerato in diritto; corsivo mio). La stessa decisione di Corte giust., 2 settembre 2021, C-350/00, O.D., R.I.H.V., B.O., F.G., M.K.F.B., E.S., N.P., S.E.A., *contro Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, par. 47 afferma: «Orbene, dalla giurisprudenza della Corte emerge che, quando adottano misure rientranti nell'ambito di applicazione di una direttiva che concretizza un diritto fondamentale previsto dalla Carta, gli Stati membri devono agire nel rispetto di tale direttiva [...]. Ne consegue che occorre esaminare la questione sollevata alla luce della direttiva 2011/98.»

¹⁶⁰ Cfr. in argomento la storica sentenza Cost., 5 giugno 1956, n. 1 che ha confermato la piena natura precettiva delle c.d. norme «programmatiche» della Costituzione che taluni avevano considerato dotate di mero valore politico al fine di depotenziarne l'efficacia giuridica. Si vedano le diverse posizioni di Mortati (Atti dell'Assemblea Costituente, Vol. II, Seduta del 23 aprile 1946) e Calamandrei (Atti dell'Assemblea costituente, Vol. I, 4 marzo 1947, Seduta pomeridiana), V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *passim*, in particolare p. 11 («una Costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo») e, fra più recenti contributi in materia, fra i tanti ad esempio M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2013; G. Grasso, *La sentenza n. 1 del 1956. Sessant'anni dopo*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

Peraltro, l'attuale distinzione fra norme della Carta (incondizionate e autosufficienti), che possiedono effetto diretto anche orizzontale, e direttive che dispongono in dettaglio la regolamentazione del diritto, che sono prive di effetto diretto orizzontale, è irragionevole sotto un altro profilo, abbastanza importante. Come si è già avuto modo di mettere in luce, nella stragrande maggioranza dei casi l'individuo è incolpevole della violazione del diritto – che viceversa dipende da un atto legislativo statale (lesivo del diritto dell'Unione europea) che il privato sta rispettando – tanto quanto lo è della mancata o errata trasposizione di una direttiva europea. Pertanto, la Corte dovrebbe ben più diffusamente spiegare perché, ciononostante, dal rispetto delle norme «incondizionate» della Carta possano derivare degli obblighi, mentre da una direttiva (formalmente?) no.

Mi sembra che tutto ciò rappresenti un'ipotesi di attivismo giurisprudenziale mascherato dietro una sorta di minimalismo argomentativo¹⁶¹. È certamente vero che il processo di integrazione europea è sottoposto a minacce continue, e quelle di oggi non sono inferiori a quelle di ieri, quando l'Unione si dibatteva fra il fallimento del Trattato costituzionale e le esigenze dettate dal maxi-allargamento, a cui forse la Corte ha cercato di dare risposta abbassando i toni costituzionali del discorso, al contempo mantenendo – o anche ampliando – la forza di penetrazione del diritto europeo. Il faticoso compromesso raggiunto a Lisbona e le traversie subite dalla ratifica del relativo Trattato, la Brexit, la crisi della *rule of law* e, perché no, la pandemia da Covid-19 e da ultimo la guerra in Ucraina non sono che alcune delle sfide che l'Unione è chiamata ad affrontare e che senza dubbio mettono la Corte in una posizione difficile e ben giustificano anche oggi una certa cautela da parte di questa. Ma una tale cautela non può consistere nel ritrarsi dinanzi alla necessità di fornire argomentazioni complete che supportino le decisioni che si sono adottate. Anzi, è proprio nei momenti di crisi che le motivazioni assumono un'importanza cruciale, anche quelle dei giudici, specie se – come è avvenuto nella storia dell'Unione europea, ma il discorso ben può allargarsi ad altri contesti – vogliono (o sono costretti a) svolgere un ruolo di supplenza nei confronti del potere politico.

