



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. III

(ESTRATTO)

FRANCESCO TORRE

**LA PRIMA VOLTA NON SI SCORDA MAI: LE SENTENZE
“ADDITIVE DI PRESTAZIONE” APPRODANO A LUSSEMBURGO
(A MARGINE DELLA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
NEL CASO *CRESCO INVESTIGATION*)**

28 OTTOBRE 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Francesco Torre
La prima volta non si scorda mai:
le sentenze “additive di prestazione” approdano a Lussemburgo
(a margine della decisione della Corte di Giustizia nel caso Cresco Investigation)*

ABSTRACT: *The paper analyses [the Court of Justice judgment of 22 January 2019](#) about non-discrimination principle. Looking back at the Luxembourg case law on direct effect in horizontal disputes, the progressive emergence of the Nice Charter, now the main parameter of legitimacy in the Court's decisions, is highlighted.*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La prima fase tra direttive e principi: la decisione *Mangold*. – 3. Da *Küçükdeveci* a *Dansk Industri*: il cammino prosegue. – 4. La Carta in primo piano nel caso *Egenberger*. – 5. Il test per la Carta perfezionato in *Max Planck e Bauer e Broßonn*. – 6. Tempi duri per le “rime obbligate”: convergenze tra Roma e Lussemburgo. Una Corte di Giustizia all’italiana?

1. Il caso.

Il principio di non discriminazione rappresenta da sempre «un pilastro dell’integrazione europea»¹; formidabile *passpartout* nelle mani della Corte di Giustizia, la quale, servendosene, è riuscita nel tempo ad ampliare il proprio raggio di azione sino a conferire a tale principio efficacia diretta orizzontale².

Come è noto, l’elaborazione della dottrina dell’effetto diretto³ rappresenta «il nucleo dell’originalità e dell’autonomia del diritto UE»⁴, consentendo alle norme di derivazione comunitaria – oggi eurounitaria – di penetrare negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, senza il previo recepimento dei legislatori nazionali⁵. Affinché il giudice interno possa direttamente applicare la norma europea⁶ è, però, necessario che essa contenga un obbligo «giuridicamente perfetto»⁷: deve essere chiaro, preciso e incondizionato. Sebbene sia sempre stata pacifica l’applicabilità di tale dottrina nei rapporti c.d. verticali, ovvero tra soggetto privato e Stato, è

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Cfr. M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull’effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quad. cost.*, 3/2020, 641.

² Tale riconoscimento è avvenuto, per la prima volta, nella decisione della Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, Werner Mangold contro Rudiger Helm, C-144/04, sulla quale si segnala il commento di R. CALVANO, *Il caso “Mangold”: la Corte di Giustizia afferma (senza dirlo) l’efficacia orizzontale di una direttiva comunitaria non scaduta?*, in *Rivista AIC*, 10 aprile 2006.

³ A partire dalla sentenza della Corte di Giustizia, 5 febbraio 1963, NV Algemene Transport-En Expeditie Onderneming Van Gend en Loos e l’Amministrazione olandese delle imposte, C-26/62.

⁴ Espressione di D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, 351.

⁵ ... ad eccezione dei Trattati che «richiedono di essere eseguiti con le forme costituzionalmente previste»: a ricordarlo è A. RUGGERI, *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, Relazione all’incontro di studio su *L’effetto diretto delle fonti dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell’Unione e fonti interne*, Messina 5 maggio 2015, in M. Distefano (a cura di), Napoli, 2017, 65 ss., nonché in *Rivista AIC*, 2/2015, 15 maggio 2015, 5. Lo stesso A. ha, nondimeno, proposto, in prospettiva *de iure condendo*, di estendere ai Trattati eurounitari il meccanismo dell’adattamento automatico in A. RUGGERI, *Per un adattamento automatico dell’ordinamento interno ai trattati “eurounitari”*, in *Rivista AIC*, 2/2014.

⁶ ... previamente disapplicando, o meglio “non applicando”, la norma interna. Come sostenuto da attenta dottrina, infatti, «la diretta applicazione della norma europea sembra essere un’operazione *conseguente* al crearsi di un vuoto normativo»: così A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell’UE: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, 1/2020, 446.

⁷ Cfr. D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell’Unione Europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2019, 6 il quale, a sua volta, richiama il punto 26 della sentenza della Corte di Giustizia, 27 giugno 1989, Heinz Kühne contro Finanzamt München III, C-50/88.

soltanto a partire dalla sentenza *Defrenne*⁸ che si è ritenuta invocabile una norma comunitaria, da parte di un soggetto privato, nei confronti di un altro privato (c.d. effetto diretto orizzontale).

Il divieto di discriminazione rappresenta il *fil rouge* che lega la giurisprudenza europea in tema di effetto diretto: è, infatti, attraverso l'utilizzo di tale principio che la Corte di Giustizia ha riconosciuto l'applicabilità diretta orizzontale delle norme dei Trattati, prima, dei principi generali dell'Unione, poi, e da ultimo delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, evoluzione questa, che verrà approfondita nel prosieguo del presente commento.

L'ultima tessera di questo «puzzle»⁹ è rappresentata dalla pronuncia *Cresco*¹⁰ che ha aperto «scenari inediti sulla tutela dei diritti»¹¹. La decisione in commento trae origine da un rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE da parte dell'*Oberster Gerichtsof*, la Corte suprema austriaca: la vicenda sorge a seguito della richiesta del sig. Markus Achatzi, lavoratore dipendente della Cresco Investigation, di pagamento dell'indennità aggiuntiva prevista in occasione del Venerdì santo dalla legge austriaca, l'*Arbeitsruhegesetz* (in prosieguo: l'«ARG»), per gli appartenenti alle Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, alla Chiesa vetero-cattolica ed alla Chiesa evangelica metodista. L'art. 7, co. 3, dell'ARG prevede, invero, che il Venerdì Santo sia considerato come giorno festivo unicamente per i membri di tali Chiese, i quali, conseguentemente, hanno diritto ad una retribuzione supplementare qualora prestino attività lavorativa (art. 9, co. 5, ARG). Il sig. Achatzi, che non apparteneva ad alcuna delle suddette confessioni, adiva la competente autorità austriaca al fine di ottenere il pagamento da parte del suo datore di lavoro di tale indennità da giorno festivo, ritenendo di aver subito una discriminazione per motivi religiosi per avere egli lavorato il 3 aprile 2015 – appunto il Venerdì santo – senza percepire la suddetta retribuzione supplementare.

