



Università degli Studi di Ferrara

*Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale
XXI ciclo*

**TEORIA DEGLI EFFETTI DIRETTI
E APPLICAZIONE DEL DIRITTO**

*L'efficacia delle norme ce *self-executing*
nell'interpretazione
della Corte di giustizia e del giudice interno*

*Tutore
Prof. Roberto Bin*

*Dottoranda
Sara Lorenzon*

INDICE

Capitolo I

LA TEORIA DELL'EFFETTO DIRETTO NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

- 1.1 Le diverse accezioni
- 1.2 Condizioni d'uso
- 1.3 Diritto primario: norme programmatiche e norme immediatamente precettive
- 1.4 L'attitudine delle direttive a produrre effetti diretti
- 1.5 (segue) ...e la particolare condizione del termine

Capitolo II

IL GIUDICE INTERNO ALLA RICERCA DELLA 'REGOLA' DEL CASO: L'INTENSITA' DEGLI EFFETTI DIRETTI TRA OBIEZIONI, RIMEDI E STRUMENTI ERMENEUTICI

- 2.1 Premessa
- 2.2 Limiti alla teoria dell'effetto diretto: il divieto di effetti orizzontali. *Rationes pro e* contro di giurisprudenza e dottrina
- 2.3 Rimedi per aggirare il divieto (ovvero per garantire la tutela): gli strumenti ermeneutici anzitutto. Il ruolo dell'interpretazione conforme
- 2.4 Il rinvio pregiudiziale d'interpretazione ed il dialogo tra giudice e Corti.

Capitolo III

CERTEZZA DEL DIRITTO, LEGITTIMO AFFIDAMENTO E TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA: UN 'OSSIMORO GIURIDICO'?

- 1. Premessa
- 2.1 Il diritto al risarcimento. Le condizioni d'accesso alla tutela risarcitoria dei singoli lesi dalla violazione del diritto comunitario ascrivibile alla responsabilità dello Stato
 - 2.1.2 La responsabilità dello Stato per fatto dell'autorità giudiziaria
- 3.1 L'estensione "in senso orizzontale" del rapporto verticale e l'*incidental direct effect*
- 3.2 Principio di non discriminazione e giudizio di eguaglianza

CAPITOLO PRIMO

LA TEORIA DELL'EFFETTO DIRETTO NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

SOMMARIO: 1.1 Le diverse accezioni – 1.2 Condizioni d'uso – 1.3 Diritto primario: norme programmatiche e norme immediatamente precettive – 1.4 L'attitudine delle direttive a produrre effetti diretti – 1.5 (segue) ...e la particolare condizione del termine

1.1 Le diverse accezioni

La diretta efficacia delle norme comunitarie venne in luce nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia per la prima volta nel 1962, nel corso della trattazione della causa *Van Gend*¹. L'occasione si presentò con la necessità di interpretare l'art. 12 del Trattato Cee (ora abrogato, attualmente art. 25 Tce) e divenne presto la pietra angolare della teoria dell'effetto diretto di cui la Corte si servì, nel corso dei decenni, per plasmare una "certa idea di Europa"².

In *Van Gend* la Corte stabilisce che «l'articolo 12 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare» in quanto esso «pone un divieto chiaro e incondizionato che si concreta in un obbligo [...] di non fare» e tale divieto «è per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministrati». Ciò è possibile in quanto la Comunità «costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale» e, riconoscendo «come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini», essa «nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi».

Queste importanti deduzioni costituiscono il corollario di un ragionamento giuridico che trae origine dalla considerazione della natura del Trattato Ce. Inizialmente, in *Van Gend*, la Corte, pur dichiarando di ispirarsi allo «spirito, alla struttura ed al tenore» del Trattato, argomenta succintamente – e prudentemente – che sono l'instaurazione di un Mercato comune nonché il Preambolo stesso al Trattato e lo strumento del rinvio pregiudiziale a mettere in luce l'importanza dei singoli come soggetti di diritto al pari degli Stati membri; da ciò consegue la facoltà dei cittadini di agire in giudizio davanti ai giudici nazionali per chiedere la tutela dei loro diritti nascenti dall'ordinamento comunitario. Certamente le motivazioni addotte dalla Corte appaiono rilevanti ma forse non ab-

¹ CGCE, *Van Gend & Loos*, C-26/62, in *Racc.*, p.1

² P. PESCATORE, *The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law*, in *ELR*, 1983, p.155. La "certaine idée de l'Europe" cui Pescatore fa riferimento è la concezione di un ordinamento giuridico comunitario integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri; essa rappresenta il *modus operandi* e al tempo stesso l'obiettivo che la Corte di giustizia persegue, presupponendo una visione monista del rapporto tra ordinamenti giuridici.

bastanza convincenti per sostenere la ‘nuova rivoluzione’ in atto. L’affermazione del cittadino quale soggetto giuridico autonomo rispetto allo Stato e la natura ibrida dell’ordinamento comunitario – né esclusivamente internazionale, né tipicamente costituzionale – sono, insieme, le matrici del filo rosso che segna il percorso logico seguito dalla giurisprudenza comunitaria.

Nel Trattato comunitario, la fisiologica attitudine dei trattati internazionali a regolare in via esclusiva i rapporti tra Stati cede il passo ad un nuovo soggetto giuridico, il singolo, centro di imputazione di obblighi e di diritti soggettivi, non solo quando «espressamente [il Trattato] li menziona ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti[...] agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie»³. L’effettiva garanzia di queste posizioni giuridiche soggettive – siano esse di attribuzione diretta o “effetto riflesso” di obblighi statali – è demandata al giudice nazionale che “ha il dovere di tutelar[le]” e alla Corte europea, quando è adita tramite le vie di ricorso predisposte dall’ordinamento comunitario. Come bene rileva la Corte, ad entrambi i soggetti giuridici – Stati e cittadini – corrispondono strumenti di garanzia diversi per la protezione dei rispettivi interessi; tali vie di tutela sono però parimenti necessarie e complementari al fine di assicurare l’effettività del complesso sistema giuridico. In questo contesto, il rinvio pregiudiziale funge da raccordo tra ordinamenti ma al contempo esso è anche strumento di cooperazione giudiziale e via di ricorso indiretta per i singoli litiganti. La Corte, in tale sede, esprime la sua funzione nomofilattica e contestualmente garantisce tutela ‘mediata’ ai diritti dei singoli; questi, rispettivamente, agiscono come *vigilantes* e propulsori dell’uniformità del diritto comunitario, chiedendo protezione per i loro diritti di origine comunitaria.

In questa prospettiva, la sentenza *Van gend* pone una chiara equazione: l’effetto diretto corrisponde alla creazione di diritti soggettivi, tutelati in foro interno e –ove sussista la competenza – in foro comunitario. Questa equazione rinvia al concetto di effetto diretto enucleato dalla Corte Permanente di giustizia nel caso *Danzica*⁴, laddove tale Corte individua la possibilità che una norma pattizia internazionale crei dei diritti direttamente in capo agli individui; ma ciò –in quel contesto, all’interno di un trattato internazionale – solo nel caso in cui tali diritti costituiscano il contenuto di uno specifico obbligo, pattuito *ad hoc* dalle Parti contraenti⁵.

L’ordinamento comunitario, diversamente, è un “ordinamento di nuovo genere” nell’ambito internazionale. Esso è un ordinamento giuridico *integrato* e *vincolante* anzitutto basato sul trasferimento di competenze e limitazione della sovranità degli Stati membri. Così la Corte ha osservato che « a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato ce ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell’ordinamento giuridico degli Stati membri all’atto dell’entrata in vigore del trattato»; per tali motivi, la Comunità è dotata «di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o

³ *Van gend*

⁴ Si fa qui riferimento al noto parere reso dalla Corte permanente di giustizia internazionale sulla competenza dei tribunali di Danzica, 3 marzo 1928, reperibile in *Recueil, Série B, n. 15, p. 17-18* oppure in <http://www.icj-cij.org/pcij/index.php?p1=9>. Cfr. IWASAWA, *The Doctrine of self-executing Treaties in the United States: a critical analysis*, in *Virginia journal of International law*, 1986, p. 627; A. BLECKMANN, *Self-executing treaty provisions*, in *Enc. Public int. Law*, Amsterdam, New York, Oxford, 2000, p. 374.

⁵ Il fenomeno è in tutto assimilabile all’adattamento del diritto interno al diritto internazionale. Solo in presenza di norme nazionali di attuazione (ed in base a queste) è possibile configurare diritti o posizioni giuridiche soggettive direttamente in capo ai singoli.

da un trasferimento di attribuzioni degli Stati» che «hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi»⁶. Da ciò discende la centralità del nuovo soggetto giuridico “individuo”⁷, quale potenziale titolare diretto di propri diritti e la “preminenza” – «l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale»⁸ *i.e.* principio del primato – del diritto comunitario sul diritto interno.

L'ordinamento comunitario presenta altresì un'altra novità rispetto ai trattati internazionali: esso predispone e regola l'organizzazione della Comunità anche sotto il profilo della struttura istituzionale, individua gli specifici compiti e poteri delle nuove istituzioni, prevede e disciplina le procedure di adozione degli atti Ce, agisce in base a dei principi generali propri – enunciati nel Trattato – e riconosce tra essi anche i principi di derivazione nazionale⁹. Tali caratteristiche contribuiscono ad avvicinare il Trattato ad una Carta costituzionale o, secondo alcuni, alla Carta costituzionale di uno Stato di tipo federale¹⁰.

E' a questo punto chiaro che il contesto nel quale si esprime il paradigma effetto diretto/diritto soggettivo/giustiziabilità non è quello di un tipico trattato internazionale; qui, diversamente, gli strumenti giurisdizionali comunitari e quelli nazionali insieme, costituiscono un sistema integrato di garanzie idoneo ad assicurare la cogenza e l'effettività dell'ordinamento di nuovo genere.

Stabilendo in *Van Gend* che l'articolo 12 del Trattato «ha valore precettivo», la Corte sembra rinviare a quella che alcuni autori hanno definito “*immediateté*”¹¹ del diritto comunitario. Si tratta dell'attitudine naturale di tutte le norme Ce a penetrare direttamente negli ordinamenti nazionali – a presidio delle posizioni giuridiche soggettive – obbligando così tutti i giudici ad applicarle o, quanto meno, a tenerne conto nella soluzione del caso. E ciò sempre in ragione della peculiare, ibrida natura del Trattato. Questa ‘immediatezza’ –o immediata precettività potenziale – caratterizza, secondo questa dottrina, tutte le fonti Ce, dalle norme del Trattato alle direttive, indipendentemente dal tipo di atto, differenziandosi così nettamente dalla diretta applicabilità che trova invece

⁶ CGCE, *Costa/Enel*, C-6/64, in Racc., p. 1130; cfr. anche *Simmmenthal*, 106/77, in Racc., p. 629, in particolare laddove « in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere *ipso jure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri - di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie. Il riconoscere una qualsiasi efficacia giuridica ad atti legislativi nazionali che invadano la sfera nella quale si esplica il potere legislativo della Comunità, o altrimenti incompatibili col diritto comunitario, equivarrebbe infatti a negare, sotto questo aspetto, il carattere reale d' impegni incondizionatamente ed irrevocabilmente assunti, in forza del Trattato, dagli Stati membri, mettendo così in pericolo le basi stesse della Comunità».

⁷ F. G. JACOBS, *The evolution of the European legal order*, in *CMLR*, 2004, pp. 303-316

⁸ *Costa/Enel*, *cit.*

⁹ CGCE + art. 6 TUE

¹⁰ B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, H. H. J. WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 2001; H. H. J. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003

¹¹ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, 2001, p. 385 e ss.; R. KOVAR, *L'immediateté du droit communautaire*, in *Juris Classeurs*, 1991, fasc. 432

la sua fonte nell'art. 249 del Trattato Ce. Diversamente, l'effetto diretto non ha alcun riscontro formale all'interno del Trattato bensì è il frutto dell'interpretazione della Corte e/o dei giudici nazionali, chiamati ad applicare le norme comunitarie.

Questa accezione della diretta efficacia come "*immediateté*" sembra porre l'accento anzitutto sull'obbligatorietà di tale diritto e sulla sua conseguente invocabilità in giudizio, che non necessariamente coincide sempre con la creazione di diritti soggettivi in capo ai singoli bensì è idonea a produrre una pluralità di effetti di diversa entità. In questa prospettiva, l'effetto diretto non funge più esclusivamente da *longa manus* del principio del primato ma assurge *in primis* a garanzia di effettività della tutela comunitaria.

L'idea di rottura del binomio effetto diretto/diritto soggettivo è stata fatta propria anche da un'altra importante dottrina –primi fra tutti *Bleckmann e Timmermans*¹² – che ha sottolineato come *Van Gend*, ed insieme ad essa le successive sentenze in cui la Corte ha reiterato il binomio, non sia altro che *una* delle tante manifestazioni possibili della diretta efficacia. Secondo questa corrente dottrinale, sono principalmente due le accezioni di effetto diretto.

Con la prima – *effetto diretto in senso stretto* – ci si riferisce alla possibilità di sussumere perfettamente la fattispecie concreta sotto quella astratta prevista dal diritto Ce, ne consegue la immediata e cogente applicabilità della regola al caso e, con essa, la possibile manifestazione del diritto soggettivo¹³; tuttavia, la creazione di quest'ultimo dipenderà, in ultima istanza, dalla qualificazione della fattispecie secondo i diversi sistemi giuridici interni.

La seconda accezione coincide con la più generale facoltà dei singoli di invocare in giudizio la norma Ce *self-executing* a guisa di parametro di legalità/compatibilità delle norme nazionali: in alcuni casi l'effetto prodotto coincide con la semplice sanzione della disapplicazione della norma interna contrastante [*effetto di esclusione*], altre volte è necessario far seguire alla disapplicazione la sostituzione della norma nazionale con la norma comunitaria applicabile al caso [*effetto di sostituzione*].

Questa più ampia e composita concezione della diretta efficacia trova riscontro nella giurisprudenza della Corte, in particolare, laddove essa riscontra che «in tutti i casi in cui disposizioni [...] appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate [...] *per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato*»¹⁴. L'effetto di sostituzione è ben palesato nella sentenza *Becker* laddove la Corte stabilisce che la ricorrente possa, richiamandosi ad una norma Ce *self-executing* della direttiva sull'IVA, chiedere la non applicazione della normativa tedesca contrastante e valersi invece del precetto comunitario che le consente d'essere esonerata dal pagamento di detta imposta.

Per altro verso, l'effetto di mera invocabilità d'esclusione emerge chiaramente nel caso *Skandia*¹⁵ laddove «le disposizioni sopra menzionate sono sufficientemente precise ed incondizionate per essere fatte valere dinanzi al giudice nazionale nei confronti dell'amministrazione e comportare l'inapplicabilità di una norma di diritto nazionale con esse incompatibile». Così anche in *CIA Security*, in cui l'effetto della norma *self-executing* che impone l'obbligo –preciso ed incondizionato – di notifica alla Comunità

¹² BLECKMANN TIMMERMANS

¹³ I.e. CGCE, *Comitato*, C-236/92, in *Racc.*, p.

¹⁴ CGCE, *Becker*, C-8/81, in *Racc.*, p. 53; *FNV*, C-71/85, in *Racc.*, p. 3855

¹⁵ CGCE, *Skandia*, C-241/97, in *Racc.*, p. 879

dei progetti nazionali si esprime nella conseguente non applicabilità alla fattispecie *a quo* delle norme tecniche nazionali, adottate proprio in violazione di detto obbligo¹⁶. Talvolta, tuttavia, la semplice non applicazione della normativa interna contrastante non è di per sé sufficiente al raggiungimento dello scopo dell'atto comunitario; in tali casi la Corte invita il giudice a ricorrere all'interpretazione conforme del diritto nazionale¹⁷.

Ma vi è di più. Le molteplici *nuances* applicative della diretta efficacia sono rese ancor più evidenti da un'altra dottrina¹⁸ che distingue la più generale invocabilità a seconda dello specifico effetto prodotto in: *invocabilité d'exclusion*, *invocabilité d'interprétation conforme*, *invocabilité de prévention*, *invocabilité de réparation* (quali espressioni della effettività minima riconoscibile alle norme *self-executing*) e *l'effet de substitution* (quale effetto più prossimo al concetto di effetto diretto in senso stretto).

Il denominatore comune della diversa dottrina sin qui richiamata è l'ampliamento, secondo varie sfumature, del concetto originario di diretta efficacia così come formulato in *Van gend*. La giurisprudenza comunitaria, per parte sua, ha contribuito a fornire le occasioni per irrobustire ed espandere via, via la discussione. La lettura che però forse più si attaglia alle soluzioni enucleate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sembra sia quella fornita da *S. Prechal*, secondo cui l'effetto diretto non sarebbe altro se non «*the obligation of a court or another authority to apply the relevant provision of Community law, either as a norm which governs the case or as a standard for legal review*»¹⁹.

Secondo tale autrice, quando la norma *self-executing* non crea direttamente un diritto soggettivo, essa può venire in luce nel giudizio *a quo* sotto altri profili: può essere invocata come parametro per la *review of legality* della norma interna e provocarne la disapplicazione oppure la sostituzione o ancora l'obbligo per il giudice nazionale di interpretazione conforme. Ma non basta. Tale definizione, puntando sulla obligatorietà ed effettività *erga omnes* della diretta efficacia, ha il pregio di includere nell'oggetto della non applicazione non solo la legislazione nazionale contraria ma anche tutti i comportamenti imputabili alla pubblica amministrazione e, quindi, di comprendere ogni pubblica autorità tra i soggetti obbligati all'applicazione del diritto comunitario.

Prechal distingue poi tra la base giuridica dell'effetto diretto in senso stretto e quella dell'effetto diretto come mera invocabilità: mentre, nel primo caso, l'attitudine alla creazione di diritti soggettivi è giuridicamente basata sulla precettività del contenuto stesso della norma ed è condizionata dalla successiva qualificazione della fattispecie in sede nazionale, nel secondo caso, l'invocabilità riposa sul combinato disposto dell'art. 249

¹⁶ CGCE, *CIA Security International*, C-194/94, in *Racc.*, p. 2201 p.to 55. E' da rilevare che in questo caso la notificazione alla Comunità non ha meramente una funzione formale/procedurale ma integra nella sostanza lo scopo dell'atto comunitario; per tali motivi l'obbligo qui assume una valenza sostanziale.

¹⁷ CGCE, *Connect Austria*, C-462/99, in *Racc.*, p. , p.ti 38-39. La Corte prosegue oltre stabilendo altresì che «se un'applicazione del diritto nazionale conforme ai requisiti dell'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387 non è possibile, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario al diritto comunitario, mentre la sua mancata applicazione renderebbe il diritto nazionale conforme a quest'ultima» p.to 40.

¹⁸ L. J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, in *LGDJ*, Paris 1970; R. KOVAR, *La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire*, in *RCADE*, IV-I, p. 15 e ss.; D. SIMON, *Le système juridique...*, cit., p. 445 e ss.

¹⁹ S. PRECHAL, *Directives in EC law*, Oxford, 2005, p. 226 e ss.

con l'art 10 del Trattato e dipende dalle caratteristiche processuali proprie di ciascun foro nazionale. Infatti, il contesto giuridico interno, la singola fattispecie e le domande delle parti condizionano inevitabilmente la portata della norma *self-executing*; ciò senza contare che ciascun giudice nazionale dovrà poi qualificare la posizione giuridica soggettiva, che di volta in volta viene in luce, in base al suo diritto interno. Si pensi, ad esempio, al caso del nostro (i.e. italiano) diritto interno che contempla un'importante distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi – per lo più sconosciuta in molti dei Paesi europei – per i quali l'ordinamento appresta differenti strumenti e fori di tutela²⁰.

In conclusione, la concezione 'ampia' di *Prechal* possiede numerosi pregi. Essa è anzitutto imperniata sulla necessaria effettività del diritto comunitario e sulla sua naturale obbligatorietà, rompendo così un'equazione che ormai era divenuta troppo angusta rispetto all'attuale giurisprudenza Ce, senza per ciò frammentare eccessivamente il concetto di diretta efficacia. D'altro canto, pone l'accento su di un elemento discriminante nell'individuazione delle norme *self-executing*: l'influenza del caso concreto e la funzione ermeneutica del giudice interno.

E' altresì vero che l'interpretazione estensiva della teoria dell'effetto diretto è stata catalizzata – e si può dire quasi dettata – da un consistente filone di sentenze sull'effetto d'invocabilità. Questa giurisprudenza ha avuto inizio con i casi *VNO, Denka, Delkvist*²¹, confermati a distanza di anni da *Kraijveld* e più recentemente dai casi *Linster* e *Waddezze*²²; in questi ultimi la Corte chiede al giudice di spingersi ad apprezzare la compatibilità comunitaria non solo delle norme interne d'attuazione bensì di tutte le disposizioni nazionali rilevanti per il caso *a quo*.

La peculiarità che accomuna tali cause coincide con il complesso accertamento del rispetto del margine di discrezionalità statale in sede di attuazione o implementazione del diritto Ce. Nella maggior parte di queste sentenze, inoltre, la Corte si trova alle prese con norme *self-executing* site all'interno di direttive Ce non ancora recepite o recepite in modo non corretto. Come si vedrà a breve – vedi *infra* – sembra proprio che sia l'apprezzamento di tale discrezionalità a fungere da vera condizione dirimente dell'efficacia delle norme comunitarie investite.

Se, infatti, in un primo momento la Corte aveva escluso la possibilità di interpretare e quindi applicare direttamente una norma che non fosse incondizionata, successivamente questa preclusione è venuta meno. Da un lato, la Corte chiede ai giudici nazionali di verificare attraverso il parametro posto dalla norma *self-executing* il rispetto del margine di discrezionalità usato dallo Stato per implementare il diritto Ce, dall'altro è la Corte stessa a procedere al controllo di legalità; e ciò, di fatto, avviene ogniqualvolta essa si esprime in termini di compatibilità della normativa interna con la regola comunitaria.

²⁰ La Corte di giustizia si è per la prima volta imbattuta in tale distinzione nella sentenza *Salgoil*, C-13/68, in *Racc.* p. 602; cfr in particolare laddove «gli articoli 31 e 32 obbligano le autorità e in particolare i giudici competenti degli Stati membri a proteggere gli interessi dei singoli contro eventuali violazioni di dette disposizioni, garantendo loro la tutela diretta e immediata dei loro interessi, e ciò indipendentemente dal rapporto intercorrente, secondo il diritto nazionale, fra detti interessi e l'interesse pubblico a cui si riferisce la questione. Spetta all'ordinamento giuridico nazionale lo stabilire quale sia il giudice competente a garantire detta tutela e, a tale effetto, il decidere come debba qualificarsi la posizione individuale in tal modo tutelata».

²¹ CGCE, *VNO*, C-

²² CGCE, *Linster*, C-287/98, in *Racc.*, p. e le relative Conclusioni dell'avv. Gen. Léger; CGCE, *Waddezze*, C-127/02, in *Racc.*, p. cfr anche l'opinione dell'avv. Gen. Kokott resa nelle sue Conclusioni p.to 140.

Vi sono tuttavia, almeno due profili che in questa ricostruzione lasciano alcune perplessità. Anzitutto, verrebbe da chiedersi se sia proprio vero che, anche nell'ipotesi di invocabilità d'esclusione, non si crei – di fatto ma indirettamente – un diritto soggettivo del singolo immediatamente azionabile, quantomeno il diritto di agire in giudizio per la tutela di quella situazione di vantaggio individuata dalla normativa comunitaria.

Inoltre, dando uno sguardo al di là dalla prospettiva monista della Corte, non appaiono chiari i corollari dell'invocabilità d'esclusione. I giudici comuni, infatti, non potendo applicare la norma interna contraria, né eventualmente quella comunitaria –idonea solo ad escludere la regola nazionale – saranno costretti a ricorrere all'interpretazione conforme, laddove possibile. Per tale via – ammesso che effettivamente vi sia e sia individuabile – sfuma sempre più il limite tra interpretazione conforme ed effetto diretto. Il rischio di confusione è altresì messo in luce dalla base giuridica che *Prechal* attribuisce all'effetto d'esclusione: il combinato disposto dell'art 249 e 10 Tce è il medesimo fondamento logico-giuridico che la Corte riconosce per l'obbligo di interpretazione conforme.

Si può forse osservare come nessuna delle ricostruzioni dottrinali fin qui proposte sia di per sé esaustiva, completa e idonea a rappresentare il fenomeno in oggetto. La Corte non sembra agire in base ad un rigido schema decisionale; la giurisprudenza continua a mutare e ciò dimostra che la Corte è alla continua ricerca del miglior compromesso possibile tra opposte necessità. Il principio della tutela effettiva da un lato, e quello dell'uniformità e certezza del diritto comunitario dall'altro, se pur astrattamente non paiono confliggere, nella realtà concreta spesso impongono alla Corte un difficile bilanciamento per raggiungere la soluzione del caso. E' tuttavia innegabile che –come si vedrà nel corso della trattazione – sembra che la Corte propenda sempre più per una distribuzione verticale delle competenze: a sé stessa riserva il compito di assicurare l'uniformità e la certezza del diritto comunitario, lasciando ai singoli ordinamenti nazionali ed ai giudici interni il compito di provvedere a garantire la tutela giurisdizionale effettiva.

1.2 Condizioni d'uso

Nella sentenza *Van gend*, per pervenire all'affermazione del valore precettivo dell'art.12 del Tce, la Corte osserva che tale disposizione «pone un divieto *chiaro e incondizionato* che si concreta in un obbligo[...]» cui non fa riscontro «alcuna facoltà degli Stati membri di subordinarne l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno». Sono così enucleate le due condizioni essenziali perché una norma possa essere dichiarata *self-executing*; tuttavia, la portata di tali requisiti è stata chiarita e via via ampliata dalla giurisprudenza comunitaria in favore di una sempre maggiore estensione della diretta efficacia. L'interpretazione di tali requisiti operativi s'impone altresì alle giurisdizioni nazionali e alle pubbliche amministrazioni; in ragione di ciò, questi profili rappresentano un continuo banco di prova per la Corte, preoccupata, *in primis*, di fornire agli operatori del diritto ogni strumento necessario alla corretta applicazione del diritto comunitario, al fine di realizzare le esigenze di uniformità e certezza.

Una parte della dottrina²³ ha individuato due possibili differenti approcci per la qualificazione dei suddetti requisiti.

Il primo – che secondo questa dottrina rappresenterebbe il punto prospettico prescelto della Corte – è quello della *autosufficienza* della norma comunitaria. I detrattori di questa tesi sostengono che una norma debba risultare chiara ed incondizionata esclusivamente in base agli elementi intrinseci alla stessa. In quest’ottica, nessuna influenza esterna, sia essa del contesto normativo nel quale la norma è inserita o di quello nazionale nel quale la norma è rilevante, può influire sulla determinazione della diretta efficacia. Questa concezione sarebbe avvalorata da una certa giurisprudenza Ce secondo cui «una disposizione è incondizionata per il suo tenore o non lo è»²⁴.

Diversamente, la seconda tesi è imperniata sulla imprescindibile interdipendenza – anche detta *interrelazionalità* – della portata della norma *self-executing* con il tessuto normativo comunitario nel quale è inserita e, unitamente, con il contesto giuridico nazionale e fattuale nel quale dev’essere applicata.

Tuttavia, non si può non considerare²⁵ come la prima tesi prospetti un’ipotesi tendenzialmente astratta, in cui l’effetto diretto risulta avulso dalla realtà concreta ed insuscettibile di ogni applicabilità in giudizio. Come correttamente è stato osservato «*community law can be said to have direct effect if it can be applied by the National courts, acting with their judicial powers*»²⁶. Infatti, il ragionamento logico giuridico non può prescindere, per la deduzione della ‘regola del caso’, dalla sussumibilità di una fattispecie concreta ad una fattispecie astratta; procedimento che non può che essere di tipo *relazionale*.

Questa distinzione dottrinale, dunque, appare poco utile ed a tratti capziosa, specialmente laddove ricorda una diatriba ormai sopita sulle competenze, rispettivamente, del giudice comunitario e dei giudici nazionali. La Corte ha più volte ribadito²⁷ che ad essa compete esclusivamente l’interpretazione del diritto Ce, mentre spetta invece al giudice comune provvedere alla sua concreta applicazione nel caso *a quo*; solo il giudice interno, infatti, è nella posizione migliore per poter apprezzare compiutamente tutti gli elementi della fattispecie concreta, al fine di addivenire alla soluzione del caso. Ciò non significa però che l’effetto prodotto sulla singola causa possa determinarsi alternativamente con l’esercizio dell’una o dell’altra competenza, essendo invece esse entrambe necessarie e complementari.

Infine, l’apprezzamento delle condizioni d’uso dell’effetto diretto va necessariamente ancorato ad elementi intrinseci ed estrinseci alla singola norma; esso, infatti, non dipende esclusivamente – come parte della dottrina²⁸ ha sostenuto – dalla tipologia dell’atto al quale la disposizione appartiene. Se così fosse, non vi sarebbe ragione di distinguere tra diretta applicabilità *ex art. 249* secondo comma Tce ed effetto diretto.

²³ S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002

²⁴ CGCE, *Leonesio*, C-93/71, in *Racc.*, p. ; cfr. anche *Bussen*, C-221/88, in *Racc.*, p., ove l’autosufficienza è intesa come indipendenza anche dal tessuto normativo comunitario nella quale è inserita.

²⁵ L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self executing e non self executing nell’ottica della giurisprudenza*, Padova, 1974; TESAURO

²⁶ J. H. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL, R. J. G. M. WIDDWERSHOVEN, *Europeanisation of Public law*, Groningen, 2007, p. 67 e ss.

²⁷ *EX multis*, CGCE, *Simmenthal*, *cit.*

²⁸ L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea*, Milano, 2007

Segue ora una analisi della giurisprudenza comunitaria sulla portata dei requisiti operativi dell'effetto diretto.

A) CHIAREZZA E PRECISIONE

Un precetto è sufficientemente chiaro e preciso quando è espresso «in termini non equivoci»²⁹.

La Corte ha spesso fatto uso di un triplo test per verificare la chiarezza della norma. Questa deve infatti contenere l'indicazione de: il/i soggetto/i titolare dell'obbligo, il/i soggetto/i titolare del diritto e l'oggetto della posizione giuridica quesita. Lo scopo è quello di permettere agli interessati di comprendere l'entità della loro posizione di vantaggio/svantaggio ed al giudice di poter applicare la norma al caso³⁰.

Tuttavia, la verifica di chiarezza non è sempre così rigorosa e stringente, talvolta perché, trattandosi di obblighi di *non facere* o di semplici divieti, il precetto non pone particolari problemi. In questi casi la Corte si limita a descrivere la portata della norma, concludendo succintamente che essa appare sufficientemente definita e non equivoca.

Diversamente, gli obblighi di *facere* presentano maggiori difficoltà: non solo è necessario individuare le categorie di soggetti destinatari ma è altresì necessario ricavare, eventualmente per via interpretativa, tutti gli elementi indispensabili per la concreta operatività minima della norma. Qualora la disposizione fosse parca di indicazioni, la giurisprudenza Ce stabilisce che «eventuali dubbi si risolvono in sede interpretativa» esaminando «*caso per caso* se la *natura*, lo *spirito* e la *lettera* della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscer[le] efficacia immediata»³¹.

Così in *Fink-frucht*, la Corte valuta che «benché [la] disposizione implichi la valutazione di fatti economici, tale circostanza non esclude il potere e l'obbligo del giudice nazionale di garantire l'osservanza delle norme del Trattato, ove ricorrano i presupposti per l'applicazione della disposizione in esame, intesa alla luce dell'interpretazione che sarà data in prosieguo [...]»³².

Inoltre, in caso di dubbio, i giudici interni potranno sempre rivolgersi alla Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale di interpretazione.

L'ambiguità o la scarsa chiarezza del precetto non ostano dunque, in linea di principio, all'immediata efficacia, purché attraverso l'attività ermeneutica gli operatori giuridici riescano effettivamente a rendere inequivoca la regola rilevante per la soluzione del caso³³. Lo stesso dicasi anche laddove siano richieste valutazioni economiche complesse; se i giudici comuni sono in grado di compierle o di controllare la legalità delle norme interne rispetto al parametro comunitario, si ritiene che l'effetto diretto non possa più per ciò solo essere inibito³⁴.

²⁹ CGCE, *Comitato*, cit

³⁰ CGCE, *Francovich* C-6/90 e 9/90, in *Racc.*, p. 5357, p. ti 12-26.

³¹ CGCE, *Van Duyn*, C-41/74, in *Racc.*, p. 1337

³² CGCE, *FinK-Frucht*, in *Racc.*, p. 298; cfr anche *Defrenne*, C-43/75, in *Racc.*, p. e *Baber*, C-262/88, in *Racc.* p

³³ Cfr. l'opinione edell'avv. Gen F. Jacobs nelle sue conclusioni sul caso *Lindopark*, C-150/99

³⁴ Originariamente in ipotesi di complesse valutazioni economiche era impedito il riconoscimento dell'immediata precettività della norma. Sent. Della Corte *Muller*, C-10/71, in *Racc.*, p. Successivamente la Corte si è espressa in senso contrario in *Carpaneto*, C-231/87, in *Racc.*, p. cfr AMADEO/PRECHALe
co

Nella sentenza *CIA Security International*, la Corte adotta un atteggiamento pragmatico e affatto formalista; esamina lo scopo della direttiva nella quale era inserita la disposizione impugnata e – contrariamente ad un suo precedente richiamato dalle parti intervenienti – riqualifica un obbligo di notifica come requisito non meramente procedurale bensì sostanziale, pervenendo così a dichiarare l'immediata precettività della norma.

Il limite all'attività interpretativa giurisdizionale – sia essa dei giudici comuni o della Corte – si individua nel riconoscimento del margine di discrezionalità di pertinenza dello Stato. Quando, infatti, l'attività ermeneutica esorbita, è suscettibile di ledere lo spazio riservato alla funzione legislativa, incidendo significativamente sul principio di separazione dei poteri; inoltre, quando il limite dovesse essere varcato dalla Corte si porrebbe anche una questione di potenziale lesione della sovranità statale. Ciò spiega perché non sia sempre agevole distinguere i due requisiti operativi dell'effetto diretto: essi sono tra loro intrecciati ed il loro apprezzamento richiede una attenta e ponderata valutazione.

