

Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

a cura di *Paolo Passaglia*

con contributi di *C. Bontemps di Sturco, T. Giovannetti, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M. T. Rörig*

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

1. Il rinvio pregiudiziale: finalità generali

2. Il binomio facoltà/obbligo di rinvio

2.1. *Le questioni di interpretazione e l'alternativa facoltà/obbligo di rinvio*

2.2. *Le questioni di validità e l'alternativa facoltà/obbligo di rinvio*

3. Le proposte di modifica: cenni

ITALIA

1. *L'assetto dei rapporti tra giudici comuni, Corte di giustizia e Corte costituzionale nel «cammino comunitario» della Consulta*

2. *L'ultima tappa del cammino: l'utilizzo diretto del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale*

3. *La giurisprudenza costituzionale successiva alla «svolta» del 2008*

4. *Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale e c.d. «controlimiti»*

AUSTRIA

1. *Cenni sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo: il quadro costituzionale*

2. *Segue: gli orientamenti della Corte costituzionale ...*

2.1. *... sul diritto comunitario direttamente applicabile*

2.2. *... sul diritto comunitario non direttamente applicabile*

2.3. *... sui rapporti tra fonti comunitarie e diritto interno di livello infracostituzionale*

2.4. *... sulla responsabilità patrimoniale dello Stato per omessa trasposizione*

3. *La Corte costituzionale ed il rinvio pregiudiziale*

3.1. *Corte di giustizia, 20 maggio 2003, cause riunite 465/00, 138/01 e 139/01 (Österreichischer Rundfunk e altri)*

3.2. *Corte di giustizia, 8 maggio 2003, C-171/01 (Wählergruppe "Gemeinsam Zajedno/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG")*

3.3. *Corte di giustizia, 8 novembre 2001, c. 143/99 (Adria-Wien Pipeline GmbH e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH contro Finanzlandesdirektion für Kärnten)*

3.4. *Conclusioni*

BELGIO

1. *La Cour d'arbitrage, ora Cour constitutionnelle, ed il diritto comunitario*

1.1. *Il diritto (internazionale e) comunitario come parametro di giudizio*

1.2. *Il diritto (internazionale e) comunitario come oggetto (diretto o indiretto) del giudizio*

2. Cour d'arbitrage (e Cour constitutionnelle) e rinvio pregiudiziale

2.1. I rinvii della Cour d'arbitrage – Cour constitutionnelle alla Corte di giustizia

2.2. Il seguito delle sentenze della Corte di giustizia

FRANCIA

1. Conseil constitutionnel e diritto comunitario

1.1. Il diritto (internazionale e) comunitario come parametro di giudizio

1.2. Il controllo preventivo di compatibilità delle norme sovranazionali alla Costituzione

2. Conseil constitutionnel e rinvio pregiudiziale

2.1. La menzione del rinvio pregiudiziale

2.2. L'esclusione del rinvio pregiudiziale

2.3. Le prospettive

GERMANIA

1. Cenni sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo: il quadro costituzionale

2. Il “cammino comunitario” del Tribunale costituzionale federale tedesco

2.1. Il principio del primato del diritto comunitario ed i suoi limiti

2.2. L'interpretazione degli atti interni compatibile con il diritto comunitario

2.3. Riepilogo

3. Il Tribunale costituzionale federale tedesco ed il rinvio pregiudiziale

4. Conclusioni

LITUANIA

POLONIA

PORTOGALLO

REGNO UNITO

1. Premessa

2. Il Regno Unito e l'integrazione europea

3. La vicenda Factortame

4. Gli sviluppi successivi

5. La sovranità parlamentare oggi

6. La Corte suprema ed il rinvio pregiudiziale

SPAGNA

1. Brevi cenni sulle relazioni tra il Tribunale costituzionale, il diritto comunitario e la Corte di giustizia delle Comunità europee

2. Il Tribunale costituzionale come “organo giurisdizionale” ex art. 234 TCE

2.1. Dall'iniziale reticenza al “nuovo clima di tolleranza costituzionale”

2.2. Le prime pronunce

2.3. L'innovazione apportata con la STC 58/2004, del 19 aprile

2.4. Verso il rinvio pregiudiziale: i votos particulares della STC 199/2009, del 28 settembre

Presentazione

La tematica del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia presenta, come noto, rilevanti peculiarità allorché il giudice chiamato ad operare il rinvio sia un organo di giustizia costituzionale.

Il presente quaderno ha, come obiettivo specifico, proprio quello di offrire un sintetico panorama in proposito. Dopo aver riepilogato i tratti essenziali dell'istituto in generale, verranno prese in considerazione diverse esperienze. L'attenzione si appunterà sui maggiori ordinamenti europei, nei quali, però (*scil.*, con l'eccezione dell'Italia), non si è fatto luogo, almeno per il momento, a rinvii pregiudiziali da parte del giudice costituzionale, ora perché si è negato che l'organo avesse una legittimazione in tal senso (Francia), ora perché semplicemente non si è ritenuto che si fosse presentata l'occasione (Germania). Si è avuto modo di prendere in considerazione anche una posizione per certi versi intermedia, che connota quei casi (come quello della Spagna) nei quali il giudice costituzionale ha aperto (o sembra aver aperto) la strada verso un rinvio pregiudiziale, senza aver però affermato a chiare lettere la propria legittimazione a proporlo.

Nell'ottica di fornire un quadro che fosse il più ampio possibile, oltre alle esperienze più frequentemente oggetto di indagini comparatistiche, si è ritenuto opportuno dar conto anche della situazione presente nel Regno Unito (nonostante l'assenza di un organo che possa essere assimilato ad una corte costituzionale) e delle esperienze nelle quali i giudici costituzionali hanno effettivamente proceduto a rinviare questioni pregiudiziali (Austria, Belgio, Lituania) ovvero hanno almeno esplicitamente affermato la loro legittimazione (Polonia, Portogallo).

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

di Tommaso Giovannetti

1. Il rinvio pregiudiziale: finalità generali

L'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (*ex art. 234 del Trattato istitutivo della Comunità Europea*) stabilisce che “[la] Corte di giustizia dell’Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull’interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile»¹.

Tale disposizione conferisce alla Corte una funzione duplice e all'apparenza ben delimitata: da un lato, essa svolge il ruolo di giudice della *legittimità* degli atti comunitari attraverso un meccanismo del tutto analogo a quello del giudizio in via incidentale sulle leggi, dall'altro adempie ad un compito di natura più prettamente nomofilattica, risolvendo i dubbi interpretativi relativi alle norme comunitarie, chiarendo il *significato* di queste, siano esse contenute in un atto derivato o nel Trattato. Si tratta di due problemi «interni» al diritto comunitario: problema di validità, l'uno, da valutare alla stregua del parametro rappresentato dal Trattato, problema di individuazione del contenuto normativo e della portata di una disposizione di matrice non nazionale, l'altro.

Tuttavia, il modo in cui le giurisdizioni nazionali hanno, in concreto, utilizzato (e continuano ad utilizzare) lo strumento del rinvio e le risposte che il giudice comunitario ha effettivamente scelto di dare a tali quesiti, in una parola l'uso reale del meccanismo pregiudiziale da parte dei due soggetti coinvolti nel dialogo, svelano una ulteriore finalità dell'istituto. È, infatti, evidente ed ormai pacifico che – al di là della tradizionale affermazione per cui «nell'ambito dell'art. 234 CE la Corte

¹ Il Trattato di Maastricht aveva apportato una lieve modifica al testo originario (*ex art. 177 del Trattato CEE*), nella parte in cui aveva aggiunto, alla lettera b) dell'art. 234, gli atti posti in essere dalla Banca Centrale Europea tra quelli suscettibili di impugnazione. L'odierno art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ha aggiunto, al testo dell'art. 234, il quarto comma. A tale aggiunta si accompagnano le modifiche dello Statuto e del Regolamento di procedura decise dal Consiglio nello stesso 2007 e volte a fornire alla Corte gli strumenti necessari per consentirle di affrontare le cause attinenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dal momento che il nuovo Trattato prevede l'eliminazione della maggior parte dei limiti attualmente imposti alla competenza della Corte in tale settore (art. 23-*bis* dello Statuto e art. 104-*ter* del Regolamento di procedura).

non può pronunciarsi sull'interpretazione di disposizioni di legge o di regolamento nazionali né sulla conformità di tali disposizioni al diritto comunitario», ma solo limitarsi a «fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione attinenti al diritto comunitario che gli permetteranno di risolvere il problema giuridico che gli è stato sottoposto»² – spesso il supremo giudice comunitario opera, di fatto, quello che in dottrina è stato definito come una «forma di sindacato occulto sulle legislazioni nazionali»³, pronunciandosi più o meno direttamente sulla compatibilità tra una certa disciplina nazionale – in particolare, quella vigente nel Paese membro cui appartiene il giudice che ha sollevato la questione – e quella comunitaria di cui ha contestualmente chiarito il senso e la portata. Sul piano squisitamente fenomenologico, a rivelare il ricorrere di un giudizio del genere è, il più delle volte, l'utilizzo, nel dispositivo, di una formula del tipo «il diritto comunitario osta/non osta ad una disciplina nazionale che preveda ...».

L'evocata duplicità di funzioni trova la propria unità di fondo, il proprio comune denominatore, nel perseguimento di un unico fine, vale a dire la garanzia dell'uniforme applicazione del diritto comunitario nel territorio degli Stati membri. La Corte di giustizia lo ha affermato a più riprese: «Le competenze attribuite alla Corte dall'art. 177 [oggi art. 267 TFUE] hanno essenzialmente lo scopo di garantire l'applicazione uniforme del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali. Quest'applicazione uniforme è necessaria non solo quando il giudice nazionale sia in presenza di una norma di diritto comunitario il cui senso e la cui portata abbiano bisogno di essere precisati, ma del pari quando esso si trovi di fronte ad una contestazione relativa alla validità di un atto delle istituzioni»⁴.

Il profilo più generale, e, in un certo senso, la ripartizione fondamentale di compiti tra giudici nazionali e Corte di giustizia è quella che corre (o almeno dovrebbe correre) lungo l'asse che divide i concetti di interpretazione e di applicazione del diritto. La distinzione in parola è prospettata dalla Corte sin dalle sue prime decisioni, laddove si legge, ad esempio, che «quando, nell'ambito concreto di una controversia vertente avanti un giudice nazionale, la Corte dà un'interpretazione del Trattato, essa *si limita* a trarre dalla lettera e dallo spirito di questo il significato delle norme comunitarie, mentre l'applicazione alla fattispecie delle norme così interpretate rimane riservata al giudice nazionale» (corsivo aggiunto)⁵

Poche sono le disposizioni normative dedicate alla disciplina dell'istituto, regolato oggi, oltre che dall'art. 267 TFUE, dagli artt. 23 e 23-bis dello Statuto della Corte e dagli artt. 103, 104, 104-bis e 104-ter del Regolamento di procedura⁶.

² Si vedano, *ex plurimis*, sentenza 23 gennaio 2003, *Makedoniko Metro* (causa C-57/01), punto 55.

³ Così R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Cedam, Padova, 2004, p. 244.

⁴ Cfr., *ex plurimis*, sentenza 13 maggio 1981, *International chemical corporation* (causa C-66/80), punti 11-12.

⁵ Cfr. sentenza 27 marzo 1963, *Da Costa En Schaake* (cause riunite C-28, 29, 30/62).

⁶ In particolare, gli artt. 23-bis dello Statuto e 104-ter del Regolamento sono stati introdotti a seguito delle modifiche decise con l'approvazione del Trattato di Lisbona.

Alla laconicità della disciplina positiva ha, in qualche modo, posto rimedio l'attività della Corte, la quale, traendo spunto dalle questioni sottoposte dai giudici comuni, ha nel tempo tentato di chiarire i termini della collaborazione con le autorità giurisdizionali nazionali, non solo attraverso la propria giurisprudenza, ma anche per il tramite di un'attività «paranormativa» che si è manifestata essenzialmente nell'elaborazione, nel 1996, di una «*Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali*». Tale *Nota*, «comunicata» a tutti i giudici nazionali al fine dichiarato di «aiutarli» a redigere la questione e, prima ancora, a valutare la reale opportunità e/o necessità di essa, è stata recentemente sostituita dalla (sostanzialmente identica) *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali* (2009/C 297/01), fermo restando che – come continua a precisare la Corte – si tratta di un insieme di «indicazioni pratiche, prive di qualsiasi valore vincolante».

2. Il binomio facoltà/obbligo di rinvio

Dal punto di vista delle modalità di attivazione del circuito collaborativo tra giurisdizioni nazionali e Corte di giustizia, stando al suo tenore letterale l'art. 267 TFUE si costruisce sull'alternativa facoltà/obbligo di rinvio, a seconda del fatto che il giudice comune sia o meno un giudice avverso le cui decisioni è possibile proporre un ricorso giurisdizionale di diritto interno, mentre irrilevante risulta la circostanza che il dubbio riguardi la validità o l'interpretazione del diritto comunitario. Tuttavia, il modo in cui si sono concretamente sviluppati i rapporti tra giudici nazionali e Corte di Lussemburgo ha in parte travolto la rigida impostazione discendente dal dato letterale. Ciò è avvenuto soprattutto sulla spinta della stessa Corte di giustizia, che ha tentato di ridimensionare le differenze tra le giurisdizioni di ultimo grado e non, agendo su più fronti. In primo luogo, per quanto concerne il rinvio teso all'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, da un lato, ha tentato di spingere i giudici comuni dei gradi inferiori ad un utilizzo sempre più ampio e frequente della questione, ed ha, d'altro lato, cercato di modulare la portata dell'obbligo di rinvio gravante sui giudici di ultima istanza attraverso la previsione di una serie di eccezioni a detto obbligo. In secondo luogo, per quanto riguarda il rinvio pregiudiziale volto alla valutazione della validità degli atti comunitari, essa ha di fatto annullato ogni distinzione sul piano del binomio facoltà-obbligo di sollevamento della questione.

2.1. Le questioni di interpretazione e l'alternativa facoltà/obbligo di rinvio

Secondo le statistiche pubblicate annualmente dalla Corte di giustizia, il 70% circa delle questioni pregiudiziali sollevate dai giudici nazionali provengono dai giudici dei gradi inferiori⁷.

La propensione di tali giudici ad effettuare il rinvio potrebbe dirsi in parte incentivata dalla stessa Corte di giustizia. Nella richiamata «*Nota informativa*», quest'ultima sostiene, innanzi tutto, che «una giurisdizione avverso le cui decisioni possa proporsi un ricorso di diritto interno, può, in particolare quando ritiene di aver ricevuto sufficienti chiarimenti dalla giurisprudenza della Corte, decidere essa stessa circa l'esatta interpretazione del diritto comunitario e l'applicazione di quest'ultimo alla situazione di fatto che essa constata» e, in secondo luogo, che «[t]uttavia, un rinvio pregiudiziale può risultare particolarmente utile, nella fase appropriata del procedimento, quando si tratta di una questione di interpretazione nuova che presenta un interesse generale per l'applicazione uniforme del diritto comunitario attraverso l'Unione, o quando la giurisprudenza esistente non sembra potersi applicare ad un contesto di fatto inedito». Tanto il riferimento al fatto che la facoltà di risolvere autonomamente la questione di interpretazione del diritto comunitario valga «in particolare» quando la giurisprudenza della Corte abbia già fornito «sufficienti chiarimenti» (e quindi, in sostanza, quando il dubbio non esista), quanto la successiva precisazione relativa alla «particolare utilità» del ricorso al rinvio nei casi di «questione di interpretazione nuova» e di «interesse generale» ed in quelli di accertata impossibilità di applicare la «giurisprudenza esistente» al caso di specie sembrano il sintomo della volontà della Corte di concentrare su di sé la risoluzione di ogni dubbio interpretativo che sia realmente tale⁸. Il giudice comunitario non arriva per questa via ad operare una forzatura del dato letterale analoga a quella riscontrabile con riferimento al rinvio disposto per l'accertamento della validità (vedi *infra*, par. 2.2), ma in forma assai più sfumata sembra suggerire se non un superamento della dicotomia tracciata dall'art. 267 TFUE, certo una sua lettura meno drasticamente legata alla posizione dei giudici nazionali nell'ambito dei rispettivi sistemi giurisdizionali.

D'altro canto, nella medesima «*Nota informativa*» la Corte afferma anche che «la giurisdizione di rinvio, se si ritiene in grado di farlo, può indicare succintamente il suo punto di vista sulla

⁷ Per quanto riguarda in particolare l'Italia, delle 1007 questioni pregiudiziali giunte alla Corte sino al 2009, solo 103 sono state sollevate dalla Corte di Cassazione, 63 dal Consiglio di Stato, 1 dalla Corte costituzionale e le restanti 840 dagli altri giudici. Per un quadro completo, Stato per Stato, della ripartizione dei rinvii si veda, da ultimo, Corte di giustizia delle Comunità Europee, *Relazione annuale 2009. Statistiche giudiziarie*, rintracciabile, tra l'altro, sul sito http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/.

⁸ Fermo restando il carattere dichiaratamente non vincolante della «*Nota informativa*», si può constatare come questo suggerimento in ordine alla necessità di un'attenta valutazione dell'opportunità di deferire comunque la questione di interpretazione alla Corte possa essere interpretato tanto come una manifestazione di sfiducia nei confronti dei giudici nazionali nell'ottica della garanzia della corretta ed uniforme applicazione del diritto comunitario nel territorio dell'Unione, quanto, e all'opposto, come una forma di responsabilizzazione di questi, nella misura in cui essi sono chiamati a richiedere l'intervento della Corte solo nei casi in cui ciò risulti, se non necessario, quantomeno altamente consigliabile in ragione della novità ed importanza della questione.

soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte». Questa indicazione sembra, invero, prestarsi ad una duplice ed opposta lettura. Da un lato, essa potrebbe essere intesa in funzione valorizzatrice del ruolo dei giudici nazionali, nella misura in cui questi ultimi sono invitati a partecipare alla decisione che verrà presa a Lussemburgo in veste di *amici curiae*, trattandosi di soggetti istituzionalmente disinteressati rispetto alla definizione della causa. D'altro lato, però, l'affermazione della Corte potrebbe essere interpretata in funzione riduttiva del ruolo dei giudici comuni, soprattutto se messa a sistema con quella, appena ricordata, che spinge tutti gli organi giurisdizionali nazionali a richiedere l'intervento del giudice comunitario quando si trovino di fronte ad un dubbio interpretativo che presenti i caratteri della novità. Detto più chiaramente, dal combinato risultante dalle due indicazioni in parola si potrebbe ricavare l'impressione che la Corte di giustizia tenda a ridimensionare l'autonomia interpretativa dei giudici di primo grado, suggerendo loro, da una parte, di percorrere comunque la strada del rinvio (pur non essendo essi a ciò tenuti), e offrendogli, dall'altra, quasi come contropartita, la possibilità di far conoscere al giudice di Lussemburgo la loro opinione sul merito della questione. Ciò che rileva, ad ogni modo, è il fatto che tutti i giudici nazionali sono indistintamente destinatari della medesima direttiva di comportamento, a prescindere dalla loro posizione all'interno del sistema dei rimedi giurisdizionali interni e dal peso decisivo che essa riveste nell'articolazione dell'art. 267 TFUE.

Il secondo fronte su cui la Corte di giustizia ha operato per (o quantomeno con l'effetto di) attenuare le differenze tra giudici dei gradi inferiori e quelli di ultima (e unica) istanza è stato quello della relativizzazione della regola stabilita dal terzo comma dell'art. 267 TFUE, ai sensi del quale – si ripete – le giurisdizioni avverso le cui decisioni non è ammesso ricorso giurisdizionale interno hanno l'obbligo di richiedere l'intervento della Corte di giustizia ogniqualvolta sorga, nel corso del giudizio, una questione di validità o di interpretazione del diritto comunitario. La regola e le relative eccezioni sono state ampiamente indagate dalla dottrina, che ne ha da tempo sviscerato i significati, sottolineato i pregi e stigmatizzato i difetti. Tale regola, e le sue eccezioni, continuano tuttavia a porre all'interprete, ed *in primis* ad i giudici che devono osservarla, questioni nuove e di non secondario rilievo, da quella dei limiti della sua applicabilità a quella, che si agita all'interno della stessa Corte di giustizia, di una sua possibile (almeno parziale) revisione.

La sintesi più efficace della *ratio* della previsione dell'obbligo di rinvio gravante sulle giurisdizioni di ultima istanza è offerta dalle parole della stessa Corte di giustizia, quando, nella sentenza *Hoffmann-La Roche*, ha osservato che «nell'ambito dell'art. 177, il quale mira a garantire che il diritto comunitario sia interpretato e applicato in modo uniforme a tutti gli Stati membri, il terzo comma deve *particolarmente impedire che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie*» (corsivo aggiunto)⁹. Tanto basta a spiegare la delicatezza del problema dell'individuazione delle eccezioni ad una regola che rappresenta, nientemeno, che la garanzia finale dell'uniforme applicazione del diritto comunitario nel territorio della Comunità e che dovrebbe fungere da intercapedine capace di disinnescare *in*

⁹ Cfr. sentenza 24 maggio 1977, *Hoffmann-La Roche* (causa C-107/76), punto 5.

nuce ogni possibile contrasto giurisprudenziale tra le supreme giurisdizioni nazionali e la giurisdizione comunitaria.

La prima crepa nella monolitica previsione dell'obbligo di rinvio per le giurisdizioni di ultima istanza si è aperta con la citata sentenza *Da Costa*, quando la Corte ha osservato che «se l'articolo 177, ultimo comma, impone, senza restrizioni, ai fori nazionali [...] le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno, di deferire alla Corte qualsiasi questione d'interpretazione davanti ad essi sollevata, l'autorità dell'interpretazione data dalla Corte ai sensi dell'articolo 177 può tuttavia far *cadere la causa di tale obbligo e così renderlo senza contenuto*», ed ha aggiunto che «ciò si verifica in ispecie qualora la questione sollevata sia *materialmente identica* ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale» (corsivo aggiunto). Identità della questione e sua risoluzione nel quadro di un precedente rinvio pregiudiziale rappresentano, dunque, le circostanze in un primo momento individuate dalla Corte quali condizioni per la liberazione dall'obbligo di rinvio (ferma restando la possibilità di procedere ugualmente al deferimento della questione).

Dopo una serie di conferme giurisprudenziali, tale indirizzo interpretativo ha subito un deciso approfondimento con la sentenza *Cilfit*, la quale, da un lato, ha allargato il novero delle ipotesi di venir meno dell'obbligo in parola, e, dall'altro, ha cercato di definirne in dettaglio i presupposti di invero, tentando – verrebbe da dire – di rispondere alle preoccupazioni manifestate dall'Avvocato generale Capotorti nelle conclusioni relative alla appena citata sentenza *Hoffmann-La Roche*, quando affermava che «trattandosi di interpretare una regola di natura essenzialmente procedurale, come quella di cui all'art. 177, comma 3, ci si deve sforzare di definirne la portata sulla base di criteri obiettivi e precisi, tali da non lasciare un margine di apprezzamento discrezionale alle giurisdizioni che devono applicarla».

Schematicamente, dunque, i giudici nazionali di ultima istanza possono considerarsi sollevati dall'obbligo di adire la Corte in via pregiudiziale quando:

a) «la questione non è pertinente, vale a dire nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della lite»;

b) «la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale»;

c) la soluzione della questione sia ricavabile «da una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere»;

d) la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga «con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata».

Per quanto riguarda il caso *sub a)*, più che di liberazione dall'obbligo di rinvio si dovrebbe parlare, a rigore, di mancato sorgere dell'obbligo medesimo: la «non pertinenza» della questione, infatti, al pari dell'«irrilevanza» delle questioni di legittimità costituzionale, esprime, a ben vedere,

l'inesistenza del nesso di pregiudizialità, ed è indice, perciò, del fatto che quella questione non doveva affatto essere sollevata.

Per quanto riguarda i casi *sub b)* e *c)*, – che costituiscono la formulazione, a livello comunitario, della teoria dell'*acte éclairé* – essi rappresentano, rispettivamente, la conferma del principio già stabilito nella sentenza *Da Costa* e l'estensione analogica di tale principio, estensione che avviene in una duplice direzione. Da un lato, attraverso il riferimento al contenuto delle domande pregiudiziali, nella misura in cui la liberazione dall'obbligo è prevista per i casi di questioni simili, oltre che identiche, dall'altro attraverso l'allargamento della base giurisprudenziale da cui è possibile ricavare l'esistenza di una giurisprudenza costante, stante l'affermazione dell'irrelevanza del tipo di procedimento che porta alla formazione dell'orientamento della Corte.

Qualche considerazione più approfondita merita il caso *sub d)*, che rappresenta l'accoglimento esplicito da parte della Corte di giustizia della teoria dell'*«acte clair»*. Al fine di guidare il giudice comune nell'operazione di verifica dell'effettivo ricorrere della condizione dell'*«evidenza»* che non lascia spazio ad *«alcun ragionevole dubbio»*, la Corte si cimenta nella difficile opera della identificazione di criteri che definiscano il concetto stesso di *«evidenza»*: secondo la Corte, quindi, il giudice nazionale, prima di giungere alla conclusione che il dubbio non possa, evidentemente, che essere risolto in un senso, *«deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di giustizia»*. A questo proposito giova comunque ricordare che la stessa Corte di giustizia non solo ha omesso, nei casi in cui ha richiamato la giurisprudenza *Cilfit*, *«qualsiasi riferimento alla previa condizione che il giudice nazionale maturi il convincimento che i suoi omologhi di altri Stati membri e la stessa Corte interpretino la disposizione controversa esattamente allo stesso modo»*, ma ha anche evitato di inserire questo criterio nella citata *«Nota informativa»*, che si limita a ricordare che *«una giurisdizione avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno è, in via di principio, tenuta a sottoporre alla Corte tale questione, salvo qualora esista già una giurisprudenza in materia (e il contesto eventualmente nuovo non sollevi alcun dubbio reale circa la possibilità di applicare tale giurisprudenza) o qualora non vi sia alcun dubbio quanto alla corretta interpretazione della norma comunitaria»*.

Certo, la Corte di giustizia non abbandona il giudice nazionale sulla soglia dello svolgimento di questa *«prova diabolica»*, ma propone una serie di criteri che dovrebbero guidare il giudice interno nell'accertamento dell'eventuale sussistenza dell'evidenza richiesta. I giudici nazionali devono, infatti, in via generale, tener conto delle *«caratteristiche del diritto comunitario e delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta»*, il che significa che essi devono considerare:

1) che le norme comunitarie sono redatte in diverse lingue e che le varie versioni linguistiche fanno fede nella stessa misura, di talché *«l'interpretazione di una norma comunitaria comporta [...] il raffronto di tali versioni»*;

2) che, *«anche nel caso di piena concordanza delle versioni linguistiche, [...] il diritto comunitario impiega una terminologia che gli è propria»* e che il contenuto delle nozioni giuridiche da questo utilizzate non necessariamente coincide con quello che le stesse nozioni presentano nei vari diritti nazionali;

3) che «ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi».

L'elaborazione di siffatta eccezione all'obbligo di rinvio è stata oggetto di interpretazioni diverse, che sono andate dalla constatazione della sostanziale accettazione, da parte della Corte, della dottrina dell'atto chiaro sino al suo esatto opposto, ovvero alla considerazione per cui con la sentenza *Cilfit* il giudice comunitario avrebbe, in realtà, respinto tale dottrina, riducendo praticamente a zero, con una «mossa tattica», il margine di manovra dei giudici di ultima istanza.

La lettura che sembra da condividere è quella per cui il giudice di Lussemburgo ha effettivamente inteso riconoscere ai giudici nazionali di ultima istanza un certo margine discrezionale nell'interpretazione del diritto comunitario, ed è proprio su tale margine che pare attecchire la responsabilità dei giudici. A questo proposito giova ricordare che, alla luce della sentenza *Köbler* del settembre 2003, nella quale è stato definitivamente riconosciuto che il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili si applica anche allorché la violazione di cui trattasi derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, e della successiva sentenza *Traghetti del Mediterraneo* del giugno 2006, in cui la Corte di Lussemburgo è stata chiamata a valutare la compatibilità tra la disciplina italiana sulla responsabilità civile dei magistrati ed il diritto comunitario, non pare possibile escludere *a priori* che la responsabilità dello Stato si determini proprio a seguito della violazione da parte di una giurisdizione di ultima istanza dell'obbligo di rinvio su di essa gravante ai sensi dell'art. 267 TFUE¹⁰.

Nell'impossibilità di tracciare una netta linea di separazione tra atti comunitari che esigono un'interpretazione e atti comunitari che non la esigono, la Corte di giustizia ha, in altre parole, chiamato i giudici nazionali avverso le cui decisioni non sia possibile ricorrere a svolgere un fondamentale ruolo di filtro contro l'uso potenzialmente dilatorio che le parti del processo potrebbero fare del terzo comma dell'art. 267 TFUE, impedendo che giungano alla Corte questioni palesemente prive di fondamento e garantendo, allo stesso tempo, che, laddove la questione presenti i caratteri della serietà, sia la Corte di giustizia a pronunciarsi. In questo modo l'azione dei giudici di ultimo grado risulterebbe se non decisiva, certo utile a contenere il pericolo che la sistematica proposizione di una questione pregiudiziale da parte delle giurisdizioni di ultima istanza ogniqualvolta sia in gioco un problema di diritto comunitario si traduca in un sovraccarico di lavoro per la Corte di Lussemburgo. E non è un caso, infatti, che un utilizzo più ampio dei criteri elaborati nella sentenza *Cilfit* da parte delle giurisdizioni nazionali di ultima istanza sia una delle possibili soluzioni individuate per contenere il numero delle questioni che giungono a Lussemburgo (vedi *infra*, par. 3).

¹⁰ Basti pensare che, nelle conclusioni presentate sul caso *Köbler*, l'Avvocato generale Léger ha chiaramente affermato che «è logico e ragionevole ritenere che l'inadempimento manifesto a un obbligo di rinvio da parte di un organo giurisdizionale supremo può, di per sé, implicare la responsabilità dello Stato».

2.2. Le questioni di validità e l'alternativa facoltà/obbligo di rinvio

Per quanto riguarda il rinvio pregiudiziale volto all'accertamento della validità di un atto comunitario, la sentenza *Foto-Frost* ha di fatto stravolto le fondamenta del riparto di competenze tra Corte e giudici nazionali, sottraendo, attraverso la trasformazione della facoltà di rinvio in obbligo, ai giudici dei gradi inferiori la possibilità, loro implicitamente riconosciuta dal Trattato, di decidere sulle questioni di validità degli atti comunitari. In sintesi, a condurre il giudice comunitario ad una lettura contraria alla lettera dell'art. 267 TFUE (allora art. 177) sono state ragioni legate alla salvaguardia della coerenza del sistema. Schematicamente, esse fanno capo:

- a) alla necessità di scongiurare il rischio che si creino divergenze fra i giudici degli Stati membri in merito alla validità degli atti comunitari, con l'evidente conseguenza di compromettere l'unità dell'ordinamento giuridico, attendendo alla fondamentale esigenza della certezza del diritto;
- b) alla considerazione che il Trattato ha istituito un sistema giurisdizionale in cui risulta affidato alla Corte di giustizia il controllo della legittimità delle attività delle istituzioni comunitarie;
- c) alla constatazione che l'art. 20 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia colloca quest'organismo nella posizione migliore per pronunciarsi sugli atti comunitari, conferendo alle istituzioni il diritto di difenderne la validità nei procedimenti radicati a Lussemburgo.

La posizione assunta dalla Corte di giustizia ha suscitato notevoli critiche in dottrina. Uno dei giudizi più severi sulla giurisprudenza *Foto-Frost* è stato espresso, ancora recentemente, dall'«interno» della stessa Corte di giustizia, ed in particolare dall'Avvocato generale D. Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni presentate il 30 giugno 2005 in relazione alla causa C-461/03, *Gaston Schul*. In esse si legge, infatti, che «la Corte, nella sentenza *Foto-Frost*, si è appropriata di un potere senza che ciò trovasse alcun fondamento nella lettera dell'art. 234 CE, istituendo l'*obbligo* di effettuare un rinvio pregiudiziale in casi rispetto ai quali gli autori del Trattato avevano previsto una semplice *facoltà*, e attribuendosi la competenza esclusiva a sindacare l'efficacia degli atti comunitari *a spese dei giudici nazionali*» (corsivo testuale). Ad ogni modo, questa interpretazione giurisprudenziale ha trovato una formalizzazione a livello paranormativo ad opera della stessa Corte di giustizia, che nella più volte citata «*Nota informativa*» ha stabilito che «[a]nche se i giudici hanno la possibilità di respingere i motivi di invalidità dedotti dinanzi ad essi, spetta unicamente alla Corte dichiarare un atto comunitario invalido», e che «[o]gni giudice nazionale *deve* quindi sottoporre una questione alla Corte allorché nutre dubbi sulla validità di un atto comunitario, indicando i motivi per cui ritiene che l'atto comunitario possa essere viziato da invalidità» (corsivo testuale).

L'unico potere che residua nelle mani del giudice nazionale è quello di sospendere temporaneamente l'applicazione dell'atto interno fondato su un atto comunitario sospettato di invalidità: la «*Nota informativa*», infatti, recependo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, ha chiarito che «il giudice nazionale, ove nutra gravi perplessità in ordine alla validità di un atto della Comunità sul quale è fondato un atto interno, può in via eccezionale sospendere temporaneamente l'applicazione di quest'ultimo o adottare ogni altro provvedimento provvisorio al riguardo. Egli è

tenuto, in tal caso, a sottoporre la questione di validità alla Corte di giustizia, indicando i motivi per i quali ritiene che l'atto comunitario sia invalido».

Giova, peraltro, sottolineare che l'accentramento totale del sistema di controllo così realizzato non può dirsi mitigato dalla precisazione per cui i giudici nazionali non sarebbero, in realtà, privati di ogni potere in tema di esame della validità dell'atto, potendo essi risolvere in via autonoma il dubbio di legittimità nel senso della sua infondatezza, ed essendo loro preclusa *soltanto* la facoltà di disapplicare direttamente l'atto in questione: lo spazio di manovra loro riconosciuto, infatti, sembra corrispondere, in ultima analisi, a quello proprio dei giudici italiani chiamati a svolgere lo scrutinio di «non manifesta infondatezza» prima di poter richiedere l'intervento della Consulta.

Ad ogni modo, come accennato, v'è chi ancora recentemente ha proposto, se non di tornare alla lettera del Trattato, quantomeno di mitigare l'obbligo generalizzato di rinvio quando sia in gioco una questione di validità, propugnando l'applicazione della giurisprudenza *Cilfit*, elaborata dalla Corte di giustizia con esclusivo riferimento alle questioni di interpretazione, al giudizio di validità. Nel caso *Gaston Schul*, il giudice olandese aveva chiesto, in sostanza, alla Corte «se l'art. 234, terzo comma, CE fa[cesse] obbligo ad un giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, di adire la Corte con una questione relativa alla validità delle disposizioni di un regolamento, anche nel caso in cui la Corte già abbia dichiarato invalide disposizioni corrispondenti di un altro regolamento analogo»¹¹. Per quanto disegnata con riferimento alle sole giurisdizioni di ultima istanza, la domanda implicava un più generale ripensamento dell'intera impostazione accolta dal giudice comunitario a partire dalla decisione *Froto-Frost*, per l'ovvia ragione che l'obbligo di rinvio sancito nel terzo comma dell'art. 267 TFUE è stato proprio da quest'ultima pronuncia esteso a tutti i giudici nazionali, di talché l'eventuale ammissione dell'esistenza di talune eccezioni al dovere di investitura della Corte per i giudici di ultima istanza dovrebbe comportare identiche conseguenze sulla configurazione dell'identico obbligo gravante sui giudici dei gradi inferiori¹².

