

Prof. Giuseppe Morbidelli

Ordinario di diritto costituzionale nella facoltà di giurisprudenza

nell'Università "La Sapienza" di Roma

**CORTE COSTITUZIONALE E CORTI EUROPEE: LA TUTELA DEI
DIRITTI (DAL PUNTO DI VISTA DELLA CORTE DEL
LUSSEMBURGO)***

Sommario

1) Premessa personale e di metodo.	2
2) Evoluzionismo e "multilivellismo" dei diritti.	5
3) L'accertamento della consistenza e del valore dei diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario: bilanciamento, proporzionalità, obiettivi comunitari.	9
4) Del bilanciamento tra libertà personali e libertà economiche.	14
5) Diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario e costituzioni statali.	17
6) L'effetto estensivo delle garanzie costituzionali.	25
7) Esempio di "addizioni" alle garanzie costituzionali della Corte di Giustizia: con riguardo alle garanzie "amministrative".	29
8) Altre ipotesi di addizioni di garanzie costituzionali.	36
9) Il principio di non discriminazione.	40
10) Diritti sociali.	43
11) Verso un catalogo completo dei diritti.	44
12) Controlimiti e leale collaborazione formanti di una comune cultura costituzionale europea.	45
13) Post scriptum: la leale collaborazione alla prova dei fatti.	53

1) Premessa personale e di metodo.

Una premessa personale e di metodo. Ho accettato di predisporre la presente relazione, in una sede così impegnativa, davanti ad un pubblico altrettanto impegnativo, su di un tema tanto impervio e sterminato, in quanto impatta sulla teoria delle fonti, su quella dei rapporti tra ordinamenti, sul tema del controllo di costituzionalità, ovviamente su quello dei diritti e delle relative garanzie e del loro *ubi consistam*, soprattutto perché mi offre l'occasione di rendere omaggio alla memoria di Sergio Panunzio, amico carissimo sin dall'inizio delle nostre carriere. E proprio qui, tante volte, nelle tradizionali ore di attesa prima che venissero chiamate le nostre cause, ci confidavamo i nostri progetti, i nostri problemi, le nostre storie e i nostri percorsi, e soprattutto parlavamo di mare e di vela. Anzi, la prima cosa che mi domandava, anche nei momenti più difficili, direi tragici della sua esistenza era: "quando sei uscito l'ultima volta?" E parlavamo così di boline, di virate, di vento. Così fu anche l'ultima volta che ci siamo incontrati, alla stessa tavola della prima colazione, presente anche la cara Sig.ra Elisa, in occasione del convegno 2003 della nostra Associazione tenutosi a Bari. Eravamo al passaggio delle consegne tra la Sua presidenza e gli attuali "reggitori". Gli dissi, così avrai più tempo per recarti all'Argentario... "Magari", mi rispose, e in questo c'era tutto Sergio, nel Suo sguardo lucido ma triste (tra me e me avevo sempre la sensazione di intravedere, come immanenti al Suo modo di porsi, i versi di «Pianto antico») e nella Sua vena di pessimismo, che però non dequodava neppure di un centimetro lo stile, la coerenza, la grande forza di volontà, le energie, il suo dedicarsi al lavoro, alla famiglia e a quella grande famiglia (perché tale la considerava e la sentiva) dei Suoi allievi e della comunità scientifica intera. Basti pensare ai Seminari Luiss, da Lui ideati, diretti, organizzati che costituiscono per tutti noi sia una miniera di ricordi, sia un contributo fondante, per la qualità e per il metodo della nostra scienza costituzionalistica. Metodo ovvio e antico - tipico direi delle accademie rinascimentali - ma del tutto desueto in un'Università del "mordi e fuggi": chiamare a raccolta i colleghi per discutere su una introduzione, e non un collega a leggere *ex cathedra* e gli altri ad ascoltare. Per di più in maniera seriale e coordinata.

Sono a tutti noti i contributi di tali seminari improntati al diritto europeo: irapporti tra la c.d. Costituzione europea e la nostra Costituzione, i rapporti tra le Corti, lo spessore e la dinamica dei diritti in questo pluralismo di

Corti e di fonti. Ed invero le tematiche comunitarie in genere hanno attirato l'interesse di Sergio negli ultimi anni della Sua troppo breve vita, anche se, a guardar bene, sono sempre temi riconducibili ad un *iter* scientifico compatto, in quanto attinente ai temi delle fonti e dei diritti. Interessi che hanno trovato radicamento ed esaltazione nella Sua ultima e postuma opera¹, in cui, a riprova delle Sue capacità, è sia curatore, sia autore di un compendioso saggio (a differenza di quello che – di solito – fanno i curatori), avente lo stesso titolo del volume collettaneo.

Ora, il tema che mi è stato affidato, è già stato trattato lucidamente da par Suo da Sergio nell'opera appena ricordata, vera e propria monografia, ed anzi in una prospettazione molto più complessa investendo non solo il contributo della Corte di Giustizia, ma anche quello della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte Costituzionale. Poiché - come al solito - lo scritto di Sergio è molto acuto, serrato e oltremodo documentato, non nego che ha costituito una ottima "base" per quanto andrò a dire. Anzi, è così convincente che - quasi quasi, mi sono detto - potrei confezionare il mio contributo alla Sua memoria, non dico imparandolo e ripetendolo a memoria, ma attraverso una, più o meno riuscita, sintesi.

Ovviamente non è così, almeno nelle intenzioni. Semmai, traendo spunto da Sergio, vorrei addivenire ad una serie di considerazioni o meglio mere riflessioni sul tema che è ancora ben lungi dal raggiungere uno *status* consolidato.

Attesa la sede, non sto qui a ripercorrere la "filastrocca" dei diritti nella giurisprudenza della Corte di giustizia: dal primo indirizzo, che definirei più che cauto², alle note sentenze *Stauder*, *International Handelsgesellschaft*, *Nold* e dintorni, alla elaborazione della nozione (poi ripresa nel Trattato di Maastricht), di "tradizioni costituzionali comuni"; né le tematiche della Carta di Nizza, etc. Tutte cose scritte da molti, e che non

¹ S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005. Da ricordare anche il denso volume collettaneo curato sempre da S.P. PANUNZIO, *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione Europea*, Milano, 2003.

² Si vedano, ad esempio, le sentenze *Storck* del 4 febbraio 1959, C-1/58 e *Geitling* del 18 maggio 1962, C-13/60 nelle quali la Corte di Giustizia ebbe a negare la possibilità d'interpretare il diritto comunitario in conformità alle disposizioni riguardanti i diritti fondamentali degli ordinamenti degli Stati membri.

posso che dare per conosciute³. Né affronterò il tema dei diritti nel “Trattato per una costituzione europea” non solo perché entrato in *empasse* dopo i referendum di Francia e di Olanda, ma anche perché - come hanno confermato sia il *Conseil Constitutionnel* e sia il *Tribunal Constitucional*⁴ - le previsioni in punto di diritti contenute nel Trattato confermano la “*primauté*” del diritto comunitario nel senso in cui questa si è affermata nella giurisprudenza anche delle Corti costituzionali, teoria dei controlimiti compresi⁵. Teoria quest’ultima che trova ora specifico riconoscimento formale nell’art. 5 del Trattato che proclama il rispetto dell’identità nazionale e delle strutture politiche e costituzionali degli Stati membri⁶, in tal maniera recependo la tesi del carattere intangibile dei principi qualificanti le Costituzioni nazionali (c.d. nucleo essenziale delle Costituzioni⁷).

³ Ci sono lavori di sintesi e lavori analitici. Tra i tanti, oltre ovviamente al volume curato da S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., e a quello sempre curato da S.P. PANUNZIO, *I costituzionalisti e l’Europa*, cit., mi limito a ricordare la ricerca diretta da M. SCUDIERO su “*Il diritto costituzionale comune europeo*”, 5 tomi, Napoli, 2003, con saggi davvero pregevoli, nei quali vi sono, da tante angolazioni, tutti i riferimenti necessari e le indicazioni bibliografiche. Degno di rilievo è altresì il volume a cura di G.F. FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001. Ulteriori indicazioni sono rinvenibili nei saggi richiamati a nota 8: per una efficace sintesi v. ora R. BIN-P. CARETTI, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, Bologna, 2005, 146 ss.

⁴ V., rispettivamente, la decisione 19 novembre 2004, n. 2004-505 DC (il cui testo integrale, in lingua francese, è consultabile *on line*, alla pagina www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505/index.htm), nonché la decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo, 13 dicembre 2004, DTC 1/2004 (testo integrale, in lingua spagnola consultabile *on line* alla pagina www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/DTC2004-001.htm). V., ampiamente, su queste decisioni P. CARETTI, *Il Tribunal constitucional e il Conseil constitutionnel sulla Costituzione per l’Europa*, in *Quad. cost.*, 2005, 416 ss.

⁵ *La declaración* del Tribunale Costituzionale spagnolo richiama la giurisprudenza delle Corti Costituzionali sui controlimiti (v. parte in diritto, par. 3); la decisione francese elabora invece una interpretazione del Trattato tale da esprimere *ex sé* controlimiti: v., in tal senso, M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: *il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2005, 607 ss.

⁶ V. A. CELOTTO-T. GROPPI, *Primauté e controlimiti nel progetto di Trattato costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 869 ss.

⁷ V. sul punto le notevoli riflessioni di G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e costituzione europea*, in *Quali diritti avremo in Europa? Costituzione europea e interesse nazionale*, *Quaderni di Magna Carta*, n. 3, Roma, 2005, 33 ss. V. anche P.

2) *Evoluzionismo e “multilivellismo” dei diritti.*

Non posso non premettere che - come qualcuno ha scritto - il percorso delle libertà e delle garanzie sottese non ha mai fine, pur nella invarianza del testo costituzionale: ed invero l'esperienza più che bicentenaria degli Stati Uniti lo dimostra in maniera più che significativa. L'emergere dei c.d. nuovi diritti, la necessità di bilanciamento, la continua riparametrazione rispetto all'evoluzione della scienza, della tecnica, del costume, l'incessante dinamica ordinamentale che si riflette di per sé sul contenuto dei diritti, lo scorrere dei più imprevedibili e fantasiosi casi della vita, sono tutti fattori che contribuiscono al *continuum* evoluzionistico dei diritti stessi.

Tale percorso - già di per sé non lineare e talvolta ondivago, anche perché mosso dall'impulso dei casi concreti - da tempo avviene sotto guide diverse e non coordinate (se non in via di autoregolazione): ovverosia quelle della Corte Costituzionale, ma anche della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questo per la nota ragione che non abbiamo solo il catalogo dei diritti scolpiti nella nostra Costituzione ma pure quello della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quello ricavabile in via pretoria dai Trattati comunitari (e ora - con tutte le note *querelles* - dalla Carta di Nizza)⁸.

CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Dir. un. eur.*, 2005, 37 ss. il quale tra l'altro mette in luce tutta una serie di problemi di giustiziabilità che l'«incorporazione» delle previsioni della «Carta di Nizza» è suscettibile di determinare.

⁸ V. in proposito, tra gli altri, U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza. Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2004, 78 ss.; V. ATRIPALDI-R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003, e ivi, tra gli altri, M. LUCIANI, *L'incerta natura della Carta dei diritti*; R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, 2002; P. COSTANZO (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Genova, 2002; L.S. ROSSI, *Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, 566 ss.; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001, 193 ss.; U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 55 ss. Per una rassegna delle varie tesi dottrinali e delle pronunce giurisprudenziali in materia, v. ora il contributo di A. CELOTTO-G. PISTORIO,

Di talché i diritti fondamentali non solo sono in continua evoluzione e assestamento, ma sono anche “multilivello”, per usare il termine ormai invalso⁹, nel senso che sono soggetti a diversi livelli di protezione¹⁰. Se da un lato ciò determina una maggiore garanzia in quanto i diritti hanno più sedi di tutela, dall’altro fa sorgere non pochi problemi in quanto: a) lo stesso diritto fondamentale non sempre è regolato alla stessa maniera, o non sempre esprime lo stesso contenuto oggettivo; b) taluni diritti sono contemplati in un livello e non in un altro; c) i contenuti tipici dei diritti possono essere interpretati in maniera diversa. Così, ad es., le divergenze tra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell’uomo sono ripetute e oggetto di numerose segnalazioni¹¹; d) i bilanciamenti vengono fatti in maniera diversa e/o sulla base di *standards* diversi; e) si può determinare una deriva verso il controllo diffuso, attraverso la coniugazione tra diretta vigenza anche dei principi comunitari - *in primis*, per la sua forza espansiva e per il suo contenuto a largo spettro, quello di non discriminazione - e non applicazione del diritto interno in caso di non compatibilità con il diritto comunitario¹². Merita precisare che il termine “deriva” serve a segnalare la contrapposizione di tale controllo diffuso con il modello di controllo accentrato disegnato dalla nostra Carta Costituzionale, e riflette le

L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004), in *Giur. it.*, 2005, 427 ss.

⁹ Secondo la formula proposta da I. PERNICE, *Multivel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, 1999, 723 ss.

¹⁰ Sul punto v’è una vastissima letteratura. Mi limito a richiamare, oltre al già ricordato saggio di S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., P. BILANCIA-E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004.

¹¹ V. appunto i numerosi ed emblematici esempi che fa S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., 46, e le indicazioni di G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, cit., spec. 75 ss. V. altresì, sul problema circa l’individuazione dell’interpretazione che debba avere la prevalenza nell’ipotesi di divergenze interpretative anche per le ricadute nei confronti del fondamentale principio di certezza del diritto, F. SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti fondamentali*, in P. FALZEA-A. SPADARO-L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa – Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ), il 31 maggio-1 giugno 2002*, Torino, 2003, 289 ss.

¹² V. in proposito le rilevanti considerazioni di A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA-E. DE MARCO, *La tutela multilivello*, cit., spec. 95 ss.

incertezze che derivano da tale contrapposizione anche per l'assenza nel nostro ordinamento dello *stare decisis*¹³. Gli esempi già non mancano¹⁴.

Né è possibile riferirsi alla distinzione di competenze e dunque di ambito di giurisdizione (e dei relativi effetti) tra le vari Corti, essendo di contro evidente l'esistenza di intersezioni tra esse sia per la superiorità del diritto comunitario e degli obblighi internazionali rispetto ai diritti interni, sia più in generale per le inevitabili ricadute interpretative e per gli effetti culturali delle prese di posizione di Corti così elevate.

E' infatti bene dir subito che solo in teoria la competenza della Corte di Giustizia è da ritenersi limitata, o comunque circoscrivibile entro confini ben determinati. Essa investe, ai fini del rispetto dei diritti fondamentali, il controllo sulle seguenti categorie di atti: a) gli atti emanati dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione, sia in via diretta cui consegue il potere di pronunciare sentenze di annullamento, sia in via incidentale mediante la "pregiudiziale comunitaria", cui consegue una pronuncia con effetti interpretativi, vincolanti, peraltro sia nei confronti del giudice *a quo*, sia nei confronti di ogni altro giudice chiamato a conoscere della stessa questione. Ciò perché la pronuncia di invalidità, pur avendo come destinatario solo il giudice del rinvio, costituisce ragione sufficiente per ogni altro giudice di considerare tale atto come invalido ai fini della decisione che è chiamato a rendere¹⁵. Tale effetto *erga omnes* è rafforzato dal fatto che la Corte

¹³ Né è convincente il richiamo che spesso viene fatto al progressivo stemperarsi dello *stare decisis* negli Stati Uniti: ciò è vero soprattutto in senso orizzontale, ovvero con riguardo alle ipotesi in cui il precedente viene mutato dallo stesso giudice, ma non in senso verticale, cioè laddove il giudice inferiore si discosta da quello superiore; v. V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, I, Torino, 2002, 328 ss.; e, più ampiamente, U. MATTEI, «*Stare decisis*»: *il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, 299 ss.

¹⁴ Posso ricordare l'ordinanza dell'11 aprile 2002 con cui la Corte d'Appello di Roma ha disapplicato la legge sul patrocinio a spese dello Stato in quanto considerata in contrasto con l'art. 47 della Carta Europea dei diritti: cfr., in proposito, R. CALVANO, *La Corte d'appello di Roma applica la Carta dei diritti UE: Diritto pretorio o jus comune europeo*, in *Giur. cost.*, 2002, 2238 ss. V. anche M. CARTABIA-A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 449 ss.; sulla questione v. ora, diffusamente, A. CARDONE, *Tutela dei diritti, costituzione europea e giustizia costituzionale: alcuni spunti per un modello integrato*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 365 ss.

¹⁵ Corte Giust. 13 maggio 1981, *International Chemical Corp.*, C-66/80; diversa l'ipotesi in cui il giudice del rinvio ritenga di avere interesse a sollevare nuovamente la

Costituzionale ha riconosciuto l'effetto diretto delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia, che devono pertanto formare oggetto di immediata applicazione da parte dei giudici comuni¹⁶; b) gli atti degli Stati membri che siano stati adottati, in attuazione del diritto dell'Unione, ovvero attraverso la strada della pregiudiziale comunitaria tesa a verificare la compatibilità fra l'atto statale e la disciplina comunitaria di cui quell'atto è attuativo; la relativa sentenza interpretativa ha gli effetti più sopra ricordati. Si noti che attraverso la dottrina della "incorporazione" la Corte di giustizia va ad estendere il proprio sindacato non solo sugli atti statali di "esecuzione" o di "attuazione", ma anche su quelli che ricadono "nell'ambito" o nel "campo di applicazione del diritto comunitario", di talché, di fatto, ne restano esclusi soltanto gli atti che riguardano materie di esclusiva competenza degli Stati¹⁷. E del resto le ripartizioni di competenze sono sempre a rischio "tracimazione": così come esistono le materie trasversali nell'art. 117 Cost., così esiste la trasversalità con riguardo alle competenze comunitarie. Tanto più considerata la dilatazione e la pervasività delle materie di competenza comunitaria, e dunque della normativa nazionale di attuazione. Non solo: in tutti questi casi, la interpretazione del contenuto e dei limiti di diritti fondamentali reagisce sulla interpretazione anche della legge statale sottesa, e comunque concorre ad elaborare principi che vanno a permeare anche l'ordinamento interno. Ciò è tanto vero che è emersa l'esigenza di integrare l'ordinamento con una Carta dei diritti fondamentali la quale, pur essendo destinata ad operare esclusivamente entro i limiti di competenza derivanti dai Trattati ovvero, «nell'attuazione del diritto dell'Unione» (art. 51 della Carta di Nizza; art. II-111 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa), indubbiamente dimostra, con lo stesso tenore ed oggetto delle sue disposizioni suscettibili di investire ogni possibile settore dell'attività

questione poiché ravvisa incertezze sulla portata e sulle conseguenze dell'invalidità pronunciata. Da avvertire poi che il giudice *a quo* ha il potere di riproporre la questione di validità di un atto già dichiarato valido adducendo motivi diversi da quelli già esaminati dalla Corte: v. le sentenze 13 luglio 1978, *Milac*, C-8/78; 19 ottobre 2000, *Busolin*, C-155/99.

