

**La costruzione del contesto comune attraverso il rinvio pregiudiziale.
comprendere di non comprendere: la sconfitta della precomprensione?
Brevi note sulla pregiudiziale comunitaria alla luce delle ordinanze della Corte Costituzionale
n.103/2008 e n.100/2009**

di

Annamaria Ciccariello

(Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico e costituzionale Università degli Studi di Napoli Federico II.)

(1 settembre 2009)

Sommario:

- 1. - La costruzione del contesto comune attraverso il rinvio pregiudiziale. Comprendere di non comprendere: la sconfitta della precomprensione?**
- 2. - La “solitudine” del Giudice delle leggi in ordine alla nozione di giurisdizione nazionale.**
- 3. - La risoluzione delle antinomie nei giudizi in via d'azione. Brevi cenni sul principio di supremazia e degli effetti diretti e la portata (più o meno) innovativa del novello I comma dell'art.117 della Costituzione.**
- 4. - Il dubbio (accertato ma non dichiarato) del giudice “a quo” come polo del sistema pregiudiziale. Nuovi stimoli offerti dall'ordinanza della Consulta n.100/2009.**

«Nel linguaggio, il pensiero deve compiersi, comunicare; non si ha quasi più linguaggio quando il pensiero si nasconde dietro superate prevenzioni, ingarbugliandosi. Il vero linguaggio è quello che si parla veramente, tra noi.»

H.G. Gadamer

1. La costruzione del contesto comune attraverso il rinvio pregiudiziale. Comprendere di non comprendere: la sconfitta della precomprensione?

L'ordinanza n. 103/08, con cui **la Corte Costituzionale ha sollevato in via pregiudiziale** dubbi di interpretazione della normativa comunitaria ai sensi dell'articolo 234 TUE, rappresenta inequivocabilmente una svolta storica nei suoi rapporti dialettici con la Corte di giustizia delle Comunità Europee muovendo un ulteriore, significativo, passo lungo quello che Paolo Barile chiamò il *cammino comunitario*¹.

La decisione si presenta come un evento giuridico che esplose sulla scena comunitaria all'indomani del vertice di Bruxelles del giugno 2007 con cui la Presidenza del Consiglio Europeo ha deciso di abbandonare «*l'idea costituzionale europea, che consiste[va] nell'abrogazione di tutti i Trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato "Costituzione"*»² e conferire un mandato alla Conferenza intergovernativa al fine di procedere a un intervento di riforma meno invasivo del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato che istituisce la Comunità Europea, attualmente vigenti. Tale mandato, come è noto, si è perfezionato nel cd. *Trattato di riforma* firmato a Lisbona dai capi di stato e di governo dei paesi dell'Unione il 13 dicembre dello stesso anno.

Un'evidente rinuncia in sede politica ad un testo giuridico dotato di valore *costituzionale*³ (e addirittura all'utilizzo del sostantivo "*Costituzione*"⁴) è di per sé eloquente in quanto testimonia il grado di diffusione dell'idea che i trattati di diritto internazionale continuano a rappresentare, in maniera soddisfacente, il fondamento della legittimazione dei poteri sovrani trasferiti all'Unione dagli Stati membri ed esercitati con efficacia diretta sul piano statale interno, anche per l'assenza di processi di legittimazione democratica a base rappresentativa e popolare.

Era prevedibile che le tradizioni politiche dei Paesi membri, specialmente laddove i sistemi giuridici costituzionali offrono garanzie di partecipazione forti agli enti territoriali decentrati, prima o poi, si esprimessero sul cd. *deficit democratico* e che attraverso la voce dei loro organi più autorevoli facessero

¹ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1973, pp. 2401 ss.;

² «*The constitutional concept, which consisted in repealing all existing Treaties and replacing them by a single text called "Constitution", is abandoned*», Presidency Conclusions, Brussels European Council, 21-22 Giugno 2007, par.1, *General Observations*, p.15, in <http://www.consilium.europa.eu>.

³ Precedente di un biennio alla proposta Lisbona, l'accento posto sul rilievo della presenza in Europa di un Trattato costituzionale ai fini di un'analisi sul rafforzamento dei processi di integrazione europei, da M. SCUDIERO, *Introduzione*, in AA.VV., *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. Scudiero, Jovene, Napoli 2005.

⁴ *Ibidem*: «*The TEU and the Treaty on the Functioning of the Union will not have a constitutional character. The terminology used throughout the Treaties will reflect this change: the term "Constitution" will not be used*», Presidency Conclusions, *cit.*, par. 3, *General Observations*, p. 16.

valere le loro pretese sul punto: il *Bundesverfassungsgericht*, con la sentenza del 30 giugno 2009⁵ ha imposto una ratifica del Trattato di Lisbona *sub conditione*.

La sentenza emessa dai giudici di Karlsruhe, pur escludendo che l'adesione al Trattato del 2007 sia incompatibile con la legge fondamentale, ha evidenziato al Parlamento l'imperfezione dei meccanismi decisionali dell'Unione, imponendone la procrastinazione della ratifica sino a quando la legge che prevede il rafforzamento dei poteri di partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* alle politiche comunitarie non verrà revisionata e approvata, in aderenza alle prescrizioni del Tribunale costituzionale federale. Soltanto verificata la condizione, il Trattato di Lisbona potrà entrare in vigore nella Repubblica federale tedesca.

Di fatto, le situazioni di *impasse* relative al processo di integrazione politica, non sono estranee alla storia delle istituzioni comunitarie e, ora come per il passato, hanno scatenato reazioni pressoché immediate da parte delle Corti: nel ventennio 1950-70 del secolo scorso l'attivismo interpretativo "oppositivo" intercorrente tra i Giudici di Lussemburgo e la Corte Costituzionale; oggi, *mutatis mutandis*, un attivismo interpretativo "pretensivo" della Corte Costituzionale nei confronti dei Giudici di Lussemburgo.

Questa affermazione richiede uno sguardo retrospettivo sull'origine dell'«*incontro-scontro*» istituzionale e sui problemi per la cui soluzione sorse.

In primis, il dibattito sulla natura giuridica delle Comunità Europee che dominò il mondo accademico e la giurisprudenza negli anni '50 e '60, insieme alla notevole opera costituente della giurisprudenza della Corte di Giustizia elaborata nel decennio immediatamente successivo, mettono in luce come il vincolo che ha legato nel tempo questi due soggetti non sia mai stato sempre, fondamentalmente, di tipo collaborativo; troppo spesso, si è rivelato generatore di tensioni e conflitti, i quali hanno adempiuto a logiche interne di irriducibile tendenza a concepire le relazioni tra gli ordinamenti - e di conseguenza tra le stesse Corti - come gerarchiche e monodirezionali tralasciando, così, la possibilità di trarne soluzioni ai problemi di coordinazione da un'ottica diversa, circolare e policroma.

⁵ Sentenza *Bundesverfassungsgericht* [bvg] – *bverfg*, 2 bve 2/08 del 30 giugno 2009 sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania. Per le osservazioni sulla pronuncia si rinvia ai commenti pubblicati sulla rivista telematica, n. 14/2009 www.federalismi.it di R. DICKMANN, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il Tribunale Costituzionale Federale Tedesco*; L. CASSETTI, *Il "sì, ma" del Tribunale Costituzionale Federale Tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*; F. LIBERATI, *La sentenza del Tribunale Costituzionale Tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona Con il Grundgesetz: una guida alla lettura*. Per una approfondita analisi delle complesse e strutturate dinamiche politico-costituzionali interne dell'ordinamento federale tedesco e delle interrelazioni delle stesse con il procedimento di integrazione europea, si veda V. BALDINI, *Bundesratsverfahren e partecipazione dei Länder al processo di integrazione comunitaria: un ostacolo alla riforma del Kooperativenföderalismus?*, in AA.VV., *Sovranità, rappresentanza, democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Jovene, Napoli 2000.

Ciò si è poi tradotto in chiave storico-istituzionale nella ritrosa chiusura della Consulta proprio rispetto all'istituto della pregiudiziale comunitaria ma non verso altre forme di "contatto"⁶, anche se desta perplessità il fatto che si ricorra ad "altra via" per ottenere lo stesso risultato che si sarebbe conseguito utilizzando un istituto processuale, dotato della propria coerenza sistematica e previsto, comunque, dal Trattato, in sede di contrattazione della sovranità.

Così, se in passato aveva un senso interrogarsi sui motivi che spingevano la Consulta a negarsi la possibilità del rinviare il dubbio alla CGE, a seguito della carica riformatrice della decisione in oggetto, ora si prospetta l'interrogativo opposto: cos'è che ha spinto la Corte costituzionale a mutare orientamento e a sviluppare questo interesse "pretensivo" e questo atteggiamento di apertura?

Partendo dalla constatazione che il diritto non sia una realtà precostituita e perfetta prima dell'intervento interpretativo del giudice, e in particolare, del giudice costituzionale, la Consulta perviene, in sostanza, a rivedere la propria posizione sulla legittimazione a ricorrere al rinvio ex art. 234 TCE rendendo inutilizzabili decenni di argomentazioni poste a fondamento del rifiuto: prima fra tutte l'esclusione della natura giurisdizionale delle sue funzioni e, di riflesso, le stesse categorie del dualismo/monismo, di federale-competitivo/federale-cooperativo.

La fattispecie portata all'attenzione del Giudice delle leggi era stata proposta in via principale dallo Stato ed aveva ad oggetto la legittimità costituzionale delle cd. «*tasse sul lusso*» istituite dalla Regione Sardegna. Con la sentenza n. 102/08 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'imposta regionale sulle plusvalenze delle seconde case ad uso turistico e dell'imposta regionale sulle seconde case ad uso turistico, rispettivamente previste dall'art. 2 della legge regionale 11 maggio 2006, n. 4 (*Disposizioni varie in materia di entrate, riqualificazione della spesa, politiche sociali e di sviluppo*), nel testo originario e in quello sostituito dall'art. 3, comma 1, della legge della Regione Sardegna 29 maggio 2007, n. 2, attualmente vigente (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione – Legge finanziaria 2007*) e dall'art. 3 della legge della Regione Sardegna n. 4 del 2006, nel testo originario e in quello sostituito dalla legge successiva attualmente in vigore.

