

Il primato e l'effetto diretto nell'ordinamento dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Origine e *ratio* dei principi del primato e dell'effetto diretto. – 1.1. Ruolo della Corte di giustizia e rinvio pregiudiziale. – 1.2. Originalità e autonomia del diritto UE. – 2. L'effetto diretto, *oggi*. – 2.1. Dieci punti relativamente fermi. – 2.2. Gli aspetti problematici circa la natura dell'effetto diretto e i rapporti che lo legano al primato e alla disapplicazione. – 3. Nove argomenti conclusivi.

1. Origine e *ratio* dei principi del primato e dell'effetto diretto.

1.1. *Ruolo della Corte di giustizia e rinvio pregiudiziale.* Il primato e l'effetto diretto, quali principi costituenti del diritto UE, indirizzano e informano l'ordinamento dell'Unione sin dalla sua costituzione, definendone contenuto, natura e portata, benché abbiano una derivazione giurisprudenziale (*ex multis*, *Van Gend & Loos* e *Costa*) e non siano stati cristallizzati nei trattati europei. Ciò a conferma dell'indiscutibile nucleo di *common law* che connota il sistema giuridico UE; a conferma, dunque, del ruolo costituzionale svolto dalla Corte di giustizia. Ruolo – lo ricordo – che la Corte esercita, quanto all'edificazione dell'ordinamento europeo nel suo complesso, nei confronti di 27 ordinamenti nazionali. La Corte di giustizia non interpreta, per sua vocazione, il diritto nazionale ma interpreta il diritto UE e le sue sentenze pregiudiziali *ex art. 267* TFUE sono vincolanti *erga omnes*, per tutti gli ordinamenti, per tutte le autorità degli Stati membri, a prescindere dalla fattispecie concreta/di diritto interno sottoposta alla sua attenzione. *Erga omnes* significa che le sentenze pregiudiziali sono efficaci, al di là del giudizio *a quo*, *de jure*, oltre che di fatto, pur non costituendo un precedente in senso stretto. Esse, cioè, per un verso, non creano

un giudicato sostanziale, non avendo autorità di cosa giudicata perché, a differenza delle pronunce pregiudiziali di (in)validità (e di quelle di annullamento *ex* articolo 263 TFUE), potrebbero essere emanate sentenze pregiudiziali successive vertenti su una nuova interpretazione della norma UE. Per altro verso, la giurisprudenza UE pregiudiziale ha efficacia *erga omnes* in quanto “*autorité de la chose interprétée*” (J. Boulouis), per incorporazione, quindi, della pronuncia al dettato normativo, in virtù della portata vincolante delle disposizioni interpretate dalla Corte di giustizia con la sua sentenza.

Da qui la necessità che gli interpreti del diritto dei vari Stati, giudici *in primis*, si emancipino dall’idea che quel che risulta bizzarro nell’ordinamento nel quale operano sia, in punto di diritto, naturalmente e tendenzialmente irricevibile. Una tale emancipazione è indispensabile poiché, a monte, si pone una questione di uniformità e questo implica che non possa esserci, se non raramente, una piena convergenza/identificazione tra ordinamento di uno Stato e diritto UE, in particolare tra l’ordinamento di uno Stato, inclusa la giurisprudenza (anche di corti supreme e costituzionali), e la giurisprudenza UE che interpreta l’ordinamento dell’Unione.

Quanto da ultimo scritto si applica anche all’articolo 4, par. 2 TUE, laddove l’unico interprete autentico dell’identità nazionale è, in ultima istanza, la Corte di giustizia, non le corti costituzionali/supreme degli Stati membri, come chiarito in un numero sempre più cospicuo di pronunce (cfr.. *inter alia*, *Torresi*, *Coman* e la giurisprudenza in tema di stato di diritto, tra cui, recentemente, *RJ*).

1.2. *Originalità e autonomia del diritto UE*. Ragionare, come ci è chiesto di fare in questo ciclo di seminari, di primato ed effetto diretto, nella prospettiva del giudice, significa soffermarsi sul *come* situazioni giuridiche soggettive generate dal diritto primario (in

particolare, trattati europei, principi generali e Carta), dal diritto derivato (in particolare, regolamenti, direttive e decisioni) e dalla giurisprudenza UE, a favore degli individui, possono essere azionate da questi ultimi dinanzi alle autorità nazionali amministrative e, soprattutto, giurisdizionali.