L'orientamento dell'Avvocato generale risultava chiaramente favorevole al riconoscimento in capo ai giudici degli Stati membri di un potere diretto di disapplicazione di un atto comunitario di cui sia contestata la validità, almeno nelle ipotesi in cui esista una precedente pronuncia comunitaria di illegittimità di una disposizione identica a quella impugnata nel procedimento principale: in

¹¹ Sentenza 6 dicembre 2005, *Gaston Schul* (causa C-461/03), punto 15.

¹² D'altronde, era proprio la consapevolezza che la questione andava a toccare il cuore del problema dell'articolazione delle competenze tra giudici e Corte ad aver suggerito l'assegnazione della causa alla Grande sezione. Secondo l'Avvocato, anzi, «l'importanza della soluzione da fornire richiederebbe che il procedimento fosse completato da una fase orale in cui trattare in maniera più approfondita la questione sollevata, con una maggiore partecipazione degli Stati membri e delle Istituzioni comunitarie, che arricchirebbe il dibattito, orientandolo verso una dimensione discorsiva, imprescindibile per analizzare la ripartizione delle competenze giurisdizionali in seno all'Unione tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali. Qualora si modificasse in tal senso il disegno processuale progettato, si compirebbe un progresso verso il miglioramento dell'analisi proposta, alla ricerca di una soluzione equilibrata, orientata al dialogo multiplo e pluralistico inerente alla realtà comunitaria, che produrrebbe un clima di fiducia nella cooperazione giudiziaria istituita dall'art. 234 CE».

questi casi, infatti, la corretta applicazione del diritto comunitario – *sub specie* di disapplicazione di un atto derivato per palese contrasto con altre norme comunitarie – si imporrebbe con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio, ed obbligare il giudice nazionale a richiedere l'intervento della Corte di giustizia significherebbe sottoporlo «ad un tormento tanto inutile quanto quello di Sisifo»¹³, oltre a produrre un allungamento dei tempi processuali del singolo procedimento ed un sovraccarico di lavoro per il giudice comunitario.

Di questo avviso non è stata, però, la Corte, che ha chiuso perentoriamente le porte alla possibilità di applicare la giurisprudenza *Cilfit* alle questioni relative alla validità degli atti comunitari, ribadendo tutti gli argomenti individuati a partire dalla sentenza *Foto-Frost* a sostegno della generalizzazione dell'obbligo di rinvio e riutilizzandoli per confermare il carattere incondizionato del dovere in parola.

3. Le proposte di modifica: cenni

La crescita incessante delle richieste di intervento in via pregiudiziale provenienti dai giudici nazionali ha indotto da tempo gli studiosi e la stessa Corte di giustizia ad interrogarsi sulle possibili modifiche da apportare al meccanismo di collaborazione previsto dall'art. 234, onde evitare che il rinvio pregiudiziale restasse «vittima del proprio successo»¹⁴. Già alla fine del decennio scorso la Corte osservava che «l'impatto delle sue decisioni diminuirà quanto più esse saranno numerose e quanto più spesso verteranno su questioni d'importanza secondaria o limitata al caso di specie», venendo così «gravemente pregiudicate le funzioni che ormai maggiormente caratterizzano il ruolo della Corte nell'ordinamento giuridico comunitario, e che consistono nel far rispettare la ripartizione di competenze tra la Comunità ed i suoi Stati membri nonché tra le istituzioni comunitarie, nel garantire l'uniformità e la coerenza del diritto comunitario e nel contribuire allo sviluppo armonioso del diritto nell'Unione»¹⁵.

Gli scenari prospettati sono alquanto variegati. Oltre alla ricordata possibilità di sollecitare un uso più ampio ed elastico dei criteri elaborati nella sentenza *Cilfit* (v. *supra*, par. 2.1), schematicamente, essi possono ricondursi a quattro ipotesi:

¹³ Cfr. conclusioni 30 giugno 2005, *Gaston Schul*, cit., punto 89. L'intera argomentazione elaborata dall'Avvocato Colomer è costruita sul suggestivo richiamo del mito di Sisifo, fondatore e Re di Corinto, che fu condannato «al duro lavoro di spingere un pesante macigno sulla vetta di una montagna per poi, una volta in cima, lasciarlo rotolare in un dirupo, scendere a cercarlo e ricominciare a spingerlo, indefinitamente, senza alcun sollievo alla sua evidente fatica». Al pari di questi, infatti, «il giudice nazionale si vede costretto ad effettuare continui rinvii pregiudiziali vertenti sull'invalidità degli atti comunitari», anche laddove, in ragione dell'esistenza di una precedente pronuncia su un caso identico o analogo, tale rinvio finisce per rappresentare, secondo l'Avvocato, un inutile aggravio del lavoro della giurisdizione interna, e – si potrebbe aggiungere – di quello della giurisdizione comunitaria.

¹⁴ L'espressione è mutuata da T. KOOPMANS, *La procédure préjudicielle – victime de son succès?*, in CAPOTORTI F., EHLERMANN C.-D., FROWEIN J., JACOBS F., JOLIET R., KOOPMANS T., KOVAR R., *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, Baden-Baden, 1987.

¹⁵ Corte di Giustizia, *The future of the judicial system of the European Union (Proposals and Reflections)*, document rintracciabile sul sito <http://curia.europa.eu/en/instit/txtdocfr/autrestxts/ave.pdf>.

- 1) *Previsione di una limitazione delle giurisdizioni nazionali titolari della facoltà di rinvio*, riservando alle sole giurisdizioni supreme la facoltà di rivolgersi alla Corte oppure privando di tale facoltà i giudici di primo grado

- 2) *Introduzione di un meccanismo di filtro delle questioni pregiudiziali*. Ciò dovrebbe consentire alla Corte di scremare le domande di pronuncia pregiudiziale sottoposte e di concentrarsi sulle questioni essenziali dal punto di vista dell'uniformità del diritto comunitario e del suo sviluppo. Una possibile concreta declinazione della generica previsione di un sistema di filtraggio delle questioni prefigurata dalla stessa Corte di giustizia «[...] consisterebbe nel modificare il procedimento pregiudiziale chiedendo ai giudici che non sono obbligati ad adire la Corte di pronunciare le loro sentenze nelle cause che sollevano problemi di interpretazione del diritto comunitario, senza prima sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali. Ciascuna delle parti in causa potrebbe in seguito invitare il giudice nazionale a trasmettere la sentenza alla Corte, sottoponendo a quest'ultima una domanda di pronuncia pregiudiziale in merito alle norme di diritto comunitario a cui la parte stessa si richiama per contestare la fondatezza della sentenza. Così la Corte avrebbe modo di procedere ad una selezione, valutando se sia necessaria o meno una sua pronuncia sull'interpretazione del diritto comunitario accolta nella sentenza contestata. Un procedimento del genere, che sarebbe simile ad un ricorso per cassazione, faciliterebbe il compito della Corte, la quale potrebbe pronunciare la sua decisione pregiudiziale con piena conoscenza del contesto nazionale, sia fattuale che giuridico, in cui si deve inscrivere l'interpretazione delle questioni di diritto comunitario sollevate nella causa in oggetto. Tuttavia, ciò comporterebbe una modifica sostanziale del vigente sistema di rinvio pregiudiziale. La cooperazione giudiziaria tra giudici nazionali e la Corte di Giustizia si trasformerebbe in un sistema gerarchizzato, nel quale le parti del processo potrebbero obbligare il giudice nazionale ad adire la Corte e quest'ultimo, una volta che la Corte di giustizia avesse reso la propria decisione in via pregiudiziale, dovrebbe eventualmente rivedere la sentenza precedentemente pronunciata. Quest'ultimo aspetto del sistema solleverebbe senza dubbio problemi di difficile soluzione per il diritto processuale nazionale».

- 3) *Conferimento al Tribunale di primo grado della competenza a pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali*. Tale ipotesi è stata di fatto accolta con l'approvazione del Trattato di Nizza: l'art. 225, comma 3, TCE, infatti, prevede che Tribunale di primo grado sia «competente a conoscere delle questioni pregiudiziali, sottoposte ai sensi dell'articolo 234, in materie specifiche determinate dallo statuto», e giunge a prefigurare forme di raccordo tra questo e la Corte di giustizia, nella misura in cui, da un lato, il Tribunale di primo grado, «ove ritenga che la causa richieda una decisione di principio che potrebbe compromettere l'unità o la coerenza del diritto comunitario, può rinviare la causa dinanzi alla Corte di giustizia affinché si pronunci», e, d'altro lato, le decisioni da questo emesse «su questioni pregiudiziali possono eccezionalmente essere oggetto di riesame da parte della Corte di giustizia, alle condizioni ed entro i limiti previsti dallo statuto, ove sussistano gravi rischi che l'unità o la coerenza del diritto comunitario siano compromesse». Tale soluzione era stata confermata, senza ulteriori innovazioni, dall'art. III-358 del Trattato costituzionale ed è stata ulteriormente ripresa nell'art. 256, comma 3, del Trattato sul

funzionamento dell'Unione europea (*ex art. 225, TCE*).

- 4) *Istituzione di organi giurisdizionali comunitari decentralizzati*. Tale ipotesi di revisione, che determinerebbe una «regionalizzazione» o addirittura una «nazionalizzazione» del procedimento pregiudiziale, non potrebbe che essere accompagnata dalla previsione di opportuni meccanismi di raccordo tra gli istituendi organi giurisdizionali decentrati e la Corte che siede a Lussemburgo, onde evitare il consolidarsi di interpretazioni differenziate per aree.

ITALIA

di Tommaso Giovannetti

1. L'assetto dei rapporti tra giudici comuni, Corte di giustizia e Corte costituzionale nel «cammino comunitario» della Consulta

Come noto, in una prima fase, la Corte costituzionale italiana aveva creduto di poter risolvere gli eventuali contrasti tra le fonti interne e le fonti comunitarie attraverso il ricorso al criterio cronologico (sentenza n. 14 del 1964). Tale impostazione venne recisamente respinta dalla Corte di giustizia, la quale, pronunciandosi a distanza di poche settimane sul medesimo caso oggetto della decisione della Consulta, affermò per la prima volta quello che sarebbe in seguito divenuto uno dei principi fondamentali su cui si regge l'intero ordinamento comunitario, vale a dire il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri (sentenza 15 luglio 1964, *Costa/ENEL*, causa C-14/64).

Tale impostazione, fondata sull'idea della sovraordinazione in termini gerarchici del diritto comunitario, era evidentemente incompatibile con l'applicazione del criterio cronologico prospettata dalla Corte italiana, la quale nel 1975, con la sentenza n. 232, abbandonò l'idea della prevalenza della legge interna successiva rispetto al diritto comunitario incompatibile, adottando un criterio di risoluzione delle antinomie sostanzialmente riconducibile all'applicazione del principio di competenza. In particolare, secondo la Consulta, «per quanto concerne[va] le norme interne successive, emanate con legge o con atti aventi valore di legge ordinaria, [...] il vigente ordinamento non conferi[va] al giudice italiano il potere di disapplicarle, nel presupposto d'una generale prevalenza del diritto comunitario sul diritto dello Stato», per cui «di fronte alla situazione determinata dalla emanazione di norme legislative italiane, le quali [avessero] recepito e trasformato in legge interna regolamenti comunitari direttamente applicabili, il giudice [era] tenuto a sollevare la questione della loro legittimità costituzionale», questione che soltanto la Corte costituzionale avrebbe potuto decidere.

Per quanto certamente significativa, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale non poteva soddisfare pienamente la Corte di giustizia, la quale nel 1978, con la famosa sentenza *Simmenthal* (sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/67), sul presupposto che «le norme di diritto comunitario [dovevano] esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità», affermò che «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora [fossero] direttamente applicabili, [avevano] l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere *ipso jure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fa[cevano] parte integrante, con rango superiore

rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi [fossero] incompatibili con norme comunitarie». Ciò significava, nella logica fatta propria dalla Corte di giustizia, che «qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, [aveva] l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribui[va] ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria», essendo «incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale port[asse] ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che [fosse] negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto [era] necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ost[assero] alla piena efficacia delle norme comunitarie». E questo, evidentemente, è ciò che «si [sarebbe verificato] qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario ed una legge nazionale posteriore, la soluzione fosse [stata] riservata ad un organo diverso dal giudice cui [era] affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto comunitario, e dotato di un autonomo potere di valutazione, anche se l'ostacolo in tal modo frapposto alla piena efficacia di tale diritto fosse [stato] soltanto temporaneo».

Fu, dunque, la Corte di Lussemburgo ad indicare chiaramente ai giudici comuni la strada da seguire, invitandoli a disapplicare «all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». A seguito di questo esplicito invito, la Corte costituzionale con la sentenza n. 170 del 1984, ha definitivamente aperto la strada alla disapplicazione giudiziaria delle leggi nazionali contrastanti con il diritto comunitario, sia pure non sulla base della prevalenza (gerarchica) di questo sul diritto interno, ma sulla scorta del criterio di specialità nella risoluzione delle antinomie. Secondo la Corte, infatti, l'effetto connesso con la vigenza di un regolamento comunitario è «quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale».

Il contrasto tra norme comunitarie direttamente applicabili e norme interne deve, quindi, anche ad avviso della Corte italiana, essere risolto da tutti gli operatori giuridici, ed *in primis* dai giudici comuni, facendo prevalere le prime attraverso la non applicazione delle seconde (ferma restando la necessità di procedere poi all'abrogazione in via legislativa della norma interna a fini di chiarezza e di certezza). In sostanza, a fronte di una apparentemente insuperabile divergenza di presupposti teorici, le due Corti sono giunte a conclusioni coincidenti sul piano pratico: l'impostazione «monista» della Corte di giustizia e quella «dualista» della Corte costituzionale convergono nel riconoscimento che le norme comunitarie prevalgono sulle norme interne in virtù dell'obbligo gravante sui giudici nazionali comuni (e su tutti gli operatori del diritto in generale) di applicare il diritto comunitario in luogo di quello interno eventualmente contrastante.

L'accento che, sia pure a ragione, solitamente si pone sull'identità degli esiti del ragionamento singolarmente condotto da ciascuna delle due Corti non deve far passare in secondo piano il fatto che la convergenza che si è in ultima analisi realizzata non è dovuta tanto ad un reciproco avvicinamento tra le posizioni del giudice comunitario e quelle del giudice costituzionale, quanto piuttosto al sostanziale allineamento del secondo sulla posizione del primo. L'«armonia tra diversi» di cui oggi, a ragione, si parla sembra obiettivamente il frutto di un adeguamento della Consulta se non proprio alle premesse teoriche che sostengono il ragionamento del giudice comunitario, almeno al prodotto finale delle argomentazioni della Corte di Lussemburgo.

A questa modalità, che alcuni hanno definito «generale» o «ordinaria», di prevalenza del diritto comunitario, se ne aggiungono altre – definite dalla medesima dottrina «speciali» o «straordinarie» – in cui la Corte ha affermato la propria competenza. La prima di tali ipotesi è quella in cui la norma nazionale risulti in potenziale contrasto con norme comunitarie non direttamente applicabili: in questo caso il giudice italiano, anziché procedere autonomamente alla disapplicazione (o, se si preferisce, non-applicazione) del diritto interno a vantaggio di quello comunitario, dovrebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale di fronte alla Consulta. Questo, almeno, a livello teorico: nella prassi, però, ciò che è dato rilevare è che il contenzioso che avrebbe dovuto passare attraverso la strada della questione incidentale di costituzionalità ha, in realtà, finito «per incanalarsi in quella del rinvio alla Corte di giustizia». E ciò – pare opportuno sottolinearlo – è avvenuto anche grazie alla posizione assunta dalla stessa Corte costituzionale, che ha, con una serie di prese di posizione successive su aspetti specifici, largamente incoraggiato i giudici comuni a imboccare la strada di Lussemburgo, sulla base della convinzione per cui ogni questione che coinvolga un problema di interpretazione del diritto comunitario deve previamente essere risolta dal giudice che di quel diritto rappresenta l'interprete ultimo, cioè, appunto, la Corte di giustizia.

Tra gli orientamenti processuali che hanno determinato la sostanziale auto-emarginazione della Corte costituzionale dalle questioni comunitarie, con la corrispondente, massima valorizzazione del ruolo dei giudici comuni, si ricorda, in primo luogo, quello per cui, nei casi di cosiddetta «doppia pregiudizialità» – quando cioè il dubbio interpretativo riguardante la norma comunitaria entra a far parte degli elementi del giudizio di costituzionalità –, il giudice comune deve richiedere previamente l'intervento della Corte di giustizia e solo successivamente quello della Corte costituzionale, costituendo il mancato rinvio al giudice di Lussemburgo un motivo di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale (cfr., *ex plurimis*, le ordinanze nn. 536 del 1995, 319 del 1996 e 108 del 1998, nonché più recentemente, ordinanze nn. 415 del 2008 e 100 del 2009). La priorità così stabilita della questione pregiudiziale comunitaria rispetto a quella di costituzionalità, insieme al riconoscimento da parte della Corte costituzionale dell'efficacia di fonte del diritto alle sentenze della Corte di giustizia, determina il più delle volte l'inutilità del successivo intervento della Consulta, essendo spesso il dubbio sulla conformità tra norma interna e norma comunitaria più o meno esplicitamente risolto dalla stessa Corte di Lussemburgo nell'ambito dell'attività di interpretazione del diritto comunitario.

Alla medesima logica sembrano iscriversi le affermazioni della Corte costituzionale in ordine all'inammissibilità di questioni di legittimità costituzionale sollevate da un giudice contemporaneamente ad una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (cfr. ordinanza n. 85 del 2002); all'inammissibilità delle questioni di costituzionalità che coinvolgono una disposizione comunitaria che sia contemporaneamente già sottoposta all'esame della Corte di Lussemburgo da altro giudice o nell'ambito di un diverso procedimento (come quello di infrazione: cfr. ordinanze nn. 244 del 1994 e 38 del 1995); alla considerazione per cui la sopravvenienza di una decisione della Corte di giustizia costituisce *jus superveniens* che giustifica la restituzione degli atti al giudice *a quo* (cfr. ordinanza n. 124 del 2004); alla scelta di rinviare a nuovo ruolo la decisione di una questione di costituzionalità nell'attesa che il giudice di Lussemburgo risolva una questione pregiudiziale riguardante la normativa sottoposta all'esame della Consulta (cfr. ordinanza n. 164 del 2004).

Per quanto riguarda, invece, le altre ipotesi in cui la Corte costituzionale ha ritenuto di mantenere ferma la propria competenza anche quando entri in gioco un problema di diritto comunitario, esse sono quella in cui la norma comunitaria violi i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inviolabili della persona umana (c.d. «controlimiti»), nel qual caso il sindacato avrà luogo attraverso il filtro dell'esame della legge di esecuzione dei Trattati; l'ipotesi in cui la legge interna impedisca o pregiudichi la perdurante osservanza dei Trattati, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei loro principi; l'ipotesi, infine, di impugnazione in via d'azione di leggi regionali da parte dello Stato o di leggi statali da parte della Regione per contrasto tra queste ed il diritto comunitario (fermo restando che, nel caso di impugnazione da parte della Regione, la violazione del diritto comunitario da parte della legge statale dovrà comportare anche una lesione o invasione delle competenze regionali). Se i primi due casi qui richiamati paiono quantomeno remoti (anche se certo non impossibili), l'ultimo risulta senz'altro di assai più probabile verifica, ed è anzi proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi che si è registrato, molto recentemente, il compimento da parte della Corte costituzionale di un nuovo, importantissimo passo dell'evocato «cammino comunitario».

2. L'ultima tappa del cammino: l'utilizzo diretto del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale

Con le ormai ben note pronunce nn. **102 e 103 del 2008** la Corte costituzionale ha, infatti, per la prima volta, utilizzato lo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 TCE, compiendo così quel passo – da tempo auspicato dalla dottrina maggioritaria – che le ha fatto varcare la soglia della Corte di giustizia. Queste decisioni hanno segnato l'abbandono, da parte del giudice costituzionale, di quella posizione di rigida chiusura nei confronti della possibilità di considerarsi organo legittimato a richiedere direttamente l'intervento pregiudiziale della Corte di Lussemburgo che aveva sino ad oggi rappresentato l'ostacolo principale alla possibilità di instaurare un dialogo diretto con il supremo giudice comunitario.

La Consulta aveva, infatti, a più riprese affermato – con l'unica eccezione costituita dalla sentenza n. 168 del 1991 – di non essere legittimata ad utilizzare lo strumento previsto dall'art. 234 TCE, poiché essa, esercitando «essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni», «non [poteva] “essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali”» (cfr. ordinanza n. 536 del 1995, la quale cita, a sua volta, la risalente sentenza n. 13 del 1960). Questa argomentazione è stata, in un certo senso, riformulata dalle decisioni del 2008, nelle quali si legge che «questa Corte, pur nella sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale, ha natura di giudice, e in particolare di giudice di ultima istanza».

In questo fondamentale passaggio argomentativo, sembra possibile leggere, più che un mutamento radicale di posizione che va a sovvertire la sostanza della (risalente) affermazione della Corte, uno spostamento di accento nella formulazione stessa del ragionamento, nel senso che il baricentro di esso non è più costituito dal riferimento alla peculiarità delle funzioni svolte dal Giudice delle leggi, bensì dal fatto che quest'ultimo ha, appunto, “natura di giudice”: detto altrimenti, quella “peculiarità” che aveva avuto un peso decisivo nel ragionamento che aveva condotto la Corte all'(auto-)esclusione dal novero dei soggetti legittimati a sollevare la pregiudiziale comunitaria, non scompare dall'odierno orizzonte di riflessione, ma viene declassato ad elemento di secondo piano, presente ma non più determinante.

In questa sorta di ridimensionamento di un fattore sin qui ritenuto decisivo sembra aver giocato un ruolo, a sua volta, risolutivo non tanto l'argomento di una presunta contraddizione tra il riconoscimento della qualità di giudice *a quo* ai fini del sollevamento di questione di legittimità costituzionale e la negazione di tale qualità ai fini della legittimazione a sollevare questione pregiudiziale, quanto piuttosto una motivazione di matrice, per così dire, puramente comunitaria: ha fatto breccia, cioè, nella riflessione della Consulta la considerazione per cui, trattandosi di disposizione del Trattato, la nozione di “giurisdizione nazionale” di cui all'art. 234 TCE “deve essere desunta dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione «interna» dell'organo rimettente”. Pur senza spingersi a citare direttamente la copiosa giurisprudenza della CCGE in materia, la Corte ne riconosce l'esistenza e ne ricava il fondamento della propria legittimazione: in questo modo, dopo il *Verfassungsgerichtshof* austriaco (cfr. sentt. CGCE in C-143/99, C-465/00, C-138/01, C-139/01, C-171/01) e la *Cour d'arbitrage* (oggi *Cour constitutionnelle*) belga (cfr. sentt. CGCE in C-93/97, C-480/03, C-305/05, C-212/06), la Corte costituzionale è entrata nel novero delle giurisdizioni costituzionali che utilizzano l'art. 234 TCE.

A sostegno dell'affermazione della propria legittimazione la Corte ha introdotto, poi, un ulteriore argomento: il suo eventuale rifiuto di effettuare il rinvio “comporterebbe un'inaccettabile lesione del generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario”, in quanto essa è “l'unico giudice” del caso di specie. Si tratta, di nuovo, di un argomento di matrice prettamente comunitaria, poiché il “generale interesse” cui fa riferimento la nostra Corte è, appunto, l'interesse comunitario, e l'evocata “inaccettabilità” della sua eventuale lesione è “inaccettabilità”, per così dire, dal punto di vista comunitario. L'ottica comunitaria – verrebbe quasi da dire la “sensibilità comunitaria” – compenetra tanto la riflessione della Corte che essa *parla* come un giudice pienamente calato

all'interno di un più ampio sistema giurisdizionale e, soprattutto, in esso *agisce* per la prima volta in prima persona.

Certo, la consapevolezza di doversi muovere in un quadro più complesso non è nuova, e trovava la sua più evidente manifestazione già nella sentenza n. 170 del 1984, in cui – come ricordato *supra* – la Corte, ammettendo che un giudice comune potesse (*rectius*, dovesse) rifiutarsi di applicare una norma interna contrastante con norma comunitaria direttamente applicabile, aveva preso atto di una parziale eppure innegabile rivoluzione nel funzionamento del nostro sistema di giustizia costituzionale, ratificando un cambiamento che produceva una limitazione del raggio di azione della stessa Corte, la quale lasciava al binomio giudici comuni-CGCE l'onere di svolgere il controllo di “comunitarietà” delle norme interne. Anzi, proprio quella pronuncia conteneva in sé il seme di quella odierna, nella parte in cui veniva affermata la competenza della Corte costituzionale a valutare il contrasto tra disposizioni nazionali e comunitarie nei giudizi in via d'azione.

L'ordinanza n. 103 del 2008 si presenta, in qualche modo, come un logico sviluppo di questa giurisprudenza. In primo luogo, è, infatti, evidente che, per effettuare il sindacato di cui rivendica la competenza, la Corte deve entrare in contatto diretto con il diritto comunitario, deve leggerlo e usarlo, e andare così incontro all'eventualità di non comprenderne esattamente la portata: ammettere che questo possa avvenire e rivolgersi all'interprete ultimo del diritto comunitario non è un atto di subordinazione, ma una dimostrazione di rispetto della diversità dei compiti assegnati alle due Corti. Non v'è dubbio che tale diversità giunga qui al punto di massima vicinanza, tanto che le competenze delle due Corti arrivano a sfiorarsi, se non addirittura a sovrapporsi, ma questo appartiene alla logica di un sistema in cui i parametri di giudizio si integrano, come testimoniato – sul piano dei rapporti con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – anche dalle pronunce 348 e 349 del 2007, sino alla più recente sentenza n. 317 del 2009.

In secondo luogo, la congruenza con la propria giurisprudenza precedente si manifesta nella volontà della Corte di mantenere ferma la distinzione tra giudizio in via incidentale e giudizio in via principale: la legittimazione della Corte costituzionale a sollevare questione pregiudiziale non è assoluta, ma è legata all'esercizio di una specifica competenza, quella, cioè, di controllo sulle leggi in via d'azione, non essendovi, in questo caso, un giudice comune cui la Corte possa delegare l'onere di provvedere al rinvio pregiudiziale. L'ingresso della Consulta sul proscenio comunitario, lungi dall'essere dirompente e dall'oscurare il ruolo dei giudici comuni, appare, in sostanza, necessitato.

In quest'ottica, se il riconoscimento della legittimazione della Corte passa anche attraverso la constatazione dell'assenza di altri soggetti che possano effettuare il rinvio, si potrebbe concludere che, ove un problema inerente all'interpretazione di norme comunitarie si ponesse nell'ambito di un conflitto intersoggettivo o, al limite (per quanto l'ipotesi appaia di più dubbia verifica) interorganico, la Consulta potrebbe parimenti considerarsi legittimata ad adire direttamente la CGCE.

Di più, in tutti i casi in cui la Corte funga da giurisdizione di unica istanza, il sorgere, in sede di processo costituzionale, di un dubbio interpretativo non risolvibile con il ricorso alla teoria dell'*acte clair* o dell'*acte éclairé* dovrebbe rendere il rinvio non meramente “*opportuno* al fine di evitare il pericolo di contrasti ermeneutici tra la giurisdizione comunitaria e quella costituzionale nazionale, che non giovano alla certezza e all’uniforme applicazione del diritto comunitario”, bensì forse *obbligatorio* ai sensi dell’art. 234 TCE.

D'altronde, il richiamato contrasto ermeneutico tra giurisdizioni, oltre a generare incertezza giuridica, potrebbe addirittura essere fonte di responsabilità comunitaria dello Stato, dal momento che la giurisprudenza della CGCE ammette ormai che della violazione del diritto comunitario lo Stato risponda anche nel caso di svolgimento di attività giurisdizionale (v. sentt. *Köbler*, C-224/01 e *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03): se un giudice comune deputato ad applicare il diritto comunitario (ed eventualmente a richiedere l’intervento chiarificatore della CGCE) non c’è, è alla Corte costituzionale che finirebbe per imputarsi l’eventuale lesione di quel “generale interesse all’uniforme applicazione del diritto comunitario” che il rinvio di cui all’art. 234 TCE mira a garantire.

L’affermazione della legittimazione a sollevare la questione pregiudiziale è, peraltro, accompagnata dall’individuazione di una serie di presupposti che delimitano le possibilità di un concreto esercizio del potere-dovere di rinvio.

Innanzitutto, la Corte applica uno schema logico che potremmo dire opposto rispetto a quello che essa stessa impone ai giudici comuni. A questi ultimi, infatti, è richiesto di risolvere, in via preliminare, ogni questione che coinvolga profili di diritto comunitario, procedendo, in caso di necessità, al rinvio pregiudiziale prima del sollevamento della questione di costituzionalità; la Corte fa esattamente l’inverso, poiché dapprima analizza ogni profilo di eventuale incostituzionalità autonomo dal diritto comunitario, e solo successivamente si concentra sulla presunta violazione dell’art. 117, c. 1, Cost.. L’ordine di trattazione delle questioni “interne” (prima) e “comunitarie” (poi), oltre ad essere concretamente applicato nel caso di specie, è in qualche modo formalizzato dalla stessa Corte nel momento in cui, ai fini dell’accertamento della sussistenza del requisito della rilevanza, osserva che “la fondatezza dei profili di illegittimità costituzionale dedotti dal ricorrente con riguardo a questioni diverse da quelle oggetto del rinvio pregiudiziale è stata già esclusa da questa Corte [...]”. In una parola, nel giudizio in via principale pare sussistere una sorta di “pregiudizialità costituzionale”, risolta la quale è lecito affrontare i problemi di compatibilità con il diritto comunitario.

In secondo luogo, la Corte ha affermato chiaramente (punto 8.2.8.2 del *considerato in diritto*) di essere vincolata al *thema decidendum* fissato nell’atto introduttivo: il principio secondo cui è soltanto nei limiti dell’impugnazione principale che la Consulta potrà formare il proprio rinvio, selezionando tra i motivi evocati dal ricorrente quelli a suo avviso idonei a fondare il dubbio interpretativo che riverbera in presunto contrasto tra norma interna e norma comunitaria, rischia però di ridurre il ruolo della Corte a quello di mero *nuncius* di argomentazioni altrui (fatta salva la possibilità di esercitare un “filtro” nei confronti di argomenti insostenibili), anziché valorizzarne il ruolo di soggetto capace di instaurare con la CGCE un dialogo aperto e più efficace attraverso

l'eventuale elaborazione di argomenti diversi da quelli individuati dalle parti del giudizio *a quo* (corrispondente, nel caso, al giudizio costituzionale in via principale).

Infine, la Corte ritiene di dover previamente verificare la non manifesta infondatezza e la rilevanza della questione pregiudiziale. *Prima facie*, potrebbe apparire non del tutto chiaro il motivo che induce la Corte a trattare la pregiudiziale comunitaria alla stregua di una questione di legittimità costituzionale. In assenza di una norma procedurale *ad hoc*, il rinvio è effettuato sulla base dell'art. 234 TCE e dell'art. 3, l. 204/58: ora, se il requisito della rilevanza è ricavabile direttamente dalla disposizione comunitaria, non altrettanto può dirsi per quello della non manifesta infondatezza, del quale pure non c'è traccia nell'art. 3, l. 204/58. Quest'ultimo, con formula in tutto identica a quella contenuta nell'art. 23, l. 87/53, stabilisce che “gli organi della giurisdizione ordinaria e speciale” devono, nell'ordinanza di rimessione, riferire “i termini ed i motivi dell'istanza con cui fu sollevata la questione”, ma nulla dice – a differenza dell'art. 23, l. 87/53 – sulla necessità di accertare la non manifesta infondatezza, e ciò per l'ovvia ragione che la questione pregiudiziale non deve (*rectius*, dovrebbe) essere volta alla esplicita soluzione di un dubbio di conformità di una norma rispetto ad un'altra.

Tuttavia, la scelta della Corte pare giustificarsi alla luce di una duplice consapevolezza: da un lato, il fatto che, al di là delle contrarie (e ripetute) affermazioni di principio – che suonano ormai come una mera “clausola di stile” – la Corte di giustizia esercita da tempo un sindacato di legittimità comunitaria delle norme nazionali; d'altro lato, la circostanza che proprio la Corte di giustizia non solo esige, per giurisprudenza consolidata, che la giurisdizione del rinvio chiarisca gli elementi di fatto e di diritto che fondano la domanda, ma invita anche il giudice interno, “se si ritiene in grado di farlo”, ad “indicare succintamente il suo punto di vista sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte” (cfr. “Nota informativa” elaborata dalla CGCE e pubblicata sulla *GUCE* [2005/C 143/01]). Detto altrimenti, quel dubbio interpretativo che deriva dal difetto di chiarezza della norma comunitaria e che giustifica il rinvio viene, nell'ambito del giudizio astratto sulle leggi, declinato e formulato dalla Corte in termini di “non manifesta infondatezza”, secondo il linguaggio ad essa più familiare.

Ne scaturisce una sorta di “giudizio incidentale astratto”, che, da un certo punto di vista, potrebbe dirsi più vicino ad un procedimento di infrazione che ad un procedimento pregiudiziale, nel senso che Stato e Regioni, non potendo rivolgersi (in quanto a ciò non legittimati dall'art. 226 TCE) direttamente alla Corte di giustizia per contestare i reciproci atti normativi in ipotesi lesivi del diritto comunitario, “passano” attraverso la Corte costituzionale, chiedendo ad essa di effettuare il rinvio. Anche da questo punto di vista, dare seguito all'istanza (nei casi in cui ciò possa apparire non manifestamente infondato) può significare prevenire eventuali, future condanne dello Stato derivanti da procedimenti instaurati dalla Commissione o da altri Stati membri.

Certo è che la decisione di rivolgersi direttamente al supremo giudice comunitario ha rotto l'isolamento che la Corte costituzionale si era auto-inflitta rispetto alle questioni comunitarie ed ha segnato un passo fondamentale nella costruzione di un'ulteriore forma di collaborazione tra le Corti nel quadro del sistema giurisdizionale comunitario.

3. La giurisprudenza costituzionale successiva alla «svolta» del 2008

La questione sollevata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 103 è risultata, poi, fondata, dal momento che la Corte di giustizia, con la sentenza resa dalla Grande sezione il 17 novembre 2009 (causa C-169/08), ha dichiarato, da un lato, che l'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una norma tributaria di un'autorità regionale, come quella della Regione Sardegna, che istituisce un'imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili adibiti al trasporto privato di persone nonché delle unità da diporto che grava unicamente sulle persone fisiche e giuridiche aventi il domicilio fiscale fuori dal territorio regionale, e, d'altro lato, che l'art. 87, n. 1, CE deve essere interpretato nel senso che una normativa tributaria di un'autorità regionale che istituisce un'imposta sullo scalo che grava unicamente sulle persone fisiche e giuridiche aventi il domicilio fiscale fuori dal territorio regionale costituisce una misura di aiuto di Stato a favore delle imprese stabilite su questo stesso territorio.

Ricordato che il 25 maggio p.v. si terrà l'udienza pubblica per la discussione del ricorso n. 36 del 2007 (limitatamente all'art. 3, co. 3, l.reg. Sardegna n. 2/2007, sostitutivo dell'art. 4, l. reg. Sardegna n. 4/2006, oggetto del rinvio alla Corte di giustizia), da cui ha avuto origine la questione pregiudiziale in parola, occorre segnalare che, dopo la «svolta» avvenuta con le pronunce 102 e 103 del 2008, la Corte non ha più avuto occasione di sollevare questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di Lussemburgo.

Ciò non significa che, nel corso degli ultimi due anni, l'eventualità di procedere al rinvio non sia stata fatta valere di fronte alla Corte costituzionale.

