



L'efficacia diretta delle direttive negli ordinamenti nazionali, oggi: questioni ancora aperte alla vigilia del 50° anniversario della sentenza *van Duyn*

DI LORENZO CECCHETTI*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le direttive, una fonte del diritto che «intriga, disturba e divide»: cenni. – 3. È necessario declinare al plurale la dottrina dell'effetto diretto? Le peculiarità del test in relazione alle direttive. – 4. Sul divieto di «effetto diretto orizzontale» delle direttive e sulle sue eccezioni. – 4.1. Perché un *revirement* giurisprudenziale non è la migliore “*exit strategy*” dal divieto. – 4.2. Sviluppi in tema di effetto diretto incidentale: la sentenza *Airbnb Ireland* e la prospettazione di una estensione della eccezione in discorso al di là della mancata notifica di mere regole tecniche. – 4.3. Sviluppi in merito alla interazione tra disposizioni delle direttive e diritto primario (c.d. “schema *Mangold*”). – 4.3.1. L'estensione «per analogia» dello schema *Mangold* al diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite nelle sentenze *Bauer* e *Max-Planck*. – 4.3.2. La “battuta di arresto” della estensione nella sentenza *Thelen Technopark*. – 4.3.3. L'interazione tra fonti di diritto primario e direttive in controversie orizzontali: un'ipotesi ricostruttiva. – 5. Sviluppi in merito allo strumento della disapplicazione quale conseguenza immediata, necessaria e imprescindibile dell'effetto diretto delle direttive. – 6. Considerazioni conclusive: l'efficacia diretta delle direttive come problematica “costituzionale” e “federale”.

1. Nel 2024, la sentenza *van Duyn*¹ compirà cinquant'anni, e, con essa, l'efficacia diretta delle direttive negli ordinamenti degli Stati membri². Come è noto, tale pronuncia, a fronte di un alto numero di direttive non trasposte nei termini previsti, ha contribuito in modo significativo a garantire l'effettività del diritto dell'Unione³, segnando un punto di svolta⁴ per quanto riguarda gli strumenti di *private enforcement* del diritto dell'Unione europea (UE) a disposizione – e a tutela – dei privati.

Il decorso del tempo non determina, necessariamente, il venir meno dell'interesse scientifico rispetto a tematiche che incidono non solo sulla tutela dei diritti individuali e sull'esercizio del potere normativo dell'Unione, ma, più in generale, sull'architettura costituzionale dell'ordinamento UE⁵.

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università Luiss Guido Carli. Il presente articolo costituisce una rielaborazione della relazione presentata in occasione della III Edizione dell'Incontro fra i giovani studiosi di diritto dell'Unione europea promosso da AISDUE, svoltosi presso l'Università degli Studi di Firenze il 22 maggio 2023, già pubblicata sul sito internet dell' AISDUE, nell'apposita sezione dedicata agli atti dei convegni dell'Associazione.

¹ Corte giust., 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133.

² Si precisa che, ai fini del presente lavoro, per “efficacia diretta” o “effetto diretto” si farà riferimento alla capacità di una norma di diritto dell'Unione di essere applicata da un giudice nazionale – o da un'altra autorità amministrativa pubblica – nel caso concreto dinanzi a tale giudice o autorità. Questa nozione verrà pertanto intesa come sinonimo di “giustiziabilità” di una detta norma in un caso specifico. Per l'utilizzo di siffatta nozione v., *ex multis*, P. PESCATORE, *The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 2015, pp. 135-153, pp. 152-153 (originariamente pubblicato nella medesima Rivista, 1983, p. 155 ss.); B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG and G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2021, III ed., pp. 187-227, pp. 194-195; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Oxford, 2021, III ed., p. 161; M. BOBEK, *The effects of EU law in the national legal systems*, in C. BARNARD, S. PEERS (eds.), *European Union Law*, Oxford, 2020, III ed., p. 154 ss., pp. 159-160. Come è stato anche rilevato, detta giustiziabilità è il portato non già e soltanto di un esame tecnico-giuridico delle caratteristiche della norma quanto anche del contesto normativo nazionale nel quale essa deve essere applicata, v. ancora P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 153. Della declinazione del tradizionale test alla categoria delle direttive si dirà tra poco, nel § 3. Si anticipa altresì che, diversamente, il presente contributo non intende ripercorrere in dettaglio l'intera traiettoria dell'effetto diretto delle direttive nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Similmente, una compiuta disamina circa il rapporto fra “effetto diretto” ed “invocabilità” e fra “effetto diretto” ed “diretta applicabilità” esula dall'ambito di indagine di questo lavoro.

³ Si veda D. CURTIN, *Directives: The Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights*, in *Common Market Law Review*, 1990, p. 709 ss. L'importanza di considerare l'oggetto di questo articolo nella più ampia prospettiva della “effettività” del diritto dell'Unione, non limitando pertanto l'analisi al solo operato della Corte di giustizia, è messa in rilievo da F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, 1993, pp. 19-54.

⁴ Ancorché le precedenti sentenze nei noti casi *Grad* e *SACE* lasciassero intravedere questo sviluppo, in tali pronunce le norme contenute in direttive venivano in rilievo congiuntamente ad altre fonti del diritto comunitario. Si vedano Corte giust., 17 dicembre 1970, causa 33/70, *SACE*, ECLI:EU:C:1970:118, punti 15-18; e Corte giust., 6 ottobre 1970, causa 9/70, *Grad*, ECLI:EU:C:1970:78, punti 5-6. Già negli anni Sessanta, peraltro, la tesi favorevole alla capacità delle direttive di avere effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri era andata facendosi strada nella riflessione dottrinale, v. per tutti B. CONFORTI, *Il problema degli «effetti diretti» delle decisioni e delle direttive comunitarie e il terzo colloquio della Federazione internazionale per il diritto europeo*, in *Annuario di diritto internazionale*, 1965, p. 362 ss. Come è altresì noto, l'iter logico-argomentativo in merito alla efficacia diretta delle direttive sviluppato in *van Duyn* venne ben presto completato dalla di poco successiva sentenza *Ratti*, si veda Corte giust., 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*, ECLI:EU:C:1979:110, punto 22.

⁵ Come del resto dimostrano le sentenze cui si farà riferimento *infra* nei §§ 3, 4 e 5. A ciò si aggiunga che, anche per quanto concerne l'ordinamento giuridico italiano, alcune delle principali problematiche di diritto dell'Unione europea che hanno interrogato la dottrina e la giurisprudenza nazionale negli ultimi anni sono espressione diretta delle “questioni aperte” relative all'efficacia diretta delle direttive analizzate nel prosieguo. Si pensi, a titolo esemplificativo, al c.d. caso *Lexitor* o alla nota vicenda delle concessioni balneari, in relazione ai quali si veda, *ex multis* e rispettivamente, da un lato, F. MUNARI, *La Corte costituzionale tra Lexitor e un legislatore frettoloso: deferenza o dialogo?*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2023, pp. 81-103; R. CAFARI PANICO, *UniCredit*

Per quanto riguarda la dottrina dell'efficacia diretta, la direttiva rappresenta l'atto di diritto derivato dell'Unione che ha ingenerato – e continua a ingenerare⁶ – maggiori problematiche, in ragione della natura⁷ e delle peculiarità che caratterizzano tale strumento normativo⁸. La direttiva rappresenta il «più misterioso» atto vincolante dell'Unione⁹, essa «intriga, disturba e divide» («*intrigue, déränge, divise*»)¹⁰. Come è stato anche recentemente sottolineato, in mancanza di questo atto, la stessa dottrina dell'effetto diretto apparirebbe oggi come una tematica marginale nella riflessione accademica di diritto dell'UE¹¹. Tale osservazione colpisce ancor più ove si consideri che, sotto il profilo quantitativo, l'adozione di questo atto ha conosciuto una tendenza recessiva negli anni¹².

A conferma di quanto precede, è possibile notare come le recenti sentenze dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (Corte di giustizia o Corte) che hanno maggiormente inciso sulla dottrina dell'efficacia diretta complessivamente considerata – sulle quali concentreremo la nostra attenzione nei prossimi §§ – hanno avuto per oggetto, esclusivo oppure primario, l'applicazione di tale dottrina alle direttive.

Ed è precisamente alla luce di questi sviluppi giurisprudenziali che il presente lavoro si propone di esaminare la questione dell'effetto diretto delle direttive, oggi. In particolare, dopo alcuni brevi cenni in merito alle peculiarità dello strumento normativo in discorso (§ 2) e all'impatto di tali peculiarità sull'applicazione del tradizionale test dell'effetto diretto alle direttive, che varia, come sarà rilevato, tanto “nel tempo” quanto “nello spazio” (§ 3), il contributo si concentrerà su tre principali questioni ancora “aperte” alla vigilia del cinquantesimo anniversario di *van Duyn*. Due di queste problematiche afferiscono all'articolato panorama di eccezioni al divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive (§ 4.1). In particolare, da un lato, verrà esaminata l'estensione del c.d. effetto diretto incidentale al di là della situazione di mancata notifica di regole tecniche (§4.2). In secondo luogo, verrà analizzata

versus Lexitor. La saga senza fine della restituzione dei costi in caso di rimborso anticipato di un finanziamento, in rivista.eurojus.it, n. 2, 2023, pp. 1-18 e L. NENCINI, *Da Lexitor a UniCredit passando per la sent. n. 263/2022: un corto circuito giurisprudenziale?*, in BlogDUE, 19 aprile 2023; e, dall'altro lato, R. MASTROIANNI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in rivista.eurojus.it, n. 1, 2022, pp. 105-117; A. CIRCOLO, *L'epilogo della proroga ex lege delle concessioni balneari*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, pp. 573-590; C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli “comunitari” e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2021, pp. 247-283.

⁶ Si vedano, ad es., i casi menzionati nella nota precedente.

⁷ F. SNYDER, *op. cit.*, pp. 40-41.

⁸ Su cui vedi *infra* § 2.

⁹ R. SCHÜTZE, *European Union Law, op. cit.*, p. 169.

¹⁰ R. KOVAR, *Observations sur l'intensité normative des directives*, in F. CAPOTORTI *et al.* (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 359 ss.

¹¹ M. BOBEK, *The effects of EU law in the national legal systems, op. cit.*, p. 164.

¹² Nel quadriennio 2016-2019, ad esempio, sono state adottate 176 direttive a fronte di più di 4000 regolamenti (segnatamente, 4009), si veda R. SCHÜTZE, *European Union Law, op. cit.*, p. 169. La tendenza in discorso risulta confermata dai dati relativi agli anni successivi, riportati in M. OVÁDEK, *Legislative Output of the European Union. An Automatically Updated Overview of the EU's Legislative Activity*, consultabile al seguente link ipertestuale: <https://michalovadek.github.io/eulaw/> (ultimo accesso 20 luglio 2023). Ciononostante, appare opportuno sottolineare come, a fronte di questo dato quantitativo, la direttiva continui ad essere l'unico strumento normativo adottabile in settori particolarmente sensibili per gli ordinamenti nazionali. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla libertà di stabilimento (artt. 50, 52 e 53 TFUE), alla libera prestazione di servizi (artt. 59 e 60 TFUE), alla cooperazione giudiziaria in materia penale (v. ad es. gli artt. 82 e 83 TFUE), al ravvicinamento delle legislazioni al fine di favorire l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno (art. 115 TFUE, che, per esempio, ha permesso di adottare alcune direttive relative alla disciplina fiscale, ma v. anche l'art. 116 TFUE), ovvero, alla politica sociale (art. 153, par. 2, lett. b), TFUE).

l'estensione del c.d. "schema *Mangold*" – consistente nella interazione tra diritto primario e direttiva in controversie orizzontali – a norme diverse dal principio di non discriminazione (§4.3). La terza questione ancora aperta alla quale verrà dedicata attenzione concerne il nesso funzionale tra effetto diretto, primato ed obbligo di disapplicazione e la configurazione di quest'ultimo come "rimedio principe" alla incompatibilità tra diritto UE e ordinamento nazionale (§ 5). In relazione a ciascuna di queste tre questioni, verrà proposto un tentativo di razionalizzazione e sistematizzazione della problematica sulla base dell'analisi dei recenti sviluppi giurisprudenziali a tale riguardo. Il lavoro terminerà con alcune brevi riflessioni conclusive, volte a collocare le problematiche e gli sviluppi esaminati nel più ampio contesto dell'idea di "federalismo cooperativo" sottesa all'ordinamento giuridico dell'Unione¹³ (§ 6).

2. Non risulta necessario ripercorrere i caratteri essenziali della fonte del diritto in discorso per come definiti all'art. 288 TFUE¹⁴. Sia sufficiente, invece, spendere qualche parola in merito a tre caratteristiche della direttiva che immediatamente rilevano ai fini della presente analisi.

Le ragioni del carattere peculiare di questo atto devono rinvenirsi, in primo luogo, nella natura di fonte «mediata»¹⁵ e «indiretta»¹⁶ del diritto dell'Unione. Le direttive, infatti, rispondono ad esigenze di decentramento del processo decisionale¹⁷, rappresentano uno strumento di sussidiarietà¹⁸, ovvero, come è stato anche detto, sono espressione del principio di proporzionalità¹⁹. Ne consegue che, di norma, l'effettività della direttiva negli ordinamenti nazionali è assicurata dall'attuazione della stessa mediante trasposizione nel diritto nazionale: sono in prima battuta le norme adottate dagli Stati membri in adempimento degli obblighi posti in capo agli stessi dalle direttive a garantirne l'effettività. Sotto questa prospettiva, esse sono la manifestazione dell'impronta internazionalistica caratterizzante le origini del processo di integrazione²⁰, ancorché il cordone ombelicale con tale origine sia stato presto in

¹³ Secondo tale filosofia, considerata applicabile anche all'ordinamento UE, la sovranità è *condivisa* tra il livello "federale" e quello "nazionale" senza risultare confinata ermeticamente – in ragione del settore di volta in volta in esame – nella sfera di competenza esclusiva di uno dei due livelli di governo, v. R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism*, Oxford, 2009, pp. 1-10, p. 5. L'analisi di Schütze, peraltro, è ispirata alla riflessione accademica statunitense, v., ad es., E. S. CORWIN, *The Passing of Dual Federalism*, in *Virginia Law Review*, 1950, pp. 1-24.

¹⁴ Secondo cui, come è noto, «[l]a direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi».

¹⁵ D. SIMON, *La directive européenne*, Paris, 1997, p. 58.

¹⁶ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, op. cit., p. 169; N. CATALANO, *La Comunità Economica Europea e l'Euratom*, Milano, 1957, p. 59.

¹⁷ S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, 2006, II ed., p. 5; P. MORI, *Commento all'Articolo 288 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, II ed., p. 2249 ss., p. 2258.

¹⁸ D. SIMON, *La directive européenne*, op. cit., p. 11.

¹⁹ G. DI FEDERICO, *Il recepimento delle direttive nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in C. Odone, G. Di Federico (a cura di), *Il recepimento delle direttive dell'Unione Europea nella prospettiva delle regioni italiane. Modelli e soluzioni*, Napoli, 2010, pp. 1-68, p. 6.

²⁰ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, op. cit., p. 169; D. GALLO, *La vexata quaestio dell'efficacia interna delle direttive: l'insostenibile leggerezza del divieto di effetti diretti orizzontali*, in E. Moavero Milanesi, G. Piccirilli (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, Bari, 2018, pp. 17-36, p. 17; L.-J. CONSTANTINESCO, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden, 1977, p. 614. Cfr. C. W. A. TIMMERMANS, *Directives: Their Effects within the National Legal Systems*, in *Common Market Law Review*, 1979, pp. 533-555. Del resto, l'atto denominato "direttiva" nel trattato CEE trova un immediato precedente nella "raccomandazione" prevista all'art. 14, par. 3, del trattato CECA, la quale, a sua volta, affonda le proprie origini nello strumento della "raccomandazione" ben noto agli studiosi del

parte “reciso”²¹. In altre parole, la tematica dell’effetto diretto di queste ultime viene in rilievo soltanto in situazioni “patologiche”²², essa costituisce una «eccezione»²³.

Un secondo aspetto che occorre tenere in considerazione riguarda le funzioni principali ricollegabili all’utilizzo della direttiva. In altri termini, quando appare utile il ricorso a questo strumento normativo?

Almeno in un primo momento, la direttiva si è rivelata particolarmente utile laddove non risultasse possibile od opportuno perseguire l’unificazione dei sistemi normativi²⁴. Tuttavia, essa è stata altresì utilizzata, da un certo periodo in poi, come strumento di liberalizzazione, in altre parole per «ri-regolare» alcuni mercati, specie nel campo dei servizi pubblici, per agevolare la realizzazione di condizioni concorrenziali nel mercato interno e, così facendo, facilitare il suo buon funzionamento²⁵.

A fronte di queste “macro-categorie” di funzioni, riveste ancora primario interesse la classificazione sistematica proposta da Capelli²⁶, che – in breve – ha ordinato la fonte del diritto in discorso in sei differenti categorie²⁷ sulla base di un criterio teleologico, vale a dire in ragione della loro precisa funzione nel sistema dei trattati. A titolo esemplificativo, mentre alcune direttive appaiono indispensabili per completare o integrare le norme dei trattati, altre si limitano a ravvicinare le legislazioni degli Stati membri per assicurare condizioni di parità concorrenziale tra gli operatori economici. Non è necessario soffermarsi ulteriormente in merito a questa classificazione. Occorre tuttavia sottolineare come il “collegamento funzionale” tra la direttiva di volta in volta in discorso e il diritto primario rappresenti un elemento centrale – benché troppo spesso ignorato – nella riflessione in merito alla idoneità di norme ivi contenute di avere effetto diretto. In altre parole, non tutte le direttive sono uguali: nell’esaminare l’idoneità di norme ivi contenute di avere effetto diretto, specialmente ma non solo in controversie orizzontali, non si dovrebbe prescindere dalla specifica funzione che la direttiva

diritto delle organizzazioni internazionali. In questo senso, v. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983, pp. 30-35, nonché P. GASPARRI, *Commento all’Art. 14*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell’acciaio*, Milano, 1970, pp. 193-205, pp. 196-198.

²¹ Il riferimento è a Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend and Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

²² D. SIMON, *La directive européenne*, op. cit., p. 57.

²³ U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Bari, 2020, VI ed., p. 317.

²⁴ C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, pp. 57-58; S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, op. cit., pp. 3-5.

²⁵ S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, op. cit., pp. 3-5.