¹⁶ V. le decisioni 23 aprile 1985, n. 113, in *Foro it.*, 1985, I, 1600 ss.; 11 luglio 1989, n. 389, *ivi*, 1991, I, 1076 ss.; ord. 23 giugno 1999, n. 255, in *Giur. cost.*, 1999, 2203 ss.

¹⁷ V. ad es. le sentenze *Cinéthèque SA* dell'11 luglio 1985, C-60/84 e C-61/84; *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*, del 4 ottobre 1991, C-159/90; *Kremzow* del 29 maggio 1997, C-299/95, e *Annibaldi* del 18 dicembre 1997, C-309/96.

umana, la sua attitudine a svolgere un ruolo del tutto simile a quello degli analoghi testi che troviamo inclusi nelle costituzioni statali¹⁸.

3) L'accertamento della consistenza e del valore dei diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario: bilanciamento, proporzionalità, obiettivi comunitari.

I diritti fondamentali quali si ricavano dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla Carta europea dei diritti dell'uomo (Cedu) rilevano: a) per valutare se l'atto comunitario contrasta con tali diritti; b) per valutare se l'atto interno (o anche il comportamento¹⁹ di solito consistente nell'inerzia di fronte a turbative della libertà di circolazione delle merci²⁰, o la stessa prassi²¹) "osta" alla applicazione del diritto comunitario, nella specie di diritti fondamentali incorporati nell'ordinamento comunitario. In altre parole, i diritti fondamentali non solo devono essere osservati dalle istituzioni comunitarie ma anche dagli Stati. Sotto questo ulteriore profilo la Corte svolge uno scrutinio non diverso da quello delle Corti Costituzionali, con la differenza che il parametro di riferimento non è scolpito con chiarezza in un documento costituzionale (né la Carta di Nizza modifica la situazione, atteso che è stata solo "proclamata" e non inserita nei Trattati, sicché ha un valore meramente interpretativo²²). Tale scrutinio presuppone dunque sempre l'accertamento in ordine all'*an* e alla

¹⁸ Così A. PIZZORUSSO, *Ipotesi di giustizia costituzionale nei trattati istitutivi dell'Unione europea e nel Progetto di Trattato-Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, 2445 ss.

¹⁹ Più recentemente v. il noto caso *Autostrada del Brennero*, Corte Giust. 12 giugno 2003, C-112/00.

²⁰ V. Corte Giust. 9 dicembre 1997, *Commissione c. Repubblica francese*, C-265/95 circa la mancata adozione di misure volte ad impedire atti di violenza e di minacce nei confronti dei trasportatori di prodotti agricoli provenienti da altri Stati membri, e anche verso esercizi commerciali che ponevano in vendita tali prodotti.

²¹ V. Corte Giust. 9 dicembre 2003, *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-129/00.

²² V. in proposito A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, cit., 194-195, «...è ben difficile che un documento solennemente proclamato e che sia stato predisposto ricorrendo alla tecnica giuridica (con enunciati prescrittivi formulati in articoli, con l'utilizzo di formule verbali deontiche, ...) non assuma di fatto rilevanza giuridica (nonostante che, nelle intenzioni dei suoi autori, tale documento dovesse rivestire solo un'importanza politica), costituendo quantomeno un immediato ausilio interpretativo per rafforzare conclusioni raggiungibili comunque su altre basi».

consistenza di tali diritti, cui seguirà la verifica di compatibilità con la disciplina normativa (comunitaria o statale che sia).

A tal fine, la Corte deve svolgere una sequenza di operazioni. Innanzitutto la individuazione dei diritti, i quali, se non compresi tra quelli garantiti dalla Cedu, devono rispondere alle tradizioni costituzionali comuni che costituiscono, da un lato, principi generali del diritto comunitario (v. anche art. 6 T.U.E.) e, dall'altro, criterio di identificazione (o di "ispirazione", come è stato notato) dei diritti fondamentali. Secondo il *dictum* della sentenza *Nold*²³ «i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza. Vengono desunti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dai trattati internazionali in tema di diritti formati dagli Stati membri». E' evidente che tale termine evoca valori, più che specifici principi e tanto meno regole autoapplicative. In concreto - come è stato osservato da più parti - la relativa determinazione non è tanto il risultato di una puntuale indagine comparatistica, dalla quale estrarre il minimo comune denominatore costituzionale, quanto il risultato di considerazioni di ordine generale, e comunque non sorrette da una indagine analitica dei vari ordinamenti. Talvolta, anzi, viene fatto riferimento ad uno specifico ordinamento costituzionale, che viene così ad essere richiamato come modello della tradizione costituzionale²⁴. Tanto che qualcuno ha osservato che più che di individuazione di un patrimonio comune europeo di diritti, è preferibile parlare di individuazione del patrimonio dei diritti dello Stato che meglio si adatta alla soluzione del caso all'esame della Corte²⁵.

Va tuttavia messo in luce che quest'ordine di rilievi non riguarda tanto la identificazione in sé dei diritti da garantire - che si ricavano sia da una ormai consolidata giurisprudenza, la quale in sostanza ha formato una

²³ Corte Giust. 14 maggio 1974, *Nold c. Commissione*, C-4/73. Invero il principio è stato espresso per la prima volta con chiarezza nella sentenza 12 novembre 1969, *Stauder*, C-29/69, e continuamente ribadito: v. ad es. la sentenza 6 marzo 2001, *Connelly*, C-274/99, punto 37; 12 giugno 2003, *Schmidberger*, C-112/00, punto 71, e 10 luglio 2003, *Booker Acquaculture e Hydro Seafood* cause riunite C-20/00 e C-64/00.

²⁴ Si veda Corte Giust. 9 novembre 1995, *Atlanta*, C-466/93, in cui si fa riferimento, ai fini della tutela giurisdizionale, a quella così come riconosciuta dall'art. 19, c. 4 della Legge fondamentale tedesca.

²⁵ A. BALDASSARRE, *La Carta europea dei diritti*, in www.luiss.it/semecost/europa/carta/index.html, nonché in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa*, cit., 32-33.

“consuetudine” comunitaria, sia anche dai diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²⁶ - quanto piuttosto la loro consistenza, ovvero la determinazione dello *standard* concreto di protezione di tali diritti.

Si tenga conto infatti che i diritti fondamentali spesso hanno consistenza e garanzie di tutela diversificate negli ordinamenti interni (si pensi alla presenza o meno di riserve di legge che, a loro volta, possono essere di vario tipo, o alle riserve di giurisdizione o ancora alla tassatività delle limitazioni ammesse o alla individuazione delle “circostanze” limitative, come è ad es. per la libertà di riunione nell’art. 17 Cost.), di talché ci si chiede a quali di essi si debba fare riferimento. Una tesi potrebbe essere quella del livello di protezione più elevato fra quelli ravvisabili nelle Costituzioni (ad es. quella che vieta la pena della confisca dei beni: v. in tal senso art. 17 Cost. Belgio). Per quanto si tratti di un criterio seguito a livello internazionale (così l’art. 5 del Patto sui diritti civili e politici) che fa salve le tutele nazionali più favorevoli, nella specie tale tesi non si presta ad essere applicata. Non solo perché spesso non è affatto decifrabile quale sia il livello più alto di protezione²⁷, ma anche perché così: a) difetta in

²⁶ E ciò a partire quantomeno dalla sentenza *Rutili*: Corte Giust. 28 ottobre 1975, C-36/75. Altra questione che qui non affronto, è quella dei rapporti tra diritti fondamentali garantiti dall’ordinamento comunitario e diritti garantiti dalla Cedu, anche in considerazione del disposto dell’art. 52 Carta di Nizza e su cui mi limito a rinviare oltre a S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., ai contributi di: B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 423 ss.; G. GAJA, *Carte dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, 211 ss.; B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione Europea*, Milano, 2002; L. MONTANARI, *I diritti dell’uomo nell’area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002; G. DEMURO, *I rapporti fra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2003, 85 ss.; V. ZAGREBELSKY, *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte Europea dei diritti umani*, in P. BILANCIA-E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, cit., 99 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2004, 78 ss.

²⁷ U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza*, cit., 110 ss.

radice la comunanza²⁸; b) si assume come principio dell'ordinamento comunitario la norma che assicura in alcuni ordinamenti interni la protezione più ampia, ma in concreto la si estende e impone a tutti gli Stati membri, così determinando una modifica o un ampliamento di un loro principio fondamentale²⁹; c) la tutela più ampia prevista in un ordinamento statale può comportare una compressione di altri diritti fondamentali che, non ritenuti in quell'ordinamento altrettanto meritevoli di tutela, risultino invece maggiormente rilevanti per l'ordinamento comunitario o anche per altri Stati membri³⁰. Il fatto è che i diritti non vivono mai di vita propria, né sono isolati come monadi, ma si inseriscono in una rete di relazioni sistemiche, tantovero che ciascuno subisce limitazioni in considerazione delle esigenze di protezione di altri³¹.

D'altra parte, una volta asserito che non v'è comunanza di regime in punto di diritti fondamentali degli Stati membri, non è praticabile la strada delle "medie", non solo perché non siamo di fronte a valutazioni esprimibili in termini numerici tipici delle medie, e comunque perché emergerebbero sempre le controindicazioni sopra accennate. Non sorprende pertanto che in talune circostanze viene individuato come livello di protezione quello rinvenibile nella disciplina specifica di un ordinamento, in quanto considerato più adeguato in relazione al temperamento dei valori in discussione e all'interesse comunitario. In realtà quando la Corte si richiama alla disciplina specifica di un ordinamento, non è perché rifugge dalle tradizioni costituzionali comuni, ma perché, in assenza di una

²⁸ Ad esempio nel caso *Hoechst* (v. la sentenza 21 settembre 1989, cause riunite C-46/87 e C-227/88) la Corte sembra aver optato per la tutela meno elevata tra quelle ricavabili dai sistemi interni, sostenendo che il principio dell'inviolabilità del domicilio tutela, nel diritto comunitario, la residenza privata ma non i locali commerciali (v. punto 18).

²⁹ G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamenti degli stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 2000, 747 ss.

³⁰ Cfr., in tal senso, A. GIARDINA, *Parlamento europeo e diritti fondamentali: il problema della tutela dei diritti fondamentali nella Comunità europea*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Parlamento europeo, forze politiche e diritti dei cittadini*, Milano, 1979, 110 ss., nonché, più diffusamente, G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamenti degli stati membri*, cit., 745 ss.

³¹ V., per quest'impostazione, anche J. H. WEILER, *Diritti fondamentali e confini: lo spazio giuridico europeo e il conflitto tra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, in ID., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, 179 ss.

tradizione sicura, ritiene di individuare comunque una forma di tutela. In tal caso, cioè di fronte all'assenza di una tradizione costituzionale uniforme, la Corte tende a privilegiare quella che maggiormente è in sintonia con l'interesse comunitario. Tale scelta è una opzione analoga a quella che avviene in sede di una qualsiasi operazioni di bilanciamento. Ed invero la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali si salda con la successiva fase, quella del bilanciamento. E' appena il caso di tener presente che negli ordinamenti nazionali, i diritti pur qualificati fondamentali sono di solito soggetti a funzionalizzazione o a limitazioni a garanzia di altri diritti fondamentali o a tutela di interessi generali. Del pari nell'ordinamento comunitario è acquisita la sottoposizione di tali diritti agli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, secondo il criterio di proporzionalità. Ed è questa appunto la seconda operazione che la Corte si trova a svolgere. Nel senso che le restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali devono rispondere effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non devono costituire, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e così incisivo tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati³². Si tratta dunque di un "pluribilanciamento" complesso, in quanto in esso entrano in gioco sia il rapporto con l'obiettivo comunitario, sia la rilevanza di tale obiettivo, sia il grado di incidenza sul diritto fondamentale. E il rapporto tra compressione del diritto e ragioni di tale compressione deve appunto rispondere ad un criterio di proporzionalità. In sintesi, il diritto fondamentale in tanto è comprimibile in quanto si superino tre linee di resistenza, che peraltro spesso vengono assemblate e non "serializzate": prima, che le limitazioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità; seconda, che vi debba essere proporzionalità tra l'obiettivo d'interesse generale e la misura restrittiva; terza, infine, che non si debba incidere sul suo contenuto essenziale. Quest'ultimo punto va specificatamente sottolineato, nel senso che la individuazione della consistenza del diritto fondamentale anche se avviene non tramite la tradizione costituzionale, ma per il tramite di uno specifico ordinamento

³² V. la sentenza 13 aprile 2000, *Karlsson*, C-292/97, secondo cui restrizioni all'esercizio di questi diritti possono essere operate, in particolare nell'ambito di una organizzazione comune di mercato, purché tali restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti (par. 45).

incontra sempre il limite della garanzia del suo *wesen*: sicché, anche in questo caso, si fa applicazione di una tradizione costituzionale comune, rappresentata dalla *Substanzminderungstheorie*³³.

4) Del bilanciamento tra libertà personali e libertà economiche.

E' evidente il ruolo centrale che assume l'operazione di bilanciamento e il connesso criterio di proporzionalità, che peraltro è un insostituibile strumento a disposizione delle Corti Costituzionali, e anzi esso stesso costituisce tradizione costituzionale comune. Il ricorso a tale metodo non è peraltro da mettere in discussione (anche se talvolta può essere – come avviene spesso anche di fronte alle sentenze delle Corti Costituzionali – oggetto di critiche riguardo ad una specifica soluzione)³⁴. Ciò che invece viene talvolta messo in discussione è il fatto che si vanno a bilanciare libertà fondamentali classiche e libertà economiche, e anche diritti “nuovi” con il diritto all'ambiente salubre, con le libertà economiche³⁵. La Corte di

³³ Come noto, tale tesi ha riscontro testuale nell'art. 19, co. 2, della Legge Fondamentale tedesca e nell'art. 53 della Costituzione spagnola, ma ha applicazione anche in assenza di disposizioni costituzionali espresse: in tal senso è costante l'indirizzo della nostra Corte Costituzionale, a partire dalla sentenza n. 6 del 29 gennaio 1966, che si rifaceva, anche nelle espressioni letterali, alla tesi di A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 809 ss., che a sua volta riprendeva la teoria affermatasi nella dottrina tedesca, sia nel vigore della Legge Fondamentale, che della Costituzione di Weimar, circa la tutela del contenuto essenziale dei diritti. Naturalmente la stessa definizione del contenuto essenziale non è univoca, in quanto, se non altro, v'è una concezione assolutistica ed una relativistica del nucleo essenziale del diritto; il dibattito è riassunto in A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *ID.*, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 2003, 35 ss. La *Wesengehaltklausel* è del resto espressamente richiamata dal Trattato per la Costituzione europea: v. II, 12, co. 1, su cui cfr. P. HÄBERLE, *Il giurista europeo di fronte ai compiti del nostro futuro costituzionale comune. 17 progetti sotto esame*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali*, cit., 9 ss.

³⁴ V. ad es. i rilievi di L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. cost.*, 2002, 572 ss., secondo cui la Corte di Giustizia è portata spesso a effettuare «frettolosamente» tale scrutinio di proporzionalità e richiama a tal fine le sentenze *Bosphorus* 30 luglio 1996, C-84/95 e *Schroeder*, 7 febbraio 1973, C-40/72.

³⁵ V., in proposito, la recente sentenza Corte Giust. 15 novembre 2005, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, C-320/03, in cui a seguito di un ponderato bilanciamento si è ritenuto che misure volte a vietare il transito di camion di alto tonnellaggio su di un

giustizia mette sullo stesso piano entrambe le categorie dei diritti, e ne afferma la prevalenza facendo leva sulle esigenze di garantire gli interessi della Comunità. Significativo è il recente caso Autostrada del Brennero, in cui veniva contestata la compatibilità con la libertà di circolazione delle merci del comportamento delle autorità austriache che non avevano interrotto una manifestazione di protesta di associazioni ambientaliste, la quale aveva provocato il blocco di trenta ore dell'autostrada del Brennero. Nella specie la Corte ha appunto osservato che «neppure i diritti alla libertà d'espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla Cedu [...] appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale», e che la garanzia della libera circolazione delle merci costituisce sicuramente «obiettivo di interesse generale», idoneo anche a comprimere quelle libertà garantite dalla Convenzione che contemplino un tale limite od uno affine³⁶.

Di fronte a questa giurisprudenza, il rilievo che talvolta viene fatto è che diritti come la libertà di circolazione o di manifestazione del pensiero non sono bilanciabili con le libertà economiche³⁷. Questa lettura però non tiene conto: a) del fatto che anche la nostra Corte Costituzionale ha sempre effettuato il bilanciamento tra iniziativa economica privata e libertà

tratto autostradale per ragioni di tutela dell'ambiente non rispettavano il canone della proporzionalità, sia per la mancanza di un adeguato periodo transitorio (manifestamente insufficiente per consentire ragionevolmente agli operatori interessati di adeguarsi alle nuove circostanze), sia perché era stato provato nella fattispecie che le autorità austriache, nell'elaborare il regolamento contestato, non avevano valutato a sufficienza la questione se l'obiettivo di ridurre le emissioni di inquinanti potesse essere conseguito mediante altre misure meno restrittive della libertà di circolazione e se effettivamente vi fosse un'alternativa realistica di trasporto delle merci interessate con modalità diverse o attraverso altri itinerari stradali.

³⁶ V. Corte Giust., 12 giugno 2003, C-112/00, sopra cit. E' da dire tuttavia, che nella specie, il *balancing test* ha condotto alla conclusione che le autorità austriache avevano adottato misure idonee a realizzare questo equilibrio, contemperando in maniera adeguata la libertà di circolazione delle merci con la tutela del diritto di manifestazione del pensiero.

³⁷ F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 91 ss., secondo cui la tesi della Corte mette in bilanciamento diritti di libertà personali e diritti economici che «difficilmente potrebbe essere condivisa in molti ordinamenti costituzionali».

personali, come ha dimostrato da gran tempo la dottrina³⁸; b) del pari grado che hanno tali diritti nell'ordinamento comunitario. Infatti la disciplina comunitaria delle libertà economiche, di circolazione delle merci (art. 23-31, Tr. CE e art. 90, Tr. CE), di circolazione dei lavoratori (art. 39-42, Tr. CE), di stabilimento (art. 43-48, Tr. CE), di prestazione dei servizi (art. 49-55, Tr. CE), di circolazione dei capitali (art. 56-60), Tr. CE), nonché le norme a tutela della libertà di concorrenza, hanno determinato una abrogazione dell'art. 41, co. 3 Cost., o se si vuole essere meno radicali, e mantenersi negli schemi della dualistica ordinamentale, hanno fatto sì che le libertà fondamentali non costituiscono *tout court* un controlimite alle libertà economiche³⁹. In altri termini, le libertà di natura economica sono divenute diritti fondamentali in seguito all'ingresso nell'ordinamento costituzionale italiano del principio comunitario che determina la "cedevolezza" della previsione costituzionale (art. 41, co. 3) in punto di programmi e controlli volti ad indirizzare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali. Non v'è quindi alcuna preclusione al bilanciamento tra tali categorie di diritti. Si potrà semmai dire che mentre nelle libertà personali il contenuto essenziale è inviolabile *ex sé*, nelle libertà

³⁸ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, parte speciale*, 2° ed., Padova, 1992, 476 ss.