Per quanto riguarda, innanzitutto, i giudizi in via principale, le parti costituite nel processo costituzionale hanno in più occasioni chiesto alla Corte di effettuare il rinvio (sentenze nn. **320 e 439 del 2008**; sentenza n. **18 del 2009**; sentenza n. **16 del 2010** e ordinanza n. **126 del 2010**). In alcuni casi (sentenza 320 del 2008 e 18 de 2009), la Corte ha dichiarato assorbiti i dubbi relativi al presunto contrasto della norma interna con l'art. 117, comma 1, essendo le disposizioni impugnate dichiarate costituzionalmente illegittime per violazione di altri parametri costituzionali (v. *supra*, par. 2).

In altri casi (ancora sentenza n. **320 del 2008** e ordinanza n. **126 del 2010**) è stata la dichiarazione di cessazione della materia del contendere a rendere superfluo il rinvio.

In altri casi ancora (sentenze nn. **439 del 2008** e **16 del 2010**) la Corte ha respinto la richiesta di sollevamento della questione pregiudiziale in ragione dell'insussistenza del dubbio interpretativo prospettato dalla parte.

Più in particolare, nella sentenza n. **439 del 2008** si legge che non essendovi «dubbi sulla interpretazione della normativa comunitaria, il cui significato è chiaro sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia», ciò che residua «è solo la questione di legittimità costituzionale della normativa provinciale per contrasto con i principi affermati in sede europea»,

fino alla conclusione per cui la norma impugnata deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima «per violazione delle norme comunitarie sulla tutela della concorrenza, come interpretate dalla Corte di giustizia CE, e, dunque, dell'art. 8, comma 1, dello statuto speciale per il Trentino Alto-Adige e dell'art. 117, primo comma, Cost».

Nella sentenza n. **16 del 2010**, invece, la Corte – contrariamente a quanto affermato dalla difesa regionale, la quale, non condividendo il principio affermato nella decisione n. 284 del 2009 della Corte medesima in riferimento ai Fondi comunitari (in cui si era sostenuto che dai principi comunitari non fosse ricavabile la conseguenza di una inscindibilità assoluta ed a tutti gli effetti delle componenti aggregate del finanziamento), chiedeva il sollevamento della questione pregiudiziale – non ha ravvisato «gli estremi per investire la Corte di giustizia delle Comunità Europee, in quanto gli atti comunitari richiamati non presentano dubbi interpretativi».

Si deve altresì segnalare che, a dispetto di quanto affermato dalla Corte nell'ordinanza 103 del 2008 (v. *supra*, par. 2), la richiesta rivolta al giudice costituzionale affinché questi operasse il rinvio pregiudiziale è stata ribadita anche nel corso di alcuni giudizi in via incidentale. È quanto avvenuto, ad esempio, nelle ordinanze nn. **415 del 2008**, **100 del 2009** e **53 del 2010**, nonché nella sentenza n. **28 del 2010**.

Nella prima di esse la Corte, dopo aver rilevato che la soluzione di una questione di compatibilità di una norma nazionale con le disposizioni di una direttiva che lo stesso rimettente considerava provviste di effetto diretto «investe la stessa applicabilità della norma denunciata e costituisce, perciò, un *prius* logico e giuridico rispetto all'incidente di costituzionalità», ha confermato la propria consolidata giurisprudenza secondo cui nella sistemazione dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario «in virtù dell'art. 11 della Costituzione, la normativa comunitaria dotata del requisito dell'immediata applicabilità entra e permane in vigore nel nostro sistema giuridico senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge nazionale». Poiché, dunque, «spetta al giudice comune accertare se la fattispecie al suo esame ricada sotto il disposto di una disciplina comunitaria del tipo indicato e verificare, eventualmente con l'ausilio della Corte di giustizia (art. 234 del Trattato CE), la compatibilità delle norme nazionali, essendo ad esso preclusa l'applicazione di queste ultime qualora si convinca dell'esistenza di un conflitto [...], la questione deve essere dichiarata manifestamente inammissibile, poiché [...] il sindacato dell'antinomia prospettata dal giudice *a quo* non compete a questa Corte».

Se nell'ordinanza n. **100 del 2009** la Corte ha ribadito la priorità logico-giuridica della questione di compatibilità comunitaria rispetto alla questione di costituzionalità, nell'ordinanza n. **53 del 2010** la richiesta di rinvio pregiudiziale non viene esaminata per difetto di rilevanza della questione prospettata dal giudice *a quo*, mentre nella sentenza n. **28 del 2010** la Corte ha escluso il rinvio richiesto dall'Avvocatura dello Stato e dalla parte privata costituita in quanto esso «non è necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per essere stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e si impone soltanto quando occorra risolvere un dubbio interpretativo (*ex plurimis*, Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1963, in causa C-28-30/62, Da Costa; Corte costituzionale, ordinanza n. 103 del 2008)». Poiché nel caso di specie «dalle norme e

dalla giurisprudenza comunitarie emerg[evano] con chiarezza le nozioni di "rifiuto" e di "sottoprodotto", sulle quali non residuano margini di incertezza», «il parametro interposto, rispetto agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., p[oteva] considerarsi sufficientemente definito nei suoi contenuti, ai fini del controllo di costituzionalità».

4. Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale e c.d. «controlimiti»

Solo un cenno, infine, al problema delle possibili interazioni tra controlimiti e rinvio pregiudiziale. Come noto, infatti, nel quadro dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, questione assai delicata è quella della definizione del significato odierno della teoria dei «controlimiti». La domanda che talvolta si pone è, allora, quella di capire se essi abbiano davvero mutato la loro natura, e si siano cioè trasformati da «rigido muro di confine fra ordinamenti» in «punto di snodo e cerniera tra UE e Stati membri». Gli indizi di una loro metamorfosi in questo senso paiono ormai numerosi e attengono tanto al *piano normativo* (art. I-5 del fallito Trattato costituzionale; art. 4.2, TUE versione consolidata risultante dal Trattato di Lisbona, secondo cui l'«Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro»; art. 67, c. 1, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, secondo cui l'«Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri»), quanto al *piano giurisprudenziale* (cfr. Corte di giustizia, sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*; sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*; sentenza 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*).

Questo processo di c.d. «europeizzazione» dei controlimiti e di «interiorizzazione» di essi da parte della stessa Corte di giustizia, per quanto apparentemente ormai avviato, pare tuttavia ancora foriero di notevoli difficoltà, (assai) schematicamente raggruppabili in due categorie.

La prima categoria, di ordine – per così dire – procedurale, è riassumibile nella questione del *chi* e del *come* sia legittimato a far valere il controlimite: detto appena più chiaramente, si potrebbe discutere – una volta, si ripete, ammessa la valenza non solo teorica ma anche pratica del concetto, ricondotto entro i confini meno traumatici di causa giustificativa di deroghe puntuali e specifiche al principio del primato del diritto comunitario – della possibilità che a riconoscere l'esistenza del controlimite, ed a trarne le conseguenze sul piano pratico, siano tutti i giudici nazionali o soltanto le Corti costituzionali (magari proprio in collaborazione con i giudici comuni). Quest'ultima è, probabilmente, la strada preferibile, nella misura in cui l'attentato al bene ultimo dell'uniforme applicazione del diritto comunitario passerebbe, in questo caso, attraverso una valutazione «accentrata» dell'organo di giustizia costituzionale nazionale, soluzione che – oltre ad essere già prefigurata dalla stessa Corte costituzionale – eliminerebbe in radice il rischio di una frantumazione

dell'unità del sistema in ipotesi derivante dall'affidamento alla molteplicità dei giudici comuni di uno strumento comunque di notevole impatto sistematico.

È in questo quadro, allora, che ci si potrebbe chiedere se un ruolo (e quale) possa avere il confronto diretto tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia. L'apertura operata con l'ordinanza n. 103 del 2008, per quanto al momento limitata al caso del giudizio in via principale, induce cioè a domandarsi se, *in presenza di circostanze particolari*, non sia possibile ammettere che al rinvio pregiudiziale la Corte costituzionale possa ricorrere anche nell'ambito di un giudizio in via incidentale, in deroga, per così dire, alla tradizionale e consolidata impostazione che vuole che a sollevare la questione dinanzi alla Corte di giustizia sia il giudice comune. Tali particolari circostanze potrebbero essere rappresentate proprio dalla (presunta) esistenza di un controlimite che si ponga in conflitto con il diritto comunitario: in queste ipotesi, infatti, se è vero che potrebbe comunque essere direttamente il giudice comune ad effettuare il rinvio alla Corte di giustizia e a presentare ad essa l'ipotetico contrasto tra diritto comunitario e norme interne espressive di principi fondamentali, è vero anche che si potrebbe ritenere più opportuno che, trattandosi appunto di controlimiti, fosse la stessa Corte costituzionale a pronunciarsi, fosse, cioè, essa a (decidere di) rappresentare alla Corte di Lussemburgo le ragioni che giustifichino l'eventuale *vulnus* alla uniforme applicazione del diritto comunitario nel territorio dell'Unione. *Vulnus* che – sia detto per inciso – lungi dal rappresentare una «sconfitta» dell'ordinamento comunitario, potrebbe costituire un'occasione di arricchimento e maturazione di esso, se è vero, come una certa dottrina da tempo sostiene, che l'attenzione posta da alcune Corti costituzionali «sul problema dei valori su cui si sta costruendo il sistema comunitario non può essere intesa come un *ostacolo* al processo di integrazione europea, anche se all'apparenza essa limita la forza normativa della Comunità e dell'Unione, arginando, in particolare, la portata del primato delle norme comunitarie».

Tale ultima riflessione conduce direttamente nel cuore della seconda difficoltà *supra* evocata, difficoltà di ordine, questa volta, sostanziale. In sintesi, si tratterebbe di capire dove fissare il limite di tollerabilità della diversità, di capire, cioè, fino a che punto un sistema fondato sul concetto di «unità nella diversità» possa sopportare la sussistenza di differenze di disciplina senza incorrere nel rischio di disintegrazione. E proprio quella della definizione dei limiti entro cui l'«unità» tollera la «diversità» e la «diversità» può legittimamente incidere sull'«unità» sembra essere una delle sfide fondamentali che sono chiamati ad affrontare i giudici dell'Europa, ed *in primis* le Corti costituzionali e la Corte di giustizia.

AUSTRIA

di Maria Theresia Rörig

1. Cenni sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo: il quadro costituzionale

La Legge costituzionale federale (*Bundes-Verfassungsgesetz*, in seguito “B-VG”), ovvero la fonte che racchiude la maggior parte delle previsioni di rango costituzionale¹, non forniva, fino a poco tempo fa, indicazioni esplicite in tema di rapporti tra ordinamento interno e fonti comunitarie. Faceva difetto, in particolare, una previsione costituzionale di apertura verso il diritto comunitario che ne disciplinasse gli effetti nell’ordinamento interno e che rappresentasse la copertura dei trasferimenti di sovranità verso l’Unione europea, con tutto ciò che ne consegue (ad esempio, i principi degli effetti diretti e del primato del diritto comunitario).

Ai fini dell’adesione all’Unione europea, il legislatore austriaco ha optato, nel 1994, per l’adozione di un atto specifico: la Legge costituzionale sul Trattato di adesione dell’Austria all’Unione europea (*Gazzetta Ufficiale*, 744/1994). Tale legge è stata approvata a seguito di un procedimento di revisione costituzionale “aggravato”, attraverso un *referendum*, in quanto la si considerava espressione di una revisione “totale”, andando ad incidere sul quadro costituzionale e sui principi fondamentali². Successivamente, ogni riforma del Trattato di adesione ha imposto l’adozione di un’apposita legge costituzionale, fino a quando, nel 2008, l’art. 50 B-VG è stato modificato (nell’ambito di una più ampia riforma costituzionale). Quest’ultimo articolo stabilisce ora espressamente che la ratifica di trattati aventi ad oggetto modifiche dei trattati comunitari e dell’Unione europea necessitano dell’approvazione del Consiglio nazionale austriaco (che, assieme al Consiglio federale, compone il Parlamento federale austriaco).

Nell’ordinamento austriaco, l’apertura al diritto comunitario ed al suo primato viene considerata una logica conseguenza del Trattato di adesione all’UE, la cui base costituzionale è – come detto – la citata Legge costituzionale del 1994. Quest’ultima persegue lo scopo di assicurare la piena apertura dell’ordinamento austriaco verso il diritto comunitario ed in particolare il suo primato ed i suoi effetti diretti nel territorio nazionale, anche con riferimento a norme nazionali di rango costituzionale. Sebbene il primato del diritto comunitario non venga esplicitamente sancito nella

¹ Il diritto costituzionale austriaco è infatti formato dalla costituzione federale in senso stretto e da una serie di leggi costituzionali e trattati. La legge federale costituzionale del 1920, nella redazione del 1929/30 (B-VG), può dunque definirsi come il nucleo centrale della costituzione materiale austriaca.

² V., per ulteriori dettagli, G. PARODI, *Corte costituzionale austriaca e Corti europee*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, ESI, 2006, p. 227 ss.

Legge costituzionale sul Trattato, esso viene affermato attraverso una complicata rete di rinvii e riferimenti³.

La legge costituzionale sul Trattato di adesione non prevede alcuna limitazione espressa al primato del diritto comunitario (neanche in relazione al diritto costituzionale). Si pone quindi la questione, dibattuta soprattutto in dottrina, relativa alle modalità di risoluzione dei casi in cui il diritto comunitario contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale austriaco.

Al riguardo, le note esplicative alla proposta della Legge sembrano suggerire la sussistenza di c.d. “*limiti impliciti all'integrazione*” (*Integrationsschranken*) e quindi permettere una certa limitazione all'operatività del principio del primato per il caso in cui si sia di fronte ad un contrasto tra diritto comunitario e principi fondamentali della Costituzione austriaca⁴.

Con particolare riferimento al *diritto primario comunitario* (ora espressamente richiamato nell'art. 50 B-VG), le note esplicative indicano come le modifiche dei trattati richiedano un controllo di compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Se la modifica di un trattato viola principi fondamentali, la conseguente revisione costituzionale deve considerarsi una revisione “totale”, che, in quanto tale, necessita un *referendum*. In ciò risiede, essenzialmente, il fondamento della sussistenza di un c.d. *limite implicito all'integrazione*.

Con riguardo al *diritto secondario*, si distingue tra atti in linea con il diritto primario ed atti in contrasto con i trattati. Per i primi non si ravvisano, nelle note esplicative, limitazioni all'operatività del principio del primato; per i secondi, invece, le note esplicative rilevano la causa di nullità, allorché tali atti si pongano in conflitto con principi fondamentali della costituzione austriaca. Di conseguenza, si assume che il legislatore abbia affermato una limitazione non-scritta all'integrazione europea con riferimento agli atti “*ultra-vires*” del diritto comunitario secondario che presenti l'ulteriore vizio di porsi in contrasto con principi costituzionali fondamentali.

2. Segue: gli orientamenti della Corte costituzionale ...

Sebbene il dibattito dottrinale⁵ sul primato del diritto comunitario e sull'ipotesi di limiti impliciti all'integrazione non abbia lasciato tracce significative nella giurisprudenza costituzionale, la Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshof* – in seguito anche “VfGH”), che è ripetutamente intervenuta su questioni specifiche relative al diritto comunitario, ha fornito indicazioni importanti in tema di rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario.

³ Si pone al riguardo, anche nell'ordinamento austriaco, la *vexata quaestio* se il primato del diritto comunitario trovi le sue radici nell'autonomia del diritto comunitario ovvero nell'affermazione operata dal diritto costituzionale nazionale: sul tema, v. A. POSCH, *Community law and Austrian constitutional law*, in ICL Journal, vol.2, 4/2008, p. 272 ss.

⁴ Cfr. A. POSCH, *op.cit.*

⁵ Sul quale v. G. PARODI, *op. cit.*, p. 228, nota 4.

2.1. ... sul diritto comunitario direttamente applicabile

La Corte ha recepito senza sostanziali riserve i principi elaborati dalla Corte di giustizia in tema di *primauté* dei regolamenti e del *diritto comunitario direttamente applicabile*. La Corte ha riconosciuto anche l'idoneità di tale diritto a determinare la disapplicazione di disposizioni di rango costituzionale. Se, in merito, non sono reperibili nella giurisprudenza costituzionale esplicite prese di posizione di ordine teorico, volutamente recanti affermazioni di portata generale, il principio posto non appare comunque contestabile, giacché lo stesso giudice costituzionale ha ammesso, in un'importante decisione in materia di telecomunicazioni (caso "*Connect Austria*")⁶, la disapplicazione di una disposizione costituzionale poiché incompatibile con il diritto comunitario.

2.2. ... sul diritto comunitario non direttamente applicabile

Con riferimento al *diritto comunitario non direttamente applicabile*, la Corte ha affermato la necessità di una revisione costituzionale al fine di recepire norme comunitarie derogatorie di principi costituzionali: oltre che ai fini della ratifica dei trattati comunitari incidenti sul quadro costituzionale (come quello dell'Adesione all'UE), la revisione costituzionale è stata ritenuta necessaria per l'adeguamento dell'ordinamento austriaco a fonti di diritto comunitario derivato non direttamente applicabile⁷.

2.3. ... sui rapporti tra fonti comunitarie e diritto interno di livello infracostituzionale

Per quanto attiene ai rapporti tra fonti comunitarie e diritto interno di livello infracostituzionale, la giurisprudenza ha elaborato alcuni punti fermi dai quali emerge, tra l'altro, che la Corte costituzionale ritiene di doversi attenere, nell'esercizio delle sue attribuzioni, al principio del primato del diritto comunitario solo se ciò sia strettamente necessario.

(i) La Corte ha, innanzitutto, affermato che la questione circa la prevalenza del diritto comunitario direttamente applicabile su disposizioni di diritto interno non costituisce di per sé una questione di diritto costituzionale, come tale assoggettabile al suo giudizio⁸. Al riguardo, è stato osservato, da un lato, che i criteri utilizzati dal VfGH per l'identificazione delle fonti comunitarie dotate di effetti diretti sono del tutto conformi a quelli impiegati dalla Corte del Lussemburgo⁹.

⁶ VfGH, 24 febbraio 1999, B 1625/98. Cfr. anche Corte di Giustizia, il caso "*Connect Austria*" [2003], C-462/99.

⁷ VfGH, 30 giugno 2004, 218/03, in relazione alla legge elettorale comunale del *Land* Vienna ed alla capacità elettorale di cittadini extracomunitari; e VfGH, 10 ottobre 2003, G 212/02, in cui la Corte ha chiarito che il *Bund* dovrebbe procedere con legge costituzionale qualora il diritto comunitario richiedesse una deroga alla ripartizione costituzionale delle competenze tra *Bund* e *Länder*.

⁸ VfGH, 26 settembre 2005, B 1330/04.

⁹ VfGH, 12 giugno 1996, B 2477/95.

Dall'altro, si è sottolineato come la Corte ritenga di non porsi in contrasto con la *ratio* della *primauté* qualora controlli la costituzionalità di norme assoggettabili al controllo della Corte di giustizia, ritenendosi abilitata a controllare la costituzionalità delle leggi indipendentemente dalla loro compatibilità con il diritto comunitario.

In presenza di una *manifesta incompatibilità* tra diritto comunitario direttamente applicabile e disposizioni legislative, la Corte austriaca si limita a constatare (ai fini di un eventuale procedimento d'ufficio) l'assenza di pregiudizialità comunitaria¹⁰, giacché l'applicazione della norma comunitaria, in luogo della legge nazionale e dei suoi provvedimenti applicativi, rende inutile lo scrutinio sulla disposizione legislativa sospetta di incostituzionalità.

In caso di *incompatibilità non manifesta*, la Corte si riserva, invece, il potere di controllare la costituzionalità della legge¹¹, senza che ciò abbia però influenza nei confronti dell'attività interpretativa degli organi dell'applicazione. Questi sono comunque, per giurisprudenza costante, invitati a procedere, per quanto possibile, ad una interpretazione conforme al diritto comunitario prima di risolversi a disapplicare la norma interna contraria al diritto comunitario o a proporre un rinvio pregiudiziale nei casi di dubbio¹². La Corte¹³ ha avuto, altresì, occasione di evidenziare il duplice vincolo che grava sul legislatore, tenuto al rispetto sia della normativa comunitaria che dei principi costituzionali, non senza precisare che una disciplina legislativa conforme al diritto comunitario non si sottrae, per ciò solo, allo scrutinio di costituzionalità.

(ii) Nell'ambito del controllo di proporzionalità, non sono infrequenti richiami espliciti alla giurisprudenza comunitaria¹⁴. Più in generale, nella prospettiva del bilanciamento degli interessi, la Corte ha esplicitamente assegnato una tendenziale preminenza alla necessità di un sollecito adempimento degli obblighi comunitari¹⁵.

(iii) Un'ulteriore tecnica di giudizio è quella che determina l'annullamento per violazione del principio di eguaglianza (art. 7, comma 1, B-VG) di leggi la cui contrarietà al diritto comunitario ridondi in un danno per i cittadini austriaci, come nei casi di "discriminazione alla rovescia"¹⁶.

(iv) La Corte ha, infine, escluso che il diritto comunitario, pur direttamente applicabile, possa fornire un valido fondamento legislativo per l'emanazione di regolamenti dell'esecutivo, tale da soddisfare il principio di legalità dell'azione amministrativa (di cui all'art. 18 B-VG)¹⁷.

¹⁰ VfGH, 26 settembre 2005, B 1330/04.

¹¹ VfGH, 24 giugno 1998, G 2/97.

¹² VfGH, 12 dicembre 1995, V 136/94; 26 settembre 2005, B 1330/04.

¹³ VfGH, 30 novembre 2000, G 110, 111/99; per ulteriori rif. vedi G. PARODI, *op. cit.*, p. 234, n. 33.

¹⁴ Cfr., ad es., VfGH, 27 novembre 2003, B251/03, con riferimento alla prevalenza della tutela della salute e dell'ambiente sugli interessi economici, conformemente all'art. 30 Trattato CE.

¹⁵ VfGH, 14 ottobre 1997, B 2418/97.

¹⁶ Cfr. VfGH, 1° marzo 2004, G110/03, e, per ulteriori riferimenti, G. PARODI, *op. cit.*, p. 236 e note 41 s.

¹⁷ Cfr. VfGH, 16 giugno 1998, V 6-8/98.

2.4. ... sulla responsabilità patrimoniale dello Stato per omessa trasposizione

È da segnalare, per concludere sul punto ora analizzato, che la Corte costituzionale austriaca provvede ormai stabilmente in ordine ai ricorsi proposti per far valere la responsabilità patrimoniale dello Stato per omessa trasposizione, non corretta attuazione o violazione del diritto comunitario, in caso di “illecito legislativo” ed in caso di “illecito” posto in essere da parte di giurisdizioni nazionali di ultima istanza (*scil.*, sussistendo le condizioni all’uopo delineate dalla giurisprudenza comunitaria).

3. La Corte costituzionale ed il rinvio pregiudiziale

La Corte costituzionale austriaca ha mostrato un atteggiamento marcatamente cooperativo nei confronti della Corte di giustizia per quanto concerne il riconoscimento della propria qualità di giurisdizione nazionale ai fini del rinvio pregiudiziale di interpretazione a norma dell’art. 234 TCE. Nell’operare in tale veste, la Corte austriaca ha preso le mosse dai criteri esplicitati dalla Corte di giustizia nella sentenza *CILFIT*¹⁸, in particolare là dove il giudice comunitario ha chiarito che un organo giurisdizionale di ultima istanza può astenersi dall’investire in via pregiudiziale la Corte di giustizia “*qualora la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione [...] che si stia già decisa in via pregiudiziale*”, o qualora vi sia una giurisprudenza comunitaria costante che “*risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere*”, ovvero, infine, quando la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga “*con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi*”. Tale ultimo riferimento ha non di rado indotto la Corte austriaca ad impegnarsi sul terreno della ricostruzione e dell’interpretazione del diritto comunitario pertinente nel caso di specie¹⁹.

Nel 2008²⁰, è stato introdotto nella Legge sulla Corte costituzionale un apposito articolo (art. 19a) che disciplina la procedura del rinvio pregiudiziale. Secondo tale disposizione, le ordinanze della Corte costituzionale che prevedono il rinvio circa una determinata questione, ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE alla Corte di giustizia, devono essere notificate alle parti del processo costituzionale. Nelle more del giudizio di fronte alla Corte di giustizia, la Corte costituzionale deve emanare solamente gli atti o provvedimenti che non possano essere influenzati dal giudizio medesimo o, se si tratti di atti urgenti, che non risolvano la questione definitivamente. Nel caso in cui la decisione pregiudiziale non sia ancora stata emessa e la Corte costituzionale non debba più applicare la disposizione oggetto del rinvio pregiudiziale, la Corte austriaca deve immediatamente revocare la domanda pregiudiziale.

¹⁸ Corte giust., 6 ottobre 1982, c. 283/81, *CILFIT c. Ministero della Sanità*, in *Raccolta*, 1982, p. 3415.

¹⁹ Per un’applicazione di quest’ultimo criterio, v. VfGH, 15 ottobre 2005, B 446/05.

²⁰ V. *Gazzetta Ufficiale* I n. 4/2008.

Ad oggi, la Corte austriaca ha investito la Corte di giustizia in via pregiudiziale in tre casi, che risalgono tutti ai primi anni del 2000²¹.

3.1. Corte di giustizia, 20 maggio 2003, cause riunite 465/00, 138/01 e 139/01 (*Österreichischer Rundfunk* e altri)

Nel caso in oggetto, il VfGH era stato adito dalla Corte dei conti al fine di chiarire la portata di alcune disposizioni della legge federale sugli emolumenti dei pubblici funzionari, in base alla quale il *Bund*, i *Länder* e altri enti soggetti al controllo della Corte dei conti erano tenuti a comunicare alla stessa Corte dei conti dati sulle retribuzioni dei dirigenti e dei funzionari pubblici che percepivano stipendi superiori ad un certo importo. Tale comunicazione consentiva alla medesima corte di redigere periodicamente una relazione sulle retribuzioni dei dirigenti e dei funzionari pubblici da consegnare ai due rami del Parlamento federale ed alle diete dei *Länder*²².

Con riferimento alla divergenza interpretativa sul carattere anonimo o meno dei dati in questione e sui poteri di verifica della Corte dei conti, il giudice costituzionale ha ritenuto che la questione dovesse qualificarsi come pregiudiziale ed in quanto tale da sottoporsi all'interpretazione della Corte di giustizia. La Corte austriaca si chiedeva, in particolare, se le direttive comunitarie sulla protezione dei dati personali dovessero interpretarsi nel senso che fosse con esse incompatibile una normativa interna che obbligasse un organo dello Stato al rilevamento ed alla trasmissione, ai fini della pubblicazione, dei nomi e degli emolumenti percepiti dai funzionari appartenenti alle categorie sopra menzionate. Inoltre, la Corte chiedeva al giudice comunitario se la normativa comunitaria sulla protezione dei dati personali fosse da intendersi come direttamente applicabile e, in caso di risposta affermativa alla prima questione, se fosse tale da impedire l'applicazione della normativa interna sottoposta a controllo di costituzionalità²³.

Nella sua risposta, la Corte di giustizia ha dichiarato che le direttive comunitarie non ostano ad una normativa nazionale del tipo di quella austriaca, a condizione che sia provato che l'ampia divulgazione, non solo dell'importo dei redditi annui (laddove questi superino un certo limite) delle persone impiegate presso enti soggetti al controllo della Corte dei conti, ma anche dei nomi dei beneficiari di tali redditi, sia necessaria ed appropriata all'obiettivo di buona gestione delle risorse pubbliche perseguito dal costituente. Inoltre, la Corte di giustizia ha concluso che l'evocata

²¹ Per quanto riguarda l'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte delle (altre) giurisdizioni nazionali di ultima istanza, il VfGH ha in alcune occasioni censurato la violazione del parametro costituzionale che sancisce il diritto al giudice precostituito per legge (art. 83, comma 2, B-VG) per mancata proposizione della questione pregiudiziale di interpretazione: v., per ulteriori ragguagli, G. PARODI, *op. cit.*, p. 245 ss. Infatti, secondo il VfGH, la Corte di giustizia deve ritenersi il giudice precostituito per legge nei casi in cui si debba operare il rinvio pregiudiziale. L'omissione del rinvio implica, in altri termini, la sottrazione al giudice e quindi la violazione del principio costituzionale sancito dall'art. 83 B-VG.

²² VfGH, 12 dicembre 2000, KR 1/00.

²³ Corte di giustizia, 20 maggio 2003, cause riunite 465/00, 138/01 e 139/01, *Österreichischer Rundfunk e altri*, in *Raccolta*, 2003-I, p. 4989.

normativa comunitaria sulla protezione dei dati personali era da ritenersi direttamente applicabile. Essa poteva dunque essere fatta valere dal singolo dinanzi ai giudici nazionali per evitare l'applicazione delle norme di diritto interno contrarie alle disposizioni da essa recate.

A seguito della decisione del giudice comunitario, la Corte austriaca ha concluso per la conformità alla Costituzione austriaca del controllo di cui si trattava, a condizione che nella relazione non venissero menzionati i nomi dei dipendenti accanto agli importi degli emolumenti (giacché tale forma di pubblicità non costituiva misura necessaria e proporzionata rispetto allo scopo di assicurare un uso oculato delle risorse pubbliche²⁴).

3.2. Corte di giustizia, 8 maggio 2003, C-171/01 (*Wählergruppe "Gemeinsam Zajedno/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG"*)

Con ordinanza del 2 marzo 2001, la Corte austriaca ha sollevato due questioni pregiudiziali di interpretazione in relazione alla legge sulle c.d. camere del lavoro, un organismo di rappresentanza e di tutela degli interessi dei lavoratori. Tale legge, con disposizione di dubbia compatibilità con il diritto comunitario, non consentiva di riconoscere ai lavoratori di cittadinanza turca il diritto di elettorato passivo nelle elezioni per l'assemblea plenaria di una camera del lavoro²⁵.

Le questioni pregiudiziali riguardavano l'interpretazione dell'art. 10 della Decisione n. 1/80 del Consiglio di associazione istituito dall'accordo che ha creato un'associazione fra la Comunità economica europea e la Turchia²⁶. L'art. 10 della Decisione dispone che gli Stati membri della Comunità concedono ai lavoratori turchi appartenenti al loro regolare mercato del lavoro un regime caratterizzato dalla mancanza di qualsiasi discriminazione sulla base della nazionalità rispetto ai lavoratori comunitari.

Nonostante tale previsione, la commissione elettorale centrale aveva cancellato dalla lista dei candidati alle elezioni tutti i cittadini turchi, sulla base del rilievo che essi non erano in possesso della cittadinanza austriaca e che, conseguentemente, non erano eleggibili.

Al fine di potersi pronunciare sul ricorso di un gruppo di elettori, il VfGH si è interrogato sulla compatibilità con il diritto comunitario della pertinente normativa austriaca ed ha quindi sottoposto alla Corte di giustizia i seguenti questioni pregiudiziali:

“se l'art. 10 decisione n. 1/80 vada interpretato nel senso che tale disposizione osti alla normativa di uno Stato membro che escluda i lavoratori turchi dall'eleggibilità all'assemblea generale di una camera del lavoro”;

²⁴ VfGH, 28 novembre 2003, KR 1/00 – KR 2/00, KR 4/00, KR 3/00, KR 5/00 u.a., KR //00 u.a., KR 2/02.

²⁵ VfGH, 2 marzo 2001, WI-14/99.

²⁶ Corte di giustizia, 8 maggio 2003, C- 171/01, *Wählergruppe "Gemeinsam Zajedno/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG"*, in Raccolta, 2003-I, p. 4301.

per il caso di risposta affermativa alla prima questione, il VfGH ha posto l'ulteriore interrogativo "se questo articolo costituisca diritto comunitario direttamente applicabile".

Nella sua risposta, la Corte di giustizia ha dichiarato che tale disposizione ha effetti diretti negli Stati membri ed osta all'applicazione di una normativa nazionale che neghi, ai lavoratori turchi inseriti nel regolare mercato del lavoro dello Stato membro ospitante, l'elettorato passivo all'assemblea plenaria di un organismo di rappresentanza, quali sono le camere del lavoro austriache.

3.3. Corte di giustizia, 8 novembre 2001, c. 143/99 (*Adria-Wien Pipeline GmbH e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH contro Finanzlandesdirektion für Kärnten*)

Con ordinanza del 10 marzo 1999²⁷, il VfGH ha sollevato, a norma dell'art. 234 TCE, due questioni pregiudiziali in materia tributaria, relative all'interpretazione dell'art. 87 del Trattato CE, che riguardavano le imposte prelevate per il consumo di energia elettrica e di gas naturale ed il rimborso parziale di queste ultime²⁸.

Secondo la legge austriaca, il rimborso delle imposte sull'energia spettava solo alle imprese la cui attività consistesse principalmente nella produzione di beni materiali. Le imprese che non soddisfacevano questo requisito hanno così visto respinta la loro domanda di rimborso. Il VfGH, in merito ad un ricorso sottopostogli contro la mancata concessione di rimborsi delle imposte sull'energia, si è pertanto chiesto se le disposizioni della legge austriaca rappresentassero o meno un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato. Il VfGH ha sollevato, più precisamente, dubbi circa il carattere selettivo del rimborso delle imposte sull'energia.

Conseguentemente, ha sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali: ha chiesto, in primo luogo, se i provvedimenti legislativi di uno Stato membro, che prevedono il parziale rimborso delle imposte sull'energia applicate al gas naturale ed all'energia elettrica, ma che accordano tale rimborso solo alle imprese il cui fulcro di attività può dimostrarsi consistere nella produzione di beni economici materiali, vadano considerati aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato CE. In caso di soluzione affermativa della prima questione, il VfGH ha poi chiesto se un siffatto provvedimento legislativo debba considerarsi aiuto di Stato, anche quando esso sia accordato a tutte le imprese, a prescindere dal fatto che la loro attività principale consista nella produzione di beni economici materiali o meno.

Per quanto riguarda la ricevibilità delle questioni pregiudiziali, il Governo austriaco si è espresso sulla rilevanza delle questioni pregiudiziali ai fini della definizione dei procedimenti dinanzi al VfGH, alla luce dell'organizzazione delle giurisdizioni austriache. Ha al riguardo osservato come la

²⁷ Cfr. l'ordinanza di rinvio VfGH, 10 marzo 1999, B 2251/97, B 2594/97.

²⁸ Corte di giustizia, 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH contro Finanzlandesdirektion für Kärnten*, in Raccolta, 2001-I, p. 8365.

costituzione austriaca ripartisca il controllo giurisdizionale delle decisioni amministrative tra la Corte suprema amministrativa ed il VfGH: quest'ultimo può conoscere, in quanto inadempimenti di obblighi derivanti dalla Costituzione, soltanto delle violazioni qualificate e quindi manifeste. Per contro, se tali violazioni non sono manifeste, deve lasciare alla Corte suprema amministrativa il compito di esercitarne il controllo. Di conseguenza, anche se la norma controversa fosse stata da ritenersi un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato, secondo il Governo austriaco ciò non avrebbe avuto rilevanza nel procedimento dinanzi al VfGH.

Tuttavia, la Corte di giustizia ha ritenuto di poter respingere la domanda pregiudiziale solo qualora risulti manifesto che l'interpretazione richiesta dal giudice nazionale non abbia alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale. Infatti, secondo la Corte, spetta, in conformità con la sua giurisprudenza costante, al giudice nazionale, cui è sottoposta la controversia, valutare sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale ai fini della propria decisione sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte.

Il giudice comunitario ha quindi stabilito che i provvedimenti nazionali che prevedevano un rimborso parziale delle imposte sull'energia applicate al gas naturale ed all'energia elettrica non costituivano aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato e che, invece, dovevano essere considerati aiuti di Stato i provvedimenti nazionali che prevedevano un rimborso parziale delle imposte sull'energia applicate al gas naturale ed all'energia elettrica solo a favore delle imprese che avevano come attività principale la produzione di beni materiali.