Per questa ragione, dovrebbe essere naturale che la Corte, quando ragiona di effetto diretto di disposizioni della Carta, ponga la persona – come chiede il Preambolo – «al centro» del suo argomentare, espliciti più chiaramente il senso e il valore costituzionale di un catalogo dei diritti nel sistema dell'Unione europea anche quale strumento per perseguirne al

¹⁶¹ Su cui anche F. Costamagna, *op. cit.*, ad es. p. 148

meglio gli obiettivi sociali sanciti nel Trattato¹⁶², e poi giustifichi in che ipotesi dalla necessità di rispettare i diritti debbano conseguire obblighi in capo ai privati e in che ipotesi no, attraverso ragioni che vadano al di là del puro e semplice dato del rinvio alle legislazioni e alle prassi effettuato da alcuni articoli avulso da ogni contesto.

Ad esempio, la Corte potrebbe utilizzare a tal fine la nota distinzione fra «principi» e «diritti» introdotta dagli artt. 51 e 52. I «principi», ai sensi di tali norme, richiedono non il «rispetto», ma la mera «osservanza» e «possono essere invocat[i] dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità» degli atti che ne danno attuazione: la Carta, dunque, li configura come un *minus* se paragonati ai «diritti»¹⁶³ (e ai principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea) che ben potrebbe giustificare la loro inidoneità a far sorgere obblighi in capo ai privati. Però allora il Giudice di Lussemburgo dovrebbe elaborare criteri chiari per individuare che cosa caratterizzi i «principi» e che cosa li differenzi dalla categoria dei «diritti», dal momento che ancora sulla distinzione suddetta regna una grande incertezza¹⁶⁴. Sinora, però, questa opportunità non è stata sfruttata: solo nella sent. *Glatzel*¹⁶⁵ la Corte ha espressamente qualificato una norma come contenente un «principio» – l'art. 26 della Carta sull'inserimento delle persone con disabilità – ma senza una seria riflessione al riguardo,

¹⁶² Più ampiamente, ancora F. Costamagna, *op. cit.*, p. 177 ss.

¹⁶³ B. Nascimbene, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti tra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 2021, p. 88. Sul tema cfr. anche M. Condinanzi, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'Andrea – G. Moschella – A. Ruggeri – A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 82; R. Palladino, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 175 ss.; e, più recentemente, volendo, L. Violini, M.E. Gennusa, *Cosa è e cosa rimane della distinzione tra principi e diritti?*, in C. Amalfitano – M. D'Amico – S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, p. 67 ss.

¹⁶⁴ Su tale problema cfr. ad esempio E. Cavasino, *Diritti e principi nello spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali: un aspetto dell'esperienza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, p. 561 ss.; T. Lock, *Rights and Principles in the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1208; C. Hilson, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction without Foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 197 ss.; V. Laciakova – J. Michalickova, *Rights and Principles: Is There a Need to Distinguish Them in the Charter of Fundamental Rights of the European Union?*, in *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 2013, p. 235 ss.; S. Prechal, *Rights v. Principles or How to Remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts*, in J.W. De Zwaan – F.A. Nelissen (eds.), *The European Union. An Ongoing Process of Integration. Liber Amicorum A.E. Kellermann*, Den Haag, 2004, p. 177 ss. .

¹⁶⁵ Corte giust., 22 maggio 2014, C-356/12, *Wolfgang Glatzel v. Freistaat Bayern*.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

limitandosi ad affermare che «sebbene [l'art. 26] prescriva all'Unione di rispettare e riconoscere il diritto dei disabili di beneficiare di misure di inserimento, il *principio* così consacrato non implica che il legislatore dell'Unione sia tenuto ad adottare questa o quella misura particolare. Affinché produca pienamente effetti, l'articolo deve essere concretizzato da disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Esso non può, quindi, conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile»¹⁶⁶. Si noti, tuttavia, che la caratteristica dell'incapacità di conferire un diritto automaticamente azionabile è esattamente quella che la Corte ha riconosciuto anche all'art. 27: senza che ciò sia valso, nella sent. *AMS*, a farle catalogare quest'ultimo articolo come disposizione recante un «principio»¹⁶⁷.

Oppure la Corte potrebbe giustificare la più attenuata pervasività di una norma della Carta attraverso un ragionamento da cui emerge la minore importanza della prerogativa da essa sancita nel contesto dell'Unione europea. In fondo, sebbene la Carta si caratterizzi per l'originale principio di «indivisibilità» dei diritti¹⁶⁸, può essere che un'analisi circostanziata del sistema nel suo complesso, dei suoi obiettivi e della posizione che uno specifico diritto assume al suo interno induca a non considerare accettabile l'imposizione dell'obbligo di rispettarlo anche in capo ai privati.