³⁹ F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, spec. 183 ss. La tesi di tale Autore non sembra invece da seguire laddove sostiene il principio per cui di fronte ai diritti fondamentali non può esistere un potere discrezionale della pubblica amministrazione. In tal caso - secondo Merusi - infatti vi sarebbe da parte di un organo amministrativo la ponderazione di un interesse principale con interessi secondari. Questo perché in tal caso, ovvero nell'esercizio del potere discrezionale, residua un *quid*, il c.d. merito amministrativo, che è insindacabile da parte del titolare del diritto fondamentale e che inciderebbe senza possibilità di tutela giurisdizionale su di un diritto fondamentale e sul suo contenuto essenziale. A mio avviso, di contro, non esiste tale ontologica incompatibilità tra diritti fondamentali e potere discrezionale: basti pensare alle limitazioni alle libertà di domicilio per ragioni di sanità, o di incolumità pubblica o per fini economici e fiscali (art. 14, co. 3 Cost.), e alle limitazioni alle riunioni in luoghi pubblici per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica (art. 17, co. 3 Cost.). La garanzia dei diritti viene in tali casi, come nelle ipotesi di cui agli artt. 41 e 42 Cost., inverata attraverso la riserva di legge, e la conseguente tutela giurisdizionale avverso l'uso non corretto da parte della p.a. dei poteri attribuiti dalla legge. La tutela dei diritti fondamentali avviene cioè non solo attraverso la riserva di legge e connessa riserva di giurisdizione o attribuzione alla p.a. di poteri vincolati, ma anche attraverso il presidio combinato della riserva di legge e della tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

economiche il contenuto essenziale può essere inciso dietro indennizzo come dimostrano gli artt. 42 e 43 Cost. Si tratta cioè di diritti fondamentali il cui contenuto essenziale non di necessità viene tutelato in forma specifica, ma che, sempre sulla scorta di valutazioni di proporzionalità, può essere tutelato per equivalente. Infatti è appena il caso di ricordare che le libertà personali sono inalienabili e tendenzialmente indisponibili; mentre i diritti patrimoniali sono per loro natura disponibili, negoziabili ed alienabili. Come pure è innegabile che, a differenza dei diritti privati, le libertà economiche, ma anche i diritti etico-sociali, sono soggetti a clausole generali indeterminate (v. ad es. artt. 40, 41, 42) o sono rapportate a prestazioni tutte da determinare (es.: assistenza, e beneficenza, retribuzione equa e dignitosa) o a funzioni anch'esse da determinare (es.: diritto-dovere dei genitori di educare i figli⁴⁰); sicché in pratica il relativo contenuto è rimesso alla discrezionalità del legislatore, secondo il canone della ragionevolezza. Ma questo nulla ha a che vedere con la bilanciabilità o meno con le libertà personali: semmai in tale *test* si terrà conto del fatto che le libertà economiche possono essere oggetto di reintegra per equivalente, che sono soggette a limiti non strettamente finalizzati come le libertà personali, che costituiscono oggetto di scambio nel mercato e infine che possono altresì essere funzionalizzate al perseguimento del pubblico interesse.

5) Diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario e costituzioni statali.

Altro e diverso problema è quello del rapporto tra diritti fondamentali "comunitari", individuati sulla scorta delle tradizioni costituzionali, e disposizioni costituzionali degli Stati. Può infatti avvenire che i principi fondamentali, e con essi i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento comunitario, vadano ad impattare con disposizioni costituzionali specifiche, che si contrappongono alla piena espansione di detti principi. Il punto di partenza della Corte di Giustizia è molto *tranchant*: il richiamo ai "diritti fondamentali" così come precisati nella Costituzione di uno Stato membro non può sminuire la validità di un atto comunitario o la sua

⁴⁰ V. in proposito A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 105 ss.

validità nel territorio dello Stato⁴¹. In altri termini, una Costituzione statale non costituisce un limite all'applicazione del diritto comunitario. Di conseguenza, il fatto che siano menomati o i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione di uno Stato membro, o in genere i precetti di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato⁴².

Tuttavia va detto che la forza della previsione costituzionale dello Stato membro è tale che rende più stretto lo scrutinio di proporzionalità. Essa entra in bilanciamento e la sua eventuale “postergazione” rispetto al principio comunitario verrà valutata dalla Corte di Giustizia, alla luce dei principi di proporzionalità e di necessità, e anche sotto il profilo della sua compatibilità con le esigenze sostanziali dell'ordinamento comunitario. La Corte deve valutare cioè se è indispensabile per il perseguimento di un'esigenza prioritaria della Comunità. L'esito dipenderà dalla considerazione complessiva di tali circostanze. Se prevale il valore costituzionale locale, è vero che ciò determinerà il pregiudizio della applicazione uniforme del diritto comunitario limitatamente al caso di specie: ma a guardar bene, analoghe situazioni si verificano in virtù delle clausole di salvaguardia previste dal Trattato stesso quando si tratta di tutelare un interesse fondamentale dello Stato membro. Infatti lo stesso ordinamento comunitario non è alieno dal riconoscere le “specificità” nazionali, il che **poi** si riconduce al principio di sussidiarietà. Di talché analoghe ragioni rendono ragionevoli le eccezioni all'applicazione del diritto comunitario derivanti dall'esigenza di tutelare valori costituzionali interni ritenuti imprescindibili.

Del resto l'allargamento reca con sé l'esigenza, che fa da contrappasso alla espansione, di garantire le specifiche identità degli Stati. Di ciò si hanno ben precisi segnali nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, che, come ha messo bene in luce la dottrina⁴³, contiene tutta una serie di tutele delle diversità nazionali, che si esprimono nelle diversità linguistiche,

⁴¹ V. la sentenza 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70; v. anche la sentenza 30 aprile 2004, *Gonnelli e AIFO/Commissione*, T-231/02.

⁴² Sul punto v. Corte Giust. 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, C-6/64; Corte Giust. 8 ottobre 1986, *Keller*, C-234/85; Corte Giust. 17 ottobre 1989, *Dow Chemical Ibérica*, cause riunite C-97/87, C-98/87 e C-99/87.

⁴³ G. DE VERGOTTINI, *Le tradizioni costituzionali*, cit.; ma v. anche M. CARTABIA, «Unità nella diversità», cit.

culturali, religiose (cfr. preambolo, artt. I-3, II-82, III-257, III-280, III-282). Al punto che - si è osservato - «sembrerebbe affermarsi in modo forte il principio, che diverrebbe un principio costituzionale europeo, di tutela delle diversità»⁴⁴. Taluni anzi hanno ravvisato nelle previsioni del Trattato, e già prima nella Carta di Nizza, il declino dei controlimiti intesi in senso tradizionale, in quanto a fronte della proclamazione formale di una tutela anche comunitaria dei diritti, lo spazio a disposizione delle Corti Costituzionali nazionali, per farsi garante dei diritti dell'uomo rispetto al diritto comunitario si riduce grandemente, ma nel contempo è indubbio che così emerge una nuova versione di tale dottrina, volta a tutelare le specifiche identità costituzionali e inoltre a garantire il massimo di tutela ai diritti⁴⁵. Ed invero la Corte di Giustizia è sempre molto attenta a tutelare i valori costituzionali tipici degli Stati membri, in particolare se esprimono diritti fondamentali come si comprende bene attraverso la seguente esemplificazione. Nel caso *Omega* una società di diritto tedesco, gestiva a Berlino un locale (c.d. "laserdromo") nel quale veniva praticato un gioco che prevedeva l'uso di pistole laser per colpire i sensori fissati sui giubbotti indossati dai giocatori ("giocare ad uccidere"). L'autorità amministrativa locale vietò lo svolgimento di questo gioco ritenendo che esso costituisse un pericolo per l'ordine pubblico, dato che gli atti di omicidio simulato e la gratuità della violenza che ne conseguiva violavano il principio fondamentale di dignità dell'uomo riconosciuto e tutelato nel massimo grado dalla Costituzione tedesca. Di qui, a seguito di ricorso, la questione pregiudiziale volta a far sì che la Corte di Giustizia stabilisse la compatibilità o meno con il principio della libera circolazione delle merci (si impiegavano strumenti e materiali forniti da una società inglese) della circostanza che la predetta attività commerciale rappresentata dalla gestione di un cosiddetto laserdromo, venisse vietata ai sensi della normativa nazionale in quanto ritenuta confliggente con valori fondamentali costituzionalmente sanciti. La Corte ha ritenuto che il principio di tutela della dignità umana avesse assoluta priorità, sicché la misura interdittiva

⁴⁴ G. DE VERGOTTINI, *Le tradizioni costituzionali*, cit., 45 ss.

⁴⁵ V. in tal senso A. CELOTTO, *Le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri come limite alla prevalenza del diritto comunitario*, in www.giustamm.it (copertina di maggio 2005).

non sarebbe stata proporzionata⁴⁶. E ha nel contempo tenuto a precisare che: «Non è indispensabile, a tale proposito, che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa»: al contrario, «la circostanza che uno Stato membro abbia scelto un sistema di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato non può incidere sulla valutazione della necessità e della proporzionalità delle disposizioni adottate in materia», secondo il livello di tutela che la Costituzione nazionale intende assicurare⁴⁷.

Altro caso da menzionare è quello *Grogan*: la Corte di Giustizia si trovava a dover stabilire se l'attività di una associazione studentesca irlandese finalizzata alla divulgazione di notizie relative alla attività di cliniche straniere nelle quali era possibile accedere a pratiche abortive fosse riconducibile all'interno della libertà di prestazione di servizi (art. 50 del Trattato). Di contro la Costituzione irlandese riconosce espressamente il diritto alla vita del nascituro (art. 40, co. 3). Ma gli studenti rilevavano come tale attività informativa avesse carattere strettamente connesso alla libertà fondamentale di prestazione di un servizio, quale è l'interruzione di gravidanza per intervento medico. A ciò si controbatteva sostenendo che l'art. 40 della Costituzione irlandese consente di sanzionare come illecite ogni sorta di attività che possa mettere in pericolo il diritto alla vita del nascituro. La Corte ha evitato di entrare direttamente in tale valutazione ed ha concluso nel senso che la diffusione di notizie sulle cliniche straniere effettuata dagli studenti a mero scopo informativo non poteva essere qualificata attività rientrante nella libertà di prestazione di servizi in quanto non vi era strumentalità di tipo economico tra l'attività medica e quella informativa⁴⁸. Si tratta di soluzione che per la verità lascia aperto il

⁴⁶ Corte Giust. 14 ottobre 2004, C-36/02, su cui v. M. E. GENNUSA, *Valori costituzionali versus libertà fondamentali: la dignità umana vista dal Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2005, 174 ss.

⁴⁷ V. i punti 37 e 38 della sentenza *Omega* Corte Giust 14 ottobre 2004, C-36/02 che richiama nello stesso senso le sentenze *Läärä* e a., del 21 settembre 1999, C-124/97, punto 36, e *Zenatti*, del 21 ottobre 1999, C-67/98, punto 34; ma v. anche la sentenza 11 settembre 2003, *Anomar* e a., C-6/01, punto 80.

⁴⁸ Corte Giust. 4 ottobre 1999, C-159/00: v. in proposito le osservazioni di M. DANI, *La Corte e il principio di sussidiarietà*, in R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti*,

problema, ove di contro in luogo di iniziative di studenti, si fosse trattato di pubblicità commerciale di cliniche straniere o di diretto espletamento di pratiche abortive in territorio irlandese, ma dietro la quale è comunque agevole rinvenire un bilanciamento, se pure criptato, a favore della *lex loci*.

Un ulteriore caso sintomatico della difesa della identità costituzionale nazionale riguarda il nostro ordinamento e attiene al rapporto tra principio di non discriminazione e di tutela dei lavoratori e gli artt. 51 e 97 Cost. La questione nasce dalla applicazione della direttiva del Consiglio 1999/70/CE del 28 giugno 1999 che per garantire i lavoratori pone forti restrizioni alla successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato. Tale normativa di tutela si applica anche ai pubblici dipendenti, dato che il criterio di applicazione di tale direttiva non è dato dal tipo di datore di lavoro, bensì dal riferimento *tout court* alla natura del rapporto di lavoro a prescindere cioè dalla qualità soggettiva del datore, oppure vi osta il principio dell'accesso mediante concorso (art. 97, co. 3) e con esso il principio di imparzialità (ancora art. 97) e di eguaglianza nell'accesso agli uffici pubblici (art. 51). Anche qui era in gioco un diritto fondamentale (garantito dagli artt. 51 e 97) come regolato dal diritto costituzionale interno. Per ora conosciamo solo le conclusioni dell'Avvocato generale⁴⁹ secondo cui «l'esistenza di tale principio, posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di cui al primo comma dello stesso art. 97 della Costituzione, di per sé rende palese la non omogeneità – sotto l'aspetto considerato – delle situazioni (dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e quelle dei dipendenti del settore privato) e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato». Tuttavia - prosegue l'Avvocato generale - non basta riconoscere che la differenza tra i regimi di assunzione persegue un obiettivo legittimo, ma occorre ancora verificare se l'attuazione del regime

giurisdizione, cit., 191 ss., che parla di sentenza caratterizzata da «notevoli equilibrismi».

⁴⁹ V. le conclusioni 20 settembre 2005 dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro, in *Marrosu e Gardino c. Azienda Ospedaliera Ospedale S. Martino di Genova*, C-53/04, e quelle del 16 giugno 2004, *Vassallo c. Azienda Ospedaliera Ospedale S. Martino di Genova*, C-180/04.

applicabile alle pubbliche amministrazioni rispetti il principio di proporzionalità. Difatti, una misura che determina una discriminazione se pur giustificata è conforme al principio comunitario della parità di trattamento soltanto se utilizza strumenti necessari e adeguati per raggiungere lo scopo legittimo perseguito⁵⁰. In linea di principio, spetta ai giudici del rinvio verificare che ciò avvenga nelle cause sottoposte al loro esame. Tuttavia la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari affinché il giudice nazionale possa valutare la conformità della legislazione interna con il diritto comunitario. Pertanto l'Avvocato generale ha concluso nel senso che la differenza rilevata può essere ammessa solo entro i limiti della giustificazione dedotta, ossia nel caso in cui prevalga il principio del concorso. Dal momento che la legge, conformemente all'art. 97, co. 3 Cost., ammette eccezioni a tale principio, è chiaro che nell'ambito di tali eccezioni, la differenza tra i regimi perde qualunque ragion d'essere. Di conseguenza, se l'esclusione della riqualificazione di tali contratti, ovvero sia la trasformazione *ope legis* in contratto a tempo indeterminato può essere giustificata nel settore delle pubbliche amministrazioni, occorre per lo meno assicurarsi che siano previste espressamente delle misure di prevenzione, come quelle prescritte dalle clausole 1 e 5 dell'accordo, e che siano seguite da sanzioni efficaci. In definitiva, se pur con questa precisazione che nasce dal fatto che nella nostra Costituzione il principio del concorso per l'accesso al pubblico impiego non è inderogabile (anche se è la regola), si propone di dare prevalenza alla specifica norma costituzionale rispetto al diritto comunitario e al principio generale di non discriminazione tra le varie categorie di lavoratori.

Tutto diverso il notissimo caso "*Tanja Kreil*"⁵¹: l'aspirante soldatessa era una diplomata in elettronica che intendeva impiegare la sua specializzazione all'interno della *Bundeswehr*. A tale vocazione si contrapponeva l'art. 12, co. 4 Legge Fondamentale tedesca, che escludeva le donne dal servizio militare con le armi. La Corte di Giustizia ha però rilevato che l'ordinamento tedesco consente l'accesso alle donne nei servizi di sanità e alle formazioni di musica militare della *Bundeswehr* e che in tali

⁵⁰ In tal senso, Corte Giust. 19 marzo 2002, *Lommers*, C-476/99, punto 39.

⁵¹ Sentenza 11 gennaio 2000, *Tanja Kreil c. Repubblica federale di Germania*, C-285/98, su cui cfr. S. NINATTI, *Le donne e il servizio di leva in Germania*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 240 ss.

servizi, appunto accessibili alle donne, viene praticato un avviamento all'uso delle armi, destinato a consentire al personale di tali servizi di difendersi e di portare soccorso ad altri. In altri termini, alle donne non era affatto interdetto l'uso della armi: sicché la Corte ha ritenuto che non vi fosse ragione di una preclusione del genere, che si traduce in una discriminazione. Si aggiunga poi che la *Kreil* intendeva dedicarsi all'assistenza tecnica delle armi elettroniche, un lavoro cioè come tanti altri, **ragion per cui** non si poteva invocare alcuna esigenza "funzionale" per la discriminazione tra sessi. La sentenza della Corte che ha affermato la cedevolezza dell'art. 12 GG, non ha peraltro conculcato alcun diritto costituzionalmente garantito, bensì ha allargato la sfera dei diritti. Tantovero che, a seguito di questa sentenza, il Parlamento tedesco ha eliminato il divieto *de quo*, dimostrando così di condividere l'applicazione del principio di non discriminazione. Nel caso "*Dory*"⁵², di contro, il suddetto aveva impugnato l'esonero dall'arruolamento nell'esercito (e quindi dall'obbligo di leva). La tesi sostenuta si fondava sulla circostanza che le donne da un lato hanno un diritto di accesso agli impieghi militari, conformemente alla sentenza *Kreil*, ma nel contempo sono esonerate dall'obbligo di leva, mentre gli uomini vi sono assoggettati: il che sarebbe contrario al principio di uguaglianza e costituirebbe una discriminazione illegittima a svantaggio degli uomini, che appunto sono obbligati e non meramente facoltizzati a prestare tale servizio. Inoltre avrebbe l'effetto di impedire l'esercizio di una professione durante il periodo in cui esso viene assolto e di ritardare l'accesso alla vita professionale. La risposta è stata che l'obbligo di leva è espressione di una scelta di organizzazione militare, a cui il diritto comunitario non è applicabile. Si tratta infatti di una normativa che risponde a peculiari esigenze politiche e di sicurezza e come tali estranee all'ordinamento comunitario.

La divergenza tra i casi *Kreil* e *Dory* non sorprende. E' evidente che nel secondo caso l'affermazione della discriminazione avrebbe determinato un *vulnus* decisivo della organizzazione militare della RFT, nell'altro invece si otteneva solo una maggiore disponibilità di reclute, ferma restando poi la valutazione di attitudine. Lo stesso vale con riguardo alla soluzione data al caso "*Sirdar*"⁵³, in cui la Corte di Giustizia ha considerato non

⁵² Corte Giust. 11 marzo 2003, *Dory c. Repubblica federale di Germania*, C-186/01.

⁵³ Corte Giust. 26 ottobre 1999, *Sirdar c. The Army Board Secretary of State for Defence*, C-273/97.

discriminatorio il diniego di accesso di un donna al corpo dei *Royal Marines*, per di più con funzioni di cuoco. La Corte si è basata peraltro sul carattere “specialissimo” di tale corpo, talché tutti i militari devono essere in grado di svolgere pericolose missioni in prima linea. La discriminazione è stata quindi giustificata in base alle particolari attitudini richieste ai *marines*: attitudini che hanno fatto aggio sul divieto di discriminazione (si trattava cioè di una discriminazione ragionevole).