La cornice è quella dei rapporti, spesso dialettici anziché puramente dialogici, tra ordinamento UE e ordinamenti interni, nella consapevolezza che il processo d'integrazione europea ha nel primato e nell'effetto diretto la sua ragion d'essere. In particolare, l'efficacia diretta colloca l'individuo, con le sue prerogative, i suoi diritti, al centro dei trattati. Definisce, in questo senso, l'autonomia e l'originalità di un ordinamento che, seppure ancora ancorato al diritto internazionale, se n'è affrancato nei suoi elementi costitutivi. Grazie all'effetto diretto, l'assioma, internazionalistico, per cui gli individui sarebbero privi di soggettività e personalità giuridica, è, infatti, stravolto e radicalmente messo in discussione. Individui che attraverso l'effetto diretto possono invocare norme UE direttamente dinanzi alle autorità nazionali le quali, in ragione del primato, sono obbligate a disapplicare il diritto interno contrastante con dette norme a condizione che esse siano, appunto, direttamente efficaci. Se le norme UE sono prive di diretta efficacia, come sappiamo, la disapplicazione non c'è. In questo caso, restano tre strumenti a disposizione del singolo (*rectius*, dell'avvocato che lo rappresenta), dell'autorità pubblica, del giudice in particolare: l'interpretazione conforme, l'azione per risarcimento danni, la rimessione della questione alla Corte costituzionale. Se esistono dubbi circa l'esistenza dell'antinomia (perché il diritto UE non è chiaro e/o non lo è neppure la giurisprudenza UE che lo ha interpretato) e/o se esistono dubbi circa la natura direttamente efficace del diritto UE, allora, il rinvio pregiudiziale rappresenta un meccanismo insostituibile, obbligatorio oppure facoltativo, a seconda che la giurisdizione interna sia di ultima istanza o non lo sia. Pertanto, se l'effetto diretto presuppone il primato per poter

operare, il primato non presuppone l'effetto diretto. Il diritto UE primeggia sul diritto nazionale (primato), ma la disapplicazione è 'solamente' una conseguenza eventuale, la più radicale e compiuta, di questa primazia, intervenendo solo quando il diritto UE è direttamente efficace.

Ciò detto, come ricorda la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, l'ordinamento UE è un ordinamento giuridico "di nuovo genere" (*Van Gend & Loos*), un ordinamento "proprio integrato negli ordinamenti nazionali" (*Costa*), originale rispetto a tutte le altre organizzazioni internazionali ed autonomo rispetto agli ordinamenti interni. Tutto ciò in ragione, soprattutto, della sinergia tra effetto diretto e primato.

Sull'interpretazione conforme e sulla rimessione alla Consulta, così come sull'estensione e i limiti di questi due distinti strumenti di tutela giurisdizionale, anche quando in gioco ci sono i diritti fondamentali, rinvio a quanto scritto dai colleghi negli studi raccolti in questo volume.

2. *L'effetto diretto*, oggi.

2.1. *Dieci punti relativamente fermi*. Mi pare che l'istituto/il principio/la dottrina di diritto UE suscettibile di sollevare le maggiori problematicità, oggi, è l'effetto diretto. In effetti, il principio del primato risulta controverso, in particolare, proprio quando interloquisce con l'effetto diretto e, dunque, quando determina la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con il diritto UE.

Esistono, a mio giudizio, dieci punti relativamente fermi desumibili dalla giurisprudenza UE e al cuore di una pressoché sterminata letteratura, manualistica e non, in merito a contenuto e portata dell'efficacia diretta di una norma UE. Dieci punti che, a mio modo di vedere, il giudice deve considerare per verificare se una norma UE è direttamente efficace e quindi deve conoscere per capire cosa fare nel caso in cui lo sia. Sono 'relativamente' fermi

perché dubbi permangono in ragione di una giurisprudenza, quella europea, troppo minimalista, *self restraint*, nelle argomentazioni, non sempre peraltro coerente. In effetti, se l'*understatement* è generalmente un valore per il giudice, il minimalismo argomentativo, se portato all'eccesso, rischia di essere foriero di incertezza e di distorte interpretazioni quando il giudice è sovranazionale e, in quanto tale, deve guidare 27 giurisdizioni differenti.

1) Generalmente, ma non sempre come vedremo, l'attribuzione di un diritto da parte della norma UE è elemento costitutivo dell'effetto diretto. Il corollario che deriva dalla concezione del conferimento, in via esplicita o implicita, di un diritto individuale quale pilastro dell'effetto diretto è che la norma UE direttamente efficace si sostituisce all'ordinamento nazionale nel disciplinare la fattispecie al vaglio del giudice interno. L'effetto diretto, che chiameremo soggettivo perché la norma UE crea un diritto, pertanto, produce effetti comunemente definiti sostitutivi.

2) Non è necessario che la norma UE sia formalmente destinata agli individui perché possa determinare effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri. Già in *Van Gend & Loos* è osservato che diritti sorgono non soltanto nei casi in cui "il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti [...] agli Stati membri". È cioè sufficiente che la disposizione sia indirizzata agli Stati e, dunque, prescriva loro, direttamente o indirettamente, non necessariamente in maniera espressa, uno o più obblighi di non fare o di fare. Basti pensare all'articolo 34 TFUE recante divieto di restrizioni quantitative alle merci e di misure ad effetto equivalente, al cuore del mercato unico: senza il riconoscimento di effetto diretto alla norma da parte dei giudici UE, non esisterebbe a monte il mercato interno, per com'è attualmente. I singoli possono, pertanto, far valere la posizione giuridica soggettiva, derivante direttamente dal diritto UE, nei procedimenti interni, nei confronti delle autorità pubbliche (effetto