Esperito negativamente il primo grado di giudizio, il sig. Achatzi vedeva accolta la sua domanda in appello; la Cresco Investigation era, così, costretta ad impugnare la sentenza di secondo grado presso la Corte suprema austriaca.

Investita di tale questione, l'*Oberster Gerichtsof* dubitava che la legislazione interna fosse compatibile con l'art. 21 della Carta e con gli artt. 1 e 2, par. 2, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, la quale stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. In particolare, con le prime tre questioni pregiudiziali – «di ordine sostanziale»¹² – il giudice austriaco interrogava la Corte di Giustizia sulla sussistenza di una discriminazione diretta fondata sulla religione nel caso di una normativa, come quella austriaca, in virtù della quale «il Venerdì santo è un giorno festivo solo per i lavoratori appartenenti a talune chiese cristiane [e, conseguentemente, soltanto] tali lavoratori hanno diritto, se chiamati a lavorare in tale giorno festivo, a un'indennità per giorno festivo»¹³. Nel caso in cui fosse stata ravvisata una siffatta discriminazione, la Corte austriaca chiedeva se tali misure potessero essere ritenute ugualmente conformi «ai principi dettati dal diritto dell'Unione in materia»¹⁴, come previsto dagli artt. 2, par. 5, e 7 della direttiva 2000/78/CE.

Punto di partenza dell'analisi del giudice europeo risiedeva nella definizione di discriminazione diretta fornita dalla direttiva invocata; sussiste, infatti, tale tipo di discriminazione quando, per motivi di religione o di convinzioni personali, di handicap, di età o di tendenze sessuali, «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga» (art. 2, par. 2).

⁸ Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, Gabrielle Defrenne contro Sabena, C-43/75.

⁹ Espressione di M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quad. cost.*, 2/2019.

¹⁰ [Corte di Giustizia, 22 gennaio 2019, Cresco Investigation GmbH contro Markus Achatzi, C-193/17.](#)

¹¹ Così A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 21.

¹² Espressione di M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 460.

¹³ Punto 35 sentenza *Cresco*.

¹⁴ Così A. CAPROTTI, *Il ruolo attivo del giudice nazionale con riferimento alla concreta applicazione del principio europeo di non discriminazione sul luogo di lavoro*, in *DPCE on line*, 2/2019, 1725.

Dopo aver verificato l'esistenza di una differenza di trattamento fondata «direttamente sulla religione dei lavoratori»¹⁵, i giudici del Kirchberg si preoccupavano di verificare se tale disparità attenesse a lavoratori che versassero in una situazione analoga: nel caso di specie la previsione di un giorno festivo per una determinata categoria di lavoratori dipendeva unicamente dal legame degli stessi ad una specifica Chiesa, senza essere subordinata «alla condizione dell'adempimento, da parte del lavoratore, di un obbligo religioso determinato nel corso di tale giornata»¹⁶. Il *discrimen* in merito alla concessione di tale indennità da giorno festivo atteneva, quindi, alla mera appartenenza formale del lavoratore ad una determinata comunità religiosa, non differenziandosi la posizione di questi rispetto ad un altro lavoratore che non godeva dei vantaggi previsti dall'ARG.

Acclarata l'esistenza di una discriminazione diretta fondata sulla religione, la Corte di Giustizia verificava, altresì, che tale misura non potesse essere considerata necessaria alla preservazione dei diritti e delle libertà altrui (art. 2, par. 5, direttiva 2000/78/CE) in quanto i fedeli appartenenti alle comunità religiose diverse da quelle tutelate dall'art. 7 dell'ARG, per poter adempiere ai propri riti religiosi, dovevano chiedere la concessione di un giorno festivo al proprio datore di lavoro, il quale era unicamente gravato da un «dovere di sollecitudine»¹⁷. La misura prevista dalla normativa austriaca non poteva neanche essere considerata come destinata a compensare svantaggi correlati alla religione (art. 7 direttiva 2000/78/CE) considerato che la stessa era carente di proporzionalità ed adeguatezza nel compensare l'ipotetico svantaggio derivante dall'essere il Venerdì santo un giorno festivo unicamente per quelle Chiese.

Non potendosi giustificare la disparità di trattamento cagionata dall'applicazione dell'ARG con le deroghe previste dalla direttiva 2000/78/CE, veniva in esame la quarta questione pregiudiziale, con la quale si procedeva ad analizzare le conseguenze giuridiche derivanti dall'acclarato contrasto tra la normativa austriaca e l'ordinamento europeo. Nell'individuare gli effetti «di natura ordinamentale»¹⁸, prodotti dal contrasto in questione, la Corte di Giustizia compieva «una svolta “qualitativamente” diversa e molto importante»¹⁹ in tema di efficacia diretta orizzontale del principio di non discriminazione.

Prima di occuparsi della portata innovativa del *decisum* del giudice europeo devono, nondimeno, necessariamente “mettersi a posto” le tessere del puzzle dell'effetto diretto, riavvolgendo il nastro della ... giurisprudenza.

2. La prima fase tra direttive e principi: la decisione Mangold.

La giurisprudenza in tema di efficacia diretta orizzontale delle norme del diritto comunitario ha sempre viaggiato su un binario più lento rispetto a quello percorso in tema di rapporti c.d. verticali, quasi che un velato timore serpeggiasse a Lussemburgo, nonostante il sistema delineato «appaia coerente con la logica della *primauté*»²⁰.

La possibilità che una fonte estranea all'ordinamento nazionale possa regolamentare i rapporti *inter privatos* viene tutt'oggi spesso percepita come una “indebita invasione”; la Corte di Giustizia, così, è sempre stata attenta «a muoversi con grande cautela»²¹, come se volesse evitare di aprire un

¹⁵ Punto 40 sentenza *Cresco*.

¹⁶ Punto 46 sentenza *Cresco*.

¹⁷ Punto 60 sentenza *Cresco*.

¹⁸ Espressione di M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 460.

¹⁹ Così A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 25.

²⁰ Così G. VITALE, *Effetti diretti “orizzontali” dei principi generali del diritto dell'Unione Europea*, in *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, in M. Distefano (a cura di), Napoli, 2017, 52.