Da questa rassegna emerge con chiarezza come la Corte, nella dialettica tra principi fondamentali del diritto comunitario (ivi compresi i diritti espressione di tradizioni costituzionali comuni), e disposizioni costituzionali degli Stati, svolge un bilanciamento secondo i criteri già ricordati della proporzionalità e dell’interesse della Comunità. Tuttavia, se l’applicazione delle norme comunitarie pregiudica diritti garantiti in via peculiare dalla Costituzione nazionale, essa tende a far prevalere quest’ultimi, con il risultato che la normativa comunitaria può avere estensione diversa (o meglio, non trova applicazione in determinati Stati) proprio in virtù delle specifiche discipline costituzionali.

La controprova di questa regola potrà essere offerta da eventuali sviluppi del caso “*Horse Racing*” in tema di banche dati. Con una recente pronuncia⁵⁴ la Corte ha affermato che «le operazioni di estrazione, ossia il trasferimento del contenuto di una banca di dati su un altro supporto e le operazioni di reimpiego, ossia la messa a disposizione del pubblico del contenuto di una banca di dati, che riguardano la totalità o una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati richiedono l’autorizzazione del costituente della banca di dati, anche se quest’ultimo ha reso la sua banca di dati accessibile in tutto o in parte al pubblico o ha autorizzato uno o alcuni terzi determinati a diffondere questa tra il pubblico». Si tratta di una decisione improntata alla tutela dell’iniziativa economica, in quanto privilegia l’investimento imprenditoriale. Essa peraltro è stata pronunciata con riguardo all’ordinamento britannico. Con riguardo al nostro ordinamento una soluzione del genere pone problemi di compatibilità con l’art. 9 Cost., che fonda la tutela del diritto d’autore classico. Infatti la privativa concessa ai costitutori delle banche dati frutto di investimento potrebbe impedire l’accesso ai *building blocks of knowledge*, o comunque costituire monopoli su elementi indispensabili per la stessa ricerca di base,

⁵⁴ Corte Giust. 9 novembre 2004, *The British Horseracing Ltd e a. c. William Hill Organisation Ltd*, C-203/02.

umentandone sensibilmente il costo d'accesso: circostanza dalla quale si ricava che il diritto *sui generis* del costituente di banche dati possa andare a confliggere con la previsione dell'art. 9 Cost. e costituire altresì un impedimento per il (libero) sviluppo della scienza e dell'istruzione (v. art. 33 Cost.).

6) L'effetto estensivo delle garanzie costituzionali.

La lettura della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di diritti fondamentali secondo le tradizioni costituzionali comuni in chiave di bilanciamento e proporzionalità nella contrapposizione con le garanzie di cui alle costituzioni nazionali è tuttavia riduttiva o comunque non è tale da spiegarne la portata pregnante. La Corte di Giustizia infatti non si limita ad affermare la prevalenza dei diritti fondamentali nei confronti del diritto comunitario e di quello degli Stati, s'intende con i temperamenti e i limiti sopra ricordati, ma ha contribuito in maniera quanto mai rilevante alla elevazione dello *standard* di protezione e quindi alla estensione del contenuto di tali diritti, e di riflesso, al "piegarsi" del diritto interno a quello comunitario, e quindi al formarsi di un diritto sempre più comune⁵⁵. A ciò contribuisce il fatto che i principi generali, elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, hanno una duttilità e una capacità pervasiva che si prestano a innervare larghi strati dell'ordinamento, anche al di là dei confini dell'attuazione comunitaria. Si pensi ad es. ai diritti della difesa, alla riservatezza, alla certezza del diritto, al giusto procedimento, al rispetto dei diritti quesiti, alla buona fede, al legittimo affidamento, alla proporzionalità. Essi "piegano" nelle loro direzioni l'ordinamento interno, e così arricchiscono viepiù il contenuto e la portata dei diritti, a qualunque materia appartengano. Si verifica cioè, anche nel campo dei diritti fondamentali, quel fenomeno definito dalla dottrina come «*spill over*

⁵⁵ V. in proposito le riflessioni di M. FIORAVANTI, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età delle Costituzioni*, Bologna, 2000, 65: «Per questa via (progressiva generalizzazione ed assimilazione delle soluzioni offerte dalla complessa pratica del diritto comunitario, fatto anche di una decisiva componente di carattere giurisprudenziale), le comunità civili e politiche europee si troveranno di fatto ad usare un diritto sempre più comune, che produrrà principi sempre più comuni, e l'insieme di questi principi sarà ad un certo punto avvertibile e generalmente riconoscibile nel senso di una legge fondamentale europea, di una Costituzione europea».

*effect»*⁵⁶, che porta ad estendere l'ambito di efficacia del diritto comunitario ben oltre i limiti disegnati dal principio delle competenze di attribuzione e dal principio di sussidiarietà. Questo anche perché la naturale "superiorità" della normativa comunitaria rispetto alla legge ordinaria, nonché la conformazione della stessa secondo uno schema "ordinato" (direi codicistico) inducono l'interprete a ravvisarvi sovente principi generali, che tendono a proiettarsi al di fuori di tali materie (es.: in materia di diritto comunitario degli appalti sono frequenti i principi "esportati" anche per i contratti "sottosoglia" o per altre categorie di contratti⁵⁷). In sostanza facendo leva sull'effetto utile e sul principio di non discriminazione, nonché sulla tendenza (che ha molti punti di contatto con l'esperienza del nostro Consiglio di Stato, come è logico che sia, trattandosi in entrambi i casi di giurisprudenza largamente pretoria) a ricavare principi da leggi "forti" dell'ordinamento comunitario, la Corte ha indubbiamente incrementato le garanzie interne degli ordinamenti nazionali, contribuendo così, tra l'altro, ad elevare lo *standard* di protezione rappresentato dalle tradizioni costituzionali comuni. Il processo di circolarità e di osmosi tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni fa sì che garanzie introdotte in funzione dell'effetto utile passano poi al diritto interno e, dunque, si pongono a tutela anche di situazioni soggettive non comunitarie.

Nel diritto amministrativo, del resto, v'è la espressa previsione dell'art. 1, co. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 (modificato dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15), secondo cui l'attività amministrativa è retta dai principi dell'ordinamento comunitario. Parimenti rilevante la previsione dell'art. 2 della l. 10 ottobre 1990, ai sensi del quale l'interpretazione delle norme in materia di intese restrittive, abuso di posizione dominante, concentrazioni, viene effettuato in base a principi dell'ordinamento della Comunità Europea in materia di disciplina della concorrenza. Di talché tutta la materia della concorrenza anche interna è ora regolata da principi comunitari, e non a caso la giurisprudenza nazionale si rifà di continuo ai precedenti della Corte di Giustizia. E' convenzione acquisita quella per cui l'ordinamento

⁵⁶ Su cui v. da ultimo D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, spec. 851 ss.

⁵⁷ V. ad es. Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2005, n. 5194, secondo cui il principio dell'«avvalimento», stabilito dalle direttive comunitarie in materia di contratti pubblici, ha carattere generale.

comunitario che si è formato sulla base delle tradizioni comuni dei diritti nazionali a sua volta «penetra in quelli nazionali»⁵⁸. Ed è ovvio che questo da vita non solo ad un inarrestabile processo di progressivo ravvicinamento, ma anche di elevazione degli *standards* di tutela. Al punto che l'evoluzione del diritto comunitario viene considerato come parametro per valutare la costituzionalità (o, *rectius*, l'armonia con la Costituzione) di disposizioni di statuti regionali: ed infatti la Corte Costituzionale⁵⁹ ha affermato che «la disposizione che stabilisce il diritto di accesso, senza obbligo di motivazione, ai documenti amministrativi si conforma al principio costituzionale di equità e di trasparenza dell'azione amministrativa ed è altresì coerente con gli sviluppi del diritto comunitario».

Né queste considerazioni sono contraddette dal fatto che la tutela della situazione soggettiva non sempre rileva come tale, quanto come strumento per garantire l'effettiva applicazione del diritto comunitario negli Stati membri, ovvero il c.d. "effetto utile". Il quale sarebbe gravemente compromesso se il singolo si trovasse ad esercitare il diritto conferitogli dalla normativa comunitaria in condizioni più svantaggiose rispetto a situazioni soggettive di rilievo nazionale, o se gli fosse addirittura resa impossibile, o oltremodo difficile, la realizzazione della sua pretesa fondata sul diritto comunitario. Ad. es. nel caso "*Francovich*"⁶⁰ si legge che: «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe inficiata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro»; dunque si afferma con vigore la tutela giurisdizionale degli individui, ma si aggiunge: «l'obbligo degli Stati membri di risarcire tali danni trova il suo fondamento anche nell'art. 5 del Trattato, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario. Orbene, tra questi obblighi si trova anche

⁵⁸ Così S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 71 ss.. Ma v. comunque, in proposito, tutto il volume di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2° ed., Milano, 2004.

⁵⁹ V. la sentenza 2 dicembre 2004, n. 374.

⁶⁰ Corte Giust. 19 novembre 1991, *Francovich c. Repubblica Italiana*, cause riunite C-6/90 e C-9/90.

quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario». E ancora: «qualora, come nel caso di specie, uno Stato membro violi l'obbligo, ad esso incombente in forza dell'art. 189, 3 comma, del Trattato, di prendere tutti i provvedimenti necessari a conseguire il risultato prescritto da una direttiva, la piena efficacia di questa norma di diritto comunitario esige che sia riconosciuto un diritto a risarcimento ove ricorrano tre condizioni». Con il che la responsabilità viene a configurarsi come una sanzione contro lo Stato che tiene un comportamento anticomunitario. Ciò è tanto vero che talvolta l'effetto utile ha determinato l'abbassamento del livello di protezione: così nel caso "*Tafelwein*"⁶¹ quando si è considerata ostativa alla azione comunitaria la sospensione cautelare automatica del provvedimento impugnato prevista dal diritto tedesco.

Ma non dobbiamo enfatizzare troppo tale natura riflessa delle garanzie dovendo guardare, come del resto vedremo con riguardo ai diritti sociali, alla sostanza delle cose. L'effetto utile è sì un vettore, ma non l'unico: dopotutto l'art. 6 T.U.E. richiama i principi generali del diritto comunitario (non discriminazione, affidamento, ecc.), tra cui i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e i diritti garantiti dalla Cedu, e la Carta di Nizza contiene un catalogo di diritti la cui portata, almeno sul piano ermeneutico, è fuori discussione.

Come pure non va enfatizzato il rilievo per cui la tutela della Corte di Giustizia ha carattere soprattutto funzionale rispetto agli altri obiettivi propri dei Trattati (che sono diretti alla creazione di uno spazio giuridico o economico e di un mercato unico)⁶². Non solo perché ciò che rileva sono i risultati in senso garantistico, più che il relativo percorso che conduce a tali risultati, ma anche perché la implementazione di compiti della Unione ridimensiona gli obiettivi meramente economici, come del resto è dimostrato dalla più recente giurisprudenza che dà rilievo primario alla

⁶¹ Corte Giust. 10 luglio 1990, *Tafelwein c. Commissione*, C-217/88; ma v. anche la sentenza 20 marzo 1997, *Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland*, C-24/95, in cui sono state ritenute inapplicabili le regole vigenti in Germania a tutela dell'affidamento, a fronte del recupero di aiuti pubblici illegittimi.

⁶² Così R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 278 ss.

Cedu⁶³. Il che risulta dall'indubbio cammino evolutivo verso un rafforzamento ed una espansione del diritto cui la Corte di Giustizia ha dato luogo⁶⁴.

7) Esempio di “addizioni” alle garanzie costituzionali della Corte di Giustizia: con riguardo alle garanzie “amministrative”.

Manca ancora una ricerca comparativa a tutto tondo sulle “addizionali” di garanzia, ordinamento per ordinamento. In attesa di essa è però possibile utilmente far riferimento al nostro ordinamento. Notissime sono le “migliorie” indotte ai fini della tutela giurisdizionale. Il diritto alla tutela giurisdizionale piena ed effettiva ricavato dagli artt. 6 e 13 della Cedu, ha nel tempo acquisito una portata tale da ricondurre la “effettività” a presidio e a motore di sviluppo del sistema giuridico comunitario complessivamente considerato. Sotto il profilo processuale basta ricordare la tutela cautelare *ante causam*, nel processo amministrativo la tutela cautelare sempre nel processo amministrativo, che si esprime attraverso misure positive-conformative, l'espansione dei poteri d'ufficio del giudice (quando è in gioco la prevalenza del diritto comunitario), e dunque il potere di disapplicazione⁶⁵, lo scrutinio stretto cui sono sottoposte le presunzioni o le limitazioni alle prove⁶⁶, la verifica di ragionevolezza dei termini di

⁶³ Intendo riferirmi alla sentenza della Corte di Giust. 11 luglio 2002, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, C-60/00, la quale, risolvendo un caso riguardante l'ambito di applicazione dell'art. 49 del Trattato rispetto all'art. 8 della Cedu, ha osservato che la disposizione comunitaria va interpretata «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare» (per un'attenta analisi della sentenza *Carpenter*, cfr. S. ACIERNO, *La sentenza Carpenter: i diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2002, 653 ss.). La Corte con questo inciso sembrerebbe porre i diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti dalla Cedu ad un livello superiore addirittura al Trattato (tanto che le disposizioni di quest'ultimo sono soggette ad una sorta di *interpretazione conforme* rispetto alla Cedu). Ciò è una chiara novità rispetto alle originarie posizioni della Corte, che ha sempre sottolineato l'indipendenza dei due sistemi di tutela e soprattutto l'impossibilità di far assurgere la Cedu a parametro di valutazione della legittimità delle norme del diritto comunitario.

⁶⁴ Anche su questo profilo le indicazioni dottrinarie, a loro volta suffragate da rassegne giurisprudenziali, sono innumerevoli: v. in particolare le opere citate alle note 3 e 7.

⁶⁵ Corte Giust. 27 febbraio 2003, *Santex Spa c. Unità Socio sanitaria locale n. 42 di Pavia* C-327/00.

⁶⁶ Corte Giust. 9 dicembre 2003, *Commissione c. Repubblica italiana*, C-129/00.

prescrizione e decadenza⁶⁷. Sotto il profilo sostanziale: la responsabilità del legislatore degli Stati membri per mancata attuazione di direttive; la responsabilità civile per violazione di posizioni giuridiche individuali tutelate dalla normativa comunitaria (anche se nel nostro ordinamento qualificate come interessi legittimi); la non ragionevolezza di una disciplina nazionale che, in via generale, limita il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni escludendo, ad es., il lucro cessante, il principio per cui le condizioni fissate dalle norme nazionali in materia di risarcimento dei danni non devono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento, il contrasto con il principio di effettività dell'onere di provare la spettanza del bene della vita⁶⁸, l'assunzione come testimoni anche di bambini, in caso di maltrattamenti, in sede di incidente probatorio, in attuazione di una decisione quadro (adottata dall'U.E. nell'ambito del 3° pilastro). E ancora: una recente sentenza ha affermato il principio dell'intangibilità del diritto del terzo trasportato a essere risarcito dalla compagnia che assicura il veicolo per la RC auto dei danni derivatigli da un sinistro di cui si sia reso responsabile il conducente di quel veicolo⁶⁹. E per quanto l'ordinamento

⁶⁷ V. diffusamente su questi profili G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001; v. anche, in sintesi, G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 1999, La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno Nazionale, Perugia 7-8-9 ottobre 1999, Padova, 2000, 311 ss. Con riguardo al processo amministrativo, v. ora D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1 ss.

⁶⁸ V. in tal senso le conclusioni dell'Avvocato Generale in Corte Giust. 19 giugno 2003, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) e Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, C-315/01, su cui v. A. BARTOLINI, *Giudice amministrativo e standard comunitario di risarcibilità*, in G.D. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 354 ss.

⁶⁹ Corte Giust. 30 giugno 2005, *Katja Candolin e.a. c. Vahinkovakuutusosakeyhtiö Pohjola e Jarno Ruokoranta*, C-537/03. Nella specie un giudice finlandese, in applicazione del diritto di quel Paese, ha negato il risarcimento del danno alle vittime di un sinistro, trasportate sul veicolo coinvolto, perché avevano con colpa accettato di viaggiare su un mezzo condotto da un ubriaco, essendo anch'essi ubriachi. Il giudice di legittimità finlandese aveva sottoposto alla Corte l'esame della compatibilità con il diritto comunitario della norma che escludeva i benefici dell'assicurazione per i trasportati che avessero concorso alla produzione dell'evento e la Corte ha dichiarato

italiano non contenga norme analoghe a quelle censurate dalla Corte, ed anzi preveda espressamente l'inopponibilità al danneggiato di clausole contrattuali che limitino la garanzia assicurativa, tale sentenza potrebbe avere rilevanti effetti anche nel nostro ordinamento, nella parte in cui esclude l'opponibilità al terzo trasportato della colpa di costui: tale principio potrebbe far ritenere non coerente con il diritto comunitario l'art. 1227 cod. civ. e l'applicazione che di esso fa la giurisprudenza con riferimento al concorso di colpa della vittima nel caso di omesso uso delle cinture di sicurezza.

In sostanza si è avuta una progressiva elevazione dello *standard* di tutela giurisdizionale, anche attraverso l'introduzione nei sistemi nazionali di rimedi nuovi o comunque più efficaci, tali da inverare il diritto alla tutela piena ed effettiva⁷⁰.

Altrettanto numerose e rilevanti sono le ipotesi di arricchimento nei diritti degli amministrati verso la p.a. in virtù del diritto comunitario⁷¹; diritti che nel nostro ordinamento hanno fondamento negli artt. 28 e 97 Cost., e che hanno ora un riconoscimento indiretto nell'art. 117, co. 2, lett. m, Cost., laddove si parla di «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Formula nella quale si ricomprendono anche tutte le prestazioni attinenti ai servizi burocratici o amministrativi diretti a rendere effettivo il diritto (sociale o civile che sia) alle relative prestazioni a favore dei cittadini utenti. E' appena il caso di osservare che per "servizi" si intendono anche i

che il diritto comunitario non consente di escludere i benefici dell'assicurazione RCA per i terzi trasportati, nemmeno se questi siano proprietari del veicolo o se abbiano concorso a causare colposamente il sinistro.

⁷⁰ In particolare, v. quanto già osservava G. GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 85 ss., circa l'«effetto giuridico indotto» della normativa comunitaria (88 ss.); sull'argomento cfr. anche le osservazioni svolte da R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano, 1997, e da ultimo, G.D. FALCON, *Provvedimento, diritto amministrativo e tutela giurisdizionale nel sistema comunitario*, in G. GUZZETTA (a cura di), *Le forme dell'azione amministrativa nella prospettiva della Costituzione europea*, Padova, 2005, 91 ss.