diretto verticale) oppure avverso altri soggetti privati (effetto diretto orizzontale). A questo proposito, va sottolineato che, generalmente, gli individui non sono espressamente destinatari di obblighi contenuti in norme dei trattati. Generalmente ma non sempre, dato che, in materia di diritto *antitrust*, ad esempio, sono le imprese, non gli Stati, a essere soggette a una serie di obblighi di tipo sostanziale e procedurale, come previsto negli artt. 101 e 102 TFUE. Al contrario, per restare nell'ambito del diritto europeo dell'economia, le norme sulle libertà di circolazione (merci, persone, capitali, servizi e stabilimento), indirizzate a contrastare le politiche protezionistiche degli Stati, sono rivolte ad autorità pubbliche: questa circostanza non ha però impedito ai giudici UE di riconoscere loro, con gradazioni differenti, effetto diretto orizzontale.

Dalle considerazioni svolte fin qui si desume che, grazie a un'interpretazione teleologica e sistematica del diritto UE, la maggior parte delle norme contenute nei trattati, ad oggi, crea effetti diretti. Il giudice, insomma, non deve accontentarsi di capire come una disposizione è formulata, facendo leva su un'interpretazione meramente letterale. Egli deve spingersi oltre, con la conseguenza che la norma UE è direttamente efficace se una tale diretta efficacia è stata attribuita dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza. Il giudice interno non può decidere lei/lui cosa sia direttamente efficace se esiste una pregressa giurisprudenza della Corte di giustizia che una tale efficacia ha riconosciuto. Se esistono dubbi, il giudice si rivolge alla Corte di Lussemburgo per avere delucidazioni *ex art. 267 TFUE*. La diretta efficacia può, dunque, essere conferita dalla Corte di giustizia alla norma UE sebbene quest'ultima non sia “nata” alla stregua di una disposizione dotata di diretta efficacia.

Per quel che concerne il diritto derivato, la Corte di giustizia ha chiarito che norme secondarie, a condizione che siano vincolanti, possono generare effetti diretti. Quanto ai regolamenti,

essi sono naturalmente e generalmente direttamente efficaci in quanto atti direttamente applicabili. Un tale riconoscimento è avvenuto, nel rispetto di una serie di condizioni, per le decisioni e per le direttive.

I giudici UE hanno riconosciuto l'effetto diretto anche ai principi generali del diritto UE.

Per quel che riguarda la Carta dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha avuto modo di ricavare, da alcune sue norme, il fondamento per l'esercizio immediato, da parte dei singoli, dei diritti che ne derivano. Il tema è però ancora controverso dal momento che la Corte, in più occasioni, ha scelto di non scegliere, astenendosi dal chiarire se le disposizioni della Carta possano ritenersi direttamente efficaci e se gli effetti siano di tipo verticale oppure orizzontale. La tendenza, a ben vedere, è comunque nel senso di riconoscere alle norme della Carta, in particolare in materia di diritto del lavoro, effetto diretto. È quanto avvenuto, piuttosto recentemente, in merito all'art. 31 sul diritto alle ferie, *in primis* con la sentenza *Max-Planck*. Semmai, anche al di fuori del diritto giuslavoristico, forti dubbi permangono circa la possibilità, tranne eccezioni (l'articolo 50 sul *ne bis in idem* ne è un esempio, come confermato in *Akenberg Fransson*), che le disposizioni della Carta, il cui ambito di applicazione è "attivato" dal pregresso diritto UE ai sensi dell'articolo 51, in particolare derivato, siano autonomamente idonee a produrre effetti diretti. Ad oggi, generalmente, la sinergia tra diritto derivato, oppure principi generali e/o norme dei trattati, per un verso, e, per l'altro, la Carta, parrebbe rivelare che quest'ultima è strumento per superare alcuni ostacoli applicativi, soprattutto quando in gioco ci sono direttive e, senza la Carta, a causa del divieto di effetti diretti orizzontali che le connotano, queste non potrebbero trovare attuazione nelle relazioni interindividuali. Insomma, parrebbe doversi concludere che non sono le norme della Carta ad essere *ex se* direttamente efficaci, ma ad essere direttamente efficaci sono le norme del diritto

UE che permettono alla Carta di trovare attuazione: da qui l'intreccio tra due categorie differenti, quella dell'ambito di applicazione e quella dell'efficacia interna.

3) L'obbligo gravante sullo Stato, destinatario di una norma primaria o secondaria, si estende a tutti i suoi organi e alle sue ramificazioni, a qualsiasi livello, anche in ragione del principio di leale collaborazione di cui all'articolo 4, par. 3, TUE.

4) La diretta efficacia implica che le autorità nazionali debbano disapplicare la normativa interna contrastante. La conseguenza è che l'ordinamento UE generalmente (ma non sempre, come vedremo) si sostituisce al diritto nazionale, regolamentando autonomamente la fattispecie. Una disapplicazione che, come noto, non implica invalidità della norma nazionale. La Corte di giustizia è, infatti, inequivoca nel sottolineare che la disapplicazione non porta all'annullamento o all'abrogazione del diritto interno incompatibile con l'ordinamento UE. Oltretutto, disapplicare il diritto nazionale comporta anche, da *Factortame* in poi, che ad essere "accantonata" sia la giurisprudenza che lo interpreta e applica nella misura in cui essa si scontri con l'ordinamento UE, così come la prassi amministrativa (*Fratelli Costanzo*).