Sulla scorta della sentenza del giudice comunitario, la Corte costituzionale austriaca ha ritenuto la disciplina nazionale del rimborso, nella parte in cui esso veniva limitato alle sole imprese produttrici di beni materiali, come diretta a realizzare un aiuto di Stato contrastante con il diritto comunitario. Ciò ha comportato la disapplicazione della legge tributaria e l'accoglimento dei ricorsi individuali con i quali erano stati impugnati i provvedimenti dell'amministrazione finanziaria²⁹.

Successivamente, a seguito della notifica (*ex art. 88 Trattato CE*) del provvedimento legislativo contestato alla Commissione europea, che lo ha ritenuto compatibile con il mercato comune se circoscritto al periodo 1996-2001, l'amministrazione finanziaria ha confermato i provvedimenti negativi nei riguardi delle imprese di servizi e la Corte costituzionale ha rigettato un ricorso presentato *ex art. 144 B-VG*³⁰ da un'impresa di trasporto ferroviario alla quale era stato negato il

²⁹ VfGH, 13 dicembre 2001, B 2251/97, B 2343/97, B 2809/97, B 950/98.

³⁰ Si tratta del ricorso individuale per l'impugnazione di provvedimenti amministrativi. A norma dell'art. 144 B-VG, il VfGH giudica sui ricorsi contro provvedimenti di autorità amministrative qualora il ricorrente ritenga, tra l'altro, di essere leso da un tale provvedimento in un suo diritto costituzionale garantito o di essere stato leso nei suoi diritti dall'applicazione di un regolamento illegittimo o di una legge incostituzionale. Il procedimento disciplinato dall'art. 144 B-VG è infatti destinato ad accertare: a) se un diritto tutelato dalla Costituzione sia stato leso da un provvedimento amministrativo, ovvero b) se il ricorrente sia stato leso nei suoi diritti dall'applicazione di una legge incostituzionale, ciò che preclude l'uso di tale procedimento in funzione di garanzia di diritti fondati esclusivamente sul diritto comunitario o di diritti lesi da provvedimenti applicativi di leggi con esso incompatibili. Cfr. G. PARODI, *op. cit.*, p. 235.

rimborso delle imposte sull'energia³¹.

La Corte austriaca, quindi, si è riservata di non proporre la questione pregiudiziale di interpretazione, nonostante l'apparente contrasto tra il diritto comunitario e la disciplina interna, quando quest'ultima presenti profili di incostituzionalità rilevanti nell'ambito di un procedimento pendente davanti ad essa. In tale evenienza, infatti, la Corte preferisce sovente instaurare il procedimento d'ufficio per pervenire all'annullamento della legge oggetto di autorimessione, sulla scorta della premessa che tende a separare il piano dell'incostituzionalità da quello della contrarietà al diritto comunitario³².

3.4. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto e degli esempi passati in rassegna, può affermarsi – riepilogando i tratti salienti che sono stati acquisiti con la presente indagine – che la Corte costituzionale si avvale solitamente del rinvio pregiudiziale se sussiste (i) la propria giurisdizione (quindi nei casi in cui si ponga una questione di legittimità costituzionale) e, nel contempo, (ii) un motivo per cui si assume un contrasto tra una norma interna ed una disposizione comunitaria.

Ove risulti manifesto il contrasto tra la norma austriaca e quella comunitaria, con conseguente disapplicazione della prima, la Corte nega, in taluni casi, la possibilità di instaurare un procedimento costituzionale e quindi rifiuta il proprio coinvolgimento.

In altre circostanze ancora, qualora una corte inferiore non abbia sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia sebbene sussistesse un suo obbligo al riguardo, il VfGH afferma l'avvenuta violazione del diritto al giudice precostituito per legge e rinvia il caso alla corte inferiore, senza investire essa stessa la Corte di giustizia.

³¹ VfGH, 12 dicembre 2002, B 1348/02.

³² Sul tema, v. G. PARODI, *op. cit.*, p. 244.

BELGIO

di Charlotte Bontemps di Sturco

1. La *Cour d'arbitrage*, ora *Cour constitutionnelle*, ed il diritto comunitario

La *Cour constitutionnelle* (denominazione assunta, nel 2007, da quella che era la *Cour d'arbitrage*) esercita il controllo di costituzionalità di atti normativi sulla base di due vie d'accesso: ricorso di annullamento, disciplinato dagli articoli 1-25 e 30 *bis* della *Loi spéciale* del 6 gennaio 1989 sulla *Cour constitutionnelle* (come modificata da ultimo il 21 febbraio 2010) e la questione pregiudiziale, disciplinata dagli articoli 26-30 e 30 *bis* della medesima legge.

Nell'esercizio di entrambe le competenze, il parametro di costituzionalità è integrato da fonti di provenienza esterna. Tali fonti possono essere anche oggetto del giudizio, anche se al riguardo la *Cour constitutionnelle* agisce in maniera diversa a seconda del tipo di competenza che esercita.

1.1. Il diritto (internazionale e) comunitario come parametro di giudizio

La Costituzione belga non contiene disposizioni che chiariscano i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario.

La Costituzione, nella sua versione originaria del 1831, neppure aveva previsto un controllo giurisdizionale delle leggi: la *Cour d'arbitrage* è entrata in funzione il 1° ottobre 1984 (in seguito all'entrata in vigore della *Loi spéciale* dell'8 agosto 1980 e della legge del 28 giugno 1983), ma con un ruolo più che altro arbitrale nel riparto delle competenze tra Stato, Regioni e Comunità. Una tale competenza ha comunque permesso di controllare (e di annullare) leggi, decreti ed ordinanze, donde la qualificazione dell'organo come un – pur se anomalo – giudice costituzionale³³. La trasformazione in una vera e propria corte costituzionale³⁴ avverrà comunque successivamente, preparata da una notevole evoluzione giurisprudenziale e realizzata attraverso diverse riforme costituzionali³⁵, culminate nel 2007 con il mutamento di denominazione.

³³ Sul tema, v., in particolare, P. CARROZZA, *La Cour d'arbitrage belga come corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1985; E. GROSSO, *Il dialogo necessario, la Cour d'arbitrage belga e le Corti europee, tra tutela dei diritti fondamentali e applicazione del diritto comunitario nell'ordine giuridico interno*, in G. F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, ESI, 2006, p. 262.

³⁴ F. DELPÉRÉE, *La nouvelle Constitution belge*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1994, n. 17 p. 3.

³⁵ La revisione costituzionale del 6 gennaio 1989 sulla *Cour d'arbitrage* ha attribuito alla corte il potere di annullare le leggi che fossero in contrasto con gli articoli 10 – principio d'uguaglianza–, 11 – principio di non discriminazione – e 24 della Costituzione – principi concernenti l'istruzione –; la revisione del 9 marzo 2003 ha ulteriormente esteso il parametro di costituzionalità a tutto il Titolo II della Costituzione – *Des Belges et de leurs droits* (articoli da 8 a 32) – ed a diversi altri articoli (gli articoli 170 e 172, in materia finanziaria ; e l'articolo 191, in materia di protezione degli stranieri).

L'istituzione relativamente recente di una giurisdizione costituzionale spiega il ruolo fondamentale delle giurisdizioni ordinarie e amministrative in materia di rapporti tra diritto interno e fonti esterne e, al contempo, l'apertura prodottasi nei confronti del diritto internazionale (della CEDU, in particolare) e del diritto comunitario, che ha avuto poi riflessi sul parametro dei giudizi di costituzionalità.

È stata la Corte di cassazione che, per prima, ha avuto modo di definire i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario. Lo ha fatto nella sentenza 27 maggio 1971, *Le ski*³⁶, nella quale ha affermato la superiorità dei trattati internazionali sulle norme legislative e regolamentari interne, anche posteriori, con la conseguenza di imporre, ai giudici ordinari ed amministrativi, la disapplicazione delle norme interne contrastanti con quelle esterne.

Dal canto suo, la *Cour d'arbitrage*, a partire da decisione di principio n. 26/91 del 16 ottobre 1991, ha sempre espressamente negato che le norme esterne prevalessero su quelle costituzionali.

Ciò posto, la *Cour d'arbitrage* – a partire dalla stessa sentenza n. 26/91 – ha comunque riconosciuto la parametricità nei giudizi di legittimità costituzionale del diritto sovranazionale, all'uopo riferendosi all'articolo 24³⁷ della Costituzione, che si richiama genericamente i diritti fondamentali, ed agli articoli 10 e 11 della Costituzione, sui principi di eguaglianza e di non discriminazione. E l'uso delle norme sovranazionali hanno contribuito non poco all'evoluzione della Corte verso una Corte costituzionale.

Con particolare riguardo al diritto comunitario, primario e derivato, esso viene impiegato a diversi scopi: come strumento di interpretazione del diritto interno, come completamento delle disposizioni costituzionali o come specificazione-integrazione dei profili connessi a singoli principi costituzionali (primo tra tutti, quello di eguaglianza)³⁸.

³⁶ Cass., 27 maggio 1971, *Etat Belge c. SA Fromagerie franco-suisse Le ski*.

³⁷ “Ognuno ha diritto all'insegnamento nel rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali”.

³⁸ E. GROSSO, Il dialogo necessario, la *Cour d'arbitrage* belga e le Corti europee, tra tutela dei diritti fondamentali e applicazione del diritto comunitario nell'ordine giuridico interno, cit., p. 280 e 281 (ivi anche ampi richiami giurisprudenziali).

1.2. Il diritto (internazionale e) comunitario come oggetto (diretto o indiretto) del giudizio

Come accennato, la tematica del controllo di costituzionalità del diritto comunitario e degli atti che ad esso danno attuazione deve essere analizzata operando una scissione tra il ricorso di annullamento e la questione pregiudiziale.

(a) Con riferimento al ricorso di annullamento, l'articolo 3 § 2 della legge speciale del 6 gennaio 1989 ha previsto che “i ricorsi di annullamento totale o parziale di una legge, di un decreto o di un atto menzionato all'articolo 134 della Costituzione³⁹ con i quali un trattato riceve attuazione, sono ricevibili solo se sono introdotti entro il termine di sessanta giorni a partire dalla pubblicazione della legge, del decreto o dell'atto menzionato all'articolo della Costituzione”. La disposizione, nel riferirsi a trattati, ha particolare importanza per quanto attiene al diritto primario comunitario.

Ora, il termine di sessanta giorni è più breve di quello di sei mesi previsto per gli altri atti suscettibili di un ricorso di annullamento (ai termini dell'articolo 3 § 1 della medesima legge): la *ratio* è evidentemente da ricercare nell'avvertita opportunità di limitare al massimo il periodo di tempo entro il quale sono contestabili atti che implicano la responsabilità internazionale del Belgio. La finalità appare, però, difficile da perseguire, dal momento che – alla luce di quanto si dirà – non può escludersi che venga sottoposta alla Corte una questione pregiudiziale concernente la legittimità costituzionale di norme nazionali che danno esecuzione ai trattati. Tale ipotesi si è verificata a proposito del recepimento del Trattato di Maastricht, in ordine all'applicazione delle disposizioni concernenti il diritto di voto alle elezioni municipali dei cittadini comunitari residenti in Belgio. La *Cour d'arbitrage*, nella sentenza n. 76/94 del 18 ottobre 1994, constatando il difetto di interesse dei ricorrenti, non si è comunque pronunciata nel merito.

Per quanto riguarda specificamente il diritto comunitario (primario e derivato) come oggetto del giudizio di costituzionalità, si ritiene, in dottrina, che la Corte potrebbe avvalersi dell'articolo 34 della Costituzione⁴⁰, al fine di escludere la propria competenza a pronunciarsi su una eventuale questione di costituzionalità, giacché tale articolo è stato configurato alla stregua del “fondamento costituzionale dei meccanismi istituzionali che il Trattato CE ha istituito per assicurare un'interpretazione uniforme nell'insieme dei paesi membri dell'Unione europea”⁴¹,

(b) In ordine alla questione pregiudiziale, fino a tempi recenti, non si rinveniva una normativa analoga a quella di cui all'articolo 3 § 2 della legge speciale del 6 gennaio 1989. La Corte, con un'interpretazione estensiva, ha però ritenuto di poter svolgere ugualmente, anche in sede di giudizio su questione pregiudiziale, un sindacato relativo alle disposizioni attuative di impegni

³⁹ L'articolo 134 della Costituzione riguarda le competenze normative conferite agli organi regionali.

⁴⁰ Secondo il quale “l'esercizio di poteri determinati può essere attribuito da un trattato o da una legge ad istituzioni di diritto internazionale pubblico”.

⁴¹ Consiglio di Stato, 5 novembre 1996, n. 62.992.

internazionali⁴². Questa giurisprudenza ha suscitato critiche da parte della dottrina, focalizzate sulle conseguenze di una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale di dette norme, conseguenze di ardua gestione sia per quanto riguarda l'eventuale responsabilità internazionale del Belgio sia per le problematiche legate ad un conflitto tra norme costituzionali e norme sovranazionali⁴³.

Il legislatore costituzionale è dunque dovuto intervenire al fine di ovviare alla suddetta interpretazione estensiva. Lo ha fatto con la legge speciale del 9 marzo 2003, che ha inserito, nel capitolo relativo alla questione pregiudiziale, un articolo 26 § 1 *bis*, ai termini del quale “sono esclusi dell'ambito di applicazione di questo articolo le leggi, i decreti o gli atti menzionati all'articolo 134 della Costituzione che diano esecuzione ad un trattato dell'Unione europea o alla Convenzione del 4 novembre 1950 di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o ad un Protocollo addizionale di detta convenzione”.

La Corte costituzionale ha successivamente preso atto di questo cambiamento normativo ed ha declinato la propria competenza a controllare, tramite questione pregiudiziale, le norme che diano attuazione a fonti internazionali o comunitarie⁴⁴.

2. *Cour d'arbitrage* (e *Cour constitutionnelle*) e rinvio pregiudiziale

La *Cour d'arbitrage – Cour constitutionnelle*, dal 1997, ha operato 9 rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, nell'ambito dei diversi tipi di competenza.

La relativa frequenza con cui si fa luogo ad un rinvio pregiudiziale dimostra che tale strumento è visto come un *atout* importante per il giudice costituzionale belga nell'ottica di potenziare il dialogo con la Corte di giustizia e, al contempo, per potenziare il proprio ruolo all'interno dell'ordinamento nazionale.

2.1. I rinvii della *Cour d'arbitrage – Cour constitutionnelle* alla Corte di giustizia

La *Cour d'arbitrage* ha per la prima volta accettato, nell'ambito di un ricorso di annullamento, di operare un rinvio alla Corte di giustizia delle Comunità europee, con la sentenza n. 6/97 del 19 febbraio 1997. Ad esso sono seguiti quelli operati con le sentenze nn. 139/2003 del 29 ottobre, 126/05 del 13 luglio 2005; 51/2006 del 19 aprile 2006; 12/2008 del 14 febbraio 2008; 131/2008 del 1° settembre 2008; 103/2009 del 18 giugno 2009; 128/2009 del 24 luglio 2009 e 30/2010 del 30 marzo 2010.

⁴² *Cour d'arbitrage*, sentenza n. 12/94 del 2 marzo 1994.

⁴³ Per ampi dottrinali, v. E. GROSSO; Il dialogo necessario, la *Cour d'arbitrage* belga e le Corti europee, tra tutela dei diritti fondamentali e applicazione del diritto comunitario nell'ordine giuridico interno, cit., p. 266.

⁴⁴ *Cour d'arbitrage*, sentenza n. 320/04 del 14 gennaio 2004, a proposito dell'Atto unico europeo.

In tutti i casi, tranne uno, il rinvio pregiudiziale è stato operato nell'ambito di un ricorso di annullamento. Solo nella sentenza n. 128/2009, relativa ad una disposizione attuativa della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo è stato operato un rinvio alla Corte di giustizia nell'ambito di una questione pregiudiziale. La *Cour*, pur dando conto che si trattava del primo rinvio che trae origine da una questione pregiudiziale di costituzionalità, non ha ritenuto di dover enfatizzare la novità, suggerendo così una piena fungibilità – ai fini dell'instaurazione di un giudizio di fronte alla Corte di giustizia – tra i due tipi di giudizio di costituzionalità.

La *Cour constitutionnelle* ha effettuato rinvii pregiudiziali diretti ad richiedere l'interpretazione di una disposizione (ad es., sentenza n. 6/97 del 19 febbraio 1997) e, sebbene con maggiore parsimonia, finalizzati ad giudizio sulla validità di un atto comunitario (ad es. sentenza n. 126/05 del 13 luglio 2005); non sono mancati casi in cui si sono richiesti, congiuntamente, una interpretazione ed un giudizio sulla validità (ad es. sentenza n. 128/2009 del 24 luglio 2009).

Allo stato, i primi 5 rinvii hanno dato luogo a 5 pronunce della Corte di giustizia (rispettivamente: sentenza 16 luglio 1998, causa C-93/97, ordinanza 1° ottobre 2004, causa C-480/03, sentenza 26 giugno 2007, causa 305/05; sentenza 1° aprile 2008, causa C-212/06; e sentenza del 13 aprile 2010, causa C-73/08). Gli ultimi 4 rinvii sono, invece, ancora pendenti.

2.2. Il seguito delle sentenze della Corte di giustizia

La prassi invalsa vuole che, a distanza di poco tempo dalle pronunce della Corte di giustizia, la *Cour d'arbitrage* – *Cour constitutionnelle* adotti un'ordinanza con cui sollecita le parti a proporre nuove conclusioni, al fine di prendere in considerazione le conseguenze della decisione della Corte di giustizia. La decisione di merito viene adottata qualche mese dopo (nel rispetto del termine di sei mesi per pronunciarsi, termine sospeso con il rinvio che riprende a decorrere con l'ordinanza sopramenzionata). Così, la *Cour* si è ulteriormente pronunciata con i seguenti atti: sentenza n. 120/98 del 3 dicembre 1998, in seguito alla sentenza n. 6/97 del 19 febbraio 1997 della *Cour d'arbitrage* ed alla sentenza 16 luglio 1998, causa C-93/97 della Corte di giustizia; sentenza n. 28/2005 del 9 febbraio 2005, in seguito alla sentenza n. 139/2003 del 29 ottobre della *Cour d'arbitrage* ed all'ordinanza del 1° ottobre 2004, causa C-480/03, della Corte di giustizia; sentenza n. 128/2007 del 10 agosto 2007 in seguito alla sentenza n. 126/05 del 13 luglio 2005 della *Cour d'arbitrage* ed alla sentenza del 26 giugno 2007, causa C-305/05, della Corte di giustizia; e sentenza n. 11/2009 del 21 gennaio 2009, in seguito alla sentenza n. 51/2006 del 19 aprile 2006 della *Cour d'arbitrage* ed alla sentenza del 1° aprile 2008, causa C-212/06, della Corte di giustizia. Non si è ancora pronunciato in seguito all'ultima sentenza della Corte di giustizia, del 13 aprile 2010.

Nel caso che ha dato origine alla prima sentenza che ha operato il rinvio, la sentenza n. 6/97 del 19 febbraio 1997, oggetto del ricorso di annullamento era un decreto fiammingo che disciplinava la formazione specialistica in medicina generale da parte di un'associazione rappresentativa dei

medici. La Corte ha ritenuto che la controversia riguardasse la determinazione dell'anno a decorrere dal quale la formazione specialistica in medicina generale potesse avere inizio, e più in particolare se l'accesso a detta formazione presupponesse che l'interessato fosse in possesso di un diploma certificato o altro titolo di cui all'articolo 3 della direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, 93/16/CEE (le parti invocavano, infatti, la violazione delle norme sulla ripartizione delle competenze tra Stato e comunità, ma anche diverse interpretazioni della direttiva; l'associazione dei medici, inoltre, asseriva che la norma impugnata permetteva l'accesso alla formazione discriminando i fiamminghi, cui erano imposti requisiti ulteriori rispetto a coloro che beneficiavano di titoli di riconoscimento in virtù della direttiva). La Corte ha così deciso di sospendere il giudizio e di operare un rinvio alla Corte di giustizia (senza neppure menzionare il fondamento giuridico di detto rinvio, né la procedura seguita). La Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza del 16 luglio 1998, causa C-93/97, nella quale ha evidenziato la finalità della direttiva, consistente nell'agevolare la libera circolazione dei medici ed il reciproco riconoscimento dei loro diplomi, ed ha precisato che la natura delle attività da svolgere nella specie non presupponeva che i soggetti avessero conseguito un diploma o altro titolo equipollente anteriormente all'inizio della formazione. La Corte di giustizia ha comunque chiarito che spetta agli Stati membri la disciplina dell'attività professionale e delle responsabilità delle persone coinvolte nei corsi di formazione. Nella sentenza n. 120/98 del 3 dicembre 1998, la *Cour d'arbitrage* ha quindi rigettato le prospettazioni dell'associazione rappresentativa dei medici, considerando che le risposte date dalla Corte di giustizia alle questioni poste non facevano emergere un disconoscimento dell'articolo della direttiva invocato. Per gli altri motivi di costituzionalità, la *Cour* si è invece pronunciata riferendosi alle norme costituzionali invocate rigettando, comunque, le doglianze dei ricorrenti.

Nel caso che ha dato luogo alla sentenza n. 139/2003 del 29 ottobre, la *Cour d'arbitrage* era stata adita con un ricorso di annullamento contro un decreto regionale che aveva introdotto una nuova disciplina sulla protezione degli uccelli, con divieto di detenzione di specie di uccelli selvatici nati e cresciuti in cattività. Il ricorrente invocava la violazione del principio di eguaglianza, in quanto la protezione degli uccelli selvatici era più rigorosa di quella prevista per gli (altri) animali selvatici. La *Cour d'arbitrage* ha operato un rinvio alla Corte di giustizia con cui si chiedeva se la direttiva 79/409 CEE del Consiglio, del 2 aprile 1979, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, dovesse essere interpretata nel senso di non autorizzare gli Stati membri ad istituire una regolamentazione che fosse ugualmente applicabile agli uccelli, menzionati all'allegato 1 della direttiva, nati e cresciuti in cattività. Si chiedeva, poi, per il caso in cui la stessa direttiva dovesse essere interpretata nel senso di autorizzare gli Stati membri a porre solo una disciplina di protezione per gli uccelli nati e cresciuti in cattività, se tale disciplina potesse vertere unicamente sul commercio di questi uccelli oppure se potesse estendersi a tutto ciò che fosse collegabile al commercio. La Corte di giustizia, con l'ordinanza del 1° ottobre 2004, causa C-480/03, ha negato che la direttiva si applicasse alle specie nate e cresciute in cattività, evidenziando la competenza degli Stati in materia, con la riserva del rispetto degli articoli 28 a 30 del Trattato CE. La *Cour*

d'arbitrage ha quindi adottato la sentenza n. 28/2005 del 9 febbraio 2005, nella quale ha statuito sull'esito del ricorso di annullamento. La decisione si è basata più sul diritto comunitario che sul diritto costituzionale, in quanto si è dichiarato che il divieto di attività commerciale posto dalla norma oggetto del ricorso fosse giustificato dal fine di lottare contro il traffico ed il bracconaggio, e dunque legittimato sulla base dell'articolo 30 del Trattato CE.

Nel giudizio nell'ambito del quale la *Cour d'arbitrage* ha reso la sentenza n. 126/05 del 13 luglio 2005, oggetto del sindacato di costituzionalità era la legge belga del 19 dicembre 2003 relativa al mandato d'arresto europeo. Il rinvio pregiudiziale ha posto una questione sulla inerente alla validità di alcune disposizioni della decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 2002/584/GAI del 13 giugno 2002. La Corte di giustizia si è pronunciata, con la sentenza del 26 giugno 2007, causa C-305/05, che la decisione quadro era conforme alle disposizioni del Trattato invocate. In seguito a detta pronuncia, la *Cour constitutionnelle* ha reso la sentenza n. 128/2007 del 10 agosto 2007, in cui si è fatta applicazione sia di disposizioni costituzionali che della normativa (e della giurisprudenza) comunitaria. Ciò non ha impedito che venissero rigettate tutte le questioni poste dai ricorrenti.

Nella controversia che ha dato origine al quarto rinvio, era contestato, in due ricorsi per annullamento – promossi dalle altre due comunità – un decreto della Comunità fiamminga in materia di assicurazione e sanità. Detto decreto prevedeva alcune differenze di trattamento, sia per le assicurazioni che per la previdenza sociale, basate sul criterio della residenza o su quello del luogo di lavoro. La *Cour d'arbitrage*, nella sentenza n. 51/2006 del 19 aprile 2006 ha operato un rinvio al fine di chiedere se il decreto contestato rientrasse nell'ambito materiale del regolamento CEE n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971; se, in caso di risposta affermativa, detto regolamento comunitario si opponesse all'adozione di una limitazione su base territoriale, in materia di assicurazione, riferita alle persone residenti nella Comunità indipendentemente della loro cittadinanza belga o comunitaria; se l'interpretazione degli articoli 18, 30 e 43 del Trattato CE si opponesse, in materia di previdenza sociale, ad una distinzione tra i cittadini comunitari in base al criterio della residenza; e, infine, se detti articoli dovessero essere interpretati come impeditivi dell'applicazione del criterio del domicilio all'interno del territorio di una componente o di un'altra dello Stato federale. Nella sentenza del 1° aprile 2008, causa C-212/06, la Corte di giustizia ha affermato che il decreto fiammingo rientrava nell'ambito di applicazione del citato regolamento comunitario, precisando che gli articoli 39 e 43 del Trattato CE non si oppongono all'adozione di un decreto da parte di un'entità regionale che limiti i benefici, in materia di assicurazione, alle persone che risiedono o esercitano un'attività professionale nel suo territorio, nella misura in cui la differenziazione di trattamento si applichi tanto ai cittadini dello Stato quanto a(gli altri)i cittadini comunitari⁴⁵; ha invece ritenuto che detti articoli del Trattato impediscano distinzioni del tipo di

⁴⁵ Con tali argomentazioni, si è dunque risposto unitariamente alla seconda ed alla terza questione pregiudiziale posta dalla *Cour* belga.

quelle operate dal decreto contestato in materia di previdenza sociale e di accesso alle prestazioni. La *Cour constitutionnelle*, con la sentenza n. 11/2009 del 21 gennaio 2009, ha dichiarato incostituzionale la disposizione del decreto che prevedeva differenziazioni in materia di previdenza sociale, riferendosi sia agli articoli 10 e 11 della Costituzione belga che alla decisione della Corte di giustizia. Per quanto riguarda la materia dell'assicurazione, la decisione della corte belga non è parsa del tutto in linea con quella della Corte di giustizia: in virtù "di esigenze inerenti alla ripartizione dei poteri nell'ambito della struttura federale belga", la *Cour constitutionnelle* ha rimarcato che si trattava di "una situazione puramente interna, nella quale il diritto comunitario non [poteva] essere applicato". Nel merito, ha comunque rigettato la doglianza, evitando così di discostarsi, almeno formalmente, dalla sentenza della Corte di giustizia.

Infine, nel caso che ha dato luogo alla sentenza n. 12/2008 del 14 febbraio 2008, era contestato, con due ricorsi di annullamento promossi da studenti e docenti universitari e di istituti di istruzione superiore, un decreto della Comunità francese del 16 giugno 2006 che disciplinava il numero di studenti per il primo ciclo dell'insegnamento superiore nelle discipline mediche e paramediche. Detto decreto istituiva un sistema di quote per l'accesso alla formazione fondato sul criterio di residenza nella Comunità, in base agli anni. In caso di superamento del numero di posti disponibili, e secondo le quote, si procedeva ad un'estrazione a sorte. I ricorrenti invocavano la violazione degli articoli 10 e 11 della Costituzione nonché dell'articolo 191, letti in combinazione con gli articoli 2 e 5 del Primo protocollo addizionale alla CEDU, con l'articolo 14 della CEDU e con gli articoli 18, 149 e 150 del Trattato CE. La *Cour constitutionnelle* si è così trovata di fronte all'invocazione di diverse disposizioni internazionali e comunitarie. Ha quindi operato un rinvio alla Corte di giustizia ponendo tre questioni pregiudiziali: (i) "se gli artt. 12, primo comma, [CE] e 18, n. 1, [CE], in combinato disposto con l'art. 149, nn. 1 e 2, secondo trattino, [CE] e con l'art. 150, n. 2, terzo trattino, [CE], [dovessero] essere interpretati nel senso che tali disposizioni osta[va]no a che una Comunità autonoma di uno Stato membro competente per l'istruzione superiore, che d[ovesse] far fronte all'afflusso di studenti di uno Stato membro confinante a diverse formazioni di carattere medico, finanziate principalmente con fondi pubblici, a seguito di una politica restrittiva adottata in tale Stato confinante, adott[asse] misure come quelle di cui al decreto [16 giugno 2006], qualora tale Comunità fac[esse] valere ragioni valide per sostenere che tale situazione rischia[va] di pesare eccessivamente sulle finanze pubbliche e di ipotecare il livello qualitativo dell'insegnamento offerto"; (ii) "se la soluzione della questione di cui al punto n. 1 differis[se] qualora tale Comunità dimostr[asse] che questa situazione [aveva] come effetto che troppo pochi studenti residenti in detta Comunità consegu[iva]no il loro diploma perché vi [fosse], in modo durevole, sufficiente personale medico qualificato per garantire la qualità del regime di sanità pubblica in seno a tale Comunità"; (iii) "se la soluzione della questione di cui al punto n. 1 differis[se] qualora tale Comunità, tenuto conto dell'art. 149, primo comma, *in fine*, CE e dell'art. 13, n. 2, lett. c), del [Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali], che contiene un obbligo di *standstill*, opt[asse] per il

mantenimento di un accesso ampio e democratico ad un insegnamento superiore di qualità per la popolazione di tale Comunità”.

La Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza del 13 aprile 2010, causa C-73/08. Riferendosi sia al diritto internazionale che a quello comunitario, unendo le due prime questioni, ha stabilito che “gli artt. 18 e 21 del TFUE ostano ad una normativa nazionale, come quella oggetto delle cause principali, che limiti il numero di studenti non residenti in Belgio che possono iscriversi per la prima volta in corsi di formazione medica e paramedica di istituti di istruzione superiore, salvo che il giudice del rinvio, in esito ad una valutazione di tutti i pertinenti elementi presentati dalle autorità competenti, non constati che tale normativa risulti giustificata con riguardo all’obiettivo della tutela della sanità pubblica”. Sulla terza questione, ha invece rilevato che “le autorità competenti non possono invocare l’art. 13, n. 2, lett. c), del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, adottato dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, qualora il giudice del rinvio accerti che il decreto della Comunità francese 16 giugno 2006, che regola il numero di studenti in taluni corsi del primo ciclo di istruzione superiore, non è compatibile con gli artt. 18 e 21 del TFUE”.

Come detto, il caso è attualmente pendente di fronte alla *Cour constitutionnelle*, chiamata adesso a pronunciarsi sul merito.

FRANCIA

di Charlotte Bontemps di Sturco

1. *Conseil constitutionnel* e diritto comunitario

Il *Conseil constitutionnel* rifiuta di pronunciarsi sulla conformità delle leggi ai trattati internazionali e comunitari, nel contenzioso di costituzionalità degli atti normativi. Di diverso segno è la giurisprudenza inerente al contenzioso elettorale. Il diritto primario comunitario è, invece, frequentemente oggetto di scrutinio in occasione del controllo preventivo rispetto alla ratifica dei trattati comunitari.

1.1. Il diritto (internazionale e) comunitario come parametro di giudizio

La giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* si è in un primo tempo sviluppata in relazione alle disposizioni del preambolo della Costituzione del 1946 e all'articolo 55 della Costituzione del 1958, che riguardano in generale il diritto internazionale.

Le disposizioni costituzionali (i commi 14⁴⁶ e 15⁴⁷ del preambolo della Costituzione del 1946 e l'articolo 55⁴⁸ della Costituzione del 1958) dimostrano la scelta dei costituenti francesi per una concezione monista dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, connessa al riconoscimento ai trattati di una forza superiore alla legge.

Le giurisdizioni amministrative avevano in un primo tempo minimizzato la portata dell'articolo 55 della Costituzione⁴⁹. Il *Conseil constitutionnel* ha esposto la sua interpretazione nella decisione n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975, sulla *Legge relativa all'interruzione di gravidanza IVG*⁵⁰, dove ha precisato che "l'articolo 61 della Costituzione (...) gli conferisce unicamente la competenza a

⁴⁶ "La Repubblica francese, fedele alle sue tradizioni, si conforma alle regole del diritto pubblico internazionale. Essa non intraprenderà alcuna guerra in vista di conquiste, e non impiegherà mai le sue forze contro la libertà di alcun popolo".

⁴⁷ "Con riserva di reciprocità, la Francia consente alle limitazioni di sovranità necessarie per l'organizzazione e la difesa della pace".

⁴⁸ "I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, una volta pubblicati, efficacia superiore a quella delle leggi, con riserva, per ciascun accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra Parte".

⁴⁹ Cfr. CE, 1° marzo 1968, *Syndicats des fabricants de semoule de France*, in *Rec.* 149. In detta giurisprudenza, il Consiglio di Stato si è dichiarato incompetente a controllare la compatibilità della legge, sulla quale era fondato l'atto amministrativo oggetto del *recours pour excès de pouvoir* (controllo di legittimità degli atti amministrativi), ad un trattato internazionale.

⁵⁰ La norma internazionale invocata dai ricorrenti era l'articolo 2 della CEDU.

pronunciarsi sulla conformità alla Costituzione delle leggi che sono oggetto del suo controllo” (*Considérant* 1). In particolare, si è riconosciuto che le disposizioni dell’articolo 55 della Costituzione “conferiscono, nelle condizioni che definiscono, un’autorità superiore a quella delle leggi” ai trattati; tuttavia, esse “non prescrivono né implicano che il rispetto di detto principio debba essere assicurato nell’ambito del controllo di conformità delle leggi alla Costituzione” (e cioè dal *Conseil constitutionnel*, nell’ambito dell’articolo 61 della Costituzione) (*Considérant* 3). Il *Conseil* ha poi distinto la natura del controllo di legittimità costituzionale delle leggi, connotata da un “carattere assoluto e definitivo”⁵¹, da quella del controllo di convenzionalità delle leggi (*id est*, il controllo di conformità delle leggi alle convenzioni internazionali, poi esteso anche alla conformità al diritto comunitario, primario e derivato), avente un “carattere relativo e contingente”, per concludere che “non spetta al *Conseil constitutionnel*, adito in applicazione dell’articolo 61 della Costituzione, esaminare la conformità di una legge alle stipulazioni di un trattato o accordo internazionale” (*Considérant* 7), con ciò rimandando implicitamente ai giudici amministrativi e ordinari detto compito.

Da questa giurisprudenza si deduce quindi un netto riparto di competenza tra il giudice costituzionale, competente a valutare la costituzionalità delle leggi in virtù dei parametri costituzionali, ed i giudici ordinari e amministrativi, competenti a valutare la convenzionalità delle leggi, in virtù delle norme internazionali e comunitarie (è, in linea di principio, nell’ambito di tale controllo che si potrà chiedere un rinvio pregiudiziale).

Il *Conseil*, nella decisione n. 91-298 DC del 24 luglio 1991, ha esteso detta giurisprudenza alle norme comunitarie, sia primarie che derivate⁵².

Mentre la Corte di cassazione ha immediatamente seguito l’invito del *Conseil constitutionnel* del 1975 (Cass. Chambre mixte, 24 maggio 1975, in *Bull. Civ. I*, 1975, n. 4, p. 6, *Administration des douanes c/ Société “Cafés Jacques Vabre”*), il Consiglio di Stato è stato assai più cauto⁵³. Solo sul finire degli anni ottanta, il Consiglio di Stato ha finalmente dato seguito al precitato orientamento (CE Ass., 9 ottobre 1989, *Nicolo*, in *Rec.* 190⁵⁴), per tutte le norme comunitarie, sia primarie⁵⁵ che

⁵¹ Il *Conseil constitutionnel* riteneva, infatti, che la legge, una volta promulgata, non poteva più, secondo quanto stabilito dall’articolo 62 della Costituzione, essere dichiarata incostituzionale. Sul punto, v., comunque, anche *infra*, par. 2.3.