⁶ Si riporta l'opinione di M. Cartabia, che sottolinea la presenza di un dialogo costante e proficuo, pur se attuato in forme diverse dal rinvio pregiudiziale. Con l'ordinanza 165 del 2004, ad esempio, la Corte costituzionale ha optato per la sospensione del giudizio di legittimità in attesa della pronuncia da parte della CGE concernente questioni pregiudiziali proposte da distinti giudici ma sulla medesima normativa (cd. *rinvio a nuovo ruolo*). Più spesso, invece, la Corte ha preferito favorire il dialogo tra i giudici comuni e la *Grand Chambre*, dichiarando inammissibili questioni di costituzionalità per le quali, nel caso di dubbio interpretativo del remittente sulla normativa comunitaria assunta a parametro nel giudizio principale, non fosse previamente operato il rinvio alla Corte di Giustizia, o ancora qualora fossero sollevate contemporaneamente questioni di comunitarietà e di costituzionalità. Cfr. M. CARTABIA, *La Corte Costituzionale italiana e la Corte di Giustizia Europea: argomenti per un dialogo diretto*, pp. 154-174, in AA.VV., *Diritto Comunitario e diritto interno, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta*, 20 aprile 2007, Giuffrè, Milano 2008.

L'ordinanza in oggetto è di notevole interesse, oltre che per le implicazioni di politica giuridica riflettenti sul rapporto tra gli ordinamenti, anche per l'operazione ermeneutica operata dal ricorrente nel momento in cui si accosta la legislazione regionale di *favor* alla norma del Trattato che sanziona gli aiuti di Stato.

Sul piano processuale, la Corte chiarisce che l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale deriva *dalla particolare natura* dei giudizi in via d'azione, tuttavia, ciò che preme sottolineare è che il Collegio con riferimento alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge della Regione Sardegna n. 4/2006 (nel testo sostituito dall'art. 3, comma 3 della legge regionale n. 2/2007, istitutivo dell'imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto) ha *riservato* alla separata ordinanza n. 103 del 2008 di sottoporre alla Corte di giustizia CE, in *via pregiudiziale* ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, l'interpretazione delle disposizioni sulla libera prestazione dei servizi e sul divieto di aiuti di Stato (artt. 49 e 81 Trattato Ce), queste ultime assunte dal ricorrente quali *elementi integrativi* del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, 1° comma, Cost..

Alcune considerazioni saranno mosse lungo i temi ripercorsi dalla Corte nella pronuncia in oggetto, inerenti alla natura non giurisdizionale della stessa, e all'utilizzo delle norme comunitarie in funzione di parametri interposti nei giudizi in via principale, che si acconciano ad essere punto di partenza per formulare delle riflessioni sul ruolo della Corte in veste di giudice nazionale del rinvio e su quello dei giudici *a quibus* nella prospettazione della questione e per sottoporre ad una rivisitazione la prassi della restituzione degli atti e delle declaratorie di manifesta inammissibilità qualora si prospettino contrasti con norme comunitarie non certamente dotate del carattere di diretta applicabilità.

Ma il dato davvero rilevante da cui la Corte italiana è ben consapevole di doversi mettere al riparo, riguarda la trasformazione del ruolo della Corte di Giustizia da giudice internazionale a Corte Federale⁷ –

⁷ Impostazioni federalistiche del fenomeno comunitario sono presenti nella dottrina italiana già a partire dalle prime annotazioni alla sentenza citata e, in specie, nel pensiero di E. BETTI, *Possibilità e limiti di un diritto di convivenza europea*, in *Foro Italiano*, 1953, IV, cit. p. 178 in riferimento all'ideoneità dei Trattati istitutivi a rappresentare il presupposto giuridico di un ordinamento a «formazione autonoma supranazionale [...] configurata ad imitazione di Stato federale.»; N. CATALANO, *La Comunità Economica e l'Euratom*, Giuffrè, Milano 1957 p.8 e p. 254. L'Autore, giurista impegnato personalmente nella redazione dei Trattati e giudice della Corte di Giustizia dal 1958 al 1962, rappresentava la CEE e l'Euratom come un assetto *embrionale di federazione* «sia pure nell'ambito di un limitato settore dell'economia», come «strutture di tipo federalistico, strutture parziali». Dello stesso Autore v. anche *Portata dell'art.11 Cost. in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, in *Foro Italiano* 1964, I, c. 474; Tra i costituzionalisti, ricca di spunti è la riflessione di A. PREDIERI che - adottando la definizione di Friedrich di forma di Stato Federale quale *forma territoriale di divisione dei poteri* (cfr. C.J. FRIEDRICH, *Governo Costituzionale e Democrazia*, Neri Pozza, Venezia 1950, p.274, *nota di chi scrive*) - delinea la peculiare situazione degli stati membri della Comunità (né federali né confederali) dovuta al mutamento della forma di Stato, da sovrano a *prefederativo*, che si trasforma non solo seguendo la linea portante delle cessioni di sovranità in attuazione dell'art. 11 Cost. e del primato del diritto comunitario ma soprattutto che si va formando «con processi fattuali in parte scanditi da atti normativi,[che] viene realizzata, conformata, arricchita dal diritto vivente, dalla prassi, dall'*acquis communautaire* e che i modifica in continuazione». Cfr. A. PREDIERI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in

focalizzando l'attenzione a) sull'evoluzione dei procedimenti di esecuzione originariamente pensati dagli artt. 160-171 CEE paradigmi tipici dei giudizi internazionali e oggi destinati a risolversi in forme di controllo federale sugli Stati; b) sulle nozioni giuridiche di diretta applicabilità e primato⁸ - o comunque alla sua progressiva attitudine a proporsi, in uno scenario in cui i *principi* comunitari sono pervasivi e votati ad una complessa ed intensa *stagione implementativa*⁹, come giudice costituzionale *forte*, custode dei *principles* comunitari incaricato della tutela dei diritti fondamentali sul territorio europeo, con la non irrilevante conseguenza che, mentre sul piano dei modelli, si assiste ad un superamento del discrimine tra le tradizioni di *common law* e di *civil law*¹⁰, sul piano dei contenuti si evidenziano competenze che vanno ben oltre quello che era – e resta – il compito “contrattato” in base all'art. 220 Trattato Ce, ovvero il *rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati*¹¹.

Le ragioni per le quali la Consulta ha ritenuto di non rivolgersi alla Corte di Giustizia per lo scioglimento della pregiudiziale comunitaria fanno oramai parte della archeologia del diritto pubblico, perché l'esigenza di riqualificazione del rinvio come strumento estremamente penetrante per permettere l'osmosi delle complesse realtà - comunitaria e nazionali - assolve a quell'interesse *pretensivo* manifestato dalla Corte Costituzionale alla esaltazione del prestigio, dell'autorità che le appartengono anche nella dimensione europea, all'acquisizione di un maggiore peso nel processo di integrazione, fino

AA.VV., *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta 15-16 ottobre 1990*, Giuffrè, Milano, 1991, pp.93-121.

⁸ L'analisi di F. Sorrentino si propone di comprendere se «alla luce dell'integrazione sin qui raggiunta e di quella che i Trattati prospettano, sia stata o stia per essere varcata la soglia di un ordinamento di tipo federale o comunque superstatale, originario e non derivato da quelli degli Stati membri». cfr. F. SORRENTINO *Profili costituzionali dell'integrazione europea*, pp. 26-27, spec. pp. 54-55, Torino, Giappichelli 1994. Si vedano ancora le osservazioni alla sentenza Simmenthal della Corte di Giustizia (Causa 106/77) di S. M CARBONE e F. SORRENTINO, *Corte di giustizia o corte federale delle Comunità europee?*, in *Giur. Cost.* 1978, I, p.654-668.

⁹ S. STAIANO, *Costituzione Europea e diritti sociali. La peculiarità del processo Costituente Europeo*, in Atti del Convegno *Una costituzione per l'Europa: diritti sociali e partecipazione*. Università di Napoli Federico II, Facoltà di Giurisprudenza, 15 Marzo 2005. Sui motivi dell'espansione del ruolo della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali si rinvia a S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. P. PANUNZIO, Jovene, Napoli 2005, spec. p.3 ss.

¹⁰ L'accettazione di criteri interpretativi di impronta anglosassone da parte dell'UE evidenzia come le ragioni che sottendevano la distinzione *common law - civil law*, abbiano ormai ceduto il passo a nuove analisi dei sistemi che hanno il loro punto di forza in un diritto a creazione fortemente giurisprudenziale.

¹¹ Sulla giurisprudenza creatrice della CGE nello sviluppo di principi giuridici fondanti si ritornerà in seguito, basti adesso accennare all'applicazione diretta del diritto comunitario, (a partire dalla sentenza *Van Gend en Loose* del 1963); al primato delle sue disposizioni (Sent. *Costa/Enel* 1963; Sentenza *Simmenthal* causa 106/77. Tra le affermazioni più recenti *Solred C- 347/96*; *Consorzio industrie fiammiferi*, C-198/01, sentenza 9 settembre 2003; Sul tema dell'applicazione e del primato la risposta della Corte Costituzionale italiana nella sent. Cort. Cost. n. 170/84 *Granital* e della giurisprudenza costituzionale tedesca cfr. *BverfGE* n.22, n.134, n.293 del 1967; *BverfGE* n. 31, n.145: cd. “*latte in polvere*”, soprattutto le due sentenze *Solange I* del 1974 e *Solange II* 1986; a *Maastricht* 1993; alla responsabilità degli Stati membri per i danni causati ai singoli a causa di una violazione del diritto comunitario cfr. sentt. *Francovich* del 1991 e *Commissione/Grecia* del 2000).

alla possibilità di poter influenzare in concreto le catene dei *precedenti*¹² filoni giurisprudenziali destinati a prevalere nel nostro ordinamento in forza della diretta applicabilità e sostanziale valenza normativa delle sentenze interpretative¹³ e, in fine, a concorrere nella determinazione di un indirizzo di costituzionalità comunitaria.