5) La violazione di una norma direttamente efficace implica il conferimento, in capo al singolo, (anche) del diritto a ottenere un risarcimento pecuniario o per equivalente del pregiudizio subito. Si tratta di un diritto, quello al risarcimento del danno, che, in verità, la Corte di giustizia elabora, in un primo momento, in relazione a norme non direttamente efficaci e che, dalla sentenza *Brasserie* in poi, estende all'istituto dell'effetto diretto, qualificandolo come suo "corollario necessario".

6) L'obbligo di applicare la norma UE direttamente efficace, così come l'azionabilità da parte del singolo del diritto ivi riconosciuto, non dipendono dalla previa invocazione di detto diritto da parte del singolo. Al contrario, la Corte di giustizia è

oramai chiara nel ravvisare una possibile dissociazione tra comportamento del soggetto privato ed effetto diretto laddove precisa che corti e amministrazioni nazionali, per risolvere il caso di specie, devono, *ex officio*, applicare la norma UE, l'unica in grado di rispondere alle istanze del ricorrente o, comunque, della persona fisica/giuridica coinvolta nel procedimento interno, quindi anche a prescindere dalla circostanza che egli l'abbia espressamente invocata.

7) La necessità di assicurare un'efficace tutela giurisdizionale degli individui e la coerenza nello spazio giudiziario europeo significa che il giudice nazionale non soltanto può sospendere il giudizio instaurato dinanzi a sé ma anche che egli può emanare provvedimenti cautelari e/o di carattere provvisorio volti a sospendere l'applicazione di una norma interna, in attesa che la Corte di giustizia si pronunci ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

8) La disapplicazione non dispensa il legislatore dal modificare, quando possibile, o abrogare, la norma nazionale incompatibile. In caso contrario, esistono i presupposti perché la Commissione europea esperisca una procedura d'infrazione ai sensi degli articoli 258 TFUE e seguenti. La *ratio*, ovviamente, consiste nel contrastare la situazione d'incertezza che, altrimenti, verrebbe a crearsi, a danno, in particolare, dei singoli e degli operatori del diritto.

9) Non solamente un atto di diritto derivato può contenere norme direttamente efficaci e norme non direttamente efficaci; può anche capitare che una stessa norma, per l'eterogeneità degli obblighi che impone, sia composta da disposizioni direttamente efficaci e da disposizioni non direttamente efficaci.

10) La Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza, individua a più riprese quali sono le condizioni dell'efficacia diretta. La Corte esplicita che le norme UE vanno considerate direttamente efficaci se integrano i seguenti presupposti: chiarezza, precisione, incondizionatezza. Il precetto deve cioè essere sufficientemente

determinato così che i singoli possano ricostruirne il contenuto e invocare la norma di fronte alle autorità nazionali le quali, a loro volta, sono obbligate ad applicarla e, se necessario, disapplicare la normativa nazionale contrastante.

Quanto al presupposto della chiarezza e precisione, vale quanto la Corte afferma in *Francovich*, cioè che, perché la norma UE sia direttamente efficace, tre elementi devono essere ivi specificati o desunti in via interpretativa: titolarità dell'obbligo, titolarità del diritto e contenuto del diritto-obbligo.

Per quel che concerne il presupposto dell'incondizionatezza, secondo la Corte, esso si ritiene integrato se l'applicazione della norma non è subordinata, "per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti", all'emanazione di ulteriori misure integrative e/o di esecuzione adottate dalle autorità nazionali o dalle istituzioni UE.

Con particolare riguardo alle direttive, esiste un ulteriore presupposto, di natura nel contempo sostanziale e temporale, che deve essere presente affinché questi atti siano invocabili dal singolo e applicati dall'autorità nazionale, in particolare giurisdizionale. La direttiva, per poter essere fatta valere di fronte a un'autorità di uno Stato membro, deve essere stata attuata in maniera non conforme al diritto UE e/o tardivamente rispetto al termine previsto, oppure non deve essere stata recepita *tout court* dalle autorità nazionali. Insomma, le disposizioni di una direttiva sono suscettibili di produrre effetti diretti, a differenza dei regolamenti, non soltanto se sono chiare, precise e incondizionate, ossia contenute in una direttiva *self-executing*, ma anche esclusivamente se e dal momento nel quale si concretizza un inadempimento, nella sua esecuzione, commesso dallo Stato, cioè se e solo dal momento nel quale il termine di recepimento è scaduto oppure se e solo dal momento nel quale la direttiva viene recepita, con ritardo o in maniera inadeguata, a livello interno. Prima di allora l'obbligo imposto dalla direttiva in capo agli Stati è quello di *standstill*. Scaduto il termine,

qualora il recepimento sia avvenuto correttamente, è la normativa interna a trovare applicazione. A questo proposito, c'è, peraltro, da capire se ogniqualvolta la direttiva sia *self-executing*, le disposizioni ivi contenute generino effetti diretti. La risposta sembra essere affermativa. “Sembra” dato che una risposta esaustiva dalla Corte di giustizia, ad oggi, non è ancora stata data.