⁵² Così riferendosi all’articolo 55 della Costituzione, il *Conseil* ha specificato “che, nell’ambito delle rispettive competenze, spetta ai diversi organi dello Stato assicurare l’applicazione delle convenzioni internazionali; che, se spetta al *Conseil constitutionnel*, nell’ambito dell’articolo 61 della Costituzione, assicurarsi che la legge rispetti l’ambito di applicazione dell’articolo 55 della Costituzione, non gli spetta invece esaminare la conformità di essa alle disposizioni di un accordo internazionale; da ciò risulta che non si deve esaminare la conformità [...] della legge oggetto del ricorso alle disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità economica europea, né gli atti adottati dalle istituzioni comunitarie sulla base di questo trattato” (*Considérant* 21).

⁵³ Cfr. CE, 22 ottobre 1979, *Union démocratique du travail*, in *Rec.* 384.

⁵⁴ Nella specie era invocato il Trattato CE.

⁵⁵ CE, 5 maggio 1995, *Ministre de l’équipement, des transports et du tourisme c/ SARL Der*, in *Rec.* 192.

derivate – regolamenti comunitari⁵⁶ e direttive⁵⁷ –, sempre sulla base della sopra esposta interpretazione dell'articolo 55 della Costituzione.

Con precipuo riguardo al *Conseil constitutionnel*, il controllo di convenzionalità, da esso escluso nel contenzioso sugli atti normativi interni viene invece ammesso in sede di contenzioso originato dalle elezioni parlamentari, ai termini dell'articolo 59⁵⁸ della Costituzione.

Nella decisione n. 88-1082/1117, A.N., *Val d'Oise (5ème circ.)*, il *Conseil* ha infatti effettuato un controllo di convenzionalità di disposizioni legislative, alla stessa stregua di quanto fanno le giurisdizioni amministrative e ordinarie, facendo prevalere una norma internazionale⁵⁹ su una legge successiva. Ad oggi, peraltro, non si sono posti problemi di compatibilità con il diritto comunitario e non è dunque stato neppure chiarito se il *Conseil*, come giudice elettorale, sia legittimato ad operare, se del caso, un rinvio pregiudiziale.

Per quel che attiene ai limiti entro i quali il controllo di convenzionalità, in generale, può dispiegarsi, è da sottolineare che l'articolo 55 della Costituzione afferma la supremazia delle norme internazionali e comunitarie sulla legge, ma non sulla Costituzione. Se, in molti casi, il controllo di convenzionalità delle leggi permetteva di eludere un eventuale conflitto tra norma costituzionale e norma internazionale e/o comunitaria, là dove non è stato possibile evitare un tale conflitto, la giurisprudenza, amministrativa⁶⁰ e ordinaria⁶¹, interpretando l'articolo 55 della Costituzione, ha affermato che “la supremazia attribuita agli impegni internazionali non si applica, nell'ordinamento giuridico interno, alle disposizioni di natura costituzionale”⁶².

⁵⁶ CE, 24 settembre 1990, *Boisdet*, in *Rec.* 251.

⁵⁷ CE Ass., 28 febbraio 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris Fr.*, in *Rec.* 81 e CE Ass., 28 febbraio 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris Fr.*, in *Rec.* 78.

⁵⁸ “Il *Conseil constitutionnel* decide, in caso di contestazione, sulla regolarità delle elezioni dei deputati e dei senatori”.

⁵⁹ Nella specie, l'articolo 3 del protocollo addizionale della CEDU.

⁶⁰ CE, Ass., 30 ottobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, in *Rec.*, p. 369.

⁶¹ Cass. Plen., 2 giugno 2000, *M.elle Fraisse*, in *Bull. Civ. A. P.*, 2000, n. 4, p. 7.

⁶² *Considérant* 10 della sentenza del Consiglio di Stato e *Attendu* 3 della sentenza della Corte di cassazione.

1.2. Il controllo preventivo di compatibilità delle norme sovranazionali alla Costituzione

Scarsamente rilevante – in quanto non inserito tra i parametri di costituzionalità – nel contenzioso avente ad oggetto leggi (ordinarie o organiche), il diritto comunitario (ed internazionale) assume un ruolo fondamentale nell'esercizio di un'altra competenza del *Conseil constitutionnel*, vale a dire il controllo, previsto dall'articolo 54 della Costituzione, di compatibilità delle fonti esterne soggette a ratifica con la Costituzione⁶³.

Dal 1992, quasi tutti i trattati comunitari sono stati oggetto del controllo preventivo del *Conseil constitutionnel*; ed è significativo che tutte le decisioni abbiano concluso nel senso della necessità di modificare la Costituzione prima di procedere alla ratifica. Così, il *Conseil constitutionnel* si è pronunciato: sul Trattato sull'Unione europea, con la decisione n. 92-308 DC del 9 aprile 1992⁶⁴, poi seguita dalla legge costituzionale n. 92-554 del 25 giugno 1992 – che ha inserito un Titolo specifico su *Le Comunità europee e l'Unione europea*, ora Titolo XV, *Dell'Unione europea*⁶⁵ –; sul Trattato d'Amsterdam, con la decisione n. 97-394 DC del 31 dicembre 1997, seguita dalla legge costituzionale n. 99-49 del 25 gennaio 1999; sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, con la decisione n. 2004-205 DC del 19 novembre 2004, seguita dalla legge costituzionale n. 2005-204 del 19 novembre 2004 (anche se poi il *referendum* negativo del 29 maggio 2005 ha impedito la ratifica di detto Trattato); e sul Trattato di Lisbona, con la decisione n. 2007-560 DC del 20 dicembre 2007, seguita dalla legge costituzionale n. 2008-103 del 4 febbraio 2008.

Nell'ambito di questo controllo, il *Conseil constitutionnel* ritiene necessaria una riforma costituzionale quando l'attribuzione di competenze “incida sulle condizioni essenziali di esercizio della sovranità nazionale”, in ragione della materia (ad esempio, la moneta: cfr. decisione n. 92-308 DC del 9 aprile 1992) o delle regole decisionali nelle materie più direttamente connesse all'esercizio del potere sovrano.

È nell'ambito di questo contenzioso che il *Conseil constitutionnel* ha potuto riprendere e chiarire i termini entro cui è ammissibile, per l'ordinamento francese, la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di rapporti tra Comunità e Stati membri. In specie, nella decisione n. 2004-205 DC del 19 novembre 2004, concernente il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, ha affermato che “il costituente ha [...] consacrato l'esistenza di un ordinamento giuridico comunitario

⁶³ “Qualora il *Conseil constitutionnel*, incaricato dal Presidente della Repubblica, dal primo ministro, dal Presidente di una delle due assemblee, da sessanta deputati o sessanta senatori, dichiari che un impegno internazionale contiene clausole contrarie alla Costituzione, l'autorizzazione a ratificare o ad approvare l'impegno internazionale in questione può intervenire solo dopo revisione della Costituzione”.

⁶⁴ Detta decisione, denominata “Maastricht I” è stata seguita da altre due, una delle quali sempre sulla base dell'articolo 54 della Costituzione, in seguito al primo ricorso parlamentare, con la decisione n. 92-312 DC del 2 settembre 1992 (Maastricht II), la quale non ha condotto ad ulteriori riforme costituzionali.

⁶⁵ Articoli 88-1 a 88-7 della Costituzione.

integrato all'ordine giuridico interno e distinto dall'ordinamento giuridico internazionale"⁶⁶. Per quanto riguarda, invece, il principio del primato del diritto comunitario, le decisioni del *Conseil constitutionnel* (ad eccezione di quella del 2004⁶⁷) lasciano intuire che la Costituzione è e resta la norma suprema dell'ordinamento giuridico interno.

2. *Conseil constitutionnel* e rinvio pregiudiziale

La questione di un eventuale rinvio pregiudiziale da parte del *Conseil constitutionnel* è stata affrontata, dal 2004, sulla scorta delle previsioni dell'articolo 88-1 (e non più dell'articolo 55) della Costituzione, a proposito del controllo delle leggi di attuazione delle direttive comunitarie. In una prima occasione, il rinvio pregiudiziale è stato solo menzionato, in una seconda, invece, è stato esplicitamente escluso.

In queste decisioni, appaiono riferimenti a norme comunitarie e, a volta, anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

2.1. La menzione del rinvio pregiudiziale

L'articolo 88-1⁶⁸ della Costituzione, quando è stato introdotto nella Costituzione (1992), era stato concepito come un articolo meramente introduttivo⁶⁹: la sua lettura, infatti, non lasciava presumere che avrebbe avuto una importanza fondamentale nella ricostruzione del sistema delle fonti e nel riparto di competenze tra i giudici⁷⁰.

Nella decisione n. 2004-496 DC del 10 giugno 2004, il *Conseil constitutionnel* ha adottato il seguente *considérant* di principio: "secondo i termini dell'articolo 88-1 della Costituzione [...] l'attuazione nell'ordinamento giuridico interno di una direttiva comunitaria risulta ad un'esigenza costituzionale che non può essere ostacolata se non in ragione di una disposizione espressa contraria alla Costituzione; [...] in assenza di tale disposizione, spetta solo al giudice comunitario, adito se necessario a titolo pregiudiziale, controllare il rispetto da parte di una direttiva comunitaria sia delle

⁶⁶ A. LEVADE, *Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne*, in *Revue du droit public*, n. 1, 2005, p. 29.

⁶⁷ Infatti, nella decisione n. 2004-205 DC del 19 novembre 2004, il *Conseil* è parso trarre conseguenze dall'inserimento esplicito del principio del primato nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

⁶⁸ Il testo vigente dell'articolo è il seguente (il testo del 1992 non comprendeva la parte qui riportata tra parentesi): "La Repubblica partecipa all'Unione europea, costituita dagli Stati che hanno scelto liberamente di esercitare in comune alcune delle loro competenze (in virtù del Trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, quali risultanti dal trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007)".

⁶⁹ Cfr. SENAT, *Rapport n. 375 (1991-1992) fait au nom de la Commission des Lois* (depositato il 27 maggio 1992), p. 26.

⁷⁰ CE Ass., 8 febbraio 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, in *Rec.*, p. 55.

competenze definite dai trattati che dei diritti fondamentali garantiti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea" (*Considérant* 7).

Il *Conseil constitutionnel* ha confermato a più riprese detto *considérant*, ma è rimasta una *res dubia* se esso potesse porre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Le decisioni successive, fino al 2006, hanno ripreso alla lettera il *considérant*, lasciando dunque impregiudicata la questione.

Non si può negare che detta giurisprudenza abbia permesso al giudice costituzionale di inserire (e di applicare) nei *visas* (cioè tra i riferimenti su cui l'argomentazione giuridica della decisione si fonda) e a volte anche nel corpo della decisione riferimenti a norme e giurisprudenza comunitaria.

Infatti, il *Conseil* ha verificato la corrispondenza tra i termini della direttiva e quella della legge che li attuava ed ha precisato che, quando le disposizioni legislative contestate "si limitano a trarre le conseguenze necessarie dalle disposizioni incondizionate e precise [...] della direttiva [...], non spetta al *Conseil constitutionnel* pronunciarsi" (*Considérant* 9 della citata decisione n. 2004-496 DC).

L'interpretazione dell'articolo 88-1 della Costituzione ha permesso di affermare che l'attuazione di una direttiva comunitaria non è solo un obbligo comunitario, ma è anche un obbligo costituzionale, che può essere bloccato solo dal contrasto con una disposizione costituzionale espressa. Di conseguenza, in assenza di una disposizione costituzionale espressa, le disposizioni legislative che si limitano a trarre le conseguenze necessarie di una direttiva precisa ed incondizionata non possono essere criticate dal *Conseil constitutionnel* e beneficiano in un certo senso di un'immunità costituzionale⁷¹.

Il richiamo ai criteri del carattere preciso ed incondizionato delle direttive evoca la giurisprudenza comunitaria che ha riconosciuto gli effetti diretti di dette categorie di norme⁷².

Questa giurisprudenza sarà applicata con le decisioni nn. 497, 498 e 499 dello stesso anno.

Nei *visas* delle decisioni nn. 496, 497 e 499 sono comparsi – ed è stata una novità, nell'ambito del controllo fondato sull'articolo 61 della Costituzione – sia il Trattato che istituisce la Comunità europea sia il Trattato sull'Unione europea, nonché la direttiva comunitaria invocata.

Nei quaderni del *Conseil constitutionnel* e nel *Dossier documentaire* delle decisioni nn. 496 e 497 è stata citata la giurisprudenza della Corte di giustizia⁷³.

⁷¹ Cfr. Les cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n. 17, Commentaire de la décision n. 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, p. 6.

⁷² CGCE 41/74 del 4 dicembre 1974, *Van Duyn*.

⁷³ Per la decisione n. 496, è stata menzionata la giurisprudenza seguente della CGCE: sentenza 106/77 del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Simmenthal*, in *Rec.*, p.629; sentenza 102/79 del 6 maggio 1980, *Commission c/ Royaume de Belgique*, in *Rec.*, p. 1473; sentenza 149/79 del 17 dicembre 1980, *Commission c/ Royaume de Belgique*; sentenza 314/85 del 22 ottobre 1987, *Foto Frost c/Hauptzollant Lubeck-Ost*; e la sentenza C-6-90 del 19 novembre 1991, *Francovitich c/ République italienne*.

Invece, nella decisione n. 498, il *Conseil*, nei *visas*, oltre che nel corpo della decisione, si è riferito anche espressamente alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁷⁴. Il riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁷⁵ – a seguito del quale si è comunque concluso nuovamente nel senso della incompetenza del *Conseil* a controllare le disposizioni che si limitavano a trarre le conseguenze necessarie di una direttiva precisa e incondizionata – ha fatto sì che risultasse chiaro che ad essere prese in considerazione non fossero tanto le disposizioni che riprendevano la direttiva, quanto semmai l'interpretazione di dette disposizioni alla luce degli orientamenti della Corte di Lussemburgo. Sul punto, però, il *Conseil constitutionnel* non ha preso posizione in maniera esplicita⁷⁶.

Nella sentenza n. 497 il *Conseil* ha ribadito il rifiuto di controllare le disposizioni che si limitavano a trarre le conseguenze necessarie di una direttiva precisa ed incondizionata, accettando però espressamente di controllarle quando non avevano detta qualificazione.

Una parte della dottrina ha visto in questa posizione un accoglimento del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno⁷⁷, esteso anche alle norme costituzionali, in ossequio alla giurisprudenza comunitaria. Altra parte ha, invece, evidenziato che si trattava di una questione di mera competenza giurisdizionale e non di gerarchia delle norme in senso stretto⁷⁸.

Sta di fatto che, traendo le conseguenze da questa evoluzione, i parlamentari che hanno promosso ricorsi nel prosieguo hanno cominciato ad invocare anche la violazione di direttive comunitarie⁷⁹.

Per la decisione n. 497, è stata menzionata la giurisprudenza seguente della CGCE: sentenza C-236/92 del 23 febbraio 1994, *Comitato di coordinamento per la difesa della cava et autres c/ regione Lombradia et autres*; sentenza C-91/94 del 9 novembre 1995, *Thierry Tranchant et Téléphone Store SARL*; e la sentenza 28-67 del 3 aprile 1968, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen*.

⁷⁴ In particolare, alla sentenza C-377/98 del 9 ottobre 2001, *Royaume des Pays-Bas c/ Parlement européen e Conseil de l'Union européenne*.

⁷⁵ “[...] che, adita in sede di ricorso per annullamento della direttiva precitata, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha giudicato, con la precitata sentenza del 9 ottobre 2001, che queste disposizioni non permettono che la scoperta di una sequenza del DNA possa essere, ‘in quanto tale’, oggetto di brevetto; che la protezione delle invenzioni che la direttiva reca ‘non verte sul risultato di un lavoro di invenzione, scientifico o tecnico, e non si estende ai dati biologici relativi allo stato naturale dell’essere umano se non nella misura in cui è necessario alla realizzazione ed allo svolgimento di un’applicazione industriale particolare’” (*Considérant 5*).

⁷⁶ Appare però chiaramente nei *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n. 17, *Commentaire de la décision n. 2004-498 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique*, p. 5.

⁷⁷ E. BRUCE, *La primauté du droit communautaire*, in *Les petites affiches*, 27 settembre 2005, n. 192, p. 3.

⁷⁸ M. GAUTIER e F. MELLERAY, *Le refus du Conseil constitutionnel d’apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire*, in *Actualité juridique du droit administratif*, 2004, p. 1538.

⁷⁹ Nella decisione n. 2006-535 DC del 30 marzo 2006, il *Conseil* ha specificato che, “se l’attuazione in diritto interno di una direttiva comunitaria risulta da un’esigenza costituzionale, non spetta al *Conseil constitutionnel*, qualora è adito in applicazione dell’articolo 61 della Costituzione, esaminare la compatibilità di una legge con le disposizioni di una direttiva comunitaria che non è oggetto di recepimento” da parte della legge.

2.2. L'esclusione del rinvio pregiudiziale

La giurisprudenza in materia di recepimento delle direttive ha subito un'ulteriore evoluzione con la decisione n. 2006-540 DC del 27 luglio 2006.

Con questa decisione, il *Conseil* ha cambiato il suo *considérant* di principio con diversi *considérants* del seguente tenore:

“17. Considerando che, ai sensi del primo comma dell'articolo 88-1 della Costituzione, «La Repubblica partecipa alle Comunità europee ed all'Unione europea, costituite di Stati che hanno scelto liberamente, in virtù dei trattati che le hanno istituite, di esercitare in comune alcune delle loro competenze»; che, quindi, il recepimento nel diritto interno di una direttiva comunitaria discende da una esigenza costituzionale;

“18. Considerando che spetta, pertanto, al Consiglio costituzionale, adito alle condizioni previste dall'articolo 61 della Costituzione per il giudizio su una legge avente ad oggetto di recepire nel diritto interno una direttiva comunitaria, di vigilare sul rispetto di questa esigenza; che, tuttavia, il controllo che esercita a tale scopo è sottoposto ad un doppio limite;

“19. Considerando, in primo luogo, che il recepimento di una direttiva non potrebbe andare contro una regola o un principio inerente all'identità costituzionale della Francia, a meno che il costituente non vi abbia prestato il proprio consenso;

“20. Considerando, in secondo luogo, che, dovendo statuire prima della promulgazione della legge, entro il termine previsto dall'articolo 61 della Costituzione, il Consiglio costituzionale non può adire la Corte di giustizia delle Comunità europee della questione pregiudiziale prevista dall'articolo 234 del Trattato istitutivo della Comunità europea; che potrebbe, di conseguenza, dichiarare non conforme all'articolo 88-1 della Costituzione solo una disposizione legislativa manifestamente incompatibile con la direttiva che recepisce; che, ad ogni modo, spetta alle autorità giurisdizionali nazionali, se del caso, adire la Corte di giustizia delle Comunità europee a titolo pregiudiziale”.

Con queste affermazioni, il *Conseil constitutionnel* ha rigettato l'idea di operare esso stesso il rinvio pregiudiziale, all'uopo invocando argomenti al contempo teorici e pratici: l'obbligo di pronunciarsi nel termine di un mese, incompatibile con i termini del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e con il fatto che detto ricorso verrebbe proposto della promulgazione della legge, bloccando così l'entrata in vigore della legge (radicando l'articolo 61 della Costituzione un controllo *a priori* delle leggi). Si è così attribuito esplicitamente detto compito alle giurisdizioni amministrative e ordinarie.

Da sottolineare è anche il riferimento alla “identità costituzionale della Francia”, con cui si è superato il precedente richiamo alla necessità di porre un argine alla integrazione comunitaria di fronte ad una espressa disposizione costituzionale contraria che fosse propria unicamente della Francia. La dottrina ha rilevato, in proposito, che, al fine di rispettare il diritto comunitario e la giurisprudenza della Corte di giustizia, il *Conseil* ha circoscritto al massimo i propri poteri sanzionatori, attestandosi su una posizione non troppo dissimile da quella della Corte costituzionale italiana relativamente ai controllimiti.

D'altro canto, il *Conseil* ha altresì chiarito che solo un'incompatibilità manifesta tra una legge ed una direttiva potrebbe comportare la violazione dell'articolo 88-1 della Costituzione. Demandando alle giurisdizioni ordinarie e amministrative il compito di operare il rinvio alla Corte di giustizia, il *Conseil constitutionnel* ha quindi ammesso implicitamente che un'incompatibilità non manifesta ben potrebbe prodursi senza che ciò ridondasse in una violazione dell'articolo 88-1.

Il quadro così delineato ha reso più lontana la prospettiva di una dichiarazione di non compatibilità. Peraltro, in applicazione di questa giurisprudenza, il *Conseil constitutionnel* ha avuto modo di sanzionare una legge di attuazione, ritenuta manifestamente incompatibile con la direttiva che attuava⁸⁰. Questa giurisprudenza è stata ripresa letteralmente dal Consiglio di Stato⁸¹, ciò che ha permesso di riconoscere piena efficacia al principio degli effetti diretti delle direttive comunitarie⁸².

2.3. Le prospettive

Sulla scorta dell'orientamento espresso nella decisione n. 2006-540 DC, appare difficile ipotizzare, almeno nel breve periodo, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del *Conseil constitutionnel*.

Eccettuando le competenze esercitate in qualità di giudice elettorale (che parrebbero prestarsi di più ad un rinvio pregiudiziale), il contenzioso sugli atti legislativi appare piuttosto lontano dallo schiudere prospettive in tal senso.

L'introduzione della questione prioritaria di costituzionalità non appare, in proposito, suscettibile di mutare gli scenari, se è vero che la "priorità" è riferita proprio ai rapporti tra il controllo di costituzionalità ed il controllo di convenzionalità, sull'assunto della netta separazione tra i due, con il primo che è monopolio del *Conseil constitutionnel* ed il secondo che spetta (unicamente?) ai giudici ordinari ed amministrativi. È pur vero che l'aver inserito nell'ordinamento un controllo di tipo successivo ha fatto venire in parte meno la natura "assoluta" e "definitiva" che, con la decisione n. 74-54 DC, si era riconosciuta al controllo preventivo di costituzionalità, contribuendo così a mitigare la distinzione di questo rispetto al controllo di convenzionalità. Inoltre, il termine di 3 mesi⁸³, assegnato al *Conseil constitutionnel* per pronunciarsi sulla questione prioritaria di costituzionalità, ha esteso i margini temporali entro cui l'organo è chiamato a decidere, aprendo una breccia nell'*iter* argomentativo adottato nella decisione n. 2006-540 DC.

Nell'attesa che venga chiarita l'eventuale sussistenza di spazi per il ripensamento di un orientamento che appare allo stato ampiamente consolidato, ciò che può registrarsi è che la prassi

⁸⁰ Cfr., ad esempio, la decisione n. 2006-543 DC del 30 novembre 2006, sulla *Legge relativa al settore dell'energia*.

⁸¹ CE Ass., 8 febbraio 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, in Rec., p. 55.

⁸² CE Ass., 30 ottobre 2009, *Mme Perreux*, n. 298348, che ha innovato rispetto alla giurisprudenza originata da CE Ass., 22 dicembre 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit*, Rec. 24.

⁸³ Articolo 23-11 dell'ordinanza n. 58-1067 del 7 novembre 1958.

sembra far emergere una fluidità dei rapporti tra i controlli (di costituzionalità e di convenzionalità) assai più marcata di quanto ci si potesse aspettare. È significativo, in proposito, che, in data 16 aprile, la Corte di cassazione⁸⁴ abbia patentemente smentito la natura prioritaria della questione di costituzionalità, rifiutandosi di porre una questione al *Conseil constitutionnel* ed operando *prioritariamente*, invece, un rinvio alla Corte di giustizia.

⁸⁴ Cass., 16 aprile 2010, n. 10-40002.

GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

1. Cenni sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo: il quadro costituzionale

La Germania è tra i paesi che, in linea di principio, ammettono il primato del diritto comunitario, ma che pongono ad esso limiti materiali (c.d. controlimiti). La stessa Legge fondamentale (di seguito anche LF) contiene una c.d. “clausola europea” quale parametro offerto alle Corti costituzionali, federale e dei *Länder*, per sindacare il diritto europeo. Tale clausola è contenuta nell’art. 23 LF¹, il c.d. “articolo Europa”, modificato profondamente nel 1992, nel 2006 e, da

1 Art. 23 LF:

(1) Al fine di realizzare un’Europa unita, la Repubblica federale di Germania concorre allo sviluppo dell’Unione Europea che è vincolata al rispetto di principi democratici, dello Stato di diritto, sociali e federativi, e del principio di sussidiarietà, garantendo una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quella assicurata da questa Legge fondamentale. Il *Bund* può a tal fine, mediante legge che richiede l’assenso del *Bundesrat*, conferire poteri sovrani. Alla fondazione dell’Unione Europea, ai mutamenti delle sue basi pattizie e alle disposizioni analoghe che comportino o consentano modifiche o integrazioni del contenuto di questa Legge fondamentale si applicano i commi 2 e 3 dell’art. 79.

(1a) Il *Bundestag* ed il *Bundesrat* hanno il diritto di proporre alla Corte di giustizia dell’Unione europea ricorso per violazione del principio di sussidiarietà contro un atto legislativo dell’Unione europea. Il *Bundestag* è obbligata a ricorrere se lo richiede un quarto dei suoi membri. Ai fini dell’esercizio dei diritti conferiti al *Bundestag* e al *Bundesrat* nelle basi pattizie dell’Unione europea, una legge che richiede l’assenso del *Bundesrat* può ammettere deroghe all’articolo 42 paragrafo 2 per. 1 e all’articolo 52 paragrafo 3 per. 1.

(2) Il *Bundestag* e, per mezzo del *Bundesrat*, i *Länder* partecipano agli affari dell’Unione Europea. Il Governo federale deve informare in modo esauriente e tempestivo il *Bundestag* e il *Bundesrat*.

(3) Il Governo federale prima di concorrere alla formazione degli atti normativi dell’Unione Europea, deve consentire il *Bundestag* di esprimere il proprio parere. Nelle trattative, il Governo federale tiene conto del parere del *Bundestag*. I particolari sono stabiliti dalla legge.

(4) Il *Bundesrat* deve essere reso partecipe alla formazione della volontà della Federazione ogni volta che dovrebbe partecipare a un atto corrispondente di diritto interno o che i *Länder* sarebbero competenti all’interno dello Stato.

(5) Qualora in un ambito di competenza esclusiva del *Bund* siano coinvolti interessi dei *Länder*, oppure qualora il *Bund* abbia altre competenze legislative, il Governo federale tiene conto del parere del *Bundesrat*. Se sono coinvolte in maniera preponderante le competenze legislative dei *Länder*, l’organizzazione dei loro uffici o il loro procedimento amministrativo, nella formazione della volontà della Federazione si deve considerare determinante il parere del *Bundesrat*, purché sia salvaguardata la responsabilità del *Bund* per lo Stato nel suo complesso. Negli affari che possono comportare maggiori spese o minori entrate del *Bund*, è necessario l’assenso del Governo federale.

(6) Se sono interessate principalmente le competenze legislative esclusive dei *Länder*, l’esercizio dei diritti della Repubblica federale di Germania quale Stato membro dell’Unione Europea deve di regola essere conferito dal *Bund* a un rappresentante dei *Länder* designato dal *Bundesrat*. L’esercizio di tali diritti avviene con la partecipazione e l’accordo del Governo federale, purché sia salvaguardata la responsabilità del *Bund* per lo Stato nel suo complesso.

ultimo, nel 2009.

L'art. 23 completa, dal 1992, avendo riguardo precipuo all'integrazione europea, la previsione dell'art. 24 LF², secondo cui il *Bund* può cedere quote di sovranità ad istituzioni internazionali. L'apertura verso l'integrazione europea è comunque presupposta anche dal preambolo della LF³.

L'articolo prevede la partecipazione della Repubblica federale tedesca “allo sviluppo dell'Unione europea”, nel rispetto “dei principi federativi, sociali, dello stato di diritto e democratico”, del “principio di sussidiarietà”⁴ e di “una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della [...] Legge fondamentale”. Fondamentale, in proposito, è il rinvio operato ai commi 2 e 3 dell'art. 79 LF⁵.

Nel comma 3 dell'art. 79 si stabilisce che alcuni principi della Legge fondamentale sono imm modificabili (c.d. principio di eternità: *Ewigkeitsgarantie*), e vincolano – ai termini dell'art. 23, comma 1 – qualunque trasferimento di poteri sovrani a beneficio all'Unione europea (v. la sentenza *Maastricht* del 12 ottobre 1993, in BVerfGE 89, 155, p. 172).

(7) I particolari di cui ai commi quarto e sesto sono stabiliti da una legge che richiede l'assenso del *Bundesrat*.

² Art. 24 LF:

(1) Il *Bund* può conferire con legge diritti di supremazia a istituzioni internazionali.

(1a) I *Länder*, nell'esercizio delle attribuzioni statali e nell'adempimento dei compiti statali di loro competenza, possono conferire, con l'assenso del Governo federale, diritti di supremazia a istituzioni transfrontaliere.

(2) Per la salvaguardia della pace, la Federazione può integrarsi in un sistema di sicurezza collettiva reciproca; in tal caso consentirà alle limitazioni dei propri diritti di supremazia che creino e assicurino un ordine pacifico e duraturo in Europa e tra i popoli del mondo.

(3) Per regolare le controversie tra Stati, la Federazione aderirà ad accordi aventi per oggetto una giurisdizione arbitrale internazionale, globale e obbligatoria.

³ Preambolo della LF: “Consapevole della propria responsabilità davanti a Dio e agli uomini, animato dalla volontà di salvaguardare la propria unità nazionale e statale e di servire la pace del mondo quale membro, equiparato nei diritti, di *un'Europa unita*, il popolo tedesco nei *Länder* [...] al fine di dare alla vita statale per un periodo transitorio un nuovo ordinamento in virtù del suo potere costituente, ha deliberato la presente Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca, agendo anche per quei tedeschi a cui è stato negato di collaborare. Tutto il popolo tedesco è esortato a realizzare, mediante libera autodeterminazione, l'unità e la libertà della Germania [...]”.

⁴ Nel 2009, è stato inserito un comma relativo al ricorso alla Corte di giustizia proprio per violazione di tale principio.

⁵ Art. 79 LF:

(1) La Legge fondamentale può essere modificata solo da una legge che modifichi o integri espressamente il testo della Legge fondamentale. In caso di trattati internazionali che hanno per oggetto un regolamento di pace, la preparazione di un regolamento di pace o l'eliminazione di un regime di occupazione, oppure che sono diretti ad assicurare la difesa della Repubblica federale, è sufficiente un'integrazione del testo della Legge fondamentale che si limiti a chiarire che le disposizioni della Legge fondamentale non si oppongono alla conclusione e all'entrata in vigore dei trattati medesimi.

(2) Una tale legge richiede l'assenso di due terzi dei componenti del *Bundestag* e di due terzi dei voti del *Bundesrat*.

(3) Non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in *Länder*, la partecipazione in linea di principio dei *Länder* alla legislazione o i principi stabiliti negli articoli 1 e 20.

Altrimenti detto, dal combinato disposto degli artt. 23 e 79 emerge il riconoscimento esplicito di *controlimiti* alla prevalenza del diritto comunitario su quello interno, controlimiti che sono stati sanciti a livello costituzionale dopo essersi affermati in via pretoria.

2. Il “cammino comunitario” del Tribunale costituzionale federale tedesco

Il Tribunale costituzionale federale (di seguito anche “*BVerfG*”) configura quello comunitario come ordinamento giuridico autonomo, come dimostra la circostanza che, a più riprese, abbia denegato la propria competenza a decidere su controversie che riguardino la (in)compatibilità di una norma di diritto interno ordinario (non di rango costituzionale) con le disposizioni del diritto comunitario⁶.

I ricorsi basati sulla violazione del diritto comunitario sono quindi inammissibili: è il giudice comune che deve risolvere il conflitto tra norma interna e norma comunitaria, nel rispetto del primato del diritto comunitario, e, in caso di dubbio, investire la Corte di giustizia in via pregiudiziale⁷.

Diversa è però la situazione quando si tratta di verificare il rispetto dei diritti e dei principi fondamentali da parte degli atti dell’Unione europea: viene, allora, in rilievo la controversa questione dei limiti entro cui il Tribunale costituzionale federale è tenuto a verificare la conformità alla Legge fondamentale del diritto comunitario, in particolare nell’interpretazione offertane dalla Corte di giustizia.

Il Tribunale costituzionale federale ha ripetutamente verificato la compatibilità del diritto comunitario con la Legge fondamentale, fissando, in particolare, la centralità delle questioni relative (i) alla effettività delle garanzie dei diritti fondamentali ad opera dei provvedimenti degli organi comunitari e (ii) alla legittimazione democratica dell’Unione europea.

Non può essere questa la sede per ripercorrere la complessa evoluzione giurisprudenziale: di seguito verranno dunque semplicemente schematizzati gli snodi essenziali della giurisprudenza costituzionale tedesca in materia dei rapporti tra diritto interno di rango costituzionale e l’ordine giuridico comunitario⁸.

⁶ Cfr. BVerfGE 31, 145, 174 s.; BVerfGE 82, 159, 191; 1 BvR 1054/01, 28 marzo 2006.

⁷ Cfr. BVerfGE 75, 223, 237 ss.; BVerfGE 85, 191, 205; BVerfGE, 8 aprile 1987 - 2 BvR 687/85; BVerfGE, 9 gennaio 2001 - 1 BvR 1036/99; BVerfGE, 19 novembre 2003 - 2 BvR 1476/01.

⁸ Cfr. per ulteriori informazioni anche W. HASSEMER, *La giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca e le corti europee*, in Nuove Autonomie n. 1/2006, p. 11 ss.; G. CERRINA FERONI, *Karlsruhe, Lussemburgo, Strasburgo: la “Interpretationsverbund” dei diritti fondamentali ... ancora lontana*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, ESI, 2006, p. 191 ss.; H. SAUER, *Die Grundrechtskontrolle von EG-Recht im Konfliktdreieck zwischen BVerfG, EuGH und EGMR*, *Jurisdiktionskonflikte im Mehrebenensystemen, Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, Springer 2008, p. 261.

In una prima fase, il Tribunale ha sostenuto che gli organi della Comunità europea sono tenuti all'integrale rispetto dei contenuti essenziali dell'assetto costituzionale tedesco, ed in particolare dei diritti fondamentali. Successivamente, ha corretto l'impostazione rigidamente dualista, sostenendo che i diritti fondamentali non sono completamente sottratti alla influenza del diritto comunitario, potendo questo concretamente incidere sull'interpretazione e sull'applicazione dei diritti, purché ne venga rispettato il contenuto essenziale (*Wesensgehalt*).

Con riferimento al suo ruolo di “garante dei diritti fondamentali” e di “custode della Costituzione”⁹, il Tribunale, dopo aver rivendicato la possibilità di sindacare ogni atto comunitario, vi ha successivamente rinunciato, ritenendo adeguata la tutela offerta dal diritto comunitario, ma al contempo riservandosi di intervenire ogni qualvolta il livello comunitario di tutela scenda al sotto degli *standard* minimi richiesti dalla LF.