B) NORMA INCONDIZIONATA

Dall'analisi delle prime sentenze in cui la Corte si è misurata con la valutazione della diretta efficacia delle norme Ce, emerge chiaramente che, affinché un precetto possa definirsi incondizionato e possa quindi essere immediatamente applicato in giudizio, è sufficiente che ad esso non faccia riscontro «alcuna facoltà degli Stati di subordinarne l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno»³⁵. Tuttavia, l'accertamento di insussistenza di condizioni, apparentemente semplice e non controverso, pone numerose questioni.

Anzitutto esso non è legato alla forma dell'atto ovvero ad una verifica *prima facie* dell'assenza di un esplicito conferimento di potere attuativo-esecutivo agli Stati membri, bensì si tratta di un requisito di carattere sostanziale; per ciò richiede all'interprete un attento e talvolta complesso esame del rispetto del margine di discrezionalità che il Trattato – e nella *sub specie* la singola norma – garantisce, alternativamente, alle istituzioni o ai singoli Stati. Inoltre, nel corso degli anni la giurisprudenza della Corte ha di volta in volta enucleato criteri nuovi e sempre più incisivi per lo svolgimento di tale accertamento, fino a raggiungere esiti non sempre condivisibili e talora discutibili sotto il profilo del rispetto del principio di separazione dei poteri e delle diverse competenze giurisdizionali nazionali e comunitarie.

In un primo momento, in presenza di norme facoltizzanti, la Corte ha assunto un atteggiamento restrittivo e prudente nel riconoscere immediata precettività alle disposizioni sottoposte al suo esame: «una norma incondizionata è quella che non lascia discrezionalità agli Stati»³⁶ e che non è subordinata «per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni della Comunità o degli Stati membri»³⁷. Il criterio, rigorosamente interpretato, impedisce ad ogni giudice interno l'applicazione immediata della norma che faccia parte di una disposizione o di un atto nel quale sia contemplata una facoltà attuativa, anche se non strettamente strumentale o inerente al precetto rilevante.

³⁵ CGCE, *Van Gend*, cit

³⁶ CGCE, *Comitato*, cit

³⁷ CGCE, *Kaefer e Procacci*, C-100/89, in Racc., p. 4647

Tuttavia, già a partire dal caso *Molkerei-Zentrale*, si percepisce un primo segnale di apertura ad una interpretazione più elastica dell'assenza di condizioni, laddove la Corte rileva che «l'interposizione, fra la norma comunitaria e la sua applicazione, di atti giuridici che comportano un potere di valutazione [...] sottrae la loro scelta e le relative conseguenze, nello stato attuale del diritto comunitario, a qualsiasi possibilità d'efficacia immediata»³⁸.

In un secondo momento, infatti, la Corte adotta un approccio più elastico, pragmatico e stabilisce che la presenza di un margine di discrezionalità di per sé non osta alla diretta efficacia della norma, quando questa può essere applicata separatamente perché l'esercizio del potere discrezionale, ivi previsto, non la concerne³⁹. E ciò accade quando, all'interno dell'atto, vi è sì una libertà di valutazione e di determinazione riconosciuta agli Stati o alle istituzioni ma afferisce ad una parte della norma che non è necessaria rispetto alla fattispecie concreta; in tali casi la presenza del margine di discrezionalità non rileva e non impedisce l'applicazione immediata del precetto⁴⁰.

Per tale via, la Corte si trova però costretta a dover indicare ai giudici nazionali quali siano i parametri ed i criteri uniformi in base ai quali valutare la sussistenza o meno della discrezionalità; non solo, essa di fatto chiede alle giurisdizioni interne di compiere un vero e proprio controllo di legalità comunitaria sul rispetto del margine di discrezionalità da parte del potere statale (sia esso legislativo o esecutivo) e, conseguentemente, le obbliga a disapplicare le norme interne non conformi.

Nel caso *Becker*, per poter definire un precetto incondizionato, è necessario – asserisce la Corte – valutare, insieme, il sistema generale dell'atto, il contesto della disposizione *de qua* e la disciplina comunitaria dell'intera materia nel cui ambito si inserisce la norma dedotta. Se dall'esame di tali profili è possibile enucleare una regola specifica che, isolata dal contesto circostante, può essere applicata come tale, allora la norma ricavata è certamente *self-executing*. E ciò perché «non si può far valere l'ampiezza del potere discrezionale lasciato agli Stati membri, per negare qualsiasi efficacia a quelle disposizioni che, tenuto conto del loro oggetto, sono atte ad essere utilmente fatte valere in giudizio»⁴¹. Nel caso di specie, la riserva di discrezionalità, prevista all'art. 13 della direttiva Ce 77/388, lasciava allo Stato la facoltà di prevedere per il contribuente la rinuncia al beneficio fiscale garantito da detta norma; ciò non osta però al riconoscimento alla sig.ra *Becker* – in quanto contribuente diretta destinataria della posizione di vantaggio comunque stabilita dalla direttiva – del diritto d'essere esonerata dal pagamento dell'imposta.

In realtà, appare qui chiaro che questa giurisprudenza, assicurando per via interpretativa l'operatività della norma quale «garanzia minima» di effettività⁴², non fa altro che ispirarsi al principio dell'effetto utile. Non a caso, infatti, la maggior parte delle cause

³⁸ CGCE, *Molkerei-Zentrale*, C-28/67, in Racc., p. 192

³⁹ Cfr. CGCE, *FNV*, C-71/85, in Racc., p. 3855 e le relative conclusioni dell'avv. Gen Mancini; *Rieser*, C-157/02, in Racc., p.; *Rechnungshof*, C-139/01, in Racc. p.; *Becker*, cit

⁴⁰ Cfr. CGCE, *Francovich*, cit; *FNV*, cit; *Busseni*, C-221/88, in Racc., p. Così anche nella sentenza *Cooperativ agricola zootecnica S. Antonio*, C-246/94 e C-249/94, in Racc., p. 4373, laddove la presenza di discrezionalità concessa dalle norme della direttiva a favore degli Stati membri «non incide sul carattere preciso e incondizionato del loro disposto».

⁴¹ CGCE, *Becker*, cit. Cfr. CGCE, *Francovich*, cit; *Faccini Dori*, *Denkavit*, C- 283/94; *Kampelmann*, C-258/96; *Sindacato de medicos* C-303/98.

⁴² Cfr. CGCE, *Cooperativ agricola zootecnica S. Antonio*, C-246/94 e C-249/94, cit, laddove «è possibile determinare un livello minimo di tutela che dev'essere comunemente realizzato».

nelle quali la Corte è chiamata ad esprimersi sulla presenza del margine di discrezionalità, presenta il problema della mancata, incompleta o inesatta attuazione di una direttiva. Attraverso la verifica del rispetto del margine – come si vedrà anche in assenza di atto di recepimento – la Corte affila le sue armi contro l’inadempimento statale e, allo stesso tempo, assicura ai singoli la protezione comunitaria.

Per altro verso, la Corte osserva che è necessario usare prudenza anche nell’applicare quei criteri da lei stessa individuati: il fatto che una norma dotata di contenuto specifico possa essere validamente isolata dal contesto e potenzialmente applicata direttamente, non è sempre sufficiente a garantirne l’assenza di condizioni. Così, in *Brinkmann*⁴³ si sottolinea come l’immediata applicazione del precetto *self-executing*, avulso dal contesto della direttiva Ce, comporterebbe, in realtà, una menomazione della facoltà del legislatore interno di scegliere, tra le diverse opzioni fornite dalla normativa comunitaria, quella più adatta al singolo ordinamento.

Diversamente, vi è un altro filone di sentenze⁴⁴ nelle quali la Corte, nell’atto di valutare se la norma fosse o meno sufficientemente incondizionata, ha fatto riferimento al contesto normativo nazionale per perfezionare e definire il contenuto di un precetto. Contrariamente a *Becker*, in cui il precetto di per sé era completo e direttamente efficace, qui la Corte è costretta ad attingere all’ordinamento interno per poter definire il contenuto della norma e realizzarne a pieno l’effetto utile.

Tuttavia, la presenza di una norma facoltizzante o di un margine di discrezionalità a favore della potestà statale, non esclude mai, in linea di principio, la capacità di una norma Ce di produrre effetti diretti.

Potrebbe sembrare contraddittorio ma, a ben vedere, discrezionalità ed effetto diretto si comportano in maniera inversamente proporzionale: laddove c’è una maggiore potere discrezionale, vi sarà una consistente riduzione della precettività della norma e dei suoi effetti. E viceversa. Ciò in quanto anche il potere discrezionale non è illimitato ma trova il suo naturale esaurimento e la sua censura nella *review of legality*. Infatti, ciascun giudice nazionale collabora *pro parte sua*, insieme alla Corte, al fine di vegliare sull’uniformità e certezza del diritto comunitario. Nel caso di specie, ciò avviene ogniqualvolta il giudice interno non applica la regola nazionale perché contraria al parametro comunitario individuato dalla norma Ce “*self-executing*”. Sia che lo si definisca “effetto diretto in senso ampio”, sia che lo si preferisca denominare “effetto d’esclusione”, ciò che qui rileva è l’immediatezza e l’obbligatorietà del precetto comunitario che è per sua natura idoneo ad incidere sulla soluzione del singolo caso, obbligando il giudice a conformare la regola interna a quella comunitaria.

Sembra quindi si possa rilevare che l’intensità dell’effetto diretto dipenda altresì dal grado di controllo giurisdizionale effettuabile sul margine di discrezionalità statale.

Inizialmente, tuttavia, la Corte in *Von Colson*⁴⁵ aveva negato la possibilità di sindacare i limiti della libertà di scelta assegnata allo Stato, quando questo non avesse ancora provveduto a recepire compiutamente la direttiva. Nel caso di specie, la direttiva in tema di parità di trattamento tra uomini e donne per l’accesso al lavoro⁴⁶ lasciava agli

⁴³ CGCE, *Brinkmann*, C-365/98, in *Racc.*, p.

⁴⁴ Cfr. CGCE, *Comune Carpaneto*, C-231/87 e 129/88, in *Racc.*, p.; *Marshall*, cit; *Karella Karellas* 19/90 e 20/90.

⁴⁵ CGCE, *Von Colson*, C-14/83, in *Racc.*, p. 1891

⁴⁶ Direttiva del Consiglio, 9 febbraio 1976, n. 76/207, in *GU L 39*, p. 40

Stati la libertà di scegliere –in base alle caratteristiche proprie di ciascun ordinamento – la tipologia di sanzione più idonea a punire la discriminazione. In assenza della legge tedesca d’attuazione, la Corte non ha riconosciuto alla direttiva effetto diretto né alcun effetto d’esclusione; la sentenza stabilisce solo l’obbligo per il giudice interno di ricorrere all’interpretazione conforme. Diversamente, in *Marshall*, di fronte alla medesima fattispecie, la Corte riconosce invece la possibilità per i singoli di opporsi all’applicazione della norma interna attuativa che predispone una sanzione non adeguata ai canoni comunitari.

Successivamente, come si è avuto modo di osservare in *Becker*, la *legal review* è stata ammessa anche in assenza di una legge interna di recepimento. Questo stesso orientamento è stato più volte confermato⁴⁷ ed ampliato fino a riconoscere in capo al giudice l’obbligo di verificare il rispetto dei margini di discrezionalità di un atto della pubblica autorità, sebbene in carenza di norme interne di implementazione⁴⁸.

Altre volte, invece, dopo aver minuziosamente indicato i limiti alla libertà di scelta dell’autorità statale, la Corte ha invitato il giudice nazionale a verificare il rispetto dei parametri comunitari da parte della legge interna. Così in *Kraaijeveld*, nello stabilire quali tipologie di progetti debbano essere sottoposti alla previa valutazione di impatto ambientale, la legge statale non può predisporre criteri tali da sottrarre, in pratica, la totalità dei progetti ad una siffatta valutazione. In tale eventualità, se, in forza del diritto nazionale, «un giudice è adito con un ricorso di annullamento avverso una decisione di approvazione di un progetto [...] è tenuto a verificare d' ufficio, nell' ambito della sua competenza, se gli organi legislativi o amministrativi dello Stato membro siano rimasti entro i limiti del margine di discrezionalità» indicati dalla direttiva e precipuamente interpretati dalla Corte; nel caso in cui egli accerti che tale margine è stato superato «le disposizioni nazionali [devono] essere a tal riguardo disapplicate» e, conseguentemente, spetterà agli organi dello Stato membro «adottare tutti i provvedimenti necessari»⁴⁹.

Da quanto fin qui osservato, questa giurisprudenza comunitaria sembra essersi inserita tra gli angusti interstizi delle competenze dei singoli poteri nazionali, per istituire un sistema ponderato di garanzie.

Per un verso, il giudice nazionale, nel tessere con il filo dell’interpretazione la regola comunitaria da ‘cucire’ al suo caso, non può sostituirsi all’autorità nazionale nella scelta del tipo di tessuto, egli dovrà limitarsi a fare il rapsodo; per altro verso, il legislatore, nell’apprezzamento della varietà di soluzioni normative possibili, dovrà optare per quelle che, in concreto, realizzano e rispondono agli obiettivi ed ai criteri indicati dalle norme comunitarie. La Corte, dunque, facendo leva sulla connaturale obbligatorietà/immediatezza delle norme *self-executing*, lascia che sia il giudice nazionale a dover verificare, in concreto, il rispetto da parte dello Stato dei limiti prescritti.

Peraltro, il controllo di legalità comunitaria di competenza dei giudici interni, non si limita ai soli casi di direttive non attuate o recepite in modo non corretto. Questa competenza appartiene al giudice ogniqualvolta l’obbligo del *non liquet* gli impone di ricercare per la soluzione del caso concreto quella regola che sia rispettosa della legalità comunitaria. E ciò è lampante, ad esempio, nel caso *Mangold*, in cui la Corte ribadisce

⁴⁷ CGCE, *VNO*, C- 51/76;

⁴⁸ CGCE, *Waddenzee*, C-127/02, in *Racc.* p.

⁴⁹ CGCE, *Kraaijeveld*, C-72/95, in *Racc.*, p. 5403

l'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale contraria al principio di non discriminazione in ragione dell'età, anche nei rapporti tra privati⁵⁰.

La giurisprudenza della Corte in tema di *legal review* è stata spesso tacciata d'essere più incline ad occuparsi della legalità dell'ordinamento comunitario che dei diritti dei singoli; e ciò perché, in sede di verifica del rispetto del margine di discrezionalità, essa ha omesso di valutare nel merito la chiarezza ed assenza di condizioni della norma Ce, al fine di riconoscere ai singoli dei diritti soggettivi immediatamente azionabili⁵¹.

Non sembra qui di poter condividere tale critica. Forse può disturbare l'idea che, attraverso la *legal review*, la Corte abbia previsto un controllo di legalità sull'attività legislativa nazionale ma, a ben vedere, esso non è altro che l'espressione concreta del principio di separazione dei poteri. Oppure, per altro verso, può apparire troppo oneroso il compito interpretativo e valutativo affidato al giudice interno; tuttavia, questo non sembra estraneo né esorbitante rispetto alla consueta distinzione di competenze tra Corte di giustizia e giudici comuni, ove, rispettivamente, l'una fornisce l'interpretazione della norma, e gli altri la modulano per applicarla al caso concreto.

Tutti questi profili non fanno che sottolineare, invece, come l'approccio sostanziale e casistico della Corte rivolga costantemente la sua attenzione alla garanzia di effettività del diritto.

Quando la discrezionalità riservata al legislatore è tale da non permettere al giudice di ricavare un precetto da applicare al caso concreto senza trascendere le sue competenze, costui potrà controllare se l'esercizio del potere dell'autorità statale rispetti i criteri indicati dalle norme Ce: interpretando il diritto interno in maniera conforme e/o disapplicando la norma interna contrastante.

Quale di questi effetti si produrrà sulla fattispecie concreta è una scelta che pertiene in modo esclusivo al giudice interno. Egli solo è a conoscenza del contesto giuridico interno e delle specifiche domande della parti che, come si è già osservato, condizionano in maniera sensibile l'intensità della diretta efficacia.

Così, l'avvocato generale Léger, nelle sue conclusioni sul caso *Linster*⁵², rileva che i signori Linster non avevano agito in giudizio pretendendo l'immediata efficacia della direttiva Ce, bensì si opponevano – proponendo eccezione di invalidità – all'applicazione della normativa lussemburghese che, secondo loro, non era conforme ai dettami comunitari. L'azione proposta dalle parti – secondo l'avv. Gen – condiziona la risposta del giudice nazionale: in questo caso, egli dovrà limitarsi a verificare il rispetto del margine di discrezionalità da parte della legge interna ed eventualmente disapplicarla. In tale occasione, inoltre, l'avv. Gen. osserva come, in tutti i casi in cui l'effetto diretto viene in luce come *invocabilità d'esclusione*, non sia necessario procedere al controllo di sussistenza dei prerequisiti; ciò in ragione del fatto che, non dovendo accertarsi la sussistenza di un diritto soggettivo, non ha rilevanza che la fattispecie comunitaria non sia sufficientemente chiara e determinata.

⁵⁰ CGCE, *Mangold*, C-144/04, in Racc. p., cfr. in particolare p. to 78 laddove «E' compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, anche quando il termine di trasposizione di detta direttiva non è ancora scaduto».

⁵¹ Cfr. AMADEO, *cit.*

⁵² CGCE, *Linster*, C-287/98, in Racc., p. cfr. conclusioni dell'avv. Gen. Léger sul caso, in particolare i punti 68 e ss

In conclusione, a dispetto della qualificazione e del grado di intensità che si voglia astrattamente ascrivere all' "effetto diretto", sarà il giudice interno, con un approccio necessariamente casistico, di tipo sostanziale, ispirato all'effettività e condizionato dal contesto giuridico interno nonché dalle richieste delle parti, a poter –lui solo- determinare la portata degli effetti sul singolo caso *a quo*.

1.3 Diritto primario: norme programmatiche e norme immediatamente precettive

L'evoluzione "creativa" della giurisprudenza comunitaria che, di caso in caso, ha sviluppato e sempre più affinato la nozione di effetto diretto, potrebbe forse indurre l'osservatore a considerare questo fenomeno come nascita di un concetto del tutto nuovo. Tuttavia, nonostante alcune necessarie distinzioni di contesto e di accento terminologico, ci si trova di fronte ad una questione ben nota alla dottrina costituzionale europea: la distinzione tra norme di dettaglio e norme di principio ovvero tra norme immediatamente precettive e norme programmatiche⁵³.

Le "condizioni d'uso" dell'effetto diretto, così come descritte nei precedenti paragrafi, coincidono con il concetto di precettività immediata: esse esprimono, infatti, l'attitudine di una norma, in ragione del suo peculiare contenuto prescrittivo e del contesto nel quale è inserita, ad essere direttamente applicata alla fattispecie concreta. D'altro canto, il "margine di discrezionalità" indica i limiti all'esercizio del potere legislativo per l'implementazione della normativa e rappresenta dunque il grado di programmaticità della disposizione stessa. Prescrittività e programmaticità non sono nozioni tra loro alternative, potendo essere entrambe compresenti all'interno della stessa norma ma caratterizzandola per profili differenti⁵⁴; in tali ipotesi, però –come si è potuto osservare *supra* – più si amplia il margine di discrezionalità più si tende ad escludere la possibilità di ricavare e quindi applicare direttamente un precetto al caso, si tratta delle c.d. norme programmatiche in senso stretto.

I trattati comunitari, così come le Costituzioni nazionali, contengono al loro interno disposizioni di varia natura, sia programmatica che precettiva. Non è sempre agevole distinguerle poiché la loro individuazione è necessariamente il frutto di una attività ermeneutica che deve apprezzare una pluralità di elementi interni ed esterni alla *interpretanda* disposizione.

Un primo profilo di distinzione potrebbe essere individuato nella destinatarietà formale della norma del Trattato: le norme indirizzate ai singoli saranno suscettibili di diretta applicazione, laddove, invece, quelle rivolte agli Stati, lo saranno solo dopo la necessaria interposizione di una adeguata attività legislativa interna. Fin da subito, tuttavia,

⁵³ Cfr. la più autorevole dottrina costituzionale italiana sul punto: S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1941; ID, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa del diritto italiano*, in *Scritti minori*, Milano, 1950; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; ID, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970.

⁵⁴ Crisafulli indicava quale esempio di disposizione precettiva e programmatica insieme l'art. 21 Cost., laddove pur stabilendo incontrovertibilmente un diritto immediato alla libertà di manifestazione del pensiero, negli ultimi commi, invece, esso prevede delle precise indicazioni e dei limiti rivolti all'esercizio del potere legislativo, non direttamente azionabili dai singoli.

questo criterio è apparso inadeguato. Già a partire dalla sentenza *Van gend* la Corte ha chiarito che è possibile riconoscere in capo ai singoli diritti immediatamente deducibili in giudizio «non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie». Ad un dovere posto da una norma comunitaria nei confronti dello Stato corrisponde dunque una situazione giuridica positiva a favore dei singoli: tale posizione di vantaggio può essere, alternativamente, l'obiettivo per il quale la norma giuridica è funzionalmente posta ovvero il «riflesso occasionale» di un obbligo di tutela di un interesse pubblico⁵⁵. Ma ciò che accomuna queste ipotesi è proprio la posizione giuridica soggettiva che il precetto, direttamente o indirettamente, crea: essa è comprensiva non solo di diritti soggettivi, bensì, più in generale, di ogni interesse giuridicamente rilevante e protetto dalla norma del Trattato. Ecco perché, dunque, non appare più opportuno condividere né reiterare il binomio effetto diretto/diritto soggettivo: la portata delle situazioni di vantaggio generate da una norma comunitaria precettiva è decisamente più ampia e comprende la figura più generale dell' «interesse» che, da mero interesse di fatto, anche quale semplice riflesso di un dovere comunitario posto a carico dello Stato, può divenire giuridicamente rilevante e dunque obbligatorio in forza dello stesso diritto comunitario. Il grado di programmaticità delle norme Ce e quindi la loro differente intensità hanno conseguenze che possono essere più o meno incisive sulla sfera giuridica dei singoli ma sono ugualmente tutte tutelate.

Appare per ciò evidente che l'elemento più idoneo a distinguere tali norme da quelle immediatamente prescrittive non sia la rispettiva destinatarietà formale bensì il contenuto precettivo delle norme stesse. Per definirne il contenuto, poi, è necessario prendere in considerazione non solo gli elementi intrinseci alla norma ma anche quelli estrinseci, quali, ad esempio, l'esigenza di fondo che la disposizione intende tutelare, il contesto storico giuridico e sistematico nella quale essa è inserita (etc.); per tali motivi non si può dunque escludere che una norma apparentemente programmatica, alla luce di una puntuale operazione ermeneutica, faccia affiorare elementi di immediata applicabilità.

Le norme di principio contenute nel Trattato pongono altresì ulteriori questioni. Non è del tutto corretto sostenere che una norma programmatica non possa mai essere precettiva, essa, infatti, lo è sempre, almeno nella misura in cui crea direttamente in capo al potere legislativo un obbligo: tali norme, infatti, direzionano, indicano e delimitano l'attività normativa e/o amministrativa descritta nel precetto. Inoltre, ogni disposizione comunitaria di carattere programmatico pone un doppio limite: da un lato all'attività delle istituzioni, dall'altro alla funzione normativa dei singoli poteri legislativi nazionali, secondo rispettive competenze. Ciò implica che quel «margine di discrezionalità» previsto dalle disposizioni del Trattato, si insinua direttamente nei delicati rapporti sottesi al principio di sovranità, di separazione dei poteri e di legalità: ecco perché risulta fondamentale la funzione nomofilattica della Corte di giustizia, che, quale interprete ultimo e «qualificato» del diritto comunitario, è sovente chiamata dai giudici nazionali ad esprimersi, di volta in volta, sulla precettività delle norme impugnate.

Dopo il caso *Van Gend*, la Corte è stata spesso adita dai giudici nazionali allo scopo di precisare la portata e gli effetti di numerose norme del Trattato: non solo quindi di quel-

⁵⁵ V. CRISAFULLI, *Le norme «programmatiche» della Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit. p. 74 e ss.

le impositive di specifici divieti ma anche di quelle indicanti obblighi di fare e di non fare.

Nel caso *Luetticke*⁵⁶ la Corte rileva che, in materia di correzione di discriminazioni fiscali, il Trattato pone «un obbligo [“giuridicamente perfetto”] e integrato nell’ordinamento degli Stati membri, ove ha valore imperativo e riguarda direttamente i loro cittadini ai quali attribuisce dei diritti individuali che i giudici nazionali devono tutelare» in tutte le ipotesi in cui lo Stato non si sia adoperato per eliminare i provvedimenti discriminatori [obbligo di fare]; inoltre, «il fatto che in questo articolo [art. 95 Tce *n.d.r.*] gli Stati membri siano designati come soggetti all’obbligo di non discriminazione [...] non implica che i singoli non possano fruirne» per far valere i loro diritti. Allo stesso modo, la giurisprudenza della Corte si è espressa sull’immediata precettività di molteplici norme del Trattato, quali, ad esempio – tra gli obblighi di non fare – le norme in materia di divieto di restrizioni quantitative e misure di effetto equivalente (art. 28, 29 e *ex art.* 30-34)⁵⁷, il divieto di discriminazione in ragione della nazionalità (art. 12 Tce)⁵⁸, il divieto di discriminazione per i monopoli nazionali (art. 31 Tce)⁵⁹, il divieto di restrizione al diritto di stabilimento, alla libera prestazione di servizi (art. 43 Tce)⁶⁰, alla libera circolazione di capitali (art. 56 Tce)⁶¹, il divieto di predisporre un aiuto di stato in carenza di notifica o del parere della Commissione (art. 88 Tce)⁶²; a queste si aggiungono inoltre le disposizioni che prevedono obblighi di fare, tra le quali, a titolo esemplificativo, la soppressione di restrizioni tariffarie (*ex art.* 13 Tce ora abrogato)⁶³, il riordino dei monopoli (art. 31 Tce)⁶⁴, l’eliminazione delle restrizioni alla libera circolazione delle persone (artt. 39, 43, 49 Tce)⁶⁵.

In relazione poi a certe norme del Trattato, la Corte ha specificato che la diretta applicabilità delle stesse concerne anche i rapporti *inter privatos*. Alcune di esse sono norme che hanno come diretti destinatari i singoli e dunque «si prestano per loro stessa natura anche a produrre effetti diretti nelle relazioni tra soggetti privati»⁶⁶, si tratta in particolare delle norme in materia di concorrenza (art. 81, 82, 85, 86 Tce); altre, invece, pur non avendo i singoli come diretti destinatari⁶⁷ creano a loro carico degli obblighi opponibili da parte di altri soggetti beneficiari individuati dalle norme comunitarie, ad esempio, in materia di libera circolazione di persone e merci⁶⁸ e di non discriminazione, anche in ragione del sesso⁶⁹. In particolare, nel caso *Mangold* la Corte ha riconosciuto l’efficacia

⁵⁶ CGCE, C-57/65, in *Racc.*, p. 220; così anche *Fink Frucht*, C-27/67, in *Racc.*, p.

⁵⁷ CGCE, *Salgoil*, C-13/68, in *Racc.*, p.; *Ianelli et volpi*, C-74/76, in *Racc.*, p.; *Pigs marketing board*, C-83/78, in *Racc.*, p.

⁵⁸ CGCE, *Kenny*, C-1/78, in *Racc.*, p.

⁵⁹ CGCE, *Costa Enel*, C-6/64, in *Racc.*, p.; *Hansen*, C-91/78, in *Racc.*, p.

⁶⁰ CGCE, *Reyners*, C-2/74, in *Racc.*, p.; *Van Bisbergegen*, C-33774, in *Racc.*, p.

⁶¹ CGCE, *Sanz de Lera*, cause riunite C-163/94, C-165/94 e C-250/94, in *Racc.*, p.

⁶² CGCE, *Lorenz*, C-120/73, in *Racc.*, p.; *Fenacomex*, C-354/90, in *Racc.*, p.

⁶³

⁶⁴ CGCE, *Manghera*, C-59/75, in *Racc.*, p. 91

⁶⁵ CGCE, *Van Duyn*, C-41/74, in *Racc.*, p.

⁶⁶ CGCE, *BRT/Sabam*, C-127/73, in *Racc.*, p.; *Bosch*, C-13/61, in *Racc.*, p.; *Marty*, C-37/79, in *Racc.*, p.; *Manfredi*, C-161/84, in *Racc.*, p.

⁶⁷ Norme rivolte agli Stati, CGCE, *Reyners*, C-2/74, in *Racc.*, p.

⁶⁸ CGCE, *Van Duyn*, cit; *Walrave*, C-36/74, in *Racc.*, p.; *Thieffry*, C-71/76, in *Racc.*, p.; *Van Ameyde*, C-90/76 in *Racc.*, p.

⁶⁹ CGCE, *Defrenne*, C-43/75, in *Racc.*, p.

diretta orizzontale del principio di non discriminazione in ragione dell'età, in quanto esse «dev'essere considerato un principio generale del diritto comunitario»⁷⁰.

In conclusione, le norme del Trattato svolgono diverse funzioni. In primo luogo, poiché potenzialmente ogni norma, come si è visto, può essere immediatamente applicabile, esse hanno l'attitudine a regolare direttamente i rapporti giuridici verticali e talvolta anche orizzontali. In secondo luogo svolgono un'importante funzione interpretativa: costituiscono parametro di interpretazione e valutazione delle altre fonti comunitarie⁷¹, dei comportamenti delle istituzioni e degli Stati⁷² (ad esempio nel rispetto dei limiti imposti all'attività legislativa nazionale) e realizzano una importante funzione integrativa⁷³. Questa è un'attribuzione tipica che pertiene specialmente ai principi generali⁷⁴: essi, per loro natura, pongono norme-principio, giuridicamente obbligatorie, che hanno la caratteristica di essere comuni a diverse sub-norme (dotate di fattispecie eterogenee tra loro) ed a riassumerne il contenuto. Per tale ragione essi possono intervenire ogniqualvolta, in sede di applicazione, si presenti una lacuna nell'ordinamento al fine di colmarla attraverso l'applicazione diretta (laddove possibile) oppure con l'ausilio dell'interpretazione (estensiva o analogica). La funzione integratrice, viene in luce in modo particolare in tutti quei casi in cui la disposizione di diritto derivato, ad esempio, non è di per sé sola sufficiente a regolare la fattispecie in modo immediato ma necessita della forza e dell'efficacia peculiare del principio generale per esplicare i suoi effetti diretti sul singolo caso: così, nel caso *Defrenne*, l'art. 119 del Trattato ha contribuito a rafforzare il contenuto immediatamente precettivo della disposizione della direttiva impugnata. Altre volte, un principio generale espresso nel Trattato, esprime la sua *vis* interpretativa in combinato disposto con più fonti⁷⁵: nella sentenza *Sace*⁷⁶ gli articoli 9 e 13 del Trattato, vengono letti in combinato disposto con una decisione ed una direttiva per pervenire a dichiarare la diretta efficacia delle norme di quest'ultima e delle disposizioni convenzionali richiamate.

Accanto ai principi generali vi sono poi le quattro libertà fondamentali. Esse, contrariamente a quanto avviene normalmente in ambito internazionalistico, sono sempre interpretate in senso estensivo e spesso applicate anche in senso orizzontale. La *ratio* di questo atteggiamento della giurisprudenza comunitaria nei confronti delle quattro libertà è dettato dalla funzione di “pietre angolari” che esse svolgono all'interno dell'ordinamento comunitario, quasi a guisa di “principi supremi”, esse esprimono, in un certo senso, l'identità e le origini della Comunità. Tale atteggiamento ermeneutico ha però talvolta condotto la Corte ad esiti interpretativi contrastanti e controversi. Nella sentenza *Van Duyn*, in una causa sulla libera circolazione delle persone, la Corte, dopo aver sottolineato l'importanza di un'interpretazione restrittiva delle clausole limitative della libertà fondamentale, si è spinta a sindacare, nel merito, la nozione di “ordine pub-

⁷⁰ CGCE, *Mangold*, C-144/04, in *Racc.*, p. p.ti 75 e ss.

⁷¹ CGCE, *Wachauf*, C-51/88, in *Racc.*, p.

⁷² CGCE, C-181/84 C-44/79

⁷³

⁷⁴ S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto XXXV*, Milano, pp. 494-533

⁷⁵ Sull'efficacia integrativa dei principi generali in combinato disposto con altre norme, cfr. G. SORRENTI, *La manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria. Ovvero: una ricerca empirica su una risalente ipotesi, di rinnovata attualità*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, 2002, p.76 e ss.

⁷⁶ CGCE, *Sace*, C-33/70, in *Racc.*, p.

blico” così come fatta propria dalla legge inglese. Nel recente caso *Viking Line*⁷⁷, invece, applicando direttamente ed in senso orizzontale l’art. 43 Tce sulla libertà di stabilimento, la Corte di fatto comprime il diritto dei sindacati dei lavoratori ad esercitare una azione collettiva nei confronti di una impresa privata. Lo stesso tipo di atteggiamento si rinviene nel caso *Laval*⁷⁸ ove il diritto di sciopero dei lavoratori è sostanzialmente compromesso dall’imposizione di un divieto di azioni collettive – dirette ad avviare una trattativa con il prestatore di lavoro sulle retribuzioni dei lavoratori distaccati – nella misura in cui queste siano suscettibili di incidere nonché restringere l’ambito applicativo della libera prestazione di servizi e del distacco dei lavoratori.

1.4 L’attitudine delle direttive a produrre effetti diretti

Applicando gli stessi criteri e le stesse condizioni individuate nella sentenza *Van Gend*, la Corte di giustizia ha successivamente riconosciuto anche ad altri atti, oltre al diritto primario, l’attitudine a produrre effetti diretti. Tra questi, la direttiva è l’atto che pone maggiori problemi sul piano della applicabilità concreta e dell’effettività.

Sotto un primo profilo, essa rappresenta uno strumento che certamente risponde ad una visione internazionalistica dei rapporti tra ordinamenti: la direttiva non è in grado di produrre, essa sola, gli effetti desiderati e previsti dalle istituzioni ma richiede agli Stati una attività di adattamento. Sotto altro profilo, è altresì fortemente assimilabile ad una legge-cornice o di principio⁷⁹, tipica degli Stati regionali e federali, con cui lo Stato centrale detta principi, criteri direttivi ed obiettivi ai quali deve uniformarsi l’attività legislativa degli Stati membri, secondo le rispettive competenze. La direttiva ha quindi un contenuto normativo necessariamente programmatico, che racchiude un obbligo di fare ben individuato – rivolto agli Stati – caratterizzato da un ampio margine discrezionale in capo agli organi legislativi nazionali sulla scelta dei modi, dei mezzi e della forma per realizzare gli scopi indicati.