O, ancora, fermo restando che l'opera di completamento delle disposizioni della Carta da parte di altre fonti, in particolare delle direttive, nei fatti si verifica sempre, un'altra strada percorribile dalla Corte potrebbe essere quella di ammettere semplicemente che l'effetto diretto si può produrre solo attraverso l'azione congiunta di Carta e direttive: un

¹⁶⁶ Sent. *Glatzel*, cit., par. 78 (corsivo mio).

¹⁶⁷ F. Dorssemont, *The Right to Information and Consultation in Article 27 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Less than a Right and Less than a Principle, just an Ordinary Provision Lacking Direct Effect?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, p. 718 ss., critica con forza il fatto che la Corte abbia evitato accuratamente di qualificare l'art. 27 come norma contenente un «principio». Secondo la sua opinione, se la Corte lo avesse fatto, «it would [...] have been obliged to recognize that the right to information and consultation was judicially cognizable», attivando un possibile controllo di legalità della legislazione interna in questione.

¹⁶⁸ Sulle sue possibili implicazioni, cfr. le considerazioni di C. Pinelli, *La Carta europea dei diritti e il processo di costituzionalizzazione del diritto europeo*, in A. Pizzorusso – R. Romboli – A. Ruggeri – A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, p. 72 e R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto, *Introduzione*, in *Iid*, (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 16.

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

approccio che parte della dottrina aveva già letto nella sent. *Küçükdeveci*¹⁶⁹, ma che poi è stato smentito dalle successive pronunce. La direttiva darebbe sostanza al diritto garantito dalla Carta e quest'ultima fornirebbe una sorta di «copertura costituzionale» alla prima. Ovviamente andrebbero rispettate alcune condizioni: la direttiva dovrebbe essere finalizzata a garantire in modo specifico un diritto sancito dalla Carta e dovrebbe possedere chiarezza, precisione e tassatività nella disciplina approntata. In questo modo, il principio della certezza del diritto sarebbe certamente salvaguardato: il risultato sarebbe, infatti, quello di una regolamentazione complessiva che possiede tutti i criteri normalmente richiesti per produrre effetto diretto, con in più il vantaggio di evitare discriminazioni nella garanzia dello stesso diritto fra quanti si oppongono a un'autorità pubblica e quanti, invece, a un soggetto privato, senza nemmeno dover rinunciare, in via generale, alla «*no horizontal direct effect rule*» delle direttive poiché sarebbero solo quelle che danno specifica espressione a diritti garantiti dalla Carta a poterne integrare il parametro. È interessante notare, peraltro, che queste condizioni si ritrovano sia in relazione all'art. 21 sia in relazione all'art. 31. Sussisterebbero, però, anche per l'art. 27. Tutte e tre le direttive in questione infatti – la direttiva 2000/78 volta a combattere le discriminazioni, la direttiva 2003/88 sul diritto alle ferie e la direttiva 2002/14 sul diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione – riguardano lo specifico diritto oggetto della disposizione della Carta, sono state tutte espressamente dichiarate dalla Corte dotate di effetto diretto e, inoltre, mirano tutte a individuare regole applicabili anche nei rapporti orizzontali, fra soggetti privati.

Ad oggi, però, la Corte non dà segni di voler mutare radicalmente la sua consolidata giurisprudenza in materia. Anche l'ultima pronuncia sull'effetto diretto della Carta, la sent. *Braathens*¹⁷⁰, conferma sostanzialmente il solito approccio, sebbene il ruolo svolto della direttiva nella decisione risulti ancor più evidente. Il caso è assai interessante, pur riguardando il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo le cui peculiarità sono già state messe in luce più sopra¹⁷¹: la compagnia aerea svedese Braathens sottopone un passeggero a controlli di sicurezza supplementari, ritenendolo di nazionalità araba. Grazie a un ricorso del Mediatore delle discriminazioni, la Braathens viene condannata al risarcimento del danno. Essa accetta di

¹⁶⁹ Cfr. *supra*, par. 2.2; per riferimenti alla dottrina cfr., in particolare, note 66 e 67.