2.1. Il principio del primato del diritto comunitario ed i suoi limiti

a) Con la decisione “*Solange I*” del 1974 (BVerfGE 37, 271) il Tribunale costituzionale federale ha rivendicato il potere di sottoporre al proprio controllo, *ex art. 100, comma 1, LF*¹⁰, il diritto comunitario derivato, “*fino a quando (solange) nell'ordinamento comunitario non [fosse] garantita una sufficiente protezione dei diritti fondamentali*”. In altri termini, il giudice tedesco, dopo aver investito la Corte di giustizia, poteva ricorrere al Tribunale costituzionale affinché decidesse se l'interpretazione della norma comunitaria offerta dalla Corte di giustizia fosse o meno contrastante con uno dei diritti fondamentali dalla LF. In caso di conflitti tra diritto comunitario e Legge fondamentale, qualora i diritti fondamentali fossero in questione, a prevalere era dunque la seconda.

b) Nella decisione “*Solange II*” del 1986 (BVerfGE 73, 399), il Tribunale costituzionale tedesco, modificando il precedente orientamento¹¹, ha accettato la competenza esclusiva dell'ordinamento comunitario per la tutela del singolo avverso atti comunitari, con la conseguenza di superare il principio secondo cui il diritto comunitario era tenuto all'integrale rispetto dei diritti fondamentali come garantiti dalla LF. È stata infatti operata una lettura estensiva del diritto comunitario nel senso che gli ordinamenti interno e comunitario non sono completamente distinti, ma presentano reciproche influenze. In particolare, il Tribunale ha escluso la propria giurisdizione

⁹ In Germania, la tutela dei diritti fondamentali, come si ricava all'art. 1, comma 3, LF (“I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente applicabile”) e dall'art. 19, comma 4, LF (“Se qualcuno viene leso nei suoi diritti dal potere pubblico può adire l'autorità giudiziaria”), è affidata al Tribunale costituzionale federale e a tutti i giudici.

¹⁰ Art. 100, comma 1, LF: Se un tribunale ritiene incostituzionale una legge dalla cui validità dipende la sua decisione, il processo deve essere sospeso: se si tratta della violazione della Costituzione di un *Land*, deve essere chiesta la decisione del tribunale del *Land* competente per le controversie costituzionali, mentre invece se si tratta della violazione della presente Legge fondamentale, deve essere richiesta la decisione del Tribunale costituzionale federale. Ciò vale anche se si tratta della violazione della presente Legge fondamentale da parte del diritto di un *Land* o dell'incompatibilità di una legge di un *Land* con una legge federale.

¹¹ ..che si annuncia già nella c.d. pronuncia “*Vielleicht*” (“Forse”), del 1979, BVerfGE 52, 187 (v. *infra*)

in materia “*fino a quando (solange)*” la Corte di giustizia assicuri una generale ed efficace protezione dei diritti fondamentali, che sia equiparabile a quella considerata indispensabile dalla Legge fondamentale. Il Tribunale si è pertanto riservato un potere di controllo per il caso di atti comunitari che diminuiscano, in modo sostanziale, il livello di tutela assicurata ai diritti fondamentali contemplati dalla LF¹².

c) Successivamente, la sentenza “**Maastricht**” del 1993 (BVerfGE 89, 155) ha preso le distanze da tale impostazione, invocando, tra l’altro, il “*rapporto di cooperazione*” tra il *BVerfG* e la Corte di giustizia. Secondo tale pronuncia, “*purché la Corte di giustizia garantisca i diritti fondamentali nei casi singoli per l’intero territorio della Comunità europea*”, il Tribunale costituzionale federale “*può limitarsi ad una generale garanzia degli irrinunciabili standards dei diritti fondamentali*”. Sebbene la decisione Maastricht si sia posta in linea di continuità rispetto alla pregressa giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali (nel senso che anche in essa il sindacato del Tribunale sugli atti comunitari secondari è stato ricostruito in termini di “controllo di riserva”), un mutamento rispetto alla *Solange II* si è comunque prodotto nel *modo* attraverso cui si tutelano i diritti fondamentali. Infatti, con la sentenza *Maastricht*, l’apertura verso l’Europa ha esteso la competenza di controllo del Tribunale costituzionale anche agli atti comunitari (e non solo, come in precedenza, agli atti interni di recepimento degli stessi), in modo da più adeguatamente garantire la piena tutela dei diritti fondamentali. Ne è derivato che ogni giudice tedesco è stato legittimato a presentare al *BVerfG* richieste *ex art. 100 LF* in presenza di atti della Comunità dubitati di avere violato diritti fondamentali tutelati dalla LF.

Quanto all’affermato “*rapporto di cooperazione*” con la Corte di giustizia, nella sentenza non è stato chiarito se esso implicasse una competenza di controllo ancora più ampia del *BVerfG* rispetto a quella della *Solange II*. Secondo alcuni, la “rassicurante formula” del rapporto di cooperazione altro non ha fatto che mettere in evidenza i nodi di questo rapporto, nel senso di relativizzare sia il primato del diritto comunitario sia il monopolio del controllo della Corte di giustizia sul diritto comunitario secondario: dunque, il concetto di rapporto di cooperazione è stato interpretato più che altro come il presupposto di un rapporto di conflitto.

d) Nella pronuncia su una controversia relativa alla “**Disciplina del mercato delle banane**”, del 7 giugno 2000 (BVerfGE 102, 147 ss.), il Tribunale ha consolidato il proprio orientamento sulla tutela giuridica dei diritti fondamentali di fronte a provvedimenti comunitari. Secondo tale pronuncia, chi intenda fare ricorso al *BVerfG* per la violazione di un diritto fondamentale prodotto dal diritto comunitario secondario deve dimostrare che l’evoluzione giuridica europea (ivi inclusa la giurisprudenza della Corte di giustizia), secondo i principi enunciati nella sentenza “*Solange II*”, sia scesa sotto lo *standard* minimo essenziale dei diritti fondamentali. Ciò esige un confronto della tutela dei diritti fondamentali sul piano nazionale e su quello comunitario: nel caso di specie il

¹² Al riguardo, il *BVerfG* riafferma comunque che il trasferimento dei poteri alle istituzioni sovranazionali è soggetto a limiti costituzionali e non equivale ad una rinuncia alla identità dell’ordinamento costituzionale tedesco, perché ciò determinerebbe una lesione delle strutture costitutive della stessa costituzione.

confronto non era stato proposto nel ricorso, donde la inammissibilità di questo¹³.

Nella medesima decisione, si è riconosciuto il compito di tutela e di controllo del *BVerfG* sulla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 23 LF (si è trattato di un elemento di novità rispetto alla *Solange II*, dove si era sostenuto che il Tribunale non avrebbe più esercitato competenze inerenti all'applicabilità del diritto comunitario). In via generale, la decisione è stata comunque accolta positivamente, anche grazie al suo tono conciliante ed *euro-friendly* rispetto all'approccio competitivo della sentenza *Maastricht*, dalla quale si è discostata anche per l'omesso richiamo del rapporto di "cooperazione".

e) Mentre la decisione sulla regolamentazione del mercato delle banane aveva ad oggetto i limiti di integrazione della tutela dei diritti fondamentali, in una decisione del 17 febbraio 2000 (c.d. sentenza "*Alcan*")¹⁴ si è trattato del secondo limite all'integrazione indicato nella sentenza *Maastricht* e cioè della verifica della conformità degli atti comunitari alle regole in tema di competenza. Nel caso concreto, il *BVerfG* ha negato l'esistenza di un "atto giuridico dirompente", senza recedere dai parametri di verifica posti nella sentenza *Maastricht*.

f) Nella sentenza del 18 luglio 2005 sul *Mandato di Arresto europeo*¹⁵, il Tribunale ha affrontato la questione del rispetto, da parte della legge tedesca di recepimento della decisione quadro, dell'art. 16, comma 2, LF¹⁶ e, in particolare, della riserva di legge rinforzata da esso prevista. Enfatizzando il margine di manovra spettante agli Stati membri nell'attuazione delle decisioni quadro nel diritto interno, il Tribunale ha postulato che gli organi legislativi degli Stati mantengono un potere politico di conformazione, se del caso anche attraverso il rifiuto dell'attuazione. Nel caso di specie, il legislatore tedesco non aveva, ad avviso del Tribunale, sfruttato tutte le possibilità di flessibilizzazione offerte dalla decisione quadro, ciò che aveva impedito un'attuazione conforme all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali. Con riferimento all'art. 6, comma 1, TUE, che annovera il principio dello Stato di diritto tra i principi fondamentali comuni all'Unione e agli Stati membri, il Tribunale ha specificato che tale norma non impedisce al legislatore, in caso di "minaccia persistente" a tali principi, di reagire, anche indipendentemente da un procedimento di sospensione dei diritti *ex art. 7 TUE*.

La sentenza ha dimostrato, quanto meno, un certo scetticismo da parte del Tribunale costituzionale nei confronti della "soluzione europea", considerato che, da un lato, si è compiuto un passo nel senso del riconoscimento della natura integrata del rapporto tra ordinamenti, ma, dall'altro, si è revocata in dubbio la fiducia nel sistema comunitario dei rimedi che la Corte di

¹³ La dottrina ha sottolineato la difficoltà di addivenire, in concreto, ad un confronto tra la tutela nei due ordini giuridici che sia sufficientemente preciso da portare ad un giudizio di merito.

¹⁴ Cfr. NJW 2000, 2015 s.

¹⁵ 2 BvR 2236/04.

¹⁶ Art. 16, comma 2, LF: "Nessun tedesco può essere estradato all'estero. L'estradizione verso un paese membro dell'Unione Europea o una Corte internazionale può essere consentita dalla legge, soltanto se sono garantiti i principi dello stato di diritto".

giustizia ha sempre ritenuto completo (come evidenziato nella sentenza *Pupino* del 16 giugno 2005, C 105/03).

g) Successivamente, in un'ordinanza del 31 maggio 2007, 1 BvR 1316/04, la (più conciliante) pronuncia *Solange II* è stata richiamata espressamente dai giudici di Karlsruhe, quando hanno affermato che solo nella misura in cui una direttiva venga trasposta in fonti di diritto tedesco potendo fruire di apprezzabili “margin di trasposizione” (*Umsetzungsspielraum*) è consentito un controllo di costituzionalità sull'utilizzo degli stessi¹⁷. *A contrario*, un siffatto controllo non è possibile là dove la trasposizione sia predeterminata dal diritto europeo con indicazioni cogenti e scelte di sistema¹⁸.

h) La sentenza relativa al “*Trattato di Lisbona*” del 30 giugno 2009¹⁹ rappresenta, ad oggi, l'ultimo tassello significativo della giurisprudenza costituzionale sul tema. Il Tribunale ha dichiarato incostituzionale, non già la legge di ratifica del Trattato²⁰, ma una legge di accompagnamento alla legge di ratifica²¹. Quest'ultima, nella sua formulazione originaria, veniva ritenuta incompatibile con gli artt. 23 e 38 (sulle elezioni del *Bundestag*) LF. In particolare, il *BVerfG* ha ritenuto che tale legge non contenesse un adeguato potenziamento dei poteri del Parlamento tedesco rispetto a quanto previsto dall'art. 12 del Trattato di Lisbona, inerente al contributo attivo dei parlamenti nazionali *al buon funzionamento dell'Unione*. Il *BVerfG* ha quindi subordinato la ratifica del Trattato di Lisbona all'adozione di misure necessarie a rafforzare il ruolo del *Bundestag* e del *Bundesrat* nelle questioni inerenti all'Unione europea, obbligando in sostanza il Parlamento a modificare la legge di accompagnamento per garantire i fondamentali principi democratici e riaffermare l'esistenza di “limiti” al processo di integrazione europea.

La sentenza si è segnalata soprattutto perché ha (ri)proposto una lettura del processo di integrazione europea ancorata al modello dello *Staatenverbund*, in base al quale l'Unione europea si configura come un'associazione a lungo termine di Stati sovrani, che esercita la propria autorità sulla base di un trattato e nell'ambito della quale i cittadini dei singoli Stati partecipano al processo di legittimazione democratica. Tale modello, già affermato nella sentenza *Maastricht*, segna il ritorno ad una posizione “prudente” dell'ordinamento tedesco nei confronti degli sviluppi futuri dell'integrazione europea. Nell'ambito di tale quadro, la legittimazione democratica viene ancorata ai sistemi nazionali, viene negata una *Kompetenz-Kompetenz* in capo all'Unione, i cui poteri sono

¹⁷ BVerfGE, 31 maggio 2007, 1 BvR 1316/04, vedi anche BVerfGE del 13 marzo 2007, 1 BvF 1/05.

¹⁸ Cfr. con riferimento a BVerfGE 118, 79 (95); C. CALLIESS, *Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte – Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG ?*, in JZ 2009, p. 113 ss; BVerfGE, 11 marzo 2008, 1 BvR 256/08.

¹⁹ BVerfGE, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09.

²⁰ ... e quindi la Legge sulla ratifica del Trattato di Lisbona e neanche la Legge costituzionale che modifica gli artt. 23, 45 e 93 GG.

²¹ ... e cioè la Legge di estensione e del rafforzamento del ruolo del Bundestag e del Bundesrat nelle questioni relative all'Unione europea.

delineati esclusivamente sulla base del principio di attribuzione, viene affermato il primato del diritto comunitario nel solo rispetto dei limiti posti dall'ordinamento interno e viene esclusa l'applicabilità di atti comunitari *ultra vires* o tali da ledere l'identità costituzionale dello Stato tedesco. Su tali basi, ogni ampliamento delle competenze dell'Unione europea che vada al di là dell'“effetto utile” deve essere limitato e comporta una pronuncia in merito da parte del Parlamento tedesco ai sensi dell'art. 23 LF (manca, infatti, ad avviso del Tribunale, una vera e propria legittimazione democratica del Parlamento europeo). Secondo il *BVerfG*, una lettura diversa del processo di integrazione europea si porrebbe in contrasto con la LF, legittimando un eventuale recesso dall'Unione da parte della Germania ai sensi dell'art. 50 del nuovo TUE, sulla base della considerazione che il processo d'integrazione europea non è irreversibile. In un altro passaggio della sentenza, a sostegno della sovranità statale della Germania e dei limiti al primato del diritto comunitario, i giudici di Karlsruhe, sulla base di un certo parallelismo con la sentenza della Corte di giustizia sul caso *Kadi* (C-402/05 C-415/05), hanno affermato che la partecipazione della Germania ad un ordinamento sopranazionale può essere limitata se ciò comporta un rischio per la sua identità costituzionale.

Il Tribunale ha così ribadito l'esistenza di controlimiti ed ha individuato nel principio democratico uno dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, al pari di quelli sanciti negli artt. 1-20 (principi fondamentali) LF e del diritto di voto di cui all'art. 38 LF, nonché dell'articolazione del *Bund in Länder* (art. 79 LF). Il Tribunale ha quindi contribuito a delineare l'*identità costituzionale* dell'ordinamento tedesco ed ha, in sostanza, puntualizzato i limiti che si impongono al processo di integrazione europea.

La sentenza del 30 giugno 2009 non si è discostata, in realtà, dalla giurisprudenza costituzionale precedente, caratterizzata, come visto, dall'alternarsi di fasi di apertura e fasi di chiusura nei confronti del processo di integrazione. Il primato del diritto comunitario ne risulta sicuramente relativizzato, ma non ha subito smentite: solo nei casi eccezionali di atti comunitari “*ultra vires*” o incompatibili con l'identità costituzionale, l'interpretazione conforme al diritto comunitario deve cedere il passo a forme di interpretazione conforme alla Costituzione.

2.2. L'interpretazione degli atti interni compatibile con il diritto comunitario

Un tema di particolare interesse, alla luce della giurisprudenza del Tribunale costituzionale, è quello inerente all'obbligo di procedere ad una interpretazione degli atti interni che sia compatibile con il diritto comunitario. Come noto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il diritto nazionale deve essere interpretato e applicato in accordo con le esigenze del diritto comunitario, all'uopo sfruttando l'intero margine di azione offerto nell'attività ermeneutica. Il Tribunale costituzionale federale ha riconosciuto, per la prima volta con un *obiter dictum* nel 1987, questa giurisprudenza comunitaria, accogliendo un ricorso contro una sentenza della Corte federale delle finanze che si era sottratta in modo arbitrario ed in violazione del principio del giudice precostituito dalla legge (art. 101, comma 1, per. 2 LF) all'obbligo di promuovere una pregiudiziale comunitaria,

peraltro già decisa dalla Corte di giustizia²².

Nel 1990, la sentenza *Marleasing* della Corte di giustizia ha poi precisato che l'obbligo di interpretazione conforme vale, non solo per la legge che esplicitamente dà attuazione alla direttiva, ma anche per qualsiasi altra fonte nazionale, anteriore o posteriore alla direttiva stessa, in quanto interpretazioni non conformi risulterebbero vietate dal diritto comunitario²³. Un certo avvicinamento della giurisprudenza costituzionale tedesca recente a quella della Corte di giustizia è constatabile con riferimento al principio della non-discriminazione. Infatti, in un'ordinanza dello scorso anno (1 BvR 1164/07 del 7 luglio 2009), il *BVerfG* ha ritenuto incostituzionale il trattamento diseguale delle coppie eterosessuali sposate rispetto alle unioni omosessuali registrate in materia di pensione di reversibilità, richiamando al riguardo espressamente la sentenza *Maruko* della Corte di giustizia (C-267/06), e superando la precedente giurisprudenza nazionale in materia²⁴.

2.3. Riepilogo

Alla luce di quanto si è detto, il *BVerfG* sembra essersi attestato in modo stabile su una posizione di sostanziale rinuncia ad un controllo costituzionale sul diritto comunitario, ritenendo sufficiente la tutela dei diritti fondamentali garantita dalla Corte di giustizia, in quanto essenzialmente parificabile allo *standard* costituzionale. Una questione avente ad oggetto il diritto comunitario derivato potrebbe in futuro avere successo davanti al *BVerfG* solo se venisse dimostrata l'insufficienza, nel caso singolo, della protezione offerta ai diritti fondamentali: ma, nella prassi, una tale dimostrazione non appare – come è ovvio – agevolmente ipotizzabile. Il Tribunale ha delegato con ciò la competenza sul controllo per la violazione dei diritti fondamentali in relazione all'applicazione del diritto comunitario alla Corte di giustizia, riservandosi semplicemente la possibilità di far ricorso allo strumento dei controlimiti²⁵.

Per quel che attiene al rapporto di “cooperazione” tra *BVerfG* e Corte di Giustizia, esso può essere riassunto, a partire dalla “sentenza Maastricht”, nei termini che seguono.

a) Il diritto primario comunitario, per il tramite della legge nazionale di adesione e le relative

²² “Dalla giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia [...] risulta oramai il seguente quadro: Essendo gli Stati membri obbligati ad adeguare il diritto interno alle direttive, normalmente gli effetti della direttiva investono il “cittadino del mercato” solo attraverso le misure di attuazione adottate nello Stato membro; a tal riguardo, la direttiva è significativa per l'interpretazione della disciplina di attuazione dello stato membro, in quanto i giudici, nel rispetto del dovere di lealtà verso la Comunità di cui all'art. 5 TCEE, devono scegliere quell'interpretazione del diritto nazionale che corrisponde al contenuto della direttiva nell'interpretazione data dalla Corte di giustizia secondo l'art. 177 TCEE”. Cfr. BVerfGE 75, 223 (237s.), con nota critica di Rupp, JZ 1988, p. 194 ss. Confermato in BVerfGE 82, 159 (193ss).

²³ CGE, 13 novembre 1990, C. 106/89 (*Marleasing/Alimentacion*).

²⁴ Cfr. L. VIOLINI, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte alla sentenza Maruko: un dialogo tra sordi?* in Quaderni costituzionali, n. 2, giugno 2009, p. 407 ss.

²⁵ Cfr. G. CERRINA FERONI, *op. cit.*, p. 224.

leggi di accompagnamento di volta in volta rilevanti, è sottoposto direttamente ed in prima battuta al controllo costituzionale del *BVerfG*. Il *BVerfG* verifica con ciò la conformità costituzionale delle modifiche, integrazioni ed estensioni dei Trattati. La tutela dei diritti fondamentali non può cedere di fronte al diritto sovranazionale. Se il *BVerfG* giunge alla conclusione che la legge di recepimento interna viola diritti o principi fondamentali, ivi inclusa l'identità costituzionale, questa deve ritenersi illegittima sulla base della LF.

b) Quanto alla interpretazione del diritto comunitario secondario, a prevalere è la competenza di controllo della Corte di giustizia, poiché soltanto questa può garantire l'unità dell'interpretazione giuridica nell'ambito dell'Unione europea. Ma, se l'interpretazione del diritto comunitario secondario prospettata dalla Corte di giustizia lede in modo sostanziale un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione, il quale – come dovrebbe essere esposto dettagliatamente negli atti di promuovimento – non è riconosciuto in ambito comunitario, allora – almeno sul piano teorico – permane la competenza a giudicare del *BVerfG*. Ad identiche conclusioni (sulla base della sentenza del 7 giugno 2000) deve giungersi quando – nonostante il riconoscimento del diritto fondamentale in ambito comunitario – la violazione concerna l'essenza irrinunciabile di un diritto fondamentale tutelato dalla LF.

3. Il Tribunale costituzionale federale tedesco ed il rinvio pregiudiziale

L'integrazione europea, con riferimento alle relazioni tra giudici nazionali e giudici comunitari²⁶, trova il suo canale privilegiato di comunicazione, come noto, nella pregiudiziale comunitaria, prevista dall'art. 267 TFUE (già art. 234 TCE e, prima ancora, art. 177 TCEE). Con riferimento all'osservanza dell'obbligo di rimessione, il Tribunale costituzionale federale tedesco riconosce la Corte di giustizia, chiamata ad assicurare l'uniformità della giurisprudenza nell'Unione europea, la qualifica di giudice naturale precostituito per legge ai sensi dell'art. 101, comma 1, periodo 2, LF²⁷. Pertanto, il mancato esperimento, da parte del giudice nazionale, del rinvio deve considerarsi, qualora ne sussistano le condizioni, una violazione del diritto costituzionale al giudice naturale²⁸.

Il Tribunale ha anche riconosciuto l'efficacia vincolante delle sentenze emesse dalla Corte di

²⁶ In merito al rapporto (conflittuale) tra il Tribunale costituzionale federale tedesco e la Corte di giustizia cfr. anche un articolo di R. HERZOG e L. GERKER pubblicato nella FAZ del 8 settembre 2008 che si intitola polemicamente: “*Fermate la Corte Europea di giustizia*”; v. in <http://www.denaro.it/VisArticolo.aspx?IdArt=556586&KeyW=EUROMEDITERRANEO>.

²⁷ Art. 101, comma 1, LF: “Non è consentita l'istituzione di giudici speciali. Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.” Cfr. BVerfGE 73, 339, 366; BVerfGE 75, 339 (366); BVerfGE 82, 1 59; BVerfGE, 9 gennaio 2001, 1 BvR 1036/99.

²⁸ BVerfGE 73, 399 (366 ss.), 22 ottobre 1986; BVerfGE 82, 159 (194 ss.), 31 maggio 1990; BVerfGE, 9 gennaio 2001, 1 BvR 1036/99; BVerfGE, 25 febbraio 2004, 1 BvR 1564/94; BVerfGE, 9 giugno 2004, 2 BvR 1248/03 e 1249/03; BVerfGE, 14 luglio 2006, 2 BvR 264/06; BVerfGE, 6 dicembre 2006, 1 BvR 2085/03; BVerfGE, 14 maggio 2007, 1 BvR 2036/05.

giustizia nell'esercizio di tale competenza²⁹.

Lo stesso *BVerfG* ha espressamente affermato di essere vincolato all'applicazione dell'art. 267 TFUE³⁰. Nella decisione *Solange I* si legge, infatti, che il *BVerfG* "può decidere da solo le questioni pregiudiziali del diritto comunitario qualora non sussistano i presupposti di cui all'art. 177 del Trattato, che vincola anche il Tribunale costituzionale". Ancora più esplicita è stata l'ordinanza "Vielleicht" del 1979 (BVerfGE 52, 187, 201 s), che annunciava l'orientamento del Tribunale tedesco adottato nella *Solange II*. Infatti, nella pronuncia *Vielleicht* il *BVerfG* ha sostenuto chiaramente che le sentenze della Corte di giustizia rese in sede di rinvio pregiudiziale sono vincolanti per tutte le corti nazionali, ivi incluso, ovviamente, lo stesso *BVerfG* nell'ambito del controllo delle leggi in via incidentale di cui all'art. 100 LF. Il Tribunale, comunque, non avendo ravvisato alcun motivo per cui mettere in dubbio la decisione già resa dalla Corte di giustizia sul tema, nella specie non si è ritenuto obbligato a ripresentare alla Corte la domanda pregiudiziale.

Peraltro, nonostante le numerose pronunce del *BVerfG* in materia di rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, e sebbene lo stesso abbia riconosciuto di essere tenuto all'applicazione dell'art. 234 TCE (267 TUE), tanto da obbligare i recalcitranti giudici di ultima istanza tedeschi a sollevare la questione pregiudiziale, non si è mai giunti, ad oggi, ad un suo rinvio pregiudiziale.

Al riguardo, deve ricordarsi un'ordinanza del 2001 (2 BvB 1/01, 2/01, 3/03)³¹, in merito ad un procedimento di scioglimento *ex art. 21*, comma 2, LF istaurato dal *Bundestag* e dal *Bundesrat* nei confronti del partito di estrema destra NPD. Nel caso di specie, la NPD aveva chiesto espressamente la sospensione del giudizio ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del *BVerfG*, al fine di stabilire se un partito che si presenta alle elezioni europee possa essere o meno dichiarato incostituzionale in uno Stato membro. La vicenda si è conclusa, dopo che era stata disposta una sospensione per altri motivi, con l'archiviazione del procedimento di scioglimento senza che il Tribunale neppure si soffermasse su un esame compiuto della richiesta di rinvio (nella pronuncia di rigetto, infatti, si è valutata la rimessione solamente alla luce del comma 1, lettere a) e b), dell'art. 234 TCE). Tale decisione è stata al centro di una accesa discussione, in quanto il Tribunale costituzionale, nel procedimento di scioglimento *ex art. 21*, comma 2, LF, è l'unico giudice nazionale competente. Vengono dunque meno gli argomenti che possono addursi, contro il rinvio pregiudiziale, in altri casi, e segnatamente per i ricorsi diretti e per il sindacato di costituzionalità in via incidentale, dove la negazione di un obbligo di rimessione in capo al *BVerfG* può, al limite, essere giustificata in ragione della natura straordinaria del ricorso diretto ovvero della

²⁹ BVerfGE 45, 142 (162); BVerfGE 75, 223 (234).

³⁰ Cfr. BVerfGE 317, 271 (282), c.d. *Solange I*, e BVerfGE 52, 187 (201) c.d. *Vielleicht*. Sull'obbligo di rimessione della questione alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato da parte delle autorità giudiziarie tedesche, ivi compreso il *BVerfG*, e sulle conseguenze di tale violazione v. J. KOKOTT, T. HENZE, C. SOBOTTA, *Die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof und die Folgen ihrer Verletzung*, in JZ 2006, p. 633 ss. Vedi anche F.M. MAYER, *Das Bundesverfassungsgericht und die Verpflichtung zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof*, *Europarecht*, 2002, Paper 20/02, in www.whi-berlin.de/vorlagen.htm

³¹ Cfr. F.C. MAYER, *op. cit.*, p. 15 ss.

funzione puramente pregiudiziale del giudizio di costituzionalità. Quale che sia l'opinione relativa alla ordinanza in questione, è indiscutibile che il Tribunale costituzionale non abbia colto appieno l'occasione di prendere una chiara posizione circa l'obbligo di cui all'art. 234, comma 3, TCE.

Si noti, al riguardo, che, successivamente alla pubblicazione della sopra citata ordinanza "*Vielleicht*", il Tribunale, tra l'altro, non sembra essersi mai più espresso in maniera così chiara circa il proprio obbligo di rimessione. Ciò almeno fino alla ordinanza del 2 marzo 2010 (1 BvR 256/08, 263/08 e 586/08), relativa alla conservazione di dati personali generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica³², dove si è stabilito che i ricorsi diretti giudicati "*non necessita[va]no di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art. 267 TUFÈ (v. BVerfGE 37, 271 [282])*", in quanto "*un tale rinvio da parte del Tribunale costituzionale federale potrebbe essere preso in considerazione se fosse in questione l'interpretazione o la validità del diritto comunitario o di quello dell'Unione che pretende prevalenza rispetto al diritto interno e la cui trasposizione non viene esaminata dal Tribunale costituzionale in base ai diritti fondamentali di cui alla LF. Una tale rimessione può però soltanto ritenersi ammissibile e dovuta qualora l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione siano rilevanti*". Ciò non poteva essere rilevato nel caso di specie, in quanto l'efficacia della direttiva 2006/24/CE e la sua preminenza rispetto a diritti fondamentali della LF non è stata ritenuta determinante per la soluzione della controversia, poiché, tra le altre cose, la direttiva aveva concesso al legislatore nazionale ampi margini di trasposizione rispetto ai quali è consentito, come detto, il controllo da parte del *BVerfG*.

Generalmente, il Tribunale ha comunque preferito non approfondire l'argomento, limitandosi a non accogliere eventuali richieste dirette³³ o suggerimenti di rimessione, e dichiarando non rilevanti le questioni poste (di contro, ha sviluppato criteri più precisi in merito all'obbligo di rimessione da parte dei giudici comuni di ultima istanza). Nemmeno nelle pronunce sul *Trattato di Maastricht*, sul *Mandato di arresto europeo* (in cui il Governo federale aveva espressamente suggerito di investire la Corte di giustizia) e, da ultimo, nella sentenza sul *Trattato di Lisbona*, il Tribunale ha affrontato in maniera esplicita il tema del rinvio pregiudiziale e di un eventuale correlativo obbligo al riguardo.

In dette sentenze, il Tribunale ha mantenuto sempre lo stesso impianto argomentativo e lo stesso atteggiamento nei riguardi dell'ordinamento europeo e della Corte di giustizia, di cui si pone come un interlocutore autorevole, in grado di determinare le condizioni concrete di adesione del Paese all'Europa senza la necessità di investirla direttamente.

Nella sentenza sul *Trattato di Lisbona*, il Tribunale ha difeso, con parole molto chiare, la sua giurisdizione ("*Letztentscheidungskompetenz*"), sia per l'accertamento *ultra vires* che per l'accertamento di una violazione dell'identità costituzionale ed ha ipotizzato al riguardo anche

³² Cfr. *Bollettino di Informazione sull'attività giurisprudenziale sovranazionale e straniera* del Servizi Studi, marzo 2010.

³³ Cfr. la c.d. pronuncia *Kloppenburg*, BVerfGE 75, 223 (231)

l'introduzione, da parte del legislatore tedesco, di un nuovo procedimento *sui generis* (para. 241)³⁴: “Tanto il controllo *ultra vires* quanto il controllo d'identità possono portare al risultato che norme di diritto comunitario, o in futuro norme di diritto dell'Unione, siano dichiarate inapplicabili in Germania. Per tutelare la funzionalità dell'ordinamento comunitario, un'applicazione del diritto costituzionale che sia favorevole al diritto europeo richiede che tanto l'accertamento *ultra vires* quanto l'accertamento di una violazione dell'identità costituzionale sia riservato al Bundesverfassungsgericht, rispettando l'idea di diritto espressa nell'art. 100, comma 1, Legge fondamentale. In quali procedimenti il Bundesverfassungsgericht possa essere concretamente investito di questo controllo, non deve essere deciso in questa sede. È ipotizzabile il ricorso a procedimenti esistenti, quindi il controllo di costituzionalità in forma astratta (art. 93, paragrafo 1, n. 2, Legge fondamentale) e in forma concreta (art. 100, comma 1, Legge fondamentale), il conflitto tra organi (art. 93, paragrafo 1, n. 1, Legge fondamentale), il conflitto tra Federazione e Länder (art. 93, paragrafo 1, n. 3, Legge fondamentale) ed il ricorso costituzionale (art. 93, paragrafo 1, n. 4°, Legge fondamentale). È pensabile tuttavia anche che il legislatore crei un ulteriore procedimento di giurisdizione costituzionale, ritagliato specificamente sul controllo *ultra vires* e sul controllo d'identità, per assicurare l'obbligo degli organi tedeschi di disapplicare, in singoli casi ed in Germania, atti di diritto dell'Unione *ultra vires* o lesivi dell'identità”.

È infine da segnalare che la giurisprudenza costituzionale³⁵ in merito alla violazione del “diritto al giudice precostituito” per omesso rinvio obbligatorio ha precisato che il *BVerfG*, giudicando sul diritto al giudice naturale, non deve controllare ogni valutazione errata svolta dal giudice nazionale relativamente al mancato rinvio, ma deve solo verificare se l'omissione del rinvio sia avvenuta sulla base di considerazioni illogiche ovvero arbitrarie.

L'omesso rinvio alla Corte di giustizia è, secondo tale giurisprudenza, da considerare arbitrario solo nei casi di ignoranza dell'obbligo di rimessione di dubbi percepiti, di divergenza intenzionale rispetto ad un'interpretazione data dalla Corte di giustizia e di incompletezza nella giurisprudenza presa in esame e nella sua non congrua valutazione (con margini di apprezzamento)³⁶ e, in tal senso, si pone apparentemente in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare con la dottrina “*acte clair*” e *CILFIT*), sebbene il Tribunale costituzionale abbia, in una recentissima

³⁴ Cfr. anche C.O. LENZ, *Brauchen wir ein neues Kontrollverfahren für das Recht der Europäischen Union vor dem BVerfG ? Erwiderung zu Heiko Sauer*, ZRP 2009, 195, in ZRP 2010, p. 22 ss.; H. SAUER, *Kompetenz- und Identitätskontrolle von Europarecht nach dem Lissabon-Urteil**, *Ein neues Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht ?* in ZRP 2009, p. 195 ss.

³⁵ Cfr. BVerfGE, 29 maggio 2006, c. 32, 1 BvR 1080/01; BVerfGE, 20 settembre 2007, 2 BvR 855/06; BVerfGE, 21 maggio 2008, 2 BvR 8983/08; BVerfGE, 4 settembre 2008, 2 BvR 1321/07; BVerfGE, 4 settembre 2008, 2 BvR 2150/07. Vedi anche nota 2.

³⁶ Cfr. ad es. prima *Kammer*, 14 giugno 2006, EuGRZ 2006, 477ss. Una mancanza di coerenza con la giurisprudenza dell'*acte clair* è lamentata, tra gli altri, da W. ROTH, *Verfassungsrechtliche Kontrolle der Vorlagepflicht an den EuGH*, NVwZ 2009, 345ss.; V. anche BVerfGE, 6 maggio 2008, 2 BvR 2419/06, secondo cui il diritto comunitario non stabilisce alcun dovere di rafforzare i criteri del controllo della sostenibilità ed arbitrarietà in merito all'obbligo del rinvio.

pronuncia del 25 febbraio 2010 [1 BvR 230/09], specificato che la sostenibilità dell'omesso rinvio deve essere analizzata anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in merito all'art. 234, comma 3, TCE (e quindi ai criteri *CILFIT*). Con riferimento ai criteri da osservare da parte dei giudici ordinari, il Tribunale costituzionale ha peraltro chiarito³⁷ che il giudice nazionale non può valutare l'eventuale conflitto tra normative comunitarie sulla base di parametri esclusivamente nazionali ed ha affermato espressamente che “*un giudice che non acquisisca tutte le necessarie informazioni relative al diritto comunitario viola sistematicamente le condizioni ed il significato del ricorso in via pregiudiziale*”.

Tuttavia, almeno fino ad oggi, detta giurisprudenza è stata interpretata nel senso di cercare di evitare l'obbligo per il *BVerfG* di sollevare questioni di interpretazione davanti alla Corte di giustizia, come hanno invece cominciato a fare alcuni giudici costituzionali dello *Staatsgerichtshof* del *Land Assia*³⁸.

Il Tribunale ha inoltre specificato, nell'ordinanza 2 BvR 2023/06 del 19 ottobre 2006, che l'obbligo di rinvio non esiste nell'ambito della tutela cautelare³⁹.

Infine, si segnala che, in base ad una pronuncia del Tribunale costituzionale che risale al 2006 (11 luglio 2006, 1 BvL 4/00), non esiste un ordine fisso di priorità per la presentazione di quesiti inerenti ad una norma che riguardino la sua costituzionalità, giudicata dal *BVerfG*, e la sua compatibilità con il diritto comunitario, sottoposta al vaglio della Corte di giustizia.