²¹ Cfr. G. SORRENTI, [CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? \(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per Saint Exupery\)](#), in questa *Rivista*, Studi 2021/I, 6.

fronte di conflitto²² con le Corti nazionali su di un versante «decisamente più complesso»²³ rispetto a quello degli effetti c.d. verticali.

Il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali è stato, quindi, per lungo tempo negato dai giudici di Lussemburgo; nonostante un primo, timido, approccio sia avvenuto con la citata sentenza *Defrenne*²⁴, soltanto a partire dalla discussa pronuncia nel caso *Mangold* è possibile rinvenire una più compiuta elaborazione di tale dottrina.

Come è già stato anticipato, è il principio di non discriminazione a rappresentare la chiave di volta nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte. Anche nel caso da ultimo citato, la questione pregiudiziale veniva sollevata in merito alla compatibilità della normativa tedesca, in tema di stipula di contratti di lavoro a tempo determinato, con la direttiva 2000/78/CE, e segnatamente con il principio di non discriminazione in ragione dell'età che la stessa prevede. In particolare ad essere sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia era l'art. 14, par. 3 della legge sul lavoro a tempo parziale (TzBfG), con il quale si era abbassato il limite di età, per la stipula di contratti a tempo indeterminato, da cinquantotto a cinquantadue anni.

Apparentemente senza mettere in discussione il proprio consolidato orientamento²⁵, secondo il quale le direttive non possono essere fatte valere nei rapporti tra privati²⁶, i giudici del Kirchberg rilevavano l'incompatibilità della normativa teutonica direttamente con il principio di non discriminazione in ragione dell'età, che ha natura del tutto autonoma ed indipendente dall'esistenza della direttiva in questione. Questa, in realtà, stabilisce unicamente un quadro generale per la lotta alla discriminazione, non sancendo «essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro»²⁷. Tale principio, difatti, trova la sua fonte «in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»²⁸ e deve, pertanto, essere considerato un principio generale del diritto comunitario, suscettibile di applicazione diretta da parte del giudice interno, il quale, per assicurarne la piena efficacia, deve disapplicare ogni contraria disposizione di legge nazionale.

La Corte di giustizia riconosceva, quindi, la capacità di produrre effetti diretti verso terzi in capo ai principi generali dell'ordinamento europeo, senza tuttavia esplicitare i criteri in base ai quali «fosse possibile sancire la diretta efficacia di un principio generale»²⁹.

²² L'immagine di un rapporto bellicoso esistente tra le Corti nazionali e sovranazionali è sovente evocata in dottrina; in particolare l'utilizzo di termini afferenti alla tematica della guerra è spesso apparsa nella descrizione del caso *Taricco* sul quale, tra al sterminata letteratura presente, se si vuole, si rinvia al mio F. TORRE, *Taricco iactum est ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituente europeo*, testo rielaborato della comunicazione presentata al Seminario Italo-spagnolo, IV Congresso internazionale su *Prospettive del costituzionalismo contemporaneo*, Murcia (Spagna), 28-30 novembre 2018, in *Derecho fundamentales*, in C. Montesinos Padilla (a cura di), vol. II, *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, in A. Pérez Miras, G.M. Teruel Lozano, E.C. Raffiotta, M.P. Iadicicco (a cura di), Madrid, 2020, 81 ss., nonché, in versione maggiormente approfondita, in Dirittifondamentali.it, 1/2019, 13 aprile 2019.

²³ Così A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 56.

²⁴ Nella quale «la Corte ha rilevato come il diritto alla parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile, diritto discendente dal principio sancito dall'art. 119 del Trattato CEE (divenuto art. 157 TFUE), possa essere esercitato dinanzi ai giudici nazionali, indipendentemente dalla circostanza che venga in rilievo un datore di lavoro pubblico o privato»: a ricordarlo è G. VITALE, *Effetti diretti "orizzontali" dei principi generali del diritto dell'Unione Europea*, cit., 51.

²⁵ Elaborata a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia 26 febbraio 1986, M. H. Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching), C-152/84.

²⁶ ... «in quanto atti rivolti agli Stati, esse sono opponibili soltanto a questi ultimi»: così M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, cit., 637.

²⁷ Punto 74 sentenza *Mangold*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ A sollevare questo dubbio è A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*, cit., 456. Tale perplessità è stata, altresì, manifestata da N. LAZZERINI, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Küçükdeveci*, in *Riv. di dir. int.*, 2/2010, 445 e da F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in Federalismi.it, 10/2019, 22 maggio 2019, 8.

3. Da *Kücükdeveci* a *Dansk Industri*: il cammino prosegue.

A fare maggiore chiarezza in merito al binomio principio-direttiva³⁰ provvede la successiva sentenza *Kücükdeveci*³¹, che rappresenta il naturale prosieguo del cammino inaugurato con *Mangold*. Anche nel caso in questione a venire in rilievo era il principio di non discriminazione in base all'età, parametro in virtù del quale la Corte di Giustizia rilevava l'incompatibilità del par. 622, n. 2, co. 2 del codice civile tedesco (BGB), che prevedeva di non calcolare, ai fini del computo del termine di preavviso del licenziamento, il periodo di lavoro svolto prima del venticinquesimo anno di età.

L'analogia con la fattispecie all'origine del caso *Mangold* è evidente: l'approdo cui giungevano i giudici di Lussemburgo non poteva, quindi, che essere una «logica conseguenza»³² di tale pronuncia. Pur seguendo il medesimo iter argomentativo e ribadendo, pertanto, l'esistenza di un principio generale di non discriminazione suscettibile di immediata applicazione ad opera del giudice nazionale, in *Kücükdeveci* si precisa con maggiore chiarezza il rapporto tra direttiva e principio, conferendo la direttiva «espressione concreta»³³ al principio.

Come è stato evidenziato da attenta dottrina, la ricostruzione ermeneutica della Corte, in realtà, sembra essere un vero e proprio «*escamotage*»³⁴ per aggirare l'ostacolo rappresentato dalla impossibilità per le direttive di produrre effetti diretti orizzontali: sebbene a ricevere diretta applicazione fosse formalmente il principio generale, in sostanza, ad avere effetto diretto sarebbe «la direttiva, che ha un ruolo essenziale nel riempire di contenuto concreto»³⁵ tale principio.