²⁶ F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, op. cit., pp. 70-97; e, ora, F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori, e decadenza delle direttive comunitarie*, op. cit., pp. 77-82.

²⁷ Le sei categorie possono essere così brevemente riepilogate: 1) direttive di completamento e di integrazione delle norme contenute nel trattato (al tempo, il Trattato CEE); 2) direttive coadiutorie o di sostegno, volte a consentire alle norme del trattato o del diritto derivato di realizzare gli obiettivi ivi previsti; 3) direttive di liberalizzazione, volte a sopprimere le discriminazioni e le restrizioni alla libera circolazione dei fattori produttivi precedentemente alla scadenza del periodo transitorio; 4) direttive di armonizzazione e di coordinamento con effetti liberalizzanti, volte a rendere concretamente operanti i principi di libera circolazione in settori fondamentali del mercato comune; 5) direttive di «mera armonizzazione», destinate solo a creare condizioni di parità concorrenziale fra gli operatori; e 6) direttive di programmazione, macro-categoria che ricomprende una serie di direttive di riorganizzazione di determinate materie o di coordinamento accumulate dal fatto di non perseguire fini di armonizzazione delle legislazioni nazionali.

svolge nel sistema dei trattati²⁸ e dal collegamento funzionale tra la stessa e altre norme di diritto dell'Unione²⁹.

Un terzo aspetto che assume rilievo, in parte connesso a quello che precede, concerne il contenuto normativo delle direttive. Lasciando da parte la questione delle cc.dd. direttive dettagliate, già da tempo esaminata dalla dottrina³⁰, è opportuno menzionare la distinzione tra «direttive di diritto privato» («*Private law directives*») e «direttive di diritto pubblico» («*Public law directives*»)³¹. Mentre le prime riguardano rapporti giuridici normalmente, benché non esclusivamente, intercorrenti tra soggetti di diritto privato, le seconde concernono una disciplina che troverà esclusivamente applicazione all'esercizio del potere pubblico, primariamente da parte degli Stati membri³². Anche questa differenziazione riveste un particolare rilievo ai fini del presente lavoro. Infatti, da un lato, è precisamente in relazione alle direttive di diritto privato che il problema della efficacia diretta orizzontale si è posto e continua a porsi con particolare insistenza. Un esempio classico di questa categoria di direttive sono quelle adottate dall'Unione nella materia del rapporto di impiego, l'efficacia interna delle quali ha difatti attirato l'attenzione degli studiosi sin dagli anni Ottanta³³. Dall'altro lato, il fenomeno dell'effetto diretto incidentale necessariamente concerne le direttive di diritto pubblico³⁴.

La peculiare natura giuridica della direttiva e le altre caratteristiche qui sopra brevemente delineate influenzano, anzitutto, l'applicazione del test dell'effetto diretto a questo strumento normativo.

3. Come è noto, una norma di diritto dell'UE è tradizionalmente considerata capace di avere effetto diretto quando è chiara, precisa e incondizionata, ove è quest'ultimo criterio a rappresentare il fattore determinante del test³⁵. Per “incondizionatezza” si intende il «carattere automatico» della norma, che non richiede ulteriori attuazioni per essere applicata³⁶. Il presente

²⁸ Il profilo indicato nel testo ricorre frequentemente negli studi in tema di efficacia diretta delle direttive condotti negli anni Ottanta. In aggiunta all'Autore già citato alla nota a pie' di pagina n. 26, v., ad es., A. J. EASSON, *EEC Directives for the Harmonisation of Laws: Some Problems of Validity, Implementation and Legal Effects*, in *Yearbook of European Law*, 1981, pp. 1-44; D. WYATT, *The Direct Effect of Community Social Law, Not Forgetting. Directives*, in *European Law Review*, 1983, pp. 241-248, spec. p. 245 ss.

²⁹ V. *infra* § 4.

³⁰ B. CONFORTI, *Sulle direttive della Comunità Economica Europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 1972, pp. 83-92. Si noti che la questione dell'effetto diretto delle disposizioni di una direttiva non può essere completamente sovrapposta all'ipotesi delle direttive dettagliate (anche dette “particolareggiate”), si veda, in questo senso, G. TESAURO (a cura di P. DE PASQUALE e F. FERRARO), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, I, 2021, III ed., pp. 254-259.

³¹ A. DASHWOOD, *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2006-2007, pp. 81-109, p. 98. V. altresì S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, *op. cit.*, p. 262 ss.

³² *Ibid.* Si veda altresì S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, *op. cit.*, p. 262 ss. La distinzione tra le due ipotesi è stata tracciata in modo chiaro da Corte giust., 7 agosto 2018, causa C-122/17, *Smith*, ECLI:EU:C:2018:631, punti 53-54.

³³ D. WYATT, *op. cit.*; A. TIZZANO, *Efficacia della normativa comunitaria in materia di lavoro*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano, Atti del Convegno di Parma: 30-31 ottobre 1985*, Padova, 1988, pp. 63-75; F. CAPELLI, *Portata ed efficacia delle direttive comunitarie in materia di rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano, Atti del Convegno di Parma: 30-31 ottobre 1985*, *op. cit.*, pp. 77-82.

³⁴ V. *infra* § 4, ove verrà tra l'altro chiarito il concetto di “effetto diretto incidentale”.

³⁵ D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, in *European Law Open*, 2022, pp. 576-605, p. 599.

³⁶ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, *op. cit.*, pp. 158-160.

§ vuole porre in evidenza come il test dell'effetto diretto si atteggi diversamente quando esso viene applicato alle direttive. In altri termini, si potrebbe dire che tale test varia non solo "nel tempo" ma anche "nello spazio", ossia in ragione dell'atto giuridico coinvolto.

Il fatto che esso vari nel tempo è un aspetto da anni oggetto della riflessione dottrinale. Per descrivere questo fenomeno, sono state utilizzate diverse espressioni, sottolineando che vi è stato un «rilassamento» nell'applicazione delle condizioni³⁷, un loro «ampliamento»³⁸, e, più in generale, evidenziando il «carattere cangiante»³⁹ della nozione di effetto diretto, considerata in costante evoluzione⁴⁰.

Il mutamento del test in ragione dell'atto giuridico coinvolto è di tutta evidenza in relazione alle direttive⁴¹, rispetto alle quali l'effetto diretto, da un lato, sperimenta il suddetto rilassamento in modo ancora più marcato rispetto alle altre fonti del diritto UE, e, dall'altro lato, conosce "limiti" peculiari che non caratterizzano le altre fonti.

Quanto al primo aspetto – *i.e.*, il marcato rilassamento –, è stato ben presto chiarito, anzitutto, che è necessario e sufficiente che le disposizioni della direttiva siano «sufficientemente precise»⁴². Il test, in altre parole, ha ad oggetto il contenuto precettivo della disposizione⁴³, e non già la sua mera formulazione.

Similmente, anche l'applicazione del criterio della "incondizionatezza" ha conosciuto un rilassamento. Considerati i caratteri propri della direttiva illustrati nel § precedente, è evidente che il «carattere automatico» della norma, tale da non richiedere ulteriori attuazioni per essere applicata, deve essere declinato in termini in parte peculiari. La Corte ha difatti generalmente ammesso che la riserva di un margine di discrezionalità nell'attuazione della direttiva non osta alla incondizionatezza (e alla sufficiente precisione) di una disposizione della direttiva⁴⁴. Solo ove la discrezionalità riservata agli Stati membri nell'attuazione di una singola disposizione è stata considerata «ampia», tale margine di manovra in favore degli Stati precluderà la diretta efficacia della norma⁴⁵.

³⁷ D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2019, IV ed., p. 293 ss.; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, *op. cit.*, p. 161.

³⁸ R. SCHÜTZE, *op. cit.*, p. 161; P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2020, VII ed., pp. 223-225.

³⁹ D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 163 ss.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ M. BOBEK, *The effects of EU law in the national legal systems*, *op. cit.*, p. 159.

⁴² Corte giust., 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*, ECLI:EU:C:1982:7, punto 25. I principi illustrati nel testo sono ripresi nella successiva giurisprudenza della Corte, si vedano, tra le altre, Corte giust., 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84, punto 46; Corte giust., 12 luglio 1990, causa C-188/89, *Foster e a.*, ECLI:EU:C:1990:313, punto 16; Corte giust., 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer*, ECLI:EU:C:2003:168, punto 69; e Corte giust., 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, ECLI:EU:C:2008:223, punto 56.

⁴³ *Ibid.* La versione in lingua italiana delle varie pronunce qui sopra menzionate utilizza l'espressione «dal punto di vista sostanziale» per fare riferimento sia al requisito della "sufficiente precisione" sia a quello della "incondizionatezza".

⁴⁴ Sentenza *Becker*, *cit.*, punti 27-30, specialmente punto 28. Il principio in discorso era peraltro già desumibile dalla sentenza *van Duyn*, *cit.*, punto 13.

⁴⁵ V., ad es., Corte giust., 12 dicembre 1990, cause riunite C-100/89 e C-101/89, *Kaefer e Procacci*, ECLI:EU:C:1990:456, punto 26; Corte giust., 4 febbraio 2004, causa C-157/02, *Rieser*, ECLI:EU:C:2004:76, punto 40; e, più recentemente, Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Link Logistic*, ECLI:EU:C:2018:810, punti 47-56. Cfr. S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, *op. cit.*, pp. 247-249, spec. p. 248.

Detto rilassamento nell'applicazione dei suddetti criteri, benché non sia una completa novità⁴⁶, appare ancora più accentuato nella recente giurisprudenza della Corte. Si pensi, in primo luogo, a *RTS*, resa nel gennaio 2021 e concernente, tra l'altro, l'efficacia diretta del diritto al *self-cleaning* nel contesto delle direttive in materia di appalti. In questa pronuncia viene affermato che, laddove una disposizione di una direttiva sancisce un «obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni dell'Unione o degli Stati membri», l'effetto diretto di tale disposizione non è precluso dal fatto che «le [...] condizioni sostanziali e procedurali di applicazione [della medesima disposizione] debbano essere specificate dagli Stati membri»⁴⁷.

Una seconda recente pronuncia di primario rilievo è *NE II*⁴⁸, resa a seguito di rinvio pregiudiziale di un tribunale amministrativo regionale austriaco in merito all'effetto diretto (verticale) del requisito di proporzionalità delle sanzioni di cui all'art. 20 della direttiva 2014/67⁴⁹. La sentenza in discorso merita attenzione per una serie di profili⁵⁰, alcuni dei quali saranno richiamati nel prosieguo⁵¹. Per quanto qui interessa, tuttavia, essa viene in rilievo perché opera un esplicito *overruling* – che trova pochi precedenti nella pregressa giurisprudenza⁵² – del principio sancito solo pochi anni prima in *Link Logistic*.

Più in dettaglio, in *NE II*, la Corte ha sancito l'effetto diretto del predetto art. 20 della direttiva, ai sensi del quale «[g]li Stati membri stabiliscono le sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'osservanza. Le sanzioni previste sono effettive, proporzionate e dissuasive». In maniera diametralmente opposta, in *Link Logistic*, applicando i – pur laschi – criteri qui sopra brevemente ricordati, l'effetto diretto (verticale) del principio di

⁴⁶ Si veda, ad es., Corte giust., 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, ECLI:EU:C:2004:584, punti 104-106.

⁴⁷ Corte giust., 14 gennaio 2021, causa C-387/19, *RTS*, ECLI:EU:C:2021:13, punti 43-50, e, segnatamente, punto 48. Corsivo aggiunto. In merito a questa pronuncia sia consentito rinviare a D. GALLO, L. CECCHETTI, *La prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana in materia di self-cleaning è compatibile con il diritto dell'Unione Europea?*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2021, pp. 244-292.

⁴⁸ Corte giust., 8 marzo 2022, causa C-205/20, *NE II*, ECLI:EU:C:2022:168.

⁴⁹ Direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»).

⁵⁰ Tra i commenti alla sentenza, si vedano X. GROUSSOT, A. LOXA, *Of the Practicability of Direct Effect and the 'Doctrine of Change'*, in *EU Law Live*, 29 marzo 2022, consultabile online; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sistema Penale*, 26 aprile 2022, consultabile online; M. LANOTTE, *La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza NE*, in *Quaderni AISDUE*, 2023, pp. 367-397.

⁵¹ Come si vedrà *infra* nel § 5, la sentenza in discorso interviene sul delicato rapporto tra effetto diretto, primato e disapplicazione.

⁵² Per una analisi e sistematizzazione circa l'utilizzo della tecnica dell'*overruling* nella giurisprudenza della Corte di giustizia, v. T. TRIDIMAS, *Precedent and the Court of Justice. A Jurisprudence of Doubt?*, in J. DICKSON, P. ELEFTHERIADIS (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, pp. 307-330; D. SARMIENTO, *The 'Overruling Technique' at the Court of Justice of the European Union*, in *European Journal of Legal Studies*, in corso di pubblicazione.

proporzionalità delle sanzioni sancito in una disposizione di una direttiva completamente assimilabile a quella ricordata⁵³ era stato escluso in maniera netta⁵⁴.

Qual è l'*iter* logico-argomentativo che sorregge questo repentino *overruling*? L'applicazione dei due summenzionati criteri è caratterizzata non già e non solo dal rilassamento cui si è già fatto riferimento. È possibile notare una vera commistione e sovrapposizione tra gli stessi criteri. Da un lato, il carattere incondizionato dell'art. 20 della direttiva è ricollegato al tenore letterale di questa disposizione, che sarebbe incondizionata in quanto è formulata «in termini assoluti»⁵⁵. Tale carattere non è messo in discussione dal «fatto che [...] debba essere oggetto di trasposizione»⁵⁶. A sostegno di questa affermazione, viene posto il – di certo non nuovo – argomento incentrato sull'effetto utile dell'art. 288 TFUE⁵⁷. Dall'altro lato, la sufficiente precisione discenderebbe dal fatto che benché «tale disposizione concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nel definire il regime sanzionatorio [...], un siffatto margine di discrezionalità trova i propri limiti nel *divieto, enunciato in termini generali e inequivocabili* da detta disposizione, di prevedere sanzioni sproporzionate»⁵⁸.

Venendo ora a quelli che, qui sopra, sono stati definiti i “limiti” dell'effetto diretto delle direttive, è possibile notare che essi sono, a ben vedere, vere e proprie “condizioni aggiuntive”, intrinseche al test dell'effetto diretto allorché esso è applicato a questa tipologia di atto.

Una prima, ulteriore condizione è, come noto, di ordine temporale: in ragione dei caratteri propri di questo strumento normativo⁵⁹, la questione dell'effetto diretto della disposizione di una direttiva può sorgere solo successivamente alla scadenza del termine per il recepimento della stessa nell'ordinamento nazionale in questione. Pertanto, affinché possa venire in rilievo la questione al centro di questo lavoro, occorre che un determinato Stato membro non abbia trasposto la direttiva ovvero non l'abbia trasposta correttamente od integralmente antecedentemente alla scadenza di tale termine⁶⁰. Ciò non toglie che, anche in pendenza del termine, le direttive producano degli effetti giuridici negli ordinamenti degli Stati membri,

⁵³ Si trattava dell'art. 9 *bis* della direttiva 1999/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 1999, relativa alla tassazione a carico di autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci su strada per l'uso di alcune infrastrutture, che così dispone: «Gli Stati membri pongono in essere gli adeguati controlli e determinano il regime sanzionatorio applicabile alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva; adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

⁵⁴ Sentenza *Link Logistic*, cit., punti 47-56.

⁵⁵ Sentenza *NE II*, cit., punto 23.

⁵⁶ *Ibid.*, punto 25.

⁵⁷ *Ibid.*, punto 26. In particolare, la Corte sostiene che ciò «equivarrebbe ad impedire ai singoli interessati di invocare, se del caso, il divieto di adottare sanzioni sproporzionate imposto da tale requisito. Orbene, sarebbe incompatibile con il carattere vincolante che l'articolo 288 TFUE riconosce alla direttiva di escludere, in linea di principio, che un siffatto divieto possa essere invocato dalle persone interessate».

⁵⁸ Sentenza *NE II*, cit., punto 27. Corsivo aggiunto.

⁵⁹ V. *supra* § 2.

⁶⁰ Si vedano, *ex multis*, sentenza *Becker*, cit., punto 25; Corte giust., 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis*, ECLI:EU:C:1987:431, punto 7; sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 103.

essendo stato ravvisato dalla Corte, in capo a questi ultimi, un obbligo di *standstill*⁶¹, strettamente connesso al principio di leale cooperazione oggi sancito all'art. 4, par. 3, TUE⁶².

Infine, anche laddove le condizioni sin qui ricordate fossero soddisfatte nella loro interezza, come è noto, l'effetto diretto delle direttive potrà operare esclusivamente nei confronti dello Stato membro, in modo "unidirezionale" o "unilaterale". Secondo una giurisprudenza costante della Corte, difatti, è escluso che le direttive possano imporre obblighi in capo ai singoli, tanto in controversie *inter privatos* (cc.dd. orizzontali)⁶³ quanto in controversie nelle quali è il potere pubblico a fare affidamento sulla disposizione di una direttiva non correttamente trasposta determinando – in questo modo – un pregiudizio al patrimonio giuridico del singolo (c.d. effetto diretto rovesciato)⁶⁴. Quanto precede vale, a maggior ragione, ove l'efficacia diretta della direttiva determinasse o aggravasse la responsabilità penale di un individuo⁶⁵.

Il divieto di effetto diretto in controversie orizzontali delle direttive, avente ad oggetto l'ambito di applicazione *ratione personae* di tale effetto, rappresenta senza dubbio la questione aperta ancora oggi più problematica e discussa. Occorre dunque passare ad esaminare siffatto divieto e le sue consolidate – ed ormai variegata – eccezioni, prestando particolare attenzione – come anticipato nella sezione introduttiva – ai più importanti sviluppi giurisprudenziali recentemente intervenuti a tale riguardo.

4. Il divieto in discorso trova ancora oggi fondamento in una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, che poggia su diversi argomenti⁶⁶, almeno in parte superabili⁶⁷. Tra questi

⁶¹ Vale a dire l'obbligo di astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa, si veda Corte giust., 18 dicembre febbraio 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, ECLI:EU:C:1997:628, punti 35-50.

⁶² In merito a questo principio, v. *amplius* F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020.