Tuttavia, l’uso concreto della direttiva da parte delle istituzioni comunitarie ne ha rivelato una natura ben più composita e mutevole. Anzitutto, la scelta dei mezzi e delle forme per realizzare gli obiettivi previsti non è del tutto libera: nel recepire l’atto, lo Stato deve comportarsi secondo il principio di leale cooperazione [art. 10 Tce] e scegliere dunque lo strumento normativo più idoneo a produrre la modificazione richiesta dall’ordinamento comunitario⁸⁰. A tale scopo, gli atti di adattamento devono garantire trasparenza e certezza del diritto nonché occupare una posizione opportuna nella gerar-

⁷⁷ CGCE, *The International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union (vs. Viking Line)*, C-438/05, in *Racc.*, p. 11

⁷⁸ CGCE, *Laval Un Partneri*, C-341/05, in *Racc.*, p. 9.

⁷⁹ Se non addirittura ad una più semplice legge di delega, tipica degli ordinamenti costituzionali interni. Come la delega, la direttiva pone obiettivi chiari che il legislatore interno deve realizzare, individua un termine entro il quale l’attività normativa dev’essere compiuta e conclusa, individua i criteri ed i limiti entro i quali può esprimersi la legittima discrezionalità legislativa. Diversamente dalla legge di delega, tuttavia, la direttiva non rappresenta un esercizio eccezionale di attività legislativa, bensì la via ordinaria per l’armonizzazione del diritto nazionale al diritto comunitario, secondo le rispettive competenze degli Stati e della Comunità. Quindi se la direttiva è invalida, la normativa interna di recepimento è anch’essa viziata?

⁸⁰ CGCE, *Enka*, C-38/77, in *Racc.*, p. ; *Commissione vs. Lussemburgo* C-119/00, in *Racc.*, p.

chia delle fonti interne, atta a garantire la preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale: in questo senso, la Corte ha più volte dichiarato che la scelta di adottare misure di carattere amministrativo non appare “adeguata” al fine di implementare una direttiva e configura per ciò una trasposizione non conforme⁸¹.

Inoltre, nella pratica, le istituzioni comunitarie hanno sovente fatto ricorso alle direttive c.d. “dettagliate” o “particolareggiate”: queste vanno ben oltre il mero vincolo di scopo o l’obbligo di risultato poiché contengono al loro interno precise indicazioni di mezzi e disposizioni tecniche che incidono significativamente sul margine discrezionale statale. Se sul versante comunitario l’adozione di una siffatta direttiva è maggiormente idonea a realizzare l’armonia e l’uniformità del diritto, non può negarsi che, sul versante interno, tali tipi di atti rappresentino una erosione della competenza legislativa nazionale a favore delle istituzioni europee⁸². La direttiva, dunque, non prevede esclusivamente un obbligo di fare: non contiene più solo norme programmatiche ma anche molte norme dispositive, immediatamente precettive. Ciò contribuisce ad assottigliare sul piano effettivo la distinzione che il Trattato traccia tra regolamento e direttiva: il regolamento è per convenzione direttamente applicabile ed in ragione di ciò ne viene definito il contenuto normativo, diversamente, la direttiva, per sua natura è un atto non direttamente applicabile che necessita di un intervento legislativo statale. Modificando, dunque, il contenuto tipico delle direttive, introducendo elementi di per sé immediatamente precettivi e riconoscendole, poi, la facoltà di produrre effetti diretti anche in assenza della necessaria intermediazione statale, si incide pericolosamente sul “modello” così come previsto dal diritto primario. E’ questa l’obiezione primaria che gli Stati membri hanno avanzato alla Corte contro il riconoscimento degli effetti diretti alle direttive Ce. Nella sentenza *Grad*⁸³, il governo tedesco ha sostenuto che «l’ articolo 189, facendo una distinzione tra gli effetti dei regolamenti e quelli delle decisioni e delle direttive, ha escluso che queste ultime possano avere efficacia diretta, essendo questa riservata ai regolamenti».

E’ chiara la ragione di fondo che spinge gli Stati ad opporsi al riconoscimento di una tale efficacia: essi temono – non a torto – che vengano così prevaricate le loro competenze, nella scelta delle forme e dei mezzi, e che dunque si faccia un uso distorto delle direttive, adottandole in luogo di regolamenti, per poi giovare della immediata applicabilità. In merito, per ovviare alla confusione tra i due atti, nel noto caso *Cohn Bendit*⁸⁴ il Consiglio di Stato francese tentò di adottare la tecnica della riqualificazione giuridica, per cui a dispetto del *nomen iuris* direttiva, essa veniva di fatto considerata come fosse un regolamento, in ragione del suo contenuto tipicamente prescrittivo. Questa giurisprudenza, tuttavia, non ebbe seguito ed è fortemente improbabile che possa trovare fortuna a livello comunitario. La Corte ha già fatto uso in tempi recenti di tale tecnica ma nell’ambito degli atti del II e III pilastro; riqualificare una direttiva in regolamento configurerebbe una gravissima lesione del principio di legalità nonché delle competenze rispettive di Stati e Comunità.

A ben vedere, però, il problema del contenuto delle direttive non si pone solo con riferimento a quelle “particolareggiate”: esso si palesa ogniqualvolta nell’atto sia inclusa una norma chiaramente dispositiva. Ciò che quindi crea imbarazzo al giurista è la moda-

⁸¹ CGCE, *Commissione vs. Italia*, C-116/86, in *Racc.*, p. ; *Commissione vs. Italia*, C-145/82, in *Racc.*, p.

⁸² R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 117 e ss.

⁸³ CGCE, *Grad*, C-9/70, in *Racc.*, p. 825

⁸⁴ Sentenza del Conseil d’Etat francese del sul punto cfr. T. DAL FARRA, *L’invocabilità des directives devant le juge national de la légalité*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 1992, p. 631 e ss.

lità d'atteggiarsi dell'effetto diretto, posto che appare difficile evitare ed escludere in fase di stesura, *ab initio*, ogni qualsivoglia forma di precettività: inoltre, se l'attitudine di una norma ad essere direttamente efficace è il frutto dell'attività ermeneutica, sembra impossibile precludere *a priori* ogni genere di prescrittività.

Nelle prime sentenze *Grad* e *Sace*, per affermare l'idoneità delle direttive a produrre effetti immediati, la Corte si servì dell'efficacia integrativa di alcune norme del Trattato, attraverso l'espediente interpretativo del combinato disposto⁸⁵. Successivamente, nel caso *Van Duyn* stabilì che l'obbligo imposto agli Stati dalla direttiva è "assoluto ed incondizionato" e poiché «deroga ad uno dei principi fondamentali posti dal Tratto a tutela dei singoli – la libertà di circolazione *n.d.r.* – il rispetto delle garanzie giurisdizionali degli interessati impone che essi possano invocare tale obbligo, anche se contenuto in un atto normativo non avente *ipso iure* efficacia diretta nel suo insieme»⁸⁶. Tre sono le ragioni che la Corte pone a fondamento del riconoscimento degli effetti diretti delle direttive. Il primo argomento sfrutta *a contrario* l'obiezione del governo tedesco nel caso *Grad*: l'art. 249 Tce, infatti, non esclude che atti diversi dal regolamento possano produrre gli stessi effetti⁸⁷. Con il secondo argomento la Corte, basandosi sull'obbligatorietà della direttiva *ex art* 249 Tce, rileva che la portata dell'obbligo imposto dalla direttiva sarebbe ridotto se non fosse riconosciuta agli interessati la possibilità di farlo valere⁸⁸. E ciò è dimostrato – terzo argomento – dalla possibilità sempre riconosciuta ai giudici nazionali di rivolgersi alla Corte *ex art*. 234 Tce per chiedere l'interpretazione e/o la validità degli atti delle istituzioni, ciò che comporta, necessariamente, la facoltà dei singoli di far valere i loro diritti ed interessi davanti alle giurisdizioni interne.

Al di là delle argomentazioni proposte dalla giurisprudenza comunitaria, si celano però due *rationes* di fondo che esprimono la doppia natura dell'effetto diretto.

Il primo rilievo si basa sul concetto di bilateralità della norma giuridica e sulla *funzione di garanzia* che l'effetto immediato tende a realizzare: laddove la Corte sostiene che i diritti non sorgano solo quando il Trattato espressamente li menzioni ma anche come contropartita di obblighi imposti agli Stato o alle istituzioni, attinge all'idea della bilateralità della norma che, se da un lato pone un dovere a carico dello Stato, dall'altro, necessariamente, crea una situazione soggettiva positiva che il diritto comunitario intende garantire riconoscendo la possibilità ai singoli titolari della posizione di vantaggio di

⁸⁵ Queste stesse tecniche di composizione delle antinomie sono ben ricordate ed affrontate da G. Sorrenti a proposito dell'interpretazione costituzionale. G. SORRENTI, *La manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria. Ovvero: una ricerca empirica su una risalente ipotesi, di rinnovata attualità*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, p. 76 e ss.

⁸⁶ CGCE, *Van Duyn*, C-41/74, in *Racc.*, p. 1337, p.to 13

⁸⁷ *Ex multis* CGCE, *Grad*, cit. p.to 5 «se è vero che i regolamenti, in forza dell' articolo 189, sono direttamente applicabili e quindi atti, per natura, a produrre effetti diretti, da ciò non si può inferire che le altre categorie di atti contemplate dal suddetto articolo non possano mai produrre effetti analoghi».

⁸⁸ CGCE, *Grad*, cit. p.to 6 «sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita dall' articolo 189 alla decisione l' escludere, in generale, la possibilità che l'obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli eventuali interessati . in particolare, nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante decisione, obbligato uno stato membro o tutti gli stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell' atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario».

chiederne tutela⁸⁹. Si tratta della stessa ragione di fondo che ha condotto la Corte a riconoscere in *Van gend* l'effetto diretto alle norme del Trattato, la medesima motivazione che in tempi meno recenti ha portato la dottrina costituzionale ad affermare la diretta efficacia delle disposizioni immediatamente precettive contenute in Costituzione.

Il secondo profilo, invece, esprime la *primauté* e l'effettività del diritto Ce: da un lato, l'effetto diretto rinforza ed attua l'obbligatorietà delle direttive realizzando il principio del primato, dall'altro, grazie alla "vigilanza dei singoli", titolari di posizioni di vantaggio, si creano le occasioni che permettono ai giudici di tutelare gli interessi dei soggetti privati "sanzionando" così contestualmente lo Stato inadempiente (*funzione sanzionatoria*).

Anche la Corte costituzionale italiana ha riconosciuto l'efficacia diretta delle direttive le quali, appunto «possono contenere disposizioni precettive idonee a produrre effetti diretti nei rapporti tra gli Stati membri destinatari e i soggetti privati»⁹⁰; inoltre, essa garantisce la preminenza delle direttive *self-executing* anche nei confronti del «referendum che è atto-fonte di diritto interno e che, pertanto, al pari delle altre fonti, deve essere coordinato con la normativa comunitaria, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato»⁹¹.

1.5 (*segue*) ...e la particolare condizione del termine

Le condizioni alle quali una direttiva può produrre effetti diretti sono le medesime già viste ed analizzate nei paragrafi precedenti, in particolare, si richiede che le norme siano chiare, precise e incondizionate e che ciò risulti dalla natura, dalla lettera e dallo spirito della disposizione⁹².

La giurisprudenza comunitaria ha altresì precisato che «lo Stato membro che non abbia adottato entro i termini i provvedimenti imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa»; ciò comporta che, da un lato, «dopo la scadenza del termine stabilito per l'attuazione di una direttiva, gli Stati membri non possano applicare la propria normativa nazionale non ancora adeguata a chi si sia conformato alle disposizioni della direttiva stessa», dall'altro, i singoli non possano «far valere il principio del legittimo affidamento prima della scadenza del termine»⁹³.

Oltre ai requisiti ordinari, valevoli per tutti gli atti comunitari, affinché una direttiva possa essere applicata immediatamente al caso concreto, è necessario che sia scaduto invano il termine di recepimento: questo costituisce, infatti, un profilo peculiare ed ulteriore – rispetto alla chiarezza ed incondizionatezza – che funge da condizione sospensiva – se pur non costitutiva – della diretta efficacia. La *ratio* sottesa al divieto degli effet-

⁸⁹ Alla base di questa motivazione vi è un altro principio-guida, l'*effetto utile*, che la giurisprudenza comunitaria segue fedelmente: ogniqualvolta si trovi di fronte a più soluzioni ermeneutiche possibili, segue quella che realizza la maggiore effettività ed utilità, secondo gli scopi e gli obiettivi dell'ordinamento comunitario. Sul punto CH. VALLEE, *Droit des Communautés Européennes*, Paris 1983.

⁹⁰ Corte cost., sent. n. 182 del 1976, n. 3 *considerato in diritto*

⁹¹ Corte cost., sent. n. 64 del 1990, n. 2.2 *considerato in diritto*

⁹² CGCE, *Van Duyn*, cit e *Becker*, cit.

⁹³ CGCE, *Ratti*, C-148/78, in *Racc.*, p. 1629

ti diretti in pendenza di termine mira a garantire agli Stati, in sede di implementazione della direttiva, il margine di discrezionalità, la libertà nella scelta delle forme e dei mezzi per l'adattamento⁹⁴, laddove, invece, un'applicazione immediata di tale atto potrebbe "compromettere" sensibilmente la realizzazione del risultato ivi prescritto. Allo spirare del termine, si comprime lo spazio discrezionale dello Stato inadempiente che, pur rimanendo parimenti obbligato alla trasposizione dell'atto, non può non riconoscere le posizioni giuridiche di vantaggio nascenti dalle norme *self-executing*.

All'effetto diretto è qui attribuita una caratteristica *funzione sanzionatoria*⁹⁵: se lo Stato non provvede per tempo, interviene la Comunità che, riconoscendo ai singoli la possibilità di far valere i loro diritti nascenti dalla direttiva, censura l'inadempienza statale. Si tratta, quindi, di una costruzione giurisprudenziale che ha applicato una condizione sospensiva all'idoneità di alcune norme – di una direttiva – a produrre immediatamente i loro effetti sulla fattispecie concreta ma il termine, di per sé, non concorre a costituire né integrare il contenuto precettivo delle norme. Esse, se sono prescrittive, lo sono indipendentemente dalla pendenza o scadenza del termine di recepimento dell'atto.

Tuttavia, al di là del dovere di trasposizione dell'atto, non appare sempre chiaro quali siano le facoltà e gli obblighi attribuibili allo Stato prima e dopo scadenza del termine.

Durante la pendenza del termine «gli Stati membri devono prendere i provvedimenti necessari ad assicurare che l'obiettivo fissato dalla direttiva sarà realizzato alla scadenza del termine» tenendo un comportamento di *stand-still*, astenendosi, quindi, dall'adottare disposizioni «che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa».

Esistono, tuttavia, differenti modalità d'attuazione che contemplano, alternativamente, l'emanazione di un unico atto oppure la possibilità di adeguazione per atti progressivi: la scelta incide sia sull'ottemperanza all'obbligo di recepimento, sia sugli effetti che dalla tipologia di adattamento possono discendere sulla fattispecie concreta in sede di applicazione della normativa. Spetta solo al giudice – attraverso *judicial review* – valutare se le misure adottate siano o non siano suscettibili di compromettere la realizzazione dello scopo della direttiva. In particolare, quando egli si trovi di fronte ad una normativa interna definitiva, adottata anzitempo, ma non conforme all'atto comunitario, dovrà valutare se lo Stato disponga ancora di tempo utile per emendarla, diversamente si dovrà presumere che il risultato richiesto non sarà raggiunto. Invece, in ipotesi di attuazione in più fasi, «la difformità di disposizioni transitorie del diritto nazionale con [la] direttiva o l'omessa trasposizione di alcune disposizioni di quest'ultima non comprometterebbe necessariamente il risultato da essa prescritto»⁹⁶. Ad ogni modo, la Corte ha precisato che, se allo Stato che adotti progressivamente misure concrete al fine di avvicinare la normativa interna al risultato prescritto dalla direttiva fosse consentito di adottare durante il

⁹⁴ CGCE, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, in *Racc.*, p. 7411, p.to 43 «poiché questo termine è diretto, in particolare, a dare agli Stati membri il tempo necessario all'adozione dei provvedimenti di trasposizione, non si può contestare agli stessi Stati l'omessa trasposizione della direttiva nel loro ordinamento giuridico interno prima della scadenza di tale termine».

⁹⁵ Proprio nella sentenza *Ratti*, per la prima volta, la Corte introduce l'argomento della funzione sanzionatoria degli effetti diretti: si tratta del *principio dell'estoppel*, per cui, appunto «Lo Stato membro che non abbia adottato entro i termini i provvedimenti di attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempienza, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa».

⁹⁶ CGCE, *Inter-Environnement Wallonie*, cit. p.to 49.

termine di attuazione «misure incompatibili» con l'obiettivo comunitario, «tale obbligo [di recepimento] sarebbe privato di ogni effetto utile»⁹⁷.

Allora, posto che prima della scadenza del termine non è possibile contestare agli Stati l'omessa trasposizione della direttiva poiché essa, in tale arco di tempo, non produce «alcun effetto che possa essere preso in considerazione dai giudici nazionali»⁹⁸, come dovrà comportarsi il giudice nazionale che in pendenza di termine si trovi di fronte ad un provvedimento interno non conforme alla direttiva stessa?

Come si è già visto, egli non potrà applicare le norme della direttiva, anche se di carattere prescrittivo; potrebbe tuttavia servirsi dell'interpretazione conforme per armonizzare il contenuto del diritto interno con la normativa comunitaria. Questa facoltà, prevista dalla giurisprudenza comunitaria già nella sentenza *Marleasing*⁹⁹ è stata esplicitamente esclusa¹⁰⁰ nel più recente caso *Adeneler* laddove «l'obbligo generale che incombe ai giudici nazionali di interpretare il diritto interno in modo conforme alla direttiva esiste solamente a partire dalla scadenza del termine di attuazione di quest'ultima» e non, invece, dalla data di adozione delle misure interne attuative poiché, così, si «comprometterebbe gravemente la piena efficacia del diritto comunitario nonché l'applicazione uniforme di tale diritto, in particolare attraverso le direttive»¹⁰¹. Con questa nuova giurisprudenza la Corte applica all'interpretazione conforme gli stessi limiti di efficacia già disposti per la produzione degli effetti diretti. Inoltre, così facendo, essa impone anche all'apparato giurisdizionale l'obbligo di *stand still* – interpretato in senso ancor più restrittivo – per cui il giudice interno, fino alla scadenza del termine di recepimento, dovrà comportarsi nei confronti della normativa comunitaria *ut non esset*.

La giurisprudenza *Adeneler* è fortemente criticabile sotto diversi aspetti. Anzitutto, l'argomento su cui essa si basa per negare ai giudici interni la facoltà di ricorrere all'interpretazione conforme anche in pendenza di termine potrebbe essere validamente usato *a contrario*: è proprio il divieto di ricorrere agli strumenti ermeneutici che rischia di creare situazioni di incertezza giuridica nonché di inficiare l'effettività del diritto comunitario. Inoltre, è difficile immaginare come l'applicazione dell'interpretazione conforme del diritto interno al diritto comunitario possa compromettere la realizzazione del risultato prescritto – tanto a livello concreto quanto a livello legislativo – dalla direttiva stessa. Ciò a maggior ragione se l'atto Ce in oggetto contiene norme *self-executing*, non sembra possibile che, in sede di trasposizione, il legislatore interno adotti misure contrastanti con le norme precettive contenute nella direttiva, senza per ciò incorrere nella violazione degli obblighi comunitari.

L'argomento della Corte non appare dunque né decisivo né convincente, esso, da un lato, sembra riposare, piuttosto, su di un malcelato intento di preservare la separazione delle competenze e delle prerogative, rispettivamente, statali e comunitarie; dall'altro,

⁹⁷ CGCE, *Mangold*, cit, p.to 72

⁹⁸ CGCE, *Ratti*, cit, p.to 47

⁹⁹ CGCE, *Marleasing*, C-106/89, in *Racc.* p. 4135, p.to 8

¹⁰⁰ Diversamente, nella sentenza *Von Colson* la Corte non sembra escludere la possibilità di una interpretazione conforme prima della scadenza del termine, sembra piuttosto suggerirla, laddove «la direttiva non implica [...] alcun obbligo assoluto e sufficientemente preciso che possa essere fatto valere, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro il termine, dal singolo onde ottenere un determinato risarcimento in forza della direttiva, qualora una conseguenza del genere non sia contemplata o consentita dal diritto nazionale». CGCE, *Von Colson*, C-14/83, in *Racc.*, p. 1891, p.to 27.

¹⁰¹ CGCE, *Adeneler*, C-212/04, in *Racc.*, p. 6057, p. ti 115-116

con esso si assimila di fatto il risultato ermeneutico dell'interpretazione conforme all'effetto diretto.

Ma non basta. Il comportamento "statico" che la giurisprudenza comunitaria richiede al giudice interno in pendenza di termine è fortemente contrastante, da un lato, con l'obbligatorietà della direttiva *ex art. 249 Tce* e con l'effettività funzionale dell'interpretazione conforme, dall'altro, esso è contrario all'obbligo del *non liquet* che caratterizza sempre e necessariamente ciascuna giurisdizione. Ciò emerge più chiaramente nei casi in cui il giudice nazionale si trovi di fronte ad una normativa interna di recepimento non conforme alla direttiva: l'efficacia sospensiva del termine si applica solo alla fonte comunitaria, non a quella interna, per ciò il giudice si troverebbe nell'alternativa tra applicare misure nazionali contrarie al diritto comunitario oppure – stante il divieto di effetti diretti ed interpretazione conforme – rivolgersi alla Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale di interpretazione. Certamente egli non potrebbe impugnare la legge interna di fronte alla Corte costituzionale, poiché, non essendo ancora scaduto il termine di adattamento – secondo la giurisprudenza comunitaria – non si è ancora configurata una violazione censurabile e per ciò la *quaestio* difetterebbe di rilevanza.

Sul punto, la sentenza *Rieser* statuisce che, durante la pendenza del termine di recepimento, «gli Stati membri dovevano astenersi dall'adottare disposizioni in grado di compromettere gravemente il raggiungimento del risultato prescritto dalla direttiva [...], ma i singoli non potevano invocare tale direttiva contro gli Stati membri dinanzi ai giudici nazionali per far disapplicare una disposizione di diritto interno con essa configgente»¹⁰². Secondo la Corte, poi, l'obbligo di *stand still* risulta dal combinato disposto degli artt. 10 e 249 Tce, tuttavia, questo non sembra essere direttamente efficace¹⁰³: al giudice interno non resta quindi che effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Egli non potrà limitarsi a domandare l'interpretazione delle disposizioni della direttiva ancora pendente – pena il difetto di rilevanza per carenza di applicabilità – bensì dovrà chiedere alla Corte “se le disposizioni della direttiva Y ostino ad una normativa di diritto interno che dice X” e “se questa debba interpretarsi nel senso che essa è tale da compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva Y”. Solo in un'ipotesi come questa il giudice potrebbe fruire di un'utile risposta da parte della Corte.

Rimane tuttavia da acclarare quale sia, nei giudizi *a quibus*, l'efficacia di una tale sentenza: la sua osservanza, infatti, imporrebbe effetti nella pratica non dissimili da quelli propri dell'efficacia diretta o, quanto meno, di un'interpretazione conforme¹⁰⁴.

La possibilità per le giurisdizioni interne di rivolgersi alla Corte in pendenza di termine, trova conforto in due importanti precedenti, le sentenze *Mangold*¹⁰⁵ e *British american tobacco*¹⁰⁶. Nel primo caso, viene riconosciuta la diretta efficacia di una direttiva in quanto questa costituisce attuazione e specificazione del principio generale di non discriminazione: la domanda pregiudiziale, tuttavia, era stata proposta alla Corte prima

¹⁰² CGCE, *Rieser*, C-157/02, in *Racc.*, p., p.ti 66 e ss.

¹⁰³ Cfr. J. H. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL, R. J. G. M. WIDDWERSHOVEN, *Europeanisation of Public law*, Groningen, 2007, p. 72 e ss, ove si adombra l'ipotesi che il combinato disposto sia invece direttamente efficace: sulla base del medesimo rilievo, il Raad van State (Consiglio di Stato olandese) ha applicato direttamente tale regola [sent. 11/07/2001, MR 2001/38]

¹⁰⁴ Sugli effetti delle sentenze pregiudiziali interpretative si rinvia ad una più approfondita trattazione nel capitolo II.

¹⁰⁵ CGCE, *Mangold*, cit

¹⁰⁶ CGCE, *British american tobacco*, C-491/01, in *Racc.*, p. 11453

della scadenza del termine di attuazione della direttiva stessa¹⁰⁷. In *British american tobacco* si specifica chiaramente che «una direttiva il cui termine di trasposizione non sia ancora scaduto rientra tra gli atti previsti dall'art. 234 Tce, e relativamente ad essa può essere validamente proposto alla Corte un rinvio pregiudiziale»¹⁰⁸.

Dalle considerazioni sin qui svolte sembra che il nodo del problema stia nell'inconciliabilità tra l'obbligatorietà *ab initio* della direttiva e la *funzione sanzionatoria* che la giurisprudenza comunitaria ha attribuito agli effetti diretti delle direttive stesse. Queste, infatti, sono obbligatorie fin dalla data della loro entrata in vigore, ovvero, dalla data della notifica allo Stato o a decorrere dal ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione in G.U. [salvo che esse stesse non prevedano un termine differente]; da tale momento la «direttiva produce effetti giuridici nei confronti dello Stato membro destinatario – e pertanto di tutti gli organi nazionali»¹⁰⁹.

Sulla base di tale rilievo, si può osservare come l'obbligo di *stand still* a carico delle giurisdizioni nazionali – come restrittivamente interpretato dalla Corte – sia in palese contrasto con l'efficacia vincolante della direttiva.

Si potrebbe forse ipotizzare una differente ricostruzione: se alla direttiva non fosse riconosciuta efficacia obbligatoria fin dalla sua entrata in vigore ma solo successivamente alla scadenza del termine di attuazione, la notifica o la pubblicazione avrebbero così un'efficacia meramente notiziale. Questa sarebbe finalizzata a rendere conoscibile la nuova disciplina a tutti gli interessati ed agli operatori giuridici; inoltre, permetterebbe allo Stato di adeguare la legislazione interna nei tempi indicati, escludendo così possibili “macchie di leopardo” nella certezza del diritto, dovute ad applicazioni immediate o conformi delle norme comunitarie nelle more della scadenza del termine attuativo. In tal modo, poi, la produzione degli effetti diretti non sarebbe più necessariamente ricollegata a quella *funzione sanzionatoria* attribuita dalla giurisprudenza comunitaria nei confronti dello Stato inadempiente; bensì essa sarebbe diretta conseguenza dell'obbligatorietà della direttiva stessa. Lo Stato rimarrebbe comunque tenuto ad adottare gli opportuni provvedimenti attuativi entro il termine ma l'eventuale violazione dell'obbligo su di esso incombente verrebbe sanzionata esclusivamente attraverso la procedura d'infrazione *ex art. 226 Tce*, strumento tipico degli ordinamenti internazionali, deputato a perseguire i Paesi membri inadempienti. Si tenga altresì presente che la possibilità di riconoscere effetti diretti anticipati a norme contenute in direttive, sarebbe configurabile solo per quei precetti tanto chiari e precisi da non necessitare, appunto, di alcun intervento integrativo da parte del legislatore; in tali casi, infatti, al momento del recepimento, lo Stato non potrebbe discostarsi dal contenuto precettivo di tali norme senza per ciò venir meno al suo obbligo di corretta e conforme trasposizione¹¹⁰.

Questa ipotesi ricostruttiva, richiederebbe tuttavia una modifica se non del diritto convenzionale – segnatamente dell'art. 254 Tce – quantomeno dell'interpretazione che di questo è stata data fino ad ora dalla giurisprudenza comunitaria costante.

¹⁰⁷ Laddove, in particolare, «il rispetto del principio generale di parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età non dipende dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva [...]» p. ti 76 e ss. della sentenza citata.

¹⁰⁸ P. ti 33 e ss. della sentenza citata.

¹⁰⁹ CGCE, *Adeneler*, cit. p. to 119.

¹¹⁰ Così anche l'avv.gen Lenz nelle sue conclusioni rese il 9 febbraio 1994, p.to70 e ss, nel caso *Faccini Dori*, C-91/92, in *Racc.*, p. 3325

CAPITOLO SECONDO

IL GIUDICE INTERNO ALLA RICERCA DELLA ‘REGOLA’ DEL CASO: L’INTENSITA’ DEGLI EFFETTI DIRETTI TRA OBIEZIONI, RIMEDI E STRUMENTI ERMENEUTICI

SOMMARIO: 2.1 Premessa. – 2.2 Limiti alla teoria dell’effetto diretto: il divieto di effetti orizzontali. *Rationes* pro e contro di giurisprudenza e dottrina. – 2.3 Rimedi per aggirare il divieto (ovvero per garantire la tutela): gli strumenti ermeneutici anzitutto. Il ruolo dell’interpretazione conforme. – 2.4 Il rinvio pregiudiziale d’interpretazione ed il dialogo tra giudice e Corti.

2.1 Premessa

Nel capitolo precedente si sono esaminate le condizioni alle quali le norme comunitarie possono essere direttamente applicate alla fattispecie concreta senza la necessità di alcun atto normativo interno di interposizione. Nella presente sezione, invece, ci si occuperà di verificare come e con quale “forza” ed “intensità” le norme *self-executing* si impongano e regolino il singolo caso. Anzitutto, è necessario prendere in considerazione i limiti nonché le modalità di produzione degli effetti diretti, così come stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria: primo fra tutti il divieto di riconoscere alle direttive *Ce effetti diretti orizzontali*. Diversamente da quanto è accaduto per le norme del Trattato e per i regolamenti comunitari, l’attribuzione di effetti immediati alle direttive ha incontrato numerose difficoltà, legate sia alle caratteristiche peculiari dell’atto – che ne fanno uno strumento tipico di coordinamento interstatale – sia alla ritrosia dei Paesi membri – e dunque anche delle istituzioni comunitarie – ad accettare pienamente il principio del primato in tutte le sue “forme”, quale strumento capace di regolare il concorso fra fonti diverse e di coordinare tra loro ordinamenti giuridici distinti.

In ragione di ciò, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha attribuito agli effetti diretti delle direttive una peculiare valenza sanzionatoria nei confronti degli Stati inadempienti; quando questi omettono di trasporre la direttiva nel termine o la recepiscono in maniera non conforme, tale atto assume un carattere “patologico”¹ che, in presenza dei requisiti già visti precedentemente, lo rende idoneo a prevalere sul diritto interno contrastante. Tale prevalenza però non è assicurata *erga omnes* e non è biunivoca: essa si impone esclusivamente nei rapporti verticali – tra Stato e privato – e solo in maniera diretta – per diritti o interessi che il singolo vanta nei confronti dello Stato – non inversa². Diversamente ed in ogni altro rapporto *inter privatos* – “orizzontale” – le norme *self-executing* non possono essere applicate; e ciò per evitare,

¹ G. ISAAC – B. BLANQUET, *Droit général de l’Union européenne*, Paris, 2006.

² CGCE, *Kolpinghuis*, C-80/86, in *Racc.*, p. 3969, p. to 9; sul punto cfr. ARNULL, *Having your cake and eating it ruled out*, in *European law review*, 1988, p. 42 e ss.

da un lato, che lo Stato possa trarre un qualche vantaggio dal suo comportamento omissivo, dall'altro, che i singoli privati, totalmente estranei e non responsabili per l'inadempimento statale, ne debbano patire le conseguenze.

Ciononostante, come si vedrà, le ragioni addotte dalla Corte a sostegno della sua teoria non appaiono così solide e la giurisprudenza comunitaria sul punto non è sempre stata costante. Per tali motivi, si è ritenuto opportuno prendere maggiormente in considerazione quelle sentenze che, per la peculiarità del caso di volta in volta trattato, risultavano più significative ai fini della delimitazione dei problemi sollevati. Ciò, tuttavia, cercando di non leggere mai tale giurisprudenza con uno spirito di necessaria unità o continuità, bensì tenendo sempre presente che ogniqualvolta la Corte si pronuncia in via pregiudiziale sugli effetti diretti di una norma lo fa ai fini di fornire un'indicazione utile per la soluzione del caso *a quo* e – tendenzialmente – nei limiti della domanda postale del giudice remittente. Ad ogni buon conto, anche la regola metodologica appena enunciata non è priva di eccezioni: si pensi, ad esempio, ai casi *Marshall* e *Faccini Dori*³. Nel primo, nonostante le parti *a quo* fossero legate da un rapporto di tipo verticale, la Corte ha ritenuto opportuno esprimersi *ultra petita* – e dunque in modo non necessario per la soluzione del caso di merito – anche sulle implicazioni di un'eventuale applicazione della regola comunitaria ai rapporti orizzontali, concludendo con l'enunciazione del noto divieto. Nel secondo caso, la Corte richiede agli Stati membri intervenienti nella causa di esprimere la loro opinione in merito alla possibilità di estendere ai rapporti tra singoli la teoria della diretta efficacia delle norme precettive; vista la contrarietà quasi unanime dei numerosi Paesi intervenuti, la Corte, contro il parere favorevole dell'avvocato generale Lenz, statuisce ancora una volta e più chiaramente il divieto di effetti diretti orizzontali.

Successivamente, si darà conto, da un lato, della reazione delle giurisdizioni nazionali di fronte al divieto imposto dalla Corte e, dall'altro, dei rimedi da questa indicati per far fronte alle discrasie e disuniformità cagionate proprio dal divieto stesso.