Tutti contesti nei quali la Corte costituzionale avrebbe potuto, già da tempo, «giocarsi la carta» dell'ordinanza di rinvio per concorrere alla determinazione dei principi strutturali del diritto europeo, per far valere e *prevalere*, con la motivazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza, il proprio punto di vista ovvero addurre ragioni e argomentazioni per “salvare in contraddittorio” quelle scelte normative e assiologiche cui l'ordinamento nazionale¹⁴ si mostra particolarmente tenace ma di dubbia compatibilità con il contenuto di atti comunitari.

Conseguenze positive di non secondaria importanza si rifletterebero anche nell'attività della CGE. L'opportunità di offrire argomenti strutturanti alla futura decisione dell'organo sovranazionale si concretizzerebbe in una semplificazione dei tempi necessari per il provvedimento e, soprattutto, in un

¹² La prima formulazione del *precedente giudiziario* come argomento giustificativo della decisione, può farsi risalire al principio di universalizzabilità di Chaïm Perelman. Il riferimento è, schematicamente, al cd. *principio di inerzia (inertie)* elaborato già in *De la justice* e compiutamente sviluppato nel successivo *Trattato* (Ch. PERELMAN, *La regola di giustizia*, in *Trattato dell'argomentazione giuridica*, op. cit., § 52, pp. 230-231). Sulla funzione del precedente giudiziario come mezzo per garantire la certezza del diritto nel tempo cfr. N. MACCORMICK, *Donoghue v. Stevenson and Legal Reasoning*, in *Donoghue v. Stevenson and Modern Law of Negligence*, ed. Burns Vancouver 1991, pp. 191- 213; *Formal Justice And Form Of Legal Arguments*, in *Logique et Analyse*, 103-119, p. 109, N. . MACCORMICK *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978, trad. it. (a cura di) M. La Torre, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*. Nella dottrina italiana i riferimenti si rinvengono nei lavori di M. TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, Torino, 1999, AA.VV., *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di G. TREVES, UTET, Torino 1971. Sulla nuova luce attribuita al ruolo del cd. *precedente giudiziario* nella teoria dell'argomentazione. Si rimanda allo studio di A. ABIGNENTE, *Giustificazione del precedente ed argomentazione giuridica*, in *Scritti in onore di L. Labruna*, Edizione Scientifica, Napoli 2007. L'Autore ha efficacemente osservato che «si è prodotto implicitamente nel nostro ordinamento un passaggio rilevante e significativo dall'*esempio* al *precedente*» e ricostruisce la prospettiva sul rapporto tra l'autorevolezza del precedente e la funzione, non più meramente persuasiva, svolta all'interno delle dinamiche argomentative.

Sul valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia cfr. F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Giur. Cost.* 2000, pp. 1204 ss.

¹³ Come è noto tale orientamento si è generato dalla sentenza della Consulta n. 113/85 la quale ha incluso le statuizioni risultanti dalle decisioni interpretative della CGE nel novero del diritto comunitario immediatamente e direttamente applicabile, ritenendo conclusione corollario dalla «sistemazione che la sentenza n. 170 del 1984 ha dato ai rapporti tra diritto comunitario e legge nazionale» in *Giur. it.* 1986, I, 30 con nota di M. BELLOCCI *Sul nuovo orientamento della Corte costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*. Nello stesso senso cfr. Sentt. Corte Cost. nn. 389/89, 132/90. Più in generale, per la tematica degli effetti propri delle sentenze di interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia si rimanda alla voce *Pregiudiziale comunitaria* di V. BRIGUGLIO, in *Enc. Giur.*, Roma 1997, spec. pp. 12 -13.

¹⁴ A riguardo si aggiunga che lo spostamento dell'asse centrale del diritto dall'area delle legislazioni nazionali a quella delle fonti comunitarie e delle giurisdizioni costituzionali (nazionali e europea) denota l'aspirazione, in un nuovo orizzonte sovranazionale, delle Corti ad assumere un ruolo propulsivo anche rispetto al fenomeno dell'*armonizzazione progressiva* delle legislazioni (che viene così ad affermarsi ad opera di soggetti titolari di una funzione diversa da quella).

trend metodologico di omogeneizzazione nell'uso di tecniche interpretative, di razionalizzazione delle procedure di bilanciamento fra interessi comunitari e nazionali egualmente meritevoli di tutela al fine di superare i potenziali ostacoli alla protezione e all'effettività dei diritti fondamentali dei cittadini dei singoli Stati.

In altri termini, con il suo primo rinvio pregiudiziale, la Consulta non solo dimostra di non voler restare fuori del circuito di produzione delle norme del diritto comune europeo ma soprattutto dimostra di non voler essere esclusa dal circuito di produzione dei concetti, delle logiche interne, *del senso* del diritto costituzionale dell'Unione che saranno propri della nuova *oikoumene* europea¹⁵.

In effetti, quanto sostenuto implica *a priori* che entrambi gli organi si coalizzino per la realizzazione di uno strumentario concettuale e terminologico comune, allo scopo suaccennato di adottare in via giurisprudenziale e *metademocratica*, *standards* di oggettivazione uniformi propri del neocostituzionalismo moderno¹⁶.

Tuttavia, viste le finalità e le forme (rinvio) in cui dovrebbe costruirsi un simile *contesto comune*, resta da chiarire quali sono le premesse teoriche da cui osservare il fenomeno.

Una precisazione sul punto ha una sua priorità per sostenere la tesi che dopo questa ordinanza, l'*Europe des Juges* non è più l'Europa dei soli giudici comunitari (quella di Lecourt, per intendersi)¹⁷ ma l'Europa dei giudici *costituzionali*, il precipitato storico e tuttora *in fieri* di una *sintesi contestuale dialettica*, che si erge sulla fusione dei punti di vista interno ed esterno (dai quali, comunemente ed alternativamente, era ritenuto possibile osservare le dinamiche degli ordinamenti) e di cui il meccanismo del rinvio costituisce un presupposto imprescindibile.

Per quanto concerne le premesse teoriche, il rinvio ai sensi del 234 TUE, la richiesta di risoluzione del dubbio, e più in generale, tutta la problematica giuridica che orbita intorno all'idea della pluralità di ordinamenti, ripercorre il pensiero *ermeneutico*¹⁸ che testimonia l'inadeguatezza dell'atomismo interpretativo ai fini della comprensione, e allo stesso tempo la tensione alla costruzione di un *contesto comune* all'interno del quale articolare il senso e il linguaggio del discorso.

La strategia interlocutoria che passa attraverso il rinvio è un sintomo del bisogno che hanno le giurisdizioni di comprendere l'essenza e la struttura di un elemento, nella fattispecie la disposizione del Trattato, da cui la Corte Costituzionale non è in grado di ricavare la norma e della quale riconosce

¹⁵ H.G. GADAMER, *L'Europa e l' oikoumene*, pp. 37-67; in Id. *L'Europa e la Filosofia* di M. Heidegger, H.G. GADAMER, Venezia, Marsilio, 1999. In questo saggio, il Filosofo tedesco si chiede quali conseguenze derivino sul piano filosofico, dall'estensione del "mondo abitato" e, al suo interno, dell'Europa. La nostra prospettiva, invece, sposta la ricerca degli effetti di tale fenomeno, in senso lato, sul piano giuridico.

¹⁶ Cfr. T. MAZZARESE, a cura di, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

¹⁷ R. LECOURT, *L'Europe des Juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

¹⁸ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. di G. Vattimo, Bompiani, Milano 1995¹⁰; F. VIOLA, *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica linguistica e l'ermeneutica*, in "Ars interpretandi", 2, 1997.

l'*estraneità*. Quella norma è formulata in un linguaggio *straniero*, appartiene alla dimensione comunitaria e la Corte della stessa ne *presuppone* un senso comune da cogliere, attraverso il filtro intellettuale dell'interpretazione, l'esistenza passaggio obbligatorio e necessario per oltrepassare i confini ed entrare a far parte dell'ordinamento interno.

La ricerca del linguaggio comune, con cui decodificare la complessità giuridica e istituzionale, ma anche sociale e culturale, propria delle realtà federali è il motore del processo evolutivo che stanno compiendo le due Corti.

Perché è soprattutto nel *federalismo inteso come processo*¹⁹ che diventa concretamente operante ed essenziale la creazione di un significato condiviso *intersoggettivo*²⁰ che viene prodotto e si appalesa nell'ambito di una cooperazione giuridico/interpretativa.