Restava, invece, ancora irrisolto il nodo relativo ai parametri in base ai quali la Corte di Giustizia possa dichiarare direttamente applicabile un principio generale. Sul punto la dottrina è tutt'oggi divisa: una parte fa discendere l'applicabilità di tali principi a condizione che siano concretizzati in norme incondizionate di una direttiva³⁶; sembra, però, preferibile l'opinione³⁷ di chi ritiene che «i requisiti per la produzione dell'effetto diretto»³⁸ debbano essere soddisfatti direttamente dalla fonte primaria, utilizzando, probabilmente, i medesimi criteri impiegati per le disposizioni dei Trattati. L'assenza di tali requisiti implica che il principio generale – o una norma della Carta (per come si vedrà meglio *infra*) – non possa essere “integrato” dal contenuto, pur incondizionato, di una direttiva. Tale orientamento ha trovato conforto nelle successive pronunce della Corte di Giustizia,

³⁰ Espressione di L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2018, 709.

³¹ Corte di Giustizia, 19 gennaio 2010, Seda *Kücükdeveci* contro *Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07.

³² Opinione di N. LAZZERINI, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Kücükdeveci*, cit., 446. Ritiene, invece, esserci «un'irriducibile diversità tra il precedente *Mangold* e il caso in oggetto» S. LORENZON, *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Kücükdeveci*, in *Quad. cost.*, 2/2010, 442.

³³ Punto 21 sentenza *Kücükdeveci*.

³⁴ Espressione di G. SORRENTI, [CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi?» \(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per Saint Exupery\)](#), cit., 7.

³⁵ Cfr. M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, cit., 637.

³⁶ Aderisce a tale orientamento A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 56; S. LORENZON, *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Kücükdeveci*, cit., 442; G. SORRENTI, [CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi?» \(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per Saint Exupery\)](#), cit., 7. Sembra accedere a tale tesi anche M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 459.

³⁷ Tra tutti si segnala, in particolare, la riflessione di N. LAZZERINI, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Kücükdeveci*, cit., 446.

³⁸ Cfr. N. LAZZERINI, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di Giustizia rompe (...in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, in [Diritti Comparati](#), 3 marzo 2014, 5 e ss.

in *primis* in *Ams*³⁹, a ciò sollecitata dalle divergenti conclusioni prospettate dagli Avvocati Generali⁴⁰.

È stato fatto, però, attentamente notare che in mancanza di una normativa di natura derivata, la fonte primaria, nonostante astrattamente suscettibile di applicazione immediata, non possa produrre effetti diretti, in quanto non *free-standing rule*. Tale fonte risulterebbe, così, esclusa dall'«ambito di applicazione del diritto dell'Unione»⁴¹: è l'esistenza della direttiva che, infatti, «consente di far ricadere la fattispecie nel cono d'ombra del diritto»⁴² eurounitario, fungendo da cd. «norma trigger»⁴³. Proprio nel caso *Küçükdeveci* è la stessa Corte a riconoscere alla direttiva tale funzione, avendo avuto l'effetto «di far entrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale»⁴⁴.

Sotto il profilo formale l'adozione di una direttiva non rappresenta, quindi, la *condicio sine qua non* affinché possa invocarsi in una controversia orizzontale un principio generale, ma, dal punto di vista sostanziale, è necessaria affinché crei «il campo di applicazione»⁴⁵ per tale principio. Esiste, pertanto, un rapporto di «mutuo benefico»⁴⁶ tra la fonte primaria e quella di natura derivata, che necessitano reciprocamente l'una dell'altra: ciò tanto per i principi generali, quanto per le norme della Carta, per come si vedrà meglio in seguito.

La pronuncia *Küçükdeveci* appare, altresì, degna di nota perché il binomio principio-direttiva veniva arricchito di un ulteriore elemento, aggiungendosi, così, un'altra tessera al puzzle dell'effetto diretto. Per la prima volta, infatti, si faceva riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – il cui valore giuridico era stato da poco equiparato⁴⁷ a quello dei Trattati (art. 6, par. 1, TUE) – al cui art. 21, par. 1, viene riconosciuto il divieto di qualsiasi forma di discriminazione, anche in ragione dell'età.

La Carta, però, in questa prima fase, viene impiegata come mero “richiamo” normativo, fungendo da «ulteriore fondamento»⁴⁸ per il principio di non discriminazione in base all'età e non come effettivo parametro di legittimità. Anche nella successiva sentenza *Dansk Industri*⁴⁹ i giudici di Lussemburgo si limitavano unicamente a utilizzare «in controluce»⁵⁰ la Carta, rimanendo il binomio principio-direttiva il fulcro della motivazione.

La scelta ermeneutica compiuta dalla Corte di Giustizia veniva salutata con alcune perplessità dalla dottrina⁵¹, che, tuttavia, si sforzava di evidenziare che tale decisione del giudice europeo avrebbe potuto essere spiegata in quanto i fatti all'origine dei casi *Küçükdeveci* e *Dansk Industri* erano antecedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non essendo quindi la Carta

³⁹ Punto 49 della sentenza della Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale (AMS) contro Union locale des syndicats (CGT), Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*, C-176/12.

⁴⁰ Ci si riferisce al punto 76 e ss. delle Conclusioni dell'AG. Pedro Cruz Villalón presentate in data 18 luglio 2013 per la Causa *Ams*.

⁴¹ Punto 23 sentenza *Küçükdeveci*.

⁴² Opinione di F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, cit., 9.

⁴³ Espressione di N. LAZZERINI, *Causa C-441/14 Dansk Industri (DI). La Grande sezione della Corte di giustizia conferma l'efficacia diretta orizzontale del principio generale di non discriminazione in base all'età*, in [Osservatorio sulle fonti](#), Rubriche dell'anno 2016 – Fonti dell'Unione europea e internazionali (2/2016).

⁴⁴ Punto 25 sentenza *Küçükdeveci*.

⁴⁵ Cfr. N. LAZZERINI, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di Giustizia rompe (...in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, cit., 6.

⁴⁶ Così L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in [Federalismi.it](#), 10/2019, 22 maggio 2019, 9.

⁴⁷ ... con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 entrato in vigore l'1 dicembre 2009.

⁴⁸ Cfr. M. E. GENUSA, *Libertà religiosa collettiva e principio di non discriminazione nel sistema 'costituzionale' dell'Unione europea*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 2/2019, 31.