2.2 Limiti alla teoria dell'effetto diretto: il divieto di effetti orizzontali. *Rationes pro e contro di giurisprudenza e dottrina*

Fin dalle prime sentenze sul riconoscimento dell'efficacia immediata delle direttive – segnatamente la pronuncia *Van Duyn* – la Corte ha individuato nell'obbligatorietà *ex art. 249 Tce* e nell'*effetto utile*⁴ - insieme – la base giuridica idonea a costituire il fondamento della sua ricostruzione ermeneutica. Successivamente, a partire dalla sentenza *Ratti*⁵ – come si è osservato nel capitolo precedente – iniziò a profilarsi l'idea che all'effetto diretto potesse attribuirsi anche una certa valenza sanzionatoria. Tuttavia, è solo con la sentenza *Marshall I* che questa *addenda* interpretazione si concretizza nell'enunciazione di un chiaro divieto di applicazione delle norme *self-executing* in senso orizzontale: «la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo».

³ Rispettivamente, CGCE, *Marshall I*, C-152/84, in *Racc.*, p. 723; *Faccini Dori*, C-91/92, in *Racc.*, p. 3325.

⁴ A. WARD, *Judicial review and the rights of private parties in Eu law*, Oxford, 2007, p. 26 e ss.

⁵ CGCE, *Ratti*, C-148/78, in *Racc.*, p. 1629.

Le motivazioni con le quali ripetutamente e con una certa convincente costanza la Corte ha ribadito tale divieto sono andate via via stratificandosi nel tempo, sentenza dopo sentenza, ma possono riassumersi eminentemente in tre profili.

A) Il primo motivo riposa sulla destinatarietà formale dell'atto: la direttiva *ex art. 249 Tce* vincola solo lo Stato cui è rivolta. Così la Corte sostiene che «secondo l'art. 249 Tce la natura cogente della direttiva sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, esiste solo nei confronti dello Stato membro cui è rivolta»⁶ e ciò «per evitare che lo Stato tragga vantaggio dalla sua trasgressione al diritto comunitario»⁷.

B) Il secondo motivo si basa sulla distinzione operata dall'art. 249 Tce tra regolamenti e direttive nonché sulla relativa competenza comunitaria in sede di adozione di tali atti. Secondo la Corte, la Comunità ha potere di emanare norme che facciano sorgere immediatamente diritti in capo ai singoli solo con regolamento: per tale ragione «estendere la giurisprudenza relativa all'efficacia diretta delle direttive inattuata all'ambito dei rapporti tra singoli, significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti»⁸.

C) Il terzo motivo è ispirato a ragioni di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento dei singoli. Questo argomento, strettamente connesso al primo motivo, viene utilizzato dalla giurisprudenza comunitaria al fine di giustificare il divieto di effetti orizzontali con la necessità, da un lato, di preservare la certezza del diritto comunitario da una "incontrollabile" applicazione diretta, dall'altro, di tutelare i soggetti terzi – non responsabili per l'inadempimento statale – contro un'eventuale immediata imposizione di oneri a loro carico.

Agli occhi della dottrina⁹ e di molti dei membri interni alla stessa Corte di giustizia¹⁰, le motivazioni presentate dalla giurisprudenza comunitaria sono apparse – non a torto – poco convincenti, criticabili e talvolta assai contraddittorie sotto più profili; qui si cercherà dunque di esaminare, rispettivamente, le principali obiezioni poste alle suddette ragioni.

A) La prima argomentazione addotta dalla Corte contraddice la pronuncia *Van gend* e nega così in radice ogni sorta di effetto diretto *tout court*. Infatti, legando l'efficacia immediata di una norma alla possibilità di applicarla esclusivamente ai destinatari da questa precipuamente individuati, si escludono a priori un ampio ventaglio di soggetti sui quali più o meno direttamente possono ricadere gli effetti del precetto; invece, non si può non riconoscere che le posizioni giuridiche di vantaggio sorgono non solo quando l'atto (o la singola disposizione) «espressamente [l]e] menziona ma anche quale

⁶ CGCE, *Marshall I*, cit., p.to 48

⁷ CGCE, *Faccini dori*, cit. p.ti 22-23

⁸ CGCE, *Faccini dori*, cit. p.to 24

⁹ G. TESAURO, cit. p.186. la dottrina sul punto è davvero troppo cospicua per poter essere qui interamente citata vedi forse citaz in fondo al capitolo di Simon.

¹⁰ *Ex multis*, vedi segnatamente, tra i primi, gli avvocati generali Jacobs, Lenz, Van Gerven, il giudice STOCKWEILER [in maniera inequivoca nel suo scritto *Effets des directives non transposées en droit national à l'égard des particuliers*, in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo - estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Diez de Velasco*, 1993, p. 1201]

contropartita di precisi obblighi»¹¹ che questo impone. Se così non fosse, tutta la giurisprudenza comunitaria sulla diretta efficacia delle norme convenzionali apparirebbe irrazionale; non sarebbe comprensibile, ad esempio, per quale motivo l'art. 141 del Trattato, pur rivolgendosi ai Paesi membri l'obbligo di assicurare il principio di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile – nella causa *Defrenne*¹² – sia stato applicato direttamente alla ricorrente al fine di tutelare il suo diritto a godere della stessa retribuzione prevista per i suoi colleghi uomini, addetti alle medesime mansioni.

Questa ricostruzione fa così leva sulla sola obbligatorietà “procedurale” espressa dall'art. 249 Tce. Tale disposizione effettivamente pone un vincolo di risultato – la trasposizione della direttiva – esclusivamente in capo agli Stati, ciò che non può tuttavia escludere ogni sorta di obbligazione “sostanziale” connessa al contenuto prescrittivo dell'atto. In altri termini, una cosa è l'obbligo di recepimento che incombe *solo* sullo Stato, altra cosa è invece l'insieme di diritti/doveri che discendono – *per i singoli e/o per lo Stato stesso* – dal contenuto normativo della direttiva. L'obbligo di implementazione non condiziona la destinatarietà né inibisce i potenziali effetti dei precetti contenuti nell'atto. Affidare l'obbligatorietà della direttiva *ex art. 249 Tce* alla sola accezione “procedurale”, equivarrebbe dunque a vincolare la capacità delle norme di produrre effetti diretti esclusivamente alla tipologia del singolo atto, correndo così il rischio di confondere o sovrapporre la “diretta efficacia” al concetto di “diretta applicabilità”¹³.

L'argomentazione riportata dalla giurisprudenza della Corte rivela qui il carattere sanzionatorio che essa, in un momento successivo, ha inteso attribuire all'effetto diretto: il fondamento di questa ricostruzione, infatti, è il principio dell'*estoppel*¹⁴ in base al quale il divieto di effetti diretti orizzontali mira ad «evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario»¹⁵. Uno degli scopi perseguiti da tale divieto è perciò quello di sanzionare l'inosservanza dell'obbligo di trasposizione, impedendo allo Stato di potersi valere della direttiva non trasposta nei confronti dei singoli, ai quali, invece, è riconosciuta la possibilità di agire in giudizio contro l'autorità statale, per tutelare una posizione di vantaggio nascente dalla direttiva inattuata. In questa prospettiva, l'obbligatorietà *ex art. 249 Tce* trova soddisfazione solo nella sua

¹¹ CGCE, *Van gend*, cit.

¹² CGCE, *Defrenne*, C-43/75, in Racc., p. 455, laddove nel dispositivo statuisce che «il principio della parità di retribuzione, di cui all' art. 119 [ora art. 141, *n.d.r.*], può essere fatto valere dinanzi ai giudici nazionali e questi devono garantire la tutela dei diritti che detta disposizione attribuisce ai singoli [...]».

¹³ Nella giurisprudenza comunitaria i due termini vengono spesso utilizzati scambievolmente, qui invece ci si riferisce alla distinzione tra la diretta applicabilità quale caratteristica tipica ed originaria dei soli atti (il regolamento *Ce in primis*) e la diretta efficacia come attitudine delle norme – indipendentemente dall'atto di cui esse sono parte – ad essere applicate immediatamente al caso concreto, in ragione del loro contenuto precettivo, i.e. chiaro ed incondizionato. Sul punto cfr. R. LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano 1983. Contro invece questa distinzione e contro il riconoscimento degli effetti diretti alle direttive cfr. R. BARATTA, *Norme contenute in direttive comunitarie inattuata e loro opponibilità ai singoli*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, pp. 253 e ss.

¹⁴ D. CURTIN, *Directives, the effectiveness of judicial protection of individual rights*, in *Common market law review*, 1990, p. 709; D. SIMON, *L'application des directives par les tribunaux nationaux*, in *Bull. Cour de Cassation*, 1/10/1983; F. EMMERT- M. PEREIRA DE AZEVEDO, *L'effet direct horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE un bateau ivre?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1993, p. 503 e ss.

¹⁵ CGCE, *Marshall*, cit.

accezione “procedurale”: il divieto di effetti diretti orizzontali, infatti, se appare idoneo a punire lo Stato per la sua trasgressione all’obbligo comunitario, non appare altrettanto idoneo a garantire l’obbligatorietà “sostanziale” della direttiva, poiché impedisce ai singoli di godere dei diritti nascenti da precetti chiari ed incondizionati ivi contenuti. E ciò senza contare che l’obbligo di trasposizione è già assistito da un peculiare rimedio *ad hoc* previsto dal diritto comunitario: la procedura d’infrazione *ex art. 226 Tce*. Come si è correttamente osservato¹⁶, tuttavia, questa via processuale presenta numerose difficoltà operative, prima fra tutte un’evidente carenza di effettività. Si tratta di un ricorso azionabile esclusivamente su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro e il suo iter procedimentale rivela *ab initio* le difficoltà tipiche di ogni rimedio sanzionatorio di diritto internazionale, inevitabilmente condizionato da un alto livello di politicità. Inoltre, l’alto numero di potenziali infrazioni *contra* l’unicità della Commissione quale istituzione-vigilante, la lunghezza dei tempi procedurali e la mancanza di un rimedio esecutivo opportuno a far valere un’eventuale sentenza di condanna hanno spinto la Corte a dichiararlo più volte¹⁷ inidoneo a garantire i diritti dei singoli. Sembrerebbe quasi che, non trovando un’efficace sanzione sul piano del diritto internazionale, la Corte sia dovuta ricorrere al divieto di effetti orizzontali, uno strumento “prestato” dal diritto costituzionale, capace di incidere significativamente non tanto sul rapporto diplomatico tra Stati quanto piuttosto sul rapporto tra le fonti del diritto e sul principio di effettività.

Peraltro, la contrarietà dei Paesi membri al riconoscimento dell’effetto diretto delle direttive non è cosa nuova: nella causa *Faccini dori*, tutti gli Stati intervenienti – con la sola eccezione della Grecia – al quesito posto dalla Corte per conoscere la loro opinione in merito a tale diretta efficacia hanno risposto negativamente. Infatti, il timore di fondo che accomunava tutti i Paesi risiedeva nella possibilità che, con il riconoscimento dell’immediata precettività potenziale delle direttive, venissero prevaricate le loro competenze così come stabilite e ripartite dai Trattati.

Ma se lo scopo ultimo del divieto di effetti diretti orizzontali risiede in un’istanza punitiva nei confronti degli Stati, non si comprende la ragione per la quale siano i singoli, privati della possibilità di tutelare i loro interessi discendenti dal diritto comunitario, a doverne sopportarne il peso.

Ciò vale a maggior ragione in quanto anche nei rapporti verticali vi sono dei soggetti, assimilati dalla giurisprudenza comunitaria alla pubblica amministrazione, che subiscono le conseguenze di un inadempimento a loro non imputabile. Si pensi alla causa *Marshall I*, in quell’occasione il rapporto qualificato dalla Corte come verticale intercorreva tra la ricorrente lavoratrice – sig. ra Marshall – e l’istituto di sanità locale – in veste di datore di lavoro – presso il quale costei prestava la sua attività professionale:

¹⁶ F. EMMERT- M. PEREIRA DE AZEVEDO, *Les jeux sont faits: rien ne vas plus ou une nouvelle occasion perdue par la CJCE*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1995, p. 11 e ss.

¹⁷ CGCE, *Van Gend*, cit., ove la Corte osserva che se le garanzie contro la violazione di norme immediatamente precettive del Tratto fossero limitate a quelle previste dagli articoli 226, 227 del Trattato, «i diritti individuali degli amministrati rimarrebbero privi di tutela giurisdizionale diretta»; cfr. anche CGCE, *Molkerei-Zentrale, C-28/67*, in *Racc.*, p. 162 laddove rileva che «l’azione del singolo mira infatti alla tutela di un diritto soggettivo nella fattispecie, mentre l’intervento delle autorità comunitarie intende garantire il rispetto generale ed uniforme del diritto comunitario. risulta quindi che le garanzie attribuite ai singoli, grazie al sistema instaurato dal trattato, per la tutela dei loro diritti soggettivi, e le attribuzioni conferite alle istituzioni comunitarie, onde ottenere dagli stati l’adempimento dei loro obblighi, hanno oggetto, scopo ed effetti diversi e non si possono mettere sullo stesso piano».

l'applicabilità diretta della direttiva alla fattispecie, pur tutelando giustamente la ricorrente, finisce però per onerare la parte resistente che si trova a dover sopportare le conseguenze di una violazione – quella dell'omessa trasposizione – non ascrivibile alla sua responsabilità.

Infine, riconoscendo nel principio dell'*estoppel* la ragione ultima del divieto di effetti orizzontali, si crea una distorsione nel *modus operandi* dell'effetto diretto¹⁸: si fa prevalere l'istanza sanzionatoria, attribuita in via pretoria, a scapito della naturale funzione di garanzia che, essa sì, è la cifra significativa di tale strumento.

B) Il secondo argomento aggiunto dalla Corte nella pronuncia *Faccini Dori*, confuta la *ratio* stessa dell'obbligatorietà della direttiva ex art. 249 Tce, sulla base della quale, invece, nella sentenza *Van Duyn*, era stata riconosciuta alle direttive *self-executing* la possibilità di esplicare immediatamente i loro effetti nei rapporti verticali. Ancora una volta appare chiaro che il motivo di fondo che ha spinto i Paesi membri e quindi la Corte ad opporsi all'efficacia orizzontale risiede nel timore che una tale pratica, se diffusa, possa estromettere completamente nonché rendere superflua la partecipazione legislativa degli Stati nella fase di adattamento del diritto interno al diritto comunitario.

Nondimeno, è innegabile che la necessità di tenere distinto regolamento e direttiva, riposi sul principio di legalità, nella misura in cui adottando l'uno o l'altro atto, le istituzioni comunitarie attingono a differenti ambiti e tipologie di competenza. Tuttavia, la lettera dell'art. 249 Tce non osta a che ad un atto diverso dal regolamento vengano attribuiti effetti analoghi, come correttamente osserva la Corte¹⁹. Anzitutto, il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive non prescrive l'obbligo di trasporre l'atto in capo agli Stati, i quali, dunque, continuano a mantenere intatto il loro margine di discrezionalità in merito alla scelta dei mezzi e delle forme dell'adattamento. Inoltre, pare qui opportuno rilevare che solitamente non l'intera direttiva è di per sé sufficientemente chiara ed incondizionata, bensì, eventualmente solo alcune delle sue disposizioni o parti di esse. Per tale motivo, stante la chiarezza ed immediata prescrittività di tali semplici precetti, ci si chiede in che modo il legislatore nazionale – in sede di implementazione – potrebbe mai adottare una normativa interna attuativa difforme da detti precetti, senza per ciò solo ledere il contenuto obbligatorio della direttiva e violare così il diritto comunitario.

Infine, pur volendo accogliere questa censura della Corte, bisognerebbe negare *tout court* ogni sorta di immediata applicabilità alle direttive. A ben vedere, infatti, anche la semplice applicazione della stessa in senso verticale – stante la tendenza della Corte ad un'interpretazione sempre più estensiva del concetto di "Stato" – sarebbe suscettibile di incidere significativamente sul margine discrezionale pertinente al legislatore interno.

C) La terza motivazione è forse quella più difficile da superare, almeno in apparenza. L'ordinamento comunitario si preoccupa, da un lato, di garantire la certezza e l'uniformità nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto comunitario nei confronti di tutti i suoi cittadini, dall'altro, si cura di tutelare il legittimo affidamento di chi, basandosi su di una normativa nazionale valida ed efficace, ha tenuto un comportamento ad essa conforme. Secondo la giurisprudenza della Corte, infatti, apparirebbe contrario ai suddetti principi, richiedere ad un cittadino – nei rapporti *inter*

¹⁸ S. PRECHAL, *Directives...*, op. cit.

¹⁹ CGCE, *Van Duyn*, in *Racc.*, p. 1337, p. to 12

privatos – di adeguarsi alle prescrizioni di una direttiva non attuata dal legislatore interno e magari contraria alla normativa nazionale vigente.

Tuttavia, se da una parte si possono condividere queste preoccupazioni, non si possono omettere alcune decisive osservazioni.

Anzitutto, affinché si possa assicurare la conoscenza del diritto positivo in vigore, è necessario esista una forma di pubblicità costitutiva dello stesso: prima del trattato di Maastricht, per le direttive vigeva solo la notifica allo Stato/i destinatario/i, formalità per ciò non idonea a realizzare un livello sufficiente di conoscenza. Da Maastricht in poi, *ex art. 254 Tce*, le direttive sono di diritto pubblicate nella Gazzetta Ufficiale U.E.: per tale motivo – come osserva l'avv. gen. Lenz nelle sue conclusioni sul caso *Faccini Dori*²⁰ – le possibilità e gli strumenti che ogni cittadino europeo ha a disposizione per prendere conoscenza delle norme Ce e di quelle nazionali sono identiche²¹. Per tali ragioni, non appare più opportuno continuare ad utilizzare questo argomento per sostenere la bontà dei limiti imposti dalla Corte alla produzione di effetti diretti. Il singolo è posto nelle condizioni di poter conoscere la normativa comunitaria vigente e di potersi conformare ad essa; sotto questo profilo per ciò non è ravvisabile una lesione del legittimo affidamento. Sembra piuttosto che l'affidamento leso sia quello di quei soggetti che, pur essendo beneficiari di posizioni di vantaggio direttamente nascenti dalla direttiva, rimangono per un tempo indeterminato in balia della discrezionalità dello Stato inadempiente.

Inoltre, tutelando l'affidamento dei privati nelle relazioni verticali ma non in quelle orizzontali, ci si può imbattere nella singolare situazione in cui lo stesso soggetto, a parità di rapporto giuridico in gioco, dovrà far conto ora sulla legge interna, ora sulla direttiva, a seconda, rispettivamente, della natura della controparte (privata o pubblica). In una tale circostanza, alla luce degli eterogenei esiti applicativi che discendono dalle due medesime fattispecie, l'obiettivo della realizzazione della certezza del diritto, così come indicato dalla Corte, non può certo dirsi pienamente soddisfatto. D'altro canto, non è agevole determinare quale dei differenti legittimi affidamenti sia maggiormente degno di tutela: quello del singolo potenziale titolare di un diritto o quello della sua controparte potenziale onerata di un obbligo? E' tuttavia rilevabile che il soggetto titolare "in potenza" di una posizione di vantaggio regolata dalla direttiva *self-executing*, a ben vedere, è un titolare effettivo: come si è già visto in precedenza, il divieto di effetti *inter privatos* inibisce l'applicazione di un precetto ma non concorre ad integrarne il contenuto. Da ciò discende che, a prescindere dai limiti comunitari imposti all'immediata precettività, una norma prescrittiva è tale indipendentemente dal tipo di rapporto giuridico al quale può o deve essere applicata. In altre parole, se la norma attributiva della posizione di vantaggio è *self-executing*, la normativa interna di adattamento non inciderà sulla titolarità di tale posizione in capo al beneficiario. E dunque, è più meritevole di tutela l'affidamento di colui che sa di avere – ed effettivamente ha – un diritto tutelabile ma non azionabile poiché ciò gli è vietato dalla giurisprudenza comunitaria oppure quello di chi, onerato da un obbligo, si giova del divieto di effetti orizzontali per esimersi dall'adempiere al suo dovere, almeno fino al momento del recepimento? In tale situazione, per assurdo, l'ordinamento comunitario

²⁰ CGCE, *Faccini Dori*, cit, conclusioni dell'avv. Gen. Lenz, pronunciate il 9 febbraio 1994, p. ti 64 e ss.

²¹ Così anche CGCE, *Behn*, C-80/89, in *Racc.*, p., p. ti 14, 15, 18.

corre il rischio di proteggere maggiormente chi si affida e confida nell'inadempimento statale!

Ma vi sono almeno altri due ordini di valide ragioni che inducono a dissentire dalla giurisprudenza dei giudici lussemburghesi.

D) L'uniforme applicazione del diritto comunitario è strettamente funzionale all'integrazione tra ordinamenti giuridici differenti, per tale motivo l'art. 220 del Trattato ne ha designato come custode ultima la Corte di giustizia. L'uniforme interpretazione ed applicazione dev'essere garantita non solo nell'intero territorio della Comunità ma anche all'interno dei singoli Paesi membri, in modo tale che le materie di competenza comunitaria, le quali rivestono un ruolo fondamentale per la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, siano ugualmente disciplinate, valide ed efficaci *erga omnes*: contravvenire all'uniformità significherebbe, infatti, rinunciare alla certezza del diritto ed alla sua effettività.

Si pensi, ad esempio, alla materia dell'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli: essa è di competenza comunitaria ed è stata armonizzata con l'adozione di direttive Ce, per cui, in ipotesi, Tizio in Francia, nei confronti dell'assicurazione, dovrebbe poter godere della stessa tutela risarcitoria di cui gode Caio in Italia. Risulta per ciò intollerabile che una grossa società – quali normalmente sono le compagnie di assicurazione – eluda la sua responsabilità grazie all'inadempimento dello Stato membro: se quest'ultimo non può avvalersi del proprio comportamento fraudolento, allo stesso modo, una compagnia d'assicurazioni non dovrebbe potersi giovare – grazie al divieto di effetti orizzontali – dell'omissione imputabile allo Stato per far ricadere un onere ingiusto in capo ai singoli assicurati. L'esempio riportato, da un lato, rivela *ictu oculi* l'irrazionalità del divieto posto dalla giurisprudenza Ce, dall'altro, mostra come, sotteso all'effetto diretto, vi sia un più generale interesse pubblico a ché – specialmente in alcuni settori – la disciplina normativa sia certa ed uniforme²².

Inoltre, se inizialmente la Corte si era avvalsa del principio dell'effetto utile – insieme all'obbligatorietà *ex art. 249 Tce* – per giustificare l'attribuzione dell'immediata precettività alle direttive, successivamente, imponendo il divieto di effetti *inter privatos*, sembra fare un passo indietro: abbandonando e contravvenendo proprio all'argomento dell'*effet util* essa ammette all'interno del suo ordinamento possibili “zone grigie”, nelle quali, a certezza, uniformità e *primauté* si preferisce una certa tutela dell'affidamento dei singoli...e la salvaguardia delle prerogative e delle competenze statali.

E) L'ultima osservazione trae spunto dagli eterogenei esiti applicativi prodotti dalla “dottrina del divieto” introdotta dalla Corte per via pretoria.

Anzitutto si può osservare come una direttiva, ad esempio, in materia di regolamentazione del sistema radiotelevisivo²³ possa essere applicata direttamente nei confronti delle aziende pubbliche mentre non può essere invocata contro una potenziale

²² In questo senso ma più orientato all'interesse pubblico di ogni singolo Stato nella specifica materia della responsabilità da circolazione stradale, anche l'avv. Gen. Jacobs nelle sue conclusioni sul caso *Vaneetveld*, C-316/93, in *Racc.*, p.763, pronunciate il 27 gennaio 1994.

²³ Cfr. R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004, p. 34 e ss.

concorrente impresa privata. Come è stato correttamente osservato²⁴, infatti, il divieto di effetti orizzontali crea numerose discriminazioni ed è suscettibile di incidere e modificare le regole di concorrenza nonché il mercato comune. Lo stesso avviene in tutti quei casi in cui una direttiva disciplina i rapporti di lavoro subordinato: i singoli che lavorano all'interno di uno Stato che ha diligentemente trasposto la direttiva potranno risultare penalizzati rispetto ai colleghi che prestano la loro attività in un Paese inadempiente.

Ma le anomalie non finiscono qui. Anche all'interno del medesimo Stato è possibile riscontrare l'esistenza di trattamenti diseguali tra lavoratori dipendenti di aziende pubbliche e di aziende private o addirittura all'interno della stessa impresa²⁵. Infatti, a seguito di privatizzazioni o mutamenti nella partecipazione al capitale sociale, l'eventuale pretesa del lavoratore risentirà inevitabilmente della trasformazione socio-economica intervenuta nell'azienda: pur non mutando le parti contrattuali – medesima impresa e medesimo prestatore d'opera – cambierà la regolamentazione sulla quale il singolo dovrà fondare la sua domanda.

La Corte, tuttavia, non sembra voler dar troppo peso alle fattispecie discriminatorie cagionate proprio dalla sua giurisprudenza: nel caso *Marshall I*, di fronte all'obiezione sollevata dal governo britannico secondo cui l'applicazione anche solo verticale della direttiva avrebbe creato una situazione di "iniquità" tra dipendenti pubblici e privati, essa risponde assertivamente che «una distinzione del genere potrebbe essere agevolmente evitata se lo Stato membro interessato avesse correttamente trasposto la direttiva nel suo diritto nazionale»²⁶. Ancora una volta, appare lampante e preponderante l'intento della giurisprudenza di voler ammantare l'effetto diretto di una funzione prettamente sanzionatoria a scapito di quella naturale di garanzia.

Infine, come si vedrà in prosieguo, nei casi in cui non sia possibile applicare in senso orizzontale il precetto di una direttiva, il giudice nazionale è tenuto ad applicare il diritto interno in maniera conforme al diritto comunitario onde cercare di realizzare, per quanto possibile, gli obiettivi prescritti dall'atto Ce²⁷. Nel caso *Von Colson* alla ricorrente è stata riconosciuta in base alla direttiva 76/207 la facoltà di agire in giudizio per richiedere l'indennizzo contro una discriminazione per ragioni di sesso nell'accesso al lavoro; diversamente, nel caso *Harz*²⁸, pur trattandosi della medesima direttiva e nonostante l'identità della fattispecie nonché della pretesa della ricorrente, la Corte indica al giudice di Amburgo la sola possibilità di interpretare la legge tedesca in maniera conforme alle esigenze del diritto comunitario, stante il rapporto giuridico di tipo orizzontale intercorrente tra la sig.ra Harz ed il resistente. Tuttavia ciò non è sufficiente a garantire l'uniformità, la certezza e l'effettività del diritto comunitario in tutte le ipotesi in cui la normativa interna non consenta un'interpretazione conforme.

²⁴ Cfr. conclusioni dell'avv. gen. Van Gerven nel caso *Marshall II*, C-271/91, pronunciate il 23 gennaio 1993 e pubblicate in *Recueil de jurisprudence*, p. 4367, p. to 12. Così anche l'avv. Gen. Jacobs nelle sue conclusioni sul caso *Vaneetveld*

²⁵ S. PRECHAL, *Directives...* cit., p. 255 e ss

²⁶ CGCE, *Marshall I*, cit., p. to 51

²⁷ CGCE, *Marleasing*, C-106/89, in *Racc.*, p. 4135; *Von Colson*, C-14/83, in *Racc.*, p. 1891.

²⁸ CGCE, *Harz*, C-79/83, in *Racc.*, p. 1921.

In base ai rilievi effettuati, appare chiaro che vi è più di una valida ragione per dubitare dell'attualità e della ragionevolezza della petizione di principio portata avanti dalla Corte in tema di efficacia diretta delle direttive Ce.

I giudici nazionali si misurano quotidianamente con fattispecie concrete particolari, spesso complesse, nelle quali il risultato applicativo della giurisprudenza comunitaria in materia di effetti diretti può dare esiti discordanti o poco coerenti. Ciò, insieme alle pronunce talvolta contraddittorie della Corte, contribuisce a creare un clima di generale incertezza del quale soffre anche il principio di leale cooperazione sancito dall'art. 10 del Trattato.

Se, da un lato, si può sostenere che nella generalità dei casi, le supreme giurisdizioni nazionali, in linea di principio, sono concordi ed allineate alla posizione della Corte di giustizia, dall'altro, è opportuno rimarcare come vi siano stati numerosi tentativi di aggirare, di fatto, il divieto di effetti orizzontali. La *Cour de Cassation* francese così come ed il giudice civile tedesco²⁹ hanno in varie occasioni applicato norme *self-executing* a rapporti *inter privatos*, talora deducendone la facoltà dall'assenza di una specifica risposta in merito da parte della Corte di giustizia adita in via pregiudiziale³⁰, altre volte facendo leva sul solo principio di effettività³¹. La Corte di Cassazione italiana, pur seguendo sostanzialmente la giurisprudenza comunitaria, si è più volte pronunciata in senso favorevole alle pretese avanzate dai singoli sulla base di norme comunitarie precettive, senza per ciò dare rilievo alla distinzione tra rapporti giuridici orizzontali e verticali³². Parimenti, le giurisdizioni di merito hanno cercato di estendere gli effetti diretti anche a rapporti giuridici *inter privatos*³³. A tal proposito – in una causa vertente sulla direttiva Ce 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali – il Pretore di Milano ha rilevato come «la limitazione dell'efficacia diretta ai soli casi attinenti ai rapporti tra i privati e l'amministrazione statale configurerebbe una disparità di trattamento fra i cittadini a seconda della natura pubblica o privata della controparte, ed inoltre non appare fondata su sostanziali differenze strutturali», per ciò, dato che «la sussistenza dell'efficacia diretta è ormai pacificamente ammessa dalla Corte di giustizia Ce e dalla Corte costituzionale, si ritiene che tale principio vada applicato indipendentemente dalla natura pubblica o privata dei soggetti tra i quali verte il rapporto giuridico disciplinato dalla direttiva comunitaria»³⁴. L'imbarazzo nutrito dai giudici interni nel non poter applicare direttamente ai singoli le regole comunitarie immediatamente prescrittive trova ragione proprio nelle evidenti violazioni del principio di eguaglianza. A ciò si aggiunga che la reticenza della Corte di giustizia nell'esprimersi in via interpretativa sulla portata delle norme Ce, quando impugnate

²⁹ Cfr. F. EMMERT- M. PEREIRA DE AZEVEDO, *L'effet direct horizontal des directives...*cit., p. 401 e ss.

³⁰ Cfr. sentenza della Cour de Cassation francese del 11 dicembre 1984.

³¹ Cfr. sentenza del Oberlandsgericht di Celle del 20 agosto 1990.

³² Cass. Civ sez. lav. 3/02/1995 n. 1271; Cass. Civ. sez. lav 18/05/1999 n. 4817.

³³ Tribunale di Catania, sentenza 8 luglio 1992; Tribunale di Matera, sentenza 14 settembre 1994; Tribunale di Padova, sentenza 12 gennaio 1994, riformata poi dalla pronuncia della Cassazione sez. lav. n. 11571 del 1997 che statuisce in senso nettamente contrario alla precedente sent. n. 1271 del 1995. Cfr.. S. FARO, *La Cassazione torna a pronunciarsi sull'efficacia diretta "orizzontale" delle direttive comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 6, 1398; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione...*cit, p. 197 e ss. G. GIACALONE, *Sull'efficacia "verticale" ed "orizzontale" delle direttive comunitarie*, in *Giust. civ.*, 1998, 7-8, 1975

³⁴ Pretore di Milano, sezione di Rho, sentenza del 14/11/1991; così anche il giudice conciliatore di Roma con sentenza del 24/06/1991. D75/129 sui licenziamenti collettivi: pret torino 19/3/1984

nell'ambito di un giudizio tra parti private³⁵, non stimola le giurisdizioni interne a rivolgersi ad essa. Questo atteggiamento di diffidenza nei confronti del rinvio pregiudiziale, costituisce un grave *vulnus* per l'integrazione europea: lo strumento predisposto dall'art. 234 Tce del Trattato costituisce, infatti, il veicolo attraverso il quale la giurisprudenza stessa della Corte di giustizia evolve, penetra negli ordinamenti interni e, con l'indispensabile ausilio dei giudici comuni, realizza l'uniformità del diritto. Anche la Cassazione italiana è stata considerevolmente criticata per la sua eccessiva cautela – e talvolta riluttanza – nel ricorrere al rinvio pregiudiziale; infatti, alla luce dell'art. 234 comma terzo Tce, in qualità di giurisdizione di ultima istanza, essa è obbligata a rivolgersi alla Corte di giustizia ogniqualvolta nutra un dubbio di validità o di interpretazione delle norme comunitarie³⁶.

Infine, occorre osservare come all'attenzione della Corte si siano presentati alcuni casi che, per la peculiarità della fattispecie concreta ed in ragione dei quesiti proposti, essa ha risolto nel senso di una sostanziale applicabilità delle direttive Ce *self-executing* in senso orizzontale.

Nella causa *CIA Security International* - nell'ambito di un giudizio di merito vertente fra tre società private tra loro concorrenti – dopo aver rilevato la carenza di notifica dell'adozione di disposizioni tecniche da parte delle autorità belghe – in violazione della procedura d'informazione *ad hoc* istituita dalla direttiva 83/189 – la Corte statuisce che «la direttiva va interpretata nel senso che l'inadempimento dell'obbligo di notifica comporta l'inapplicabilità delle regole tecniche di cui trattasi e che esse pertanto non possono essere opposte ai singoli»³⁷. La procedura di controllo disciplinata dalla direttiva, infatti, richiedeva agli Stati membri di notificare le prescritte norme tecniche prima della loro adozione, proprio al fine di permettere alla Commissione di esercitare le opportune verifiche; la violazione di quest'obbligo da parte del governo belga costituisce un «vizio procedurale sostanziale» tale da impedire *tout court* l'applicazione della normativa tecnica nazionale. In tal modo, la società *CIA*, screditata per aver messo in commercio prodotti non conformi alle norme di legge, ha potuto validamente difendersi dall'accusa mossale dalle società convenute, eccependo l'inapplicabilità della normativa belga.

³⁵ CGCE, *Daihatsu*, C-97/96, in *Racc.*, p. 6843.

³⁶ Cfr. Cass. Sez. lav. Sent. 26 luglio 2006, n. 17004, *Lembo c. Coldiretti* e sent. 9 agosto 2006, n. 17971, *Busoli c. Coldiretti*. Per i commenti alle sentenze cfr. C. PINELLI, *Effetti orizzontali delle direttive comunitarie e rispetto degli obblighi comunitari e internazionali ex art. 117*, comma 1, Cost, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3487 e ss.; R. MASTROIANNI, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne?*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3503 e ss.; A. PACE, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p.451 e ss.