⁶³ Sentenza *Marshall*, cit., punto 48; sentenza *Kolpinghuis*, cit., punto 9; Corte giust., 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292, punti 22-25; Corte giust., 7 marzo 1996, causa C-192/94, *El Corte Inglés*, ECLI:EU:C:1996:88, punti 15-17; sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 108; Corte giust., 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*, ECLI:EU:C:2012:33, punto 37.

⁶⁴ Sentenza *Marshall*, cit., punti 48-49; sentenza *Faccini Dori*, cit., punto 22; sentenza *El Corte Inglés*, cit., punto 16; Corte giust., 21 ottobre 2010, causa C-227/09, *Accardo e a.*, ECLI:EU:C:2010:624, punto 46.

⁶⁵ Corte giust., 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*, ECLI:EU:C:1987:275, punti 17-20; Corte giust., 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, ECLI:EU:C:1996:363, punti 35-38; Corte giust., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, ECLI:EU:C:2005:270, punti 70-78.

⁶⁶ In breve, la giurisprudenza della Corte poggia sui seguenti argomenti: (i) un argomento testuale, basato sulla formulazione dell'odierno art. 288 TFUE, ai sensi del quale «[l]a direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta [...]»; (ii) il principio dell'*estoppel*, secondo cui l'effetto diretto delle direttive è volto ad impedire che uno Stato membro tragga vantaggio dal proprio mancato rispetto del diritto dell'Unione (v. sentenza *Ratti*, cit., punto 22), con la conseguenza che gli individui non possono essere ritenuti responsabili della mancata attuazione di una direttiva da parte dello Stato; (iii) un argomento di carattere sistematico, secondo cui, qualora venisse riconosciuto detto effetto diretto orizzontale, la distinzione tra atti di diritto derivato sancita dall'art. 288 TFUE – segnatamente, la distinzione tra "direttive" e "regolamenti" – verrebbe meno; e (iv) la certezza del diritto, considerato che – diversamente da quanto oggi in generale imposto dall'art. 297 TFUE – esse non erano originariamente oggetto di pubblicazione (v. Corte giust., 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, ECLI:EU:C:2004:12, punto 56).

⁶⁷ Per una critica di queste argomentazioni, si veda R. SCHÜTZE, *Direct Effects and Indirect Effects of Union Law*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: Volume I The European Union Legal Order*, I, Oxford, 2018, pp. 265-299, pp. 279-280; e J. COPPEL, *Rights, Duties and the End of Marshall*, in *The Modern Law Review*, 1994, pp. 859-879.

consolidati argomenti, può essere utile ricordare le esigenze di certezza del diritto e la diversa natura delle direttive rispetto ai regolamenti.

Secondo questo filone giurisprudenziale, in sintesi, «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 dinanzi a un giudice nazionale»⁶⁸. Con la conseguenza che, «anche se chiara, precisa e incondizionata, una disposizione di una direttiva non consente al giudice nazionale di *disapplicare* una disposizione del suo diritto interno ad essa contraria se, in tal modo, venisse imposto un *obbligo aggiuntivo* a un singolo»⁶⁹.

4.1. La perimetrazione di questo divieto e le eccezioni allo stesso si sono sviluppate nella giurisprudenza della Corte secondo percorsi non sempre lineari, definiti «creativi» e anche «imprevedibili»⁷⁰. L'intento di questo filone giurisprudenziale è evidente ed in larga misura apprezzabile, e può essere ravvisato nel garantire l'effettività dei diritti conferiti agli individui dall'ordinamento dell'Unione, evitando disparità di trattamento legate alla natura verticale od orizzontale del rapporto giuridico⁷¹.

Dall'analisi di tale giurisprudenza emerge che le eccezioni al – e le perimetrazioni del – divieto sono a tal punto numerose da potersi sostenere che sia il divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive a porsi oggi come “eccezione”, e non già il contrario⁷². Ne discende che, in breve, gli obiettivi e argomenti sottesi al divieto appaiono oggi disattesi e finanche traditi. Le eccezioni giurisprudenziali nel tempo elaborate dalla Corte generano infatti una non trascurabile incertezza giuridica⁷³, che – a questo riguardo – sembra porre gli individui in una posizione peggiore rispetto alla incertezza che conseguirebbe al superamento del divieto⁷⁴.

È sulla base di queste considerazioni che parte della dottrina ha suggerito il definitivo abbandono dello stesso⁷⁵. Pur comprendendo le perplessità evidenziate da questi Autori,

⁶⁸ Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski II*, ECLI:EU:C:2019:530, punto 65. Corsivo aggiunto.

⁶⁹ *Ibid.*, punto 67. Corsivo aggiunto.

⁷⁰ F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori, e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva Ce n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021, p. 19; E. DUBOUT, *L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le «bateau ivre» a-t il sombré?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 277-295; F. CAPELLI, *L'efficacia orizzontale delle direttive secondo una giurisprudenza incompiuta*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1994, p. 51 ss.; F. EMMERT, M. PEREIRA DE AZEVEDO, *L'effet horizontal des directives - La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1993, pp. 503-524.

⁷¹ Disparità alla quale – come è stato argomentato –, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, potrebbe farsi fronte mediante l'intervento della Corte costituzionale italiana, si veda R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di eguaglianza*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 43 ss.; R. MASTROIANNI, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, in *European Public Law*, 1999, pp. 417-435.

⁷² M. BOBEK, *Why Is It Better to Treat Every Provision of EU Directives as Having Horizontal Direct Effect?*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2023, pp. 211-220; T. TRIDIMAS, *Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited*, in *Yearbook of European Law*, 2001, pp. 327-354.

⁷³ P. V. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Developments of the Case-Law of “Horizontal” Direct Effect of Directives*, in *Jean Monnet Working Paper*, 2002, n. 7, consultabile online.

⁷⁴ EDITORIAL COMMENTS, *Horizontal Direct Effect – A Law of Diminishing Coherence?*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 1-8; P. CRAIG, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, in *European Law Review*, 2009, p. 349 ss., p. 376.

⁷⁵ M. BOBEK, *Why Is It Better to Treat Every Provision of EU Directives as Having Horizontal Direct Effect?*, *op. cit.*; M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un*

occorre innanzitutto ricordare che la Corte di giustizia non è il solo attore che, tramite la sua azione, garantisce l'effettività del diritto dell'Unione. La giurisprudenza della Corte è stata capace di traghettare l'effettività delle direttive fino a un certo punto, ponendo un argine al diffuso fenomeno della incorretta, incompleta, o tardiva trasposizione delle direttive negli ordinamenti nazionali⁷⁶, ma altre istituzioni possono giocare un ruolo parimenti importante. Tra queste, assume particolare rilievo l'azione della Commissione europea⁷⁷. In secondo luogo, l'effettività assicurata dalla Corte in uno specifico caso portato alla sua attenzione non è né l'unico interesse meritevole di tutela esistente né – in modo interconnesso – l'unica dimensione della effettività esistente. Il contributo di ogni tecnica o strategia volta ad assicurare detta effettività dovrebbe tenere in considerazione il suo impatto prospettico, nel medio-lungo periodo⁷⁸.

Ora, anche ove si volesse sostenere che il disposto dell'art. 288 TFUE non osta *per se* al superamento del divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive⁷⁹, coniugando tale effetto diretto con il ricorso alla tecnica delle direttive dettagliate e con il rilassamento del test dell'effetto diretto⁸⁰, la specifica natura e la funzione di questo strumento normativo⁸¹ verrebbero definitivamente meno, ad avviso di chi scrive.

Più in particolare, ove le istituzioni politiche UE abbiano optato per una direttiva benché l'adozione di un regolamento fosse in astratto possibile, un generalizzato effetto diretto orizzontale delle disposizioni della direttiva mal si concilierebbe con l'allocazione "orizzontale" delle competenze tra istituzioni, e, segnatamente, tra potere legislativo e potere giudiziario. Nel caso in cui, invece, la base giuridica utilizzata per l'adozione della direttiva escludesse il ricorso al regolamento⁸², è il riparto "verticale" di competenze tra Unione e Stati membri che verrebbe significativamente pregiudicato.

A fianco di queste perplessità teoriche, il "ripensamento" della Corte in merito al divieto, auspicato da parte della dottrina, mi pare ponga delle perplessità anche da un punto di vista

dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie", in Federalismi.it, 22 maggio 2019, n. 10, pp. 1-17; D. GALLO, L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa, op. cit., pp. 290-346; 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 MediaLaws - Rivista di diritto dei media, 2018, p. 138 ss.; P. CRAIG, The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions, op. cit.; F. BECKER, A. CAMPBELL, The Direct Effect of European Directives: Towards the Final Act?, in Columbia Journal of European Law, 2007, p. 401 ss.; C. A. VARNER, The Effectiveness of European Community Law with Specific Regard to Directives: The Critical Step Not Taken by the European Court of Justice, in Michigan Journal of International Law, 2001, pp. 457-488; T. TRIDIMAS, Horizontal effect of directives: a missed opportunity?, in European Law Review, 1994 pp. 621-636; F. EMMERT, Horizontale Drittwirkung von Richtlinien? Lieber ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende!, in Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 1992, pp. 56-67; J. COPPEL, op. cit.; A. ARNULL, The Direct Effect of Directives: Grasping the Nettle, in The International and Comparative Law Quarterly, 1986, pp. 939-946.

⁷⁶ P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, op. cit., pp. 235-236.

⁷⁷ F. SNYDER, op. cit., p. 54; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, 1997, III ed., pp. 394-402 e 437-450.

⁷⁸ Cfr. F. SNYDER, op. cit., p. 54.

⁷⁹ In questo senso, si veda, ad es., R. SCHÜTZE, *Direct Effects and Indirect Effects of Union Law*, op. cit., p. 280; R. MASTROIANNI, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, op. cit.

⁸⁰ V. *supra* § 3.

⁸¹ Atto normativo espressione di sussidiarietà e funzionale al decentramento del processo decisionale, come ricordato *supra* nel § 2.

⁸² Per alcuni esempi, v. *supra* nota n. 12.

pratico. Infatti, a fronte di una giurisprudenza quasi quarantennale che sancisce il divieto, soltanto un *revirement* giurisprudenziale esplicito (per così dire, “stile *NE II*”⁸³) sembrerebbe in grado di superare lo stesso⁸⁴. Non ritengo tuttavia che tale tecnica sia una strada percorribile in relazione al divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive – visto che non si tratterebbe di chiarire una “questione aperta” ma di rinnegare una giurisprudenza consolidata. Né che essa sia opportuna, dovendo per l’appunto sconfessare un indirizzo consolidato senza che siano intervenuti modifiche sostanziali alla disciplina dell’atto in discorso⁸⁵.

Anche per questi motivi, risulta invece maggiormente in linea con il *modus operandi* della Corte di giustizia, come dimostra la recente giurisprudenza in relazione all’art. 267, par. 3, TFUE⁸⁶, una «strategia dei piccoli passi»⁸⁷ che apporti gli accorgimenti ed i chiarimenti necessari con un tratto di penna delicato e «circospezione», ossia avendo attenzione al potenziale impatto di tali sviluppi⁸⁸. Per quanto rileva ai fini del presente lavoro, questi chiarimenti dovranno avere ad oggetto non tanto il divieto, ma le numerose eccezioni allo stesso. Nel prosieguo, dopo un breve riepilogo delle eccezioni⁸⁹, l’analisi si concentrerà sugli sviluppi intervenuti in relazione a due di queste eccezioni, segnatamente l’effetto diretto incidentale e l’interazione tra disposizioni di una direttiva ed il diritto primario (il c.d. schema *Mangold*), in linea con quanto anticipato nel § introduttivo.

In breve, le eccezioni sviluppate nella giurisprudenza della Corte incidono su quattro principali passaggi del divieto di effetto orizzontale, per come illustrato *supra*⁹⁰.

Primo aspetto o eccezione: la creazione di «obblighi aggiuntivi» in capo ai privati – vietata – viene tenuta distinta dalle «mere ripercussioni negative» in capo agli stessi,

⁸³ V. *supra* § 3.

⁸⁴ Differentemente dal chiarimento operato dalla Grande Sezione nella sentenza *Poplawski II*, cit., in merito al rapporto tra principio del primato, effetto diretto e disapplicazione in favore del modello qualificato come “*trigger model*”. Per quanto concerne la questione qui in discorso – sulla quale si tornerà nel § 5 –, difatti, non era rinvenibile nella giurisprudenza della Corte un indirizzo “esplicito” ed “univoco”, come emerge plasticamente dalla sentenza *Link Logistic*, cit., punti 47-62, alla quale si è fatto riferimento *supra* nel § 3. In *Link Logistic*, difatti, la Corte afferma l’obbligo in capo al giudice nazionale di «disapplicare ogni disposizione nazionale laddove l’applicazione di tale disposizione conduca ad un risultato contrario al diritto dell’Unione», ancorché la disposizione della direttiva con la quale la normativa nazionale è in contrasto «[n]on [...] possieda effetto diretto».

⁸⁵ Eccezione fatta per l’estensione allo stesso (ove rivolto alla totalità degli Stati membri), con il Trattato di Maastricht, dell’obbligo di pubblicazione nella GUUE, oggi sancito dall’art. 297 TFUE.

⁸⁶ Il riferimento è a Corte giust., 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management II*, ECLI:EU:C:2021:799, in relazione alla quale si veda M. BROBERG, N. FENGER, *If You Love Somebody Set Them Free: On the Court Of Justice’s Revision of The Acte Clair Doctrine*, in *Common Market Law Review*, 2022, pp. 711-738; L. CECCHETTI, D. GALLO, *The Unwritten Exceptions to the Duty to Refer After Consorzio Italian Management II: ‘CILFIT Strategy’ 2.0 and its Loopholes*, in *Review of European Administrative Law*, 2022, pp. 29-61; e F.-X. MILLET, *Cilfit Still Fits*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, pp. 533-555.

⁸⁷ G. GENTILE, M. BONELLI, *La jurisprudence des petits pas: C-561/19, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi and Catania Multiservizi*, in *REALaw.blog*, 30 novembre 2021, consultabile online.

⁸⁸ L. CECCHETTI, *CILFIT ‘motionless Titan’ has moved, albeit softly and with circumspection: Consorzio Italian Management II*, in *REALaw.blog*, 21 gennaio 2022, consultabile online.

⁸⁹ Un compiuto esame delle varie eccezioni esula dall’ambito di indagine della presente analisi. A questo riguardo, v. *amplius* R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di eguaglianza*, *op. cit.*; R. MASTROIANNI, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, *op. cit.*; e P. CRAIG, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, *op. cit.*

⁹⁰ V. *supra* § 4.1.

consentite⁹¹ e riscontrabili in relazione a quelle che abbiamo definito «*Public law directives*»⁹². In seno a questa macrocategoria, è possibile distinguere due principali scenari, benché altre diverse situazioni e classificazioni siano certamente possibili⁹³. Da un lato, i cc.dd. rapporti triangolari, rappresentati da controversie tra un individuo ed uno Stato membro gli esiti delle quali avranno ripercussioni anche su altri soggetti privati⁹⁴. Gli esempi più ricorrenti di questo primo scenario sono riscontrabili nel settore degli appalti pubblici e delle direttive in materia ambientale, come dimostrano i noti casi *Fratelli Costanzo*⁹⁵ e *Wells*⁹⁶.

Dall'altro lato, vengono in rilievo quelli che sono stati definiti “effetti diretti incidentali”⁹⁷. Essi ricorrono in controversie tra parti private in cui una di esse invoca un obbligo procedurale di notifica di regole tecniche, sancito in una direttiva, per escludere l'applicabilità di una regola tecnica nazionale non notificata. Questa ipotesi è stata elaborata in relazione agli obblighi imposti dalla direttiva 83/189⁹⁸ – oggi direttiva 2015/1535⁹⁹ –, nelle sentenze *CIA Security*¹⁰⁰ e *Unilever*¹⁰¹. Il filone giurisprudenziale in esame poggia su tre principali argomentazioni¹⁰². Anzitutto, detti obblighi procedurali sostanziali sono stati considerati dalla Corte capaci di avere effetto diretto¹⁰³, applicando il tradizionale test qui sopra brevemente delineato¹⁰⁴. In secondo luogo, viene dedicata particolare attenzione allo scopo perseguito dalla direttiva 83/189 (*i.e.*, la tutela della libera circolazione delle merci) e al carattere essenziale che l'obbligo di notifica delle regole tecniche riveste a tal fine¹⁰⁵. In terzo luogo, la Corte di giustizia sottolinea che – differentemente dalle pronunce nelle quali il divieto di effetti diretti orizzontali è stato sancito¹⁰⁶ – la direttiva 83/189 «non definisce in alcun modo il contenuto sostanziale della norma giuridica sulla base della quale il giudice nazionale deve risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente. Essa non crea né diritti né obblighi per i singoli»¹⁰⁷.

⁹¹ In merito alla distinzione tra questi due concetti, si veda la proposta di L. SQUINTANI, J. LINDENBOOM, *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, pp. 18-72.

⁹² V. *supra* § 2.

⁹³ V., ad es., S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, *op. cit.*, pp. 262-269, ove l'A. utilizza le espressioni «*multi-angular relationships*» e «*collateral challenge in private litigation*»; e K. LACKHOFF, H. NYSSSENS, *Direct effect of Directives in triangular situations*, in *European Law Review*, 1998, pp. 397-413, pp. 401-402, dove sono individuati tre differenti gruppi o categorie di “situazioni triangolari”.

⁹⁴ Sul punto, v. D. COLGAN, *Triangular Situations: The Coup de Grâce for the Denial of Horizontal Direct Effect of Community Directives*, in *European Public Law*, 2002, pp. 545-568.

⁹⁵ Corte giust., 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256.

⁹⁶ Sentenza *Wells*, *cit.*, punti 56-58.

⁹⁷ P. CRAIG, G. DE BURCA, *op. cit.*, pp. 251-255.

⁹⁸ Direttiva 83/189/CEE del Consiglio del 28 marzo 1983 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

⁹⁹ Direttiva 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione.

¹⁰⁰ Corte giust., 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CIA Security International*, ECLI:EU:C:1996:172.

¹⁰¹ Corte giust., 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever*, ECLI:EU:C:2000:496.

¹⁰² Benché, ai fini della presente analisi, sembri opportuno considerare congiuntamente le sentenze *CIA Security International* e *Unilever*, occorre notare che le argomentazioni brevemente illustrate nel testo sono tributarie di un diverso spazio e “peso” nell'iter logico-argomentativo delle due pronunce.

¹⁰³ Sentenza *CIA Security International*, *cit.*, punti 32-50.