2.2. *Gli aspetti problematici circa la natura dell'effetto diretto e i rapporti che lo legano al primato e alla disapplicazione.* Quali sono gli aspetti problematici circa la natura e l'estensione dell'effetto diretto, allo stato attuale, non sciolti dalla Corte di giustizia, rispetto ai quali il lavoro del giudice mi pare possa essere messo a dura prova?

1) È stato precedentemente osservato, alla luce della giurisprudenza UE, che una norma UE è direttamente efficace quando contiene un obbligo chiaro, preciso e incondizionato. C'è da chiedersi, però, se questo *test* sia ancora attuale e utile. Sebbene la Corte di giustizia continui ad adoperarlo, non lo fa sempre. Anzi, esso si caratterizza oramai per la sua evanescenza nella giurisprudenza UE come in quella dei giudici nazionali, come notato da Onida, tra gli altri. È sufficiente pensare a quando la Corte si concentra sulle norme della Carta dei diritti fondamentali direttamente efficaci: il *test* normalmente scompare. Insomma, un'applicazione *à la carte* e a geometria variabile del *test*, a conferma della natura camaleontica, cangiante dell'effetto diretto.

2) Quanto al contenuto del *test*, al significato cioè dei tre elementi che lo compongono, ho tre osservazioni.

In primo luogo, mi pare che tra chiarezza e precisione ci sia equivalenza, che quindi siano una endiadi. La Corte a volte le menziona entrambe, altre, indifferentemente, l'una o l'altra.

In secondo luogo, l'incondizionatezza, cioè il margine di discrezionalità lasciato alle autorità nazionali (giudici *in primis*) nell'applicazione della norma UE, “si mangia” la chiara precisione

o precisa chiarezza. Insomma, se una norma può essere chiara/precisa, non è detto che sia incondizionata (l'articolo 325 TFUE, ad esempio, nella saga *Taricco*, checché ne dicano i giudici UE), mentre, se una norma è incondizionata, allora, a mio avviso, è necessariamente chiara/precisa. Detto in altri termini, se non è necessario un atto ulteriore che ne dia immediata attuazione, allora, l'obbligo contenuto nella norma UE, incondizionato, è *in re ipsa* chiaro/preciso.

In terzo luogo, se l'incondizionatezza è condizione necessaria ma anche sufficiente perché una norma sia direttamente efficace, se quindi è l'elemento costitutivo dell'effetto diretto, e se incondizionatezza significa che una norma UE può trovare immediata applicazione, in particolare giudiziale, dal mio punto di vista, l'effetto diretto si riassume nella diretta applicabilità. Concettualmente (la narrativa sul profilo soggettivo e sul profilo oggettivo dell'effetto diretto è ben nota), si tratta di due istituti diversi, nella pratica, tuttavia, mi sembra che uno s'immedesima nell'altro. Tesi questa minoritaria, che era già stata proposta da Tesauro nella prima edizione del suo Manuale e che mi pare trovi conforto nella giurisprudenza UE dove la Corte molto frequentemente sovrappone i piani al punto da riferirsi a diretta applicabilità quando applica il *test* dell'effetto diretto (*Defrenne*).

3) Esiste una dimensione dell'effetto diretto diversa da quella soggettiva-sostitutiva riconducibile alla dottrina *Van Gend & Loos*. Si tratta dell'effetto diretto oggettivo-oppositivo, dell'*invocabilité d'exclusion*.

Gli effetti prodotti dall'effetto diretto possono, cioè, consistere nell'esclusione di una norma nazionale che sia in violazione del diritto UE, anche a prescindere dall'attribuzione diretta di una posizione giuridica individuale che deriva dalla norma europea e che si sostituisce alle disposizioni di diritto interno, "prendendone il posto". Insomma, il singolo, in queste situazioni, non risulta *immediatamente* destinatario di posizioni giuridiche

favorevoli riconosciute nell'ordinamento dell'Unione e che trovano attuazione in sostituzione di quelle nazionali. Egli fa valere una norma UE non già per azionare un diritto ivi riconosciuto bensì per richiedere e ottenere un controllo di legittimità di una norma di diritto interno, di una misura amministrativa o di una sentenza (e la loro conseguente disapplicazione), allo scopo di beneficiare della modifica della situazione normativa conseguente alla produzione di effetti oppositivi determinata dall'applicazione del diritto UE. Due ipotesi su tutte esemplificano quanto scritto: l'ordinamento nazionale prevede una deroga, incompatibile con il diritto UE (*Johnston*); l'ordinamento nazionale prevede regole tecniche di carattere commerciale, di modifica di regole tecniche previgenti, le quali, nonostante quanto imposto dal diritto dell'Unione, non sono state notificate dallo Stato alla Commissione e sono quindi inopponibili all'individuo (*Unilever, Cia Security*). In entrambi i casi il singolo invoca il diritto UE al fine di ottenere la disapplicazione del diritto nazionale, senza che si concretizzi il conferimento di una posizione giuridica individuale scaturente da una norma UE e senza che quest'ultima norma si sostituisca al diritto nazionale. In definitiva, l'effetto diretto va inteso in senso ampio: da qui l'estensione del perimetro applicativo della disapplicazione.