¹⁷⁰ Corte giust., 15 aprile 2021, C-30/19, *Diskrimineringsombudsmannen contro Braathens Regional Aviation AB*.

¹⁷¹ Cfr. *supra*, par. 3.1.

versare la somma richiesta a titolo di risarcimento per discriminazione, senza tuttavia riconoscere la sussistenza di questa. Ai sensi del diritto svedese, però, tale ottemperanza vale a chiudere definitivamente il processo: non sussistono, infatti, altri rimedi per costringere il condannato a indicare le ragioni per cui accetta di versare la somma, e quindi ad ammettere il proprio comportamento discriminatorio. Il giudice del rinvio chiede dunque alla Corte di giustizia di chiarire il significato della direttiva 2000/43 in materia di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dalle origini etniche – letta alla luce dell'art. 47 della Carta – là dove impone agli Stati l'obbligo di prevedere sanzioni effettive e dissuasive per punire le discriminazioni.

La Corte, dopo aver attentamente interpretato la direttiva e riconosciuto l'importanza anche del danno morale subito dal soggetto discriminato¹⁷², conclude: « Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando *che gli articoli 7 e 15 della direttiva 2000/43, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che impedisce a un giudice investito di un ricorso per risarcimento fondato su un'asserita discriminazione vietata da tale direttiva di esaminare la domanda diretta a far constatare la sussistenza di tale discriminazione, qualora il convenuto accetti di versare il risarcimento richiesto senza tuttavia riconoscere la sussistenza di detta discriminazione. Il giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, è tenuto a garantire, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza dell'articolo 47 della Carta disapplicando, all'occorrenza, qualsiasi disposizione contrastante della normativa nazionale*¹⁷³. In pratica, è la direttiva, letta alla luce dell'art. 47 della Carta, che osta alla disciplina nazionale. Però, ancora una volta, l'obbligo di disapplicazione viene poi fatto discendere dall'art. 47 soltanto: infatti, i menzionati articoli della direttiva «si limitano a concretizzare il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo, quale garantito dall'articolo 47 della Carta, che è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale»¹⁷⁴.

Per ora nessun cambiamento rivoluzionario, dunque. E chissà se in futuro la Corte avrà occasione di tornare sui tanti nodi irrisolti e fornire

¹⁷² Sull'importanza di questa pronuncia sotto questo profilo cfr. A. Wallerman Ghavanini, *Remedies for non-material damages: Striking out in a new direction? Braathens*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 151 ss.

¹⁷³ Sent. *Braathens*, cit., par. 59 (corsivo mio).

¹⁷⁴ Sent. *Braathens*, cit., par. 57.

soluzioni più consone¹⁷⁵. Certo: si deve osservare che la Corte di giustizia non è una corte costituzionale e nemmeno una corte dei diritti umani, ma resta pur sempre – per dirla con il suo ex presidente Vassilios Skouris – «*the Supreme Court of the European Union*»¹⁷⁶, cosicché anche le sue argomentazioni a sostegno dell'effetto diretto non possono che riflettere lo stato di precarietà – quasi di sospensione – che ormai da tempo caratterizza il processo di integrazione europea. Analogamente, è necessario ribadire – come anticipato nell'introduzione – che la dottrina dell'effetto diretto si è sviluppata attraverso un percorso che è stato profondamente condizionato