¹⁰⁴ V. *supra* § 3.

¹⁰⁵ Sentenza *CIA Security International*, *cit.*, punti 48-50.

¹⁰⁶ Sentenze *Marshall*, *cit.*, e *Faccini Dori*, *cit.*

¹⁰⁷ Sentenza *Unilever*, *cit.*, punto 51.

Enfatizzando questo terzo ed ultimo argomento, le sentenze *CIA Security* ed *Unilever* sono state spesso ricollegate¹⁰⁸ alla più ampia questione dell'effetto diretto «oggettivo/oppositivo», con ciò intendendosi le situazioni in cui un individuo invoca una norma contenuta in una direttiva dinnanzi ad un giudice o altra autorità nazionale al mero fine di precludere l'applicazione di una misura statale con essa in contrasto¹⁰⁹. In siffatti casi, la norma di diritto UE opera quale “parametro di legittimità” della misura nazionale (c.d. *invocabilité d'exclusion*)¹¹⁰. La disapplicazione/non applicazione di quest'ultima, in questi termini, è stata per decenni considerata – da parte della dottrina – come il portato del solo principio del primato (e non già dell'operare congiunto di tale principio e dell'effetto diretto) e pertanto ammissibile anche in controversie orizzontali¹¹¹. Per quanto interessa in questa analisi, occorre anticipare che tale sistematizzazione – ossia leggere l'*invocabilité d'exclusion* e la giurisprudenza *CIA Security* ed *Unilever* in un rapporto di genere a specie – non risulta più condivisibile oggi¹¹², a seguito del chiarimento operato dalla Grande Sezione in *Popławski II*¹¹³ nella quale sono state risolte le incertezze relative al rapporto tra effetto diretto, primato e disapplicazione¹¹⁴. Come anticipato, uno degli sviluppi di cui verrà dato conto tra poco concerne precisamente la questione degli effetti diretti incidentali, torneremo pertanto sul tema nel § 4.2 che segue.

Seconda eccezione: la nozione di “singolo” viene opposta ad un'ampia concezione di “Stato membro”, da intendersi come qualsivoglia organismo o ente soggetto all'autorità o al

¹⁰⁸ V., ad es., P. CRAIG, G. DE BURCA, *op. cit.*, pp. 253-254. Per ulteriori riferimenti a questa posizione dottrinale, v. S. PRECHAL, *Directives in EC Law, op. cit.*, pp. 266-269.

¹⁰⁹ D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa, op. cit.*, p. 213 ss.; D. EDWARD, *Direct effect, the separation of powers and the judicial enforcement of obligations*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, pp. 423-443, pp. 439 e 442; M. RUFFERT, *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View*, in *Common Market Law Review*, 1997, pp. 307-336.

¹¹⁰ In merito alla *invocabilité d'exclusion*, v., in generale, Y. GALMOT, J.-C. BONICHOT, *La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national*, in *Revue française de droit administrative*, 1988, pp. 15-25; D. SIMON, *Le système juridique communautaire, op. cit.*, pp. 441-447; P. CRAIG, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions, op. cit.*, pp. 364-369.

¹¹¹ K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers*, in *Common Market Law Review*, 2010, pp. 1629-1669, pp. 1640-1645; P. CRAIG, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions, op. cit.*, pp. 364-369; K. LENAERTS, T. CORTHAUT, *Of birds and hedges: The role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, pp. 287-315, p. 310; D. SIMON, *La directive européenne, op. cit.*, pp. 94-99; J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELBROECK, M. WAELBROECK, *Commentaire Mégret, Vol. 10. La Cour de justice; Les actes des institutions*, Bruxelles, 1993, p. 512; C. W. A. TIMMERMANS, *op. cit.*, pp. 543 and 551. Cfr. S. PRECHAL, *Directives in EC Law, op. cit.*, pp. 268-269.

¹¹² Ciò, ad avviso di chi scrive, risultava anche dalla precedente giurisprudenza, v., ad es., la sentenza *Smith*, cit., punti 53 e 54, ove viene esclusa l'estensione dell'effetto diretto incidentale alle disposizioni di una direttiva in materia di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli. Peraltro, la giurisprudenza citata da alcuni Autori a fondamento di una lettura ampia della eccezione al divieto di effetto diretto orizzontale in discorso – come ad esempio Corte giust., 18 giugno 1991, causa C-369/89, *Peters I*, ECLI:EU:C:1991:256, e Corte giust., 12 ottobre 1995, causa C-85/94, *Peters II*, ECLI:EU:C:1995:312 – non affronta direttamente la questione dell'effetto diretto, limitandosi ad utilizzare la trita formula «osta»/«non osta».

¹¹³ Sentenza *Popławski II*, cit. In merito all'impatto di questa pronuncia sulla possibilità di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con una disposizione di una direttiva priva di efficacia diretta, con specifico riferimento alla distinzione tra *invocabilité d'exclusion* ed *invocabilité de substitution*, si veda L. S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in *Giustizia Insieme*, n. 2, 2021, pp. 1-17.

¹¹⁴ Torneremo su questo aspetto nel prosieguo, v. *infra* § 5.

controllo dello Stato o che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, dispone di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli¹¹⁵.

Terza eccezione: ancorché la direttiva «di per sé» o «in quanto tale» non possa imporre obblighi aggiuntivi in capo ai singoli, diverso è invece il caso in cui essa risulti funzionalmente connessa ad una fonte di diritto primario o ad altra norma dell'Unione capace di dispiegare effetti diretti anche in controversie orizzontali. L'interazione tra disposizioni di una direttiva e altre norme dell'ordinamento UE si è posta tanto con riguardo a norme di diritto secondario, e, segnatamente, di disposizioni di un regolamento che operavano un espresso rinvio alle disposizioni di una direttiva¹¹⁶, quanto a norme di diritto primario. In relazione a queste ultime, benché il fenomeno non sia del tutto nuovo¹¹⁷, è stato l'utilizzo congiunto delle disposizioni di una direttiva e di diritti fondamentali protetti dall'Unione – in quanto principi generali ovvero in quanto sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (la Carta) – ad attirare maggiormente l'attenzione degli studiosi¹¹⁸. Anche a questo riguardo sono intervenuti degli sviluppi che saranno illustrati nel prosieguo.

Infine, un quarto elemento di ridimensionamento del divieto consiste nell'obbligo di interpretazione conforme (c.d. effetto indiretto)¹¹⁹. Questo più duttile strumento per riallineare in via interpretativa le disposizioni nazionali con il diritto UE, che viene in soccorso anche laddove l'effetto diretto appaia precluso¹²⁰, è stato da tempo valorizzato dalla Corte¹²¹. Infatti, da un lato, le “maglie” di questo strumento sono state progressivamente ampliate¹²², dall'altro lato, almeno nei casi in cui venga in rilievo l'effetto diretto orizzontale di diritti fondamentali, l'interpretazione conforme sembra assumere precedenza logico-giuridica rispetto al test

¹¹⁵ Corte giust., 12 luglio 1990, causa C-188/89, *Foster*, ECLI:EU:C:1990:313, punti 18-20; Corte giust., 10 ottobre 2017, causa C-413/15, *Farrel*, ECLI:EU:C:2017:745, punti 33-35.

¹¹⁶ Corte giust., 17 gennaio 2008, cause riunite C-37/06 e C-58/06, *Viamex*, ECLI:EU:C:2008:18. Per un'analisi di questo scenario, v. P. CRAIG, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, op. cit., pp. 369-372.

¹¹⁷ Nella stessa sentenza *Van Duyn*, il collegamento funzionale tra l'obbligo ex art. 3, n. 1, della direttiva 221/64 ed il diritto alla libera circolazione dei lavoratori sancito dall'allora art. 48 del Trattato CEE assume primario rilievo nell'iter logico-argomentativo della Corte, v. sentenza *Van Duyn*, cit., punto 13. Deve tuttavia rilevarsi come in tale decisione – così come in altri casi – l'interazione tra norme dei trattati e disposizioni della direttiva non appare finalizzata al “ridimensionamento” del divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive.

¹¹⁸ Si considerino Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709; Corte giust., 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21; Corte giust., 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *AMS*, ECLI:EU:C:2014:2; Corte giust., 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*, ECLI:EU:C:2016:278; Corte giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257; Corte giust., 11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR*, ECLI:EU:C:2018:696; Corte giust., 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871; Corte giust., 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck*, ECLI:EU:C:2018:874; Corte giust., 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation*, ECLI:EU:C:2019:43. Per una analisi dei primi snodi del filone giurisprudenziale in discorso che adotta una prospettiva di esame che più interessa in questa analisi (l'effetto diretto delle direttive, per l'appunto), v. A. DASHWOOD, *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, op. cit.

¹¹⁹ Come è noto, l'obbligo di interpretazione conforme è stato sancito da Corte giust., 10 aprile 1984, causa 14/83, *von Colson*, ECLI:EU:C:1984:153, punti 26-28; Corte giust., 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, ECLI:EU:C:1990:395.

¹²⁰ Ad esso si aggiunge l'azione per il risarcimento danni, esperibile in conformità alle condizioni fissate dalla giurisprudenza della Corte.

¹²¹ G. DE BÚRCA, *Giving Effect to European Community Directives*, in *The Modern Law Review*, 1992, pp. 215-240; G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, pp. 397-418.

¹²² Secondo Niglia lo stesso limite del *contra legem* sarebbe stato, in sostanza, ridimensionato se non addirittura superato, v. L. NIGLIA, *Conforming Interpretation*, in *European Review of Private Law*, 2022, pp. 635-658.

dell'effetto diretto e alla disapplicazione¹²³. Alcuni degli sviluppi giurisprudenziali di cui si darà conto nei prossimi §§ impongono di prestare maggiore attenzione all'obbligo di interpretazione conforme come rimedio alla incompatibilità tra diritto UE e ordinamento nazionale, capace di garantire l'effettività di norme contenute in direttive non correttamente o completamente trasposte entro il termine per il loro recepimento¹²⁴.

4.2. Veniamo dunque ai recenti sviluppi in tema di effetto diretto incidentale e di interazione tra diritti fondamentali e direttive in controversie orizzontali.

In relazione al primo profilo, viene in rilievo la sentenza della Corte nella causa *Airbnb Ireland*¹²⁵, pronunciata nel dicembre del 2019. Il caso, in breve, aveva ad oggetto, da un lato, la possibilità di sussumere l'attività svolta da *Airbnb* nella nozione di «servizio della società della informazione» ai sensi della direttiva 2000/31¹²⁶, e, dall'altro lato, la compatibilità con il diritto dell'Unione – e segnatamente con l'art. 3, par. 4, lett. b), secondo trattino, della stessa direttiva – della c.d. legge Hoguet. Quest'ultima consiste in una legge francese, adottata negli anni Settanta, volta a disciplinare l'esercizio delle attività dei professionisti nel settore immobiliare, prescrivendo la titolarità di una licenza a tal fine e prevedendo un apparato sanzionatorio di natura penale applicabile a chiunque eserciti tali attività, tra l'altro, pur essendo privo di tale licenza.

Più in particolare, ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2000/31, uno Stato membro non può adottare un provvedimento volto a limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro, a meno che esso non risulti necessario per tutelare uno degli obiettivi tassativamente indicati alla lettera b) del paragrafo 4 dello stesso articolo e pur sempre nel rispetto del principio di proporzionalità. Prima di adottare tali provvedimenti, peraltro, l'intenzione di procedere in tal senso deve essere notificata, oltre allo Stato membro da cui provengono i servizi, alla Commissione europea, incaricata di verificarne la compatibilità con il diritto UE. Inutile dire che la Francia non aveva notificato la legge Hoguet né alla Commissione né all'Irlanda, Stato membro di stabilimento della società *Airbnb Ireland*¹²⁷.

A prescindere dal caso di specie – un procedimento penale a carico di *Airbnb Ireland* nell'ambito del quale quest'ultima sosteneva l'inopponibilità della legge Hoguet nei propri confronti –, la sentenza in esame è di primario interesse in quanto sancisce che il principio stabilito nelle sentenze *CIA Security* e *Unilever* può essere esteso alle misure restrittive che costituiscono un ostacolo alla libera circolazione dei servizi non notificate¹²⁸, ossia al di là della mancata notifica di mere «regole tecniche». In particolare, la Corte afferma che «analogamente a quanto avviene di solito nel caso delle regole tecniche non notificate dallo Stato membro [...],

¹²³ Il riferimento è da intendersi al filone giurisprudenziale relativo all'utilizzo congiunto, in controversie orizzontali, delle disposizioni di una direttiva e, a seconda dei casi, dei principi generali del diritto dell'Unione o della Carta, si vedano le sentenze menzionate *supra* alla nota n. 118. Si ritornerà sul punto nel § conclusivo.

¹²⁴ V. *infra* § 6.

¹²⁵ Corte giust., 19 dicembre 2019, causa C-390/18, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112.

¹²⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico").

¹²⁷ Sentenza *Airbnb Ireland*, cit., punto 86.

¹²⁸ Come anticipato, l'obbligo di notifica è imposto dall'art. 3, par. 4, lett. b), secondo trattino, della direttiva 2000/31.

l'inopponibilità di un provvedimento non notificato che limiti la libera prestazione dei servizi della società dell'informazione può essere invocata in occasione non solo di un procedimento penale [...], ma *anche in una controversia tra privati*¹²⁹.

Così facendo, la Corte ha prospettato un ampliamento del campo di applicazione del filone giurisprudenziale relativo agli obblighi procedurali sostanziali e alle conseguenze della loro inosservanza – qui sopra richiamato –, applicando «per analogia»¹³⁰ i principi sanciti in *CIA Security e Unilever* a misure restrittive in deroga alla libera circolazione dei servizi. Tuttavia, se l'intento della Corte e la rilevanza di questa pronuncia per quanto riguarda la tematica degli effetti diretti incidentali appaiono evidenti, non sono altrettanto chiare le premesse tecniche di una siffatta applicazione analogica né le implicazioni sistemiche di questa operazione¹³¹.

Questa “apertura” della Corte impone di tornare a riflettere con maggiore attenzione sulla dicotomia tra «creazione di un obbligo» e «mere ripercussioni negative». Tra le varie spiegazioni del fenomeno degli effetti diretti incidentali proposte dalla dottrina¹³², merita attenzione la teoria dell'impatto normativo («*normative impact theory*»), elaborata da Squintani e Lindeboom. In sintesi, la teoria in discorso si basa sulla distinzione tra, da un lato, norme nazionali che governano direttamente la controversia dinanzi al giudice nazionale, e, dall'altro lato, il “quadro fattuale” («*Factual framework*») nel quale dette norme trovano applicazione, inteso come l'insieme delle circostanze di diritto e di fatto che vengono in rilievo nella controversia¹³³. Secondo gli Autori, l'imposizione di un nuovo “obbligo” – vietata in controversie orizzontali – ricorrerebbe soltanto qualora l'effetto diretto di una norma UE incida sulle norme nazionali che governano *direttamente* la controversia orizzontale¹³⁴. Diversamente, ove l'effetto diretto incida sulla applicabilità di una diversa norma dell'ordinamento giuridico nazionale, che viene in rilievo come una sorta di “antecedente” di fatto o di diritto in tale controversia, saremmo in presenza di mere ripercussioni negative.

La ricostruzione avanzata da Squintani e Lindeboom appare condivisibile nella misura in cui rispecchia la distinzione tracciata dalla Corte nella sentenza *Smith* tra «norm[e] giuridic[he] sulla base della quale il giudice nazionale d[eve] risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente» e altre norme adottate dallo Stato membro¹³⁵. Questa ricostruzione, peraltro, conferma l'importanza che il contesto concreto e la “sintassi normativa nazionale” rivestono nel contesto della dottrina dell'effetto diretto¹³⁶. Ciononostante, se tale teoria appare in grado di spiegare la giurisprudenza della Corte sino ad oggi, sembra possibile nutrire dei dubbi circa la validità della stessa qualora l'“apertura” prefigurata in *Airbnb Ireland* trovi effettivamente seguito in controversie *inter privatos*. A differenza delle “mere regole tecniche” non notificate ex direttiva 2015/1535, la categoria delle misure nazionali restrittive della libera circolazione

¹²⁹ Sentenza *Airbnb Ireland*, cit., punto 97. Corsivo aggiunto.

¹³⁰ *Ibid.*, punti 94, 96, e 97.

¹³¹ Come è stato rilevato da G. FEDELE, *Sugli effetti della violazione di obblighi procedurali sostanziali: in margine alla sentenza Airbnb*, in *European Papers*, 2020, pp. 433-446.

¹³² Per un efficace riepilogo di tali teorie, si veda L. SQUINTANI, J. LINDENBOOM, *op. cit.*, pp. 42-53.

¹³³ L. SQUINTANI, J. LINDENBOOM, *op. cit.*, p. 55.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Sentenza *Smith*, cit., punti 53-54.

¹³⁶ L. SQUINTANI, J. LINDENBOOM, *op. cit.*, p. 55. In generale nel senso indicato nel testo, v. S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, *op. cit.*, pp. 249-253; P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 153.

dei servizi ricomprende una fattispecie variegata di ipotesi, ivi incluse norme non notificate idonee a venire *direttamente* in rilievo in controversie orizzontali, contrariamente a quanto postulato dalla sentenza *Smith* e dalla teoria dell'impatto normativo. In questi casi, una eventuale disapplicazione in controversie orizzontali di tali norme – in quanto non notificate – mal si concilierebbe con la predetta distinzione tra «obbligo» e «mere ripercussioni negative» posta a fondamento della eccezione sopra denominata “effetti diretti incidentali”, qui in esame.

4.3. Procediamo ora con il secondo recente sviluppo in merito alle eccezioni al divieto di effetti diretti in controversie orizzontali, relativo alla interazione tra disposizioni di una direttiva e fonti di diritto primario¹³⁷. Il tema più delicato a questo riguardo è rappresentato dal “collegamento funzionale” tra le due fonti necessario e sufficiente al fine di integrare l'eccezione in discorso. Per quanto interessa in questa sede, la problematica in esame ha registrato, dapprima, uno sviluppo in senso estensivo mediante l'applicazione per analogia dello schema *Mangold*. Si tratta del filone giurisprudenziale relativo al diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite, oggi sancito all'art. 31, par. 2, della Carta¹³⁸ inaugurato dalle sentenze *Bauer*¹³⁹ e *Max-Planck*¹⁴⁰ (§ 4.3.1). Più recentemente, tuttavia, l'estensione dello schema *Mangold* – e quindi dell'eccezione in esame – ha conosciuto una “battuta di arresto” nella sentenza *Thelen Technopark*¹⁴¹, nella quale veniva in rilievo l'utilizzo congiunto della c.d. direttiva servizi¹⁴² e dell'art. 49 TFUE, nonché dell'art. 16 della Carta (§ 4.3.2). Sulla base dell'analisi di questi sviluppi giurisprudenziali verrà poi avanzata un'ipotesi ricostruttiva in merito alla “chiave di volta” della eccezione in esame, vale a dire il “collegamento funzionale” tra diritto primario e direttiva (§4.3.3).