⁷¹ V., sul punto, gli atti del Convegno "Attività amministrativa e tutela degli interessati". *L'influenza del diritto comunitario*, *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1997.

procedimenti amministrativi oggetto di interessi pretensivi, o comunque idonei ad attribuire i beni della vita cui hanno diritto i singoli⁷². Ed infatti in dottrina si fanno come esempi di prestazioni *ex art. 117, co. 3, lett. m)* gli obblighi relativi al termine massimo entro cui deve essere portato a conoscenza dell'interessato il provvedimento (positivo o negativo, espresso o tacito) che questi ha diritto di ottenere e anche quelli riconducibili alla c.d. semplificazione amministrativa. In altre parole, il termine «prestazioni» va interpretato nel senso di attività svolta dai pubblici uffici a favore dei cittadini anche attraverso una attività procedimentalizzata. E d'altra parte non v'è dubbio in ordine al “tono costituzionale” della garanzie relative ai rapporti con la p.a. Garanzie che sono e sono state oggetto di irrobustimento proprio sotto l'impulso del diritto comunitario.

A parte il principio dell'affidamento, la cui lievitazione nel nostro ordinamento (anche nei confronti degli atti legislativi) è dovuta in massima parte ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia, si pensi:

a) al diritto al contraddittorio, ovvero il diritto ad essere ascoltato e, nella fattispecie, al diritto a far conoscere il proprio punto di vista, in modo efficace, su fatti, circostanze e documenti in base ai quali il procedimento viene ad essere adottato⁷³. Da rilevare che la giurisprudenza si è formata sul Regolamento del Consiglio n. 11 del 6 febbraio 1962 (relativo all'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato - ora artt. 81 e 82 - comunemente chiamato regolamento “concorrenza”), nel quadro cioè di una disciplina “forte” all'interno del sistema comunitario, e di lì si è protesa

⁷² V., in tale senso, D. SORACE, *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del titolo V della Costituzione. Prime considerazioni*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2002*, Milano, 2003, 27 ss.; ma v. anche sul punto le notevoli riflessioni di M. OCCHIENA, *Il procedimento*, in A. CROSETTI-F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002, 187 ss., nonché di P. PAOLA, *La partecipazione*, *ivi*, 237 ss. Più in generale, sulla nozione di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, v. invece C. PINELLI, *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, 2° comma, lett. m. Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 881 ss.; L. PRINCIPATO, *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2002, 1169 ss.; L. TORCHIA, *Sistemi di «welfare» e federalismo*, in *Quad. cost.*, 2002, spec. 734 ss.; V. MOLASCHI, *Sulla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»: riflessioni sulla vis expansiva di una «materia»*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, 523 ss.

⁷³ Corte Giust. 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche*, C-85/76.

verso altre materie. E' interessante notare che secondo la Corte si tratta di una espressione del diritto di difesa e come tale riconducibile nel novero dei *principi fondamentali del diritto comunitario*. In questa chiave, di riconduzione – nel nostro glossario – all'art. 24 e non solo all'art. 97, si potrebbe pensare ad una forza sovralegislativa del principio *de quo* (che invece secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha valore di principio generale, come tale derogabile dalla legge ordinaria). La lettura più intensa in sede comunitaria al principio del giusto procedimento trova riscontro in due recentissime sentenze del Tribunale di primo grado relative al sequestro di beni e, in genere, di misure restrittive di capitali a società e a persone fisiche ritenute collegate ad organizzazioni terroristiche facenti capo ad Osama Bin Laden e ad Al Qaeda. Questo perché tali decisioni aprono la strada del contraddittorio e quindi all'*audi alteram partem* anche nei confronti della legge provvedimento⁷⁴. Infatti in esse si afferma che se da un lato la giurisprudenza in materia di diritto al contraddittorio non può essere estesa alle procedure legislative comunitarie, che culminano nell'adozione di provvedimenti normativi che implicano scelte di politica economica e si applicano alla generalità degli operatori interessati⁷⁵, dall'altro tuttavia si mette in luce come nella fattispecie il regolamento impugnato non avesse natura esclusivamente normativa. Questo perché, pur applicandosi alla generalità degli operatori economici interessati, esso riguarda direttamente ed individualmente i ricorrenti, che sono indicati per nome come destinatari delle sanzioni, di talché – ha osservato il Tribunale – la giurisprudenza dianzi ricordata «non è pertinente». E' vero che alla fine per altre ragioni (sostanzialmente per assenza di discrezionalità nell'adozione di tali misure) si è escluso l'obbligo di contraddittorio: ma l'obiter dictum è suscettibile di muovere le consolidate (e contestate) letture in tema di legge provvedimento⁷⁶ e relativa tutela

⁷⁴ V. Trib. primo grado, 21 settembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf*, T-306/01 e Trib. primo grado, 21 settembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi*, T-315/01.

⁷⁵ V. in tal senso Trib. primo grado, 11 dicembre 1996, *Atlanta et a. c. CE*, T-521/93, punto 70, confermata con sentenza della Corte di Giust. 14 ottobre 1999, *Atlanta/Comunità europea*, C-104/97P, punti 31-38.

⁷⁶ Su cui v., da ultimo, F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge-provvedimento e «violazione di legge»*, in *Leggi in sostituzione di atto amministrativo*, Atti del XLVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-23 settembre 2000, Milano, 2001, 103 ss. e per una sintesi della problematica, F. SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998, 23 ss. Sul punto sia consentito rinviare a G. MORBIDELLI, voce *Piano territoriale*, in

endoprocedimentale e giurisdizionale. Se infatti si guarda alla sostanza, e non alla forma, secondo un consolidato criterio interpretativo tipico delle Corti comunitarie, l'atto pur formalmente normativo, laddove anziché «prevedere», giunge a «provvedere» dovrà essere soggetto al regime tipico dei provvedimenti;

b) al diritto al termine ragionevole nell'adozione di decisioni a conclusione di procedimenti amministrativi⁷⁷. Il principio di non discriminazione e di riflesso quello di buona amministrazione impongono all'amministrazione comunitaria di evitare ritardi ingiustificati e di garantire che ciascuna fase del procedimento venga conclusa entro un termine ragionevole⁷⁸. E' vero che, a differenza di quanto prevede la legge 7 agosto 1990, n. 241, non v'è un termine generale stabilito *ex ante*, sicché la ragionevolezza è rimessa alla valutazione caso per caso. Però tale principio potrebbe indurre a rimeditare, prima nei confronti di atti amministrativi in esecuzione di atti comunitari, poi nei confronti degli altri (per non evitare discriminazioni), il principio affermato molto recentemente dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷⁹, secondo cui a fronte di interessi pretensivi il ritardo determina conseguenze risarcitorie a carico dell'amministrazione solo quando tale interesse pretensivo sia suscettibile di espansione positiva. In altri termini, la responsabilità si forma solo quando la mancata emanazione

Enc. dir., vol. XXXIII, Milano, 1983, 720 ss. Nel senso che le limitazioni alla tutela giurisdizionale avverso la legge provvedimento, che la giurisprudenza costituzionale ha di solito condiviso, sono ancora passibili di rivisitazione alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale così come inteso nel diritto comunitario, v. F. SORRENTINO, *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, 154 ss., nonché F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*, 146 ss.

⁷⁷ Trib. primo grado, 22 ottobre 1997, *SCK et FNK c. Commissione*, in cause riunite T-213/95 e T-18/96, punti 56 ss.; Corte Giust. 15 luglio 2004, *Regno di Spagna c. Commissione*, C-501/00, punto 57.

⁷⁸ La giurisprudenza è costante nell'affermare, a proposito ad es. delle decisioni della Commissione in materia di concorrenza che la «... decisione definitiva della Commissione deve, in conformità ai principi di buona amministrazione, essere emanata entro un termine ragionevole a decorrere dalla ricezione delle osservazioni del denunciante»: v. ad es. Trib. primo grado, 22 ottobre 1997, cause riunite T-213/95 e T-18/96, punto 55 ss.; *SCK et FNK c. Commissione*; Trib. primo grado, 7 ottobre 1999, *Irish Sugar c. Commissione*, T-228/97, punto 276.

⁷⁹ V. la sentenza 15 settembre 2005, n. 7.

o il ritardo riguarda l'adozione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (suscettibile di appagare un "bene della vita"). Non v'è dubbio invece che il ritardo incide comunque sulla iniziativa economica e sulla sua programmazione, impedendo quantomeno altre iniziative⁸⁰;

c) al fatto che la revoca di atti individuali illegittimi sia possibile entro un termine ragionevole e tenuto conto del legittimo affidamento maturato dal destinatario;

d) all'obbligo di autotutela (caso *Kühne & Heitz*, più noto come "cosce di pollo")⁸¹ invero collegato, oltre che alla violazione delle norme comunitarie, a tassative condizioni (comunque si è rotto il muro della discrezionalità di tali misure e anche della preclusione del giudicato);

e) allo *sfavor* verso il silenzio-assenso in quanto ostativo ad una istruttoria garante sia dei diritti degli amministrati che del buon andamento. Il caso concreto (che conviene richiamare per maggiore chiarezza) riguardava la compatibilità tra l'allora vigente legge 10 maggio 1976, n. 319, c.d. "legge Merli", per la quale l'autorizzazione provvisoria agli scarichi poteva formarsi anche tacitamente, e la direttiva del Consiglio 80/68/CEE del 17 dicembre 1979, concernente la protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose. La Corte di giustizia⁸², esaminando la questione ebbe ad osservare che ai sensi di tale direttiva «il rifiuto, la concessione o la revoca delle autorizzazioni devono risultare da un provvedimento esplicito e seguire regole procedurali precise, nelle quali venga rispettato un determinato numero di condizioni necessarie, dalle quali sorgono diritti ed obblighi in capo ai singoli. Ne consegue che un'autorizzazione tacita non può considerarsi compatibile con le prescrizioni della direttiva, tanto più che, come la Commissione ha

⁸⁰ V. sul punto M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo*, in *Tempo, spazio e certezza nell'azione amministrativa*, in *Atti del XLVII Convegno di studi e scienza dell'Amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 19-21 settembre 2002, Milano, 2003, 92 ss. Sul tema, anche con riguardo alle modifiche introdotte dalla l. 80/2005, v. ora R. GIOVAGNOLI, *Il tempo dell'azione amministrativa*, in F. CARINGELLA-D.DE CAROLIS-G. DE MARZO, *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo la legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, I, Milano, 2005, 244 ss.

⁸¹ Corte Giust. 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, C-453/04.

⁸² V. Corte Giust. 28 febbraio 1991, *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-360/87, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 241 ss.

osservato, una siffatta autorizzazione non consente la realizzazione di indagini preliminari, né di indagini successive e di controlli». Come è stato rilevato dalla dottrina, la sentenza ha un significato generale travalicante il caso della direttiva sulle acque sotterranee, in quanto pone in crisi il criterio di prevedere il silenzio-assenso quale possibile istituto per la conclusione di procedimenti complessi in cui siano in gioco interessi pubblici. In altri termini, l'utilizzazione del silenzio-assenso, o «assenso decisorio» (come taluno preferisce), sarà possibile alla condizione che sia comunque preceduto da un procedimento il quale consenta tutte le indagini e i controlli necessari e che ponga in grado anche i terzi controinteressati di poter manifestare il loro punto di vista⁸³. Tra l'altro tale giurisprudenza ha ora un'eco negli artt. 19 e 20, l. 241 come novellati dalla l. 15/2005 in tema di dichiarazione inizio attività (d.i.a.) e silenzio-assenso, istituti che espressamente non operano in caso di atti imposti dalla normativa comunitaria (d.i.a.) e laddove tale normativa imponga l'adozione di provvedimenti amministrativi formali (silenzio-assenso)⁸⁴.

8) Altre ipotesi di addizioni di garanzie costituzionali.

Il processo di conformazione «estensiva» dei diritti fondamentali (o anche della loro enucleazione) è comunque continuo e variegato, al punto che costituisce uno degli aspetti più rilevanti del processo di integrazione europea⁸⁵. Ad es. con riguardo alla dignità umana, sovente oggetto di

⁸³ Cfr. M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 815 ss. Lo stesso M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 433-434, sembra però orientato a ridurre la portata di tale precedente, in quanto esso non teneva conto (né lo poteva) «delle più raffinate forme di silenzio-assenso» previsto da leggi nazionali recenti, come la l. 241. Per il vero non si vede in cosa consista la raffinatezza della l. 241 (perlomeno sotto tale profilo), e comunque la sua diversità rispetto alla situazione di cui al testo: in entrambi i casi l'istruttoria è del tutto facoltativa, sicché il silenzio-assenso non garantisce adeguati accertamenti da parte della p.a.

⁸⁴ La Corte di Giustizia (v. la sentenza 21 aprile 2005 in C-186/04) ritiene invece che la previsione legislativa di ipotesi di silenzio rigetto sia coerente con la effettività della tutela giurisdizionale: del resto il Trattato CE conosce l'istituto del ricorso in «carezza», che infatti investe le omissioni a provvedere: v. art. 232.

⁸⁵ V. in tal senso già A. TIZZANO, *La Corte di giustizia delle comunità europee*, Napoli, 1967 spec. 11 ss.; Id., *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'unione europea*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 1455 ss.; P. MENGOZZI, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in

tutela⁸⁶, si è osservato che essa ricomprende la non brevettabilità dei procedimenti di clonazione degli essere umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica personale dell'essere umano, la utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o di commercio⁸⁷. Mentre il diritto alla tutela della sfera privata richiede di rispettare il rifiuto dell'interessato a dare notizie del proprio stato di salute⁸⁸. La libertà religiosa ricomprende anche il principio per cui, nel caso che il relativo precetto religioso venga tempestivamente comunicato agli organi gestori della procedura, le date dei concorsi devono essere stabilite in modo che tutti i candidati possano presentarsi senza venir meno ai precetti della loro fede religiosa⁸⁹.

In altri casi si è data una lettura forte del diritto alla tutela della vita familiare⁹⁰. Altre volte ancora sono state oggetto di tutela la libertà di associazione⁹¹, la tutela della sfera privata⁹², la libertà professionale⁹³, la libertà di opinione e di stampa⁹⁴, oppure si è affermata la presunzione di innocenza⁹⁵. Significativa è poi la tendenza a diffondere garanzie al di là dei confini di materia per cui sono state introdotte: emblematico è il principio di precauzione, che è principio fondamentale della politica ambientale (art. 174 Trattato CE), ma che viene ritenuto applicabile anche

Riv. dir. eur., 1992, 511 ss.; G.F. MANCINI, *Il contributo della Corte di giustizia allo sviluppo della democrazia nella comunità*, *ivi*, 713 ss. Con specifico riferimento all'incidenza del ruolo della Corte di giustizia sul processo di formazione di una "costituzione europea", cfr. ancora G.F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Revue*, 1989, 595 ss.; nonché S. CASSESE, *La Costituzione europea?*, in *Quad. cost.*, 2000, 80 ss.

⁸⁶ Corte Giust. 3 luglio 1974, *Casagrande*, C-9/74.

⁸⁷ Corte Giust. 9 ottobre 2001, *Paesi bassi c. Parlamento/Consiglio europeo*, C-377/98.

⁸⁸ Corte Giust. 5 ottobre 1994, *X c. Commissione*, C-404/92, punti 17 e 23.

⁸⁹ Corte Giust. 27 ottobre 1976, *Vivien Prais c. Consiglio europeo*, C-130/75, punti 8-10, 16 e 18.

⁹⁰ Corte Giust. 29 aprile 2004, *Orfanopoulos/Oliveri*, cause riunite C-482/01 e C-493/01.

⁹¹ Corte Giust. 8 ottobre 1974, *Federazione sindacale c. Denise Massa et al.*, C-175/73.

⁹² Corte Giust. 26 giugno 1980, *National Panasonic c. Commissione*, C-136/79.

⁹³ Corte Giust. 13 dicembre 1979, *Hauer c. Commissione*, C-44/79.

⁹⁴ Corte Giust. 13 dicembre 1984, *Usinor c. Commissione*, C-78/83.

⁹⁵ Corte Giust. 8 luglio 1999, *Montecatini c. Commissione*, C-235/92.

ad altre materie di interesse comunitario e, in particolare, alla tutela della salute e dei consumatori⁹⁶.

Tale *vis* espansiva dei diritti è a sua volta indotta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, i cui risultati in punto di garanzia vanno a far parte dell'*acquis communautaire* relativo alle caratteristiche dei diritti medesimi⁹⁷. Ad esempio il diritto di proprietà viene inteso in senso lato, ben al di là del tradizionale diritto reale, se si considera che tale Corte ha incluso nel perimetro di tale diritto l'interesse al mantenimento di una licenza amministrativa⁹⁸, i diritti di credito⁹⁹, il diritto a non essere oggetto di misure di boicottaggio¹⁰⁰.

Inoltre la Corte dei diritti dell'uomo fa rientrare nell'alveo dell'art. 8 della Convenzione non solo il diritto a non subire violazioni "concrete e fisiche" della propria vita privata, ma anche il diritto a vivere al riparo da interferenze ambientali di tipo ostile, ad esempio, inquinamento acustico, emissioni di gas nocivo, odori sgradevoli¹⁰¹. Essa ha anche affermato che lo

⁹⁶ Cfr. Corte Giust., 5 maggio 1998, *The Queen/Ministry of agriculture e a.*, C-157/96; Corte Giust. 5 maggio 1998, *Regno unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord/Commissione*, C-180/96

⁹⁷ V. sul punto, in particolare, G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Associazione Italiana dei costituzionalisti, Annuario, 1999, La Costituzione europea, Atti del XIV Convegno Annuale*, Perugia, 7-8-9- ottobre 1999, Padova, 2000, 309 ss.

⁹⁸ Corte europea diritti dell'uomo 7 luglio 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Svezia*, avente ad oggetto la revoca ad un ristorante dell'autorizzazione a vendere alcolici; Corte europea diritti dell'uomo 18 febbraio 1991, *Fredin c. Svezia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, 502 ss., relativa alla revoca di un'autorizzazione allo sfruttamento di una cava; Corte europea diritti dell'uomo 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments c. Ireland*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, 373 ss. sulla revoca di una licenza edilizia.

⁹⁹ Corte europea diritti dell'uomo 9 dicembre 1994, *Stran Greek Refinerie v. Greece*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, 151 ss. e Corte europea diritti dell'uomo 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA c. Belgio*, entrambe relative a pretese risarcitorie verso lo Stato.

¹⁰⁰ Corte europea diritti dell'uomo 25 aprile 1996, *Gustafsson c. Svezia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, 476 ss.; Corte europea diritti dell'uomo 16 settembre 1996, *Matos e Silva e a. c. Portogallo*, inedita (riassunta in *Eur. Law Rev.*, 1997, 168 ss.) relativa al diritto di sfruttare e trarre profitto da alcuni terreni detenuti dai ricorrenti per anni pur in mancanza di un titolo di proprietà.

¹⁰¹ Corte europea diritti dell'uomo 16 novembre 2004, *Moreno Gómez c. Spagna*, n. 4143/02.

Stato è chiamato, in base al dettato dell'art. 8, a soddisfare le c.d. obbligazioni positive, ovvero ad assicurare l'effettivo rispetto e godimento della vita privata¹⁰², e che un provvedimento che autorizza una limitazione della libertà di domicilio non possa essere motivato in modo eccessivamente generico ma debba individuare un contenuto minimo tale da permettere al soggetto interessato di controllare che non si verifichino abusi¹⁰³.