¹⁷⁵ Invero, un'ottima occasione sarebbe stata rappresentata dalla causa 341/19, *MH Müller Handel*, in cui, in un caso di presunta discriminazione dovuta a una norma interna a un'impresa che vietava ai propri dipendenti di indossare simboli religiosi, il giudice del rinvio aveva sollevato – fra le altre – una questione pregiudiziale del seguente tenore: «Se, quando si esamina un'istruzione basata su una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare segni vistosi e ampi di convinzioni religiose, politiche e di altro carattere ideologico, le disposizioni nazionali di rango costituzionale che tutelano la libertà di religione debbano essere disapplicate a causa del diritto primario dell'Unione, anche se quest'ultimo, ad esempio l'articolo 16 della Carta, riconosce le leggi e le prassi nazionali». La Corte avrebbe potuto chiarire se anche l'art. 16, in virtù del suo rinvio alle legislazioni e alle prassi, possiede la stessa (in)efficacia dell'art. 27, nonostante la sua giurisprudenza precedente sia parsa attribuirgli un ruolo decisamente maggiore (cfr. ad esempio Corte giust., 18 luglio 2013, C-426/11, *Mark Alemo-Herron e altri contro Parkwood Leisure Ltd*) o, magari, intervenire sulla distinzione fra «principi» e «diritti». La causa è stata però riunita alla causa C-804/18 in Corte giust., 15 luglio 2021, C-804/18 e C-341/19, *IX contro WABE e V* (C-804/18), e *MH Müller Handels GmbH contro MJ* (C-341/19), e la Corte ha deciso, alla luce delle risposte date alle altre questioni pregiudiziali, che non fosse necessario rispondere anche a quella indicata. Al momento, una recente decisione in materia di effetto diretto – ma non relativa alla Carta dei diritti – conferma la regola del divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive che non possono essere invocate «in quanto tali» in una controversia fra soggetti privati. Tuttavia, in essa la Corte afferma: «Ne consegue che un giudice nazionale non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare una disposizione del suo diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione, qualora quest'ultima disposizione sia priva di efficacia [...], ferma restando tuttavia la possibilità, per tale giudice, nonché per qualsiasi autorità amministrativa nazionale competente, di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione priva di tale efficacia». Si tratta di Corte giust., 18 gennaio 2022, C-261/20, *Thelen Technopark Berlin GmbH contro MN*, par. 33 (corsivo mio). Cfr. al riguardo l'editoriale *Convulsive Direct Effect?*, in *European Papers*, 2022, p. 409 ss. e J. Lindeboom, *Thelen Technopark and the Legal Effects of the Services Directive in Purely Internal and Horizontal Disputes*, in *European Papers*, 2022, p. 305 ss. Sulle possibili differenze fra la formulazione dell'art. 16 e dell'art. 27 della Carta, cfr. F. Costamagna, *op. cit.*, p. 189 ss. e p. 222.

¹⁷⁶ L. F.M. Besselink, *The ECJ as the European «Supreme Court»: Setting Aside Citizens' Rights for EU Law Supremacy*, in *Verfassungsblog*, 18 agosto 2018 (ultimo accesso 20 agosto 2022)

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

dalle caratteristiche del sistema delle fonti e, soprattutto, dalla particolare connotazione che i Trattati assegnano alle direttive, che sono atti di diritto derivato – e quindi non in grado di porre le basi dell'organizzazione europea – profondamente diversi dai regolamenti. Il problema, però, è che finché la Corte non si impegna a trovare una linea argomentativa che, individuato con chiarezza l'obiettivo dell'effetto diretto, riesca a coniugarlo con le specificità del sistema delle fonti, la «sua» dottrina non può produrre una grande coerenza negli esiti. Questa possibilità, però, al momento appare piuttosto lontana: come a dire che se, come sembra, l'effetto diretto si colloca al crocevia tra i diritti indirizzati ai singoli e il tipo di fonti che li sancisce, la Corte, purtroppo, si trova ancora in mezzo all'incrocio.

ABSTRACT: What is the CJEU's policy rationale for recognising the direct effect of certain provisions of European Union law? The analysis conducted in this study highlights that, while the initial decisions on this subject had revealed the CJEU's aim of enhancing the role of individuals as «subjects of rights» in the just established European Communities, the predominant objective stated by the CJEU in the following judgments has become to ensure the useful effect of Community law. However, this twist in the CJEU's arguments corresponded to a gradual loss of coherence in the doctrine of direct effect as a whole. The purpose of this work is to assess whether the more recent judgments recognising the direct effect of certain provisions of the Charter of Fundamental Rights have succeeded in regaining the original intent characterising the first phase of the CJEU's case law and, in doing so, remedying inconsistencies and contradictions in the doctrine of direct effect.

KEYWORDS: Doctrine of direct effect – Court of Justice of the European Union – useful effect – principle of non-discrimination – right to paid leave.

Maria Elena Gennusa – Professoressa associata di diritto costituzionale, Università degli Studi di Pavia (mariaelena.gennusa@unipv.it)