Si noti che, nelle pronunce della Corte cui si farà riferimento, la disapplicazione di una disposizione nazionale in controversie tra privati è *formalmente* ricollegata all'effetto diretto orizzontale della norma di diritto primario. Ciononostante, non vi è dubbio che il parametro normativo sulla base del quale viene valutata la compatibilità del diritto nazionale con il diritto dell'Unione è rappresentato dalle disposizioni della direttiva che dà espressione a tale norma di diritto primario¹⁴³, in assenza della quale non si potrebbe pervenire al medesimo risultato¹⁴⁴. È

¹³⁷ Si tratta della terza eccezione introdotta *supra* nel § 4.1.

¹³⁸ Si consideri, tuttavia, che le sentenze esaminate nel testo non rappresentano il solo filone giurisprudenziale della Corte di giustizia di potenziale interesse per lo studio del problema della interazione tra fonti del diritto UE. Benché riguardasse una controversia verticale ed ancorché non appaia in modo chiaro il ruolo effettivamente svolto dalla Carta – richiamata solo *en passant* –, il tema della interazione tra quest'ultima (e segnatamente tra l'art. 49, par. 3, della stessa) e disposizioni di direttive strettamente connesse a un diritto fondamentale viene parzialmente in rilievo anche in *NE II*, v. sentenza *NE II*, cit., punto 31.

¹³⁹ Sentenza *Bauer*, cit.

¹⁴⁰ Sentenza *Max-Planck*, cit.

¹⁴¹ Corte giust., 18 gennaio 2022, causa C-261/20, *Thelen Technopark*, ECLI:EU:C:2022:33.

¹⁴² Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno.

¹⁴³ M. DE MOL, *Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, pp. 293-308, p. 300; K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers*, op. cit., p. 1647, ove gli Autori utilizzano l'espressione «*normative yardstick*».

¹⁴⁴ Per una riflessione in merito all'approccio adottato dalla Corte – per cui è il diritto secondario a determinare il contenuto normativo e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali UE, e non già il diritto primario, vale a dire la Carta o i principi generali del diritto –, v. E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, op. cit.

in questa prospettiva che, in luogo della espressione normalmente utilizzata in questo scritto (schema *Mangold*), si è anche parlato di estensione di una sorta di «*Mangold trick*»¹⁴⁵.

4.3.1. Quanto a *Bauer* e *Max-Planck*, come è noto, le cause principali concernevano il pagamento di una indennità in sostituzione delle ferie non godute dal dipendente prima della fine del rapporto di lavoro. Nel caso *Bauer*, il rifiuto del datore di lavoro di pagare l'indennità in questione agli eredi dei dipendenti era motivato da disposizioni della legge federale sulle ferie e del codice civile tedesco che escludevano il diritto alle ferie retribuite dall'inclusione nell'eredità. Disposizioni nazionali la cui incompatibilità con il diritto dell'Unione, e, segnatamente, con l'art. 7 della direttiva 2003/88¹⁴⁶, era stata dichiarata in precedenza¹⁴⁷. Il problema centrale riguardava pertanto le conseguenze giuridiche di tale incompatibilità in una controversia orizzontale. Una specifica domanda sulle conseguenze giuridiche della – eventuale – incompatibilità veniva sollevata anche nel rinvio pregiudiziale operato nella causa *Max-Planck*, nella quale veniva in rilievo una legge nazionale in forza della quale i lavoratori venivano privati automaticamente del loro diritto alle ferie annuali retribuite – ovvero, a seguito della fine del contratto di lavoro, del diritto all'indennità – qualora non avessero richiesto di esercitare i loro diritti durante il pertinente periodo di riferimento.

Nel rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte Federale del Lavoro tedesca – giudice del rinvio in entrambi i casi –, la Corte stessa dichiara di applicare «per analogia» la giurisprudenza *Mangold-Egenberger*¹⁴⁸, operando un *distinguishing* rispetto ad *AMS*¹⁴⁹. La continuità professata nella motivazione circa l'effetto diretto orizzontale del diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite utilizzando un *iter* logico-argomentativo sviluppato in relazione al principio di non discriminazione è tuttavia più apparente che reale¹⁵⁰. Per quanto interessa in questa sede, occorre spendere qualche parola in merito al ragionamento della Corte sul rapporto tra diritti fondamentali e disposizioni di diritto secondario che tutelano il medesimo diritto, e, segnatamente, di direttive che ne danno espressione.

A questo riguardo, occorre prestare attenzione alla dicotomia tratteggiata dalla Corte di giustizia. Da un lato, vi sarebbero diritti fondamentali che necessitano di «espressione concreta» ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale al fine di avere effetti diretti in controversie orizzontali¹⁵¹. Un esempio di questa categoria è il diritto fondamentale

¹⁴⁵ Cfr. 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*, 11 novembre 2018.

¹⁴⁶ Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

¹⁴⁷ Corte giust., 12 giugno 2014, causa C-118/13, *Bollacke*, ECLI:EU:C:2014:1755.

¹⁴⁸ Sentenza *Bauer*, cit., punti 53, 83, 85, e 91; sentenza *Max-Planck*, cit., punti 50, 72, 74, e 80.

¹⁴⁹ Sentenza *Bauer*, cit., punto 84; sentenza *Max-Planck*, cit., punto 73. Cfr. sentenza *AMS*, cit.

¹⁵⁰ A titolo esemplificativo, possono essere brevemente menzionati tre profili: in primo luogo, nelle sentenze in esame non viene utilizzata la consolidata categoria dei «principi generali del diritto dell'Unione», favorendo a questa categoria l'espressione «principio essenziale del diritto sociale dell'Unione»; in secondo luogo, il concetto di «natura imperativa» sperimenta un cambio di paradigma semantico rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte in tema di effetto diretto orizzontale; in terzo luogo, l'effetto diretto orizzontale del diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite è riconosciuto esclusivamente con riguardo «alla sua stessa esistenza». Per una più approfondita disamina di questi rilievi sia consentito rinviare a L. CECCHETTI, *Unravelling horizontal direct effect in EU law: The case of the fundamental right to paid annual leave between 'myth' and 'practice'*, in *Yearbook of European Law*, in corso di pubblicazione.

¹⁵¹ Sentenza *Bauer*, cit., punti 84-85; sentenza *Max-Planck*, cit., punti 73-74.

dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, sancito all'art. 27 della Carta e oggetto della sentenza *AMS*¹⁵².

Dall'altro lato, vi sono diritti fondamentali – come, per l'appunto, il diritto alle ferie annuali retribuire *ex art.* 31, par. 2, della Carta – direttamente efficaci anche in controversie *inter privatos* essendo a tal fine necessaria una mera «specificazione di alcuni aspetti» da parte del diritto secondario. Nel caso dell'art. 31, par. 2, ad esempio, è l'art. 7, par. 1, della direttiva 2003/88 a specificare che il diritto fondamentale in discorso deve essere garantito per un periodo di almeno quattro settimane¹⁵³.

In entrambe le situazioni le disposizioni della direttiva “completano” il contenuto normativo della disposizione della Carta, il *discrimen* tra esse è rappresentato dal *quantum* e dal modo in cui questa interazione tra fonti avviene. Quando un diritto fondamentale è stato tutelato nell'ordinamento UE sia dalla Carta sia da una disposizione di una direttiva, la distinzione tra «espressione concreta» e «specificazione di alcuni aspetti» non è certo agevole da tracciare. In questi casi, una certa concretizzazione o specificazione normativa ad opera del diritto secondario di fatto vi è stata¹⁵⁴. In altre parole, in tutti questi casi, l'Unione ha considerato necessaria una più puntuale e dettagliata regolamentazione delle modalità in cui un dato diritto fondamentale può venire in rilievo nell'ambito di un determinato rapporto giuridico, operando un bilanciamento tra i plurimi e diversi interessi meritevoli di tutela coinvolti in una specifica fattispecie.

Il fatto che, per quanto concerne la Carta, sia esclusivamente la formulazione delle sue disposizioni a definire come opera *in concreto* tale interazione tra fonti non appare convincente per due ordini di ragioni. Anzitutto, considerare i riferimenti operati da disposizioni della Carta al diritto secondario e nazionale come indice o “evidenza indiscutibile” di una necessaria e indispensabile concretizzazione non appare in linea con l'approccio adottato in relazione alle disposizioni dei trattati¹⁵⁵.

In secondo luogo – anche ove si sostenesse, contrariamente all'avviso della Corte¹⁵⁶, che le disposizioni dei trattati siano in qualche modo diverse quanto al loro “contenuto precettivo”

¹⁵² *Ibid.* Cfr. sentenza *AMS*, cit. Ciò in quanto, in sostanza, l'art. 27 della Carta opera un riferimento ai «casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali».

¹⁵³ L'art. 7, par. 1, della direttiva recita: «Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, *secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali*». Corsivo aggiunto.

¹⁵⁴ Occorre sottolineare che, in alcuni casi, tale “concretizzazione” precede l'adozione della Carta stessa, v. E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, *op. cit.*

¹⁵⁵ L'approccio della Corte di giustizia in relazione ad altre norme di diritto primario sembra profondamente diverso. Si consideri, ad esempio, il fatto che la soppressione delle restrizioni alla libera circolazione dei lavoratori fosse da attuarsi mediante direttive non ha precluso il riconoscimento dell'effetto diretto all'art. 59 TCEE (oggi art. 45 TFUE), v. Corte giust., 3 dicembre 1974, causa 33/74, *van Binsbergen*, ECLI:EU:C:1974:131, punti 18-27. Lo stesso dicasi in relazione all'effetto diretto del diritto di stabilimento, oggi sancito dagli articoli da 49 a 55 del TFUE, v. Corte giust., 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, ECLI:EU:C:1974:68, punti 15-32. Più recentemente, in relazione al diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri *ex art.* 21, par. 1, del TFUE – il quale «[a] salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi» –, v. Corte giust., 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:385, punti 52-56.

¹⁵⁶ In *Egenberger*, infatti, ha affermato che – per quanto concerne la possibilità di avere effetto diretto in controversie tra privati – «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», v. sentenza *Egenberger*, cit., punto 77.

rispetto a quelle della Carta¹⁵⁷, pur condividendo formalmente lo stesso rango di diritto primario¹⁵⁸ –, è la stessa giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali oggi sanciti dalla Carta a non apparire coerente con la dicotomia qui sopra illustrata. Difatti, il termine «concretizzazione», utilizzato in *Bauer e Max-Planck*¹⁵⁹ per sottolineare la necessità di un atto di diritto secondario che completi il contenuto normativo del diritto fondamentale, è stato invece normalmente utilizzato con riguardo al principio di non discriminazione¹⁶⁰. Come è noto, quest'ultimo, oggi sancito dall'art. 21, par. 1, della Carta, è stato invece considerato capace di avere effetti diretti orizzontali, benché sia stato «concretizzato» dalla direttiva 2000/78¹⁶¹.

4.3.2. L'analisi sin qui condotta consente di apprezzare compiutamente il significato della sentenza *Thelen Technopark*. In questa pronuncia, infatti, per quanto viene in rilievo nel presente §¹⁶², la Corte ha “negato” una ulteriore estensione dello schema *Mangold*, discostandosi significativamente dalla posizione avanzata dall'AG Szpunar nelle proprie conclusioni¹⁶³.

I dubbi espressi dalla Corte Federale di Giustizia tedesca – giudice del rinvio –, in sostanza, avevano ad oggetto le conseguenze giuridiche della incompatibilità con l'art. 15 della direttiva servizi¹⁶⁴ di una normativa nazionale che fissava tariffe minime per le prestazioni di architetti e ingegneri stabilendo la nullità dei contratti in deroga a tali tariffe minime¹⁶⁵. Come è noto, tariffe minime e/o massime previste per l'accesso o l'esercizio di un servizio possono essere conformi al diritto UE soltanto ove non integrino una discriminazione diretta o indiretta, siano giustificate da un motivo imperativo di interesse generale, e siano conformi al principio di proporzionalità¹⁶⁶. In particolare, veniva domandato ai giudici del *Kirchberg* se tali disposizioni nazionali dovessero essere disapplicate in una controversia esclusivamente tra privati, e, in via subordinata, se esse violassero l'art. 49 TFUE o «altri principi generali del diritto dell'Unione»¹⁶⁷.

¹⁵⁷ Nel senso indicato nel testo, v. E. J. LOHSE, *Fundamental Freedoms and Private Actors – Towards an 'Indirect Horizontal Effect'*, in *European Public Law*, 2007, pp. 159-190, pp. 172-174; L. F. M. BESSELINK, *The protection of fundamental rights post-Lisbon: the interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and national constitutions*, in *Reports of the XXV FIDE Congress-Tallinn 2012*, I, Tallinn, 2012, p. 63 ss.; E. MUIR, *The Horizontal Effects of Charter Rights given expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer*, in *Review of European Administrative Law*, 2020, pp. 185-215, pp. 189-190.

¹⁵⁸ L. S. ROSSI, “Stesso valore giuridico dei Trattati”? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, pp. 329-356.

¹⁵⁹ Sentenza *Bauer*, cit., punti 84-85.

¹⁶⁰ Sentenze *Mangold*, cit., punti 55-60; *Dansk Industri*, cit., punto 26; *Egenberger*, cit., punti 60-69.

¹⁶¹ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

¹⁶² Un secondo profilo di interesse della pronuncia, relativo al dovere di disapplicazione del giudice nazionale, sarà invece esaminato infra nel § 5.

¹⁶³ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 15 luglio 2021, causa C-261/20, *Thelen Technopark*, ECLI:EU:C:2021:620.

¹⁶⁴ Veniva in rilievo, segnatamente, la previsione di cui all'art. 15, par. 1, par. 2, lett. g), e par. 3, della direttiva 2006/123.

¹⁶⁵ L'incompatibilità tra la normativa nazionale in discorso e diritto UE era difatti stata già stata rilevata dalla Corte in due precedenti pronunce, v. Corte giust., 4 luglio 2019, causa C-377/17, *Commissione c. Germania*, ECLI:EU:C:2019:562; Corte giust., 6 febbraio 2020, causa C-137/18, *hapeg dresden*, ECLI:EU:C:2020:84.

¹⁶⁶ Art. 15, par. 3, direttiva 2006/123.

¹⁶⁷ Sentenza *Thelen Technopark*, cit., punto 23.

In estrema sintesi, nella propria sentenza, la Corte si concentra sulla prima questione pregiudiziale, confermando il divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive¹⁶⁸. Viene invece considerata non ricevibile la seconda questione, relativa all'art. 49, non essendo indicato nell'ordinanza di rinvio alcun elemento dal quale si potesse evincere il carattere transfrontaliero della controversia¹⁶⁹. La disapplicazione sulla base dell'art. 16 della Carta – e, più in generale, la Carta stessa – non viene mai menzionata nella sentenza.

Al fine di comprendere le possibili ragioni sottese a questa “battuta d'arresto”, appare pertanto più utile esaminare l'*iter* logico-argomentativo dell'AG. Le conclusioni presentate nel caso, difatti, si soffermano a fondo sul rapporto tra direttiva servizi e libertà di stabilimento così come sull'applicabilità della Carta, concludendo nel senso che il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la disposizione in questione (i) sia sulla base della libertà di stabilimento *ex art.* 49 TFUE¹⁷⁰, come «concretizzata» nell'art. 15 della direttiva¹⁷¹, (ii) sia in virtù della libertà contrattuale¹⁷², ricompresa nel diritto fondamentale oggi sancito dall'art. 16 della Carta¹⁷³. Le argomentazioni offerte nelle conclusioni – benché non risultino totalmente condivisibili nel merito – sono suggestive, e, ove raffrontate con la decisione della Corte, offrono degli spunti di interesse per la presente analisi.

In relazione al primo profilo, l'AG rileva che l'art. 15 – così come le altre disposizioni del Capo III della direttiva 2006/123 – «concretizza» la libertà di stabilimento derivante dall'art. 49 TFUE¹⁷⁴, «specifica[ndo] il trattato stesso»¹⁷⁵ con il preciso scopo di «estendere la portata della libertà di stabilimento anche ai rapporti puramente interni»¹⁷⁶. Tale concretizzazione comporta – prosegue l'AG – che «se un determinato stato di fatto rientra nell'ambito di applicazione del capo III della direttiva 2006/123, si deve escludere la possibilità di invocare la libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE al fine di contestare una normativa di uno Stato membro in una controversia contro una persona»¹⁷⁷. Ne consegue che «occorre[rebbe] considerare in modo particolare il problema dell'applicazione orizzontale di tale direttiva»¹⁷⁸: ammettendo che «il giudice nazionale in concreto, [non debba] tener conto della giurisprudenza che esclude l'efficacia diretta orizzontale delle direttive»¹⁷⁹.

¹⁶⁸ Sentenza *Thelen Technopark*, cit., punto 48.

¹⁶⁹ Sentenza *Thelen Technopark*, cit., punti 49-55.

¹⁷⁰ Come è noto, l'effetto diretto della libertà di stabilimento è stato da tempo riconosciuto dalla Corte di giustizia, anche in controversie orizzontali, v., rispettivamente, Corte giust., 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, ECLI:EU:C:1974:68, e Corte giust., 11 dicembre 2007, causa 438/05, *Viking*, ECLI:EU:C:2007:772.

¹⁷¹ Conclusioni *Thelen Technopark*, cit., punti 34, 36, 42, e 47.

¹⁷² Conclusioni *Thelen Technopark*, cit., punto 114.

¹⁷³ Si veda, ad es., Corte giust., 18 luglio 2013, causa C-426/11, *Alemo-Herron*, ECLI:EU:C:2013:521, punti 30-36.

¹⁷⁴ Conclusioni *Thelen Technopark*, cit., punti 34, 36, e 42.

¹⁷⁵ Conclusioni *Thelen Technopark*, cit., punto 38.