⁴⁹ Corte di Giustizia, 19 aprile 2016, *Dansk Industri contro Successione Karsten Eigil Rasmussen*, C-441/14.

⁵⁰ Cfr. L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, cit., 709.

⁵¹ ... ritenuta «insoddisfacente» da F. FONTANELLI, *I principi generali dell'ordinamento UE dopo Küçükdeveci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 5/2010, 1154.

«applicabile *ratione temporis* come fonte vincolante del diritto dell'Unione Europea»⁵². Lo sviluppo di tale ragionamento portava ad immaginare che, nell'ipotesi di cause instaurate sotto la vigenza di tale Trattato, si sarebbe ragionevolmente avuto un futuro impiego primario della Carta: da semplice comparsa ad attrice principale nelle controversie orizzontali, con la conseguente disapplicazione della normativa nazionale che si fosse posta in contrasto con essa.

Non sempre gli auspici della dottrina trovano prontamente riscontro nell'elaborazione giurisprudenziale, in particolar modo in ambito europeo, presidiato da un delicato sistema di equilibri al fine di resistere alle incessanti spinte che mettono costantemente sotto *stress* il sistema. Eppure la previsione dei più attenti commentatori si avverava: si assisteva, infatti, «alla progressiva emersione della Carta»⁵³ nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, con la corrispondente marginalizzazione del binomio principio-direttiva.

4. La Carta in primo piano nel caso Egenberger.

La svolta tanto attesa avveniva pochi anni dopo con la decisione *Egenberger*⁵⁴ – seguita immediatamente dalle pronunce *Ir*⁵⁵ e *Hein*⁵⁶ – con la quale veniva inaugurata la nuova fase del cammino europeo, ed è proprio il divieto di discriminazione a rappresentare il *trait d'union* in questo lungo percorso. Anche in tale caso, infatti, ad essere oggetto della questione pregiudiziale sollevata dalla Corte federale del lavoro tedesca (*Bundesarbeitsgericht*) era la compatibilità con il principio di non discriminazione, questa volta per motivi religiosi, dell'art. 9, par. 1, della legge generale sulla parità di trattamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* o *AGG*). La questione sorgeva a seguito della richiesta di risarcimento danni avanzata da parte della sig.ra Vera Egenberger, ritenendo di essere stata essa discriminata durante la selezione per un posto di lavoro offerto dalla *Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, associazione di diritto privato collegata alla Chiesa evangelica tedesca.

La Corte di Giustizia, nel riconoscere la fondatezza della tesi della ricorrente, obbligava il giudice nazionale⁵⁷ alla disapplicazione della normativa interna in virtù del contrasto, non più con un principio generale, ma direttamente con le norme della Carta e, specificatamente, con gli artt. 21 e 47. Nella motivazione della sentenza *Egenberger* non si ritrova, invero, alcun «riferimento alla efficacia della direttiva, e anche i principi generali giocano un ruolo secondario»⁵⁸, utilizzandosi come parametro di legittimità unicamente la Carta dei diritti.

La rivoluzione copernicana compiuta dalla pronuncia *Egenberger*, in realtà, affonda le sue radici in un cruciale passaggio di un'antecedente pronuncia: la decisione *Ams*⁵⁹, in precedenza citata. Nel caso in questione, difatti, la Corte di Giustizia motivava la scelta di escludere la diretta applicabilità dell'art. 27 della Carta – norma oggetto di tale decisione – chiarendo *a contrario* che l'art. 21 avrebbe potuto essere invocato da un soggetto privato, in una controversia orizzontale, in quanto «di

⁵² Così N. LAZZERINI, *Causa C-441/14 Dank Industri (DI)*. La Grande sezione della Corte di giustizia conferma l'efficacia diretta orizzontale del principio generale di non discriminazione in base all'età, cit.

⁵³ Cfr. L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, cit., 709.

⁵⁴ Corte di Giustizia, 17 aprile 2018, Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, C-414/16.

⁵⁵ Corte di Giustizia, 11 settembre 2018, Ir contro Jq, C-68/17.

⁵⁶ Corte di Giustizia, 13 dicembre 2018, Torsten Hein contro Albert Holzkamm GmbH & Co. KG, C-385/17.

⁵⁷ ... che diventava a tutti gli effetti il «giudice della Carta»: così L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, cit., 711.

⁵⁸ Così L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, cit., 710.

⁵⁹ ... con la quale «si compie il vero e proprio salto di qualità nella giurisprudenza della Corte» secondo M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, cit., 642.

per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale»⁶⁰. L'art. 27, invece, è una norma che non è dotata di un «rights-conferring character»⁶¹ e, quindi, «per produrre pienamente i suoi effetti deve essere precisato mediante disposizioni del diritto del Unione o del diritto nazionale»⁶².

In *Ams* veniva, pertanto, affermata, pur incidentalmente, la possibilità che una norma della Carta possa produrre effetti diretti orizzontali, purché superi il *test*⁶³ previsto dalla Corte di Giustizia. Il riconoscimento di tali qualità – come evidenziato anche in *Egenberger* – non si ha nei confronti di tutte le disposizioni della Carta, ma soltanto in favore di quelle «che hanno un contenuto precettivo sufficientemente chiaro e preciso, tale da non essere condizionato all'emanazione di atti ulteriori»⁶⁴. Si ripropone l'eterna distinzione tra “regole” e “principi”⁶⁵, con la peculiarità che, con riferimento alle norme della Carta, le regole – o meglio i “diritti”, secondo la terminologia delle *Spiegazioni* – possono «essere fraseggiate come principi, stavolta nel diverso senso comune di “norme senza fattispecie”»⁶⁶. Ad ogni modo, i requisiti per la produzione dell'effetto diretto, come è stato già evidenziato, devono essere soddisfatti dalle medesime disposizioni in quanto «loro stesse in possesso di certi caratteri»⁶⁷, potendosi, così, essere direttamente invocate in giudizio dai singoli⁶⁸; l'assenza di tali caratteristiche, tuttavia, non può essere colmata dall'integrazione di un atto di natura derivata.