³⁷ CGCE, C-194/94, in *Racc.*, p. 2201, p.to 44 e ss.

Sulla stessa linea si pone anche la sentenza *Unilever*³⁸, nella quale la Corte – contrariamente all’opinione espressa dall’avv. Gen. Jacobs – ha statuito che «se è vero [...] che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti, *tale giurisprudenza non si applica in una fattispecie in cui l’inosservanza dell’art. 8 o dell’art. 9 della direttiva 83/189, che costituisce un vizio procedurale sostanziale, comporta l’inapplicabilità della regola tecnica adottata in violazione di uno di tali articoli*».

Diversamente, l’avv. Gen. aveva concluso che, poiché un obbligo di notifica inerisce ai soli rapporti intercorrenti tra Stato – nel caso di specie inadempiente – e Commissione, la direttiva in oggetto non ha contenuto obbligatorio nei confronti dei singoli e non crea per questi dei diritti soggettivi. L’effetto di inopponibilità sancito dalla sentenza *Cia* – secondo l’avv. Gen. – non dovrebbe valere indistintamente per tutte le tipologie di controversie tra singoli, specialmente in una lite, come quella *a quo*, inerente un inadempimento contrattuale³⁹. Infatti, l’avv. Gen. ritiene che non vi sia motivo per cui una delle parti in causa tragga vantaggio, in maniera del tutto fortuita – data la totale assenza di regime di pubblicità in merito alle notifiche tra Stati e Commissione⁴⁰ – da un inadempimento degli obblighi della direttiva commesso da uno Stato membro. Per tali motivi, egli conclude che, per la singolarità del caso in oggetto rispetto al precedente *CIA*, non possa riconoscersi alcun effetto diretto nel rapporto tra le parti, nemmeno nella *species* dell’ “inapplicabilità”.

Diversamente, la Corte ha ommesso di soffermarsi su questi profili, capaci di incidere direttamente sulle posizioni giuridiche dei singoli, ma la sua attenzione è stata visibilmente catalizzata dalla possibile violazione del libero scambio: l’inottemperanza all’obbligo di notifica, infatti, “in una prospettiva più ampia” è capace di incidere sullo scopo della direttiva, consistente nell’eliminare o limitare gli ostacoli agli scambi. Quindi – *a contrario* rispetto all’argomentazione proposta dall’avv. Gen. – proprio

³⁸ CGCE, *Unilever*, C-443/98, in *Racc.*, p.7535. In altre occasioni l’effetto d’esclusione, secondo questa accezione dell’effetto diretto, viene mascherato attraverso il ricorso all’interpretazione conforme nei rapporti *inter privatos*. Nella causa *Oceano* la Corte stabilisce che il giudice può dichiarare d’ufficio la nullità delle clausole vessatorie (derogatorie della competenza) in base all’analisi dello scopo della direttiva. La Corte suggerisce al giudice *a quo* di avvalersi dell’interpretazione conforme ed interpretare la direttiva Ce nel senso che essa impone la rilevabilità d’ufficio di tali clausole. In questo caso, il risultato pratico è che i ricorrenti dovranno proporre un nuovo ricorso al giudice del foro del domicilio dei resistenti (precedentemente escluso dalle clausole vessatorie inserite nel contratto tra le parti) anziché a quello del giudice *a quo* (foro del domicilio dei ricorrenti). A ben vedere, dunque, un qualche effetto si produce sulla fattispecie *a quo* anche se mascherato da effetto d’esclusione o d’eccezione o – forse più semplicemente – dalla semplice applicazione dell’interpretazione conforme che ha così prodotto effetti assimilabili nella pratica alla efficacia diretta. *Oceano*, C-240/98 e 244/98, in *Racc.*, p. 4991.

³⁹ L’avv. Gen Jacobs sottolinea come in *CIA* il giudizio *a quo* vertesse tra società concorrenti che intendevano sfruttare la normativa interna non conforme in materia di pratiche commerciali sleali per screditare ed inibire l’attività della società *CIA*. In tale causa, dunque, l’effetto concreto che l’inapplicabilità produce non è dissimile da quello che normalmente si crea nei rapporti verticali quando un singolo, valendosi dell’effetto diretto di una norma Ce, si oppone all’applicazione di una norma tecnica nazionale. Diversamente, nella causa *Unilever*, la resistente società *Central Food*, debitrice della ricorrente *Unilever*, attraverso l’effetto di inapplicabilità della regola tecnica nazionale, riuscirebbe ad evitare la condanna per inadempimento nonché l’obbligo di pagamento del credito alla società ricorrente. Cfr. *Unilever*, C-443/98, Conclusioni pronunciate il 27 gennaio 2000, p.ti 95 e ss.

⁴⁰ La procedura d’informazione prevista dalla direttiva non gode di alcuna pubblicità: la Commissione non ha l’obbligo di rendere pubblica l’avvenuta o mancata notifica da parte di uno Stato membro del progetto di regola tecnica. Ciò rende impossibile il formarsi dell’affidamento dei singoli.

perché la direttiva 83/189 non ha «*il contenuto sostanziale della norma giuridica sulla base della quale il giudice nazionale deve risolvere la controversia*», essa non crea né diritti né obblighi per i singoli e per tale motivo la disposizione interna non conforme dev'essere disapplicata⁴¹. Basti qui osservare, incidentalmente, l'evidente irrazionalità dell'argomentazione addotta.

Considerando i due casi qui riportati, ancora una volta appare chiaro come la singola fattispecie concreta possa incidere significativamente sull'accezione e manifestazione dell'effetto diretto, in tutte le sue forme. C'è chi ha definito questo peculiare effetto come “normale eccezione di illegalità”⁴², chi invece lo rifiuta ascrivendolo ad una sorta di effetto diretto “mitigato”⁴³ e chi, invece, lo considera come un “effetto negativo” o mero “effetto d'esclusione”⁴⁴ che ingenera l'onere della disapplicazione della disposizione interna incompatibile. In realtà – come è stato ben osservato⁴⁵ – non è irragionevole ritenere che, qual che lo si voglia definire, l'effetto di cui alle due cause precedenti sia pienamente lecito anche nei rapporti orizzontali, fin tanto che, a seguito della disapplicazione della norma interna, sia possibile interpretare il diritto nazionale in maniera conforme alla direttiva. Diversamente, se la disapplicazione dovesse creare una lacuna colmabile con la sola immediata applicazione della norma *Ce self-executing*, allora si ricadrebbe nella fattispecie del divieto di effetti orizzontali non ammessa dalla giurisprudenza comunitaria.

Tuttavia, ciò che qui davvero rileva è il binomio “contenuto normativo-fattispecie concreta”: questi soli due elementi, considerati insieme, sono in grado di determinare, con l'ausilio dell'interpretazione del giudice interno, la portata dell'effetto diretto che di volta in volta si crea sui singoli casi. Infatti, come si è già osservato in precedenza, la definizione dell'intensità dell'effetto ovvero della sua tipologia e classificazione sono spesso frutto dell'influenza della singolarità della causa *a quo* nonché il risultato pratico dell'interpretazione giudiziale. In questo modo, si potrebbero allora rinvenire un'infinità di diverse sfumature dell'efficacia diretta e ciò rende forse poco opportuno e fuorviante cercare di distinguerle e separarle. Appare forse più ragionevole lasciare questo compito, eventualmente, al singolo giudice interno, in sede di esame del caso concreto.

⁴¹ CGCE, *Unilever*, cit., p.to51.

⁴² P. MANIN, *L'invocabilité des directives, quelques interrogations*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, p. 669 e ss. ; LOUIS-VANDERSANDEN-WAELBROECK, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, in *Commentaire Megrèt*, Vol. 10, , Bruxelles, 1993, p. 513.

⁴³ C.W.A.TIMMERMANS, *Directives, their effect within the National legal systems*, in *CMLRev*, 1979 p. 540 e ss, ove l'autore che distingue nettamente tra effetto diretto ed eccezione d'illegalità (nella forma della *review of legality*) ritiene che non sia accettabile ascrivere questa forma di effetto orizzontale mitigato tra gli effetti diretti. ID, *The EU and Public International Law*, in *European foreign affairs rev.*, 1999, p. 190.

⁴⁴ T. TRIDIMAS, *Black, white and shades of grey: horizontality of directives revisited*, in *Yearbook of European Law*, 2002, p. 327 ; S. PRECHAL, *Directives...cit.*, p. 261 e ss. La distinzione tra effetto di sostituzione ed effetto di opposizione sembra trovare un qualche riscontro anche nella sentenza *Becker*, C-8/81, cit, p.to 25 «in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini, per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato».

⁴⁵ S. PRECHAL, *Directives...cit.*, p. 269.

2.3 Rimedi per aggirare il divieto (ovvero per garantire la tutela): gli strumenti ermeneutici anzitutto. Il ruolo dell'interpretazione conforme

Una volta fissata la regola limitativa degli effetti diretti nei rapporti interindividuali, la Corte si è imbattuta nella necessità di rinvenire gli opportuni rimedi per ovviare all'incertezza ed ai vuoti di tutela provocati dalla sua stessa giurisprudenza. Le tre soluzioni così apprestate sono tutte finalizzate a realizzare l'effettività massima del diritto comunitario ma appartengono a due generi di rimedi differenti. Anzitutto, la Corte si è preoccupata di suggerire ai giudici nazionali i mezzi idonei per armonizzare tra loro le fonti: ciò, anzitutto, avviene attraverso l'obbligo di interpretare il diritto interno in maniera conforme al diritto comunitario. Poi, si chiede all'interprete di considerare il concetto di "Stato" nella maniera più ampia possibile, in modo tale da ricomprendervi il maggior numero di soggetti ed enti avverso i quali i privati possano far valere i loro diritti. Entrambi i rimedi rientrano nella sfera dell'interpretazione del diritto ed intervengono, grazie all'attività ermeneutica del giudice interno, durante la lite. Il terzo strumento enucleato dalla più recente giurisprudenza comunitaria, rappresenta una sorta di *extrema ratio*, "a guisa di salvagente quando l'uomo è ormai in mare": si garantisce al singolo privato la possibilità di tutelare la sua posizione di vantaggio nascente dal diritto comunitario contro l'inadempimento statale, ingaggiando la responsabilità dello Stato per omessa o cattiva attuazione degli impegni comunitari.

Di seguito, si esamineranno anzitutto le modalità con le quali l'interpretazione conforme è capace di ovviare alla carenza di efficacia delle norme Ce nonché la portata delle ricadute che essa ha sulla soluzione dei casi *a quo*. Insieme, necessariamente, verrà dato uno sguardo al rinvio pregiudiziale, strumento con cui le giurisdizioni interne possono valersi dell'attività interpretativa della Corte nel corso del giudizio.

Fin dalle prime sentenze in merito –*Von Colson* e *Marleasing* – si statuisce che spetta ai giudici nazionali «interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'art. 189, terzo comma»⁴⁶. Alla base di questa affermazione non vi sono mere ragioni di coerenza generale del sistema⁴⁷ bensì sussistono delle necessità più attuali e concrete: l'armonizzazione del sistema delle fonti interne con quelle comunitarie, la razionalizzazione dei rapporti tra ordinamenti e l'urgenza di garantire un *quantum* di effettività che sia capace di assicurare la certezza del diritto.

In altri termini, così come l'effetto diretto, anche l'interpretazione conforme rappresenta una *longa manus* del principio del primato, pietra angolare dell'integrazione europea, costantemente invocato non solo quindi come regola interpretativa generale per risolvere le antinomie giuridiche⁴⁸ – secondo la visione monista della Corte di giustizia⁴⁹ – ma anche per veicolare una certa uniformità giuridica e politica.

Tuttavia l'interpretazione conforme non rappresenta certo un espediente estraneo all'esperienza delle giurisdizioni nazionali, esso fa parte dell'ordinario bagaglio di

⁴⁶ CGCE, *Von Colson*, cit, p.to 26. CGCE, *Marleasing*, C-106/89, in *Racc.*, p. 4135, p.to 7 e ss.

⁴⁷ Sulla naturale "incoerenza" degli ordinamenti giuridici e sulla fondamentale funzione dell'interprete cfr. R. BIN, *Le fonti del diritto nell'ordinamento attuale*, in

⁴⁸ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

⁴⁹ M. CARTABIA-J. H. H. WEILER, *L'Italia in europa*, Bologna, 2000, p. 163 e ss.

strumenti a disposizione degli interpreti del diritto⁵⁰; la novità apportata dalle suddette pronunce sta nel fatto che il giudice “*deve interpretare*”. Con ciò, la Corte ha reso l’interpretazione conforme a diritto comunitario un vero e proprio obbligo cogente, assistito da opportuna sanzione – secondo la più recente *Traghetti del Mediterraneo*⁵¹ – consistente nella possibilità per i privati di far valere la responsabilità del giudice, e dunque dello Stato, per violazione del diritto comunitario.

La base giuridica di tale dovere è stata rinvenuta nel combinato disposto dell’art. 249 con l’art 10 Tce: da un lato l’obbligatorietà della direttiva e la necessità di realizzarne l’effetto utile, dall’altro l’onere degli Stati membri di adottare «tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato»⁵². In particolare, il vincolo di cui all’art. 10 Tce vale «per tutti gli organi degli Stati membri ivi compresi, nell’ambito di loro competenza quelli giurisdizionali»⁵³. La statuizione dell’obbligo, quindi, è «inerente al sistema del Trattato»⁵⁴ e rappresenta la naturale attitudine “filo comunitaria”⁵⁵ delle giurisdizioni che permette loro di assicurare la piena efficacia delle norme comunitarie in sede di risoluzione delle controversie.

Nell’interpretare il suo diritto interno, il giudice deve anzitutto fare riferimento al criterio dell’effetto utile: egli dovrà preferire, tra tutte le interpretazioni possibili, quella che, alla luce della «lettera e dello scopo della direttiva», è maggiormente idonea a realizzare «le esigenze del diritto comunitario». Non solo, secondo quanto stabilito nella sentenza *Pfeiffer*⁵⁶, l’onere vige in riferimento al diritto nazionale complessivamente considerato, precedente e successivo alla direttiva⁵⁷: si chiede quindi al giudice di fare «tutto ciò che rientra nella sua competenza», prendendo in considerazione non solo le disposizioni di stretta attuazione bensì «*tutte le norme del diritto nazionale*» al fine di per garantire la piena efficacia della direttiva⁵⁸. Ma ciò non basta, nell’ipotesi in cui lo Stato abbia trasposto la direttiva ma in modo apparentemente non conforme, il giudice

⁵⁰ Dottrina vasta in sorrenti più rauti su int adeguatrice

⁵¹ CGCE, *Traghetti del mediterraneo*, C-173/03, in *Racc.*, p. 5177.

⁵² Art. 10 Tce primo comma.

⁵³ CGCE, *Von Colson*, cit, p. to 26-27.

⁵⁴ CGCE, *Adeneler*, C-212/04, in *Racc.*, p. 6057, p. to 109.

⁵⁵ B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, H. H. J. WEILER, *L’Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 2001.

⁵⁶ CGCE, *Pfeiffer*, cause riunite C- 397/01 e C-403/01 in *Racc.*, p. 8835. si noti che l’obbligo di considerare il diritto interno nel suo complesso – così come ribadito poi nelle successive sentenze, segnatamente *Pupino* – non dovrebbe destare perplessità, nella misura in cui l’interpretazione adeguatrice non è altro che una forma “speciale” dell’interpretazione sistematica. Sarebbe altrimenti assurdo concepire un obbligo di interpretazione conforme circoscritto alla normativa di attuazione ma non a quelle di integrazione o esecuzione della stessa, anche successiva. Sull’interpretazione adeguatrice come funzione dell’interpretazione sistematica cfr. A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici comuni*, relazione presentata al convegno annuale del “Gruppo di Pisa” 2008; ID, *L’interpretazione adeguatrice come meta criterio ermeneutico e l’inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002, p. 496; G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006.

⁵⁷ CGCE, *Wagner Miret*, C- 334/92, in *Racc.*, p. 6911, in particolare p.to «nell’ applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di *norme precedenti o successive* alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest’ ultima e conformarsi pertanto all’ art. 189, terzo comma, del Trattato».

⁵⁸ CGCE, *Pfeiffer* p.to 118

dovrà altresì presumere che il legislatore interno, essendosi avvalso del margine di discrezionalità di cui gode in virtù delle disposizioni Ce, abbia in realtà avuto l'intenzione di adempiere agli obblighi derivanti dalla direttiva⁵⁹.

Si assiste qui al tentativo palese da parte della giurisprudenza comunitaria di estendere il più possibile i confini dell'interpretazione adeguatrice. Benché essa stessa abbia correttamente individuato nel divieto di interpretazione *contra legem* il limite generalmente riconosciuto⁶⁰ alla legittimità di una tale operazione ermeneutica⁶¹, di fatto non sono mancati i tentativi di aggirarlo.

Anzitutto, si osservi come la richiesta di considerare quale presunta l'intenzione dello Stato di adempiere, equivalga in sostanza ad un *placet* comunitario a che il giudice sfoderi tutte le sue armi (e oltre) pur di raggiungere il risultato prescritto dalla direttiva. Questa sembrerebbe essere una pericolosa ed indebita ingerenza nei rapporti tra potere giudiziario e legislativo interno che, se presa sul serio, rischia di sfociare in una violazione del principio di separazione dei poteri. Ciascun giudice, infatti, è vincolato, in linea di principio, ad attenersi alla lettera del testo normativo e la sua interpretazione potrà spingersi solo fin dove «il dato testuale della disposizione non la precluda»⁶². Infatti, l'obbligo che grava sul giudice trova il suo naturale limite nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza e di non retroattività: l'interpretazione giudiziale non potrà, dunque, giungere fino a leggere nella disposizione quel che non c'è – anche quando il diritto comunitario vorrebbe ci fosse – né determinare o aggravare la responsabilità penale dei soggetti che agiscono in violazione di una direttiva⁶³.

[adiuvandum: **Berlusca+cfr. Piva e Prechal**]

Inoltre, l'obbligo di interpretazione conforme è soggetto a particolari vincoli di carattere temporale e sostanziale. Come si è già avuto modo di osservare, secondo quanto statuito nella pronuncia *Adeneler*⁶⁴, il dovere di adeguare il contenuto normativo delle disposizioni interne al diritto comunitario decorre solamente a partire dalla scadenza del termine di attuazione della direttiva. Questo nuovo atteggiamento orientamento della Corte non manca di sollevare diverse perplessità, prima fra tutte, la sua dubbia compatibilità con la base giuridica individuata dalla Corte per l'interpretazione adeguatrice. A complicare il quadro, si è aggiunto l'apparente *révirement* giurisprudenziale avvenuto in occasione del più recente filone di sentenze in tema di eguaglianza e non discriminazione⁶⁵.

Nel caso *Mangold* – in una controversia tra singoli in materia di parità di trattamento, occupazione e condizioni di lavoro – la Corte rileva anzitutto che, quando una normativa interna rientri nella sfera di applicazione del principio di non discriminazione

⁵⁹ CGCE, *Wagner Miret*, C- 334/92, cit, in particolare p.to 20 «qualsiasi giudice nazionale, allorché interpreta e applica il diritto nazionale, deve presumere che lo Stato abbia avuto intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata».

⁶⁰ La giurisprudenza costituzionale sul punto è molto vasta, a titolo esemplificativo, da ultimo cfr. Corte cost. sent. n. 341 del 2006, n. 3.2. *considerato in diritto*, ove «la disposizione impugnata non consente interpretazioni conformi alla Costituzione per la perentoria chiarezza della sua formulazione»

⁶¹ CGCE, *Adeneler*, cit, p.to 110; CGCE, *Pupino*, C-105/03, in *Racc.*, p. 5285 p.to 47.

⁶² M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Foro amm-TAR*, 2007, p. 87 e ss.

⁶³ CGCE, *Kolpinghuis*, C-80/86, cit; CGCE, *Arcaro*, 168/95, in *Racc.*, p. 4705.

⁶⁴ CGCE, *Adeneler*, cit, p. to 115.

⁶⁵ CGCE, *Cordero Alonso*, C-81/05, in *Racc.*, p.; *Rodriguez Caballero*, C-442/00, in *Racc.*, p. 11915; *Mangold*, C-144/04, cit; *Velasco Navarro*, C-246/06, in *Racc.*, p.

in ragione dell'età – quale «principio generale del diritto comunitario» - spetta alla Corte fornire al giudice interno «tutti gli elementi di interpretazione necessari alla valutazione di conformità a detto principio»⁶⁶. E ciò vale anche in pendenza di attuazione, dal momento che il rispetto del principio generale di parità di trattamento «non dipende dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva». Ma la Corte non si ferma qui, prosegue precisando che qualora non sia possibile assicurare a tale principio «la piena efficacia», al giudice adito spetterà eventualmente il compito di disapplicare «ogni contraria disposizione di legge nazionale». Con questa pronuncia⁶⁷, la Corte sembra richiedere al giudice di verificare l'effettiva portata normativa della direttiva: una volta accertato che – stabilendo il quadro generale della disciplina in relazione alla lotta alle discriminazioni – essa di fatto attua il principio di parità di trattamento, egli dovrà interpretare le disposizioni nazionali fino a disapplicarle – se necessario – nell'ipotesi in cui non siano conformi.

In questo senso, quindi, il principio generale di non discriminazione viene assunto sia a parametro di legalità (comunitaria) del corretto comportamento del legislatore – in sede di adattamento – sia a criterio di conformità della normativa interna previgente, essendo irrilevante che il termine di trasposizione non sia ancora spirato.

Successivamente, con la sentenza *Velasco Navarro* – in una causa vertente tra un lavoratore subordinato licenziato da un datore insolvente ed il Fondo di garanzia salariale spagnolo [*Fogasa*] – la Corte stabilisce che, in pendenza di termine di attuazione della direttiva, pur trattandosi di un rapporto giuridico verticale, un prestatore di lavoro non possa invocare direttamente a tutela dei suoi diritti le norme *self-executing*. Tuttavia – prosegue la Corte – quando la normativa rientri nell'ambito di applicazione del principio di eguaglianza e di non discriminazione, il giudice interno deve «garantire un'applicazione conforme» delle disposizioni nazionali.

Qui, sembra sfuggente la distinzione, non solo concettuale ma anche concreta, cui fa riferimento la Corte quando, disponendo il divieto di effetti diretti prima del termine, al contempo, pone un obbligo di “applicazione” conforme. Inoltre, si noti che, mentre in *Mangold* si era chiaramente sancita l'indipendenza del principio di parità di trattamento in ragione dell'età dal verificarsi della condizione sospensiva del termine di recepimento, qui, invece, si preclude la diretta efficacia dell'art. 3 della direttiva 2002/74/CE, sebbene esso sia idoneo ad escludere una discriminazione vietata proprio dal principio generale di uguaglianza.

Ma le anomalie non terminano qui. Nella causa *Cordero Alonso* – che presentava la medesima fattispecie *a quo* successivamente portata all'attenzione della Corte in *Velasco Navarro* – il dispositivo della sentenza, invece, indica al giudice la via della disapplicazione della normativa interna che violi il principio di uguaglianza, quale riconosciuto dall'ordinamento comunitario.

A dispetto di tali singolarità, la soluzione adottata nel caso *Rodriguez Caballero* risulta coerente con la giurisprudenza costante in tema di effetti diretti: anche qui la fattispecie concreta era identica a quella dei due casi precedenti, con la differenza però che il termine sospensivo risultava già scaduto. La Corte per ciò sancisce l'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale di recepimento non conforme alla direttiva.

⁶⁶ *Mangold*, p.to 75.

⁶⁷ R. MASTROIANNI, *Efficacia “orizzontale” del principio di eguaglianza e mancata attuazione orizzontale delle direttive comunitarie*, in vedi quadernone

Infine, si noti che queste pronunce stabiliscono in capo alle giurisdizioni nazionali anche un vincolo nell'individuazione del parametro di giudizio: nell'interpretare e/o disapplicare le norme interne contrastanti, esse devono conformarsi al principio di uguaglianza «quale interpretato dalla Corte»⁶⁸ e ciò senza attendere che il legislatore nazionale provveda a rimuovere la normativa spuria⁶⁹. Già a partire dalla sentenza *Simmenthal*, infatti, la disapplicazione – che qui coincide *in toto* con l' "effetto d'esclusione" richiamato dalla dottrina e dalla giurisprudenza comunitaria in tema di effetti diretti – è concepita e prescritta come conseguenza necessaria del principio del primato posta al fine di realizzare l'effetto utile dell'atto, sia esso di diritto derivato o convenzionale⁷⁰.

C'è il ragionevole rischio che questo filone giurisprudenziale crei confusione e porti l'interprete a trarre conclusioni sbagliate quale, ad esempio, ritenere non più sussistente il divieto di interpretazione adeguatrice in pendenza del termine di recepimento.

Diversamente dalla lite presentatasi alla Corte con il caso *Adeneler*, le altre cause qui riportate si distinguono proprio per il coinvolgimento determinante del principio di uguaglianza, nelle sue usuali forme di parità di trattamento e non discriminazione. Contrariamente a quella parte della dottrina restia a riconoscere nel divieto di discriminazione un principio generale del diritto comunitario⁷¹, la Corte qui vi ricorre e fa uso delle funzioni tipiche ad esso connesse: la funzione interpretativa e quella integratrice proprie dei principi generali⁷². Quando questi sono contenuti in norme del Trattato – fonte convenzionale gerarchicamente sovraordinata agli atti derivati⁷³ – è ancor più agevole riconoscer loro l'attitudine ad essere immediatamente applicati al caso concreto, anche a dispregio di norme nazionali contrastanti. Qui, non si tratta di nulla di così diverso da ciò che la Corte – seguendo l'insegnamento delle Corti costituzionali nazionali – aveva già fatto in passato. Così, servendosi della funzione integratrice delle norme del Trattato, nella causa *Defrenne*, la Corte ha applicato direttamente l'art. 119 Tce richiamato da una direttiva Ce; ancora, nel caso *Sace*, la direttiva viene interpretata in combinato disposto con una decisione Ce e l'art. 13 del Trattato. E a nulla vale eccepire che gli effetti che discendono dall'interpretazione di tali principi si manifestino in forme di volta in volta differenti. Ciò, infatti, è fisiologicamente legato alla singola fattispecie che di volta in volta viene in luce. In altri

⁶⁸ CGCE, *Cordero Alonso*, cit., p.to 41 e *Velasco Navarro*, cit., p.to 35.

⁶⁹ CGCE, *Mangold*, p. to 77 e *Rodriguez Caballero*, cit., p. ti 42-44

⁷⁰ CGCE, *Simmenthal*, C-106/77, in *Racc.*, p. 629, p. ti 17-24.

⁷¹ In questo senso R. MASTROIANNI, *Efficacia "orizzontale"...* cit., p. 457 ove lamenta una certa "superficialità" della Corte nel rinvenire un tale principio generale nell'ordinamento comunitario, tenuto conto che non esiste un catalogo scritto dei diritti; la Corte –secondo l'autore – avrebbe forse potuto o dovuto far riferimento alla Carta dei diritti fondamentali e invece non cita nemmeno le costituzioni dei Paesi membri né alcun Trattato internazionale. Prosegue poi l'autore che, anche volendo, un'eventuale citazione-riferimento a tali Carte sarebbe stata impossibile dato che i trattati internazionali non parlano di siffatta discriminazione e non lo fa nemmeno la Costituzione italiana. Si ritiene qui di dover dissentire con l'opinione espressa da tale autore, almeno per la parte in cui egli non riconosce nel divieto di discriminazione una espressione del generale principio di uguaglianza.

⁷² R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard, 1977 e le opportune e relative critiche in S. BARTOLE, *Principi generali (del diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto XXXV*, Milano, pp. 494-533. V. CRISAFULLI, *La Costituzione...* cit., p. 27 e ss.

⁷³ L'idea qui richiama le osservazioni di *Crisafulli* sul passaggio da Costituzione flessibile a Costituzione rigida ed all'insaurirsi, quindi, di una certa gerarchia delle fonti. V. CRISAFULLI, *La Costituzione...* cit., p. 27 e ss.

termini, sia che si tratti di effetto diretto – in senso stretto – di disapplicazione o di combinato disposto o, ancora, di interpretazione conforme, sembra di poter dire che esse rappresentino “forme” speciali del più vasto *genus* “applicabilità diretta”, caratteristica propria dei principi generali e, come si è visto, delle norme del Trattato⁷⁴. Non deve dunque stupire che qui la Corte stessa proceda ad indicare alle giurisdizioni di merito la via maestra per giungere alle soluzioni dei casi: spetterà poi al giudice, nel concreto, individuare il precetto da applicarsi grazie all’ausilio degli strumenti ermeneutici che ha in dotazione.

Piuttosto, ciò che è interessante rilevare è l’esitazione manifestata dalla Corte nel dispositivo della sentenza *Velasco Navarro*⁷⁵: l’impressione qui è che ogniqualvolta si tratti di dichiarare la diretta efficacia delle norme comunitarie, sopravvenga una sorta di “timore reverenziale” nei confronti degli Stati membri. Certamente la giurisprudenza comunitaria non ha dimenticato l’opposizione che per anni i Paesi hanno manifestato alla teoria dell’effetto diretto, non ultimo il loro parere scritto e contrario presentato nella causa *Faccini Dori*. Questa ostilità, d’altronde, è il remoto baluardo di difesa della sovranità nazionale nonché l’espressione del tentativo degli Stati di emanciparsi dal controllo giudiziario: riconoscere l’efficacia immediata delle norme comunitarie – seppur con le dovute distinzioni di condizioni e tipologie – significa accettare che qualcuno controlli che la separazione delle competenze venga attesa, che il legislatore non travalichi i margini di apprezzamento assegnatili e che rispetti ed ottemperi agli impegni assunti con la Comunità.

In quest’ottica, quindi, emerge chiaramente come le giurisdizioni interne fungano da membrana osmotica tra i due ordinamenti, quello interno e quello comunitario: ad esse pertiene, in fatto, una vera e propria verifica sul rispetto del margine di discrezionalità da parte dello Stato. Il giudice infatti, per un verso è confinato entro i margini del dettato letterale della disposizione interna, vale a dire al *quantum* di discrezionalità che il legislatore interno gli ha lasciato al momento dell’implementazione; per altro verso, proprio apprezzando quei margini, egli potrà valutare se essi corrispondono agli scopi che l’atto comunitario intendeva perseguire. Se la *ratio* e l’effettività delle norme interne sono idonee a conseguire gli obiettivi comunitari, allora significa che lo Stato ha diligentemente legiferato e lo sforzo interpretativo del giudice sarà minimo. Diversamente, quando non sarà possibile adattare la cornice normativa del diritto nazionale agli scopi definiti dalla direttiva Ce, in quel momento, il giudice, ricercando la regola da applicare al suo caso, verificherà indirettamente anche il rispetto da parte dello Stato degli impegni assunti con le istituzioni comunitarie⁷⁶.

Il ruolo dell’interpretazione davanti alla Corte di giustizia ed alla Corte costituzionale

⁷⁴ R. BIN, *L’applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a Costituzione della legge*, relazione presentata al Convegno annuale dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti, 2006.

⁷⁵ Stante l’identità di fattispecie con la precedente *Cordero Alonso*, qui, invece, la Corte rinuncia a dichiarare chiaramente la disapplicazione. Così, in *Velasco Navarro*, cit, il n. 2) del dispositivo: «quando la normativa nazionale rientra nell’ambito di applicazione della direttiva 80/987, come modificata dalla direttiva 2002/74, per quanto riguarda uno stato di insolvenza verificatosi tra la data di entrata in vigore di quest’ultima direttiva e la data di scadenza del suo termine di recepimento, il giudice nazionale è tenuto a garantire un’applicazione di tale normativa nazionale conforme al divieto di discriminazione, quale riconosciuto dall’ordinamento giuridico comunitario».

⁷⁶ E’ ciò che molti autori riferendolo all’iter logico che conduce all’applicazione immediata di una norma Ce, definiscono come “judicial review”. Prechal cfr

Il problema si pone quando ci si trovi nell'impossibilità di addivenire ad un'interpretazione adeguatrice *tout court* o a seguito dell'incolmabile lacuna lasciata dalla disapplicazione delle disposizioni nazionali coinvolte.

Il giudice, infatti, se la direttiva è stata trasposta, potrà sempre valersi dell'atto Ce quale parametro di interpretazione della normativa interna; diversamente, nell'ipotesi in cui la direttiva non *self-executing* non sia ancora stata recepita e non sia disponibile alcuna soluzione ermeneutica conforme all'obiettivo Ce prescritto, egli sarà privo della regola per la causa *a quo*. Dovrà per ciò impugnare la sua legge davanti alla Corte costituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 Cost. col quale lo Stato italiano si impegna alle opportune limitazioni della sua sovranità in ragione degli impegni assunti con la Comunità europea. La norma Ce non direttamente efficace non esaurisce quindi così la sua obbligatorietà ma, nel giudizio di fronte alla Corte costituzionale, costituisce un parametro interposto. Contrariamente a quanto sostenuto quindi da una certa dottrina⁷⁷ che vedeva nella direttiva non *self-executing* una mera "chiave ermeneutica", la stessa Corte costituzionale ha precisato che «le direttive comunitarie fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa»⁷⁸ nazionale e regionale, rispettivamente, agli artt. 11 e 117 Cost⁷⁹.

Tuttavia, il giudice non si libera del precetto comunitario inefficace né del suo compito ermeneutico così, *d'un blé*, sospendendo il giudizio e promuovendo ricorso in via incidentale. La Corte costituzionale, infatti, gli richiede di accertare preventivamente l'effettiva portata della norma comunitaria e l'impossibilità di giungere ad un'interpretazione adeguatrice della legge interna impugnata alla norma Ce⁸⁰: in mancanza, la Consulta non potrà che statuire con una decisione di inammissibilità e conseguente restituzione degli atti per carenza del requisito della rilevanza.

Le ragioni sono tre. La prima ragione, è di tipo politico e coincide con l'intento della Corte costituzionale –che disconosce in capo a sé stessa la qualità di "giudice" della causa ai fini del rinvio pregiudiziale *ex art. 234 Tce*⁸¹ – di non volersi sovrapporre o sostituire ad un eventuale giudizio della Corte di giustizia, quale giudice qualificato e legittimo del diritto della Comunità; la seconda ragione ha carattere economico e riposa nell'apprezzabile valutazione da parte della Consulta di non voler gravare finanziariamente sul meccanismo di controllo costituzionale interno, producendo così costi aggiuntivi ed allungando notevolmente i tempi di giudizio. Infine, la terza ragione ha natura fisiologica: l'attività che si pretende dai giudici remittenti non è altro che

⁷⁷ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit...p. 190.