Nell'ordinanza n. 103/08 sembrerebbe leggersi in chiave strettamente giuridica, un principio supremo della filosofia ermeneutica: l'arte del colloquio.²¹

«Il principio supremo dell'ermeneutica filosofica è [...] che non possiamo dire ciò che vorremmo per intero. Siamo sempre rimasti un po' indietro, se non riusciamo a dire tutto ciò che propriamente volevamo. Ma cosa volevamo propriamente? [...] Volevamo convenire con l'altro [...]. Con una parola, volevamo trovare il linguaggio comune. Ciò si chiama colloquio.»²²

2. La "solitudine" del Giudice delle leggi in ordine alla nozione di giudisdizione nazionale.

Affrontando per prima l'affermazione della Corte in ordine alla sua legittimazione soggettiva ad adire la Corte di Giustizia, non può passare inosservata la frattura dirompente con il precedente orientamento, inaugurato con la sentenza n. 13 del 1960²³ e ribadito con forza nel 1995 con l'ordinanza n.536, in cui la Corte sosteneva da un lato che l'interpretazione della normativa comunitaria spetta alla Corte di Giustizia, tranne nel caso in cui appaia indiziata di collidere con i principî supremi dell'ordinamento costituzionale italiano e dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione (controllo di costituzionalità e *teoria dei*

¹⁹ L'autorevole ricostruzione del federalismo come fenomeno dinamico, di lunga durata cd. *federalizing process* appartiene a C. J. FRIEDRICH, «*Federalism is also and perhaps primarily the process of federalizing a political community*». Secondo il teorico tedesco si avrebbe federalismo solo qualora un insieme di comunità politiche coesistono ed interagiscono come enti autonomi e partecipanti. «*In the light of the foregoing, it is possible to define federalism and federal relations in dynamic terms [...] it seems at the outset desirable to stress that federalism should not be seen only as a static pattern or design, characterizing by a particular and precisely fixed division of power between governmental levels*», in *Trend of federalism in Theory and Practice*, pp.3 ss. spec. p.7, Pall Mall Press, London 1968.

²⁰ Nell'opera citata l'accento è posto soprattutto sul modo in cui le comunità politiche entrano in contatto per trovare delle soluzioni comuni, adottare *decisioni* comuni su *problemi* comuni. *Ibidem*.

²¹ H. G. GADAMER, *L'Europa e l'oikoumene*, op. cit. p.50.

²² Ivi, pp. 49-50.

²³ Corte Costituzionale sent. 23 marzo 1960, n.13 in *Giur. Cost.* 1960, pp. 123 ss., con osservazioni fortemente critiche di V. ANDRIOLI, *Intorno all'applicabilità della l. 25 marzo 1958 n. 260 ai giudizi davanti alla Corte Costituzionale*.

controlimiti)²⁴ ovvero risulti di per sé «*chiara ed evidente*» - circostanza che abiliterebbe il giudice nazionale ad assorbire nella sua opera ermeneutica il significato della disposizione – dall'alto che non fosse ravvisabile in essa «*quella "giurisdizione nazionale" alla quale fa riferimento l'art.177 (ora art. 234) del Trattato*» non potendo la stessa essere inclusa «*fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano*»²⁵ a ragione delle endemiche differenze tra i compiti *ben noti e storicamente consolidati* propri delle giurisdizioni²⁶ e quelli del tutto innovativi - di *custode* della Costituzione e del delicato equilibrio fra organi e poteri - affidati alla Consulta.

Dal punto di vista pratico, la conclusione accolta con l'ordinanza n. 536/95²⁷ - che riguardava un giudizio instaurato in via incidentale - fu la restituzione degli atti al giudice *a quo* affinché, attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, si dotasse della portata interpretativa «*certa ed affidabile*» della norma comunitaria²⁸, così da «*assicurare l'effettiva (e non già ipotetica e comunque precaria) rilevanza e non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale*»²⁹.

L'argomento della natura non giurisdizionale della funzione, dunque, sembrava profilarsi all'orizzonte come un principio incontrovertibile, il cui razionale sviluppo avrebbe dovuto portare ad escludere la natura di organo giurisdizionale della Corte anche *ab externo* delle decisioni relative alla

²⁴ Al riguardo la Corte costituzionale si è espressa nel senso della *somma improbabilità* che l'atto comunitario risulti incostituzionale ma non ne ha escluso la mera *possibilità*. Cfr. sent. Corte Cost. n. 232/89 punto 3.1 del *considerato in diritto*. Tuttavia il caso resta teorico dal momento dell'avvenuto riconoscimento da parte della CGE dei principi comuni del diritto costituzionale degli Stati membri e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo come principi del diritto comunitario.

²⁵ Corte Cost. ord. n. 536/95 in *Foro it.* 1996, pp. 783-794, con nota di A. BARONE *Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi*.

²⁶ Cit. sent. n. 13/60 ripresa testualmente nella ord. n. 536/95 e assunta come precedente dalla Corte.

²⁷ Anche in questo passaggio la Corte sottolinea la continuità della propria giurisprudenza richiamando l'ordinanza n. 206/76 da cui trae origine la prassi della restituzione degli atti al giudice remittente al fine della riconsiderazione della questione attraverso l'attivazione della pregiudiziale comunitaria per l'accertamento definitivo del contenuto e della sfera di applicazione di una norma, premesse all'impossibilità per la Corte costituzionale di pronunciarsi sulla incostituzionalità delle norme interne difformi, cfr. ord. Corte Cost. n. 206/76, in *Foro it.* 1976, I, pp. 2288 ss., con nota di A. TIZZANO *Sull'incostituzionalità» delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari*. In effetti tale prassi si è poi consolidata fino al punto che il Collegio ha motivato una decisione declinatoria (ordinanza n. 319 del 1996) con il semplice argomento del precedente, nella fattispecie rappresentato dalla pronuncia n.536/95. La notazione sottolinea come siano - più o meno scientemente - presenti i fondamenti teorici propri della teoria dell'argomentazione secondo la quale, nell'accezione perelmaniana il rinvio al precedente ha il carattere di "regola dell'onere di argomentazione", per cui il richiamo ad una prassi esistente non ha bisogno di essere giustificata ma solo il mutamento necessita di giustificazione. Cit. CH. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris 1958, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. trad. it. (a cura di) C. Shick, M. Mayer, Einaudi, Torino 3^oed. 2001, cit. pp. 51-52.

²⁸ Invocata quale parametro interposto.

²⁹ Secondo il criterio fatto proprio dalla Corte costituzionale, per il quale si vedano in particolare le ordinanze n.85/02 e n.454/06, e da ultime la sentenza n.284/07 e l'ordinanza n.415/08, la pregiudiziale comunitaria costituirebbe *un prius* logico, oltre che processuale, rispetto alla pregiudiziale costituzionale poiché che le questioni concernenti disposizioni di legge non applicabili (che si ritraggono di fronte al diritto comunitario dotato di efficacia diretta) sono inammissibili per difetto di rilevanza.

pregiudiziale comunitaria, ed essere riferibile, cioè, al contesto complessivo dell'analisi funzionale della giurisprudenza costituzionale.

Ed infatti, tale affermazione rappresenta una “*distonia*” per il livello di coesione del sistema se si considera, da un lato che della qualificazione della Corte costituzionale quale autorità giurisdizionale³⁰ tenuta ad investire la CGE di una questione pregiudiziale vi era stato un cenno, un *obiter dictum* sfuggito alla penna del relatore (Granata) della sentenza n. 168/91³¹ (precisamente nella pronuncia non si negava in linea di principio la possibilità, se pur in termini di mera facoltà, per la Consulta di sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art.234)³²; dall'altro che malgrado la Corte costituzionale avesse perentoriamente negato di poter essere inclusa tra organi giudiziari, se pur speciali (in quanto svolge essenzialmente la diversa funzione di suprema garanzia dell'osservanza della Costituzione della Repubblica) aveva invece riconosciuto a se stessa, in forza della medesima *ratio*, il titolo di giudice *a quo*, sia nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale (ord. 73/65) sia nei giudizi in sede di conflitto di attribuzioni (*ex plurimis* ordd. n. 22/60³³, n. 297/95, n. 228/01) e tra poteri (sent.68/78) nonché in sede di giudizio di accusa (ord. 2/77 e sent. 125/77)³⁴.

³⁰ Sulla definizione di «funzione giurisdizionale» nella teoria generale del processo, v. C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.* Torino, 1993, vol. IX, pp. 127 ss.

³¹ Sentenza Corte Cost. n. 168/91, in *Giur. cost.* 1991, pp.1416-1419 con commento di F. SORRENTINO, *Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili*. Il caso riguardava lo strumento della delegazione di cui all'art. 76 della Costituzione per l'attuazione di norme comunitarie. In particolare il giudice *a quo* presumeva violato un principio della legge delegante che imponeva il rispetto di una direttiva comunitaria. L'Autore si sofferma sul ragionamento svolto dalla Corte per pervenire alla decisione di inammissibilità (rimarcando come l'inclusione del caso nel solco della giurisprudenza *Granital* (sent. 170/84) rappresentasse, in realtà, una leggera *forzatura*, poiché nella questione di legittimità sollevata dal remittente il parametro di riferimento era costituito dall'art. 76 Cost. non dall'art. 11 Cost. e che inoltre, la norma comunitaria altro non designava che un elemento integrativo della fattispecie della delegazione) e, criticamente, sul punto n. 6 del *considerato in diritto* circa il *revirement* espresso in termini di mera *facoltà*, e non di *obbligo*, della Corte di sollevare il rinvio di cui all'art. 177 del Trattato di Roma. Problemi di costituzionalità dei decreti di attuazione delle direttive comunitarie sono stati affrontati dalla Consulta anche nella sent. 285/93 per la quale cfr. M. CARTABIA, *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*. In *Giur. cost.* 1993, pp. 2044-2055, G. BRUNELLI, *Modello costituzionale e prassi legislativa nella delega per l'attuazione delle direttive comunitarie*, *ibidem*, pp. 2034-2044;

³² *Ivi*, punto 6. *considerato in diritto*.

³³ La Corte costituzionale, quando sia sollevata innanzi ad essa (nella specie: in un giudizio per conflitto di attribuzione fra lo Stato e la Regione siciliana) una questione di legittimità costituzionale non manifestamente infondata e necessaria ai fini della decisione del giudizio principale, ne dispone la trattazione innanzi a se stessa, ed il rinvio del giudizio principale. Ordina che si faccia luogo alle notificazioni, alle comunicazioni ed alle pubblicazioni di rito ed assegna alle parti un termine per il deposito delle deduzioni sulla questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale.