¹⁷⁶ Conclusioni *Thelen Technopark*, cit., punto 41, v. anche punto 45. Questa affermazione è quantomeno discutibile, specialmente ove si consideri la base giuridica utilizzata per l'adozione della direttiva (F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori, e decadenza delle direttive comunitarie*, op. cit., p. 11). Per di più, diversamente da quanto argomentato dall'AG, l'applicabilità della direttiva servizi alle situazioni puramente interne non solo non può essere retrospettivamente inteso come lo scopo *principale* della direttiva, ma, al contrario, tale applicabilità rappresentava finanche una questione aperta e controversa a valle dell'azione della stessa, come si evince dalla più attenta dottrina, v. C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 323-394, pp. 351-352.

¹⁷⁷ Conclusioni *Thelen Technopark*, cit., punto 43.

¹⁷⁸ Conclusioni *Thelen Technopark*, cit., punto 42.

¹⁷⁹ Conclusioni *Thelen Technopark*, cit., punto 46.

Quanto al secondo profilo – avanzato dalla Commissione nelle proprie osservazioni scritte¹⁸⁰ e relativo alla disapplicazione della normativa nazionale per contrasto con l’art. 16 della Carta –, esso è esaminato a lungo dall’Avvocato Generale Szpunar¹⁸¹, benché – come detto – non sia neppure menzionato nella sentenza¹⁸². Ad avviso di chi scrive, l’estensione dello schema *Mangold* nel caso di specie non appariva né “opportuna”, avendo di fatto reso direttamente efficaci nei rapporti *inter privatos* la maggior parte delle direttive ricollegabili alla realizzazione o al completamento del mercato interno¹⁸³ – sotto altra prospettiva, tuttavia, non può negarsi come un passo in questa direzione avrebbe rappresentato una “elegante” *exit strategy* dal divieto analizzato *supra*¹⁸⁴ –, né, tantomeno, “convincente”. Quanto a quest’ultimo aspetto, è possibile individuare due ordini di ragioni.

Primo motivo di ordine tecnico-giuridico: il “collegamento funzionale” tra l’art. 16 della Carta e la direttiva servizi è significativamente più tenue e «remoto»¹⁸⁵ rispetto alla tipologia di interazione tra fonti che caratterizza le sentenze della Corte nelle quali viene applicato lo schema *Mangold*. In particolare, diversamente da tali pronunce, anzitutto, non si riscontra una corrispondenza o sovrapposizione perfetta tra il divieto di tariffe minime e/o massime (discriminatorie, non giustificate da un motivo imperativo di interesse generale, e non conformi al principio di proporzionalità) ed il diritto fondamentale alla libertà di impresa oggi tutelato dall’art. 16 della Carta, al punto da poter essere considerata una medesima norma riaffermata in disposizioni diverse¹⁸⁶. In secondo luogo, non vi è una corrispondenza immediata ed essenziale tra, da un lato, il diritto fondamentale alla libertà di impresa e, dall’altro lato, la base giuridica della direttiva servizi¹⁸⁷ e l’obiettivo ad essa sotteso¹⁸⁸⁻¹⁸⁹. La ricostruzione operata dall’AG non offre alcuna motivazione o specifico apprezzamento in relazione a questi aspetti. Questo profilo mi pare quindi rappresentare il *punctum dolens* della sua proposta¹⁹⁰.

¹⁸⁰ Conclusioni *Thelen Technopark*, cit., punto 64.

¹⁸¹ Dei 127 punti di cui le conclusioni sono composte, 51 riguardano specificatamente questa problematica (dal punto 64 al punto 114).

¹⁸² Mi domando se ciò possa primariamente dipendere dalla circostanza per cui la Corte Federale di Giustizia tedesca non abbia operato un esplicito riferimento alla libertà di impresa (*sub specie* di libertà contrattuale) né a (l’art. 16 de) la Carta nelle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte, essendosi invece limitata – come ricordato *supra* in questo § – a menzionare «altri principi generali del diritto dell’Unione», v. sentenza *Thelen Technopark*, cit., punto 23.

¹⁸³ B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment: the Court of Justice sticks to its guns on the horizontal effect of directives*, in *REALaw.blog*, 6 maggio 2022.

¹⁸⁴ Si vedano §§ 4 e 4.1.

¹⁸⁵ B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment: the Court of Justice sticks to its guns on the horizontal effect of directives*, op. cit.

¹⁸⁶ Come è noto, tra le argomentazioni offerte dalla Corte in tali sentenze, vi era quello secondo cui, a seconda dei casi, il diritto fondamentale alla parità di trattamento o il diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite non è stato istituito direttamente dalla direttiva ma trova la propria «fonte» od «origine» in una serie di strumenti di diritto internazionale (e, se del caso, nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri), si vedano, ad es., le sentenze *Mangold*, cit., punto 74; *Egenberger*, cit., punto 75, e *Bauer*, cit., punto 83.

¹⁸⁷ Gli artt. 47, par. 2, prima e terza frase, e 55 del TCE, che corrispondono agli odierni artt. 53 e 62 TFUE.

¹⁸⁸ Ai sensi dell’art. 1, par. 1, della direttiva servizi, essa mira ad «agevolare l’esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori [e] la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi».

¹⁸⁹ Nel senso indicato nel testo, v. ancora B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment: the Court of Justice sticks to its guns on the horizontal effect of directives*, op. cit.

¹⁹⁰ Una precisazione: concordo invece con l’analisi dell’AG Szpunar in merito all’applicabilità della Carta nel caso di specie alla luce dell’art. 51, par. 1, della stessa e, pur con qualche precisazione che esula dallo scopo della presente indagine, sulla possibilità dell’art. 16 della Carta di avere effetto diretto. Ciononostante, in ragione della

Come anticipato, è possibile individuare un secondo motivo di ordine teorico-costruttivo idoneo a spiegare l'approccio della Corte di giustizia nella sentenza *Thelen Technopark*. Al fine di meglio illustrare questo secondo aspetto, che coinvolge riflessioni di carattere costituzionale in merito alla dottrina dell'effetto diretto orizzontale, occorre però preliminarmente fornire qualche ulteriore dettaglio in merito alla vicenda sostanziale e processuale sottesa alla causa in esame.

Nel caso di specie, il professionista, ingegnere titolare di uno studio professionale, agiva in giudizio al fine di ottenere il pagamento di una somma dovuta in virtù dell'applicazione della tariffa minima (tariffa *ex lege*) prescritta dalla summenzionata legge tedesca già dichiarata in contrasto con il diritto UE¹⁹¹, in luogo dell'onorario forfettario convenuto nel contratto concluso con Thelen Technopark Berlin GmbH, società immobiliare a responsabilità limitata con sede in Germania (tariffa *ex contractu*). La tariffa *ex lege*, difatti, era nettamente superiore a quella convenuta nel contratto.

La domanda del professionista veniva accolta dal giudice di prime cure e confermata in appello. La conseguenza pratica di queste pronunce è in sostanza la seguente: in Germania, in una controversia tra un professionista ed una impresa privata – che appariva priva di carattere transfrontaliero –, la legge tedesca in vigore avrebbe trovato applicazione. Avverso la decisione della Corte d'appello, Thelen Technopark Berlin GmbH proponeva tuttavia ricorso per cassazione («Revision») dinnanzi alla Corte Federale di Giustizia, giudice del rinvio nella causa in esame. È dinnanzi a questa Corte che il diritto dell'Unione europea veniva invocato dalla società per vedere disapplicata la normativa nazionale che fissava tariffe minime per le prestazioni di architetti e ingegneri. La conseguenza in termini pratici della disapplicazione sarebbe stata la possibilità di corrispondere al professionista un compenso inferiore rispetto a quello stabilito per legge.

Da questo breve riepilogo emerge chiaramente che il rapporto giuridico tra un professionista ed una impresa privata non conosca alcun elemento di “asimmetria contrattuale”, normalmente riscontrabile nel rapporto di lavoro subordinato¹⁹²⁻¹⁹³, difatti caratterizzante l'intero filone giurisprudenziale nel quale viene utilizzato lo schema *Mangold*. Per questo motivo, la sentenza potrebbe essere considerata come un avallo implicito delle posizioni dottrinali che identificavano in tale asimmetria una delle possibili spiegazioni della giurisprudenza relativa all'effetto diretto orizzontale del principio di non discriminazione,

pervasività che tale diritto fondamentale ha dimostrato di poter avere nell'ordinamento UE, portando a sentenze della Corte di giustizia definite – anche da commentatori normalmente “moderati” – «*so downright odd that it deserves to be locked into a secure container, plunged into the icy waters of a deep lake and forgotten about*» (v. in questo senso S. WEATHERILL, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract'*, in *European Review of Contract Law*, 2014, pp. 167-182), benché non si possa completamente condividere l'approccio della Corte di rimanere completamente “silente” in relazione ad una prospettata violazione di un diritto fondamentale tutelato dal diritto UE (neppure ove si volesse condividere la prospettiva illustrata nella nota a pie' di pagina n. 182), forse questo silenzio appare quantomai oculato.

¹⁹¹ V. *supra* nota a pie' di pagina n. 165.

¹⁹² In questo senso, v., *ex multis*, A. BAILLEUX, *L'effet direct horizontal des droits fondamentaux. Le critère du pouvoir-savoir, ligne claire de la jurisprudence?*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2019, pp. 329-334; A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, 2015, III ed., p. 111 ss.; D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2013, p. 479 ss.; O. DE SCHUTTER, *Human Rights in Employment Relationships: Contracts as Power*, in *CRIDHO Working 2012/03*, 2012, consultabile online.

¹⁹³ Un altro esempio di squilibrio contrattuale normalmente considerato è quello tra “consumatore” e “professionista”.

prima, e, del diritto alle ferie annuali retribuire, ora¹⁹⁴. Detto con una battuta: adottando questa prospettiva d'indagine, la controversia sottesa a *Thelen Technopark* è “troppo orizzontale” per integrare l'eccezione al divieto di effetto di effetti orizzontali delle direttive qui in esame.

4.3.3. A mo' di conclusione dell'analisi condotta in questo §, è possibile rilevare che, comunque si vogliano considerare i recenti sviluppi qui sopra illustrati¹⁹⁵, essi indubbiamente dimostrano la necessità di tornare a riflettere sulla interazione tra fonti di diritto primario e fonti di diritto secondario nell'ordinamento UE, con specifico riguardo alle direttive¹⁹⁶.

Benché, a prima vista, possa esservi la – peraltro non nuova – impressione di una giurisprudenza che “navighi a vista”¹⁹⁷, nel prosieguo si tenterà di ricondurre a sistema gli sviluppi giurisprudenziali descritti con l'obiettivo di individuare alcuni punti fermi in merito alla “chiave di volta” della eccezione in esame, rappresentata dal “collegamento funzionale” tra diritto primario e direttiva. A tal fine, ad avviso di chi scrive, un utile punto di partenza consiste nella teorizzazione avanzata dall'AG Cruz Villalón – ormai dieci anni fa – in *AMS*¹⁹⁸, in ragione della dicotomia posta dalla Corte a fondamento della propria giurisprudenza qui sopra illustrata («espressione concreta» *versus* «specificazione di alcuni aspetti»). Difatti, benché tale teorizzazione riguardasse esclusivamente – nella riflessione dell'AG – i “principi” sanciti dalla

¹⁹⁴ Ancorché la posizione indicata nel testo sia stata declinata in vari modi dagli Autori, è possibile ricordare A. BAILLEUX, *L'effet direct horizontal des droits fondamentaux. Le critère du pouvoir-savoir, ligne claire de la jurisprudence?*, *op. cit.*; D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, *op. cit.*; E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the EU Charter of Fundamental Rights: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 657-679; e, *amplius*, E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union: A Constitutional Analysis*, Oxford, 2019.

¹⁹⁵ In via di prima approssimazione, tanto la giurisprudenza *Bauer-Max-Planck* (capace di rafforzare, in qualche misura, la tutela dei diritti sociali fondamentali) quanto la pronuncia in *Thelen Technopark* (per avere evitato una indebita estensione del campo di applicazione della eccezione in discorso) sono stata generalmente accolte positivamente dalla dottrina, quantomeno adottando come prospettiva di indagine quella sottesa al presente lavoro. Mi limito a rinviare ai commenti relativi al secondo, più recente caso, dato che gran parte della letteratura su *Bauer-Max-Planck* – pur con qualche eccezione – affronta la questione – correttamente – dalla prospettiva degli effetti diretti della Carta. In particolare, v. 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.; B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment: the Court of Justice sticks to its guns on the horizontal effect of directives*, *op. cit.*

¹⁹⁶ Dopo un periodo di relativo “disinteresse”, questa tematica ha recentemente attirato nuovamente l'attenzione della dottrina, con specifico, ma non esclusivo, riguardo alla Carta. Si veda, ad es., E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 219-246; P. SYRPIS, *The relationship between primary and secondary law in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2015, pp. 461-488; L. S. ROSSI, *The relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in horizontal situations*, in *EU Law Analysis*, 25 febbraio 2019; E. HANCOX, *The Relationship Between the Charter and General Principles: Looking Back and Looking Forward*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, pp. 233-257; L. GUILLOUD-COLLIAT, *La Charte des droits fondamentaux et les actes législatifs de l'Union européenne: de la subordination à la concrétisation*, in R. TINIÈRE, C. VIAL (eds.), *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan et perspectives*, Bruxelles, 2020, pp. 203-216.

¹⁹⁷ Cfr. F. EMMERT, M. PEREIRA DE AZEVEDO, *op. cit.*; E. DUBOUT, *op. cit.*

¹⁹⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 18 luglio 2013, causa C-176/12, *AMS*, ECLI:EU:C:2013:491, punto 60 ss. La posizione dell'AG è stata recentemente ripresa ed elaborata da Bailleux, v. A. BAILLEUX, *Article 52.2. – Portée et interprétation des droits et principes*, in F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2019, II ed., pp. 1287-1319, spec. pp. 1314-1315.

Carta e non già i “diritti” ivi protetti¹⁹⁹, le categorie ed i concetti elaborati in tale sede sono stati in sostanza recepiti e sembrano già in uso nella riflessione accademica relativa al filone giurisprudenziale *Mangold-Egenberger-Bauer*²⁰⁰. Filone giurisprudenziale, occorre sottolineare, nel quale non si riscontra alcuna traccia di tali teorizzazioni. Ciò considerato, appare utile tratteggiarne i caratteri essenziali.

Anzitutto, quanto alla posizione dell’AG Cruz Villalón, egli suggeriva di circoscrivere l’applicazione della eccezione in discorso (*i.e.*, dello schema *Mangold*) ai casi in cui le norme della direttiva concretizzassero «in modo *essenziale* ed *immediato* il contenuto di un “principio”»²⁰¹. Ampliando ora il campo di indagine ai “diritti”, merita attenzione l’impostazione avanzata da Muir, la quale, partendo dall’analisi della giurisprudenza relativa al principio generale di non discriminazione e alla direttiva 2000/78, ha posto l’accento a) sul carattere *eccezionale* dello schema *Mangold*, in parte legato alla centralità e all’importanza dei diritti fondamentali che venivano in rilievo; e b) su quello che abbiamo qui sopra definito il collegamento funzionale tra le disposizioni della direttiva e il diritto fondamentale in discorso; collegamento che – in tali casi – potrebbe definirsi “caratterizzato”. In particolare, veniva sottolineata la corrispondenza *immediata* ed *essenziale* tra le due fonti per come emerge dalla base giuridica utilizzata (l’art. 19 TFUE) e dall’obiettivo indicato all’art. 1 della direttiva 2000/78, segnatamente «rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento»²⁰².

Adottando queste categorie, sulla base dell’analisi della recente giurisprudenza della Corte, è possibile avanzare la seguente ipotesi ricostruttiva. Da un lato, per concretizzazione *essenziale* sembra doversi intendere la corrispondenza o sovrapposizione perfetta tra il diritto fondamentale ed il diritto sancito dalla direttiva, al punto da poter essere considerata una medesima norma seppur riaffermata in disposizioni diverse. Dall’altro lato, una concretizzazione *immediata* ricorrerebbe quando lo scopo primario della direttiva è specificamente quello di concretizzare tale diritto fondamentale, per come risultante dalla base giuridica utilizzata e dagli obiettivi della direttiva medesima. In altri termini, quando il diritto

¹⁹⁹ Come è noto, la categoria dei “principi”, i cui caratteri essenziali sono oggi tracciati all’art. 52, par. 5, della Carta, è stata inserita nella versione della Carta proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. Altre disposizioni della stessa operano un riferimento a tale categoria, come ad esempio l’ultimo capoverso del Preambolo e l’art. 51, par. 1, della Carta. La distinzione tra “principi” e “diritti” ha assunto finora un peso molto modesto nell’*iter* logico-argomentativo della Corte nella giurisprudenza esaminata in questo scritto e non sarà pertanto oggetto di approfondimento. In relazione a quanto in discorso, si vedano S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Hart, 2021, II ed., pp. 1611-1674; T. LOCK, *Rights and Principles in the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, 2019, pp. 1201-1226; F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Commento all’articolo 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, pp. 1058-1085.

²⁰⁰ V., ad es., B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment: the Court of Justice sticks to its guns on the horizontal effect of directives*, *op. cit.*; E. MUIR, *The Horizontal Effects of Charter Rights given expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer*, *op. cit.*; E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, *op. cit.*; E. MUIR, *Of Ages - and Edges of – EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2011 pp. 39-62, pp. 60-62.

²⁰¹ Conclusioni *AMS*, *cit.*, punto 60 ss., spec. punti 63 e 76.

²⁰² E. MUIR, *Of Ages - and Edges of – EU Law*, *op. cit.*, pp. 60-62; E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, *op. cit.* L’impostazione è riproposta e “aggiornata” in E. MUIR, *The Horizontal Effects of Charter Rights given expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer*, *op. cit.*, e condivisa da B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment: the Court of Justice sticks to its guns on the horizontal effect of directives*, *op. cit.*

fondamentale rappresenta una “retta tangente” rispetto alla direttiva, “toccando” – vale a dire, venendo in qualche modo in rilievo ne – le sue previsioni ma senza rappresentare quel collegamento funzionale caratterizzato testé descritto, l’eccezione in discorso non dovrebbe ricorrere. Ciò posto, rimane tuttavia ancora aperta la questione di come poter distinguere – in seno a tale interazione – situazioni in cui le disposizioni di una direttiva danno «espressione concreta» ad un diritto fondamentale già *per se* completo e direttamente efficace e, dall’altro lato, ipotesi in cui dette disposizioni di diritto secondario si limitano a «specificare alcuni aspetti». Quest’ultima problematica sembra tuttavia riguardare, primariamente, l’ermeneutica delle disposizioni della Carta, e soltanto in modo riflesso l’oggetto del presente lavoro²⁰³.