Sembra quasi che nella decisione *Ams* i giudici di Lussemburgo volessero “precostituirsì” la futura svolta, spianando la strada per l'applicazione diretta della Carta nelle controversie orizzontali. Veniva così superato l'ostacolo rappresentato dall'enigmaticità dell'art. 51 che si era prestato per lungo tempo ad interpretazioni divergenti in merito al riconoscimento della diretta applicabilità della Carta nei rapporti *inter privatos*. Questa disposizione, con la quale viene definito l'ambito di applicazione della Carta, si riferisce unicamente alle istituzioni, agli organismi e agli organi dell'Unione, oltre che agli Stati membri: non vi è, infatti, alcuna menzione dei soggetti privati.

La voluta ambiguità con la quale veniva formulata tale norma spingeva i commentatori verso due opposte posizioni: una parte, basandosi unicamente su ragioni di ordine “formale”, riteneva che l'art. 51 «*does not refer to private parties*»⁶⁹; ritiene di condividersi, invece, l'orientamento di chi sosteneva che l'ordinamento dell'Unione avrebbe rischiato «di apparire schizofrenico»⁷⁰ qualora avesse escluso l'efficacia orizzontale della Carta nonostante alla stessa fosse stato attribuito il medesimo valore giuridico dei Trattati.

⁶⁰ Punto 47 sentenza *Ams*.

⁶¹ Cfr. E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union. A Constitutional Analysis*, Oxford, 2019, OUP, 107.

⁶² Punto 45 sentenza *Ams*.

⁶³ Espressione di N. LAZZERINI, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di Giustizia rompe (...in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, cit., 6. Tale espressione è stata ripresa da L. CAPPUCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, cit., 711 e da L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, cit., 6.

⁶⁴ Lo ricorda F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, cit., 5.

⁶⁵ ... ovvero tra situazioni giuridiche immediatamente azionabili in giudizio o meno.

⁶⁶ Osservazione attenta di G. SORRENTI, [CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? \(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per Saint Exupery\)](#), cit., 6.

⁶⁷ Così M. E. GENNUSA, *Libertà religiosa collettiva e principio di non discriminazione nel sistema 'costituzionale' dell'Unione europea*, in *Stato*, cit., 32.

⁶⁸ Punto 76 sentenza *Egenberger* con il quale viene richiamato il punto 45 della sentenza *Ams*.

⁶⁹ Opinione di K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 8/2012, 377 alla nota 11. Del medesimo orientamento anche l'Avvocato Generale Trstenjak al punto 83 delle Conclusioni presentate in data 8 settembre 2011 nella causa Maribel Dominguez contro Centre informatique du Centre Ouest Atlantique contro Préfet de la région Centre, C-282/10.

⁷⁰ Così D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali*, cit., 187.

Il dibattito relativo all'interpretazione dell'art. 51 veniva, comunque, sopito mediante l'attribuzione "implicita" degli effetti diretti orizzontali alla Carta⁷¹ con la decisione *Ams*, ed "esplicita" con quella *Egenberger*. Tuttavia soltanto con le sentenze *Max Planck*⁷² e *Bauer e Broßonn*⁷³ si ha un definitivo riconoscimento che tale disposizione non possa essere interpretata «nel senso che essa escluda sistematicamente»⁷⁴ la possibilità che soggetti privati siano direttamente obbligati al rispetto di determinate norme della Carta.

5. Il test per la Carta perfezionato in *Max Planck* e *Bauer e Broßonn*.

Le decisioni *Max Planck* e *Bauer e Broßonn* rappresentano «un ulteriore sviluppo della giurisprudenza europea in tema di efficacia orizzontale del diritto dell'Unione»⁷⁵, con le quali si ha una più attenta descrizione dei requisiti necessari per superare il *test* previsto dalla Corte di Giustizia. Nonostante tale controllo sia stato congegnato con la decisione *Ams*, *Max Planck* e *Bauer e Broßonn* sono pronunce in cui «il tasso di specificazione dei criteri applicativi della Carta è maggiore»⁷⁶.

Il potenziale «traboccamento»⁷⁷ della Carta, a discapito delle altre Carte costituzionali, era stato con vigore evidenziato da autorevole dottrina, prima, e dal contestato *obiter* della [sentenza n. 269/2017](#)⁷⁸, poi. Occorreva, quindi, che fossero fissati dei parametri maggiormente puntuali e precisi, al fine di ridurre la discrezionalità dell'interprete.

Affinché una disposizione della Carta possa produrre effetti diretti – tanto orizzontali quanto verticali – l'ermeneuta deve, oggi, verificare se essa abbia carattere «allo stesso tempo imperativo e incondizionato»⁷⁹; è soltanto alla compresenza di queste due qualità che una norma della Carta dei diritti può ricevere diretta applicazione.

Nonostante l'interpretazione della nozione di imperatività non avrebbe dovuto generare dubbi⁸⁰ – trattandosi di un carattere "tradizionale" delle categorie giuridiche – attenta dottrina ha, però, evidenziato come tale canone, oltre alla "inderogabilità", sembra anche incorporare i «criteri di chiarezza e precisione che sono necessari per riconoscere gli effetti diretti»⁸¹. L'interpretazione ... dell'ulteriore canone interpretativo non pone, invece, problemi di sorta considerato che la stessa Corte di Giustizia si è premurata di precisare che tale carattere richiede che le previsioni della Carta non necessitino di «una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale le quali sono solo chiamate a precisare [...] eventualmente, talune condizioni di esercizio di tale diritto»⁸².

⁷¹ ... ricomprendendo, quindi, nell'art. 51 anche i soggetti privati.

⁷² Corte di Giustizia, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contro Tetsuji Shimizu*, C-684/16.

⁷³ Corte di Giustizia, 6 novembre 2018, *Stadt Wuppertal contro Maria Elisabeth Bauer (C-569/16)*, e *Volker Willmeroth*, in qualità di titolare della *TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth eK contro Martina Broßonn (C-570/16)*.

⁷⁴ Punto 76 della sentenza *Max Planck* e 87 della sentenza *Bauer e Broßonn*.

⁷⁵ Così A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*, cit., 455.

⁷⁶ *Ivi*, 457.

⁷⁷ Espressione di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 150.

⁷⁸ [Sentenza n. 269/2017](#) della Corte Costituzionale il cui "padre putativo" sembra essere proprio lo scritto di A. BARBERA appena citato.

⁷⁹ Punto 74 della sentenza *Max Planck* e 85 della sentenza *Bauer e Broßonn*.