³⁴ La Corte costituzionale, con sua ordinanza, emessa nella stessa udienza, rilevava che essa, in sede di sorteggio dei giudici aggregati, era abilitata ad esaminare questioni di legittimità costituzionale di norme regolanti le relative operazioni mentre le questioni proposte non riguardavano questa materia per cui le dichiarava, allo stato, inammissibili. Con l'ordinanza n. 2 del 7 maggio 1977 accoglieva parzialmente le istanze medesime disponendo il rinvio degli atti alla Corte costituzionale nella sua composizione ordinaria per la decisione delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 16 e 27 della legge 26 gennaio 1962, n. 20, per contrasto con gli artt. 90, 96, 134

A ben vedere, la suaccennata “*distonia*” rappresenta un *vulnus* che si appalesa specialmente se parametrato sulla posizione della Corte di Giustizia, tenacemente ripetuta dalla dottrina³⁵, la quale ritiene determinante l’argomento in forza del quale il compito di circoscrivere la nozione di giudice del rinvio ai sensi dell’art. 234 TUE pertiene, non ai giudici degli stati membri, ma alla stessa Corte di Lussemburgo, il solo organo di collegamento tra gli ordinamenti, idoneo a garantire il primato e l’uniforme applicazione del diritto comunitario.

E non residuano margini di dubbio, con riferimento a tale impostazione, se si considerano i principi comunitari in tema di rinvio, normativamente qualificati dal Trattato istitutivo e per ciò solo insuscettibili di essere valutati mediante diversi criteri di riferimento, escludendo *a fortiori* le regole giuridiche/interpretative fissate dall’interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri, destinate inevitabilmente a cedere a causa della prevalenza accordata alle norme di diritto comunitario.

Come era prevedibile, trattandosi con ogni evidenza di diritto comunitario e non interno, il giudice europeo era già intervenuto sul punto e, ribadita preliminarmente la propria competenza, ha enucleato una serie di criteri in base ai quali valutare se un organo che rimetta alla sua attenzione una questione di interpretazione sia o meno ascrivibile alla categoria dei soggetti legittimati.

Eloquente è l’affermazione presente nella sentenza *Dorsch Consult*³⁶: «*per valutare se un organo remittente possenga le caratteristiche di un giudice ai sensi dell’art. 177 del Trattato, questione unicamente di diritto comunitario, è importante tener conto di un insieme di elementi quali l’origine legale dell’organo, il suo carattere permanente, l’obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l’organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente.*»

Lasciando sullo sfondo il filone, più generale, relativo alla violazione da parte di uno Stato membro del diritto comunitario e l’obbligo di risarcimento del danno cagionato ai singoli³⁷, nella causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo s.p.a. c / Repubblica italiana*, la Corte di giustizia ha condannato lo Stato italiano, poiché una parte non irrilevante degli organi amministrativi e giurisdizionali - compresa la Corte di Cassazione - aveva erroneamente interpretato ed applicato una norma nazionale determinandone il

Cost. in relazione anche agli artt. 3, primo comma, 25, primo comma, e 102, commi primo e secondo, della medesima Costituzione. Ordinava altresì la sospensione del procedimento penale nei confronti dei ministri.

³⁵ Cfr. M. CARTABIA, *La Corte Costituzionale italiana e la Corte di Giustizia Europea: argomenti per un dialogo diretto*, pp. 159-160, in AA.VV., *Diritto Comunitario e diritto interno*, cit.; dell’Autrice si rimanda anche a *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea.*, in *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pp. 105 ss., spec. nota n.13.

³⁶ Corte di giustizia, causa C-54/96 *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, in Foro it. 1997, IV, con osservazioni di A. BARONE, pp. 361-363.

³⁷ Per la quale si vedano le celeberrime sentenze *Francovich* punto 40; *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, punto 51.

contrasto con il diritto comunitario³⁸: risultando particolarmente significativi, ai fini del nostro discorso, i passaggi da cui si desume l'*obbligo* per i giudici di *ultima* istanza di avvalersi del rinvio pregiudiziale, pena lo scattare della responsabilità dello Stato³⁹.

A tal proposito vi è comunque da aggiungere che, se da un lato l'asseritamente rigida formulazione testuale dell'art.234 del Trattato sembra essere tanto angusta da non ammettere deroghe all'equazione "giurisdizioni di ultima istanza" *ergo* "obbligo di rinvio", è pur vero che la Corte di giustizia, consapevole della complessità sistemica coesistente alla concorrenza tra gli ordinamenti in cui opera, ha individuato in via interpretativa una serie di contemperamenti.

Di lapidaria chiarezza i canoni ermeneutici della *pertinenza*, della *novità* e del *cd. atto chiaro*, esplicitati nella sentenza *Cilfit*⁴⁰ del 1982. per i quali se da una parte «l' art . 177 , 3° comma, del Trattato CEE, va interpretato nel senso che una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio», specularmente si fanno salve le ipotesi in cui il giudice di ultima istanza :1) "non abbia constatato che la questione non è pertinente"; 2) "la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte"; 3) "la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi"; la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto

³⁸ Il precedente in materia di *violazione del diritto comunitario imputabile ad un giudice supremo* è rinvenibile nella sentenza del 2001 c-224/01 *Gerhard Köbler, c/ Republik Österreich*, con nota di E. SCODITTI, «*Francoovich*» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.* 2004 IV 3-4. Come risulta, in particolare, dai punti 51-57 della decisione la violazione manifesta si valuta, in particolare, alla luce di un certo numero di criteri quali il «grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso, o la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE, ed è presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia» (cit., punti 53-56). Tali tre condizioni sono, in effetti, necessarie e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, senza escludere che la responsabilità dello Stato possa essere accertata anche in base al diritto nazionale. Da qui la conclusione che «il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente».

³⁹ Si legge nella decisione causa C-173/03 *Traghetti* che «Il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale. [...] Infatti, escludere, in simili circostanze, ogni responsabilità dello Stato equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio secondo il quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni cagionati ai singoli da violazioni manifeste del diritto comunitario derivanti dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, in quanto una siffatta esclusione non garantirebbe ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro», *Ivi*, punti nn. 33, 36, 40, 44, 46 e dispositivo.

⁴⁰ Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81 *Cilfit Srl e Lanificio di Gavardo s.p.a. c/ Ministero della Sanità*, con nota di A. TIZZANO in *Foro it.* 1983 IV, pp. 63 ss.

comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della comunità»⁴¹, ferma restando la possibilità per i giudici nazionali di chiedere ai Giudici di Lussemburgo di cambiare i propri orientamenti e di proporre nuovamente la questione alla luce di nuovi elementi.

Anche a voler prescindere dal ruolo della prassi concretamente seguita dalle giurisdizioni di merito, è evidente che la previsione del Trattato e i corollari che dalla stessa disposizione ne sono derivati, ricadono nel più ambizioso disegno di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario, fine indubbiamente perseguito e che potrà considerarsi compiutamente realizzato nel momento in cui la pronuncia della Corte di Giustizia resa ai sensi del 234 TUE verrà intrisa dell'autorevolezza dei ragionamenti, non solo delle Corti di ultima istanza, ma soprattutto del prestigioso apporto ermeneutico e culturale delle decisioni dei Custodi delle Costituzioni, analogamente collocati al vertice della giurisdizione per garantire la coerenza del diritto legislativo con le norme sovraordinate.

Nella misura in cui si riflette sulle considerazioni succintamente svolte, legittimamente si insidia il dubbio che assestandosi su questa posizione di ostinata avversione al dialogo e nascondendosi dietro un corpo giurisprudenziale così netto e consolidato, la Corte avesse dimostrato, prima del *revirement* effettuato nella sentenza 102/08⁴², di aver inteso la definizione di giurisdizione nazionale alla luce dei soli parametri costituzionali e di aver costruito, in un certo senso, una nozione domestica di giurisdizione, mentre l'*overruling* operato nell'ordinanza 103/08, da più parti auspicato in dottrina, ha messo in luce come l'argomento portante della natura non giurisdizionale delle funzioni fosse stato, in realtà, un espediente di comodo per sottrarsi ad un obbligo (vincolo) comunitario dettato in parte dall'ingiustificata preoccupazione di perdere una porzione della propria sovranità⁴³ che sarebbe rimasta assorbita, anche dal punto di vista del rapporto gerarchico, all'interno dell'unica istanza giurisdizionale europea.

A tutt'oggi, i segni di una simile *incomprensione* si evincono da quelli che appaiono suscettibili di essere rappresentati come punti fermi del pensiero delle due Corti in materia, a proposito del più ampio

⁴¹ Ivi, punto 21.

⁴² Ove si legge: «La nozione di "giurisdizione nazionale" rilevante ai fini dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale deve essere desunta dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione "interna" dell'organo remittente», punto 8.2.8.3. *considerato in diritto*.

⁴³ Cfr. le osservazioni di Gustavo Zagrebelsky sull'esistenza di una *ratio* comune negli atteggiamenti assunti dalla Consulta nei confronti della Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo in *Corti europee e corti nazionali*, resoconto della relazione al Convegno dell'Osservatorio costituzionale della Luiss su *I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea* 12 gennaio 2001, sul sito <http://www.luiss.it/semcost/europa/zagrebelsky/>. L'Autore conclude per un atteggiamento preordinato alla difesa della «legittimità dell'ordinamento italiano» potenzialmente esposto al pericolo che la «concorrenza di giurisprudenze sfasate» delle due corti costituzionali possa «produrre la delegittimazione della nostra Corte nazionale»; Sulla "sovranità" della Corte come ragione presupposta impeditiva alla proponibilità di questioni pregiudiziali, cfr. M. CARTABIA, *La Corte Costituzionale italiana e la Corte di Giustizia Europea: argomenti per un dialogo diretto*, op. cit. p. 163.

discorso sull'individuazione degli organi soggettivamente legittimati a sollevare rinvii pregiudiziali dinanzi ad esse. Emblematiche della discrasia sono le letture fornite sulla natura del Consiglio di Stato in funzione consultiva⁴⁴ e sulle Autorità amministrative indipendenti⁴⁵, di recente dai Giudici di Lussemburgo⁴⁶.