4) L'effetto diretto c'è, a mio giudizio, quando sono presenti due presupposti cumulativi. Come già dimostrato, il giudice deve verificare se la norma UE sia incondizionata, cioè immediatamente, direttamente applicabile nel caso di specie (primo presupposto). Esiste, tuttavia, un secondo presupposto: l'applicazione della norma UE, in termini sostitutivi oppure quale in termini oppositivi quale parametro di legittimità, deve creare un vantaggio, produrre un interesse in capo al singolo. Questo significa che la dottrina dell'effetto diretto, concepita come veicolo a disposizione del singolo per azionare, concretamente, le sue prerogative, non può determinare solamente uno svantaggio nell'individuo. La *condicio*

sine qua perché esista l'effetto diretto è che ci sia un vantaggio/un interesse individuale, poco importa se, insieme al vantaggio per il singolo, c'è la compressione di prerogative individuali per qualcun altro, come avviene nell'orizzontalità. Se l'applicazione della norma UE è solo *in malam partem*, allora non siamo in presenza di diritto UE direttamente efficace, con il risultato che non sussiste alcun ordine di disapplicazione.

Quanto scritto cosa implica, nella pratica? Significa che la Corte di giustizia sbaglia laddove impone al giudice nazionale la disapplicazione a fronte di una norma UE che non è incondizionata e/o ha l'effetto di ledere l'interesse del singolo.

Ad esempio, il caos generato dalle due sentenze, della Corte di giustizia, *Lucchini* (erosione del giudicato in materia civile con riferimento alla disciplina sugli aiuti di Stato) e *Taricco* (problema della disapplicazione della cosiddetta legge *ex Cirielli*, ossia degli art. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale italiano in materia di prescrizione nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia d'IVA), con tutto ciò che ne è conseguito (cento o più commenti in dottrina e decine di convegni), avrebbe potuto essere evitato se la Corte di giustizia, invece di ritenere che al cuore delle pronunce si trovassero norme UE direttamente efficaci, avesse affermato altrimenti. Non si sarebbe arrivati, in *Taricco* in particolare, all'invocazione, *de facto*, di controlimiti da parte della Consulta, perché nessun ordine di disapplicazione sarebbe stato imposto alle autorità italiane. A disposizione c'erano strumenti alternativi: l'effettività e l'equivalenza, quali elementi costitutivi dell'autonomia procedurale degli Stati, oppure la rimessione di una questione di legittimità costituzionale alla Consulta.

Il diritto UE al cuore delle due saghe *Lucchini* e *Taricco*, anziché tutelare l'individuo, ne lede gli interessi: l'effetto diretto, dunque, risulta assente. *Taricco*, in particolare, ha poco a che vedere con l'effetto diretto non solamente perché la norma UE in gioco

(l'art. 325 TFUE) è privo d'incondizionatezza ma anche e soprattutto perché l'applicazione della norma UE, per come interpretata dalla Corte, è *in malam partem*. Se questo è lo scenario, il giudice interno, trattandosi di norme europee non direttamente efficaci, dovrebbe rinviare alla Corte di giustizia, se ha dubbi sulla portata e sull'efficacia interna del diritto UE, oppure, se ritiene che dubbi non ci siano e il contrasto invece ci sia, deve rinviare alla Consulta. Il tutto senza dover attivare i controlimiti.

Discorso simile, *mutatis mutandis*, dovrebbe essere svolto con riferimento all'annosa questione delle concessioni demaniali. Proprio in ragione degli effetti *in malam partem* scaturenti dalla disapplicazione immediata del diritto nazionale, quale conseguenza dell'applicazione del diritto UE direttamente efficace rilevante nel caso di specie, generata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del novembre 2021, quest'ultimo, come noto, rimodulando l'efficacia temporale della propria pronuncia, ha postergato al 1° gennaio 2024 l'attuazione di detta disapplicazione.

Ebbene, dubbi esistono circa la configurabilità del diritto UE applicabile nel caso di specie (articolo 49 TFUE e articolo 12 della direttiva 2006/123/CE) sotto il profilo della sua diretta efficacia, nella misura in cui non esiste un vantaggio generato al singolo dall'applicazione del diritto UE, essendo, appunto, la disapplicazione esclusivamente *in malam partem*. Da qui la conclusione che il rinvio alla Corte costituzionale avrebbe potuto essere la via più naturale da seguire.