Si tratta dunque di garanzie che vanno ben oltre le garanzie economiche originarie del Trattato di Roma, e di converso si trasformano in un «*acquis jurisprudentiel*» intangibile di rango costituzionale¹⁰⁴. Ed infatti è opinione largamente condivisa quella per cui la Carta di Nizza, a prescindere da ogni disquisizione circa la sua natura, costituisce in gran parte la presa d'atto e la razionalizzazione di un catalogo di diritti affermatosi in via giurisprudenziale¹⁰⁵, come è comprovato dal fatto che numerosi articoli della Carta sono accompagnati da note del *Presidium* nelle quali si fa espresso richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁰⁶ e soprattutto da quanto esplicito nel Preambolo, in cui si legge che essa «riafferma i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti

¹⁰² Corte europea diritti dell'uomo 12 luglio 2005, *Moldovan e altri c. Romania*, n. 41138/98 e n. 64320/01.

¹⁰³ Corte europea diritti dell'uomo 9 dicembre 2004, *Van Rossem c. Belgio*, n. 41872/98.

¹⁰⁴ Così R. CALVANO, *Verso un sistema di garanzie costituzionali dell'UE?*, in *Giur. cost.*, 2001, 220 ss.

¹⁰⁵ V. ad es. U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione*, cit., 55 ss.; F. POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, 1179 ss.; nonché F. LANCHESTER, *La carta europea dei diritti fondamentali tra aspirazioni e realtà*, in *Fondazione Lelio e Lisli Basso – Annali 2001, Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, 2002, 71 ss., secondo il quale la Carta dei diritti evidenzerebbe il «carattere di documento esplicativo di diritti già recuperabili nei Trattati e prodromo di una loro affermazione incrementale nel quadro del processo di integrazione».

¹⁰⁶ V. comunque diffusamente su questi aspetti e per una rassegna ragionata della dottrina e della giurisprudenza, G. RIVOSECCHI, *La Carta dei diritti tra codificazione sui generis e diritto previgente*, cit., 247 ss.

riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

9) Il principio di non discriminazione.

Un ulteriore strumento fonte di espansione del contenuto e del significato di diritto fondamentale è dato dal principio di non discriminazione. Principio che, pur germinato nel contesto economico e dunque in una esigenza di tutela della concorrenza e del mercato comune, si è progressivamente dilatato, sotto la spinta della Corte di Giustizia, al fine di perseguire obiettivi di progresso sociale e di miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro delle popolazioni della Comunità.

In altri termini, il divieto di discriminazione ha visto allargato il suo spazio applicativo dal piano originariamente salariale-retributivo e quindi dal piano economico, al rapporto di lavoro nella sua configurazione complessiva: accesso, formazione professionale, progressione di carriera, licenziamento, lavori atipici, nonché a quello dell'istruzione e dell'accesso a beni e servizi (tra cui l'obbligo e le altre prestazioni sociali e sanitarie) ma anche ad altri settori: come la tutela processuale (v. il notissimo caso *Bickel e Franz*¹⁰⁷, o il caso dell'obbligo di cauzione¹⁰⁸).

Così ad es. la Corte ha esteso la nozione di attività lavorativa avente carattere subordinato, e con essa le categorie di soggetti tutelati dalle garanzie lavoristiche: essa ne ha infatti ampliato i confini tradizionali facendo leva, per un verso, sul dato quantitativo delle ore lavorative e sul corrispondente profilo retributivo, per altro verso, includendo tra le attività

¹⁰⁷ Corte Giust. 24 novembre 1998, *Bickel e Franz c. Repubblica italiana*, C-274/96, su tale sentenza v. F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Giur. cost.*, 2000, 3267 ss.

¹⁰⁸ Corte Giust. 26 settembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag e Ronny Forsberg c. MSL Dynamics Ltd*, C-43/95, nella quale è stato affermato che «una norma processuale civile nazionale di uno Stato membro, che obbliga i cittadini e le persone giuridiche di un altro Stato membro, se non sono residenti, a prestare una cauzione *iudicatum solvi* quando intendono agire in giudizio contro un cittadino del primo Stato o una società ivi stabilita, rientra nella sfera di applicazione del Trattato ai sensi dell'art. 6, n. 1, ed è soggetta al generale principio di non discriminazione sancito da tale articolo qualora incida, anche indirettamente, sugli scambi intracomunitari di beni e di servizi, cosa che può verificarsi in particolare se la norma si applica nel caso di un'azione per il pagamento di merci consegnate».

lavorative subordinate altre figure atipiche, come l'attività destinata alla formazione professionale¹⁰⁹. Come pure, facendo riferimento a criteri sostanzialistici, ha definito la condizione di "familiare a carico", nel senso che si trova in tale *status* il familiare il cui sostegno è fornito dal lavoratore, indipendentemente dall'esistenza o meno di un obbligo giuridico a carico di quest'ultimo¹¹⁰.

La eguaglianza nei rapporti di lavoro ha interessato, peraltro con esplicito ed espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia, anche l'ipotesi del licenziamento di un transessuale, a motivo e per effetto del mutamento di sesso. In tale occasione, oltre a ribadire che la parità nella materia delle condizioni di lavoro è espressione del principio di eguaglianza in quanto diritto fondamentale, la Corte si è espressamente riferita al rispetto della dignità e della libertà di persona.

Con sentenza 7 gennaio 2004 in causa C-117/01¹¹¹ è stata rilevata la non conformità ai principi comunitari della legislazione nazionale (del Regno Unito) che, non riconoscendo la nuova identità sessuale dei transessuali, impedisce loro di accedere al matrimonio, cui consegue il mancato accesso per gli stessi al beneficio della pensione di reversibilità. Su questo aspetto la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato che l'impossibilità per un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del sesso al quale egli apparteneva prima dell'operazione di cambiamento di sesso, e che dipende dal fatto che, relativamente allo stato civile, essi appartengono allo stesso sesso (dato che la normativa del Regno Unito non permette il riconoscimento giuridico della sua nuova identità sessuale), costituisce una violazione del suo diritto di contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 12 della Cedu¹¹².

¹⁰⁹ Sentenza 3 giugno 1986, *Kempf*, C-139/85; sentenza 23 marzo 1982, *Levin*, C-53/81.

¹¹⁰ Sentenza 18 giugno 1987, *Centre Public d'aide sociale de Courcelles v. Lebon*, C-316/85; sentenza 27 maggio 1993, *Schmid v. Belgium State*, C-310/91.

¹¹¹ Sentenza 7 gennaio 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, C-117/01, su cui v. R. CALVANO, *Corte di giustizia, Cedu e transessualismo*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/

¹¹² V. Corte europea diritti dell'uomo, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*. Anche se - secondo la Corte di Giustizia - «la decisione di riservare determinati benefici alle coppie coniugate, escludendone tutti coloro che convivono senza essere sposati, è affidata sia alla scelta del legislatore, sia all'interpretazione effettuata dai giudici nazionali delle norme giuridiche di diritto interno, senza che un soggetto possa

Si può dire, in sostanza, che la Corte di Giustizia ha collegato al principio di non discriminazione un livello particolarmente elevato di protezione di situazioni soggettive, e precisamente di diritti fondamentali, che non vengono dedotti dalla ponderazione fra tradizioni costituzionali comuni ed obiettivi del Trattato, ma derivano in via immediatamente precettiva da questo come diritti fondamentali direttamente vigenti.

Non solo. Il principio di non discriminazione (nella sua versione del divieto di discriminazione indiretta) conduce anche alle azioni positive (*preferential treatments*) per la realizzazione delle pari opportunità attraverso la rimozione dei fattori di discriminazione. Nel noto caso *Kalanke*¹¹³, la Corte ha sostenuto la praticabilità delle azioni positive a diretta attribuzione del risultato (in questo caso l'assunzione "preferita"), in presenza di condizioni quali la sotto-rappresentazione delle donne e la parità di qualificazione dei candidati di sesso diverso. E anche se tale decisione ha suscitato non poche critiche¹¹⁴, e se talune decisioni successive rispondono a criteri più elaborati, e che si fondano su *tests* specifici¹¹⁵, confermano i principi del *favor* verso misure che non tanto attribuiscono direttamente dei risultati, ma rimuovono gli ostacoli che impediscono alle donne di conseguirli¹¹⁶ (la Corte, dunque, sembra in tal modo accogliere la

far valere alcuna discriminazione fondata sul sesso vietata dal diritto comunitario: v. la sentenza 31 maggio 2001, *Svezia c. Consiglio*, C-122/99 e C-125/99.

¹¹³ Corte Giust. 17 ottobre 1995, C-450/93: v. sul punto D. IZZI, *Orientamento sessuale del lavoratore e divieto comunitario di discriminazione in base al sesso*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 301 ss.

¹¹⁴ Per la dottrina italiana, v. P. MORI, *Quale eguaglianza? Ovvero le azioni positive davanti alla Corte di giustizia*, in *Dir. un. eur.*, 1996, 821 ss.; v. A. GARILLI, *Eguaglianza e mercato del lavoro, un equilibrio difficile*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, 473; L. RONCHETTI, *Uguaglianza sostanziale, azioni positive e Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 985 ss.

¹¹⁵ V., in particolare, Corte Giust. 11 novembre 1997, *Marshall*, C-409/95 e Corte Giust. 28 marzo 2000, *Badeck*, C-158/97.

¹¹⁶ V. in proposito per tutti S. SCARPONI, *La sentenza Marshall sui sistemi di quote: continuità e discontinuità rispetto a Kalanke*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 45 ss., secondo cui la motivazione e il dispositivo della sentenza *Marshall* «riflettono in parte una continuità rispetto alla concezione già precedentemente accolta, in parte se ne discostano, portando alla formulazione di un dispositivo che è ambivalente, potendo essere considerato quale mera applicazione dei principi già espressi in *Kalanke*, o, al contrario, un vero e proprio *revirement*»; v. inoltre L. CALAFÀ, *Le «quote condizionate» a favore delle donne al vaglio della Corte di Lussemburgo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, 215 ss.

pur non lineare distinzione tra azioni positive di tipo «diretto» ed «indiretto», indicando una preferenza per le seconde)¹¹⁷.

10) Diritti sociali.

Inutile dire che il principio di non discriminazione determina una espansione di tutela dei diritti sociali. Si è detto invero che nel sistema comunitario ciò che rileva sono gli interessi sociali presentati in forma di obiettivi (occupazione, protezione sociale, tutela dei consumatori, ecc.): sono questi l'oggetto della tutela da parte del Trattato. I diritti restano invece sullo sfondo sono cioè, solo occasionalmente, protetti o protetti di riflesso¹¹⁸. La tesi si basa sulla lettera del Trattato che impegna Comunità e Stati al perseguimento di certi *obiettivi* sociali, non al soddisfacimento dei *diritti* sociali. Essi pertanto non sarebbero il presupposto e l'obiettivo dell'azione pubblica, ma solo una conseguenza.

Secondo un criterio sostanzialistico però tali diritti ricevono tutela. E il relativo *standard*, secondo il processo di *spill over*, è diretto a trascinare oltre i confini del diritto comunitario. Del resto, anche l'espansione (o se si vuole, la identificazione di un contenuto essenziale più esteso) dei diritti tradizionali si muove – massimamente come già rilevato – in virtù dell'effetto utile. Ma questo non riduce il livello di garanzia. Basti pensare alla disciplina della protezione dei consumatori che è un obiettivo del Trattato Ce (v. in particolare art. 153), e del resto così è configurata anche nella Carta di Nizza (v. art. 38), ma che ha da tempo fatto da “lievito” per l'affermarsi di posizioni soggettive aventi lo *status* di diritti, che a loro volta possono avere natura di diritti pieni ed assoluti (ad es. le posizioni che si riconducono al diritto alla salute) e di diritti-pretesa o diritti sociali¹¹⁹.

¹¹⁷ V. in proposito le riflessioni e l'attenta analisi della casistica giurisprudenziale di F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, spec. 138 ss. V. altresì, con particolare riferimento alle azioni positive e con una ampia analisi della teoria e delle tematiche delle *affirmative actions* negli Stati Uniti, A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

¹¹⁸ M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Atti del XIV Convegno annuale della Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, su *La Costituzione europea*, Perugia 7,8,9 ottobre 1999, Padova, 2000, 507 ss.

¹¹⁹ V. in proposito, per tutti, G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, 65 ss.; per i diritti dei consumatori nell'ordinamento comunitario v. anche A. LUCARELLI,

Certo, si potrebbe dire che se gli obiettivi cambiano, anche i diritti sociali seguono analoga sorte. Ma a parte che le nostre riflessioni valgono a Trattati fermi, e soprattutto che nell'ordinamento comunitario i diritti sociali sono espressi anche in forme di diritti, e non solo di obiettivi¹²⁰, resta il fatto che già la loro dichiarazione in sede di Corte di Giustizia è suscettibile di determinarne il consolidamento e soprattutto il riflusso negli ordinamenti interni, di talché acquistano a tutti gli effetti la caratteristica di diritti sociali. Si pensi all'obbligo di garantire ai dipendenti di imprese insolventi il pagamento di crediti relativi alla loro retribuzione: è un diritto garantito da una direttiva, ma che in virtù di questa e della sua interpretazione "forte" data dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Francovich*, oggi fa parte anche dello statuto costituzionale dei diritti dei lavoratori, nel senso che gli artt. 35, 36, 38 Cost. devono essere interpretati come contenenti anche tale forma di tutela.

11) Verso un catalogo completo dei diritti.

Come si è avuto modo di rilevare, la funzione garantistica della Corte di Giustizia non si limita solo ai diritti patrimoniali classici, tipici del Trattato di Roma: del resto già il caso *Stauder* riguardava il diritto alla riservatezza. La Corte ha progressivamente costruito un vero e proprio catalogo di diritti, di cui la Carta di Nizza dà una rappresentazione formale, se pur nei noti limiti¹²¹. In realtà, l'evoluzione verso una tutela di diritti fondamentali non patrimoniali corrisponde all'evoluzione della Comunità, da organizzazione puramente economica a vera e propria Comunità di diritto. Ove del resto si

Commento all'art. 38, in R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2000, 266 ss.

¹²⁰ V. in tal senso, particolarmente, L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998, 223 ss. V. anche sul tema le elaborate riflessioni di A. D'ALOIA, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel «processo» costituzionale europeo*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo*, I, tomo III, Napoli, 2003, 841 ss.

¹²¹ V. sul punto, tra gli altri, le articolate considerazioni di G. RIVOSECCHI, *La Carta dei diritti, tra codificazione sui generis e diritto previgente*, in V. ATRIPALDI-R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, cit., 247 ss. Il legame genetico tra giurisprudenza e Carta di Nizza è così evidente che ha assunto un significato sotto il profilo della storia del diritto: vedi le osservazioni di P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005, 61 ss.

ponga mente al fatto che il Trattato sull'Unione europea prevede espresse disposizioni in materia di cultura, di sanità pubblica, di ambiente e di protezione dei consumatori, se ne ricava con evidenza la trasformazione del modello originario tracciato dal Trattato di Roma, che era funzionale esclusivamente a finalità economiche, di talché vi è tutto *l'humus* per consentire il germinare nell'ambito del Trattato di una serie di diritti fondamentali anche a carattere non patrimoniale, diritti infatti che la Corte non ha mancato di individuare e tratteggiare¹²².

Questo non vuol dire che la Corte possa arrivare ad introdurre dei diritti del tutto nuovi. Ci deve essere sempre infatti il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni. Ciò spiega la sentenza della Corte di Giustizia, 30 maggio 2001 (C-122/99 e C-125/99) con cui ha respinto il ricorso di un cittadino svedese convivente con un altro cittadino svedese dello stesso sesso sulla base di una relazione stabile registrata, che aveva chiesto al giudice comunitario che venisse accertato il suo diritto di dipendente del Consiglio dell'Unione europea di ottenere il beneficio dell'assegno di famiglia, considerando il suo *status* di convivente registrato equiparato a quello di soggetto coniugato. La Corte ha negato la possibilità di equiparare l'unione stabile registrata al matrimonio sulla base della vigente legislazione comunitaria, tenendo conto che il regime delle unioni stabili registrate esiste solo in alcuni Stati membri della Comunità¹²³.

12) Controlimiti e leale collaborazione formanti di una comune cultura costituzionale europea.

E' chiaro che non mancano ombre e ambiguità. Del resto sono coinvolte nozioni apicali come sovranità, rappresentanza, diritti fondamentali, contenuto essenziale dei diritti, di talché sarebbe singolare se così non fosse. Si sa bene che talvolta la Corte del Lussemburgo ha interpretato i

¹²² Si veda in particolare F. SORRENTINO, *La tutela*, cit., laddove osservava che «la giurisprudenza della Corte di Giustizia pone in luce l'esistenza di una serie di diritti comuni, non limitati all'area strettamente economica, tali da condizionare l'atteggiamento delle Corti nazionali e, soprattutto, da incidere sui valori costituzionali degli Stati membri».

¹²³ Per un primo commento, v. E. ROSSI, *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 2001, 695 ss., il quale nota come sia condivisibile che un problema di così forte rilevanza sociale non sia risolvibile sulla base di un'estensione analogica operata da un organo giurisdizionale.

diritti di cui alla Cedu in senso più limitativo di quello fatto dalla Corte di Strasburgo (e di quanto stabilito dalle Costituzioni nazionali): caso classico è la sentenza *Hoechst*¹²⁴ nella quale la garanzia di domicilio è stata circoscritta alle persone fisiche, escludendo così le imprese.

Come pure il bilanciamento con gli interessi comunitari appare talvolta come uno “sbilanciamento” a favore di tali interessi. Né è da trascurare che si avverte una linea non omogenea, che sconfinata nella disparità di trattamento, quando la Corte valuta la tutela dei diritti fondamentali rispetto a norme comunitarie e quando la valuta rispetto a norme interne, ovverosia quando sono in gioco interessi comunitari o interessi degli Stati. Basti pensare al confronto fra le sentenze *Factortame* e *Atlanta Fruchtgesellschaft*¹²⁵, entrambe riguardanti i presupposti per l’adozione di misure in via cautelare. Nel primo caso l’inibitoria riguardava un atto dello Stato, nell’altro un atto comunitario: è agevole osservare come nel secondo caso sono stati indicati limiti più stringenti per l’adozione della misura cautelare. In ciò, tra l’altro, si richiede che nel decidere sulla misura cautelare il giudice debba tener conto dell’ampiezza del potere discrezionale che, alla luce della giurisprudenza della Corte, deve essere riconosciuto alle istituzioni comunitarie. Del resto v’è anche differenza tra le sentenze relative alla responsabilità delle istituzioni comunitarie e a quelle concernenti la responsabilità degli Stati membri¹²⁶. Si è appunto osservato che la Corte tende a privilegiare gli interessi generali della Comunità – o più spesso l’interesse alla conservazione del diritto comunitario – rispetto ai diritti individuali¹²⁷. Si tratta di rilievi che ripercorrono la lettura esclusivamente funzionalista dei diritti ad opera della

¹²⁴ Corte Giust. 21 settembre 1989, C-46/87.