Ma giova ad ogni modo rimarcare che di tale *solitudine* non è affetta la sola Corte Costituzionale italiana.

La tendenza a non utilizzare lo strumento processuale della pregiudiziale comunitaria, e dunque a non instaurare un rapporto collaborativo diretto con i Giudici di Lussemburgo, è un comportamento che ha coinvolto anche le altre Corti costituzionali, ad eccezione della *Court d'Arbitrage* belga, del *Verfassungsgerichtshof* austriaco, e dello *Staatsgerichtshof* del Land d'Assia che hanno già avuto modo di effettuare il rinvio⁴⁷, e del *Lietuvos Aukščiausios Teismas* (Lituania) che di recente, e a distanza di pochi mesi, vi ha provveduto due volte.⁴⁸

⁴⁴ Già con la decisione *Garofalo* (cause riunite da C-69/96 a C-79/96) la CGE aveva ammesso a sollevare rinvio pregiudiziale comunitario il Consiglio di Stato nell'esercizio della funzione consultiva svolta nell'ambito di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, sulla base della natura vincolante del parere. Tuttavia il Consiglio di Stato nega, da sempre, la propria legittimazione ad adire la Corte costituzionale quando svolge la sua attività in sede consultiva, ritenendo insussistenti i requisiti prescritti dall'art. 23 l. 87/53. Cfr. Sentenza 16 Ottobre 1997, in cause riunite da C-69/96 a C-79/96, in *Riv. Dir. Pubblico Comunitario* 1998, p.694 con nota di D'ALESSIO-PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica fuzzy della Corte di Giustizia*; Al contrario la qualità di giurisdizione, ai fini della pregiudiziale comunitaria, è stata negata dalla CGE al Tribunale in sede di volontaria giurisdizione nella causa C-111/94 *Job Center I*, mentre lo stesso organo è stato ritenuto legittimato a sollevare la pregiudiziale costituzionale dalla Consulta in una delle principali applicazioni del criterio soggettivo (l'esserci un giudice) previsto dalla legge 87/53 cfr. *ex plurimis* Corte Cost. ss. 5 e 129/1957.

⁴⁵ Sulla legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti ad adire la Corte Costituzionale si veda G. AMATO, *Autorità semi indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1997, p.645 ss.; contra cfr. F. SALMONI, *L'Antitrust come «giudice a quo»: riflessioni critiche*, in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI, Giappichelli, Torino 1997.; C. PINELLI, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale e nozione di giudice «a quo»*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale* a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Torino 2000.

⁴⁶ Precisamente nella pronuncia *Syfait* (Causa C-53/03) è stata negata all'*Epitropi Antagonismou* (Commissione ellenica per la concorrenza) la possibilità di utilizzare il rinvio pregiudiziale perché soggetta alla tutela del Ministro per lo Sviluppo e la CGE considerando che una tale tutela potesse implicare, entro certi limiti, da parte del detto Ministero un controllo sulla legittimità delle decisioni dell'*Epitropi Antagonismou* non ha ammesso il rinvio ex art.234 TUE, in linea teorica si evince che fermi restando i criteri elaborati intorno alla nozione di *giurisdizione*, i Giudici europei sono giunti a soluzioni non univoche, dipendendo la legittimazione, talvolta dal criterio della *prevalenza* talaltra dell'*indipendenza*, così che l'A.A.I possa ritenersi assimilabile a quella di un'amministrazione piuttosto che ad una giurisdizione, ovvero prendendo atto della posizione di terzietà e imparzialità rispetto ad altri organi.

⁴⁷ In questi casi, la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta dalla *Cour d'arbitrage* del Belgio alla Corte nel procedimento C-93/97, nella causa dinanzi ad essa pendente tra *Fédération belge des chambres syndicales de médecins ASBL e Governo fiammingo, Governo della Comunità francese, Consiglio dei ministri*, verte sull'interpretazione dell'art. 31 della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/16/CEE, intesa ad agevolare la libera circolazione dei medici e il reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli. Dal *Verfassungsgerichtshof* nel procedimento C-143/99, e diretta ad ottenere, nelle cause dinanzi ad esso pendenti tra *Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH e Finanzlandesdirektion für Kärnten*, una pronuncia pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 92 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica,

In conclusione, il nostro giudice costituzionale, (giurisdizione di unica istanza per la quale stando al disposto dell' art. 137, terzo comma, Cost. non è ammessa alcuna impugnazione) che si era da sempre categoricamente sottratto al compito comunitario di dare l'input al circuito dialogico con il diritto vivente europeo, nell'ordinanza n.103/08 ha avvertito l'esigenza procedere ad una vigorosa virata e di chiarire la propria posizione al riguardo affermando con indiscusso rigore che «pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE»

La portata innovativa dell'affermazione si arresta, però, quasi immediatamente, poiché resta circoscritta all'ambito dei giudizi in via principale, dove come è ovvio, manca qualsiasi altro giudice su cui far ricadere l'onere del rinvio ex. 234 TCE, in sede di esercizio della funzione giurisdizionale in via d'azione essendo la Corte *l'unico giudice* chiamato a pronunciarsi sulla controversia si autoqualifica legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE.

Quanto esposto ritengo faccia emergere in maniera immediata un primo, sostanziale interrogativo: se la Corte costituzionale *costituisce una giurisdizione nazionale*, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, è ancora immaginabile la differente conclusione che viene accolta da una parte della dottrina e dalla stessa Consulta per quanto concerne i giudizi di legittimità costituzionale instaurati in via incidentale con riferimento al meccanismo del rinvio?

3. La risoluzione delle antinomie nei giudizi in via d'azione. Brevi cenni sul principio di supremazia e degli effetti diretti e la portata (più o meno) innovativa del novello I comma dell'art.117 della Costituzione.

Per far luce su questi interrogativi giova preliminarmente esaminare un altro passaggio essenziale sul quale si è soffermata la Corte e concernente, appunto, le diverse modalità con cui operano i precetti comunitari in relazione alle leggi regionali, a seconda che il giudizio sia instaurato in via incidentale –

art. 87 CE). Nel caso dello *Staatsgerichtshof* del Land d'Assia, la questione alla CGE è stata presentata nel procedimento C-158/97, e verteva sull'interpretazione dell'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, con nota di C. SALAZAR, *La "ragionevole irragionevolezza" da ossimoro a endiadi? Un'importante precisazione della Corte di giustizia sulle azioni positive in favore delle donne* in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2000 p.975-982.

⁴⁸ La prima decisione di investire preliminarmente la Corte di Giustizia risale al maggio 2007 (caso N.47/04) e riguarda l'interpretazione della direttiva 2003/54/CE del 26-6-2003 che ha dettato norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica. La seconda domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE è stata proposta dai supremi giudici lituani il 30 aprile 2008, nel procedimento C-195/08 PPU (Causa *Inga Rinau* peraltro decisa a seguito di un procedimento pregiudiziale d'urgenza). La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione del regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

davanti ad un giudice e nel corso di un giudizio - ovvero a seguito di ricorso proposto in via principale dallo Stato - qualora ritenga che una Regione abbia emanato una legge eccedendo le competenze costituzionalmente assegnatele – o dalla Regione a salvaguardia della propria sfera di competenza che si ritiene lesa da un atto legislativo dello Stato o di un'altra Regione.

In queste ipotesi di risoluzione delle antinomie nei giudizi in via d'azione, il processo di concretizzazione del diritto applicabile, teleologicamente orientato alla costruzione di quello che abbiamo provato a definire come «*contesto comune*», trova uno dei suoi momenti di maggiore razionalizzazione giacché in tali giudizi la Corte Costituzionale non può tirarsi fuori dal circuito del rinvio essendo l'*unico giudice* chiamato ad esprimersi sulla questione di legittimità e il sottrarsi a tale obbligo minerebbe alla base il principio fondamentale del «generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario quale interpretato dalla Corte di giustizia CE»⁴⁹.

L'affermazione si colloca all'interno di un discorso decisamente più ampio e problematico inerente ai rapporti che intercorrono tra l'ordinamento comunitario e quello interno ed il cui filo rosso si rinviene da un lato, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'efficacia delle norme prodotte dalle fonti comunitarie e della loro *primauté*; dall'altro, nelle pronunzie che hanno scandito gli orientamenti della Corte costituzionale in tema di rapporti tra questione di legittimità costituzionale e compatibilità del diritto nazionale con il diritto comunitario primario e derivato.

Tutte tappe ben note che in questa sede non potranno essere trattate *funditus* ma che tuttavia - non potendo costituire delle monadi rispetto all'ordinanza in commento - meritano di essere quantomeno riassunte in una breve riflessione.

La chiave di lettura per la risoluzione dei casi di eventuale contrasto tra diritto interno e diritto comunitario è stata offerta nei primi anni '60 dalla CGE con le sentenze *Van Gend&Loos*⁵⁰, *Costa Enel*⁵¹

⁴⁹ Si legge nella motivazione della rilevanza che: «in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia; [...] conseguentemente, ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE, risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE.»

⁵⁰ Corte di Giustizia, decisione 5 febbraio 1963, C-26/62. Già i primi commenti dell'epoca segnalavano l'importanza della pronuncia sulla nascita dell'effetto diretto e si segnalano le note di F. DURANTE, *Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee* in *Riv. Dir. Int.*, 1963, pp. 415-421; P. GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*, 1963, in *Giur. it.*, IV, Sez. 4ª, Col. 49-56; M. BERRI, *Sull'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione giurisprudenziale autentica ai sensi dell'art.177 del Trattato CEE*, in *Giustizia Civile* 1963, I, pp. 1226-1231.