5) La circostanza che la disapplicazione sia sempre il prodotto di primato *ed* effetto diretto nell'ottica *Simmenthal*, non del solo primato, nonostante le ambiguità della giurisprudenza UE (*Link Logistic*), è riaffermata, finalmente con nettezza, in una recente sentenza della Corte di giustizia *Poplawski*, del 24 giugno 2019, in tema di mandato d'arresto europeo. Nella pronuncia viene affermato, nel punto 61, che il principio del primato non può “condurre a rimettere in discussione la distinzione essenziale tra le

disposizioni del diritto dell'Unione dotate di effetto diretto e quelle che ne sono prive, né, pertanto, a instaurare un regime unico di applicazione di tutte le disposizioni del diritto dell'Unione da parte dei giudici nazionali”.

Del resto, che la disapplicazione consegua all'applicazione di una norma UE dotata di diretta efficacia, e alla conseguente disapplicazione del diritto nazionale, è evidente nella recentissima sentenza *NE v. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld II*, laddove i giudici UE, contraddicendo espressamente se stessi (trattandosi di uno dei pochissimi casi di *overrulings* effettuati nella giurisprudenza UE), rinnegando *Link Logistic*, impongono la disapplicazione della normativa nazionale proprio perché riconoscono, a monte, la diretta efficacia al principio di proporzionalità delle sanzioni riconosciuto nella direttiva 2014/67/UE, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»).

6) Quando l'efficacia è diretta, c'è sempre la disapplicazione? La risposta, a mio parere, è affermativa, con cinque eccezioni.

La prima si realizza quando la Corte di giustizia, a fronte di norme UE direttamente efficaci, non impone la disapplicazione, imponendo, invece, in capo alle autorità nazionali, l'obbligo di estendere, in via temporanea, in attesa di una norma nazionale *ad hoc* che ponga rimedio all'incompatibilità con il diritto UE, prerogative attribuite, nell'ordinamento interno, ad alcune categorie di persone fisiche e giuridiche, anche ad altri soggetti di diritto. Questa eccezione ricorre segnatamente in materia di non discriminazione e rappresenta un'ipotesi particolare di applicazione dello strumento denominato “*levelling up*” elaborato nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tale materia (cfr. *Cresco Investigation*).

La seconda eccezione si presenta nella misura in cui la Corte di giustizia si sia astenuta, nella sua giurisprudenza pregressa, e abbia scelto di rinviare, in merito al bilanciamento degli interessi in gioco connaturato al diritto UE direttamente efficace e applicabile nel caso di specie, al giudice nazionale. In una situazione come questa, la disapplicazione, *de facto*, è sottoposta a una condizione sospensiva. Un esempio lampante è la sentenza *Österreichischer Rundfunk*, del 20 maggio 2003, della Corte di giustizia, laddove i giudici UE, pur ravvisando che gli articoli della direttiva n. 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, fossero direttamente efficaci e quindi “po[tesser]o essere fatti valere da un singolo dinanzi ai giudici nazionali per evitare l'applicazione delle norme di diritto interno contrarie a tali disposizioni” (punto 101), conclude nel senso che “spetta al giudice nazionale” (punto 102) la verifica, sotto il profilo del principio di proporzionalità, circa la necessità, o meno, di procedere, immediatamente, alla disapplicazione. Al riguardo, quando il tema è quello dei diritti fondamentali, considerato il rifiuto della Corte di giustizia di emanare una sentenza che, come ricordato, nell'ambito dell'articolo 267 TFUE, ha effetti *erga omnes*, il giudice comune potrebbe o, forse, dovrebbe cercare egli, in prima persona e in alternativa, l'uniformità e l'*erga omnes* grazie alla rimessione della questione alla Corte Costituzionale. In una tale ipotesi la relazione d'immediatezza tra effetto diretto e disapplicazione non c'è, e dunque la dissociazione è possibile, perché è la stessa Corte di Lussemburgo a richiedere l'intervento ulteriore, chiarificatore, del giudice nazionale. È quanto avvenuto con riguardo alla vicenda oggetto della pronuncia n. 20/2019 della Corte Costituzionale.

La terza, per diversi aspetti simile alla seconda sopra descritta e una sua particolare declinazione, per il momento concretizzatasi solamente con riferimento a direttive in materia ambientale e nel

settore energetico, si presenta quando la Corte di giustizia, nonostante la natura direttamente efficace del diritto UE in gioco, riconosce, in capo al giudice comune, la possibilità di sospendere temporaneamente la disapplicazione della norma interna in contrasto con la norma di diritto dell'Unione, al ricorrere di diverse condizioni dalla stessa ben circostanziate (cfr. *Inter Environnement Wallonie*). Più nel dettaglio, la Corte ha affermato che il giudice interno può eccezionalmente continuare ad applicare una disposizione nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione, a patto che: a) la norma nazionale di riferimento risulti incompatibile con una direttiva, la quale però sia stata nella sostanza correttamente trasposta nell'ordinamento interno; b) una nuova norma interna non sia in grado di porre tempestivamente rimedio ai pregiudizi che deriverebbero dalla disapplicazione della contrastante norma nazionale; c) il vuoto giuridico che seguirebbe alla disapplicazione della norma interna illegittima sia ancor più pregiudizievole per gli obiettivi che la direttiva si propone di raggiungere; d) l'eccezione sia temporanea e breve nel tempo.