⁷⁸ Corte cost., sentenze n. 269 del 2007, n. 129 del 2006, n. 406 del 2005, n. 7 e n. 166 del 2004.

⁷⁹ R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Diritto dell'U.E.*, 2007, n. 3, p.585 e ss.

⁸⁰ Su questa che è stat finita "doppia pregiudizialità" cfr. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice italiano di fronte ai casi di doppia pregiudizialità, comunitaria e costituzionale*, in *Foro. It.* 1997, V, 22 ss.

⁸¹ Così Corte cost. nella sentenza n. 536 del 1995, ove, negando l'apparente *overruling* effettuato con la precednete sentenza n. 168 del 1991, ressa ritorna alla sua prima posizione espressa sul punto nella sentenza n. 13 del 1960. Per un completo commento sulla doppia pregiudizialità e sulla vicenda del riconoscimento da parte della Corte in capo a sé stessa della qualità di giudice della controversia ai fini del rinvio pregiudiziale. Cfr, fra i tanti, e per la cospicua dottrina ivi citata F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1193 e ss.

l'esercizio dell'opportuna interpretazione conforme, quale competenza naturale del giudice connessa alla sua funzione ed all'obbligo del *non liquet*.

La Corte non si fa carico di ricostruire, per il giudice, il rapporto tra le fonti nella singola causa pendente – questa incombenza ricade sul magistrato *a quo* – bensì si limita a verificare il dubbio di costituzionalità da questi avanzato. In questo senso, in sede di giudizio incidentale delle leggi, l'obbligo di interpretazione adeguatrice in capo al giudice remittente è una funzione della rilevanza, quale requisito necessario ed indispensabile – insieme alla non manifesta infondatezza – per poter validamente proporre la *quaestio* di costituzionalità. Diversamente, nel giudizio in via principale la Corte costituzionale è l'unico giudice della causa e per tale motivo spetterà solo a lei adottare l'opportuna interpretazione adeguatrice e, se del caso, fugare i suoi dubbi rivolgendosi direttamente alla Corte di giustizia, così come ha recentemente fatto con l'ordinanza n. 103 del 2008⁸².

Il giudice remittente dovrà per ciò pervenire autonomamente al chiarimento «definitivo»⁸³ della portata della norma comunitaria dedotta a parametro; potrà fare ricorso alla dottrina *CILFIT*⁸⁴ ed ai precedenti della giurisprudenza comunitaria o, in alternativa, servirsi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex art* 234 Tce.

Lo sforzo ermeneutico cui viene sollecitato da questa Corte è identico per carattere – anche se differente per intensità – a quello richiesto in sede di giudizio incidentale di costituzionalità: il giudice interno, infatti, deve formulare una *quaestio* che, sebbene non debba integrare lo stretto parametro della rilevanza come influenza⁸⁵, riveli alla Corte il fondato dubbio interpretativo che non gli permette di estrapolare la norma che regola il caso. Le maglie della rilevanza comunitaria, infatti, risultano molto più ampie rispetto a quelle costituzionali, e ciò in ragione del fatto che – sebbene la Corte di giustizia non intenda ergersi a mero consigliere di cause ipotetiche o astratte⁸⁶ – il giudice comunitario ha più a cuore l'effettiva fruizione ed il buon funzionamento della via di ricorso pregiudiziale che il rischio di trovarsi a dover rigettare un quesito vertente su di un caso fittizio. Ciò non toglie che quel che vien chiesto al giudice *a quo* sia sempre e soltanto un'attività di interpretazione conforme – o sistematica – del diritto interno a quello comunitario, naturalmente propedeutica alla proposizione di una domanda che sia realmente utile per la decisione della causa di merito.

La differente stringenza dell'obbligo di interpretazione cui il giudice comune è tenuto davanti alle due Corti, si riflette anche in sede di giudizio. Le pronunce della Corte costituzionale per carenza di interpretazione adeguatrice si risolvono in decisioni

⁸² Per un lucido e vivido commento cfr. S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione di ordinamenti*, in www.forumcostituzionale.it, ove in particolare l'autore rileva che al mutamento di atteggiamento si accompagna una profonda novità di fondo: l'attenzione, questa volta dichiarata, della Corte costituzionale per l'uniformità del diritto e l'integrazione tra ordinamenti.

⁸³ Corte cost. ordinanza n. 85 del 2002

⁸⁴ Teoria sviluppatasi in seno alla giurisprudenza del Conseil d'Etat francese, è stata fatta propria dalla Corte di giustizia a partire dalla nota sentenza *CILFIT*, C-283/81, in *Racc.*, p. 3415. Questa teoria dispensa ogni giudice – e quindi significativamente le giurisdizioni nazionali obbligate al rinvio *ex art*. 234 terzo comma – dal proporre rinvio alla Corte quando il significato della norma comunitaria appaia chiaro grazie alla formulazione della stessa e ai precedenti giurisprudenziali esistenti in merito

⁸⁵ Sull'accezione del requisito della "rilevanza" esiste inenarrabile dottrina. Basti qui ricordare che due sono, essenzialmente, le accezioni – rauti vedi dottr. citata ne il giudizio delle leggi e la sua diffusione...

⁸⁶ Sul punto si veda la giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalle cause Foglia-Novello I, e II, rispettivamente C-104/79, in *Racc.*, p.; C-244/80, in *Racc.*, p

di inammissibilità; quando, invece, la questione è correttamente posta, la Corte si pronuncia solo negli stretti limiti del *petitum*, in ossequio al principio del chiesto-pronunciato. Ciò è ancor più chiaro quando essa adotta delle sentenze interpretative – in particolar modo in quelle di “carattere manipolativo” – in cui, dovendo aggiungere o sostituire porzioni di testo per adeguare il significato della disposizione ai principi costituzionali, si ritiene strettamente legata e vincolata all’indicazione del modo e del “verso” dell’addizione operata dal giudice remittente. In mancanza di indicazioni provenienti dalla giurisdizione *a quo*, la Corte non è nelle condizioni di enucleare una norma conforme a Costituzione.

Non così per la Corte di giustizia che si ritiene solo parzialmente vincolata al *petitum* ed al *thema decidendum*. Non sono mancati i casi in cui, per carenza di indicazioni, essa si sia rivolta ai giudici interni chiedendo il necessario completamento del bagaglio di informazioni; oppure, altre volte in cui ha provveduto lei stessa a riformulare la domanda posta⁸⁷ e, non ultimo, come spesso accade, a fornire una pronuncia *ultra petita*. La ragione che muove la Corte ad assumere questo atteggiamento così elastico è connaturata, in parte, al suo ruolo – così come stabilito dall’art. 220 Tce – ed in parte alla funzione stessa del rinvio pregiudiziale: essa è garante dell’uniformità del diritto nella sua interpretazione ed applicazione ma per poter asservire a tale compito essa ha necessariamente bisogno della leale collaborazione delle corti nazionali che, spinte dalla necessità di dover decidere la causa *a quo*, le forniscono l’occasione per definire la fattispecie concreta e, al contempo, statuire in punto di diritto. Infatti, la Corte nelle sue pronunce ritiene di dover «fornire tutti gli elementi necessari»⁸⁸ e «utili»⁸⁹ al fine di armonizzare ed adeguare il diritto interno agli scopi comunitari, talvolta indicando, ad esempio, che un’eccezione ad un principio generale dev’essere interpretata «in senso stretto»⁹⁰, altre volte fornendo l’indicazione sul tipo di conseguenza che si può produrre in difetto di conformità, altre volte ancora suggerendo che, tenendo in considerazione il diritto nazionale nel suo complesso, non è impossibile pervenire ad un risultato ermeneutico adeguato⁹¹ etc... ma ciò senza mai scendere nello stretto merito dell’applicazione concreta che, come tale, pertiene solo al giudice *a quo*.

Ciò tuttavia non esclude che l’indicazione interpretativa fornita dalla Corte, in astratto, non porti ad una sostanziale identità di soluzioni ermeneutiche, in concreto. Come si è potuto osservare dalle pronunce ivi richiamate, non è sempre agevole distinguere tra le diverse “forme” dell’immediata applicabilità delle norme Ce: spesso, infatti, con l’interpretazione adeguatrice, si ottengono gli stessi risultati pratici che si avrebbero a seguito dell’immediata applicazione di una norma *self-executing*.

Si pensi, ad esempio, alla sentenza *Oceano*⁹² ove nel dispositivo si statuisce che «l’obbligo di interpretazione conforme impone al giudice nazionale di preferire l’interpretazione che gli consenta di declinare d’ufficio la competenza attribuitagli da una clausola vessatoria». Se alla direttiva Ce fosse stato riconosciuto un chiaro effetto diretto nel rapporto interindividuale, i resistenti avrebbero potuto eccepire l’incompetenza del giudice *a quo*, sulla base del carattere vessatorio e contrario alle

⁸⁷ *Ex multis, Pigs Marketing board*, C-83/78, in *Racc.*, p., p.ti 25-26.

⁸⁸ CGCE, *Velasco Navarro*, cit., p. to 31; *Mangold*, cit., p. to 75.

⁸⁹ CGCE, *Rodriguez Caballero*, cit., p. 31.

⁹⁰ CGCE, *Van Duyn*, cit.

⁹¹ CGCE, *Pupino*, cit..

⁹² CGCE, *Oceano*, cause riunite C-240/98-C-244/98, cit.

prescrizioni comunitarie della clausola che – inserita nel contratto nazionale che li legava alla società Oceano – in caso di controversie imponeva come foro competente quello del giudice remittente. A meno che la giurisdizione nazionale non abbia deliberatamente deciso di disattendere la pronuncia pregiudiziale, il risultato concreto dell'interpretazione adeguatrice suggerita dalla Corte, avrà coinciso con l'applicazione diretta del precetto della direttiva.

Allo stesso modo, nel caso *Marleasing* lo stabilire che «il giudice nazionale [...] deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva al fine di impedire la dichiarazione di nullità di una società per azioni per una causa diversa da quelle elencate nell'art. 11»⁹³ equivale a dire al remittente che la causa di nullità dedotta nel giudizio principale dalla società *Marleasing* dev'essere respinta – e dunque l'art. 11 dotato di effetto diretto – perché estranea alle regole comunitarie tassativamente indicate dalla direttiva. Tuttavia, la lite sorgeva tra più società, legate tra loro da un rapporto orizzontale; per ciò la Corte, nella morsa della sua stessa giurisprudenza, è dovuta ricorrere all'espedito dell'interpretazione adeguatrice. Ciò non toglie che, come è lampante, la soluzione concreta abbia ottenuto identici effetti pratici. Inoltre, a ben guardare, la Corte richiama l'attenzione allo scopo della direttiva, cioè alla protezione dei diritti dei soci e dei terzi: è un paradosso che, proprio con il divieto di effetti orizzontali, invece, i diritti che si rischiano di danneggiare, siano proprio quelli dei terzi.

In conclusione, si può osservare che, quanto meno laddove vige il divieto di effetti orizzontali, l'efficacia concreta prodotta dall'interpretazione adeguatrice non si distingue affatto dall'applicazione diretta della direttiva se non – e non sempre – per la formula del dispositivo.

In questo senso la contrapposizione tra interpretazione conforme ed effetto diretto ricorda forse la vecchia diatriba mai sopita sulla distinzione tra interpretazione estensiva ed analogica *ex art. 12 Prel.* Infatti, utilizzando quest'ultima – pur ricavando una regola identica a quella desunta con l'estensione ermeneutica di uno dei termini della proposizione normativa – l'interprete è chiamato a giustificare maggiormente l'*iter* logico seguito, quando, addirittura, non gli sia radicalmente vietato farne uso⁹⁴. L'analogia, per la sua *vis* ermeneutica, potenzialmente più dirompente ed “espansiva” dell'interpretazione espansiva stessa, viene sentita come una minaccia, da stringere entro fitte maglie di limiti e divieti, proprio perché la sua intrinseca idoneità ad assimilare fattispecie apparentemente intangibili ma accomunate dalla stessa *ratio* di fondo insidia la sottile linea di demarcazione tra interpretare e normare, tra potere giudiziario e legislativo. Sulla base delle argomentazioni ed osservazioni fin qui tracciate, sembra che anche all'effetto diretto tocchi la stessa sorte.

Per altro, così come per l'interpretazione estensiva ed analogica, anche per quella adeguatrice e per l'effetto diretto valgono gli stessi limiti strutturali, *in primis*, il divieto di interpretazione *contra legem*. Ma non basta: prima della scadenza del termine di recepimento, il riconoscimento in capo ad un singolo di un obbligo nascente da una direttiva non attuata è precluso tanto all'effetto diretto quanto all'interpretazione conforme. L'identità dei limiti posti alle due diverse tecniche interpretative è rivelatore

⁹³ CGCE, *Marleasing*, cit., dispositivo della sentenza. Per un commento cfr. CURTIN, *Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights*, in

⁹⁴ Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Digesto IV ed., sez. civ.*, I, 1987, p. 327; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938.

proprio della loro stessa natura: esse appartengono alla grande famiglia degli strumenti ermeneutici e, come tali, pur essendo formalmente distinte, tendono al medesimo risultato. L'atteggiamento della Corte ne è la prova: consapevole dell'identità concettuale dell'operazione ermeneutica sottesa alle due tecniche, ha posto l'interpretazione conforme in rapporto di sussidiarietà con l'effetto diretto e ne ha assimilato i divieti; però, facendo leva sulla distinzione formale dei due rispettivi *iter* logici⁹⁵, ha potuto mantenere in vita la complessa costruzione del divieto di effetti orizzontali.

Infine, le due tecniche sono state assimilate anche dal punto di vista delle sanzioni: come si vedrà oltre nella trattazione, la mancata applicazione o cattiva interpretazione del diritto comunitario da parte del giudice, ingaggia la responsabilità dello Stato per violazione degli impegni assunti con la Comunità⁹⁶. Infatti, la stessa Corte costituzionale ha opportunamente sottolineato che «come l'interpretazione conforme a Costituzione deve essere privilegiata per evitare il vizio di incostituzionalità della norma interpretata - analogamente l'interpretazione non contrastante con le norme comunitarie vincolanti per l'ordinamento interno deve essere preferita, dovendosi evitare che lo Stato italiano si ritrovi inadempiente agli obblighi comunitari»⁹⁷.

2.4 Il rinvio pregiudiziale d'interpretazione ed il dialogo tra giudice e Corti

Ai fini di questa indagine, appare opportuno dare uno sguardo alle modalità concrete con le quali le Corti ed i giudici comuni “dialogano” tra loro per addivenire all'individuazione della regola giuridica da applicare al caso concreto.

Lo strumento di comunicazione eletto è il meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto all'art. 234 del Trattato Ce: per mezzo di questo il giudice di merito ha la possibilità di chiedere i necessari chiarimenti sulla norma rilevante per la causa *a quo* e, al contempo, fornisce alla Corte di giustizia l'occasione per modulare, fissare ed eventualmente mutare la sua giurisprudenza in merito all'interpretazione della normativa coinvolta. L'efficacia delle sentenze rese in sede pregiudiziale ha una “forza” peculiare che va oltre il giudizio instaurato tra le parti, per imporsi quale canone ermeneutico di riferimento per tutti i giudici comunitari⁹⁸. Nella pronuncia sul caso *Granital*⁹⁹, la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che la preminenza delle

⁹⁵ Iter logico LUCIANI, cit. V. BAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni quadro*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 886 e ss.

⁹⁶ «Nel caso in cui il risultato prescritto da una direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, occorre ricordare che il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati ai singoli a causa della mancata attuazione di tale direttiva, purché siano soddisfatte tre condizioni. Anzitutto la direttiva deve avere lo scopo di attribuire diritti a favore dei singoli. Deve essere poi possibile individuare il contenuto di tali diritti sulla base delle disposizioni della detta direttiva. Infine deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato membro e il danno subito» così CGCE, *Francovich e a.*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.*, p. 5357, p. to 39; *Faccini Dori*, cit. p. to 27; *Adeneler*, cit., p. to 112

⁹⁷ Corte cost., sent. n. 190 del 2000, 5.3 *considerato in diritto*.

⁹⁸ Sul valore di “precedente” delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, si veda, *ex multis* F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 1212 e ss.

⁹⁹ Corte cost. sent. n. 170 del 1984.

fonti normative della Comunità «vale [...] anche per le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia»¹⁰⁰; non solo, con tali sentenze dichiarative, la Corte di giustizia determina «l'ampiezza ed il contenuto delle possibilità applicative» delle disposizioni comunitarie. Ciò comporta – prosegue la Consulta – che quando una pronuncia pregiudiziale verta su di una norma *self-executing*, «la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa [...] abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate»¹⁰¹. Così facendo, la Corte costituzionale riconosce alla Corte di giustizia il peculiare ruolo nomofilattico di “interprete qualificato” del diritto della Comunità e conseguentemente ammette a pieno titolo nell'ordinamento interno l'efficacia ed il frutto di quelle interpretazioni incluse nelle predette pronunce.

Tuttavia, la statuizione contenuta nella sentenza n. 389 del 1989 è stata spesso letta dalla dottrina¹⁰² e dalle giurisdizioni interne in senso restrittivo: una pronuncia pregiudiziale non può mai avere l'effetto di rendere direttamente efficace un precetto contenuto in un atto non direttamente applicabile o in una normativa non *self-executing*. Sulla base di questo assunto, la Cassazione ha dichiarato che le sentenze interpretative non possono applicarsi nell'ambito di rapporti interindividuali quando «la norma interpretata non sia di per sé direttamente efficace»¹⁰³.

Questa lettura sembra essere condivisa anche dalla Corte di giustizia: nella sentenza *Daihatsu*¹⁰⁴ – adita dal giudice *a quo* che le chiedeva l'interpretazione e la portata dell'efficacia dell'art. 6 della direttiva 68/151/CE – precisa che non è necessario statuire sull'efficacia della disposizione impugnata poiché questa è irrilevante per il giudizio di merito, instaurato nell'ambito di un rapporto giuridico di tipo orizzontale. In altre occasioni, invece, la Corte ha deciso diversamente. Essa ha considerato ricevibile una *quaestio* pregiudiziale proposta nell'ambito di una causa tra parti private, motivando che il solo fatto che una direttiva non possa di per sé creare obblighi direttamente in capo ai singoli¹⁰⁵ non le impedisce di statuire sul ricorso; non solo, in alcuni casi essa è giunta a pronunciarsi su di un rinvio avente ad oggetto disposizioni di una direttiva ancora in pendenza d'attuazione. In *Mangold*¹⁰⁶, infatti, si precisa che «la Corte, adita in via pregiudiziale» - indipendentemente dalla scadenza del termine di recepimento di una direttiva – «deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari alla valutazione» che il giudice nazionale deve compiere sulla compatibilità ed applicabilità del precetto comunitario nel giudizio *a quo*.

Alla luce di quanto si è osservato nei precedenti paragrafi, determinare se – anche nell'ambito delle fattispecie che ricadono sotto il divieto di effetti diretti – un giudice comune possa o non possa fruire del rinvio pregiudiziale al fine di fugare i suoi dubbi è

¹⁰⁰ Corte cost. sent. n. 113 del 1985, n. 5 *considerato in diritto*.

¹⁰¹ Corte cost. sent. n. 389 del 1989, n. 3 *considerato in diritto*.

¹⁰² R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne...*, cit., p. 589. Vedi per un'opinione contraria F. PATERNITI, *La riforma dell'art. 117, comma 1, Cost. e le nuove prospettive nei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione europea*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2123.

¹⁰³ Cassazione, sent. n. 11571 del 20 novembre 1997; così, più recentemente anche Cass. Pen., sez. III, ord. n. 1414 del 16 gennaio 2006.

¹⁰⁴ CGCE, *Daihatsu*, C-97/96, in *Racc.*, p. 6843

¹⁰⁵ CGCE, *Spano*, C- 472/93, in *Racc.*, p. 4321.

¹⁰⁶ CGCE, *Mangold*, cit., p.ti 67-77; allo stesso modo la Corte si è pronunciata in pendenza di termine nelle cause *British American Tobacco*, cit. e *Velasco Navarro*, cit.

questione capace di incidere significativamente sui rapporti tra le giurisdizioni nazionali e le Corti costituzionale e di giustizia.

Anzitutto, il rifiuto della Corte europea di statuire sull'efficacia del diritto comunitario per il solo fatto che la pronuncia non potrà applicarsi al caso *a quo*, sembra danneggiare *in primis* il giudice remittente. Costui, infatti, si rivolge alla Corte proprio per risolvere un dubbio che gli impedisce di individuare ed applicare la regola comunitaria nella causa che è chiamato a decidere; privandolo di una risposta utile, lo si costringe ad arrangiarsi con gli strumenti ermeneutici eventualmente ancora a sua disposizione. Nel caso in cui, poi, non riuscisse ad addivenire ad un'interpretazione adeguatrice del diritto interno, egli dovrebbe rivolgersi alla Corte costituzionale per chiedere l'annullamento della normativa interna. In quella sede, il sostanziale diniego opposto dalla Corte di giustizia peserà sensibilmente sulla motivazione della rilevanza della questione incidentale di costituzionalità. Inoltre, l'ostruzionismo della giurisprudenza comunitaria – se confermato – rischia di costituire un ulteriore filtro, propedeutico alla proposizione del rinvio, non previsto dall'art. 234 Tce. Senza contare che, un tale atteggiamento, mal si concilia con il principio di leale cooperazione sancito dall'art. 10 Tce.

D'altro canto, può forse comprendersi la *ratio* di fondo che ha spinto la Corte di giustizia a questa soluzione: la coerenza con l'artificiosa – ed a questo punto capziosa – giurisprudenza sul divieto degli effetti diretti impone che il giudice non possa aggirarla servendosi del rinvio pregiudiziale. Tuttavia, se questo era l'obiettivo di fondo, poteva essere ugualmente raggiunto indicando al giudice la corretta interpretazione e la portata degli effetti ma lasciando solo a lui, in un secondo momento, il compito di apprezzare e valutare nel merito la concreta applicabilità della norma impugnata.

Invece, la scelta operata dalla Corte nella sentenza *Daihatsu* rischia di bloccare un importante veicolo di integrazione tra ordinamenti¹⁰⁷ e di impedire ai giudici l'accesso ad una agevole e necessaria via di soluzione dei loro dubbi interpretativi¹⁰⁸.

Oltretutto, questo orientamento non contribuisce a stimolare le giurisdizioni interne all'utilizzo del rinvio pregiudiziale. Spesso, infatti, le giurisdizioni di ultima istanza, facendo ricorso all'*escamotage* della *teoria dell'atto chiaro*¹⁰⁹, svincolano dall'obbligo posto dall'art. 234 comma terzo: in questo modo, esse finiscono per preferire l'applicazione della legge interna non conforme, arrecando così un grave *vulnus* al singolo giudizio nonché alla certezza e all'uniformità del diritto comunitario¹¹⁰.

¹⁰⁷ Sulla necessità di integrazione tra ordinamento interno e comunitario si è espressa chiaramente anche la Corte costituzionale nella prima ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, emanata nell'ambito di un giudizio in via principale. Ord. n. 103 del 2008.

¹⁰⁸ Sulla valenza dello strumento pregiudiziale come «strumento di supremazia del giudice comunitario», cfr. G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. Dir. Pubbl. com.*, 2004, p. 1166.

¹⁰⁹ Teoria sviluppata in seno alla giurisprudenza del Conseil d'Etat francese, è stata fatta propria dalla Corte di giustizia a partire dalla nota sentenza *CILFIT*, C-283/81, in *Racc.*, p. 3415. Questa teoria dispensa ogni giudice – e quindi significativamente le giurisdizioni nazionali obbligate al rinvio ex art. 234 terzo comma – dal proporre rinvio alla Corte quando il significato della norma comunitaria appaia chiaro grazie alla formulazione della stessa e ai precedenti giurisprudenziali esistenti in merito.

¹¹⁰ Sulla rinuncia sostanziale a proporre rinvio pregiudiziale, cfr. la già cit Cassazione sez. lav. n. 11571 del 1997 e la più recente, cit., Cass. Sez. lav. Sent. 26 luglio 2006, n. 17004, *Lebo c. Coldiretti* e sent. 9 agosto 2006, n. 17971, *Busoli c. Coldiretti*, con i relativi commenti di C. PINELLI, *Effetti orizzontali*, cit., e R. MASTROIANNI, *Le norme comunitarie*, cit.

La ragione di una tale scelta si individua senza difficoltà nel comprensibile timore che l'operazione ermeneutica compiuta dalla Corte europea travolga l'autonomia e lo spazio discrezionale delle giurisdizioni di merito. Non è insolito, infatti, che la Corte si pronunci su questioni di compatibilità del diritto interno al diritto comunitario: ciò che sconcerta forse di più i giudici interni è quando questo tipo di giudizio trascende i limiti di una valutazione in astratto per finire in un giudizio in concreto, stringente e vincolante per la causa *a quo*. In effetti, in molti casi – segnatamente a partire dalle cause *Federconsorzi* e *Fournier*¹¹¹ – la Corte si è riconosciuta competente ad apprezzare la compatibilità comunitaria anche di alcune clausole contrattuali che richiamavano solo in parte le norme Ce. Non solo, nella recente sentenza *Lucchini*¹¹² si giunge a dichiarare l'incompatibilità dell'art. 2909 del codice civile per contrasto con una decisione definitiva della Commissione che dichiarava illegittimo un aiuto di Stato erogato sulla base di una sentenza italiana divenuta inoppugnabile. Di fronte ad un simile giudizio, la "resistenza" delle corti nazionali risulta più comprensibile.

Ad ogni modo, di regola, la giurisprudenza comunitaria si attiene alla distinzione di competenze tra Corte stessa e giudici interni, ai quali spetta in maniera esclusiva «decidere se la norma comunitaria interpretata dalla Corte in forza dell'art. 234 Tce si applichi o no al caso sottoposto alla loro valutazione» e – si aggiunga – con quali effetti concreti¹¹³. Non si condivide dunque qui l'opinione di chi ritiene che i giudici nazionali siano in una posizione "sacrificata" dall'ingombrante ed invadente giudizio interpretativo comunitario¹¹⁴.

Anzitutto, l'ampiezza della risposta ermeneutica della Corte dipende essenzialmente dalla domanda posta dal giudice *a quo*: formulare una buona domanda è un ottimo inizio per poter aspirare ad avere una soddisfacente e puntuale risposta. Non sono certo rari i casi in cui alla Corte pervengono rinvii carenti di indicazioni ed informazioni essenziali per definire il quadro fattuale ed il *thema decidendum*. In tali casi, la prassi della Corte non è certo il rigetto per manifesta inammissibilità: a differenza di ciò che avviene davanti alla Corte costituzionale, qui, sulla base della cogenza dell'art. 10 Tce, la Corte di giustizia tiene un comportamento estremamente collaborativo ed aperto con i giudici remittenti, fino alla decisione finale della causa. Quindi, è bene considerare – come si è già osservato *supra* – che le maglie della rilevanza comunitaria sono assai più larghe di quelle previste dal giudizio incidentale di costituzionalità. Da ciò consegue che anche la risposta della Corte di giustizia godrà di pari libertà, non essendo così strettamente vincolata al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Inoltre, vi è una sorta di interesse pubblico o collettivo sotteso al rinvio pregiudiziale, che trova ragione nella certezza del diritto, nella sua applicazione uniforme e nella necessità cogente del rispetto degli obiettivi comunitari: non è quindi strano che agli Stati membri sia consentito prendere parte al giudizio intervenendo nel contraddittorio davanti alla Corte. Si rammenti quale deflagrante effetto abbia avuto l'opinione

¹¹¹ CGCE, *Federconsorzi*, C-88/91, in *Racc.*, p. e *Fournier*, C-73/89, in *Racc.*, p.; *Kleinwort Benson*, C-28/95, in *Racc.*, p. Per un puntuale commento cfr. M.E. BARTOLONI, *Interpretazione di norme comunitarie al fine di accertare il significato di norme interne: in margine alla sentenza Adam*, in *Riv. Dir. Int.*, 2002, p. 143 e ss.; ID, *La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale modellato sulla normativa comunitaria*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 311 e ss.

¹¹² CGCE, *Lucchini*, C-119/05, in *Racc.*, p.

¹¹³ CGCE, *Tissier*, C-35/85, in *Racc.*, p.

¹¹⁴ M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella «morsa» delle corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 595 e ss.

dissenziente espressa dai Paesi membri intervenuti nella causa *Faccini Dori* in merito al riconoscimento di effetti diretti orizzontali alle direttive.

Le stesse profonde ragioni di certezza ed uniformità portano a svolgere un'altra importante osservazione che serve a distinguere nettamente la peculiare posizione della Corte di giustizia da quella delle Corti costituzionali nazionali. Ad essa spetta il compito di giudicare della validità del diritto comunitario ma, allo stesso tempo, assume su di sé anche la funzione nomofilattica più propria di giurisdizioni di ultima istanza, quale la Corte di cassazione. Ne consegue che, per quanto sia fondamentale per la giurisprudenza comunitaria l'apporto catalitico proveniente dalle cause instaurate davanti ai giudici *a quo*, l'unico soggetto capace di formare il "diritto vivente comunitario" è solo la Corte stessa: a lei pertiene l'ultima parola in merito alla corretta interpretazione del diritto. Certo, si può obiettare che, in un certo qual modo, il diritto comunitario "vive" nelle interpretazioni conformi che di volta in volta i giudici di merito forniscono per armonizzare le normative interne. Ma ciò non vincola nel merito le decisioni della Corte.

L'interpretazione adeguatrice delle corti nazionali esercita, invece, una certa influenza sulla tipologia delle sentenze pregiudiziali e sul loro dispositivo. Sotto questo profilo, dunque, la tecnica decisoria fatta propria dalla Corte di giustizia sembra in parte ricalcare l'uso che la Corte costituzionale fa delle sentenze interpretative di rigetto e di accoglimento. A tal proposito, la lunga vicenda giudiziaria legata alla normativa italiana in materia di gioco e scommesse appare di grande aiuto alla comprensione di quest'ultimo rilievo.

L'art. 4 della legge n. 401 del 13 dicembre 1989 vieta di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relativa ad eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato; tale divieto si pone palesemente in contrasto con gli artt. 43 e 49 del Trattato che disciplinano la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi. La Corte di giustizia, adita in merito all'interpretazione di tale disposizione di legge, in un primo momento si è fermata ad una valutazione in astratto: dopo aver indicato la sospetta incompatibilità della legge italiana con le due libertà fondamentali del Trattato, ha stabilito che «spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi»¹¹⁵. L'atteggiamento prudente qui adottato rivela l'intenzione della Corte di lasciare alle giurisdizioni nazionali il compito di scegliere l'interpretazione che meglio si conforma agli scopi comunitari, non diversamente da come fa la Corte costituzionale quando adotta una sentenza interpretativa di rigetto. Nonostante ciò – con diverse pronunce rese a Sezioni Unite – la Cassazione ha ritenuto che la legge interna, imponendo ai gestori di scommesse una necessaria autorizzazione all'esercizio della loro attività, fosse in realtà proporzionata ed adeguata allo scopo di controllarne la legalità. I limiti imposti dalla legge alla libertà di stabilimento e di libera prestazione venivano quindi giustificati sulla base di più profonde ragioni di ordine pubblico.

Con questa serie di autorevoli pronunce, sebbene contrarie ai principi comunitari, la Cassazione crea un "diritto vivente" in materia. Tuttavia, molti giudici di merito, poco convinti dell'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite, si sono nuovamente rivolti alla

¹¹⁵ CGCE, *Gambelli*, C-243/01, in *Racc.*, p.

Corte di giustizia che, questa volta, coglie l'occasione per statuire in concreto. Con la pronuncia *Placanica*, la legge italiana e la giurisprudenza "vivente" sorta su di essa vengono letteralmente spazzate via da un dispositivo che non lascia margini di apprezzamento: la Corte, dopo aver fornito una prima interpretazione sulla portata delle restrizioni alle due suddette libertà fondamentali, nella seconda parte del dispositivo, dichiara la normativa italiana incompatibile con i principi richiamati del Trattato¹¹⁶.

Dall'osservazione del caso in esame, si evince come non siano propriamente corrette le critiche mosse a quello che è stato definito un *judicial activism* della Corte di giustizia. Le pronunce interpretative della Corte, se riportate nell'alveo dell'ordinamento comunitario – caratterizzato dalla necessità di assicurare effettività, certezza ed uniformità – e considerate insieme al ruolo che questo autorevole giudice svolge all'interno della comunità giuridica, non paiono affatto dissimili alle sentenze interpretative utilizzate dalla Corte costituzionale.

Inoltre, proprio durante lo svilupparsi della giurisprudenza interna e comunitaria sull'*affaire* gioco e scommesse, la Corte costituzionale è stata più volte adita dai giudici di merito, non convinti della compatibilità comunitaria – dubitando dunque della legittimità costituzionale – della legge italiana con gli artt. 43 e 49 del Trattato. Nella prima pronuncia¹¹⁷, la Consulta dichiara con ordinanza la manifesta inammissibilità della *questio*, rammentando così ai remittenti la distinzione di competenze che intercorre tra la Corte stessa, la Corte di giustizia ed i giudici: spetta solo a quest'ultimi valutare la diretta efficacia delle norme Ce nonché, in caso di dubbio, rivolgersi al giudice comunitario con rinvio pregiudiziale. Solo in caso di contrasto accertato ed insanabile, la Corte si riterrebbe competente a statuire. Nuovamente adita, la Consulta risponde con una sentenza di inammissibilità¹¹⁸. Il giudice remittente, infatti, aveva sollevato la questione davanti alla Corte ritenendo che sull'interpretazione dell'art. 4 della legge n. 401/89 si fosse formato un diritto vivente a seguito delle numerose pronunce rese sul punto delle Sezioni unite. Tuttavia, la trappola del giudice di merito non inganna la Corte: essa acutamente rileva che un diritto vivente non può illegittimamente sedimentarsi sulla base di un'erronea interpretazione del diritto comunitario, per giunta confermata da numerose sentenze della Corte di giustizia. A tale scopo, una questione di compatibilità comunitaria non può mai trasformarsi in una questione di legittimità costituzionale, nemmeno sulla base di un falso diritto vivente.