¹²⁵ V., rispettivamente, Corte Giust. 19 giugno 1990, C-213/89 e Corte Giust. 9 novembre 1995, C-465/93. Su tali sentenze v., diffusamente, L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa dell’ordinamento comunitario*, Torino, 2000, spec. 151 ss.

¹²⁶ Corte Giust. 7 luglio 1992, *Parlamento c. Consiglio*, C-295/90. Sul tema v. L.S. ROSSI, *L’annullamento della direttiva comunitaria sul diritto di soggiorno degli studenti*, in *Foro it.*, IV, 1993, 1 ss.

¹²⁷ Così L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell’ordinamento dell’UE*, in *Quad. cost.*, 2002, 565 ss. Invece non condivisibile è il rilievo di detta autrice per cui la Corte di Giustizia sembra a volte agire più come un giudice amministrativo che come un giudice costituzionale. In realtà il giudice amministrativo deve verificare solo il rispetto della legge, senza alcun apprezzamento di interesse pubblico (che è merito) e che emerge al più solo in sede cautelare. Al contrario, il bilanciamento è caratteristico delle Corti Costituzionali.

Corte, su cui già mi sono soffermato e che comunque non impingono sul fatto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia contribuisce a incrementare garanzie. E' pur vero che sarebbe auspicabile un legame formale fra i due sistemi¹²⁸ e altresì sarebbe auspicabile che la Corte Costituzionale si determinasse a sollevare la questione pregiudiziale¹²⁹. In ogni caso è possibile osservare: a) che la Carta di Nizza, anche se letta – secondo la tesi dominante – quale mero strumento di interpretazione o al più come *soft-law*, tende a consolidare e a dare maggiore stabilità ai diritti fondamentali, e quindi a rendere meno pretorie le decisioni della Corte di Giustizia; b) che anche in assenza di un formale *Bill of Rights* e nella ontologica incertezza delle tradizioni costituzionali comuni, nella altrettanto ontologica flessibilità delle operazioni di bilanciamento, la Corte di Giustizia ha dato e sta dando un contributo di rilievo alla elevazione delle garanzie, al punto che, alla stregua di una Corte Costituzionale, è divenuta sede di garanzia giurisdizionale di diritti fondamentali¹³⁰, ed anzi ha assunto un ruolo guida per la cultura costituzionale di ogni singolo Paese, specie laddove lo *standard* di tutela mostra un livello di garanzia inferiore a quello previsto dalla Corte¹³¹.

Certo questo pone problemi di fondo. Sia quello del pericolo della delegittimazione reciproca tra le Corti, sia quello di chi decide alla fine, ovvero di chi è l'arbitro finale della costituzionalità. Ma anche chi – di recente – ha studiato a fondo tale problema ritiene che, in conclusione, non sia decisivo e forse non abbia senso parlare di un arbitro finale o di un decisore ultimo di schmittiana memoria¹³². Proprio l'intreccio dei due ordinamenti, comunitario e nazionale, rende del tutto fuori luogo il richiamo ad una *Grundnorm* e al *quis iudicabit*. Qualunque tesi si segua, avremo sempre controindicazioni, rappresentate, in un caso, dal prevaricare

¹²⁸ Così B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in S.P. PANUNZIO-E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Milano, 2002, 81 ss.

¹²⁹ S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., 26 ss.

¹³⁰ Cfr. R. CALVANO, *Il caso Orfanoupolos e Oliveri: ovvero come la Corte di giustizia tutela i diritti di due detenuti tossicodipendenti*, in *Quad. cost.*, 2004, 637 ss.

¹³¹ V. D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2003, 13 ss.

¹³² Cfr. M. KUMM, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?* (1998), in www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/98/98-10.html.

della Comunità sui diritti fondamentali e, nell'altro, dalla rottura dell'ordine comunitario ad opera degli Stati membri. Controindicazioni però talmente forti, anzi brutali, che finiscono con l'elidersi a vicenda. E' evidente che se le Corti costituzionali annullassero o dichiarassero non applicabile con frequenza la legislazione comunitaria, magari con differenze di interpretazione da Paese a Paese, avremmo una totale perdita di credibilità dell'ordine comunitario. Si avrebbero cioè conseguenze talmente deflagranti che qualcuno le ha paragonate ad un incidente nucleare di prima grandezza. Proprio per questo si ritiene che si tratti di un'evenienza del tutto irrealistica, in quanto travolgerebbe cinquant'anni d'esperienza e di espansione della Comunità europea e si porrebbe in contrasto con il processo in atto da tempo e definito di comunitarizzazione dei valori fondanti degli ordinamenti costituzionali¹³³. Del resto è emblematica la sentenza *Fragd* della Corte Costituzionale¹³⁴: se da un lato proclama la teoria dei controlimiti, dall'altro evita di porsi in conflitto con la Corte di Giustizia¹³⁵. Questo non vuol dire che non mancano né mancheranno terre di confine e scaramucce anche per la continua espansione del diritto comunitario in campi tipici del diritto nazionale (si pensi al mandato di arresto europeo, la cui legge di attuazione in Germania è stata annullata dal Tribunale Costituzionale¹³⁶). Ma si tratta sempre di

¹³³ A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla «teoria» della separazione alla «prassi» dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, 1583 ss.

¹³⁴ Corte Cost. 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, 1001, con nota di M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle "competenze comunitarie" della Corte Costituzionale*; sulla stessa sentenza v., ampiamente, F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1993, 140 ss.

¹³⁵ V. in tal senso ancora M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, 1023, nonché A. CELOTTO, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il «Trattato costituzionale» europeo*, in *Atti del Convegno «Diritti fondamentali e formazione del diritto privato europeo»*, tenutosi a Roma il 28 giugno 2002, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹³⁶ BVerfGE, 18 luglio 2005, *Darkanzali*, 2 BvR 2236/04; v. in tema A. DI MARTINO, *La sentenza del Tribunale Costituzionale Tedesco sul mandato d'arresto europeo*, in www.associazionedeicostituzionalisti e F. PALERMO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo*, in *Quad. cost.*, 2005, 897 ss. La disciplina del mandato di arresto europeo ha sollevato le riserve anche del Tribunale Costituzionale di Polonia: v. sent. 27 aprile 2005, (P 1/05), esaminata da J. SAWICKI,

episodi o di casi di specie con effetti limitati (ed infatti la sentenza appena ricordata del BVerfGE nel complesso tende a far salvo il mandato di arresto europeo¹³⁷). E del resto restano sempre i controlimiti, che non sono da ricondurre a casi di scuola o a mere affermazioni di dominio eminente (una sorta cioè di canone riconoscitivo di stile della sovranità degli Stati), bensì costituiscono diritti rivelatori dell'identità costituzionale (famiglia, minoranze, ecc.)¹³⁸, che a loro volta sono, nella loro specificità (e proprio per essa), patrimonio costituzionale europeo.

Altrettanto irrealistica è la prevaricazione sui diritti garantiti dalle singole Costituzioni ad opera della Corte di Lussemburgo, attesa la incombenza delle tradizioni costituzionali comuni e dei diritti Cedu: e del resto si è visto che è la stessa Corte di Giustizia, che in fondo, si autoimpone dei controlimiti¹³⁹. Quando poi assistiamo a sentenze della Corte che piegano il diritto costituzionale interno al diritto comunitario, ancora una volta sono il risultato di casi di specie, che non minano la sostanziale convergenza. E infatti le decisioni di tal genere risultano essere sempre bene assorbite (v. il caso *Kreil*) così come avviene nell'ipotesi, appunto, di sentenze di Corte Costituzionali che frappongono o meglio richiamano controlimiti¹⁴⁰ (si pensi all'effetto che ha avuto la sentenza *Maastricht* del Tribunale Costituzionale¹⁴¹), sicché in definitiva anche le sentenze di tono «conflittuale» contribuiscono a determinare l'innalzamento del livello di attenzione ai problemi di tutela delle libertà e al formarsi di una teoria e comunque di una pratica di precedenti delle «relazioni pericolose», come

Incostituzionale ma efficace: il mandato di arresto europeo e la Costituzione polacca, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/arresto_polonia/.

¹³⁷ V. in tal senso F. PALERMO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht*, cit. 900.

¹³⁸ V. in proposito BVerfGE, 14 ottobre 2004, 2BvR 1481/04, su cui cfr. F. PALERMO, *Il Bundesverfassungsgericht e la teoria "selettiva" dei controlimiti*, in *Quad. cost.*, 2005, 181 ss.

¹³⁹ V. ad es. i già ricordati casi *Grogan* e *Omega* nel par. 5.

¹⁴⁰ V. in proposito l'analisi comparativa di A. CELOTTO-T.GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1309 ss.

¹⁴¹ Mi riferisco ovviamente alla sentenza 12 ottobre 1993 su cui v. G.U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di integrazione*, in *Giur. cost.*, 1994, 3115; ma v., anche più di recente, la sentenza 7 giugno 2002, *Bananen* 2 BvL, 1/97. Si veda, più in generale, anche G. ITZCOVICH, *L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di Giustizia nella "guerra delle banane"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 385 ss.

tali fattori di stabilità. La difesa del nocciolo duro delle Costituzioni nazionali, resa viepiù necessaria dall'allargarsi della Comunità e con l'infittirsi della normativa comunitaria, diventa anzi uno strumento di integrazione tra l'ordinamento interno e quello comunitario, onde formare una cultura costituzionale comune. In altri termini, costituisce un momento della leale collaborazione tra istituzioni¹⁴², che a sua volta risponde ad un principio generalissimo, ora stabilito anche dalla Carta di Nizza (v. art. 5), ma che ha da tempo riconoscimento presso la Corte di Giustizia¹⁴³. Si tratta, in fondo, delle stesse considerazioni che svolgeva Panunzio quando osservava che «le inevitabili distonie del sistema multilivello di protezione dei diritti risultante dalla articolazione dei diversi livelli costituzionali esistenti in Europa sono anche utili, perché proprio esse possono contribuire ad alimentare in continuo dibattito nello «spazio comune europeo dei diritti», ed a favorire così il suo continuo sviluppo e progresso, e con esso il processo d'integrazione politica e costituzionale dell'Europa»¹⁴⁴. Cosicché il dissenso e l'«obiezione costituzionale»¹⁴⁵ finiscono con l'avere un ruolo costruttivo. Ed invero al di là delle enunciazioni astratte sul primato comunitario (la Corte di Giustizia) e sulla riserva di sovranità (le Corti Costituzionali), da entrambi i versanti si riscontra una naturale tendenza ad evitare in concreto conflitti, attraverso una opera di armonizzazione interpretativa¹⁴⁶, o comunque attraverso *self-restraints* più o meno velati.

¹⁴² In proposito appare opportuno ricordare le considerazioni di L. VIOLINI, *La costituzione europea tra passato e presente*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi*, Bologna, 2001, 103-104, secondo cui il “*multilevel constitutionalism*” rifiuta l'idea della gerarchizzazione dei sistemi costituzionali proprio della maggiore parte dei sistemi federali per rifarsi ad un'idea di cooperazione tra livelli di governo e di molteplicità di istituzioni portatrici tutte dei poteri sovrani da esercitarsi in forme condivise e nel rispetto della diversità degli ordinamenti.

¹⁴³ V. ad es. Corte Giust. 13 dicembre 1991, *Commissione c. Repubblica italiana*, C-69/90. V. altresì, diffusamente, F.G. PIZZETTI, *Riflessioni sul principio di leale collaborazione nell'ordinamento comunitario*, in P. BILANCIA-F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, 91 ss.

¹⁴⁴ S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., 104.

¹⁴⁵ Così A. CERRI, *L'integrazione europea nella giurisprudenza della Corte*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 993.

¹⁴⁶ Così M. CARTABIA, *«Unità nella diversità»*, cit., 601 ss.

Caso mai il problema non è tanto a livello di Corti supreme, quanto a livello di giudici ordinari e speciali, i quali avvalendosi in particolare della via della non discriminazione potrebbero dar luogo ad una sorta di controllo diffuso a tutela dei diritti fondamentali. Ciò tantopiù che i giudici comuni sono considerati dalla Corte di Giustizia i soggetti privilegiati della tutela dei diritti e delle libertà garantite dal diritto europeo¹⁴⁷. Ma anche questa evoluzione non pone problemi di stabilità qualora - come sta avvenendo - si formi una cultura comune, che si fonda anche sul comune richiamo alla Cedu, alla Carta di Nizza e ad una giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale che risponde a valori omogenei: per cui, in definitiva, il controllo diffuso si avvicina ad una interpretazione evolutiva secondo Costituzione. D'altra parte, l'espansione giudiziaria ha una sua matrice nel noto indirizzo "astensionistico" della Corte Costituzionale, il quale ha l'effetto - come è stato correttamente rilevato¹⁴⁸ - di allontanarla dal suo ruolo naturale di garante dei diritti fondamentali, ruolo che finisce così con l'essere assunto - in sua vece - da parte del sistema «Corte di Lussemburgo-giudici comuni nazionali¹⁴⁹», con conseguente perdita fattuale di competenze della Corte Costituzionale¹⁵⁰. La prospettiva per cui il sollevare la pregiudiziale comunitaria

¹⁴⁷ Indicazioni in A. CARDONE, *Tutela dei diritti*, cit., 378 ss.

¹⁴⁸ V. M. CARTABIA- A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, spec. 4505 ss.

¹⁴⁹ Sul rifiuto di utilizzare la pregiudiziale comunitaria, e sulla complessiva estraniamento della Corte Costituzionale dalle questioni coinvolgenti il diritto comunitario, v. - anche per le indicazioni di giurisprudenza - tra i tanti A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, 2438 ss.; M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 194 ss.; M. CARTABIA-A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, spec. 4502 ss; V. ONIDA, «Armonia tra diversi» e problemi aperti. *La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, 552 ss.; G. GUZZETTA, *Garanzia multilivello dei diritti*, cit., 165 ss., soprattutto S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., 23 ss., e ivi ulteriori indicazioni sui termini del dibattito e sulle varie posizioni dottrinarie.

¹⁵⁰ Su cui v., in particolare, M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-A. RUGGERI-A. SAITTA-G. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 201 ss., nonché, ivi A. CELOTTO, *La Carta di Nizza e la crisi del sistema europeo di giustizia costituzionale*, 227 ss.

determinerebbe una sorta di *status subiectionis*, non solo è inesatta, perché è invece una forma di collaborazione (che non significa certo soggezione¹⁵¹), e non è coerente con il nuovo art. 117, co. 1 Cost., che in fondo – qualunque tesi si segua – non può non esprimere l’inserimento del nostro ordinamento (Corte Costituzionale compresa) nell’orbita di quello comunitario¹⁵², ma è sempre compensabile attraverso l’attivazione dei controlimiti, tramite cui invalidare *in parte qua* la norma del Trattato su cui si fonda l’atto comunitario lesivo, impedendo la operatività del medesimo e della stessa sentenza resa dalla Corte di Giustizia a seguito del rinvio pregiudiziale. In tal modo, la stessa dottrina dei controlimiti o della riserva di sovranità acquisterebbe pregnanza nel senso che l’equilibrio fra le parti non si fonda sull’uso di reciproci poteri, quanto sul timore che possono essere usati¹⁵³. Del resto, già in un commento a caldo della sentenza *Fragd*, la dottrina ebbe a mettere bene in luce come il richiamo ai controlimiti assumesse in definitiva i connotati di un autorevole suggerimento, alla stregua delle sentenze «monito»¹⁵⁴. Cosicché - appunto è sintomatico l’esempio della sentenza *Fragd* - l’appello ai controlimiti ha lo scopo di mantenere sempre e comunque una qualche possibilità di interloquire con l’ordinamento comunitario, non tanto attraverso pronunce caducatorie e vincolanti, bensì mediante interventi di portata essenzialmente monitoria e con finalità di cooperazione, indirizzate sia agli organi comunitari sia ai

¹⁵¹ V. in tal senso, in particolare, G. STROZZI, *La tutela dei diritti*, cit., 713 ss.

¹⁵² Il dibattito sul nuovo art. 117, co.1 Cost., con riguardo ai rapporti tra legge e vincoli comunitari, è riassunto da R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, 266 ss.

¹⁵³ V. in tal senso D. GRIMM, *La Cour européenne de justice et les juridictions nationales, vues sous l’angle du droit constitutionnel allemand*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n. 4, 6 (reperibile nel sito www.conseil-constitutionnel.fr). L’Autore mette bene in luce come la produttività di tale rimedio stia anche nel fatto che, una volta effettuato il rinvio pregiudiziale da una Corte Costituzionale di uno Stato dell’Unione europea, tutti gli altri Stati membri possono partecipare al giudizio *ex* articolo 234 TCE onde così avere modo di rappresentare alla Corte di Giustizia le posizioni dei vari Stati membri. La tesi di GRIMM è ripresa e sviluppata da S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit. Ma v. comunque anche A. BARBERA, *Intervento*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, 165 ss., il quale, con riguardo alle ipotesi di pronuncia di incostituzionalità dei Trattati comunitari per violazione dei controlimiti, parlava di arma atomica, e come tale di fatto non utilizzabile (se non sbandierabile come deterrente).

¹⁵⁴ V. ancora M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, 1023 ss.

giudici ed agli operatori nazionali¹⁵⁵. Ed invero l'errore metodologico di fondo si ha proprio quando si va a ricercare il potere «ultimo» e la «competenza delle competenze: così si dimentica che è finito il tempo in cui ogni ricerca di unità sembrava destinata alla conquista di un centro da cui far scaturire un diritto unico, espressione di sovranità e di unilaterale forza abrogativa. Altre sembrano essere oggi le unità possibili tutte da definire ma comunque non riconducibili al principio di sovranità, perché la fase storica dominata da quel principio si è ormai conclusa, le soluzioni che invece si possono individuare sono articolate su più livelli, tra loro intersecati e che somigliano ad una rete o all'intreccio di una ragnatela secondo la metafora di S. DOUGLAS-SCOTT¹⁵⁶, e non più gerarchicamente ordinati bensì improntati a criteri di leale collaborazione e di integrazione attraverso meccanismi a gradi e ampiamente procedimentalizzati¹⁵⁷.

13) Post scriptum: la leale collaborazione alla prova dei fatti.

La tenuta di questo quadro che possiamo definire accettabile in concreto (anche se sottoposta in astratto al conflitto immanente tra due sovranità) è ora soggetta a verifica o comunque a nuove pulsioni per effetto di due recenti pronunce del nostro Consiglio di Stato, il cui seguito comunque non mancherà di fornire importanti indicazioni sui rapporti tra le due Corti. In un primo caso siamo di fronte ad una sorta di tutela di “*repechage*”, ovvero una tutela che è espressamente mancata davanti alla Corte Costituzionale. E' avvenuto infatti che il Consiglio di Stato¹⁵⁸: a) ha preso atto del fatto che la Corte Costituzionale con la sentenza 20 novembre 2002, n. 466 ha legittimato fino al 31 dicembre 2003 la trasmissione delle c.d. reti eccedenti su frequenze terrestri; b) che pertanto v'è stata una mancata assegnazione delle frequenze all'impresa posta in graduatoria utile ai fini del rilascio

¹⁵⁵ Cfr. A. CELOTTO, *La Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il «Trattato costituzionale» europeo*, in *Atti del Convegno «Diritti fondamentali e formazione del diritto privato europeo»*, tenutosi a Roma il 28 giugno 2002, www.associazionedeicostituzionalisti.it

¹⁵⁶ *The Charter of Fundamental Rights as a Constitutional Document*, in *Eur. Law Rev.*, 2004, 37 ss.: la metafora è opportunamente ricordata da M. CARTABIA, «Unità nella diversità», cit., 603.