4. Conclusioni

Quanto sin qui detto può essere così riassunto: (i) L'obbligo di operare il rinvio riguarda tutti i giudici nazionali, quindi anche il *BVerfG*. Ma quando una simile decisione è di rilevanza costituzionale, allora il controllo del *BVerfG* non può essere precluso. In rapporto alla decisione della Corte di giustizia, il *BVerfG* deve verificare se la competenza da esso rivendicata in favore di “una tutela generale del non comprimibile *standard* dei diritti fondamentali” renda necessario o meno un suo intervento; (ii) Una violazione dell'obbligo di rinvio di cui all'art. 267 TUE riguarda il *BVerfG*: il diritto fondamentale al giudice precostituito per legge può essere violato, quando un giudice non opera il rinvio, poiché il chiarimento circa la compatibilità di una norma giuridica nazionale con il diritto comunitario è di competenza della Corte di giustizia.

³⁷ Cfr. ordinanza del 9 gennaio 2001 (1 BvR 1036/99).

³⁸ Favorevole: BVerfGE 37, 271 (282); 52, 187 (202); HessStGH, EuGRZ 1997, 213 (215); favorevole anche: BayVerfGH, BayVBl. 1997, 495 (498). Cfr. anche F. MAYER, *op. cit.*

³⁹ Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'art. 234 TCE deve essere interpretato nel senso che un tribunale nazionale, le cui decisioni non possono più essere impugnate, non è obbligato a presentare la questione sull'interpretazione alla Corte di giustizia, se la questione emerge in un procedimento cautelare, se la decisione in quest'ultimo procedimento non vincola il tribunale del procedimento principale e nei limiti in cui ogni parte ha la possibilità di iniziare o di richiedere l'inizio di un procedimento principale, nel quale la questione decisa in modo preliminare venga di nuovo giudicata e possa quindi essere presentata presso la Corte di giustizia secondo l'art. 234 TCE.

Sul piano prettamente processuale, in Germania, il ricorso diretto per violazione dei diritti fondamentali da parte di una sentenza interna basata su una certa interpretazione del diritto comunitario (normalmente inammissibile, alla luce delle sentenze *Solange II* e *Bananen*) può divenire, in casi eccezionali, come accaduto nel caso relativo al *Trattato di Lisbona*, uno strumento di reazione dell'ordinamento interno nei confronti di tentativi di invasione indebita da parte dell'ordine sovranazionale.

Da un lato, la Corte di giustizia è il giudice naturale del rispetto dei diritti fondamentali nella misura in cui è delegata ad accertare violazioni di diritti fondamentali in sostituzione della verifica da operarsi in sede nazionale (sempre facendo salva la *Notkompetenz* del Tribunale costituzionale), mentre – dall'altro lato – il Tribunale costituzionale tedesco, tramite il ricorso diretto, ha strumenti per far rispettare l'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici; ricorso diretto che è, al contempo, lo strumento che gli consente di verificare che le due forme di tutela, quella nazionale e quella sovranazionale, restino “sostanzialmente” comparabili.

Quanto ai rapporti del *BVerfG* con la Corte di Lussemburgo, non possono, complessivamente, dirsi caratterizzati da una “pacifica cooperazione”, sebbene, almeno per alcuni aspetti, si siano sicuramente stabilizzati. Si tratta, in ogni caso, di rapporti non privi di incognite e di problemi, tanto che la pluralità dei livelli di tutela dei diritti fondamentali pone il noto interrogativo su chi abbia, in punto di tutela del diritto fondamentale, la competenza di ultima istanza, cioè a chi spetti la c.d. “*Letztentscheidungskompetenz*”, da ultimo difesa dal *BVerfG* nella sentenza sul *Trattato di Lisbona*.

LITUANIA

di Carmen Guerrero Picó e Sarah Pasetto

La Corte costituzionale della Repubblica di Lituania (*Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*) è stato il terzo organo di giustizia costituzionale di uno Stato membro a far uso della procedura prevista dall'art. 234 TCE, con decisione dell'8 maggio 2007¹. La domanda di pronuncia pregiudiziale ha avuto ad oggetto l'interpretazione dell'art. 20 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2003/54/CE, del 26 giugno, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE.

Il rinvio è stato presentato nell'ambito di una controversia proposta dinanzi alla Corte costituzionale da alcuni membri del Parlamento lituano, ai fini del controllo della legittimità costituzionale dell'art. 15, n. 2, della legge sull'elettricità, nella versione risultante dalla legge 1° luglio 2004, n. IX-2307. I parlamentari evidenziavano come la normativa di trasposizione della direttiva fosse in contrasto con i principi costituzionali di libera iniziativa economica (art. 46 Cost.) e dello stato di diritto (art. 5, comma 2, Cost.), in quanto non avrebbe permesso al consumatore la scelta tra l'allacciarsi alla rete elettrica di trasmissione² o a quella di distribuzione³, obbligandolo, così, a connettersi al gestore del sistema di distribuzione⁴ e, solo in casi residuali, al gestore della rete di trasmissione⁵. I ricorrenti facevano notare come la direttiva in questione non ponesse in capo al consumatore alcun obbligo di interconnessione con i distributori ed il fatto che il legislatore lituano avesse previsto discrezionalmente tali obblighi avrebbe portato ad una violazione del principio generale del diritto comunitario di non discriminazione. In sostanza, nel caso di specie si trattava di un'asserita violazione del parametro costituzionale interno da parte della stessa disciplina nazionale, anche a causa del suo scostamento rispetto a quanto previsto (e permesso) dalla disciplina comunitaria di riferimento.

¹ Cfr. O. POLLICINO, *La Corte costituzionale lituana ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in www.europeanrights.eu

² Ai sensi della direttiva, per *distribuzione* deve intendersi “il trasporto di energia elettrica sui sistemi di distribuzione ad alta media, bassa tensione per le consegne ai clienti, ma che non comprende la fornitura”.

³ Ai sensi della direttiva, per *trasmissione* deve intendersi “il trasporto di energia elettrica sul sistema interconnesso ad altissima tensione e ad alta tensione ai fini della consegna ai clienti finali o ai distributori, ma non comprendente la fornitura”.

⁴ Ai sensi della direttiva, per *gestore del sistema di distribuzione* deve intendersi: “qualsiasi persona fisica o giuridica responsabile della gestione, della manutenzione e, se necessario, dello sviluppo del sistema di distribuzione in una data zona e, se del caso, delle relative interconnessioni con altri sistemi, e di assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli di distribuzione di energia elettrica”.

⁵ Ai sensi della direttiva, per *gestore del sistema di trasmissione* deve intendersi: “qualsiasi persona fisica o giuridica responsabile della gestione, della manutenzione e, se necessario, dello sviluppo del sistema di trasmissione in una data zona e, se del caso, delle relative interconnessioni con altri sistemi, e di assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli di trasmissione di energia elettrica”.

I rappresentanti legali del Parlamento sostenevano, in contrario, che se, per un verso, era innegabile che la direttiva 2003/54 non prevedesse uno specifico obbligo per i consumatori di interconnettersi alla rete di distribuzione elettrica, per altro verso essa non proibiva in alcun modo che un tale obbligo fosse incluso nelle normative nazionali di recepimento, lasciando quindi la possibilità di una regolamentazione aggiuntiva alla competenza esclusiva degli Stati membri.

La Corte lituana ha ricordato come il paragrafo 2 della legge costituzionale del 13 luglio 2004, sull'adesione all'Unione europea (parte integrante, ai sensi dell'art. 150 Cost., del testo costituzionale del 1992), preveda che la normativa dell'Unione europea sia una parte costitutiva dell'ordinamento giuridico della Repubblica lituana, aggiungendo però che, allorché si tratti di normativa di diritto superprimario, che quest'ultima deve essere applicata direttamente e deve avere sempre la prevalenza in caso di conflitto con la legislazione interna. Dal disposto costituzionale, poteva arguirsi che la superiorità rispetto alla normativa ordinaria interna fosse un attributo da riconoscere esclusivamente al diritto comunitario dei Trattati, con esclusione quindi del diritto derivato. Una tale interpretazione era stata peraltro esclusa dagli stessi giudici costituzionali lituani che, in una decisione del 14 marzo 2006, avevano sottolineato come la prevalenza su tutti gli atti di diritto interno, escluso il testo costituzionale⁶, fosse da riconoscersi, non solo alle norme di diritto europeo superprimario, ma anche a ciascuna normativa comunitaria che avesse come base giuridica una disposizione dei Trattati istitutivi. In altri termini, sembrava di potersi dedurre, nel sistema giuridico lituano, una collocazione del diritto comunitario intermedia tra livello costituzionale ed il livello ordinario.

Ai giudici costituzionali, restava il dubbio se la direttiva 2003/54 richiedesse che le normative di recepimento degli Stati membri dovessero espressamente prevedere in capo ai clienti-consumatori il *diritto* di scegliere a quale rete – di trasmissione o di distribuzione – connettersi o, invece, riconoscesse semplicemente la *possibilità*, per il cliente, di connettersi ad una rete che, ad un prezzo ragionevole, potesse far fronte alla sua esigenza di energia elettrica. In quest'ultimo caso, una volta realizzata tale condizione, sarebbe rientrato nel margine di discrezionalità di ciascuno Stato membro la decisione se l'interconnessione fosse da attivarsi con una rete di distribuzione o con una rete di trasmissione.

In tale contesto, la Corte costituzionale ha dunque deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: “Se occorra interpretare l'art. 20 della direttiva [...] nel senso che esso obbliga gli Stati membri ad adottare una normativa in forza della quale, posto che la rete elettrica disponga della necessaria capacità, qualsiasi terzo ha il diritto di scegliere, a sua discrezione, la rete – di trasmissione o di distribuzione elettrica – alla quale desidera connettersi e il gestore della relativa rete è obbligato a dargli l'accesso alla rete”.

La Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza della Terza Sezione della Corte del 9 ottobre 2008 (procedimento C-239/07, *Julius Sabatauskas e altri*) nel senso che: “L'art. 20 della

⁶ Non potrebbe essere altrimenti, visto che ai sensi dell'art. 7 della Costituzione lituana “qualsiasi legge o altro atto in contrasto con la Costituzione è da ritenersi invalido”.

direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 giugno 2003, 2003/54/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE, deve essere interpretato nel senso che definisce gli obblighi degli Stati membri soltanto per quanto riguarda l'accesso, ma non la connessione dei terzi alle reti di trasmissione e di distribuzione dell'energia elettrica, e che esso non prevede che il sistema di accesso alle reti che gli Stati membri sono tenuti ad attuare debba consentire ai clienti idonei di scegliere discrezionalmente a quale tipo di rete desiderano connettersi.

“Detto art. 20 deve essere interpretato anche nel senso che non osta ad una regolamentazione nazionale che prevede che gli impianti di un cliente idoneo possano essere connessi alla rete di trasmissione soltanto se il gestore della rete di distribuzione rifiuta, per esigenze tecniche o di gestione imposte, di connettere alla sua rete gli impianti di tale cliente situati nella zona di attività definita nella licenza. Spetta, tuttavia, al giudice nazionale verificare che l'attuazione e l'applicazione di detto sistema avvengano secondo criteri obiettivi e non discriminatori tra gli utenti delle reti”.

Successivamente, la Corte costituzionale lituana ha emesso la sentenza del 4 dicembre 2008 (*Case No. 47/04, ruling on the compliance of paragraph 2 of article 15 of the Republic of Lithuania law on electricity with the Constitution of the Republic of Lithuania*), in cui ha stabilito che “la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in quanto fonte di interpretazione del diritto, è anch'essa rilevante e decisiva nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto lituano”, insieme con le interpretazioni degli articoli rilevanti della Costituzione lituana, al fine di ricostruire il contesto storico-legale ed il significato della terminologia impiegata dal regolamento di trasposizione in questione”.

La Corte ha esposto le proprie argomentazioni nel modo seguente: “Il potere dello Stato di regolamentare l'attività economica, sancito dall'art. 46 Cost., non comporta il diritto, per lo Stato, di amministrare tutte le attività economiche, o anche solamente alcune di esse, a propria discrezione; piuttosto, tale articolo sancisce il diritto, dello Stato, di regolamentare l'attività economica attraverso la legge, ovvero l'affermazione di limiti (divieti) e condizioni all'attività economica, e la riserva di legge in ordine alla disciplina delle procedure da seguire. Le particolarità della disciplina legale dipendono dal carattere particolare delle relazioni sociali regolate.

“La regolamentazione legale dell'attività economica non è fine a se stessa, ma è piuttosto un mezzo di ingegneria sociale, nonché un modo per perseguire il benessere della Nazione attraverso il diritto; il contenuto della nozione di «benessere generale della Nazione» sarà concretizzato, di volta in volta, attraverso la considerazione, *inter alia*, di fattori economici e sociali.

“Non è vietato, in talune circostanze, affermare, con legge, l'esistenza di un monopolio in un settore particolare dell'economia, oppure di rispecchiare in altro modo i rapporti di fatto monopolistici, e di regolarli di conseguenza.

“I divieti posti dalla legge devono essere ragionevoli, adeguati all'obiettivo perseguito, non discriminatori e stabiliti chiaramente; in ogni caso, un divieto posto dalla legge alla libertà

economica di un individuo deve essere chiaro, e deve essere individuato allo scopo di proteggere i valori sanciti dalla Costituzione (ad es., in questo caso, la concorrenza, gli interessi dei consumatori, ecc.)”. Tali divieti sono ammissibili, alla luce della Costituzione, se vengono soddisfatte alcune condizioni (ad es., se il divieto è stato posto per mezzo di un atto legislativo e se le limitazioni non negano la natura e l’essenza dei diritti e delle libertà in questione, ecc.). La Corte ha inoltre osservato che, nel corso del giudizio, è emerso che il modello di rete elettrica stabilito dalle misure regolamentari lituane in questione è assai diffuso tra gli Stati membri dell’Unione europea.

Proseguendo nell’esposizione, e con particolare riferimento alle condizioni di non-discriminazione ed oggettività richieste dalla Corte di giustizia nella sua sentenza, la Corte costituzionale lituana ha precisato che “[l]a regolamentazione lituana in questione non nega[va] il diritto del consumatore di accedere al sistema di energia elettrica, e questa regolamentazione [era] applicata a tutti i consumatori. Dunque, tale regolamentazione assicura[va], in maniera egualitaria, il diritto di accesso alla rete elettrica per tutti i consumatori.

“La limitazione posta alla possibilità per il consumatore di selezionare il fornitore di elettricità (se l’operatore della rete di distribuzione o quello della rete di trasmissione), dal provvedimento lituano in questione, non [era] assoluta, e non crea[va] precondizioni per la discriminazione del consumatore. Tale misura non significa[va] che un gruppo particolare di individui [fosse] soggetta a discriminazioni, né che ad un gruppo particolare ven[issero] accordati privilegi. Invece, attraverso tale provvedimento si è tentato di assicurare in maniera egualitaria gli interessi dei consumatori della corrente elettrica. Dunque, tale regolamentazione si prefigge[va] anche l’obiettivo di perseguire il benessere generale della Nazione. Conseguentemente, la misura stabilita dall’art. 15 della Legge sull’elettricità non viola[va] i provvedimenti imperativi sanciti all’art. 46 Cost.”.

È stato anche sottolineato che “il Parlamento, quando ha approvato la regolamentazione in questione, non ha ecceduto i poteri ad esso conferiti dalla Costituzione. Neppure sussist[eva] dunque alcun motivo per affermare che la regolamentazione viol[asse] le condizioni poste dall’art. 5 Cost., che sancisce lo Stato di diritto, ed altri principi relativi”.

Alla luce delle argomentazioni esposte, si è concluso che “il provvedimento secondo il quale ‘le apparecchiature di un consumatore possono essere allacciate alla rete di trasmissione solamente nei casi in cui l’operatore della rete di distribuzione si rifiuti, a causa di precisate condizioni tecniche o di manutenzione, di allacciare le apparecchiature del consumatore alla rete di distribuzione situato sul territorio indicato nel permesso dell’operatore della rete di distribuzione’, stabilito dalla normativa di trasposizione della direttiva europea 2003/54, non contrasta con l’art. 5, par. 2, Cost., né con l’art. 46 della stessa o col principio costituzionale dello Stato di diritto”.

POLONIA

di Carmen Guerrero Picó

La Corte costituzionale della Repubblica della Polonia non ha sollevato alcuna questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, ma ha ammesso esplicitamente tale possibilità nella sentenza K 18/04, dell'11 maggio 2005, relativa alla conformità del Trattato di adesione all'Unione europea con la Costituzione polacca.

Nel punto 11 delle motivazioni⁷, la Corte costituzionale ha dichiarato che “l'art. 188 della Costituzione definisce le competenze della Corte costituzionale. L'applicazione dell'art. 234 del Trattato CE non minaccia tali competenze né le riduce. Se la Corte costituzionale decidesse di sollevare una questione pregiudiziale relativa alla validità o al tenore del diritto comunitario, lo farebbe nel quadro dell'adempimento delle sue competenze di giudicare nei casi definiti dall'art. 188 della Costituzione”. Tale potere, come è chiaro, potrebbe essere esercitato “soltanto nel caso in cui dovesse, conformemente alla Costituzione, applicare il diritto comunitario”.

⁷ Punto 18 del riassunto in lingua francese.

PORTOGALLO

di Carmen Guerrero Picó

Il Tribunale costituzionale portoghese non ha mai effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee. Ha tuttavia manifestato chiaramente la sua disponibilità a fare uso di questo strumento. Nella sentenza n. 163/90, del 23 maggio 1990, ha riconosciuto di essere soggetto all'obbligo di "rinvio pregiudiziale" alla Corte di giustizia, quando si ponga una questione d'interpretazione (o di validità) e, conseguentemente, di efficacia di una norma del diritto comunitario.

Successivamente, nella sentenza n. 621/98, del 3 novembre 1998, è giunto perfino a considerare che il recepimento del diritto comunitario implica anche l'ossequio ai meccanismi istituzionali volti a garantire la applicazione del diritto comunitario, e cioè un'istanza giurisdizionale comunitaria destinata alla sua tutela; sarebbe, quindi, incongruente che, per garantire questa applicazione, si facesse intervenire, al livello nazionale, un'altra istanza dello stesso tipo o simile, com'è il caso del Tribunale costituzionale¹.

In una relazione presentata ad un incontro internazionale in cui è stata sollecitata una presa di posizione in ordine alla obbligatorietà della presentazione di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, il Tribunale costituzionale portoghese si è così espresso: "è chiaro che, ai sensi dell'art. 234 del Trattato dell'Unione, vi è un dovere di rinvio, che ricade sui tribunali nazionali che decidano in ultima istanza, quando la questione da risolvere dipenda dall'interpretazione del diritto comunitario (cioè, il tribunale nazionale che decide in ultima istanza ha il dovere di rinviare alla Corte di giustizia delle Comunità europee la questione pregiudiziale suscitata, a meno che constati che tale questione non è pertinente: è sempre il giudice che decide su questa pertinenza). [...] Si può [dunque] assumere come un possibile obbligo, che ricadrà principalmente sul Tribunale costituzionale, [quello] di procedere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per la questione dell'interpretazione e della validità della norma del diritto comunitario, sempre che la norma sia passibile di essere dichiarata incostituzionale da parte della giurisdizione nazionale"².

¹ In questo senso, nel § 11 della motivazione il Tribunale costituzionale, si cita il lavoro di José Manuel Cardoso da Costa, *O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades europeias*, in *Ab Uno Ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora, 1920 - 1995*, Coimbra, 1998, p. 1363 ss, 1371.

² Cf. As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias, relazione portoghese alla XII Conferenza delle Corti costituzionali europee, Bruxelles, maggio 2002. Si veda, anche, Modelos de justiça constitucional, relazione alla IV Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Siviglia, ottobre 2005, p. 26, <http://www.cjic.org/conferencias/sevilla2005/Documents/RELATORIOCONFERENCIASEVILHA.pdf>

REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

1. Premessa

L'oggetto del presente quaderno rende l'esperienza del Regno Unito inevitabilmente marginale. Ciò sia in ragione dell'assenza di un organo di giustizia costituzionale, sia, a monte, per la conformazione del diritto costituzionale, composto da una serie eterogenea di fonti prive di una superiorità formale rispetto a quelle "ordinarie".

Il primo profilo rende necessario procedere all'individuazione dell'organo da analizzare nella corte di ultima istanza, vale a dire la Corte suprema del Regno Unito, che dall'ottobre del 2009 ricopre le funzioni precedentemente svolte dall'*Appellate Committee* della *House of Lords*.

Per quel che concerne la struttura della costituzione (materiale), si ricorda che la sistemazione dottrinale più accreditata (A.V. Dicey) indica tre principi conformativi: lo stato di diritto (c.d. *rule of law*), la separazione dei poteri e la sovranità del Parlamento (c.d. *Parliamentary sovereignty*). Sarà quest'ultimo principio a costituire, come si vedrà, l'ostacolo principale all'accettazione, da parte del Regno Unito, del primato del diritto europeo, con tutte le conseguenze che ciò comporta (e/o ha comportato).

Il principio della "*parliamentary sovereignty*", come canonizzato da Dicey, si compone di tre elementi: (a) nessun privato cittadino e nessuna autorità (anche di tipo giurisdizionale) ha il potere di considerare una legge invalida o comunque non produttiva di effetti giuridici; (b) nessuna legge può impedire al Parlamento di adottarne successivamente una che la abroghi, né può assoggettare la legislazione a limiti negativi o positivi; (c) nessun soggetto o organo, nemmeno il Parlamento stesso, può sottrarre al Parlamento ambiti di competenza legislativa.

Sulla base di questa impostazione, i rapporti tra fonti legislative interne e fonti esterne non possono che essere ispirati ai principi del dualismo, di talché gli atti normativi emanati dagli organi internazionali necessitano dell'emanazione, da parte degli organi nazionali, di un provvedimento legislativo di trasposizione, prima di spiegare effetti nell'ordinamento nazionale.

Una siffatta regola è valida anche con riguardo al diritto comunitario ed ai trattati istitutivi, che possono annoverarsi, pur con tutte le loro peculiarità, nell'ambito del diritto internazionale. In una sentenza del 1972, Lord Denning ha affermato che, "anche se viene sottoscritto un trattato, è una nozione elementare che [le nostre] corti non prendono in considerazione alcun trattato in quanto tale. Non prendiamo in considerazione alcun trattato finché questi non sono stati incorporati in leggi

emanate dal Parlamento, e, da quel momento, solo nella misura in cui il Parlamento ci autorizza a farlo”³.

Alla luce di questi rilievi, non può stupire che le corti del Regno Unito, nonostante l’assenza di una costituzione rigida, abbiano avuto non poche difficoltà a conciliare i principi tradizionali con quelli degli effetti diretti e, soprattutto, del primato del diritto comunitario (e, più in generale, la visione integrazionista della Corte di giustizia). Per fronteggiare tali difficoltà, lo strumento del rinvio pregiudiziale si è rivelato di grande importanza, nella misura in cui ha agevolato la comunicazione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario.

2. Il Regno Unito e l’integrazione europea

L’adesione del Regno Unito alle Comunità europee ha avuto effetti nell’ordinamento nazionale a seguito dell’entrata in vigore dello *European Communities Act 1972* (di seguito: ECA)⁴. In quanto *Act of Parliament*, esso non è caratterizzato da una particolare forza passiva, donde la possibilità di procedere ad una sua abrogazione attraverso un “semplice” *Act* successivo contrastante. La *section 2(1)* dell’ECA riconosce il principio degli effetti diretti del diritto comunitario nell’ordinamento del Regno Unito, affermando che gli atti comunitari che, alla luce dei Trattati, hanno effetti giuridici immediati producono direttamente tali effetti anche all’interno del Regno Unito. Dunque, le corti del Regno Unito, che, sulla base dell’approccio tradizionale al diritto internazionale, non sono nelle condizioni di fare applicazione di norme provenienti da fonti esterne che non siano state nazionalizzate, sono invece chiamate a far applicazione del diritto comunitario (*recte*, a parte di esso) indipendentemente dall’esistenza di un qualunque atto di recepimento.

La *section 2(2)* dell’ECA prevede che gli obblighi derivanti dall’appartenenza all’UE possano essere adempiuti anche attraverso atti normativi di rango secondario. La successiva *section 2(4)* individua, però, settori nei quali l’attuazione non può avvenire se non attraverso *Acts of Parliament*, stabilendo, altresì, che qualsiasi atto emanato (legislativo o di rango subordinato) deve essere interpretato in conformità con quanto disposto dall’ECA. Tale *section* assume particolare rilievo alla luce della suddetta *section 2(1)*; dal combinato delle due disposizioni risulta, infatti, che qualsiasi atto di normazione, compresi gli *Acts of Parliament*, deve essere interpretato alla luce del e deve avere un’efficacia condizionata dal diritto europeo che è in vigore nel Regno Unito.

³ *Blackburn v Attorney General*. Sentenza della *Court of Appeal* del 1971. Nella sentenza *R v Home Secretary ex parte McWhirter*, del 1969, la parte istante sosteneva che l’adesione alle Comunità europee sarebbe stata contraria al *Bill of Rights* del 1689; Lord Denning, anche in questo caso, ha affermato un concetto simile: “anche se il Trattato di Roma è stato sottoscritto, esso non ha alcun effetto per ciò che riguarda le corti finché esso non sia stato attuato attraverso un *Act of Parliament*. Fino a quel momento, noi non ne prendiamo in alcun modo nota”.

⁴ Le modifiche e le integrazioni successivamente apportate al Trattato che istituisce la Comunità europea dall’Atto unico europeo, dal Trattato di Maastricht e dai Trattati di Amsterdam e dal Trattato di Nizza sono state recepite nell’ordinamento del Regno Unito attraverso, rispettivamente, gli *European Communities (Amendment) Acts* del 1986, 1993, 1998 e 2002.

Un tale principio viene riaffermato nella *section 3* dell'ECA, rivolta precipuamente alle corti, la quale prevede che “qualsiasi questione che insorga circa il significato o gli effetti dei Trattati, o circa la validità, il significato o gli effetti di qualsiasi altro atto normativo comunitario sarà considerata una questione di legittimità (e, se non rimessa alla Corte di giustizia, dovrà essere risolta, in quanto tale, in conformità ai principi, ed a qualsiasi decisione rilevante, enucleati dalla Corte di giustizia o da qualunque corte ad essa collegata)”. Alle decisioni della Corte di giustizia viene così conferita una particolare autorità all'interno dell'ordinamento giuridico del Regno Unito.

Dopo l'adesione alle Comunità europee, le corti inglesi sono state per lungo tempo assai poco inclini a proporre domande pregiudiziali ai termini dell'art. 234 del Trattato CE (*ex art. 177*)⁵. A tanto hanno contribuito il carattere molto innovativo, per i parametri inglesi, dello strumento del rinvio e, soprattutto, la diffidenza dei giudici inglesi nei confronti della Corte di giustizia, acuita dall'emanazione di sentenze “progressiste” e, in quanto tali, avvertite come eccessivamente invasive dei poteri sovrani degli Stati membri (in particolare, sono state criticate le affermazioni inerenti alla idoneità delle direttive dal contenuto incondizionato e sufficientemente preciso ad attribuire diritti ai singoli interessati, sia nei rapporti con lo Stato⁶, sia nei rapporti tra privati⁷).

Più di ogni altra considerazione, ha però pesato la crescente difficoltà di conciliare l'evoluzione del diritto comunitario con i postulati diceyani della sovranità parlamentare. Non a caso, nei primi anni settanta, si era tentato di accreditare una lettura dell'ECA in senso tradizionale, tale quindi da porre questo *Act* sullo stesso piano degli altri, con il risultato di salvaguardare il principio secondo il quale *lex posterior derogat priori*. Tuttavia, è risultato ben presto evidente che una tale razionalizzazione non fosse compatibile con quanto sancito dallo stesso ECA, e segnatamente dalla precitata *section 2(4)*.

Di fronte a queste difficoltà, si è fatta strada una lettura alternativa della partecipazione del Regno Unito al processo di integrazione europea, una lettura che ha avuto come elemento fondamentale l'impegno per le corti di dare effettivo seguito al primato del diritto comunitario, enfatizzando la peculiarità dell'ECA rispetto agli altri *Acts of Parliament*. Un esempio in tal senso può essere rintracciato nel caso *Macarthys Ltd v Smith*⁸, concernente la presunta incompatibilità tra l'articolo 119 del Trattato CEE, recante il principio di parità di retribuzione senza discriminazioni fondate sul sesso, e le disposizioni della normativa attraverso la quale il legislatore britannico ha trasposto tale principio, ovvero il *Sex Discrimination Act 1975*, peraltro preceduto al riguardo dall'*Equal Pay Act 1970*. In quel caso, la *Court of Appeal* ha promosso un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per avere un chiarimento circa il significato dell'articolo 119 del Trattato CEE. La

⁵ In seguito all'entrata in vigore del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, art. 267.

⁶ Sentenza *Marshall*, del 26 febbraio 1986, pronunciata dalla Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale della *Court of Appeal* del Regno Unito.

⁷ Sentenza *Van Duyn*, del 2 dicembre 1974, pronunciata dalla Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale della *High Court of Justice* del Regno Unito.

⁸ Sentenza *Macarthys Ltd v Smith* [1979] 3 All ER 325 (CA).

Corte di giustizia ha affermato che la portata dell'articolo non poteva essere "limitata a situazioni in cui gli uomini e le donne effettua[va]no simultaneamente un lavoro uguale per lo stesso datore di lavoro"⁹. Quando il caso è tornato dinanzi alla *Court of Appeal*, Lord Denning ha affermato che "è importante ora dichiarare – e deve essere reso palese – che le previsioni dell'art. 119 del Trattato CEE hanno la precedenza su qualsiasi disposizione nella nostra legislazione inglese sulla parità di retribuzione che non sia coerente con l'art. 119. Una tale precedenza è conferita dallo stesso [diritto inglese], [...] dallo stesso *European Communities Act* 1972. Il diritto comunitario fa ora parte del nostro ordinamento: e, laddove vi sia una qualunque incoerenza, il diritto comunitario ha la precedenza. Esso non soppianta il diritto inglese. È parte del nostro ordinamento ed ha la precedenza su qualsiasi altra componente [dell'ordinamento] che con esso sia incompatibile"¹⁰.

Del resto, al momento dell'adesione al Regno Unito, era ben noto che la partecipazione al processo di integrazione comportava impegni particolarmente onerosi, tra i quali certo non ultimo era l'obbligo di assicurare l'applicazione, all'interno del territorio nazionale, delle norme comunitarie direttamente efficaci anche nei casi in cui esse fossero in conflitto con norme prodotte dal legislatore nazionale. Era, in sostanza, inevitabile accettare l'idea che la regolamentazione dei rapporti giuridici all'interno del Regno Unito provenisse da centri diversi, e dunque anche dalle istituzioni comunitarie (ovviamente, entro il raggio di azione loro attribuito).

3. La vicenda *Factortame*

La vicenda che, dal nome di una delle parti coinvolte, è conosciuta come *Factortame* ha avuto origine dalla previsione, in sede comunitaria, di quote-pesca per ciascuno Stato membro. A seguito di tale misura, il Parlamento del Regno Unito ha approvato il *Merchant Shipping Act* 1988, che precisava alcune condizioni per la registrazione dei pescherecci come britannici (tali, dunque, da far rientrare il proprio pescato nelle quote-pesca del Regno Unito). Tale *Act* stabiliva, unitamente alle *Regulations* attuative, che solamente le navi possedute da cittadini del Regno Unito, gestite e controllate all'interno del territorio del Regno Unito, potevano essere registrate come navi britanniche. In sostanza, tale criterio sarebbe stato soddisfatto esclusivamente da quelle navi i cui proprietari fossero cittadini britannici oppure residenti e domiciliati nel Regno Unito (in caso di proprietà di una nave da parte di una società, a rilevare era la cittadinanza e la residenza dei soci).

Il risultato di queste restrizioni era che novantacinque navi, precedentemente registrate come britanniche, ma gestite oppure possedute da cittadini o società spagnole, perdevano la possibilità di registrarsi come britanniche. I proprietari delle navi in questione hanno, quindi, fatto ricorso al giudice, per ottenere una dichiarazione volta ad inibire l'applicazione nei loro confronti della nuova normativa, asseritamene lesiva dei loro diritti discendenti dal diritto comunitario.

⁹ Sentenza *Macarthy's Ltd v Smith*, del 27 marzo 1980, pronunciata dalla Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale della *Court of Appeal* del Regno Unito.

¹⁰ Sentenza *Macarthy's Ltd v Smith* [1981] QB 180.

La *Divisional Court* ha operato, sul punto, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Tuttavia, poiché la sentenza sarebbe sopraggiunta a distanza di tempo, i proprietari dei pescherecci avrebbero inevitabilmente dovuto subire forti perdite economiche; per questo, la *Divisional Court* ha concesso loro un provvedimento cautelare, disponendo che le parti rilevanti dell'*Act* e delle *Regulations* attuative non venissero applicate fino alla decisione di merito.

In *R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd*, la *Court of Appeal* e, successivamente, la *House of Lords*, hanno affermato che la *Divisional Court* non aveva alcun potere, derivante dal diritto inglese, di concedere un tale provvedimento cautelare in base al diritto inglese. Restava, però, da chiarire se la concessione potesse trovare fondamento nel diritto comunitario, ciò che ha condotto la *House of Lords* ad operare un ulteriore rinvio pregiudiziale concernente specificamente questa problematica¹¹.

Nel frattempo, la Commissione europea aveva promosso un ricorso per inadempimento nei confronti del *Merchant Shipping Act* 1988, ed in particolare delle previsioni concernenti la cittadinanza come condizione per la registrazione. Nel giudizio conclusosi con la sentenza *Commissione c. Regno Unito* del 1991¹², la Corte di giustizia ha emesso un'ordinanza cautelare in cui si è stabilito che, in attesa di decidere sul rinvio pregiudiziale operato dalla *Divisional Court*, il Regno Unito doveva sospendere, in generale (e dunque anche per i casi diversi da quelli oggetto del contenzioso in Inghilterra) l'applicazione delle condizioni per la registrazione connesse alla cittadinanza. Il Regno Unito ha provveduto in tal senso con l'approvazione del *Merchant Shipping Act 1988 (Amendment) Order* 1989¹³.

Nel diverso giudizio originato dal rinvio pregiudiziale operato dalla *House of Lords*, la Corte di giustizia ha precisato che una corte nazionale ha l'obbligo di non-applicare le disposizioni del diritto nazionale che possano impedire, anche solo temporaneamente, il pieno vigore e la piena efficacia del diritto comunitario¹⁴: “la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe [...] ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario”; “il diritto comunitario dev'essere interpretato nel senso che il giudice nazionale chiamato a dirimere una controversia vertente sul diritto comunitario, qualora ritenga che una norma di diritto nazionale sia l'unico ostacolo che gli impedisce di pronunciare provvedimenti provvisori, deve disapplicare detta norma”.

¹¹ [1990] 2 AC 85.

¹² Sentenza *Commissione contro Regno Unito*, del 4 ottobre 1991, pronunciata dalla Corte di giustizia adita dalla Commissione europea, C-246/89R.

¹³ SI 1989/2006.

¹⁴ Sentenza *The Queen contro Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd*, del 19 giugno 1990, pronunciata dalla Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale della *House of Lords* del Regno Unito, C-213/89.