⁸⁰ ... in spregio al brocardo *in claris non fit interpretatio*.

⁸¹ Opinione di L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, cit., 7.

⁸² Punto 74 della sentenza *Max Planck* e 85 della sentenza *Bauer e Broßonn*.

Mediante l'utilizzo di tali criteri, il giudice di Lussemburgo – nelle pronunce *Max Planck e Bauer e Broßonn* – individuava «una nuova disposizione della Carta di Nizza suscettibile di diretta applicazione»⁸³ nelle controversie orizzontali: l'art. 31, par. 2; una novità, in parte, inaspettata.

La formulazione ambigua di tale norma ha fatto sì che la stessa sia stata interpretata talora come contenente il “diritto” alle ferie annuali retribuite⁸⁴, talvolta come espressione del “principio” «secondo cui il lavoratore non può essere privato di un diritto maturato alle ferie annuali retribuite»⁸⁵.

Tutto ciò, però, non può assolutamente stupire. Come è già stato fatto accuratamente notare da attenta dottrina, l'attribuzione o meno dell'effetto diretto avviene ad uso e consumo della Corte di Lussemburgo, «arbitro esclusivo»⁸⁶ di tale partita; anche una norma «seppure in sé per sé non particolarmente determinata, può dotarsi della “qualità” dell'efficacia diretta grazie all'intervento chiarificatore della Corte di giustizia»⁸⁷.

Da “guardiana dei Trattati”, come è usualmente appellata, il rischio che la Corte si trasformi in “sovrana”⁸⁸ è sempre concreto ed attuale, tenuto pure conto del fondamentale ruolo⁸⁹ svolto nel processo costituente europeo⁹⁰.

Anche con la pronuncia oggetto del presente commento i giudici di Lussemburgo compiono un passo importante nell'ottica dell'integrazione tra gli ordinamenti: «un salto di qualità nella tutela del diritto antidiscriminatorio»⁹¹.

⁸³ Così A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*, cit., 455.

⁸⁴ Ci si riferisce al punto 74 della sentenza *Max Planck* e 85 della sentenza *Bauer e Broßonn* nei quali si specifica che «il diritto (c.vo aggiunto) a un periodo di ferie annuali retribuite [viene] sancito per ogni lavoratore dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta».

⁸⁵ Punto 75 della sentenza *Max Planck*.

⁸⁶ Espressione di N. LAZZERINI, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Küçükdeveci*, cit., 447.

⁸⁷ Attenta osservazione di D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 161.

⁸⁸ Riecheggia il timore manifestato da C. SCHMITT nei confronti delle Corti costituzionali con la cui istituzione si sarebbe rischiato di creare una «seconda Camera», trattandosi «di un'istanza altamente politica con funzioni di legislazione costituzionale»: così C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, in A. Caracciolo (a cura di), Milano, 1981, 236. D'obbligo è il richiamo al dibattito sviluppatosi con Kelsen nell'opera H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?* in ID., *La giustizia costituzionale*, in A. Geraci (a cura di), Milano, 1981. D'altronde i giudici di Lussemburgo, insieme alle altre Corti europee, sono giudici «materialmente costituzionali (o, per dir meglio, tendenzialmente costituzionali), dal momento che “tipicamente costituzionali” sono le Carte di cui esse sono garanti»: così il noto insegnamento di A. RUGGERI, *Il processo costituzionale nel pensiero di P. Carrozza e nei più recenti e salienti sviluppi dell'esperienza*, in questa *Rivista, Studi 2020/III*, 506 ed in innumerevoli altri scritti. In questi termini anche O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?* Milano, 2010, e O. POLLICINO, V. SCIARRABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in Aa.Vv., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, in E. Faletti e V. Piccone (a cura di), Roma, 2010, 125 ss.

⁸⁹ ... spesso sostitutivo rispetto a quello degli organi dell'Unione. La Corte di Giustizia potrebbe trasformarsi in quello che A. RUGGERI definisce, con riferimento al Giudice delle leggi italiano, un «potere costituente permanente»: così A. RUGGERI, “Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale), in *Dirittifondamentali.it*, 11 novembre 2013, 9.

⁹⁰ ... processo non ancora completo difettandone alcuni elementi essenziali; anzi, chi scrive condivide l'opinione di chi ritiene che «il processo costituente europeo potrebbe invece restare in una condizione permanentemente in progress»: così A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo, *Diritto costituzionale in trasformazione*, III, Genova, 2020, 321.

⁹¹ Così A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 58.

6. *Tempi duri per le “rime obbligate”*: convergenze tra Roma e Lussemburgo. Una Corte di Giustizia all’italiana?

Il caso *Cresco* rappresenta l’ultima tessera del puzzle dell’effetto diretto⁹², grazie al quale viene ampliata la portata normativa della Carta di Nizza.

Dopo aver verificato l’impossibilità di addivenire ad una interpretazione conforme della normativa tedesca⁹³, i giudici di Lussemburgo provvedevano a rilevare il contrasto di tale normativa direttamente con l’art. 21 della Carta. Fin qui apparentemente non viene affermato nulla di nuovo rispetto agli esiti precedenti⁹⁴. Sebbene l’*iter* argomentativo sembra seguire quello inaugurato con la sentenza *Egenberger*, la Corte di Giustizia compie, in realtà, un ulteriore passo in avanti lungo il cammino per la tutela in via orizzontale dei diritti fondamentali.

Il diretto contrasto con la Carta non generava, infatti, il consueto obbligo di disapplicazione in capo al giudice interno; i giudici di Lussemburgo chiedevano, invece, all’interprete di estendere l’applicazione⁹⁵ delle disposizioni nazionali ritenute discriminatorie, provvedendo alla «concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata»⁹⁶. La mera disapplicazione della normativa nazionale avrebbe, di fatto, lasciato insoddisfatte le pretese del richiedente, senza fornire un’efficace risposta alle esigenze di “giustizia costituzionale”, nel frattempo maturate, anche in seno alla collettività. La Corte procedeva, così, ad espandere la portata del testo normativo – includendo anche i lavoratori non appartenenti alle comunità religiose, tutelate dall’art. 7 dell’ARG, nel godere dei benefici ivi previsti in occasione del Venerdì Santo – fino a quando tale legge non fosse stata modificata, nel rispetto della disciplina antidiscriminatoria di cui all’art. 21 della Carta di Nizza.