Infine, allargando ulteriormente l’ambito di indagine, è evidente che problematiche di interazione possano in linea teorica porsi, non soltanto con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali oggi sanciti dalla Carta, ma anche con riguardo a norme dei trattati²⁰⁴, come *Thelen Technopark* dimostra. Ci si dovrebbe pertanto domandare come calibrare la riflessione sul “collegamento funzionale” alle ipotesi in discorso. Benché la giurisprudenza della Corte qui sopra richiamata non offra spunti al riguardo, è possibile brevemente ricordare le ricostruzioni proposte dalla dottrina, principalmente anglosassone, in merito al rapporto tra direttive e trattati sin dai primi anni Ottanta.

In sintesi, in relazione ad una prima categoria di direttive – qualificate “definitorie” («*Definitional Directives*»)²⁰⁵, ossia direttive precisamente volte a definire con maggiore precisione le disposizioni dei trattati ovvero a specificarne l’ambito di applicazione – la loro efficacia diretta anche orizzontale veniva considerata difficilmente negabile²⁰⁶. Il problema si spostava quindi sulla determinazione dei criteri che consentissero di distinguere queste direttive dalle altre. Secondo Easson, occorre domandarsi se la Corte fosse in grado di pervenire al medesimo risultato senza l’ausilio della direttiva²⁰⁷. Maggiori problematiche erano invece state riscontrate nel riconoscere effetti diretti orizzontali a direttive che completano ed integrano le disposizioni dei trattati («*Supplemental Effects of Directives*»)²⁰⁸, rispetto alle quali gli Autori auspicavano l’adozione di un approccio casistico²⁰⁹, non dissimile da quello proposto in relazione alla Carta qui sopra.

Anche in ragione di queste ultime considerazioni, appare ingenuo pensare che i giudici del *Kirchberg* possano risolvere e fare chiarezza, una volta per tutte, in relazione a disquisizioni

²⁰³ In merito alle tecniche interpretative utilizzate dalla Corte di giustizia, v., da ultimo e con specifico riferimento alla Carta, K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *Les méthodes d’interprétation de la Cour de justice de l’Union européenne*, Bruxelles, 2020, p. 107 ss.

²⁰⁴ In senso contrario mi pare si ponga B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment: the Court of Justice sticks to its guns on the horizontal effect of directives*, *op. cit.*, secondo il quale «[t]he Mangold-Bauer line of cases had seriously unhinged the coherence of the Court’s case-law on the effect of directives, but at least it could be restricted to the application of directives whose main aim was to ‘implement’ a fundamental right, as is the case with the non-discrimination directives (as in Mangold) and with the working time directive (as in Bauer)».

²⁰⁵ A. J. EASSON, *op. cit.*, p. 40.

²⁰⁶ A. J. EASSON, *op. cit.*, p. 40; D. WYATT, *op. cit.*, pp. 245-248.

²⁰⁷ A. J. EASSON, *op. cit.*, p. 40.

²⁰⁸ Assimilabili, in sostanza, alle prime due sottocategorie individuate da Capelli, vale a dire, rispettivamente, le direttive di completamento e di integrazione delle norme contenute nel trattato e le direttive coadiutorie o di sostegno, volte a consentire alle norme del trattato di realizzare gli obiettivi ivi previsti; cui si è fatto riferimento *supra*. Si veda § 2 che precede, nonché F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, *op. cit.*, p. 70 ss.

²⁰⁹ A. J. EASSON, *op. cit.*, p. 40; D. WYATT, *op. cit.*, p. 246.

di ordine teorico circa la sistematizzazione della dottrina dell'effetto diretto²¹⁰, pur con rilevanti implicazioni pratiche. Non solo non deve essere semplice procedere in tal senso per una istituzione collegiale come la Corte di giustizia²¹¹, ma, a monte di tale dato, ci si potrebbe anche chiedere se ciò sia opportuno in ragione della sua natura di organo giurisdizionale. Quale che sia la sensibilità del Lettore al riguardo, la Corte ha recentemente dimostrato che, ove ritenga necessario, si considera ben legittimata a intervenire in modo deciso al fine di porre termine a discussioni di ordine teorico relative a principi costituzionali dell'ordinamento UE. Da ultimo, sia sufficiente ricordare la pronuncia della Grande Sezione in *Popławski II*²¹², che ha sciolto il nodo gordiano circa il rapporto tra "effetto diretto", "primato" e "disapplicazione"; già menzionata in questo lavoro e al centro dell'analisi condotta nel prossimo §.

5. Nei §§ che precedono sono stati sinteticamente ripercorsi le condizioni ed i limiti dell'effetto diretto delle direttive negli ordinamenti nazionali, prestando particolare attenzione al divieto di effetti diretti orizzontali, alle eccezioni a tale divieto e ad alcuni recenti sviluppi di primario rilievo a questo riguardo.

Volgiamo ora l'attenzione ad una terza problematica, ossia alle conseguenze giuridiche dell'effetto diretto di una norma contenuta in una direttiva negli ordinamenti nazionali. Quanto agli sviluppi intercorsi negli ultimi anni, il punto di partenza non può che essere, per l'appunto, la sentenza *Popławski II*. Difatti, ancorché le questioni pregiudiziali sollevate in tale caso avessero primariamente ad oggetto una decisione quadro, l'«interpretazione del principio del primato»²¹³ fornita dalla Corte di giustizia trascende evidentemente detto atto giuridico, fissando alcuni punti fermi validi per l'intero ordinamento giuridico dell'Unione.

Più in dettaglio, *Popławski II* ha il merito di aver finalmente risolto la *vexata quaestio* del rapporto tra "effetto diretto", "primato" e "disapplicazione" in favore del modello qualificato come "*trigger model*"²¹⁴. In sostanza, la disapplicazione «è sempre figlia» dell'effetto diretto in combinato disposto con il primato²¹⁵; quest'ultimo, da solo, non è sufficiente neppure per integrare il c.d. effetto diretto di esclusione²¹⁶. Si tratta di un chiarimento di particolare importanza nel contesto del presente lavoro, incidendo sulla riflessione relativa alle eccezioni al divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive, come già messo in evidenza nel § 4.

²¹⁰ Cfr. D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, op. cit., p. 604.

²¹¹ Cfr. P. V. FIGUEROA REGUEIRO, op. cit., pp. 36-37.

²¹² Sentenza *Popławski II*, cit.

²¹³ Si tratta della formulazione utilizzata dalla stessa Corte di giustizia, v. sentenza *Popławski II*, cit., punto 1, ove si legge che «[I]a domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione del principio del primato del diritto dell'Unione e dell'articolo 28, paragrafo 2, della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio [...]». Corsivo aggiunto.

²¹⁴ M. DOUGAN, *When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 931 ss. *Contra*, v. K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers*, op. cit.

²¹⁵ Sentenza *Popławski II*, cit., punti 59-68, spec. punto 62. Nel senso indicato nel testo, si veda D. GALLO, *La disapplicazione è sempre figlia dell'effetto diretto, non solo del primato*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020, pp. 81-87. In senso contrario mi pare porsi L. S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, op. cit. Per un interessante commento della pronuncia in discorso, si veda v. D. MIASIK, M. SZWARC, *Primacy and direct effect – still together: Popławski II*, in *Common Market Law Review*, 2021, pp. 571-590.

²¹⁶ In generale, in merito alla *invocabilité d'exclusion*, v. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., pp. 437-450.

Il punto fermo relativo al *trigger model* segnato da *Poplawski II* è stato confermato dalla successiva giurisprudenza della Corte di giustizia. Anche le sentenze nei – di poco successivi – casi *NE II* e *Thelen Technopark*, qui sopra brevemente illustrati, si fondano su tale sistematizzazione, in questo modo contribuendo alla risoluzione di incertezze rimaste aperte per decenni. È tuttavia necessario notare come, allo stesso tempo, le medesime pronunce (*NE II* e *Thelen Technopark*) gettino le basi per l’apertura di almeno due nuovi dubbi in merito al rapporto tra effetto diretto, primato e disapplicazione, al quale se ne aggiunge un terzo. Qui di seguito, offriremo una breve carrellata di queste tre problematiche.

Una prima questione emerge dalla lettura della sentenza *NE II*, ove la Corte – dopo aver riconosciuto che il requisito di proporzionalità delle sanzioni di cui all’art. 20 della direttiva 2014/67 ha effetto diretto – si trova a dover rispondere al quesito così riassumibile: nel caso di specie, cosa deve intendersi per “disapplicazione della norma nazionale incompatibile con il diritto UE”? In termini più concreti, la questione è se il principio del primato «impon[ga] alle autorità nazionali l’obbligo di disapplicare, *nella sua interezza*, una normativa nazionale contraria al requisito di proporzionalità delle sanzioni [oppure] se implichi che dette autorità nazionali escludano l’applicazione di una normativa siffatta *nei soli limiti necessari a consentire l’irrogazione di sanzioni proporzionate*»²¹⁷.

Seguendo il sentiero tracciato dall’AG Bobek²¹⁸, la Grande Sezione ha concluso nel senso che – al fine di garantire la piena efficacia del requisito di proporzionalità delle sanzioni – il giudice nazionale è chiamato a «*disapplicare la parte della normativa nazionale da cui deriva il carattere sproporzionato delle sanzioni, in modo da giungere all’irrogazione di sanzioni proporzionate, che permangano, nel contempo, effettive e dissuasive*»²¹⁹. Benché la Corte precisi che la conclusione alla quale perviene non sia messa in discussione dai principi della certezza del diritto, della legalità dei reati e delle pene nonché della parità di trattamento²²⁰, è evidente che una siffatta «disapplicazione chirurgica»²²¹ possa inverare delicati problemi di contemperamento tra detti principi e l’effettività del diritto dell’Unione.

Una seconda nuova questione aperta emerge dalla sentenza *Thelen Technopark*, dove la Grande Sezione – valorizzando e sviluppando un passaggio già presente in *Poplawski II*²²², e ancor prima in *Smith*²²³ – afferma che, anche ove confrontato con una disposizione di diritto UE priva di efficacia diretta, resta ferma la possibilità per il giudice nazionale, «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*»²²⁴. Come è stato correttamente rilevato, si tratta di una affermazione, da un lato, che non trova precedenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia,

²¹⁷ Sentenza *NE II*, cit., punto 34. Corsivo aggiunto.

²¹⁸ Conclusioni dell’Avvocato generale Bobek del 23 settembre 2021, causa C-205/20, *NE II*, ECLI:EU:C:2021:759, punto 86 ss. Cfr. Conclusioni dell’Avvocato generale Bobek del 25 luglio 2018, causa C-193/17, *Cresco Investigation*, ECLI:EU:C:2018:614, punto 147.

²¹⁹ Sentenza *NE II*, cit., punto 42. Corsivo aggiunto.

²²⁰ Sentenza *NE II*, cit., punto 45 ss. A questo riguardo, v. F. VIGANÒ, *op. cit.*

²²¹ Cfr. Conclusioni *NE II*, cit., punto 97.

²²² V. sentenza *Poplawski II*, cit., punto 68, ove si legge quanto segue: «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 diretta».

²²³ Sentenza *Smith*, cit., punto 49.

²²⁴ Sentenza *Thelen Technopark*, cit., punto 33. Corsivo aggiunto.

e, dall'altro lato, le cui implicazioni giuridiche appaiono tutt'altro che chiare²²⁵. A parere di chi scrive, il passaggio motivazionale in esame non rappresenta un cambio di paradigma e neppure un reale “sviluppo” della dottrina dell'effetto diretto delle direttive. Esso, ad oggi, potrebbe forse essere considerato un truismo o, al più, una rassicurazione nei confronti dei giudici nazionali, specialmente di alcuni Stati membri²²⁶. Una siffatta “rassicurazione” apparirebbe utile, ad esempio, qualora un ordinamento nazionale prevedesse altri strumenti che consentissero la non applicazione di un atto nazionale in contrasto con il diritto UE. Per quanto qui interessa, immaginiamo il caso in cui innanzi ad un giudice nazionale, in una controversia tra privati, venga riscontrato un contrasto tra una disposizione di una direttiva riconosciuta dalla Corte come direttamente efficace e un atto normativo *sub*-legislativo, come un regolamento governativo o ministeriale²²⁷.

Infine, è possibile individuare una terza problematica – ancora “aperta” ed incisa da alcune recenti pronunce – relativa al rimedio della disapplicazione come conseguenza di primato ed effetto diretto. Si tratta delle situazioni in cui la Corte ha riconosciuto delle “eccezioni” all'obbligo di disapplicazione di una disposizione nazionale incompatibile con una norma di una direttiva direttamente efficace. Più in dettaglio, sono riscontrabili tre principali categorie o manifestazioni di “eccezione alla disapplicazione”²²⁸.

Una prima ipotesi si è registrata allorquando, nonostante la natura direttamente efficace di una disposizione di una direttiva, la Corte di giustizia ha rimesso al giudice nazionale la valutazione circa l'opportunità di disapplicare, stante la necessità di operare un equo bilanciamento tra contrapposti interessi. Un esempio è *Österreichischer Rundfunk*²²⁹.

Una seconda eccezione ricorre quando, a fronte di norme direttamente efficaci, la Corte impone in capo alle autorità nazionali – in luogo della disapplicazione – l'obbligo di estendere, in via temporanea, prerogative attribuite nell'ordinamento interno ad alcune categorie di persone fisiche e giuridiche anche ad altri soggetti di diritto. Questa eccezione ricorre segnatamente in materia di non discriminazione e rappresenta un'ipotesi particolare di

²²⁵ E. CANNIZZARO, *Editorial: Convulsive Direct Effect?*, in *European Papers*, 2022, pp. 409-411.

²²⁶ Mi riferisco alle note situazioni in cui versano i giudici nazionali di alcuni Stati membri, i quali stanno sperimentando limitazioni, dirette e/o indirette, allo svolgimento del proprio “mandato europeo”.

²²⁷ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'esemplificazione può essere ulteriormente sviluppata. Si pensi alla situazione in cui, innanzi a un giudice ordinario sia stata incardinata una controversia vertente in materia di tutela di diritti soggettivi tra due soggetti privati, il cui esercizio, tuttavia, viene inciso dall'adozione di un atto amministrativo. Ora, immaginiamo che tale atto amministrativo si basi sull'assetto normativo italiano vigente, in assenza di recepimento di una data direttiva nei termini previsti. Poniamo altresì che una disposizione della predetta direttiva non recepita sia stata riconosciuta come avente efficacia diretta dalla Corte di giustizia e che l'atto amministrativo, pur conforme alla disciplina legislativa nazionale, si ponga così in contrasto con la disposizione di una direttiva direttamente efficace. Ora, la teoria dell'impatto normativo, illustrata *supra* nel § 4.2 non penso possa “coprire” una siffatta ipotesi e determinare la disapplicazione, in una controversia orizzontale, dello specifico atto che – stante il mancato recepimento della direttiva – viene in rilievo dinanzi al giudice. Mi chiedo pertanto se, in questa peculiare e forse remota ipotesi, il giudice ordinario italiano possa tuttavia disapplicare il provvedimento amministrativo incompatibile con il diritto dell'Unione (direttiva direttamente efficace) in una lite *inter privatos* sulla base dell'art. 5 della legge n. 2248 del 1865, All. E. (c.d. legge sul contenzioso amministrativo); propenderei per una prognosi positiva. Su questa ipotesi di disapplicazione, si veda, in generale, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, X ed., pp. 23-24 e 125-128.

²²⁸ La classificazione utilizzata nel testo corrisponde a quella proposta da D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, *op. cit.*, p. 593 ss. In generale sulle situazioni in esame, v. M. DOUGAN, *Primacy and the Remedy of Disapplication*, in *Common Market Law Review*, 2019, pp. 1459-1508.

²²⁹ Corte giust., 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2003:294.

applicazione dello strumento denominato «livellamento verso l'alto» («levelling up»)²³⁰. Si noti che l'eccezione rispetto alla disapplicazione è disposta, per l'appunto, in via temporanea, ossia sino all'adozione di una norma nazionale *ad hoc* che ponga rimedio alla incompatibilità con il diritto UE.

Un esempio di questa ipotesi è rappresentato dalla recente sentenza *Cresco Investigation*, ove la “mera disapplicazione” della disposizione nazionale che prevedeva un giorno festivo supplementare in favore dei lavoratori appartenenti ad alcune minoranze religiose, ritenuta dalla Corte in contrasto con il divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione²³¹, avrebbe determinato una compressione generalizzata delle garanzie di tutela dei diritti di alcuni soggetti dell'ordinamento senza attribuire, al contempo, alcun beneficio al gruppo di soggetti svantaggiato da tale disposizione. Ciò dipendeva dalla particolare “sintassi normativa nazionale” e, precisamente, dal fatto che la norma incompatibile con il diritto dell'Unione – e quindi destinata in principio a dover essere disapplicata – consisteva in una norma attributiva di un vantaggio ad un certo gruppo di soggetti²³².

Una terza ipotesi di sospensione del rimedio della disapplicazione a fronte di norme di direttive direttamente efficaci è basata sull'applicazione per analogia dell'art. 264 TFUE nel contesto del rinvio pregiudiziale al fine di tutelare esigenze imperative di certezza del diritto²³³. Questa ulteriore eccezione si riscontra, al ricorrere di determinate condizioni, in specifici settori del diritto dell'Unione²³⁴, come il monopolio pubblico delle scommesse sportive²³⁵, l'ambiente²³⁶ e l'approvvigionamento elettrico²³⁷. Più in particolare, in *Inter-Environnement Wallonie I*, la Corte ha sancito quattro condizioni cumulative. In primo luogo, benché si ravvisi una incompatibilità tra norma nazionale e una determinata disposizione di una direttiva, è necessario che quest'ultima sia stata per il resto correttamente trasposta nell'ordinamento nazionale. In secondo luogo, deve ravvisarsi l'impossibilità di porre tempestivamente rimedio ai pregiudizi derivanti dalla disapplicazione della norma interna incompatibile con il diritto UE. Terza condizione: il vuoto giuridico che deriverebbe dalla disapplicazione della norma interna arrecherebbe un pregiudizio agli obiettivi perseguiti dalla direttiva maggiore rispetto alla sospensione della disapplicazione. Infine, la quarta condizione consiste nella circostanza per cui la sospensione della disapplicazione deve essere temporanea e limitata nel tempo²³⁸.