¹¹⁶ CGCE, *Placanica*, cause riunite C 338/04, C 359/04 e C 360/04, in *Racc.*, p. La seconda parte del dispositivo stabilisce che «Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nelle cause principali, *che esclude e per di più continua a escludere* dal settore dei giochi di azzardo gli operatori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati. Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che *ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nelle cause principali, che impone una sanzione penale a soggetti quali gli imputati nelle cause principali per aver esercitato un'attività organizzata di raccolta di scommesse in assenza della concessione o dell'autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale allorché questi soggetti non hanno potuto ottenere le dette concessioni o autorizzazioni a causa del rifiuto di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro*». Per un puntuale commento su tutta la vicenda cfr. V. CAPUANO, *Sulla composizione dei contrasti tra normativa italiana in materia di gioco e scommesse e il diritto comunitario: quale ruolo per la Consulta?*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 457 e ss.

¹¹⁷ Corte cost. ord. n. 454 del 13 dicembre 2006. La Corte rileva qui la carenza manifesta di motivazione in punto di applicabilità.

¹¹⁸ Corte cost. sent. n. 284 del 13 luglio 2007. Per un bel commento cfr. A. GUAZZAROTTI, *Competizione tra giudici nazionali e intervento della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2788 e ss.

Al di là della singola vicenda, ciò che qui si può osservare è come le medesime norme comunitarie chiamate in causa – gli art. 43 e 49 Tce – siano state diversamente interpretate da Cassazione e Corte di giustizia: l'una ne ha ricavato un'interpretazione del diritto interno solo apparentemente conforme al diritto comunitario, l'altra ne ha semplicemente riconosciuto la diretta efficacia. Dire dunque – come ha fatto la giurisprudenza della Cassazione – che una norma è *self-executing* di per sé, significa negare in radice le funzioni dell'ermeneutica. Come si è visto, le soluzioni interpretative possono essere molteplici ma solo servendosi degli strumenti offerti dall'esegesi è possibile attingere ad un significato capace di diventare norma e regola del caso.

Alla luce di ciò, non sembra di poter condividere la lettura in senso restrittivo data dalla dottrina¹¹⁹ alla sentenza n. 389 del 1989 della Corte costituzionale. Il rinvio pregiudiziale costituisce una risorsa fondamentale e relegarne l'esperibilità o l'efficacia ai soli casi in cui l'oggetto di interpretazione sia una norma direttamente applicabile, appare piuttosto riduttivo.

Infine – tornando al proposito espresso in apertura di paragrafo – sembra di poter concludere che non vi siano fondati motivi per guardare con sospetto alla giurisprudenza interpretativa comunitaria né valide ragioni perché, specialmente una giurisdizione di ultima istanza, si sottragga all'obbligo di proporre rinvio pregiudiziale. Allo stesso modo, ciascun giudice comunitario dovrà sentirsi libero di rivolgersi alla Corte di giustizia ogniqualvolta nutra un dubbio su di un precetto comunitario, senza per ciò dover rinunciare in ragione del tipo di rapporto giuridico che lega le parti in giudizio o, ancora, attendere che sia scaduto il termine di recepimento della direttiva. E ciò, dal momento che – come si è potuto osservare – una cosa è l'interpretazione delle norme comunitarie in astratto, altra è la determinazione della loro efficacia nel singolo caso concreto.

¹¹⁹ R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne...*, cit., p. 589; M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune...*, cit. p. 609.

CAPITOLO TERZO

CERTEZZA DEL DIRITTO, LEGITTIMO AFFIDAMENTO E TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA: UN 'OSSIMORO GIURIDICO'?

1. Premessa – 2.1 Il diritto al risarcimento. Le condizioni d'accesso alla tutela risarcitoria dei singoli lesi dalla violazione del diritto comunitario ascrivibile alla responsabilità dello Stato – 2.1.2 La responsabilità dello Stato per fatto dell'autorità giudiziaria – 3. L'estensione "in senso orizzontale" del rapporto verticale e l'*incidental direct effect* – 3.2 Principio di non discriminazione e giudizio di eguaglianza

1. Premessa

All'interno di questa sezione verranno presi in esame gli altri due fondamentali rimedi enucleati dalla giurisprudenza comunitaria al fine di garantire una tutela effettiva ai diritti dei singoli nascenti dal diritto comunitario. A partire dalla sentenza *Marleasing*, la Corte di giustizia ha sviluppato la disciplina dell'obbligo di interpretazione adeguatrice che grava sul giudice interno ogniqualvolta egli si trovi di fronte ad un'antinomia tra norme interne e norme comunitarie non *self-executing* oppure al divieto di riconoscimento di effetti diretti alle direttive nei rapporti tra privati. Questo "rimedio" – come si è potuto osservare – fa parte, in realtà, del bagaglio strumentale ermeneutico a disposizione di ciascun interprete del diritto e viene in aiuto al giudice interno per permettergli di individuare il precetto che governa il suo caso.

Ciononostante, la necessità di garantire effettività ed uniformità del diritto all'interno di tutta la Comunità ha spinto la giurisprudenza comunitaria ad escogitare nuovi strumenti di tutela. Anzitutto, si è cercato di estendere il più possibile il concetto di "Stato": con questo espediente si aspirava ad ampliare la tipologia ed il numero di soggetti del diritto avverso i quali i singoli potessero far valere direttamente le loro pretese. Successivamente, a seguito della posizione del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, si è attribuita ai privati un'azione di risarcimento da esercitare contro il proprio Paese membro.

Entrambe queste formule richiedono l'indispensabile partecipazione dell'attività ermeneutica del giudice interno: nell'un caso per poter qualificare, in fase di giudizio, l'ente-soggetto giuridico avverso il quale il privato può invocare il suo diritto; nel secondo caso, invece, per determinare la sussistenza o meno di una violazione "grave e manifesta" delle norme comunitarie imputabile allo Stato. A ben vedere, solo l'azione per risarcimento costituisce propriamente un "rimedio": esso infatti è idoneo ad intervenire *ex post*, ad infrazione avvenuta, per riparare al danno arrecato ai singoli dalla violazione del diritto comunitario ma è incapace di sanare *ab origine* il contrasto normativo sulla base del quale si è consumato l'inadempimento statale. In altri termini, solo attraverso l'interpretazione conforme propriamente detta – ed in parte attraverso quella estensiva – è possibile ricomporre utilmente il quadro dei rapporti tra fonti normative interne e comunitarie; diversamente, l'azione di risarcimento si instaura in un giudizio nuovo e diverso rispetto a quello nel quale si è prodotta l'infrazione ed il danno a carico del privato. Ciò non toglie che ognuno degli strumenti prospettati – alternativamente o cumulativamente – sia in grado di garantire, seppur in maniera differente, una tutela giurisdizionale effettiva conforme ai canoni dell'ordinamento comunitario.

Si tratterà qui di esaminare se e come, concretamente, questi rimedi siano fruibili dai singoli e quali tipologie di problemi e difficoltà pongano al giudice che ne deve fare uso/che li deve mettere in pratica.

2.1 Il diritto al risarcimento. Le condizioni d'accesso alla tutela risarcitoria dei singoli lesi dalla violazione del diritto comunitario ascrivibile alla responsabilità dello Stato

Quando nella causa *Faccini Dori* la Corte si trovò a ribadire e fissare definitivamente il divieto di effetti diretti, indicò fin da subito ai giudici nazionali l'obbligo di interpretare il loro diritto interno alla luce dello scopo e della lettera della direttiva sì da conseguire il risultato prescritto; non solo, richiamando la recente sentenza *Franovich* stabilì che «nel caso in cui il risultato prescritto dalla direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione [...] il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati ai singoli a causa della mancata attuazione di una direttiva»¹.

Con la pronuncia sul caso *Franovich*, infatti, la giurisprudenza comunitaria ha contribuito significativamente ad accelerare il processo di integrazione: rilevando una perdurante omissione nella trasposizione della direttiva comunitaria a carico del legislatore nazionale – accertata inoltre con sentenza di condanna² - la Corte stabilisce il principio di responsabilità dello Stato membro per i danni causati ai singoli dalla violazione del diritto comunitario a lui imputabile. Il ragionamento della Corte affonda le sue radici nella pronuncia *Van gend* ed ha come obiettivo la realizzazione dell'effettività del diritto comunitario; infatti, se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti»³. A maggior ragione, quando l'efficacia delle norme Ce è subordinata all'azione del legislatore interno, i singoli devono poter fare affidamento su di una azione risarcitoria poiché, in mancanza, essi non potrebbero far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario. Da tali considerazioni discende – prosegue la Corte – che «il *principio della responsabilità dello Stato* per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è *inerente al sistema del Trattato*»⁴.

Tuttavia, perché sia configurabile una tale responsabilità, non è sufficiente la generica indicazione di un'avvenuta infrazione bensì è necessario che siano soddisfatte tre condizioni: la prima richiede che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli, la seconda esige che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva e la terza postula l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi. Nelle pronunce successive, però, la Corte sembra voler enucleare delle condizioni diverse e più stringenti, in ragione della natura della

¹ CGCE, *Faccini Dori*, cit., p. to 27.

² CGCE, *Commissione/Italia*, C- 22/87, *Racc.*, p. 143.

³ CGCE, *Franovich*, C-6/90 e 9/90, in *Racc.*, p. 5357, p. ti 33-34.

⁴ CGCE, *Franovich*, cit. p. to 35

violazione del diritto comunitario all'origine del danno provocato⁵. Nel caso *Brasserie* il giudice remittente aveva rilevato un contrasto tra l'art. 30 del Trattato e la legge tedesca che imponeva delle restrizioni alle importazioni di birra; sulla base di ciò, rifacendosi ai criteri enucleati per la responsabilità extracontrattuale della Comunità *ex art. 288 Tce*, la Corte indica che la seconda condizione deve consistere in una «violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro o di un'istituzione comunitaria, dei limiti posti al loro potere discrezionale»⁶.

Il sospetto che la Corte intendesse qualificare la violazione in maniera differente a seconda del tipo di infrazione commessa e viene definitivamente allontanato dalla pronuncia *Dillenkofer* nella quale si chiarisce che «le condizioni evidenziate in tali sentenze [*Francovich* e *Brasserie n.d.r.*] sono le stesse, poiché la condizione di una violazione sufficientemente grave e manifesta, che pure non è stata menzionata nella citata sentenza *Francovich e a.*, era tuttavia inerente alla fattispecie oggetto della causa»⁷.

Ad ogni modo, la giurisprudenza comunitaria non si limita a stabilire le suddette condizioni ma provvede ad indicare minuziosamente anche i criteri che i giudici nazionali devono seguire per addivenire ad una corretta qualificazione del comportamento statale. Infatti, una volta fornite le linee guida, è compito esclusivo delle giurisdizioni nazionali apprezzare la singola fattispecie e verificare l'effettiva sussistenza del diritto al risarcimento vantato. Così in *Brasserie* si precisa che «la Corte non può sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali, unici competenti ad accertare i fatti delle cause *a quibus* ed a qualificare le violazioni del diritto comunitario di cui trattasi», nondimeno essa ritiene utile indicare «alcune circostanze delle quali i giudici nazionali potrebbero tener conto»⁸. Tuttavia, in alcuni casi la Corte si è spinta oltre le mere “indicazioni” fino a sostituirsi alla valutazione del giudice di merito: nel caso *Koebler*, infatti, si precisa che «la Corte dispone di tutti gli elementi per stabilire se siano soddisfatte le condizioni necessarie perché sussista la responsabilità dello Stato membro»⁹. L'impressione che se ne deduce è che a fronte della petizione di principio per cui, in via generale, spetta al solo giudice interno valutare la sussistenza dei tre requisiti, quando la causa glielo consente – perché fornisce tutte le indicazioni necessarie – la Corte non si esime dall'apprezzare la sussistenza della responsabilità statale.

La prima condizione richiede che «la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli»¹⁰. La formulazione, apparentemente indubbia, ha però generato numerosi dubbi in ordine all'ampiezza del “diritto”: si tratta di una definizione che coincide con le norme *self-executing* in senso stretto oppure costituisce una fattispecie più ampia?

Nel caso *Francovich*, la direttiva non attuata aveva lo scopo di tutelare i lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro ed imponeva per ciò agli Stati membri di istituire un meccanismo di garanzia per i crediti retributivi maturati: sebbene non sia identificato

⁵ CGCE, *Francovich*, p. to 38.

⁶ CGCE, *Brasserie du pecheur*, cause riunite C-46/93 e 48/93, in *Racc.*, p. 1029, p.to 55.

⁷ CGCE, *Dillenkofer*, cause riunite C-178/94, 179/94, 188/94, 189/94 e 190/94, in *Racc.*, p. 4845 p. to 23.

⁸ CGCE, *Brasserie*, cit., p. to 58.

⁹ CGCE, *Koebler*, C-244/01, in *Racc.*, p. p.to 100.

¹⁰CGCE, *Brasserie*, cit., p. to 51.

il soggetto debitore – poiché si tratta di competenza rientrante nella discrezionalità statale in sede di implementazione – qui è incontestabile l'esistenza di un diritto di credito in capo ai lavoratori. La norma dunque non è *self-executing* ma ciò non toglie che essa sia preordinata a tutelare e garantire i crediti da lavoro dei prestatori d'opera. Per ciò, si ritiene¹¹ che la norma giuridica violata non debba necessariamente essere autoapplicativa per poter ingenerare un diritto al risarcimento.

Ma ciò non è sufficiente, ci si chiede, infatti, se la violazione di norme tecniche o di procedure di informazione possa essere ugualmente idonea ad individuare diritti che debbano essere tutelati attraverso un'azione risarcitoria. La Corte dice che la mancata previsione e la conseguente omissione di una consultazione preventiva fra Stati frontalieri, al fine di ridurre il livello minimo consentito di emissioni di gas d'azoto nelle regioni confinanti, costituisce una violazione palese dell'obbligo di trasposizione della direttiva nonché dei diritti dei singoli cittadini¹². Diversamente, nella causa *Balsamo*, l'omessa comunicazione dell'adozione di un regolamento comunale inteso a limitare l'uso di sacchetti di plastica non conferisce ai singoli – nella fattispecie alla società *Enichem* – il diritto di agire in giudizio chiedendo la disapplicazione della normativa interna; infatti, l'obbligo di comunicare in tempo utile alla Commissione il progetto di un provvedimento normativo o amministrativo rientrante nel campo di applicazione della direttiva sui rifiuti inerisce ai soli rapporti tra Stati e istituzioni. In altri casi ancora, in materia di aiuti di Stato o di avviso di adozione di regole tecniche – come si è già visto *supra* nel caso *CIA International* – la Corte ha riconosciuto ai singoli il diritto di richiedere la disapplicazione della regola interna contrastante ed ha attribuito loro un diritto alla compensazione.

L'applicazione del concetto di “diritto” adottato dalla giurisprudenza comunitaria ai fini del riconoscimento di un'azione di risarcimento in capo ai singoli appare dunque decisamente ampia e talvolta contrastante: sicuramente ricomprende le fattispecie tipiche di norme *self-executing*, ma non solo, talvolta ricomprende anche ipotesi nelle quali è appena configurabile un diritto alla disapplicazione della norma interna contrastante. A ciò si aggiungano poi quelle direttive che mirano a tutelare un interesse pubblico o generale quale, ad esempio, la tutela dell'ambiente: in caso di mancato ottemperamento all'obbligo di stabilire una preventiva e cogente valutazione di impatto ambientale, la Corte ha previsto l'onere per lo Stato di risarcire tutti i danni cagionati dalla sua omissione¹³.

Si può tuttavia osservare una generale tendenza della giurisprudenza comunitaria a far ricadere il maggior numero possibile di fattispecie all'interno della prima condizione al fine di garantirne la più efficace tutela, ciò anche a scapito di una disciplina generale sulle condizioni non sempre coerente ed omogenea.

Quanto alla terza condizione, poi, si richiede all'interessato di provare «l'esistenza di un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi»¹⁴. Questo requisito, forse più degli altri, prescrive un'attività di attenta valutazione della singola fattispecie concreta più propriamente pertinente al giudice di merito. Tuttavia, non sono mancati i casi in cui la Corte si sia espressa

¹¹Così anche P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2006, p. 149.

¹²CGCE, *Commissione c. Belgio*, C-186/91, in *Racc.*, p. 85

¹³CGCE, *Wells*, cit., p.to 66.

¹⁴CGCE, *Brasserie*, cit., p.to 51.

chiaramente sull'insussistenza del nesso causale¹⁵ – talvolta contrariamente all'opinione espressa dal giudice *a quo*¹⁶ – o, addirittura, non se ne sia curata affatto¹⁷.

Il terzo requisito prescrive che la violazione sia «sufficientemente caratterizzata» e a tal fine è necessario e sufficiente che essa costituisca una «violazione manifesta e grave» da parte di uno Stato membro «dei limiti posti al suo potere discrezionale»¹⁸. I criteri individuati dalla giurisprudenza comunitaria per definire l'infrazione come “grave e manifesta” sono molteplici¹⁹ ma i canoni di riferimento sono essenzialmente due: la chiarezza e precisione della norma disattesa e l'ampiezza del potere discrezionale nella disponibilità dello Stato.

La Corte chiede al giudice di merito di valutare anzitutto se la norma violata era sufficientemente chiara e precisa sì che il suo significato fosse incontrovertibile e di conseguenza inoppugnabile. A tal fine, non è sufficiente un semplice dubbio sulla portata della disposizione al fine di renderla poco chiara poiché tale requisito dev'essere valutato in maniera il più possibile oggettiva: per ciò, la proposizione di un rinvio pregiudiziale non è un fatto di per sé idoneo a giustificare l'assenza di chiarezza. Ciò che invece è rilevante è il “diritto vivente” che eventualmente si fosse formato sulla norma impugnata. Nel caso *British Telecommunications* la Corte rileva, infatti, che l'interpretazione data dal governo inglese alla disposizione comunitaria era sì illegittima ma ragionevole poiché non manifestamente contraria al testo della direttiva né allo scopo da essa perseguito. In particolare, si osserva che il testo normativo in questione «consentiva ragionevolmente, oltre l'interpretazione enunciata dalla Corte [...] l'interpretazione datane in buona fede dal Regno Unito» ed era inoltre condivisa anche da altri Stati membri²⁰. Nello stesso senso in *Brinkmann*, si precisa che la chiarezza di una disposizione non può essere mai postulata in presenza di un'altra interpretazione plausibile, seppur infine illegittima²¹ alla luce del diritto comunitario. Diversamente in *Stockhol Lindopark* non si scusa al governo svedese l'inottemperanza alla direttiva poiché in ragione del «dettato chiaro delle disposizioni, lo Stato membro interessato non si trovava di fronte a scelte normative»²².

Ciò che qui interessa rilevare è l'attenzione che la giurisprudenza comunitaria pone all'interpretazione vivente che gli Stati hanno dato alle disposizioni impuginate. Se questa non è sufficiente a consolidare un vero e proprio “diritto vivente” in quanto la Corte non se ne ritiene vincolata in sede d'interpretazione, tuttavia è sufficiente ad evitare la condanna dello Stato per violazione del diritto comunitario. La sensibilità della Corte per l'attività ermeneutica dei giudici interni rischia però di incidere profondamente sulla certezza del diritto e di svantaggiare quei soggetti che sulla norma legittimamente interpretata hanno invece fondato le loro scelte: infatti costoro saranno

¹⁵ CGCE, *Brinkmann*, C-319/96, in *Racc.* 5255, p. p.to 29

¹⁶ CGCE, *Rechberger*, C-140/97, in *Racc.*, p. p.ti 73 e ss

¹⁷ CGCE, *Larsy*, C-118/00, in *Racc.*, p.

¹⁸ CGCE, *Brasserie*, cit., p.to 55.

¹⁹Tra gli altri elementi da valutare per poter caratterizzare la violazione la Corte indica ai giudici di merito: « il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l' inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all' omissione, all' adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario», così *Brasserie*, cit., p. to 56.

²⁰ CGCE, *British Telecommunications*, C-392/93, in *Racc.*, p. 1631, p. ti 43-44.

²¹ CGCE, *Brinkmann*, cit, p. ti 42-43.

²² CGCE, *Stockhol Lindopark*, C-150/99, in *Racc.*, p. , p. to 40.

privi di una eventuale azione risarcitoria. Supponiamo che all'interno di un rapporto giuridico interindividuale un singolo decida di conformarsi alle norme della direttiva che gli garantiscono un certo diritto. Nell'ipotesi in cui la direttiva non sia stata correttamente recepita e l'interpretazione conforme del giudice di merito sia illegittima, seppur plausibile alla luce della succitata giurisprudenza, il singolo non avrà alcuno strumento per agire in tutela del suo diritto.

Una tale situazione non pare affatto assimilabile al comportamento tipico della Corte costituzionale in presenza di un "diritto vivente". In tali casi, se a seguito di una sentenza interpretativa di rigetto le giurisdizioni di merito perseverano nel reiterare l'interpretazione vivente sebbene illegittima, la Consulta non esita a pronunciare una sentenza interpretativa di accoglimento che elimina dal ventaglio delle possibilità ermeneutiche quello specifico significato della disposizione impugnata: un'interpretazione illegittima seppur plausibile non viene tollerata.

Inoltre, sebbene la Corte di giustizia dichiarò espressamente che «l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli non può essere subordinato ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa»²³, appare qui evidente che il criterio dell' "errore scusabile" non fa altro che reintrodurre in maniera tacita il carattere soggettivo della violazione che la giurisprudenza comunitaria aveva palesemente escluso *ab initio*.

Al fine, poi, di apprezzare la gravità della violazione imputabile al Paese membro, risulta altresì decisivo verificare l'ampiezza del margine di apprezzamento a sua disposizione. Il criterio generale vuole che ad un'assente o ristretta discrezionalità corrisponda una violazione grave. Diversamente, in presenza di una cospicua libertà di apprezzamento, è necessario valutare, caso per caso, se il margine sia stato superato²⁴. Nelle ipotesi in cui, ad esempio, lo Stato si sia nella sostanza conformato al risultato preposto dalla direttiva ma a tal fine abbia adottato atti di carattere amministrativo anziché legislativo, sarà determinante verificare se e come l'attività di interpretazione adeguatrice dei giudici interni sia riuscita colmare la lacuna. In tali casi, la Corte fa sovente riferimento al principio di buona fede: se appare chiaro dalle circostanze e dalla palese intenzione del legislatore che, nonostante il risultato non conforme, vi fosse la migliore intenzione di adeguarsi al diritto comunitario, difficilmente insorgerà la responsabilità statale per l'inadempimento.

Inoltre, vi sono due ipotesi nelle quali non è necessario procedere alla valutazione del grado manifesto dell'infrazione imputabile allo Stato: ciò avviene in tutti i casi di omessa trasposizione²⁵ ed in quelli nei quali la violazione è perdurata dopo una pronuncia comunitaria di inadempimento oppure in presenza di una giurisprudenza comunitaria costante²⁶.

In conclusione, sulla base dei rilievi compiuti si può osservare come un singolo che vanti un diritto sulla base di una norma *Ce self-executing*, rispetto a colui che invece può contare solo su di una norma non direttamente applicabile, abbia più probabilità di ottenere un risarcimento. In più, qualora l'infrazione derivi da una mancata trasposizione il giudice interno non dovrà nemmeno sforzarsi di verificare il grado ed il

²³ CGCE, *Brasserie*, cit., p. to 79

²⁴ CGCE, *Bergarden*, C-352/98, in *Racc.*, p. ,p. to 43.

²⁵ CGCE, *Dillenkofer*, cit, p. to 25.

²⁶ CGCE, *Brasserie*, cit., p. to 57

tipo di violazione; diversamente, in caso di recepimento non conforme, si richiederà al giudice una più complessa attività di valutazione.

2.1.2 La responsabilità dello Stato per fatto dell' autorità giudiziaria

Ai fini della determinazione della responsabilità in capo allo Stato non rileva quale sia l'organo ad averla compiuta né la suddivisione interna dei poteri propria di ciascun Paese. Infatti, il principio di responsabilità è inerente al Trattato ed «ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione»²⁷.

In particolare, a partire dalla sentenza *Koebler* si è precisato che le decisioni delle giurisdizioni di ultima istanza assunte in spregio al diritto comunitario possono far sorgere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario ed ingenerano l'obbligo di risarcimento. Ciò in quanto, come avviene nell'ordinamento giuridico internazionale, lo Stato è considerato nella sua unità e a fronte di una violazione degli impegni assunti con la Comunità, non rileva che il comportamento illegittimo da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, esecutivo e giudiziario. In particolare, trattandosi delle giurisdizioni avverso le cui decisioni non è più ammesso alcun ricorso giurisdizionale, se fosse precluso ai singoli di ottenere un risarcimento allorché vengano da queste lesi i loro diritti, la piena efficacia delle norme comunitarie stesse nonché la tutela delle posizioni giuridiche dei singoli sarebbe affievolita.

Sebbene poi valgano le stesse condizioni previste per le infrazioni imputabili agli altri poteri, tuttavia, in ragione della «specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto», in tali ipotesi, la responsabilità dello Stato sussiste «solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente»²⁸. Nel caso di merito esaminato dalla Corte nella sentenza *Koebler*, il ricorrente lamentava la lesione del suo diritto ad ottenere un'indennità speciale di anzianità di servizio per opera di una sentenza del supremo giudice amministrativo austriaco. Secondo il ricorrente, l'insoddisfazione del suo credito era dovuta ad una cattiva interpretazione ed applicazione dell'art. 48 Tce sulla libera circolazione dei lavoratori, aggravato dal fatto che il giudice austriaco aveva ommesso di proporre rinvio pregiudiziale. Sul punto il giudice comunitario precisa che la sola violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale così come la manifesta ignoranza della giurisprudenza comunitaria da parte di una decisione di merito sono sufficientemente caratterizzate ai fini dell'individuazione di una illegittima infrazione.

Tuttavia, nel valutare la gravità della violazione la Corte conclude che la soluzione della questione specifica di compatibilità sollevata tra la norma del Trattato e la legge austriaca non era di «ovvia soluzione» alla luce dei precedenti comunitari vigenti all'epoca dei fatti, pertanto l'infrazione non può essere considerata manifesta. La morbidezza del giudice comunitario nella risoluzione del caso appare ancor più lampante se si consideri che la cattiva interpretazione si accompagnava ad un rifiuto del giudice di merito a proporre in rinvio *ex art. 234 Tce*; probabilmente, in questo caso, sono di altra

²⁷ CGCE, *Brasserie*, cit., p. to 32.

²⁸ CGCE, *Koebler*, cit., p. to 53.

natura le ragioni che hanno spinto il giudice comunitario a negare la responsabilità dell'Austria.

Ad ogni modo, nel corso del giudizio, il governo austriaco e gli Stati intervenuti hanno opposto tre significative obiezioni al riconoscimento della responsabilità statale in ipotesi di infrazioni comunitarie attribuibili alle giurisdizioni di ultimo grado.

Anzitutto, secondo gli intervenienti, un tale principio di responsabilità contrasterebbe con l'indipendenza e l'autorità del giudice. Sul punto la Corte risponde che, in realtà, qui non si tratta della responsabilità del giudice, essa non è in causa, bensì di quella dello Stato. L'esistenza, poi, di un rimedio giuridico che consenta la riparazione degli effetti dannosi di una decisione giurisdizionale erronea depone in favore della buona qualità dell'ordinamento giuridico e anche dell'autorità del potere giurisdizionale²⁹.

Secondariamente, i Paesi osservano che per tali controversie non vi è un giudice competente a statuire sulla responsabilità dello Stato. Anche in questo caso la Corte obietta che «spetta agli Stati membri consentire agli interessati di far valere questo principio mettendo a loro disposizione un rimedio giuridico adeguato» in quanto «l'attuazione di un tale principio non può essere compromessa dall'assenza di un foro competente»³⁰. Questa posizione risponde ad una regola fondamentale del diritto comunitario in base alla quale compete all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato il compito di assicurare la tutela effettiva dei diritti soggettivi dei singoli nascenti dal diritto Ce. Ciò tuttavia comporta che le condizioni alle quali i singoli potranno far valere i loro diritti non debbano essere più restrittive di quelle previste per la tutela di situazioni analoghe di diritto interno. A questo punto appare chiaro che il concreto funzionamento della procedura che assicura ai cittadini comunitari la possibilità di far valere i loro diritti dipende solo ed esclusivamente dalle scelte operate dal legislatore interno.

La terza ed ultima obiezione prospettata dagli intervenienti concerne la certezza del diritto ed in particolare l'autorità della cosa giudicata. Tuttavia la Corte provvede a dissipare anche tali dubbi residui. Essa sottolinea che l'azione di responsabilità non ha né lo stesso oggetto né le stesse parti del procedimento nel quale si è consumata la violazione; per tale ragione, la condanna dello Stato non richiede che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa giudicata.

A fronte di tale argomentazione si potrebbe rimaner persuasi dall'idea che la cosa giudicata, pur coprendo una palese violazione del diritto comunitario, non possa mai essere rivista né discussa ma ingeneri sono in capo allo Stato un obbligo di risarcimento del singolo pregiudicato da una tale decisione definitiva. Tuttavia, nella recente sentenza *Lucchini* la Corte ha statuito che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario[...]»³¹.

Il dispositivo di tale sentenza non sembra lasciare alcun dubbio: il principio della *res iudicata* appare incompatibile con il diritto comunitario.

A ben guardare tuttavia la vicenda appare meno preoccupante di quanto non appaia *prima facie*. Nella causa in oggetto, la società *Lucchini* viene dichiarata legittima

²⁹ CGCE, *Koebler*, cit., p. to 44.

³⁰ CGCE, *Koebler*, cit., p. to 45.

³¹ CGCE, *Lucchini*, C-119/05, in *Racc.*, p. , dispositivo.

beneficiaria di un aiuto di Stato da una sentenza della Corte d'appello di Roma sulla quale si forma il giudicato a causa della mancata tempestiva impugnazione da parte del Ministero dell'industria. Con tale pronuncia il giudice di merito si arroga la competenza di valutare la compatibilità comunitaria dell'aiuto erogato; tuttavia una tale competenza spetta solo alla Commissione europea e, nel caso in cui venga adita, alla Corte di giustizia. Da ciò discende che il giudicato si è formato su di una palese violazione del diritto comunitario, aggravata dal fatto che già prima della pronuncia della Corte d'appello la Commissione si era espressa con una decisione Ce in senso sfavorevole all'attribuzione dell'aiuto di Stato alla *Lucchini*. Temendo le ripercussioni sul piano comunitario, il Ministero revoca con suo decreto l'aiuto e tale atto viene impugnato dalla società beneficiaria di fronte al Tar. Al ministero soccombente non resta allora che rivolgersi al Consiglio di Stato: è proprio tale giurisdizione a sospendere il giudizio ed a rivolgere alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale.

Nella sua ordinanza di remissione, il Consiglio di Stato chiede al giudice comunitario di definire se in forza del principio del primato sia giuridicamente possibile e doveroso il recupero dell'aiuto da parte dell'amministrazione interna nei confronti di un privato beneficiario, nonostante la formazione di un giudicato civile. Anzitutto è necessario osservare che a fronte di una questione così posta, la Corte non poteva che esprimersi, come ha fatto, per l'incompatibilità della disposizione interna con le norme comunitarie. In una tale situazione, chiamare in causa il principio del primato per riparare ad un macroscopico errore giudiziario non appare strategicamente la via più opportuna da seguire; probabilmente, la questione avrebbe dovuto fin da subito essere risolta sul piano del diritto interno³². Ad ogni modo, la pronuncia della Corte non sembra essere così *tranchant*: a ben vedere, essa non travolge l'art. 2909 c.c. bensì l'interpretazione vivente – che ne ha dato la giurisprudenza nazionale – nei limiti in cui questa impedisca la possibilità di recuperare un aiuto illegittimo. In altri termini, considerata la fattispecie *a quo* che ha generato la *quaestio*, la Corte suggerisce alle giurisdizioni interne di interpretare quella disposizione nazionale in modo conforme al diritto comunitario: ciò, che, infine, non implica l'illegalità della disposizione ma solo della norma. Inoltre, sembra che sottesa all'interpretazione adeguatrice indicata dalla Corte vi sia un chiaro monito alle giurisdizioni interne al rispetto delle competenze comunitarie: ogniqualvolta sia in causa una questione che ricade nelle materie spettanti alle istituzioni comunitarie, gli organi nazionali debbono astenersi dall'intervenire e, nel dubbio, rivolgersi alla Corte.

³² Il seguito della sentenza *Lucchini* nel giudizio interno davanti al Consiglio di Stato non è ancora stato definito. Dopo aver ricevuto la pronuncia della Corte di giustizia il Consiglio di Stato ha sollevato regolamento di giurisdizione davanti alla Corte di cassazione al fine di definire quale tra queste due giurisdizioni fosse competente a decidere la causa nel merito. La sentenza è stata resa dalla Cassazione ma al momento in cui si scrive non è ancora stata pubblicata, tuttavia con sentenza interlocutoria del 23 dicembre 2008 n. 6509 il Consiglio di Stato ha disposto l'udienza per la trattazione e quindi la definizione del giudizio in data 17 marzo 2009. Si rilevi altresì che nell'ordinanza n. 516 del 16/02/2005 con cui il Consiglio di Stato aveva disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, nel sospendere il giudizio tale giudice amministrativo si era pronunciato sul rigetto dei motivi di appello e sull'inammissibilità dei motivi di censura. Se la giurisdizione competente così come definita dalla Cassazione fosse proprio il Consiglio di Stato, con ogni probabilità il ricorso verrà rigettato ma per motivi che nulla hanno a che fare con il diritto comunitario.

Ad ampliare le fattispecie di responsabilità dello Stato per fatto dell' autorità giudiziaria è successivamente intervenuta la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*. La Corte in quest' occasione precisa ampliando la statuizione contenuta in *Koebler* e dichiara che una violazione grave e manifesta del diritto comunitario può configurarsi anche nelle ipotesi di errata interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto o delle prove.

Inoltre, il giudice remittente aveva domandato alla Corte di giustizia di esprimersi in merito alla compatibilità con il diritto comunitario della clausola di salvaguardia contenuta nell' art. 2 della l. n. 117/88 sulla responsabilità dei magistrati. Tale articolo, infatti, da un lato esclude la responsabilità dei giudici proprio per i casi di cattiva interpretazione o valutazione di fatti e prove, dall' altro restringe le ipotesi di imputabilità ai soli casi di dolo o colpa grave.