La quarta: laddove la Corte di giustizia ritenga che l'invocazione dell'identità nazionale di cui all'articolo 4, par. 2 TUE, da parte dello Stato membro coinvolto nel procedimento (generalmente di carattere pregiudiziale e generalmente sulla base della pregressa ricostruzione effettuata dalla Corte costituzionale/suprema di quello Stato), sia legittima, primato e ordine di disapplicazione possono essere derogati, nonostante la natura direttamente efficace del diritto UE applicabile nel caso di specie.

La quinta, laddove l'antinomia non sia ricomponibile e il conflitto interordinamentale appare inevitabile: l'insorgenza del controlimite.

3. *Nove argomenti conclusivi.* Per riassumere, dieci argomenti principali.

1) Gli elementi costitutivi dell'effetto diretto non sono necessariamente quelli che solitamente vengono insegnati all'università e/o ricercati dall'interprete (chiarezza, precisione, incondizionatezza) e, in ogni caso, il *test* sull'effetto diretto enucleato dalla Corte di giustizia UE, allo stato attuale e per com'è interpretato oppure (r)aggirato dalle corti UE, solleva diverse problematicità.

2) Le categorie dell'effetto diretto e della diretta applicabilità, benché concettualmente distinte, nella pratica, sono coincidenti, dal momento che al cuore di entrambe si pone il requisito dell'incondizionatezza, il solo a rilevare, diversamente dalle condizioni della chiarezza e della precisione, ai fini dell'efficacia interna di una norma UE (*contra*, nella letteratura maggioritaria, in Italia, U. Villani).

3) Esistono due dimensioni dell'effetto diretto, una soggettiva e sostitutiva, ispirata dalla logica che indirizza la dottrina *Van Gend & Loos*, l'altra, non riconducibile a *Van Gend & Loos*, di carattere oggettivo e oppositivo, mancando il conferimento diretto di una posizione giuridica sulla base della norma UE e operando quest'ultima quale parametro di legittimità del diritto nazionale, anziché in chiave sostitutiva del diritto interno.

4) Una norma UE è direttamente efficace se è incondizionata (i) e se la sua applicazione, e la conseguente disapplicazione del diritto interno che ne deriva, determina un vantaggio per il singolo (ii), con la conseguenza che, qualora l'intervento del diritto UE sia solamente *in malam partem*, le norme UE pertinenti andrebbero considerate prive della diretta efficacia e, quindi, insuscettibili di determinare la disapplicazione del diritto nazionale contrastante.

5) A dispetto del supposto assioma *Simmenthal*, più volte reiterato nella giurisprudenza UE, è capitato che la Corte di giustizia imponesse la disapplicazione, esplicitamente o implicitamente, anche in situazioni nelle quali c'è il solo primato mentre la norma UE considerata è priva della diretta efficacia,

come avviene nei casi *Lucchini* e *Taricco*, malgrado quanto affermato dalla Corte in entrambe queste pronunce.

6) Ritenere o accettare *de facto* che esista l'obbligo di disapplicare a prescindere dall'effetto diretto rischia di sovvertire principi cardine del diritto UE, quali quelli d'attribuzione e di sussidiarietà, con la conseguenza di fornire una delega in bianco alle istituzioni UE suscettibile di mettere in discussione indebitamente la *ratio* insita nei rapporti tra ordinamento UE e ordinamenti degli Stati membri.

7) Con *Poplanski* e *NE* la Corte, chiarendo se stessa (e modificando l'atteggiamento da ultimo adottato in *Link Logistic*) rimette al centro *Simmenthal* in maniera netta: la disapplicazione è determinata sempre da effetto diretto e primato, con la conseguenza che le varie elaborazioni dottrinarie in senso contrario (in Italia, E. Cannizzaro, tra gli altri) sembrerebbero essere definitivamente superate.

8) Tra effetto diretto e disapplicazione immediata c'è un nesso indissolubile a meno che ci si trovi in cinque situazioni derogatorie, quattro delle quali ammesse dalla Corte di giustizia, un'ultima, quella centrata sui controlimiti, invece, invocata e praticata autonomamente dallo Stato membro in spregio al principio del primato e alla regola, cristallizzata nell'articolo 19, par. 1 TUE, per cui la Corte di giustizia "assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati".

9) A differenza di quanto rilevato, in maniera più o meno provocatoria, in dottrina, da alcuni studiosi nel corso degli anni, P. Pescatore e S. Prechal *in primis*, l'effetto diretto, in quanto principio fondante del diritto UE e strumento-sintesi dei diversi ordinamenti giuridici, continua a essere una dottrina *utile*, sintomo dell'originalità dell'ordinamento sovranazionale comunitario il quale, pur emancipatosi dal diritto internazionale, non è ancora federale. Solo se e quando lo sarà, l'effetto diretto, quale filtro e strumento di tutela giurisdizionale e di adeguamento di un

ordinamento a un altro, perderà utilità. Una torsione, questa, in senso federale, molto poco probabile, oggi, come sappiamo.