⁵¹ Sentenza 15 luglio 1964, C-6/64 in *Giur. it.*, 1964, I, Sez. I, Col. 1073-108 con nota di P. GORI, *La preminenza del diritto della Comunità europea sul diritto interno degli stati membri*; in *Il Foro it.*, 1964, IV, Col. 152-159, con nota di N. CATALANO, *Portata dei Trattati Istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*. In ordine alla successiva e "parallela" decisione della Corte costituzionale si rinvia alla nota di M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla sentenza della Corte costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'Enel*, in *Giur. Cost.* 1964, p. 444 ss.

e *Simmenthal*⁵² nelle quali partendo dalla premessa teorica dell'originarietà dell'ordinamento comunitario⁵³ e dalla peculiarità della natura giuridica dei Trattati Istitutivi, i giudici di Lussemburgo sono giunti all'affermazione del principio del primato (tesi monista) e del cd. effetto diretto negli ordinamenti interni degli Stati membri di tutte le disposizioni del Trattato che attribuiscono «ai singoli dei diritti soggettivi che il giudice nazionale ha il dovere di tutelare»⁵⁴, anche in assenza di misure legislative o amministrative poste in essere dalla autorità nazionali.

Ripercorrendo l'iter logico seguito dalla CGE: i Trattati istitutivi - a differenza di quanto normalmente accade per il diritto internazionale pattizio - hanno fondato una comunità dotata di poteri effettivi provenienti da una cessione permanente dei poteri sovrani degli Stati aderenti e da una limitazione della competenza, sia pure in campi circoscritti, creando quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi».

In altre parole, rispetto agli Stati membri, l'ordinamento comunitario è connotato dai caratteri dell'autonomia e dell'integrazione, e non si arresta alla previsione di situazioni giuridiche soggettive che riguardino i soli Stati contraenti ma va ben oltre, riconoscendo direttamente in capo ai loro cittadini diritti e obblighi.

Per quanto concerne la nozione di *efficacia diretta* e la possibilità di estrarre tale qualità da numerose norme del Trattato e/o dalle altre fonti - diverse dai regolamenti per i quali, come è noto, ai sensi dell'art. 249 la diretta applicabilità e gli effetti diretti verticali e orizzontali sono una qualità intrinseca dell'atto - la Corte di Giustizia ha sviluppato una serie di requisiti sostanziali che le disposizioni devono possedere affinché possano essere fatte valere direttamente nei rapporti intersoggettivi.

L'archetipo delle decisioni in materia di effetto diretto (in senso verticale) delle norme del Trattato è la ricordata pronuncia *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen*.

⁵² Sentenza 9 marzo 1978, C-106/77, S.M. CARBONE, F. SORRENTINO, *Corte di giustizia o corte federale delle Comunità europee?*, in *Giur. cost.*, 1978, I, pp. 654-668; P. BARILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1978, I, pp. 641-653.

⁵³ Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos v. Administratie der Belastingen*; ove si legge: «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie».

⁵⁴ Nella pronuncia citata la Corte ha anche affermato che «lo scopo del Trattato Cee, cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti».

La sentenza *de quo* aveva ad oggetto la risoluzione in via pregiudiziale dell'effetto diretto dell'attuale art. 25 (*ex art.* 12) del Trattato, il quale vieta agli Stati membri di istituire dazi doganali all'importazione o all'esportazione o tasse di effetto equivalente.

In particolare, il nucleo del *petitum* del giudice del rinvio si concentrava nel chiedere se i cittadini degli Stati membri potessero trarre direttamente dall'articolo del Trattato una serie di diritti tutelabili innanzi ad esso.⁵⁵

L'esigenza di tutelare la continuità degli ordinamenti si rinviene negli esiti finali della ricostruzione teorica compiuta della CGE sulla cd. *primauté* del diritto comunitario con effetti diretti e dei meccanismi attraverso i quali viene attuato.

Si è soliti rappresentare le conclusioni raggiunte nella sentenza *Simmenthal* (C-106/77) come le più emblematiche e decisive di tale orientamento, anche perché formulate in reazione alla soluzione della Corte costituzionale italiana in materia di contrasto tra regolamento comunitario e legge interna ad esso successiva⁵⁶ con il conseguente obbligo per il giudice *a quo* di sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 11 Cost..

La celeberrima decisione sorgeva a seguito di rinvio *ex art.* 177 [art. 234 TU] effettuato dal pretore di Susa con cui si chiedeva se l'obbligo di sollevare previamente la questione di legittimità costituzionale per la legge interna posteriore all'atto comunitario, non fosse in contrasto con quanto stabilito dalla Corte Europea in tema di efficacia diretta⁵⁷.

Infatti, la CGE muove dalla premessa che l'ordinamento comunitario sia un *unicuum* con quello degli stati membri e giunge a collocare le disposizioni comunitarie in cima alla piramide delle fonti

⁵⁵ Nella motivazione della Corte si legge che, in primo luogo, bisogna «aver riguardo allo spirito, alla struttura ed al tenore di esso» e principalmente che la norma deve stabilire un obbligo «chiaro e preciso» e deve essere «immediatamente applicabile» (nel senso di non essere subordinata all'emanazione di un ulteriore provvedimento di diritto interno). Ben presto un'analogia ricostruzione, basata sulla natura *precisa e non condizionata* delle disposizioni contenute nelle direttive, venne avanzata dalla stessa Corte per l'affermazione del concetto di *efficacia diretta*, cfr. sentenza della corte del 4 dicembre 1974 *Van Duyn c/ home office* - causa 41/74. Il primo orientamento, restrittivo della invocabilità degli effetti prodotti dalle direttive ai soli singoli nei confronti dello Stato inadempiente all'attuazione del precetto (cd. *effetto diretto verticale*) sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, spec. punto 20 – sembra esser stato di recente temperato attraverso il riconoscimento della possibilità per i singoli di far valere la direttiva anche nei confronti di soggetti privati, se la norma nazionale è stata adottata in difformità rispetto ad obblighi procedurali comunitari, con nota di S. AMADEO, *L'efficacia "obiettiva" delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati. Riflessioni a margine delle sentenze sui casi Linster e Unilever*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2001, pp. 95-118.

⁵⁶ Sentenza Corte cost. n. 232/75, *Industrie Chimiche*.

⁵⁷ Ivi, «Eventuali disposizioni nazionali successive con esse contrastanti vanno immediatamente disapplicate senza che si debba attendere la loro rimozione ad opera dello stesso legislatore nazionale (abrogazione) o di altri organi costituzionali (dichiarazione di incostituzionalità), specie ove si consideri, rispetto a questa seconda ipotesi, che fino a detta dichiarazione, permanendo la piena efficacia della legge nazionale, risulta impedita l'applicazione delle norme comunitarie, e quindi non garantita la piena, integrale ed uniforme applicazione delle medesime e non protette le situazioni giuridiche create in capo ai privati».

riconoscendo ad esse una *superiorità in grado* rispetto, non solo, a quelle nazionali *preesistenti*, ma anche rispetto a quelle nazionali *successive*.

Il risultato pratico della ricostruzione è stato quello di impedire il normale operare della successione delle leggi nel tempo poiché gli atti normativi nazionali successivi *non si sarebbero mai formati validamente*⁵⁸ se incompatibili con il diritto europeo.

E affermata in maniera esplicita la preminenza *ipso jure* di tutte le norme comunitarie direttamente applicabili⁵⁹ per il solo fatto della loro vigenza, la CGE significativamente concludeva: «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».⁶⁰

Dalla combinazione dei fondamentali principi *de quibus* discende sul piano normativo l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità e contro le norme che dalle sue fonti promanano, un provvedimento unilaterale - anteriore o posteriore, d'ogni ordine e grado (salvo quanto alla cd. teoria dei controlimiti) - ulteriore alla disposizione comunitaria con la conseguenza che, sul piano applicativo, il singolo può far valere direttamente il diritto che gli deriva dall'ordinamento comunitario innanzi al giudice comune, il quale non applicherà la norma interna in contrasto con il diritto comunitario se idoneo a spiegare quella *efficacia diretta* così come ricostruita in via interpretativa dalla CGE.

In altri termini, da un lato si preclude al giudice comune di attivare il rinvio di costituzionalità in caso di dubbio sulla compatibilità della norma nazionale con il diritto comunitario e specularmente si ammette un «sindacato diffuso di comunitarietà» nella misura in cui le norme di legge collidenti con il diritto sovranazionale non andavano applicate dal giudice nazionale il quale avrebbe tratto la regola del caso concreto da quest'ultimo.

Riprendendo il discorso sui passaggi dell'ordinanza n.103/08, il tono argomentativo della Corte diventa quasi "pedagogico" nell'affermare che, dal punto di vista strettamente processuale, l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale in relazione alle leggi regionali deriva dalla particolare natura dei giudizi proposti in via d'azione e che la censura in esame è parimenti ammissibile

⁵⁸ Sent. *Simmenthal* cit., punti 14, 17.

⁵⁹ E non solo dei regolamenti come nella sentenza *Costa/Enel*: «La preminenza del diritto comunitario trova conferma nell'art. 189 [attuale 249], a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri. Questa disposizione, che non è accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno Stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento legislativo che prevalesse sui testi comunitari.»

⁶⁰ Sent. *Simmenthal* cit., punti 21, 26.

perché «le norme comunitarie sono state evocate [...] quale elemento integrante il parametro di costituzionalità costituito dall'art. 117, I comma, Cost.»⁶¹

Si tratta di un “doppio binario” riservato alle leggi regionali (e statali) impugnate in via principale nel qual caso si trova a mancare il controllo, per così dire, “diffuso” del giudice comune ove si possa arrivare a negare immediata applicazione alle norme esaminate, e ritenere, così, necessariamente la questione ammissibile al fine di impedire l'ingresso nell'ordinamento di norme legislative (regionali o statali) non conformi al dettato comunitario.

Nell'operare il rinvio pregiudiziale alla CGE, dunque, la Corte costituzionale ha deciso utilizzando il diritto comunitario come parametro interposto.