La Corte, dopo aver ribadito che la responsabilità dello Stato interviene nei soli casi eccezionali di violazione manifesta del diritto da parte delle autorità giurisdizionali, precisa però che la normativa italiana in tema di responsabilità dei magistrati non è conforme ai principi comunitari. In particolare, non è ammissibile una riduzione delle violazioni del diritto comunitario ai soli casi in cui intervenga un particolare comportamento doloso o colposo del funzionario né è accettabile che lo Stato non risponda nelle ipotesi in cui il giudice interno commette un errore di interpretazione o valutazione dei fatti e delle prove.

Questo dispositivo, se considerato insieme alla pronuncia sul caso *Lucchini*, presenta numerosi profili problematici. Infatti, ogniqualvolta si formi un giudicato su di una decisione assunta, ad esempio, per una erronea interpretazione del diritto comunitario, oltre a dover superare il limite della *res iudicata* ci si imbatterebbe nell' ulteriore difficoltà posta dalla clausola di salvaguardia. In questo senso, tuttavia, sembra che le giurisdizioni interne abbiano reagito recependo le indicazioni comunitarie: così una pronuncia del Tribunale di Roma che, stante la formazione di una sentenza sulla base di una erronea interpretazione di una norma comunitaria, riconosce al soggetto privato pregiudicato da tale pronuncia un diritto al risarcimento del danno patito³³.

La dottrina³⁴ rileva inoltre che a seguito delle sentenze comunitarie si è creata un' irragionevole distinzione tra la responsabilità in cui il magistrato incorre nell' interpretare il diritto interno rispetto a quella più stringente predisposta dall' ordinamento comunitario; ma ciò non basta, le giurisdizioni di ultima istanza risultano così maggiormente gravate rispetto alle giurisdizioni inferiori.

Al di là di queste censure di merito che non trovano qui una loro opportuna sede di approfondimento, ciò che è certamente possibile sottolineare è che, diversamente da come rilevato dalla Corte di giustizia in *Koebler*, nel nostro ordinamento sussiste una sovrapposizione e non distinzione tra la responsabilità del magistrato e quella dello Stato, ciò che, forse, rende per il nostro sistema meno accettabile la disciplina comunitaria sulla responsabilità.

³³ Tribunale di Roma, sez. II, 29 settembre 2004.

³⁴ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, 2006 e ID, *Un brutto colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in www.forumcostituzionale.it

3.1 L'estensione "in senso orizzontale" del rapporto verticale e l'*incidental direct effect*

In seguito al riconoscimento della possibilità delle direttive di produrre effetti diretti, una delle prime questioni che si pose all'attenzione della giurisprudenza comunitaria fu proprio quella di determinare contro quali soggetti potevano essere invocate le norme *self-executing*. Fin da subito vennero individuati quali "legittimati passivi" lo Stato e gli enti statali.

La definizione di "Stato" rischiava però d'essere troppo indefinita e non adatta quindi ad evitare che proprio lo Stato potesse in qualche modo trarre vantaggio dalla sua trasgressione al diritto comunitario. Così in *Marshall* la Corte per la prima volta cerca di conferire coerenza ed effettività alle ragioni della diretta efficacia; essa stabilisce che se gli amministrati sono in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo «indipendentemente dalla qualità nella quale questo agisce come datore di lavoro o come pubblica autorità»³⁵. Questa *vis expansiva* del concetto di "Stato" acquista però un nuovo significato ed una considerevole accelerazione a partire dall'imposizione pretoria del divieto degli effetti diretti orizzontali. Infatti, la definizione di "soggetto pubblico" inizialmente era coesistente ad escludere che tale soggetto giuridico potesse giovare del suo stesso inadempimento, successivamente, diviene invece fondamentale al fine di porre rimedio ai vuoti di tutela provocati dalla giurisprudenza sugli effetti orizzontali. Infatti, avendo ridotto ai soli "rapporti verticali" l'ambito di applicazione della diretta efficacia delle direttive, la giurisprudenza comunitaria ha depotenziato l'effettività delle norme *self-executing* escludendo un gran numero di soggetti dal godimento dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario.

Con la sentenza *F.lli Costanzo*, la Corte precisa che «tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni» sono tenuti ad applicare le disposizioni direttamente efficaci ed in mancanza i singoli potranno avvalersene in giudizio di fronte ai giudici nazionali³⁶. Si apre così la strada al riconoscimento della qualità di "soggetto pubblico" anche, ad esempio, alla magistratura ed a tutti quegli enti o organismi che, pur non facendo formalmente parte dello Stato, partecipino o siano dotati di poteri pubblici; tra essi la giurisprudenza comunitaria ha annoverato le autorità fiscali³⁷, le autorità indipendenti – sotto il profilo costituzionale – incaricate di mantenere l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza³⁸, le autorità competenti in materia di immigrazione³⁹ nonché di pubbliche autorità che prestano servizi di sanità pubblica⁴⁰. Non solo, la Corte giunge ad attribuire tale qualità anche a quegli «organismi o enti che sono soggetti all'autorità o al controllo dello Stato o che dispongono di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli»⁴¹. Grazie a quest'ultima estensione, la *British Gas*, una società privata che aveva rilevato il servizio pubblico di distribuzione del gas e lo gestiva in monopolio, viene annoverata tra questi organismi pubblici avverso i quali i privati possono agire in tutela delle loro posizioni di vantaggio comunitarie.

³⁵ CGCE, *Marshall*, cit., p. to 49.

³⁶ CGCE, *F.lli Costanzo*, C-103/88, in *Racc.*, p. 1839, p. to 31

³⁷ CGCE, *Becker*, cit.

³⁸ CGCE, *Johnston*, C-222/84, in *Racc.*, p. 1651

³⁹ CGCE, *Van Duyn*, cit.

⁴⁰ CGCE, *Marshall*, cit.

⁴¹ CGCE, *Foster*, C-118/89, in *Racc.*, p. 3313, p. to 18

Questa giurisprudenza, a parte qualche estemporaneo e timido *overruling*⁴², ha trovato conferma nelle pronunce successive. D'altra parte, le giurisdizioni nazionali hanno incontrato numerose difficoltà nell'applicare in concreto la nuova accezione di "soggetto pubblico" in senso ampio⁴³: i risultati di tale interpretazione hanno spesso portato ad esiti tra loro eterogenei ed incoerenti ingenerando così molta incertezza nonché la lesione dell'affidamento di chi, certo di non essere in nessun modo afferente all'organizzazione interna del proprio Stato, si è ritrovato onerato dall'obbligo di garantire i diritti dei privati nascenti dalle direttive *self-executing*. I soggetti giuridici assimilati agli enti pubblici vengono gravati di una responsabilità che non è loro attribuibile direttamente ma che pertiene esclusivamente al legislatore nazionale che ha omesso di trasporre la direttiva, rendendosi così inadempiente agli occhi dell'ordinamento comunitario. Per tale via, a ben vedere, la Corte contraddice lo stesso principio dell'*estoppel* sul quale aveva basato il divieto degli effetti orizzontali: risulta alquanto incoerente stabilire prima l'impossibilità per una direttiva *self-executing* di produrre obblighi direttamente in capo ai singoli salvo poi riconoscere gli stessi obblighi ad altri soggetti, anche privati, assimilati però agli enti pubblici. Tale discrasia non sembra mitigata neppure dalla recente pronuncia *Nikoloudi*⁴⁴, in cui si lascia al giudice di merito il compito di verificare in base alla natura interna ed alla relativa organizzazione se un soggetto sia o meno "pubblico"; così facendo gli esiti eterogenei ed estemporanei dei giudizi nazionali rischiano di accrescere il generale clima di incertezza giuridica.

A ciò si aggiunga che la qualificazione di una relazione intersoggettiva come "verticale" non esclude che l'applicazione diretta di una direttiva possa produrre degli effetti "collaterali" immediati a danno di soggetti terzi: in dottrina⁴⁵ vengono usualmente identificati come *incidental direct effect* tipici dei rapporti giuridici triangolari⁴⁶. Si tratta di quelle fattispecie in cui il rispetto della legalità comunitaria a favore del singolo che agisce contro lo Stato determina di riflesso una inevitabile interferenza negativa nella posizione giuridica dei controinteressati

Nel caso *F.lli Costanzo*, la società ricorrente agisce in giudizio per chiedere l'annullamento della delibera con cui l'ente territoriale ha aggiudicato la gara d'appalto per lavori pubblici ad un'altra società concorrente: è evidente che, pur trattandosi di una causa instaurata tra un privato ed un soggetto pubblico, l'esito di una tale lite è suscettibile di arrecare pregiudizio alla società che si è aggiudicata l'appalto, senza che essa fosse parte chiamata in causa in quel rapporto giuridico.

Tuttavia la Corte non sembra curarsi degli eventuali effetti dannosi arrecati ai controinteressati dall'applicazione verticale delle norme *self-executing*, anzi, dichiara esplicitamente che «*mere ripercussioni negative* sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei

⁴² CGCE, *Commissione vs. Grecia*, C-236/95, in *Racc.*, p. 4459, p. to 17.

⁴³ Per un'indagine sui risultati anomali di tale giurisprudenza nei diritti interni degli Stati, specialmente nel Regno Unito, cfr. A. WARD, *cit.*, p. 70 e ss. Sulla difficoltà di qualificare un organismo controllato dall'autorità pubblica ma che gode di poteri che esulano da quelli meramente privati, si veda anche la già citata sent. Cassazione in merito alla qualificazione dei sindacati dei lavoratori. **Laval Viking line**

⁴⁴ CGCE, *Nikoloudi*, C-196/02, in *Racc.*, p., p. to 72

⁴⁵ P. CRAIG E G. DE BURCA, *European Law. Text cases and materials*, Oxford, 1998, p. 206 e ss.

⁴⁶ M. COLGAN, *Triangular situations : the Cup de Grace for the denial of horizontal direct effect of community directives*, in *European Law review*, 2002, p. 545.

confronti dello Stato membro interessato»⁴⁷. In altri termini, la Corte non tollera attenuazione dell'efficacia diretta verticale delle norme *self-executing*, preferisce non curarsene e non tener conto dell'entità dei danni che una tale giurisprudenza è suscettibile di arrecare a soggetti terzi al rapporto giuridico in questione.

Nella causa *Wells*, in ragione della presunta assenza di una valutazione di impatto ambientale, la ricorrente agiva in giudizio contro l'autorità amministrativa regionale per richiedere l'invalidazione di una concessione di scavo accordata per il sito della cava confinante con la sua abitazione: la controversia *de qua* ha avuto quale "mera ripercussione" per i proprietari del sito la sospensione dei lavori di scavo all'interno della cava per un lungo arco di tempo⁴⁸. E ciò sebbene la Corte avesse stabilito che, *in linea di principio*, «un singolo non può far valere una direttiva nei confronti di uno Stato membro, qualora si tratti di un obbligo pubblico direttamente connesso all'attuazione di un altro obbligo che incombe ad un terzo, ai sensi di tale direttiva»⁴⁹.

A prescindere dall'esito e/o dalla correttezza della causa in oggetto, è innegabile che in simili rapporti triangolari si produca una sorta di effetto diretto orizzontale negativo a carico di soggetti contro interessati. E ciò, a ben guardare, appare del tutto incongruente con le argomentazioni che la Corte ha posto alla base della dottrina del divieto di effetti *inter privatos*. Se lo scopo del divieto consisteva nell'evitare che i singoli potessero essere onerati da un obbligo direttamente nascente da una direttiva *self-executing*, non si comprende per quale ragione, invece, la giurisprudenza tolleri che a margine di un rapporto verticale alcuni singoli subiscano gli effetti pregiudizievoli di tale applicazione diretta.

Parte della dottrina⁵⁰ ritiene, tuttavia, che questa posizione sia condivisibile alla luce del fatto che il sacrificio dell'affidamento di un privato è giustificato dalla necessità di garantire a tutti gli altri soggetti la facoltà di invocare la direttiva contro l'autorità statale. Anche ammettendo la bontà di una tale ricostruzione, è legittimo chiedersi quale forma di garanzia sia allora accordabile al terzo controinteressato. A costui non rimarrà che agire a sua volta nei confronti dell'ente pubblico, nella speranza che la sua posizione sia tutelata dall'ordinamento della Comunità; diversamente, una normativa interna, seppur favorevole, dovrebbe cedere il passo al primato di quella comunitaria.

3.2 Principio di non discriminazione e giudizio di eguaglianza

La giurisprudenza comunitaria sul divieto di effetti diretti orizzontali, inizialmente avvallata dal *placet* degli Stati membri, ha di fatto creato un regime di tutela spesso ingiustificatamente differenziato, attentando così alla certezza giuridica nonché al legittimo affidamento dei singoli e anche di soggetti terzi rispetto ad un rapporto giuridico verticale. In nome della tutela dell'affidamento dei privati potenziali onerati da

⁴⁷ CGCE, *Wells*, cit., p. to 56. Così anche *WWF e a.*, C-287/98, in *Racc.* p. 5613, punti 69 e 71; *Cia Security International*, cit, punti 40-55; *Smith & Nephew e Primecrown* C-201/94, in *Racc.* p. 5819, punti 33-39e *Unilever*, cit., punti 45-52.

⁴⁸ Sulle tipologie di ripercussioni negative cfr. D. WYATT-A. DASHWOOD, *European Union Law*, Londra, 2006, p. 180 e ss.

⁴⁹ CGCE, *Wells*, cit., p. to 56

⁵⁰ S. PRECHAL, *Directives*, cit., p. 262 e ss.

obblighi direttamente discendenti da una direttiva *self-executing*, si è sacrificato l'affidamento di numerosi altri soggetti: degli organismi assimilati ad ente pubblico, dei terzi controinteressati ed infine del privato beneficiario potenziale di un diritto nell'ambito interno di un rapporto interindividuale. Ognuno di tali soggetti ha patito una discriminazione in ragione degli effetti che la giurisprudenza comunitaria ricollega a quella peculiare relazione giuridica che lo legava alla sua controparte.

Dottrina e giurisprudenza hanno quindi cercato di individuare diverse vie di tutela per porre rimedio a tali evidenti violazioni del principio di eguaglianza. Si tratta di rimedi processuali diversi ed ulteriori rispetto agli *escamotage* individuati dalla Corte per riparare agli effetti negativi della dottrina del divieto. Attingendo all'esperienza delle Corti costituzionali nazionali e alla cospicua giurisprudenza in tema di giudizio di eguaglianza si cercherà brevemente di dar conto di alcune interessanti soluzioni finalizzate non già a ricomporre il rapporto tra fonti interne e comunitarie quanto ad eliminare gli effetti pregiudizievoli prodotti dalla nota posizione della Corte di giustizia. La prima proposta concerne una via di ricorso comunitaria che qui si è attinta direttamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di *reverse discrimination*.

Com'è noto, per lungo tempo la giurisprudenza comunitaria ha ribadito chiaramente di non essere competente a valutare una eventuale discriminazione prodottasi nell'ordinamento interno a seguito dell'applicazione di una norma comunitaria. La posizione dei soggetti nazionali inversamente discriminati, infatti, non ha una rilevanza diretta per l'ordinamento comunitario che la qualifica come "situazione puramente interna" la cui tutela spetta alle sole giurisdizioni nazionali. Tuttavia, con la sentenza *Guimont*⁵¹ vi è stato un netto *révirement* giurisprudenziale.

La Corte ha stabilito che, seppur gli operatori interni non possano pretendere che le norme comunitarie più favorevoli si applichino direttamente nei loro confronti in luogo di quelle nazionali più restrittive, ciononostante essi possono rivolgersi ai giudici nazionali i quali tramite l'ausilio del rinvio pregiudiziale potranno interrogare la Corte circa l'esatta interpretazione della disciplina comunitaria di favore. Attraverso l'utilità della pronuncia resa dalla Corte, non è escluso che il regime comunitario possa essere indirettamente esteso alle situazioni interne, quando ciò sia consentito dal diritto nazionale.

La dottrina⁵² ha visto in questa pronuncia una forma di apertura ad un sindacato comunitario accentrato sulle discriminazioni a rovescio. Tale prospettiva sembra inoltre avvalorata dalla sentenza *Lussemburgo c. Parlamento* in cui la Corte, dopo aver sottolineato che «il divieto di discriminazione è solo un'espressione specifica del principio generale di uguaglianza», sancisce che «deve essere rispettato dal legislatore comunitario» in quanto tale principio «impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata»⁵³. Con questa pronuncia si ammette dunque per la prima volta che il principio generale di uguaglianza possa essere utilizzato come parametro per valutare la legittimità di una discriminazione alla rovescia causata da norme comunitarie.

⁵¹ CGCE, C-448/98, in *Racc.*, p. 10663.

⁵² F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza di comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *Diritto dell'Unione europea*, 4/2007, p. 917 e ss.

⁵³ CGCE, *Lussemburgo c. Parlamento europeo e Consiglio*, C-168/98, in *Racc.*, p. 9131, p. ti 23-29.

Secondo la citata dottrina, questo recente orientamento giurisprudenziale, permetterebbe di affermare l'esistenza di un "sindacato comunitario diretto" di pertinenza esclusiva della Corte di giustizia che, adita in via pregiudiziale, si ritiene dunque competente a valutare nel merito la sussistenza delle *reverse discrimination* alla luce del principio generale di eguaglianza.

Tale ricostruzione è di fondo basata sull'assunto che poiché è il diritto comunitario ad aver cagionato la disparità di trattamento, è l'ordinamento comunitario a dover provvedere a rimuoverla. Ciò tuttavia, se da un lato appare condivisibile non deve costituire in concreto una forzatura che renderebbe tale rimedio privo della necessaria effettività. Anzitutto, non è possibile definirlo un sindacato "diretto": non esiste, infatti, un *recurso de amparo* comunitario, la Corte si potrà pronunciare solo in quanto adita e nei limiti della domanda proposta da un giudice nel corso di un giudizio. Inoltre, pare opportuno segnalare che la Corte di giustizia si è talora spinta fino a sindacare il rispetto del principio generale di eguaglianza in una questione nella quale non era chiamata in causa alcuna norma comunitaria: essa ha ritenuto che l'assenza di una gara tra offerenti nell'ambito di una controversia sulla concessione di pubblici servizi – materia estranea alla competenza della Comunità – fosse contraria al principio di parità di trattamento così come disciplinato dalle direttive in tema d'appalto⁵⁴. Un tale tipo di sindacato pone se non altro qualche dubbio in merito alla legittimità ed alla competenza della Corte a compiere giudizi sì penetranti e suscettibili d'invadere le specifiche attribuzioni nazionali.

In linea di principio, non si può dunque escludere che un siffatto giudizio possa applicarsi anche alle discriminazioni cagionate dal divieto di effetti diretti orizzontali. Si pensi, ad esempio, al prestatore di lavoro che nell'ambito di una lite con il suo datore di lavoro si vede irragionevolmente privato – a differenza di un collega dipendente pubblico – della possibilità di godere della più favorevole disciplina comunitaria in tema di parità di retribuzione. Una situazione del genere non sembra essere poi così lontana dalla fattispecie delle *reverse discrimination*. Ad ogni modo, ammesso che la Corte accetti mai di dichiarare ricevibile un tale rinvio, rimarrebbe latente il problema dell'efficacia della pronuncia pregiudiziale: infatti, secondo una certa giurisprudenza della Corte – ammesso che essa divenga costante, cfr *supra* cap. II – una pronuncia pregiudiziale non può essere utilizzata per fornire di effetti diretti una disposizione di per sé non direttamente applicabile.

Altri⁵⁵, invece, hanno proposto soluzioni di diritto interno che coinvolgono la Corte costituzionale.

Una prima ipotesi contempla l'impugnabilità della legge di esecuzione del Trattato Ce, nella parte in cui consente l'applicazione nell'ordinamento interno di una norma – l'art. 249 Tce – che sulla base dell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia è suscettibile di provocare discriminazioni nel godimento dei diritti previsti da una direttiva Ce.

Questa soluzione, mutuata dalla giurisprudenza costituzionale⁵⁶, sembra tuttavia poco auspicabile in un tale contesto. Anzitutto, ricorrere all'impugnazione della legge di

⁵⁴ CGCE, *Parking Brixen*, C-458/03, in *Racc.*, p. 8612. Così anche *Mauri*, C-250/03, in *Racc.*, p. 1267.

⁵⁵ R. MASTROIANNI, *Directive non attuate...cit*, p. 99.

⁵⁶ Corte costituzionale, sent. n. 232 del 1989, cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; G. GAJA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 232/89 e i «controlimiti» alla*

esecuzione ogniqualvolta si presenti una fattispecie discriminatoria appare sproporzionato e comporterebbe una chiara rottura con l'ordinamento comunitario; inoltre, esso risulta inappropriato a ristabilire un regime di eguaglianza per la singola fattispecie *a quo*.

Una seconda ipotesi⁵⁷ considera invece l'impugnabilità della legge interna sfavorevole – rispetto a quella comunitaria – per violazione del parametro dell'art. 11 Cost nella misura in cui il legislatore, adottando quella normativa interna, è venuto meno agli obblighi assunti con la Comunità. Questa ricostruzione si fa forte di un importante rilievo: il principio di eguaglianza così come conosciuto dall'ordinamento comunitario, include le sole fattispecie della non discriminazione mentre non contempla l'eguaglianza in senso sostanziale. Ciò fa sì – secondo questa dottrina – che la Corte costituzionale, dovendo giudicare del rispetto di tale principio rischi di “appiattirsi” sull'accezione più restrittiva datane dalla Corte di giustizia. Per tale ragione, il parametro di giudizio non potrà essere l'art. 3 Cost bensì l'art. 11 Cost: in questo modo la Corte costituzionale sarebbe spinta a verificare la compatibilità della norma interna impugnata con il principio di eguaglianza come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria. Questi rilievi ed obiezioni sono state mosse soprattutto in relazione alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 1997, adita proprio al fine di ripristinare la parità di trattamento tra produttori di pasta nazionali e pastifici esteri: in tale occasione la Consulta evidenzia che «ogni limitazione imposta dalla legislazione nazionale alla fabbricazione e alla commercializzazione delle paste alimentari nel territorio italiano, che non rinvenga nel Trattato o, più in generale, nel diritto comunitario il proprio fondamento giustificativo, così da poter essere applicata egualmente nei confronti di tutta la produzione commercializzata in Italia, si risolve in uno *svantaggio competitivo* e, in ultima analisi, in una vera e propria *discriminazione* in danno delle imprese nazionali»⁵⁸. Con una pronuncia additiva, la Corte costituzionale dichiara dunque l'illegittimità della legge nazionale sulla lavorazione delle paste alimentari nella parte in cui «non prevede che alle imprese aventi stabilimento in Italia [sia] consentita, nella produzione e nella commercializzazione di paste alimentari, l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, nel territorio della Comunità europea».

Si può condividere l'opinione di chi⁵⁹ osserva che, così facendo, la Consulta si sia in realtà limitata ad una delibazione basata sull'art. 3 primo comma Cost [e art. 41 Cost] al solo scopo di eliminare gli effetti negativi cagionati dalla discriminazione ma non si sia spinta ad un apprezzamento sulla *ratio legis* sottesa alle due normative. Nondimeno, si ritiene però che il giudizio operato dalla Corte non costituisca un mero “appiattimento” sulla giurisprudenza comunitaria in materia di principio di eguaglianza bensì miri al più alto rispetto della legalità comunitaria e del principio di competenza. Se la Corte si fosse cimentata nella valutazione della *ratio legis* sottesa alla disciplina comunitaria, avrebbe rischiato di ingerirsi in indebiti apprezzamenti di merito sulla modalità d'esercizio del potere legislativo proprio delle istituzioni comunitarie in una materia di loro spettanza.

superiorità del diritto comunitario, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991, p. 82; in precedenza cfr. anche Corte cost. sent. n. 183 del 1973 e sent. n. 170 del 1984.

⁵⁷ F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Diritto pubblico*, 2/2002, p. 491.

⁵⁸ Corte costituzionale, sent. n. 443 del 1997, n. 4 *considerato in diritto*.

⁵⁹ F. SALMONI, *La Corte costituzionale... cit.*

Le osservazioni fin qui condotte spingono dunque a formulare una terza ipotesi.

Tra le giurisdizioni di merito esiste una diffusa prassi consistente nell'estendere gli effetti orizzontali delle norme *self-executing* anche ai rapporti tra soggetti privati in quanto, richiamandosi all'art. 3 della Costituzione, esse rilevano che «la limitazione dell'efficacia configurerebbe una disparità di trattamento»⁶⁰. In tal modo, molti giudici hanno realizzato concretamente l'obiettivo della parità di tutela. Una tale pratica è stata oggetto di una serrata critica⁶¹ laddove si osserva che, applicando direttamente una norma costituzionale, il giudice interno si sostituisce al giudice costituzionale cui pertiene il compito esclusivo di valutare la legittimità delle leggi sulla base della Costituzione.

Ad ogni modo, ciò non esclude in radice un sindacato comunitario diffuso per opera dei singoli giudici nazionali. Sulla base della citata giurisprudenza *Guimont e Lussemburgo c. Parlamento*, risulta evidente che l'ordinamento comunitario non è in linea di principio contrario ad un giudizio di eguaglianza, anzi è proprio la Corte di giustizia ad individuare nel principio generale di non discriminazione l'opportuno parametro di giudizio. Ciò emerge altresì dalle pronunce *Cordero Alonso* e *Velasco Navarro*, ove si indica ai giudici nazionali l'obbligo di applicare direttamente il principio generale di eguaglianza «quale interpretato dalla Corte»⁶².

Inoltre, un tale giudizio diffuso si concilia bene con il principio secondo cui i giudici nazionali sono depositari dell'effettività della tutela dei diritti dei singoli nascenti da norme comunitarie: ad essi spetta il compito di garantirne la protezione. Ciò senza contare che i giudici interni si trovano nella posizione più idonea per poter valutare caso per caso la singola fattispecie discriminatoria nonché la portata dei relativi effetti; nell'ipotesi, poi, in cui tale giudice nutrisse un dubbio in merito alla norma comunitaria, potrebbe sempre rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. In tal modo, da un lato si eviterebbe di coinvolgere la Corte costituzionale ogniqualvolta venga paventata una possibile lesione del principio di eguaglianza, dall'altro, si scongiurerebbe altresì il rischio di un invasivo sindacato accentrato da parte della Corte di giustizia.

Il giudice interno, poi, in caso di dubbio di costituzionalità potrebbe sempre rivolgersi alla Corte costituzionale.

In conclusione, a fronte delle proposte fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza interna e comunitaria, non sembra azzardato immaginare un sindacato comunitario diffuso ove ciascun giudice interno possa valutare sulla base del parametro comunitario di eguaglianza se la discriminazione arrecata dalle norme comunitarie *self-executing* – direttamente o indirettamente – a danno di un singolo sia o non sia legittima; in tal caso, il giudice nazionale conserva la facoltà di estendere al privato il regime di tutela comunitario.

⁶⁰ Pretore di Milano, 14 dicembre 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 1599; Pretore di Bologna, 11 maggio 1995 in *Foro it.*, 1995, I, sez. II, 804 e ss. Questa prassi appare condivisa anche da parte della dottrina tra cui P. MENGOZZI, *Istituzioni...* cit, p. 157; G. GAJA, *La sentenza*, cit.

⁶¹ R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate...* cit, p. 101

⁶² CGCE, *Cordero Alonso*, cit., p.to 41 e *Velasco Navarro*, cit., p.to 35.

Letteratura essenziale ragionata

(Oltre la manualistica e di completamento alle note)

- A. Barav, *Applicabilité directe*, in Dictionnaire Barav-Philip Barav, Vandersanden, *Contenieux communautaire*, Bruxelles 1977
- V. Bazzocchi, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in Quad. cost. 2005
- R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, relazione al convegno annuale aic 2006
- A. S. Botella, *La responsabilité du juge national*, in Rev. Trim. Dr. Eur. 2004
- A. Celotto, *Le modalità di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in Sovranità rappresentanza democrazia, 2000
- P. Craig, *Directives : Direct effect, Indirect effect and the construction of national legislation*, in European law review, 1997
- D. Curtin, *Directives, The effectiveness of judicial protection of individual rights*, in CMLR, 1990
- L. Daniele, *L'efficacia diretta delle direttive CEE nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale*, in Foro it., 191 IV
- De Burca, *Giving effect to European directives*, in Modern Law review, 1992
- Becker Florian, Campbell Angus, *The direct effect of european directives-towards the final act?*, in Columbia journal of European Law, 2007
- C. Di Seri, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa : una discriminazione a rovescio ?*, in Riv. It. Dir. Pubbl. It., 2006
- B. De Witte, *Retour à Costa, la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in Rev. Trim. Dr. Eur., 1984
- F. Emmert, M. Peirra De Azevedo, *L'effet direct horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE, un bateau ivre ?*, in Rev. Trim. Dr. Eur., 1993
- ID, *Les jeux sont faits: rien ne va pas ou une nouvelle occasion perdue par la CJCE*, in Rev. Trim. Dr. Eur., 1995
- F. Ferraro, *Questioni aerte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in Dir Un Eu, 2007

M Klamert, *Judicial implementation of directives and anticipatory indirect effect: connecting the dots*, in CMLR, 2006

A. La Pergola, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in Giur. Cost, 2003

A. R. Leitaó, *L'effet direct des directives, une mythification?*, in Rev. Trim. Dr. Eur., 1981

P. Manin, *L'invocabilité des directives, quelques interrogations*, in Rev. Trim. Dr. Eur., 1990

ID, *De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales*, in Rev. Trim. Dr. Eur., 1994

G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004.

M. Marchegiani, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro :considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in Dir. Un . Eu., 2006

R Mastroianni, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in Dir.UE 1/1998

ID, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004

ID, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del falso in bilancio*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2003

ID, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne?*, in Giur. Cost., 2007

P. Mengozzi, *L'applicazione del diritto comunitario e l'evolversi della giurisprudenza della Corte di giustizia nella direzione di una chiamata dei giudici nazionali ad assicurare una efficace tutela dei diritti da esso attribuiti ai cittadini degli Stati membri*, in Diritto amministrativo comunitario, 1994

J-Mertens de Wilmars, *Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des Etats membres*, Melanges Boulouis

V. Onida, *"Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in Quad. cost., 2002

A. Pace, *La sentenza Granital ventitrè anni dopo*, in www.associazioneitalianacostituzionalisti.com, 2007

- P. Pescatore, *L'effet direct des directives, une tentative de démythification*, 1980
- S. Prechal, *Remedies after Marshall*, in CMLR, 1990
- ID, *Directives in European Community Law*, Oxford, 1995
- ID, *Does direct effect still matter?*, in CMLR 2000
- E. Sales, *La transposition des directives communautaires: une exigence de valeur constitutionnelle sous réserve de constitutionnalité*, in Rev. Trim. Dr. Eur., 2005
- D. Simon, *La responsabilité des Etats membres en cas de violations du droit communautaire par une juridiction supreme*, in Juris Classeur, Europe, 2003
- ID, *L'application des directives par les tribunaux nationaux*, Bulletin Cour de Cassation, 1993
- ID, *Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses ?*, in Mélanges Boulouis
- D. Schefold, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, relazione al convegno annuale aic 2006
- H. G. Schermers, *No direct effect for Directives*, in E.P.L, 1997
- F. Schockweiler, *Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux*, in Rev. Marché un. Eur., 1995
- F. Sorrentino, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in Quad. reg., 2006
- E. Spaventa, *Opening Panora's box: some reflexions on the constitutional effects of the decision in Pupino*, in Constitutional law review, 2007

Per alcuni approfondimenti

- R. Alonso García, *Il giudice nazionale come giudice europeo*, in Quad. cost. 2005
- F. Balaguer Callejón, *Le corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, relazione al convegno annuale aic, 2006
- A. Barone, *A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di stato smarrisce la retta via?*, in Dir Un Eu, 2006
- R. Calvano, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, 2004

- E. Cannizzaro, *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le corti costituzionali italiana e tedesca*, in Riv. Dir. Int., 1990
- ID, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in Diritto dell'Unione europea 2000
- L. Cappuccio, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, in Forum di quaderni costituzionali on line 2006
- M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995
- ID, *Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale*, in Giur. Cost., 1989
- ID, *The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian legal system and the European Union*
- M. Cartabia-A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in Giur. Cost., 2002
- M. Cartabia- J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, 2000
- T. de Berranger, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris, LGDJ, 1996
- M. Dougan, *When worlds collide ! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy*, in CMLR 2007
- G. Dolso, S. Amadeo, *Il Consiglio di Stato tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in Giur. Cost. 2006
- L. Dubouis, *Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne*, in Melange Boulouis
- O. B. Dord, *Le controle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés*, in Cahiers du Conseil constitutionnel, 4/1998
- F. Ghera, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, Giur. Cost. 2000
- P. Gilliaux, *L'arret Union de Pequenos agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité*, in Cahier de droit européen, 2003
- D. Grimm, *La Cour européenne de justice et les juridictions nationales, vues sous l'angle du droit constitutionnel allemand*, in www.conseil-constitutionnel.fr, 2007

- F. G. Jacobs, *Is the Court of the european communities a Constitutional Court ?*, in *Constitutional adjudication in European Community and national law*, Essays for T. F. O' Higgins, 1992
- M. Kumm, *Who is the final arbiter of constitutionality in europe?: three conceptions of the relationship between the german federal constitutional court and the european Court of justice*, in *CMLR*, 1999
- M. Kumm, V. F. Comella, *The primacy clause of constitutional treaty an the future of constitutional conflict in the European Union*, in *International journal of Constituional Law*, 2005
- G. F. Mancini, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, 2004
- G. Martinico, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come fore di produzione normativa*, in *Quad. cost.*, 2006
- S. A. Nyikos, *Strategic interaction among courts within the preliminary reference process*, in *EJPR*, 2006
- I. Pernice, *Les bananes et les droits fondamentaux: La Cour constitutionnelle allemande fait le point*, in *Cahiers dr. eur.*, 2001
- A Pizzorusso, *Ipotesi di giustizia costituzionale nei Trattati istitutivi dell'Unione europea e nel progetto di Trattato-Costituzione*, *Giur. Cost.*, 2004
- M. Ruffert, *Preliminary rulings and the area of freedom, security and justice*, in *C.M.L.R.*, 2007
- F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, 2005
- G. Tesaurò, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, 2006
- J. H. H. Weiler, *La costituzione dell'Europa*, 2003