¹⁵⁷ V. così M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Bari, 2002, 36 ss.

¹⁵⁸ V. Sez. VI, 19 luglio 2005, n. 3846.

delle concessioni radiotelevisive ai sensi della legge Maccanico; c) che ciò (ovvero la legge ritenuta costituzionale) ha provocato danni a tale impresa; d) che tale situazione è suscettibile di determinare un trattamento discriminatorio, nonché una violazione della trasparenza, della proporzionalità e rispetto dei diritti dei singoli oltre che in contrasto con le disposizioni del Trattato CE che garantiscono la libertà di prestazioni di servizi e la concorrenza. Pertanto il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di Giustizia, in via di questione pregiudiziale, di valutare la conformità con tali principi comunitari di detta normativa (invero sia quella considerata legittima dalla Corte, sia la l.3 maggio 2004, n. 112, c.d. legge Gasparri, che ha consentito a soggetti esercenti reti radiotelevisive “eccedenti” i limiti antitrust, di continuare ad esercitare la loro attività escludendo così operatori che, pur in possesso della relativa concessione, assegnata a seguito di regolare procedura competitiva, non hanno potuto svolgere l’attività concessionata per mancata assegnazione di frequenze (dovuta alla loro insufficienza o scarsità, determinata appunto dalla anzidetta prosecuzione dell’esercizio da parte dei titolari delle c.d. reti eccedenti¹⁵⁹).

E’ vero che le due Corti si muovono su piani diversi, sicché si potrebbe dire che non v’è *bis in idem* in quanto i parametri di giudizio non sono omologhi, ma è evidente che l’eventuale dichiarazione di incompatibilità comunitaria per lesione del principio di non discriminazione contrasterebbe nella sostanza con la sentenza del giudice costituzionale (ammesso che la Corte di Giustizia nella sua valutazione di bilanciamento non faccia precipuo richiamo all’interesse comunitario, sicché la incompatibilità non sarebbe tanto per violazione dei diritti fondamentali (che sono tutelati da entrambe le Corti) quanto perché si va ad incidere su obiettivi perseguiti dalla Comunità, nella evenienza di incompatibilità comunitaria. Si porrà poi nel prosieguo del giudizio il problema della responsabilità dello Stato italiano, da accertare secondo i noti criteri, che fanno leva sulla violazione, sufficientemente caratterizzata, oltre che sul nesso casuale¹⁶⁰. Ma questo dimostra ancora una volta come il multilivello se da un lato può

¹⁵⁹ V. in proposito i rilievi di A. PACE, *Legge Gasparri e Corte Costituzionale*, in *Rass. par.*, 2004, 849, e *ivi* 887 ss. con riguardo ai profili di compatibilità comunitaria.

¹⁶⁰ Secondo il noto insegnamento della sentenza *Brasserie du pêcheurs e Factortame*: v. Corte Giust. 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/78; ma v. anche Corte Giust. 26 marzo 1996, *British Telecommunications*, C-392/93; 23 maggio 1996, *Hedey Lomas*, C- 5/94; 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94; 30 settembre 2003, *Köbler*, C-224/01.

determinare crisi tra le Corti (e gli ordinamenti), dall'altro può incrementare le garanzie: la conformità alla costituzione nazionale non è tutto, nel senso che se vi sono discriminazioni secondo i criteri comunitari, v'è la garanzia suppletiva nel risarcimento per equivalente.

Altro caso è quello delle “farmacie di Milano”. La questione nasce dalla sentenza con cui la Corte Costituzionale, ebbe a dichiarare la incostituzionalità dell'art. 8 della legge 8 novembre 1991, n. 362, nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie è incompatibile con qualsiasi altra attività nel campo della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco, in quanto ciò determinerebbe un conflitto di interesse, che potrebbe ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute¹⁶¹. Tale sentenza a sua volta aveva avuto origine in un ricorso al TAR proposto da farmacisti e associazioni di farmacisti avverso la deliberazione del Comune di Milano con cui la maggioranza del capitale azionario delle società di gestione delle farmacie comunali era stata assegnata, a seguito di una procedura di evidenza pubblica, ad una società che operava nel contempo nel settore della produzione e distribuzione dei farmaci. Il TAR aveva sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 8, co. 1, lett. a) della legge n. 362 del 1991 per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., poiché la norma primaria, pur prevedendo l'incompatibilità tra la gestione societaria delle farmacie private e qualsiasi altra attività nel “settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco”, nulla prevedeva quanto alle farmacie comunali, per la cui gestione da parte di soggetti societari, invece, non era indicata alcuna incompatibilità in caso di contemporaneo svolgimento da parte della società affidataria di quelle altre attività, vietate invece per la gestione di farmacie private. La Corte ha accolto l'eccezione, rilevando la irragionevolezza della mancata previsione per le farmacie comunali di una analoga incompatibilità, in quanto ciò confligge con il principio estraibile da tutta una serie di disposizioni, disseminate nell'ordinamento (e minuziosamente indicate dalla Corte Costituzionale).

A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, la procedura di aggiudicazione indetta dal Comune di Milano veniva ad essere travolta, per

¹⁶¹ V. la sentenza 24 luglio 2003, n. 275, in *Giur. cost.*, 2003, 2274 ss.

difetto di «capacità» dell'aggiudicataria e, prima ancora, per illegittimità del bando di gara che non prevedeva la esclusione di società operanti nei settori farmaceutici «affini». Ed infatti il TAR della Lombardia ha annullato la gara e con essa l'aggiudicazione. Senonché in sede di appello davanti al Consiglio di Stato la società aggiudicataria ha fatto presente come la sentenza della Corte (o meglio la normativa di risulta) ponesse un problema di compatibilità con il diritto comunitario, tanto che la Commissione nel frattempo, aveva dato corso ad un procedimento propedeutico alla procedura di infrazione *ex art. 226 Trattato*. Difatti il divieto per le società operanti nella distribuzione dei farmaci di acquisire partecipazioni in società di gestione delle farmacie comunali si pone in distonia con la libertà di circolazione dei capitali e con la libertà di stabilimento tutelate dal Trattato CE. Non v'è dubbio che, in linea generale, le esigenze di tutela della salute pubblica possono giustificare limitazioni all'operatività dei principi sanciti dal Trattato. Nel caso di specie, tuttavia, la Commissione ha osservato che saremmo in presenza di un divieto non necessario a tale scopo o comunque di carattere non proporzionato (tantopiù che, a conferma della discriminazione, tale divieto non opera per i farmacisti persone fisiche), anche perché i rischi per la tutela della salute sono coperti dalle norme specifiche che disciplinano la produzione di farmaci e soprattutto l'attività dei farmacisti.

Di fronte a tali rilievi, il Consiglio di Stato non ha ritenuto di porre una questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'articolo 234 del Trattato, e ciò in quanto la norma in oggetto «non scaturisce dall'attività del potere legislativo, ma è il frutto di un giudizio di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 134 della Costituzione». Di modo che la «matrice costituzionale» della norma impedirebbe alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla sua conformità al diritto comunitario. Saremmo cioè di fronte ad un'area esterna al diritto comunitario, in quanto l'area dei diritti fondamentali costituisce uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all'influenza del diritto comunitario, uno spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative».

La sentenza richiama espressamente la dottrina dei controllimiti e ne dà una lettura estensiva: perché in definitiva sostiene che laddove sono in questione diritti fondamentali, li siamo al di fuori dell'ambito comunitario. Il che tuttavia è in contrasto con la presenza diffusa e forte dei diritti

fondamentali tra i principi generali del diritto comunitario come confermato da una consolidatissima giurisprudenza della Corte di Giustizia, e anche con l'effetto espansivo di tali diritti provocato proprio del diritto comunitario: non v'è quindi affatto una coincidenza ex sé tra diritti fondamentali e riserva di sovranità statale. Né è possibile appellarsi alla sentenza della Corte Costituzionale e al fatto cioè che la disciplina di cui è in discussione la compatibilità comunitaria abbia la sua origine nella sentenza della Corte Costituzionale. La normativa di risulta è sempre una legge ordinaria, se pur scaturente da una sentenza di accoglimento della Corte Costituzionale, la quale però non ne muta la natura. La dottrina¹⁶² ha osservato che il Consiglio di Stato non chiarirebbe se tale forza «supercostituzionale» sia espressa da ogni pronuncia della Corte, ovvero se essa si abbia in quanto la norma di fattura giurisprudenziale sia posta a tutela di principi fondamentali (qui: del diritto alla salute), risultandone “beneficemente contagiata”¹⁶³ e, perciò, godendo della medesima protezione propria di questi. Per seguire questa alternativa, è fuori discussione che la prima lettura sia da escludere dato che le sentenze della Corte anche se additive o manipolative non hanno natura di legge costituzionale. Del resto è un dato notorio che le norme addizionate, manipolate o comunque riscritte dalla Corte sono di continuo sottoposte a modifiche e abrogazione. Quanto alla seconda lettura, cui invero sembra propendere il Consiglio di Stato quando richiama il diritto alla salute sul presupposto che la sentenza della Corte sia volta a presidio di tale diritto, si tratta di vedere in concreto se la modificazione dell'art. 8, co. 1, lett. a), legge 8 novembre 1991, n. 362, introdotta dalla Corte è indispensabile per la tutela di un diritto fondamentale, di talché la sua modifica si tradurrebbe in una violazione dei principi costituzionali. A tal fine è necessario verificare se non vi siano altre soluzioni per garantire il diritto alla salute. Da tener presente che proprio su questo specifico punto la Commissione ha osservato che tale tutela si raggiunge attraverso le norme sulla produzione e distribuzione dei farmaci, ché anzi in fondo si tratta di tutela ben più diretta ed incisiva. Non a caso tale limite non è posto per i farmacisti esercenti in forma individuale, ma solo per le società. Di conseguenza il divieto scaturente dalla sentenza della Corte Costituzionale non rispetta il criterio

¹⁶² A. RUGGERI, *Le pronunzie della Corte costituzionale come “controlimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario? (A margine di Cons. Stato, Sez. V, n. 4207 del 2005)*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁶³ Così A. RUGGERI, *op. loc. cit.*

della proporzionalità, in quanto il fine della tutela della salute può essere perseguito anche in altro modo e non v'è quindi necessità di mettere a repentaglio le libertà di stabilimento e quella di circolazione dei capitali.

Ma soprattutto v'è da dubitare se il giudice poteva direttamente applicare il controlimiti. Propenderei per ritenere che il controlimiti sia nella esclusiva disponibilità della Corte, anche perché se si assegnasse ai singoli giudici nazionali il diritto all'ultima parola sui valori imprescindibili del proprio ordinamento costituzionale da opporre al diritto europeo si esporrebbe l'ordinamento comunitario ad un grave rischio di disgregazione¹⁶⁴. Al più si poteva sollevare la questione di costituzionalità del Trattato nella parte in cui consente tale (ipotizzata) lesione del diritto fondamentale alla salute, previa peraltro la proposizione (e la risoluzione) della pregiudiziale comunitaria. Occorreva cioè prima addivenire ad una interpretazione da parte della Corte di Giustizia della normativa di "risulta" come ostativa ai principi comunitari, dopo di che - se del caso - sarebbe emersa la rilevanza della questione di costituzionalità per contrasto con il diritto alla salute. In altre parole, il Consiglio di Stato ha fatto a meno sia della Corte di Giustizia sia della Corte Costituzionale, ed ha dato una interpretazione della legge ordinaria come se fosse espressione di sovranità non permeabile dal diritto comunitario¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Così M. CARTABIA, «Unità nella diversità»cit., 594-5, con riguardo ai «controlimiti» ricavabili dall'art. I.5 del Trattato costituzionale europeo, ovvero con riguardo alla tutela della identità nazionale degli Stati. In dottrina A. CELOTTO, *I controlimiti «presi sul serio»*, in www.giustamm.it (copertina di febbraio 2005), si è invece affermato che la sentenza del Consiglio di Stato qui annotata sarebbe nella sostanza da condividere per il suo carattere *soft*, in quanto in tal modo il giudice si sarebbe limitato ad una disapplicazione nel caso concreto dei principi comunitari, mentre l'applicazione del controlimiti da parte della Corte Costituzionale avrebbe avuto effetti ben più rilevanti per non dire eccessivi. Si può però controbattere che, di contro, proprio la devoluzione del potere di opporre i controlimiti ai giudici ordinari solo in apparenza è più *soft*; in concreto è suscettibile di innescare un processo di disgregazione a macchia d'olio e soprattutto non offre le garanzie di ponderazione di ogni profilo connesso quali invece assicura il controllo accentratore da parte del giudice delle leggi.

¹⁶⁵ Per altre critiche della sentenza del Consiglio di Stato, in particolare laddove esclude di predisporre nella specie del potere di disapplicazione, e laddove ritiene che la questione di pregiudizialità non sia pertinente, v. O POLLICINO, *Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato*, in www.forumcostituzionale.it.

Fatto è che se la Commissione prosegue con la procedura, la normativa *de qua* potrebbe essere considerata discriminatoria. In tal caso emergerebbe un contrasto con il *dictum* della Corte Costituzionale¹⁶⁶. Il contrasto tuttavia non atterrebbe alla *ratio decidendi*, atteso che la Corte Costituzionale ha dedotto la invalidità della legge dalla disarmonia con il *tertium comparationis* rappresentato da un compendio sistematico di disposizioni che vietano il cumulo dell'attività di farmacista con l'attività di produzione o distribuzione di farmaci. Di contro, l'eventuale sentenza della Corte di Giustizia che ravvisasse la non proporzionalità della limitazione essendoci altri strumenti per la tutela del diritto alla salute e tali da salvaguardare così i diritti economici garantiti dal Trattato, si muoverebbe su di un piano del tutto diverso, sia perché il parametro è dato dalla libertà di circolazione e di stabilimento, sia per l'applicazione dello scrutinio di proporzionalità. Tanto diverso che la decisione della Corte di Giustizia potrebbe andare ad investire lo stesso materiale normativo che ha fatto da *tertium* per la Corte Costituzionale.

Non c'è dubbio però che la Corte Costituzionale potrebbe sempre richiamare la dottrina dei controlimiti qualora, a seguito dell'ipotizzata sentenza della Corte di Giustizia che ravvisasse una infrazione al Trattato, la relativa questione venisse sollevata nell'eventuale giudizio di azione di responsabilità avverso lo Stato (che è responsabile anche per le sentenze dei propri giudici¹⁶⁷) o in una controversia analoga a quella di Milano (sono

¹⁶⁶ Evento che invero non si può certo escludere: v. sul punto ad es. I. VIARENGO, *Diritto comunitario e valori fondamentali tra sindacato di costituzionalità e controllo di validità della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, 391: «posto che il possibile sindacato delle due Corti ha oggetto e parametri di riferimento differenti, riguardando l'uno la validità dell'atto di rispetto al diritto comunitario, mentre l'altro la sua legittimità in relazione ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, una pronuncia della Corte comunitaria che ne accertasse la validità non escluderebbe, infatti, una censura di illegittimità da parte della Corte interna».

¹⁶⁷ Corte Giust. 30 settembre 2003, *Köbler*, cit. Quanto alla responsabilità dei giudici membri di organi giurisdizionali superiori per non avere sollevato la questione di pregiudizialità comunitaria, v. ora le conclusioni dell'Avvocato generale P. LEGER, 11 ottobre 2005, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, secondo cui «pur se il principio della responsabilità dello Stato in caso di violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale supremo osta a che in forza di una normativa nazionale sia esclusa, in modo generale, la sussistenza della detta responsabilità per la sola ragione che la violazione di cui trattasi sarebbe connessa all'interpretazione delle norme di diritto o alla valutazione dei fatti e delle prove, per contro, questo stesso

infatti numerose le privatizzazioni delle farmacie comunali ancora *sub iudice*, e in cui appunto si contesta l'aggiudicazione a favore di società di produzione o di commercializzazione di medicinali). In tale sede la Corte Costituzionale avrà modo di dare una interpretazione autentica del proprio precedente: ovvero se intendeva affermare che la normativa ritenuta incostituzionale mettesse direttamente a repentaglio il diritto alla salute, sicché ogni *vulnus* alla disciplina di risulta impattasse sul controlimite, oppure invece se il richiamo al diritto alla salute avesse un valore persuasivo, quasi *ad colorandum* del conflitto di interessi o meglio della irragionevolezza, e non assurgesse pertanto al livello che invece gli ha assegnato il Consiglio di Stato, tantopiù alla luce dello scrutinio di proporzionalità svolto dalla Corte di Giustizia non potrà che fondarsi sulla individuazione di valide alternative per la tutela del diritto alla salute.

In questa seconda eventualità vi sarebbe una coerenza tra le due Corti: ed anzi saremmo di fronte ad una leale collaborazione da caso di scuola. La Corte Costituzionale infatti prenderebbe atto dello scrutinio di proporzionalità svolto dalla Corte di Giustizia per definire gli esatti contorni di un proprio precedente.

Rimarrebbe però aperto il problema del pregiudizio di chi ha visto lesa la propria situazione soggettiva da una sentenza del Consiglio di Stato passata in giudicato, malgrado la illegittimità comunitaria. E qui oltre alla responsabilità civile dello Stato, conseguente alla non proposizione della questione pregiudiziale da parte dei propri giudici, malgrado la indubbia incertezza della materia che portava a chiedere una interpretazione della Corte di Giustizia (tanto più che v'era una procedura promossa dalla Commissione)¹⁶⁸, qualora non fossero stati stipulati nuovi contratti che abbiano determinato l'insorgere di situazioni irreversibili a favore di terzi, potrebbe trovare applicazione la ricordata sentenza *Kühne & Heitz*

principio non osta a che il sorgere della detta responsabilità sia subordinato alla sussistenza di dolo o colpa grave da parte dell'organo giurisdizionale supremo considerato, purché tale condizione non vada oltre la manifesta violazione del diritto applicabile».

¹⁶⁸ V. sul punto quanto rilevato nella nota che precede: inutile dire che i delicati profili di responsabilità dei giudici (le cui decisioni non sono impugnabili) per mancata rimessione della questione di pregiudizialità *ex art. 234* attendono una messa a punto ad opera della imminente sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03.

sull'obbligo di autotutela quando la decisione da rivedere sia stata adottata in violazione di una norma comunitaria¹⁶⁹

¹⁶⁹ V. Corte Giust. 13 gennaio 2004, C-453/00 che per la precisione ha così stabilito «il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 Ce impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; la decisione amministrativa in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste dall'art. 234, n. 3 Ce, e l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della summenzionata giurisprudenza». Su tale sentenza e sulle sue implicazioni v., in particolare, D. DE PRETIS, *“Illegittimità comunitaria” dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 725 ss. e D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario* in G.D. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra organizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005.