²³⁰ Conclusioni *Cresco Investigation*, cit., punti 148 e 155-171.

²³¹ Come è noto, oggi sancito dall'art. 21, par. 1, della Carta, e concretizzato dalla direttiva 2000/78.

²³² Come ho cercato di argomentare in L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione: il caso Cresco Investigation*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020, pp. 317-360, p. 345 ss.

²³³ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, 2018, XI ed., par. 816.

²³⁴ Su questa categoria di eccezioni, v. A. CIRCOLO, *Le eccezioni della Corte di giustizia all'efficacia prevalente del diritto dell'Unione sul diritto interno. Note a margine della pronuncia Inter-Environnement Wallonie II*, in *Osservatorio europeo DUE*, 11 novembre 2019, consultabile online.

²³⁵ Corte giust., 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, ECLI:EU:C:2010:503, benché in tal caso la Corte non abbia riscontrato le esigenze imperative di certezza del diritto necessarie ai fini della integrazione della eccezione in esame.

²³⁶ Corte giust., 28 febbraio 2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie I*, ECLI:EU:C:2012:103; e Corte giust., 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, ECLI:EU:C:2016:603. V. L. CLEMENT-WILZ, *L'office du juge interne pour moduler les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union. Réflexions sur l'arrêt Association France Nature Environnement du Conseil d'Etat français*, in *European Papers*, 2017, pp. 259-270.

²³⁷ Corte giust., 29 luglio 2019, causa C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie II*, ECLI:EU:C:2019:622.

²³⁸ Sentenza *Inter-Environnement Wallonie I*, cit., punti 58-62.

In conclusione, ancorché le premesse normative, i settori in cui vengono in rilievo, e le modalità applicative di queste tre ipotesi siano differenti, è possibile individuare un *fil rouge* che sottende la giurisprudenza della Corte in discorso, declinabile in due “punti fermi”.

Anzitutto, le tre ipotesi illustrate qui sopra sono accumulate dalla loro natura di “eccezione”, e pertanto dalla necessità di essere interpretate ed applicate in maniera restrittiva. In altri termini: la disapplicazione rimane ancora oggi la regola. La natura di “eccezione” risulta in modo evidente, a seconda dei casi, dal loro carattere “settoriale”, dalla loro delimitazione temporale definita dalla Corte stessa (*i.e.*, il tempo strettamente necessario al legislatore nazionale per porre rimedio in modo strutturale alla incompatibilità), e, infine, dalla valutazione squisitamente casistica che i giudici del *Kirchberg* compiono.

Un secondo punto fermo, di primaria importanza, consiste nel fatto che – nelle predette ipotesi – la disapplicazione della norma nazionale in contrasto con il diritto UE risulterebbe “controproducente”. Il risultato raggiunto sarebbe diametralmente opposto a quello perseguito dall’effetto diretto, la disapplicazione in tali casi pregiudicherebbe l’effettività della direttiva invece di esserne strumento. Questa conseguenza risulta in maniera immediata nel secondo e terzo scenario, ma è altresì riscontrabile nella prima ipotesi, nella quale – come si è ricordato – la Corte, in casi eccezionali, rimette al giudice nazionale la valutazione circa l’opportunità o meno di disapplicare al fine di operare un equo bilanciamento tra contrapposti interessi. Come ho sostenuto *supra*²³⁹, l’effettività “in uno specifico caso” portato all’attenzione della Corte non è né l’unico interesse meritevole di tutela esistente né l’unica dimensione della “effettività” del diritto UE, della quale esiste anche una dimensione “prospettica”: l’effettività del diritto UE, per essere effettivamente perseguita e realizzata, deve risultare sostenibile nel medio-lungo periodo²⁴⁰, ciò richiede di accomodare in alcuni e limitati casi altri interessi parimenti meritevoli di considerazione. A tal fine, è necessario riconoscere che il rimedio della disapplicazione non è necessariamente, imprescindibilmente e in tutti i casi la conseguenza immediata dell’effetto diretto delle direttive. Torneremo su questo aspetto nelle considerazioni conclusive che seguono.

6. Alla luce dell’analisi sin qui condotta, appare evidente che, alla vigilia del cinquantesimo anniversario della sentenza *van Duyn*, la questione dell’effetto diretto delle direttive quale strumento di *private enforcement* del diritto dell’Unione a disposizione e a tutela dei privati appare ancora una questione *in divenire*, contraddistinta da una serie di problematiche ancora aperte. Lungi dall’essere una patologia caratterizzante «l’infanzia» dell’ordinamento giuridico dell’Unione²⁴¹, queste problematiche continuano a porsi con specifico riferimento alle direttive, incidendo, come si è detto, non solo sulla tutela dei diritti individuali e sull’esercizio del potere normativo dell’Unione, ma, più in generale, sull’architettura costituzionale dell’ordinamento UE²⁴².

²³⁹ Si veda § 4.1.

²⁴⁰ Cfr. F. SNYDER, *op. cit.*, p. 54.

²⁴¹ P. PESCATORE, *op. cit.*

²⁴² Si vedano §§ 1 e 2.

Infatti, non vi è dubbio che queste problematiche siano legate, da un lato, alla natura «camaleontica» e «cangiante» dell'effetto diretto stesso²⁴³, e, dall'altro lato, alla natura e alle peculiarità della fonte del diritto in discorso²⁴⁴. Il bilanciamento tra effettività del diritto dell'Unione e rispetto del riparto verticale di poteri e competenze (*i.e.*, tra Stati membri e Unione) – benché sempre delicato – viene inciso nella sua stessa essenza ogni qual volta a venire in rilievo sia lo strumento della direttiva. Soltanto ove si tengano in dovuto conto queste considerazioni, pare possibile comprendere il significato “costituzionale” e “federale” della tematica oggetto della presente analisi²⁴⁵ e degli sviluppi illustrati nei §§ 3, 4 e 5, vale a dire il sempre più marcato rilassamento nell'applicazione del test dell'effetto diretto, l'ampliamento – pur “controllato” – delle eccezioni al divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive, e i limitati casi in cui il nesso tra effetto diretto, primato e disapplicazione può essere temporaneamente sospeso.

Tali sviluppi giurisprudenziali, in ultima analisi, rispondono tutti alla medesima esigenza di bilanciare l'effettività del diritto dell'Unione ed il rispetto del riparto verticale di competenze secondo una logica necessariamente casistica²⁴⁶. È precisamente in quest'ottica che la tematica in esame deve essere collocata nel più ampio contesto dell'idea di federalismo cooperativo o collaborativo («*cooperative federalism*» o «*dual federalism*») che sottende l'ordinamento UE²⁴⁷. Con tale espressione viene fatto riferimento ad un ordinamento in cui la sovranità – e quindi anche la potestà normativa – in relazione ad una varietà di settori di azione dell'Unione è *condivisa* tra il livello “federale” e quello nazionale, e non già confinata ermeticamente nella sfera di competenza esclusiva di uno dei due livelli di governo²⁴⁸. Questa filosofia e la flessibilità ad essa inerente emerge di tutta evidenza dalla natura e dalle peculiarità dello strumento normativo rappresentato dalle direttive²⁴⁹, e inevitabilmente si riflette sulla giurisprudenza analizzata in questo lavoro. Giurisprudenza che – come detto – deve necessariamente accomodare diversi interessi e prerogative.

Alla luce di quanto precede, i rilievi critici secondo cui l'opera giurisprudenziale della Corte non “brilla” per coerenza²⁵⁰ e sarebbe altresì priva di solidi argomenti giuridici capaci di spiegare anche snodi principali delle problematiche analizzate²⁵¹ devono essere

²⁴³ J. STEINER, *Direct applicability in EEC Law – A chameleon concept*, in *Law Quarterly Review*, 1982, p. 229 ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, *op. cit.*, p. 163 ss.

²⁴⁴ V. *supra* § 2.

²⁴⁵ A. DASHWOOD, *The Principle of Direct Effect in European Community Law*, in *Journal of Common Market Studies*, 1977, pp. 229-245, p. 245; P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, p. 453 ss.

²⁴⁶ P. V. FIGUEROA REGUEIRO, *op. cit.*, pp. 36-37.

²⁴⁷ R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism*, *op. cit.*, pp. 1-10, p. 5. Sul concetto in discorso nella riflessione accademica statunitense, v., ad es., E. S. CORWIN, *op. cit.*

²⁴⁸ V. *amplius* R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism*, *op. cit.*

²⁴⁹ V. *supra* § 2.

²⁵⁰ F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori, e decadenza delle direttive comunitarie*, *op. cit.*, p. 88; F. EMMERT, M. PEREIRA DE AZEVEDO, *op. cit.* L'incertezza giuridica che ne consegue è, tra l'altro, alla base delle proposte di superamento del divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive. Al riguardo, si veda *supra* § 4.1, e, per ulteriori riferimenti alla letteratura, i contributi menzionati nelle note a pie' di pagina n. 73, 74, 75.

²⁵¹ Secondo Capelli, sin dagli anni Settanta, «l'indirizzo giurisprudenziale seguito dalla Corte in materia di efficacia delle direttive, appar[e] più influenzato da considerazioni di ordine politico che non da argomenti di carattere giuridico», v. F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori, e decadenza delle direttive comunitarie*, *op. cit.*, p. 19; F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, *op. cit.* Cfr. R. SCHÜTZE, *European Union Law*, *op. cit.*, pp. 170-178.

ridimensionati. Peraltro, la considerazione per cui la “storia” della dottrina dell’effetto diretto – anche – delle direttive non rappresenti il portato di meri tecnicismi ma sia stata – e sia ancora – anche influenzata da considerazioni di più ampio respiro, di “politica giudiziaria” ed inerenti dal processo di integrazione europea e dalla fase dello stesso in cui una determina pronuncia si colloca, non può del tutto sorprendere²⁵².

Questa conclusione non impedisce tuttavia di individuare profili la cui razionalizzazione e sistematizzazione appare necessaria e, almeno in parte, possa essere svolta dalla Corte di giustizia. Tra questi profili, possono essere brevemente richiamati tre aspetti relativi alla efficacia diretta delle direttive sui quali si è concentrata l’analisi.

Viene in rilievo, in primo luogo, la distinzione tra creazione di un «obbligo» (vietato) e determinazione di «mere ripercussioni negative» (consentita) in controversie orizzontali, che è al centro del filone giurisprudenziale della Corte in tema di effetto diretto incidentale delle direttive. Come sostenuto nel § 4.2, sebbene i chiarimenti apportati nella sentenza *Smith* e la teoria dell’impatto normativo appaiano in grado di spiegare le pronunce sino ad oggi rese dalla Corte di giustizia, l’estensione di questa eccezione al di là della situazione di mancata notifica di regole tecniche – prefigurata nella sentenza *Airbnb Ireland* – solleva invece degli interrogativi. A differenza delle “mere regole tecniche” non notificate ex direttiva 2015/1535, la categoria delle misure nazionali restrittive della libera circolazione dei servizi ricomprende una fattispecie variegata di ipotesi, ivi incluse norme non notificate idonee a venire *direttamente* in rilievo in controversie *inter privatos*. Una siffatta ipotesi si porrebbe in contrasto, a parere di chi scrive, con la predetta distinzione tra obbligo e mere ripercussioni negative posta a fondamento di questa eccezione.

Un secondo aspetto concerne l’eccezione al divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive definita – sin dalle prime battute di questo scritto – schema *Mangold*, analizzata nel § 4.3. Si tratta dell’eccezione basata sulla interazione tra disposizioni di una direttiva e diritto primario – principi generali del diritto, diritti fondamentali della Carta, o, in linea teorica, norme dei trattati – che consentono a una data norma giuridica sancita in entrambe le fonti (diritto primario e secondario) di avere efficacia diretta e così determinare la disapplicazione di una misura con essa in contrasto anche in controversie orizzontali. A questo riguardo, dalla giurisprudenza della Corte, emerge, da un lato, il carattere – per l’appunto – eccezionale dello schema *Mangold*, in parte legato alla centralità e all’importanza dei diritti fondamentali che venivano in rilievo; e, dall’altro lato, la necessità di riscontrare un collegamento funzionale “caratterizzato” tra le disposizioni della direttiva e il diritto fondamentale in discorso, che ricorda – con i distinguo svolti *supra* – quel requisito di concretizzazione *immediata* ed *essenziale* avanzato dall’AG Cruz Villalón nelle proprie conclusioni presentate in *AMS*.

Nei §§ che precedono, è stato altresì svolto un tentativo definitorio di queste due aggettivazioni. In particolare, per concretizzazione *essenziale* dovrebbe intendersi una corrispondenza o sovrapposizione perfetta tra il diritto fondamentale ed il diritto sancito dalla direttiva, al punto da poter essere considerata una medesima norma riaffermata in disposizioni diverse. Una concretizzazione *immediata* ricorrerebbe, invece, quando lo scopo primario della

²⁵² Come sottolineava Pescatore, sin da *van Gend and Loos*, la dottrina dell’effetto diretto ha poggiato in parte su di «une certaine idée d’Europe» condivisa dai membri della Corte, v. P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 137. In tema di “politica giudiziaria” della Corte di giustizia, si veda, da ultimo, L. CLÉMENT-WILZ (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l’Union européenne*, Bruxelles, 2018.

direttiva è specificamente quello di concretizzare tale diritto fondamentale, per come risultante dalla base giuridica utilizzata per l'adozione della direttiva e dagli obiettivi perseguiti dalla stessa. Come anticipato, rimane tuttavia ancora aperta la questione di come poter distinguere – in seno a tale interazione – situazioni in cui le disposizioni di una direttiva danno «espressione concreta» ad un diritto fondamentale già *per se* completo e direttamente efficace e, dall'altro lato, ipotesi in cui dette disposizioni di diritto secondario si limitano a «specificare alcuni aspetti»²⁵³.

Infine, il terzo aspetto concerne il nesso funzionale tra effetto diretto, primato ed obbligo di disapplicazione, ossia la configurazione di quest'ultimo come “rimedio principe” alla incompatibilità tra diritto UE e ordinamento nazionale. L'analisi svolta nel § 5 dimostra, da un lato, che la disapplicazione deve anch'essa essere “declinata al plurale”, essendo recentemente emerse nella giurisprudenza della Corte ipotesi di “disapplicazione chirurgica” e di “disapplicazione sulla base del diritto nazionale”. Dall'altro lato, senza con ciò rinnegare o sminuire il ruolo di tale rimedio nel processo di integrazione europea²⁵⁴, i casi esaminati segnalano che, in alcune situazioni, l'effettività del diritto dell'Unione – inclusa l'effettività dei diritti sanciti da direttive – non possa essere garantita dalla disapplicazione. Come sostenuto *supra*²⁵⁵, a fianco di una “effettività *in uno specifico caso*” portato all'attenzione della Corte esiste anche una dimensione “prospettica” di questa categoria: l'effettività del diritto UE, per essere effettivamente perseguita e realizzata, deve risultare sostenibile nel medio-lungo periodo²⁵⁶, rendendo a tal fine necessario accomodare in taluni casi altri interessi parimenti meritevoli di considerazione.

Ora, nella medesima prospettiva, è possibile sostenere che, in alcuni casi, l'interpretazione conforme²⁵⁷ appaia preferibile al consolidato binomio effetto diretto-disapplicazione e finanche più rispondente alla filosofia di federalismo cooperativo sottesa all'ordinamento UE. L'utilizzo di questo duttile strumento è altresì idoneo a ridimensionare il divieto di effetto diretto delle direttive in controversie tra soggetti privati²⁵⁸. Ricostruzioni teoriche a parte, dalla giurisprudenza relativa allo schema *Mangold* emerge chiaramente che – già oggi – l'obbligo di interpretazione conforme viene configurato dalla Corte come un passaggio preliminare e necessario di ogni valutazione circa l'efficacia diretta dei diritti fondamentali UE in controversie orizzontali, contribuendo così alla loro effettività non mediante il rimedio della disapplicazione²⁵⁹ e a prescindere dai limiti inerenti all'efficacia

²⁵³ V. *supra* § 4.3, ove è stato anche precisato come, ad avviso di chi scrive, la problematica in discorso afferisca primariamente all'ermeneutica delle disposizioni della Carta, concernendo soltanto in modo riflesso l'oggetto del presente lavoro.

²⁵⁴ La disapplicazione come rimedio fisiologico conseguente alla combinazione della dottrina dell'effetto diretto e del principio del primato ha plasmato la natura stessa dell'ordinamento giuridico UE, completando – come ricorda la stessa sentenza *van Gend and Loos*, cit. – lo strumento di *public enforcement* del diritto UE per eccellenza (vale a dire, la procedura di infrazione), mediante «[l]a vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti».

²⁵⁵ Si vedano §§ 4.1 e 5.

²⁵⁶ Cfr. F. SNYDER, *op. cit.*, p. 54.

²⁵⁷ L. NIGLIA, *Conforming Interpretation*, *op. cit.*; G. BETLEM, *op. cit.*; G. DE BÚRCA, *Giving Effect to European Community Directives*, *op. cit.*

²⁵⁸ Come illustrato nel § 4.1.

²⁵⁹ Sottolinea l'importanza di questa ampia concezione di “effettività” nel contesto del sistema di tutela dei diritti fondamentali, ad es., Frantziou, si veda 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, pp. 224-226.

diretta delle direttive in tale tipologia di controversie. A ciò si aggiunga che il chiarimento operato nella sentenza *Poplawski II* circa la necessità di limitare la disapplicazione alla contrarietà a norme del diritto UE dotate di effetto diretto (*trigger model*) sembra idoneo ad accresce, nel prossimo futuro, le occasioni di ricorso allo strumento dell'effetto indiretto, in luogo dell'effetto diretto, aumentando di conseguenza le aspettative riposte in capo al giudice nazionale in sede di obbligo interpretazione conforme²⁶⁰.

A cinquant'anni da *van Duyn*, pertanto, le “questioni aperte” in merito all'effetto diretto delle direttive con cui la Corte sarà chiamata a confrontarsi sono ancora numerose, anche considerando che, se alcune di esse sono state risolte, nuove problematiche sono emerse negli ultimi anni.

²⁶⁰ D. MIASIK, M. SZWARC, *op. cit.*