La *House of Lords*, in seguito a questa sentenza, aveva quindi l'obbligo di superare ogni ostacolo di diritto interno che si frapponesse al provvedimento cautelare. Ne è derivata un'ingiunzione contro il Segretario di Stato, nella quale gli si imponeva di sospendere l'applicazione delle condizioni connesse alla residenza ed al domicilio britannico poste a carico dei cittadini di altri Stati membri¹⁵. In questa decisione, di fondamentale importanza, la *House of Lords* ha riconosciuto che gli obblighi, su di essa incombenti, di osservare un principio di diritto comunitario, come sancito dalla Corte di giustizia, richiedeva che si giungesse a privare di efficacia alcune parti di un *Act of Parliament*. Dunque, in concreto, l'*European Communities Act* del 1972 ha prevalso sul *Merchant Shipping Act*, atto normativo emanato nel 1988. Lord Bridge, nella sua *opinion*, ha affermato che, “[s]e il primato, all'interno della Comunità europea, del diritto comunitario sul diritto nazionale degli Stati membri non fosse stato da sempre intrinseco al Trattato istitutivo della Comunità economica europea, esso era stato sicuramente stabilito a chiare lettere attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia molto prima dell'adesione del Regno Unito alla Comunità. Dunque, qualsiasi limitazione della propria sovranità accettata dal Parlamento con l'emanazione dell'*European Communities Act* 1972 è stata pienamente volontaria. In base alle disposizioni contenute nella legge del 1972, è sempre stato chiaro che fosse compito di una corte del Regno Unito, nel pronunciare una sentenza, non tenere conto di qualunque norma nazionale che fosse in conflitto con qualunque norma comunitaria direttamente efficace. Similmente, quando le decisioni della Corte di giustizia hanno fatto luce su alcune norme del Regno Unito che hanno omesso di dare [piena] attuazione alle direttive del Consiglio, il Parlamento britannico ha sempre lealmente accettato l'obbligo di apportare emendamenti adeguati e solleciti. Così, non vi è nulla che si possa definire minimamente nuovo nel riconoscimento del primato del diritto comunitario in quelle aree in cui esso trova applicazione; e ribadire che, nella protezione delle situazioni giuridiche derivanti dal diritto comunitario, norme nazionali non possono impedire alle corti nazionali di accordare una tutela cautelare non è altro che operare un riconoscimento logico di questo primato”.

La Corte di giustizia ha poi reso la propria pronuncia con riguardo al rinvio pregiudiziale operato dalla *Divisional Court*, stabilendo che le condizioni circa la cittadinanza, la residenza ed il domicilio imposti dal *Merchant Shipping Act* 1988 erano contrarie al diritto comunitario¹⁶. La *Divisional Court* ha dunque reso una dichiarazione in tal senso, ed il Governo del Regno Unito ha adottato i provvedimenti necessari per allineare la disciplina nazionale alla sentenza.

In seguito a questa pronuncia della Corte di giustizia, i proprietari spagnoli dei pescherecci hanno chiesto un risarcimento al Governo del Regno Unito, in quanto, mentre si svolgeva la vicenda *Factortame*, essi erano stati illegittimamente privati del diritto a pescare nelle acque territoriali del Regno Unito. La *House of Lords*, in seguito ad un ulteriore rinvio pregiudiziale alla

¹⁵ R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd (No 2) [1990] UKHL 13, del 1991.

¹⁶ Sentenza R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame (No 3), del 25 luglio 1991, pronunciata dalla Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale della *Divisional Court* del Regno Unito, C-221/89.

Corte di giustizia, ha affermato¹⁷ che le parti richiedenti avevano diritto a ricevere un tale risarcimento.

4. Gli sviluppi successivi

Nella sentenza del 1993 *R v HM Treasury ex parte British Telecommunications plc*¹⁸, la *Court of Appeal* ha chiarito la portata della decisione sul caso *Factortame*. L'istante aveva richiesto una ingiunzione che avrebbe provocato la non-applicazione in via cautelare di un provvedimento legislativo nazionale per il periodo di tempo in cui pendeva una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia. La *Court of Appeal* ha messo in guardia contro una eccessiva considerazione delle probabilità di successo dinanzi alla Corte di giustizia come motivazione fondamentale della decisione in ordine all'*an* della concessione dell'ingiunzione. Una tale cautela era fondata in parte sul fatto che una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia era già stata effettuata, ed una enfattizzazione eccessiva della prognosi relativa alle probabilità di successo sarebbe equivalso ad un pre-giudizio in ordine all'interpretazione che sarebbe stata prescelta dalla Corte di giustizia. Il fatto stesso che un rinvio fosse stato operato indicava che la corte inglese era stata incerta sulla questione sollevata. Sarebbe dunque stato inadeguato pronunciare un giudizio *a priori*, ciò che si sarebbe prodotto nel momento in cui il provvedimento cautelare fosse stato concesso.

La *Court of Appeal* ha anche lanciato un monito circa le difficoltà insite nella non-applicazione della legislazione nazionale. Al riguardo, si è ritenuto di dover distinguere gli "atti importanti di legislazione primaria" dagli "atti minori di normazione subordinata". Con riguardo ai primi, la *Court* ha affermato che avrebbe operato con maggior circospezione rispetto a quella impiegata nei casi riguardanti i secondi.

Infine, nel caso di specie, a differenza di quanto avvenuto nella vicenda *Factortame*, le questioni non erano chiaramente definite, e dunque la *Court*, affermando che avrebbe concesso una ingiunzione solamente nei "casi più urgenti", ha respinto l'appello.

Combinando la vicenda *Factortame* con la statuizione da ultimo passata in rassegna, si potrebbe giungere alla conclusione che la posizione assunta dalle corti inglesi si connota per una marcata attenzione alla interpretazione del diritto nazionale diretta a renderlo conforme a quello comunitario, quasi che una qualunque legge del Parlamento riguardante un diritto tutelato a livello europeo, recasse una implicita "clausola di compatibilità" della legge al diritto comunitario rivolta principalmente all'operato dei giudici.

La questione della compatibilità dell'ordinamento nazionale con quello comunitario è sorta nuovamente nel caso definito con la sentenza *R v Secretary of State for Employment ex parte Equal*

¹⁷ Sentenza *R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd (No 5)* [1999] UKHL 44, del 2000, pronunciata dalla House of Lords del Regno Unito.

¹⁸ Cf. HILAIRE BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, 2006, pag.254.

Opportunities Commission, del 1995¹⁹. La Commissione per le pari opportunità (EOC) aveva presentato un ricorso contro alcuni provvedimenti asseritamente discriminatori introdotti nell'ordinamento inglese, argomentando che essi erano contrari al diritto comunitario. La *House of Lords* ha reso una pronuncia audace, riconoscendo la incompatibilità della legislazione nazionale coi provvedimenti europei materiali: dal terreno dell'interpretazione, ci si è dunque spinti (almeno, così è parso) a quello della (in)validità della legislazione nazionale. Peraltro, non può non rilevarsi come i *Lords* non abbiano osato dichiarare esplicitamente l'invalidità delle disposizioni legislative, ma si siano limitati a ragionare nei più neutri termini della (in)compatibilità, di per sé non incidente sui postulati della sovranità parlamentare.

5. La sovranità parlamentare oggi

Negli ultimi anni, anche in conseguenza dell'evoluzione giurisprudenziale sommariamente descritta, si sono rafforzate le voci secondo le quali la partecipazione del Regno Unito al processo di integrazione europea ha prodotto un cambiamento fondamentale nella costituzione britannica, ed in particolare sulla sovranità parlamentare²⁰. A riprova del fatto che la discussione non si sia ancora esaurita, può citarsi il richiamo proprio alla sovranità parlamentare effettuato dal *Constitutional Committee* della *House of Lords* nella relazione finale predisposta nel corso dei dibattiti sulla trasposizione del Trattato di Lisbona nell'ordinamento britannico, il quale contiene un capitolo dedicato esclusivamente ai poteri riconosciuti al Parlamento britannico di vigilare sulle attività del Governo nell'ambito della modificazione dei trattati²¹. Nella medesima relazione, il terzo capitolo, intitolato “*The Lisbon Treaty and the UK Constitution*”, contiene una sezione appositamente dedicata al Parlamento del Regno Unito ed alla sovranità parlamentare.

Redatta sulla base delle risposte fornite nel corso del dibattito parlamentare da parte di esperti in materia di diritto europeo e costituzionale, la relazione ha approfondito la questione dell'inclusione, in appendice al Trattato di Lisbona, della Dichiarazione 17a, che prevede quanto segue: “La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati ed il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza”. A tale riguardo, si è evidenziato che l'incerta portata normativa di tali dichiarazioni potrebbe semplicemente perpetuare la mancanza di un fondamento del principio del primato all'interno dei Trattati. È stata altresì riportata l'affermazione del Governo circa l'assenza di ulteriori implicazioni del principio del primato, indipendentemente dal suo essere o meno sancito espressamente nei Trattati. È dunque

¹⁹ Sentenza *R v Secretary of State for Employment ex parte Equal Opportunities Commission*, [1994] UKHL 2, resa dalla *House of Lords* del Regno Unito il 3 marzo 1994.

²⁰ Si veda ad es. la tesi sostenuta da Vernon Bogdanor nella sua opera recente “*The New British Constitution*”, 2009.

²¹ Chapter 2 - Parliamentary Control of Future Alterations to the European Treaties, tratto dal Sixth Report della Constitutional Committee della House of Lords intitolato “European Union (Amendment) Bill and the Lisbon Treaty: Implications for the UK Constitution”

d'uopo constatare che, con questo approccio, si è tornati, nella sostanza, alla concezione del rapporto tra diritto europeo e nazionale descritta da Lord Bridge nella sentenza *Factortame (No. 2)*: nella relazione si precisa infatti che “il Parlamento ha esercitato la propria sovranità in sede di approvazione dell’[ECA] 1972, e continua a farlo attraverso l’adozione delle disposizioni legislative necessarie alla ratifica dei Trattati europei successivi. Il Parlamento del Regno Unito è in grado di abrogare lo *European Communities Act 1972* in qualsiasi momento. La conseguenza di una tale abrogazione sarebbe che il Regno Unito non sarebbe in grado di soddisfare i propri obblighi internazionali ed europei e dovrebbe recedere dall’Unione europea. Il Trattato di Lisbona non altera questa verità e, anzi, per la prima volta, include un’previsione che conferma esplicitamente il diritto degli Stati membri di recedere dall’Unione europea”. Alla luce di queste affermazioni, la *House of Lords* ha tratto la conclusione che “il Trattato di Lisbona non apporta alcuna alterazione al rapporto esistente tra i principi del primato del diritto europeo e quello della sovranità parlamentare”; d’altro canto, “l’introduzione di una previsione che conferma il diritto degli Stati membri di recedere dall’Unione evidenzia il fatto che il Regno Unito è vincolato dal diritto europeo solamente nella misura in cui il Parlamento britannico decida di rimanere nell’Unione”.

6. La Corte suprema ed il rinvio pregiudiziale

Come accennato, dall’ottobre dello scorso anno, le funzioni ricoperte dalla *Appellate Committee* della *House of Lords* sono state trasferite alla nuova Corte suprema del Regno Unito, in seguito alle riforme previste dal *Constitutional Reform Act 2005*.

La neo-istituita corte, su un totale di 37 sentenze sin qui pronunciate, ha effettuato due rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia dell’Unione europea. Il primo è del mese di gennaio ed ha avuto ad oggetto la interpretazione da dare alle *Environmental Information Regulations 2004*, i provvedimenti di trasposizione della direttiva europea 2003/4/EC sull’accesso del pubblico all’informazione ambientale. Il secondo è del mese di marzo: con esso, la Corte suprema ha chiesto chiarimenti sulla definizione delle “ferie annuali retribuite” con riguardo alle *Civil Aviation (Working Time) Regulations 2004*, i provvedimenti di trasposizione della direttiva del Consiglio 2000/79/EC relativa all’attuazione dell’accordo europeo sull’organizzazione dell’orario di lavoro del personale di volo nell’aviazione civile.

Entrambi questi rinvii sono attualmente pendenti.

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

1. Brevi cenni sulle relazioni tra il Tribunale costituzionale, il diritto comunitario e la Corte di giustizia delle Comunità europee

La Costituzione spagnola del 1978 non contiene un esplicito riferimento all'integrazione europea. Le limitazioni di sovranità connesse all'ingresso nelle Comunità europee, dopo la firma dell'atto di adesione a Madrid, il 12 giugno 1985, hanno peraltro trovato un solido fondamento nell'art. 93 Cost. Tale disposizione, introdotta proprio allo scopo di fornire un'adeguata copertura costituzionale alla partecipazione della Spagna al processo di integrazione comunitaria, prevede che, mediante legge *orgánica*, si possa autorizzare la stipulazione di trattati con cui si attribuisca ad un'organizzazione o ad una istituzione internazionale l'esercizio di competenze contemplate dalla Costituzione. Spetta al Parlamento o al Governo garantire l'attuazione di questi trattati e degli atti con cui tali organismi esercitano le competenze delegate.

Fin dalle prime sentenze in materia, il Tribunale costituzionale ha escluso che il contrasto tra norme comunitarie e norme interne abbia profili di costituzionalità e, quindi, ha escluso la sua competenza ad intervenire, circoscrivendo la questione ad un problema di competenza del giudice ordinario, che deve risolverla conformemente a quanto stabilito dal diritto dell'Unione. Questa concezione dei rapporti tra l'ordinamento comunitario e nazionale in termini (non di integrazione, ma) di dualismo è stata molto criticata in dottrina. In proposito, tuttavia, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale²² si evidenziano alcuni cambiamenti – non esenti da contraddizioni e da ambiguità – verso un più ampio riconoscimento ed una più estesa protezione del diritto comunitario da un punto di vista costituzionale²³.

²² In quest'ambito, le pronunce più importanti sono: la STC 252/1988 (l'esecuzione del diritto comunitario non è competenza esclusiva dello Stato; il diritto comunitario non altera il riparto di competenze stabilito dalla Costituzione); la Dichiarazione 1/1991 sul Trattato di Maastricht (che obbliga a modificare la Costituzione in materia di diritto al suffragio passivo dei cittadini comunitari); la STC 28/1991 (il diritto comunitario non è parametro di costituzionalità; il Tribunale costituzionale non riconosce la superiorità del diritto comunitario rispetto alla Costituzione spagnola); la STC 64/1991 (il Tribunale costituzionale non ha competenza per controllare la conformità del diritto nazionale con il diritto comunitario); la STC 96/2002 (autonomia politica fiscale e principio di non discriminazione per ragioni di nazionalità); la STC 58/2004 (non applicazione del diritto interno per la sua supposta incompatibilità con il diritto comunitario, senza che sia stata sollevata previamente la questione pregiudiziale prevista di cui all'art. 234 TCE); Dichiarazione 1/2004 (sulla conformità degli artt. I-6, II-111 e II-112 del Trattato con cui si stabilisce una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, con la Costituzione spagnola).

²³ Per una sintesi della giurisprudenza costituzionale in tema di diritto comunitario, v. J. DE MIGUEL BÁRCENA, "Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional", in M. REVENGA SÁNCHEZ (coord.), *El poder judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 631-648, reperibile anche in http://www.acoes.es/pdf/Josu_de_Miguel.pdf

Accanto a questa progressiva apertura verso il diritto comunitario, si è potuto osservare una certa evoluzione dei rapporti fra il Tribunale costituzionale e la Corte di giustizia²⁴, che, se in una prima fase, sono stati caratterizzati da una netta separazione dei rispettivi ambiti di competenza, successivamente hanno visto aprirsi un processo di dialogo, di comunicazione più intensa (incentivata, ad esempio, da incontri e sessioni di lavoro congiunte tra i giudici costituzionali ed i giudici di Lussemburgo)²⁵ e di recezione della giurisprudenza comunitaria (sono frequenti i riferimenti, soprattutto in materia di diritti fondamentali)²⁶.

2. Il Tribunale costituzionale come “organo giurisdizionale” ex art. 234 TCE

2.1. Dall’iniziale reticenza al “nuovo clima di tolleranza costituzionale”

Il Tribunale costituzionale spagnolo non ha mai sollevato una questione pregiudiziale dinanzi la Corte di giustizia, ma anche in questo ambito si manifesta la progressiva apertura del massimo interprete costituzionale verso un eventuale dialogo fra corti.

Fermo restando il riconoscimento della supremazia della Costituzione spagnola su qualsiasi altra norma giuridica, la dichiarazione 1/2004, del 13 dicembre, ha portato il Tribunale costituzionale ad assumere una posizione di apertura europeista, che si manterrà “fintanto che” la Spagna e l’Unione continuino a condividere gli stessi principi e valori essenziali che la Costituzione europea consolida. Come è stato sottolineato dalla dottrina, questo nuovo clima di “tolleranza costituzionale”²⁷

²⁴ Cfr. R. SCARCIGLIA, “Diritto comunitario e relazioni fra il Tribunal Constitucional spagnolo, il Tribunale europeo dei diritti umani e la Corte di giustizia delle Comunità europee”, in G. F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, ESI, 2006, pp. 381-408.

²⁵ Cfr. R. SCARCIGLIA, “*Diritto comunitario e relazioni...*”, op. cit., pp. 382-384.

²⁶ Sull’efficacia del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di giustizia, ai fini dell’aggiornamento del contenuto dei diritti fondamentali costituzionali, si veda il quaderno della Sezione di diritto comparato *L’uso della comparazione nella giurisprudenza degli organi di giustizia costituzionale*, COM 158, 2006, vol. secondo, pp. 357-368.

²⁷ L’espressione è di Alonso García, che ha formulato anche le diverse ipotesi qui riportate in cui si potrebbe verificare un rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale costituzionale. Cfr. R. ALONSO GARCÍA, “*Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea*”, in AAVV, *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario (Palazzo della Consulta - 20 aprile 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 107 e ss.

Lo stesso Alonso García ha sottolineato la necessità di procedere a riforme nell’architettura giudiziaria europea volte ad agevolare il ruolo del giudice costituzionale nazionale come giudice europeo, riforme che tendano ad evidenziare lo spirito *inter pares* del dialogo da intraprendere con una Corte di giustizia che, a sua volta, deve mostrarsi sensibile verso i valori ed i principi costituzionali degli Stati membri, così come manifestati attraverso l’autorevole voce dei loro interpreti supremi. Siffatte riforme, oltre a rappresentare una presa di posizione in chiave di politica giudiziaria (con letture differenziate del meccanismo della questione pregiudiziale, in chiave verticale e coattiva, od orizzontale e discorsiva, in funzione dell’interlocutore nazionale e della natura del discorso in gioco), dovrebbero facilitare il ruolo propriamente costituzionale del giudice europeo (stabilendo, per esempio, una differenziazione oggi inesistente al livello europeo tra giurisdizione costituzionale e giurisdizione ordinaria). A questo proposito, si veda, R. ALONSO GARCÍA, “*Costituzione europea: un nuovo modello di giustizia costituzionale?*”, e ID, “*Il giudice nazionale come giudice europeo*”, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2004, pp. 874-878, e n. 2005, pp. 111-136.

dovrebbe tradursi, tra l'altro, in un dialogo con il giudice europeo non limitato al giudice ordinario, ma esteso anche a quello costituzionale, assumendo quest'ultimo la veste di "organo giurisdizionale" ai sensi dell'art. 234 TCE.

Nel caso spagnolo, si è ipotizzato che il rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale costituzionale potrebbe verificarsi, ad esempio, in casi di controllo della costituzionalità esercitato, in primo luogo, sulle leggi per il solo fatto di contraddire il diritto comunitario (sarebbe il caso delle leggi "rivendicative" della cessione di sovranità – intendendosi per tali quelle in cui il legislatore manifesta una volontà inequivocabile di farle prevalere sul diritto comunitario – e di quelle formalmente dichiarate contrarie al diritto comunitario dalla Corte di giustizia, non modificate o abrogate in esecuzione della corrispondente sentenza), senza che debba escludersi, in via di principio, il controllo esercitato dal Tribunale costituzionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. E, in secondo luogo, un rinvio pregiudiziale sarebbe immaginabile anche nel caso di controllo esercitato utilizzando il diritto comunitario come fonte ermeneutica, e perfino integrativa, nel momento dell'interpretazione del testo costituzionale (ai fini della tutela di diritti fondamentali o della distribuzione delle competenze tra lo Stato e le Comunità autonome, o anche in altri ambiti, come quelli della determinazione della portata del principio della riserva di legge o della individuazione della "straordinaria ed urgente necessità" che legittima l'adozione di un decreto-legge nel raggio di azione del diritto comunitario, etc.).

Nel prosieguo, si avrà occasione di rilevare come la progressiva apertura verso la possibilità di sollevare una questione pregiudiziale da parte del Tribunale costituzionale sia stata agevolata dai cambiamenti nella giurisprudenza relativa alla possibilità di riparare in sede di *amparo* i casi in cui l'organo giurisdizionale si era rifiutato di effettuare il rinvio pregiudiziale. In questo senso, appare fondamentale la STC 58/2004, del 19 aprile, ritenuta da parte della dottrina la prova che il Tribunale costituzionale è divenuto più cosciente del suo ruolo di garante dell'applicazione del diritto comunitario nel sistema interno e dell'importanza dell'interazione fra la Corte di giustizia e le corti nazionali²⁸. Questa decisione, secondo i commentatori, avrebbe aperto la via per l'uso della pregiudiziale dallo stesso Tribunale costituzionale, possibilità che è stata confermata da due giudici costituzionali nelle opinioni dissenzienti redatte in occasione della STC 199/2009, del 28 settembre.

2.2. Le prime pronunce

Inizialmente il Tribunale costituzionale si è astenuto deliberatamente dal sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, nonostante la dottrina ritenesse che fosse a ciò autorizzato (e, a volte, perfino costretto).

²⁸ Cfr. F. FONTANELLI, "A comment on Tribunal Constitucional's judgment no. 199/2009 and Czech Constitutional Court's judgment no. 29/2009. How interpretation techniques can shape the relationship between constitutional courts", in STALS Research Paper n. 1/2010, p. 12, <http://stals.ssup.it>

Nella STC 372/1993, del 13 dicembre, il Tribunale costituzionale ha ritenuto di non poter rivolgersi alla Corte di giustizia *ex art. 234 TCE* (allora art. 177). In questo senso, ha dichiarato che, “con riguardo al ricorso d’*amparo*, si è detto che i motivi di tale ricorso devono consistere sempre in violazioni di diritti fondamentali «con esclusione delle eventuali violazioni del diritto comunitario» (STC 64/1991, FJ 4). Questo ordinamento, in effetti, ha i suoi propri organi di garanzia e, fra questi, non vi è questo Tribunale costituzionale, per cui, trattandosi di verificare unicamente l’adeguamento di una norma interna al diritto comunitario, questo compito spetta agli organi giudiziari ordinari, se del caso attraverso la Corte di giustizia delle Comunità europee. E tutto ciò esclude, parimenti, che questo Tribunale costituzionale rivolga una richiesta di interpretazione sulla base dell’art. 177 TCEE alla Corte di Lussemburgo, perché questo articolo «risulta operativo unicamente nei processi in cui si debba far applicare il diritto comunitario e, segnatamente, per garantire un’interpretazione uniforme dello stesso» (STC 28/1991), ciò che non è il caso dei processi svolti davanti a questo Tribunale costituzionale” (FJ 7).

Questo orientamento, molto criticato in dottrina²⁹, è stato ribadito nelle successive SSTC 143/1994, del 9 maggio (FJ 8), e 265/1994, del 3 ottobre (FJ 2).

Parallelamente a questo non ritenersi “organo giurisdizionale” ai fini del rinvio pregiudiziale, il Tribunale costituzionale ha rifiutato anche la possibilità di riparare in sede di *amparo* il danno causato dal giudice comune che si fosse rifiutato di effettuare il rinvio³⁰. Nella STC 64/1991, del 22 marzo, ha stabilito che “non spetta[va] al Tribunale costituzionale controllare l’adeguamento dell’attività dei poteri pubblici nazionali al diritto comunitario [...]. Il compito di garantire la corretta applicazione del diritto comunitario dai poteri pubblici nazionali è, dunque, una questione esclusa dall’ambito del processo di *amparo* e di ogni altro processo costituzionale” (FJ 4).

²⁹ Si veda J. M. BAÑO LEÓN, “El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)”, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 18, maggio-agosto 2004, p. 479, www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_018_077.pdf, e A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El Tribunal Constitucional y la Garantía Interna de la Aplicación del Derecho Comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)”, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 18, gennaio-dicembre 2004, p. 442, www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_018_387.pdf

³⁰ Anche sul punto, si è avuta una discrasia rispetto a questo manifestata in dottrina (oltre che rispetto a quanto stabilito dalla Corte di giustizia). È stato sottolineato che il rischio connesso a questa chiusura fosse la non applicazione del diritto comunitario mediante la modificazione materiale del sistema di fonti, fatto che avrebbe potuto compromettere la responsabilità dello Stato davanti all’Unione e violare l’ordine costituzionale interno di competenze, derivato dalla clausola di apertura al processo di integrazione stabilito nell’art. 93 Cost. In questo senso, se il Tribunale costituzionale percepiva che il giudice avrebbe dovuto sollevare la questione, era chiamato a riconoscere la lesione dell’art. 24 Cost., per applicazione o interpretazione arbitraria del diritto. Tale interpretazione era valida, non solo nell’ottica della coerenza del sistema costituzionale interno, bensì anche nella prospettiva dell’unità del sistema costituzionale europeo. Effettivamente, nella misura in cui l’ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali conformano una rete giuridica decentrata, la questione pregiudiziale, come la questione di costituzionalità nel caso spagnolo, svolge un ruolo essenziale al fine di garantire una coerenza tra Corte di giustizia ed operatori giuridici nazionali. Cfr. J. DE MIGUEL BÁRCENA, “*Juez nacional y aplicación...*”, op. cit.

Successivamente, si è prospettato un nuovo caso in cui era stato presentato un ricorso d'*amparo* contro le sentenze di condanna del giudice penale e dell'*Audiencia nacional*. Tra le doglianze del ricorrente si annoverava la violazione dell'art. 24, commi 1 e 2, Cost. in quanto non era stata sollevata la questione pregiudiziale. Nel FJ 2 della STC 111/1993, del 25 marzo, il Tribunale costituzionale ha ritenuto che, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, “affinché l'obbligo [di sollevare la questione pregiudiziale] possa reputarsi esistente è necessario che l'organo giudiziario in questione abbia un dubbio ragionevole sull'interpretazione da darsi ad una norma di diritto comunitario, e che la risoluzione del suddetto dubbio sia determinante per la decisione nel caso *de quo*”, e che “l'art. 177 TCEE, adottato dal ricorrente, appartiene all'ambito del diritto comunitario europeo e non costituisce di per sé canone di costituzionalità” (SSTC 28/1991, FJ 4, e 64/1991, FJ 4). Il Tribunale costituzionale ha quindi concluso che “la decisione sul promovimento della questione pregiudiziale spetta in via esclusiva ed irreversibile all'organo giudiziario e non impedisce la tutela del diritto fondamentale delle parti davanti al Tribunale costituzionale, giacché queste dispongono a tale fine del ricorso d'*amparo*”³¹.

L'anno seguente, nella causa FOGASA (STC 180/1993, del 31 maggio), pronunciandosi ancora sul rifiuto opposto dal Tribunale superiore di giustizia di Madrid a sollevare la questione pregiudiziale interpretativa davanti alla Corte di giustizia, il Tribunale costituzionale ha respinto l'*amparo*, ricordando – nel FJ 2 – che “non esiste alcuna violazione dei diritti garantiti dall'art. 24, comma 1, Cost. quando il Tribunale afferma che non sussistono dubbi sull'interpretazione che doveva darsi alla direttiva 80/987/CEE né sulla sua non applicazione in relazione alla fattispecie”, e che “è necessario escludere [...] che la mancanza di promovimento da parte del Tribunale superiore di giustizia di Madrid di una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee, in conformità con quanto stabilito nell'art. 177 TCEE, sia suscettibile di generare, di per sé, una violazione dell'art. 24, comma 1, Cost.”. Il Tribunale costituzionale si è all'uopo basato, tra le altre, sulle sentenze *Cilfit*³² della Corte di giustizia.

La giurisprudenza che è derivata dalle SSTC 111/1993 e 180/1993 ha ulteriori riscontri, come, ad esempio, nella STC 201/1996, del 9 dicembre.

2.3. L'innovazione apportata con la STC 58/2004, del 19 aprile

Con la STC 58/2004, del 19 aprile, il Tribunale costituzionale ha messo in atto una “rivoluzione”, modificando il suo consolidato orientamento in materia e accogliendo per volta prima un ricorso d'*amparo* della *Generalitat* (Governo catalano) contro la mancata proposizione di

³¹ Ciò nondimeno, la Corte di giustizia si era pronunciata, con sentenza del 28 gennaio 1992 (cause 330 e 331/1990), su due questioni sullo stesso tenore di quella suscitata dal ricorrente. Nella specie, il Tribunale costituzionale ha finito per concedere l'*amparo*, ma per violazione dell'art. 25, comma 1, Cost. (principio di legalità in materia penale).

³² Sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1974 (causa 166/1973); del 12 febbraio 1974 (causa 146/1973); e del 10 ottobre 1982 (causa 238/1981).

una questione pregiudiziale³³. La ricorrente riteneva leso il proprio diritto alla giurisdizione, dato che il Tribunale superiore di giustizia della Catalogna, in una causa in tema di devoluzione di entrate per la tassa fiscale sul gioco, aveva deciso di non applicare una norma del diritto interno per la sua apparente incompatibilità con la Sesta direttiva relativa all'IVA, senza avere effettuato previamente il rinvio pregiudiziale. Si trattava di una decisione che non era suscettibile di un ulteriore ricorso ordinario.

Nel FJ 9 della sentenza, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che “la decisione di non applicare il diritto interno (la legge catalana 5/1990), per la sua supposta incompatibilità con il diritto comunitario (l'art. 33 della sesta direttiva), senza aver sollevato previamente la questione pregiudiziale prevista *ex art.* 234 TCE [...], adottata da un organo giurisdizionale la cui decisione non è suscettibile di ulteriore ricorso ordinaria, in una causa dove lo stesso organo giudiziario si discosta da tutta la giurisprudenza interna in materia – formata sulla base del criterio sostenuto dalla Corte di giustizia delle Comunità europee in diverse sentenze – appare ignorare le garanzie che integrano il contenuto del processo”. E, nel FJ 13, il Tribunale costituzionale ha aggiunto che, “di conseguenza, l'organo giudiziario – nonostante esprimesse la sua assenza di qualunque dubbio riguardo all'incompatibilità tra la norma nazionale e la norma comunitaria –, dato che precisamente veniva ad assumere l'esistenza di una contraddizione là dove nessun altro organo giudiziario l'aveva riscontrata, avrebbe dovuto sollevare, conformemente alla giurisprudenza della stessa Corte di giustizia delle Comunità europee, la questione pregiudiziale prevista nell'art. 234”. Il Tribunale costituzionale ha così riconosciuto il diritto della *Generalitat* ad un processo con tutte le garanzie (art. 24, comma 2, Cost.), ammettendo, nel FJ 14, che l'organo giudiziario aveva violato una delle garanzie che integrano il contenuto del diritto al processo, collocando inoltre la ricorrente in una situazione di effettiva “*indefensión*”.

Nella STC 194/2006, del 19 giugno³⁴, il Tribunale costituzionale si è pronunciato nello stesso senso (si vedano, in particolare, i FFJJ 4 e 5).

Peraltro, le affermazioni rese nelle occasioni appena ricordate sono state in parte relativizzate con l'ordinanza (ATC) 62/2007, del 26 febbraio, nella quale il Tribunale costituzionale ha dichiarato inammissibile il ricorso d'*amparo* promosso dal Governo basco contro una sentenza del Tribunale supremo, che non aveva effettuato il rinvio pregiudiziale, dato che la decisione era stata adottata dal massimo interprete della legalità ordinaria e la presunta contraddizione con il diritto comunitario non era stata individuata da nessun altro organo giurisdizionale.

³³ Cfr. J. M. BAÑO LEÓN, “*El Tribunal Constitucional, juez...*”, op. cit. pp. 465 e ss.

³⁴ Cfr. V. M. SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, “STC 194/2006, de 19 de junio: vulneración del derecho al proceso debido e indefensión de la Comunidad Autónoma de Canarias por inaplicación en una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de un precepto de la Ley reguladora del IGIC de contenido idéntico a otro de la LIVA declarado contrario a la Sexta Directiva por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, in www.ief.es/Publicaciones/JurisCons/.../2006_STC194_Sanchez.pdf

2.4. Verso il rinvio pregiudiziale: i *votos particulares* della STC 199/2009, del 28 settembre

Secondo la dottrina, la sentenza del Tribunale costituzionale del 2004 sembrerebbe aver aperto la strada all'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte dello stesso Tribunale costituzionale³⁵. Da ultimo, un nuovo passo avanti verso questa possibilità si è avuto con la STC 199/2009, del 28 settembre, che ha accolto il ricorso di *amparo* di un cittadino britannico contro l'ordinanza dell'*Audiencia nacional* che aveva accordato la sua consegna alla Romania in esecuzione di un mandato d'arresto europeo.

Il rilievo di questa pronuncia risiede fondamentalmente in due circostanze: 1) emerge di nuovo con forza il ruolo di garante della Costituzione del Tribunale costituzionale, postosi nel ruolo di revisore della politica globale dell'Unione, che dichiara una violazione indiretta delle esigenze derivate dal diritto ad un processo equo, in un caso di condanna *in absentia*³⁶; 2) due giudici costituzionali si sono manifestati, nei loro *votos particulares* dissenzienti, favorevoli a chiedere una pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Ad avviso del giudice costituzionale Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, la decisione della maggioranza si basava erroneamente su precedenti giurisprudenziali in materia di estradizione (istituto di natura e con profili diversi rispetto al mandato d'arresto europeo) e su un'interpretazione unilaterale della decisione quadro che ignorava la giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza del 17 luglio 2008, *causa Kozłowski*, C-66/08), senza nemmeno aver sollevato una questione pregiudiziale.

Anche il giudice costituzionale Pablo Pérez Tremps ha espresso il suo dissenso nei confronti del dispositivo e della motivazione della sentenza. Se il Tribunale costituzionale intendeva sostenere, come ha fatto, che la condanna *in absentia* presuppone sempre una lesione del "contenuto assoluto" delle garanzie processuali e, pertanto, rende impossibile l'esecuzione di un mandato d'arresto, avrebbe dovuto rivolgersi alla Corte di giustizia attraverso una questione pregiudiziale, affinché essa valutasse se la decisione quadro viola i diritti fondamentali. Ciò che non può fare l'autorità nazionale, nella specie il Tribunale costituzionale e gli organi giudiziari che devono seguire la sua dottrina, è derogare ad un obbligo imposto dal diritto comunitario, producendo un inadempimento imputabile alla Spagna, suscettibile di ingenerare la corrispondente responsabilità nei confronti delle istituzioni comunitarie e del resto degli Stati (sentenze della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, *causa Köbler*, C-224/01, e del 13 giugno 2006, *causa Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03).

³⁵ Cfr. F. FONTANELLI, "A comment on Tribunal Constitucional's judgment...", op. cit., pp. 12-13.

³⁶ L'*Audiencia nacional* aveva equiparato, ai fini del rispetto delle garanzie inerenti ad un processo equo, la presenza in giudizio dell'avvocato designato dall'imputato all'effettiva presenza dell'imputato stesso, con ciò negando che il ricorrente fosse stato giudicato *in absentia*, ma secondo il Tribunale costituzionale il diritto dell'imputato ad essere presente è, non solo un'esigenza imposta dal principio del contraddittorio, ma anche lo strumento che rende possibile l'esercizio del diritto di autodifesa per rispondere alle imputazioni dei fatti che, riferite alla propria condotta, conformano la pretesa accusatoria.

Questi due *votos particulares* lasciano supporre un lento, ma chiaramente avvertibile cambiamento di atteggiamento, alla luce del quale i giudici costituzionali vanno constatando l'importanza della cooperazione con la Corte di giustizia per risolvere a livello interpretativo le antinomie normative che possano sorgere dall'applicazione del diritto comunitario, specialmente nel campo dei diritti fondamentali.