Con la sentenza *Cresco* si attribuisce, quindi, alla Carta efficacia ulteriore, non producendo essa i tradizionali effetti diretti di tipo sostitutivo, ma «di tipo additivo»⁹⁷: la norma invocata, appunto, continua a ricevere applicazione, sebbene “integrata” dal principio contenuto nell’art. 21 che ne ha espanso la portata.

L’utilizzo di tale tecnica decisoria non appare dissimile dall’esperienza italiana, seppur con le dovute differenze. Attraverso le sentenze di tipo additivo la Corte Costituzionale sanziona «l’illegittimità della legge perché *manca* una norma, che viene invece concretamente indicata/creata dallo stesso Giudice delle leggi»⁹⁸; affinché si addivenga ad un tale tipo di pronuncia, l’autorevole insegnamento di crisafulliana memoria⁹⁹ imporrebbe che la soluzione proposta dalla Corte sia a “rime obbligate”¹⁰⁰, ovvero «logicamente necessitata e spesso implicita nel contesto normativo»¹⁰¹. Oggi però il limite delle “rime obbligate” sembra essere stato mitigato, e non poche volte

⁹² Espressione di M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l’effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 460.

⁹³ ... strada prioritaria da seguire, considerato che la «disapplicazione assume le vesti di *extrema ratio*»: così M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull’effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, cit., 646. Con riferimento alla «progressiva espansione dell’interpretazione conforme e degli effetti indiretti orizzontali» si rinvia a F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, cit., 10.

⁹⁴ Così A. SCIORTINO, *L’uguaglianza di genere nell’UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 25.

⁹⁵ Segno ulteriore di come «il diritto europeo in materia antidiscriminatoria abbia un’influenza concreta sulla vita dei cittadini europei»: così A. CAPROTTI, *Il ruolo attivo del giudice nazionale con riferimento alla concreta applicazione del principio europeo di non discriminazione sul luogo di lavoro*, cit., 1729.

⁹⁶ Punto 79 sentenza *Cresco*.

⁹⁷ Così M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l’effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 461.

⁹⁸ A ricordarlo A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 196.

⁹⁹ Scontato il richiamo a V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in Aa. Vv., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84 e Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 402 e ss.

¹⁰⁰ Necessario il rinvio a G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss.

¹⁰¹ Così sentenze nn. [109/1986](#), [125/1988](#) e [ordinanza n. 328/1988](#) della Corte Costituzionale.

sostanzialmente messo da canto¹⁰²; non a caso, attenta dottrina efficacemente discorre del trapasso delle rime in parola nei cd. «versi sciolti»¹⁰³.

La peculiarità della sentenza *Cresco* è che l'obbligo ivi contenuto non si rivolge ad un pubblico potere – come invece avviene nel nostro ordinamento – ma direttamente nei confronti dei datori di lavoro privato, i quali sono onerati «di accordare anche agli altri lavoratori il diritto a un giorno festivo il Venerdì santo»¹⁰⁴, oppure di riconoscere agli stessi un'indennità sostitutiva, qualora non accolgano tale richiesta.

Una sentenza «additiva di prestazione, a carico [tuttavia] del bilancio dell'azienda e non dello Stato»¹⁰⁵. La soluzione congegnata in tale pronuncia, inoltre, non appare essere certamente “a rime obbligate”¹⁰⁶, considerato che le misure introdotte dal legislatore austriaco, estese anche nei confronti dei soggetti “non privilegiati”, erano state ritenute «sostanzialmente “inutili” dalla Corte europea»¹⁰⁷.

Si sa i giudici europei, come anche quelli costituzionali¹⁰⁸, godono di una così ampia discrezionalità da utilizzare a proprio piacimento gli schemi giuridici da loro stessi elaborati, talvolta intendendoli come dogmi intangibili, talora accantonandoli,¹⁰⁹ al fine di poter più agevolmente risolvere la questioni ad essi prospettate. È interessante notare come, malgrado le diversità dei contesti e la tipicità dei ruoli svolti, esistono delle significative convergenze tra le Corti europee e quelle nazionali, con particolare riferimento al ruolo “sostitutivo”¹¹⁰ da esse svolto rispetto al decisore politico. Ne è tangibile dimostrazione la sovrapposizione delle tecniche decisorie avuta nella pronuncia commentata, testimonianza di una costante ricerca della tecnica da inventare, e non da adattare, per (meglio risolvere) il caso concreto. È labile il limite tra l'offrire concreta risposta alle legittime esigenze di “giustizia costituzionale” e il rischio che le Corti, anche materialmente, costituzionali possano trasformarsi in «mostruoso potere costituente permanente»¹¹¹, abusando delle proprie facoltà.

Il cammino tracciato con la pronuncia *Cresco* sembra, almeno per ora, porsi al di qua dello steccato, aprendo nuove frontiere per la tutela antidiscriminatoria nelle controversie orizzontali, attraverso l'implementazione delle garanzie offerte a favore dei singoli cittadini europei.

L'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali dimostra che, ancora una volta, l'Unione europea è, prima di tutto, «a *Union of values that irradiate the entire body of EU law*»¹¹².

¹⁰² ... in particolare a seguito della nota ordinanza *Cappato* ([ordinanza n. 207 del 2018](#) della Corte Costituzionale). Già a partire dalla [sentenza n. 236 del 2016](#) si discute di un accantonamento di tale dottrina da parte della Corte Costituzionale, come evidenziato da D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio AIC](#), 6/2020, 3 novembre 2020, 245.

¹⁰³ Felice espressione di D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in [Sistema Penale](#), 2/2021, 10.

¹⁰⁴ Punto 89 sentenza *Cresco*.

¹⁰⁵ Attenta osservazione di A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 58.

¹⁰⁶ Così M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 463.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Sulla qualificazione della Corte di Giustizia quale Corte “materialmente costituzionale” si rinvia alla nota 88 del presente commento.

¹⁰⁹ ... come evidenziato per la dottrina delle “rime obbligate”.

¹¹⁰ Si rinvia alla nota 89 del presente lavoro.

¹¹¹ Espressione di A. RUGGERI già richiamata alla nota 89 del presente lavoro.

¹¹² Così K. LENAERTS, *The Horizontal Application of the Charter*, in *Quad. cost.*, 3/2020, 636.