La novità della decisione è, ad ogni modo, un passo in avanti, perché apre le porte della Consulta alla pregiudiziale comunitaria ma è pur vero che le stesse porte si spalancano nondimeno su una singolare distonia per il sistema interno, nel momento in cui un conflitto delle norme dell'atto legislativo con il parametro comunitario interposto, si qualifica come mero contrasto o vizio di validità, rispettivamente in via incidentale e in via d'azione, a seconda del canale processuale attraverso il quale ne venga introitata la prospettazione dell'antinomia. E' possibile, cioè, che sul medesimo atto, coesistano astrattamente un vizio di validità e un mero contrasto? Ed ancora, è concepibile che lo stesso atto sia contemporaneamente annullabile *erga omnes* e disapplicabile *inter partes* ?

In realtà, osservando la giurisprudenza costituzionale, emerge *ictu oculi* un andamento anomalo della coerenza delle decisioni della Corte sul tema, anche prescindendo dalle modifiche apportate con la riforma del titolo V⁶² e dall'espressa asserzione del primo comma dell'art.117 Cost. secondo cui «la

⁶¹ Nella specie, la Corte costituzionale ritiene la non manifesta infondatezza delle questioni interpretative pregiudiziali e la loro rilevanza in quanto l'interpretazione richiesta alla Corte di giustizia CE è necessaria per pronunciare la sentenza del giudice delle leggi, non potendo la legittimità costituzionale della norma censurata essere scrutinata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. senza che si proceda alla valutazione della sua conformità al diritto comunitario. Inoltre, «nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale, è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia, risultando pertanto leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario quale interpretato dalla Corte di giustizia ove non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale.», cit. ord. n.103/08.

⁶² Nella vigenza dell'art. 127 Cost. precedente alla riforma, e dunque nel contesto di un modello di controllo preventivo sulle leggi regionali, la prospettiva giuridica di riferimento è stata tratteggiata nel biennio 1994-1995 sulla scia delle sentenze della Corte Costituzionale nn. 384/1994 e 94/95. In un primo momento, la Corte radicava la propria competenza a decidere delle delibere legislative regionali, non ancora promulgate e pertanto non in grado di essere sottoposte ad un giudizio per la eventuale disapplicazione. Al contrario, la normativa impugnata sarebbe stata successivamente promulgata, pur se ritenuta non applicabile, e dunque immessa nell'ordinamento, con evidente *lesione del principio della certezza e della chiarezza normativa*, ed elusione degli obblighi assunti col Trattato, in particolare per ciò che attiene alla conformità dell'ordinamento interno a quello comunitario. Sulla incompetenza della Corte costituzionale a pronunciarsi su questioni attinenti al contrasto tra norme interne e ordinamento comunitario si veda oltre alla sentenza n. 170/1984 (citata anche nel testo), la sentenza n. 389/1989; per l'affermazione dello stesso principio riguardo ai giudizi di legittimità costituzionale in via principale promossi da Regioni contro leggi dello Stato, cfr. sentenza n. 115/1993; sui limiti derivanti dalla normativa comunitaria all'operatività delle competenze regionali, sentenza n. 224/1994.

potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Quanto sia realmente mutato l'assetto dei rapporti tra i diversi livelli, nel quadro *post* riforma, e quale sia il significato da attribuire al concetto di «vincoli comunitari» è stato un *leit motiv* che ha tenuto occupati, negli ultimi anni, gran parte degli studiosi ed è stato di difficile lettura anche per la Cassazione⁶³.

Allo stato dell'arte, la dottrina è divisa su posizioni opposte, tra quanti hanno sminuito la carica innovativa del primo comma dell'art. 117⁶⁴, quanti l'hanno configurata come una sorta di “*Europartikel* all'italiana”⁶⁵ e non sono mancate tesi volte a valorizzare la novità della novella se non altro per

Con la decisione del 1995, questa esigenza di “depurare” l'ordinamento giuridico nazionale da norme incompatibili con quelle comunitarie - essendo ancorato al valore costituzionale della chiarezza normativa e della certezza nell'applicazione del diritto - è stata estesa anche all'ipotesi di impugnazione delle leggi statali da parte delle regioni e la Corte ha ritenuto di poter sempre conoscere, nel ricorso in via principale, il contrasto tra la legislazione impugnata e le norme comunitarie soddisfacendo questa esigenza *catartica* anche con una dichiarazione di illegittimità costituzionale. Si legge nella Relazione Annuale sulla Giustizia Costituzionale nel 1995 del Presidente Ferri che: «invero, poiché nei giudizi di costituzionalità in via principale l'oggetto del giudizio stesso non è una norma in quanto applicabile, ma una norma di per sé lesiva delle competenze costituzionalmente garantite alle regioni (nel caso di impugnazione di leggi statali da parte delle regioni) o ex se violatrici di norme costituzionali (nel caso di impugnazione di leggi regionali da parte dello Stato) — tanto che in tali giudizi possono essere contestate anche disposizioni di legge non ancora efficaci o ad efficacia differita —, non si rinviene, come invece nei giudizi in via incidentale, alcun ostacolo processuale in grado di precludere alla Corte la piena salvaguardia, con proprie decisioni, del valore costituzionale della certezza e della chiarezza normativa di fronte a ipotesi di contrasto di una norma interna con una comunitaria. Né è senza significato la considerazione che, dati i ricordati caratteri del giudizio in via principale, la “non applicabilità” della norma interna confliggente con quella comunitaria rappresenterebbe, nei casi in cui il contrasto normativo si palesasse nell'ambito di quel giudizio, una garanzia inadeguata rispetto al soddisfacimento del dovere, fondato sull'art. 5 del Trattato di Roma e sull'art. 11 della Costituzione, di dare pieno e corretto adempimento agli obblighi comunitari.» Applicazione di questi principi si è avuta con la sentenza n. 482, red. Mirabelli, e con la sentenza n. 520, red. Cheli.

⁶³ Cfr. Cassazione sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17564, in Riv. intern. Dir. priv. e proc. 2004, pp. 314 e ss. annotata da A. GUAZZAROTTI, *Niente di nuovo sul fronte comunitario? La Cassazione in esplorazione del nuovo art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. Cost.*, 2003, p. 467 ss.

⁶⁴ In tal senso, A. D'ATENA, *La nuova disciplina dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002, p.916, e C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.* 2001, V, 194 ss.; A. RUGGERI, *Riforma del Titolo V e giudizi di “comunitarietà” delle leggi*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 13 luglio 2007.

⁶⁵ F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. Pubbl. comp. ed europeo*, 2002, p. 1355 ss. L'Autore sostiene che, la nuova formulazione dell'art.117, non possa consentire ulteriori cessioni di sovranità né autorizzare conclusioni monastiche ma che possa ben fungere da norma di riconoscimento dell'ordinamento comunitario in un quadro di tipo federale o parafederale che va progressivamente delineandosi; L. SICO, *Senso e portata dell'art. 11 della Costituzione nell'attuale contesto normativo e nelle proposte di riforma costituzionale*, in *Dir. Pubbl. comp ed europeo*, 2003, p. 1511 ss. Ne hanno, invece, rimarcato la distanza dalle *European clauses* presenti negli altri ordinamenti tra gli altri F. PALERMO, *Nuove occasioni (mancate) per una clausola europea nella Costituzione italiana. Alcune osservazioni critiche*, in *Dir. Pubbl. comp. ed europeo*, 2003, p. 1539 ss.

l'introduzione nella Costituzione del riferimento a norme o principi, la cui violazione concretizza violazione della stessa disposizione costituzionale⁶⁶.

Il silenzio della Corte costituzionale sul punto, complice della genesi dell'accesa disputa, è stato interrotto dalla pronuncia 406/05, una «decisione fortemente innovativa, nella quale, per la prima volta, la Corte ha fatto impiego esplicito dell'art. 117, primo comma, della Costituzione come parametro nei confronti di disposizioni legislative (regionali) contrastanti con i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario».⁶⁷ In altre parole, l'assunzione delle norme comunitarie come norme interposte atte ad integrare il parametro di costituzionalità, per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art.117, 1° comma Cost., costituisce la precondizione necessaria per instaurare, in via d'azione il giudizio di legittimità costituzionale della legge regionale che si assume in contrasto con l'ordinamento comunitario e per questo preparare il terreno ad un possibile rinvio ex art.234 TUE anche a causa dell'assenza del giudice comune.

L'ordinanza in oggetto ha aperto una breccia in tale direzione, e ha tutte le caratteristiche per tratteggiare un precedente da cui la Corte, difficilmente, si discosterebbe con troppa leggerezza.

Soprattutto se, come ritengo necessario, si tengono ferme le premesse svolte, appare evidente la difficoltà a giustificare le diverse sorti riservate a un atto legislativo delle regioni qualora venga impugnato in via d'azione e/o in via incidentale: la medesima *dismorfia* dall'*acquis communautaire*

⁶⁶ A. BARBERA, *I (non ancora chiari) "vincoli" internazionali e comunitari nel primo comma dell'art.117 della Costituzione*, in *Diritto comunitario*, op. cit. p. 111. Per Alessandro Pajno, la norma di cui all'art. 117, comma 1, Cost., postula una permanente apertura dell'ordinamento interno a quello europeo nell'ordinamento costituzionale e sembra autorizzare il superamento a molti dei residui "dualistici" attualmente presenti nel modo di concepire le relazioni fra i due ordinamenti, cfr. A. PAJNO, *Il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario come limite alla potestà legislativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, cit. p.830; L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, p. 1204; F. PIZZETTI, *I nuovi elementi "unificanti" del sistema italiano: il "posto" della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il "ruolo" dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; ID., *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione Europea*, in *Le Regioni*, 4, 2002, p. 653 ss. Per una tesi le cui conseguenze spingono verso una conversione del giudizio diffuso di "anticomunitarietà" in un giudizio accentrato d'incostituzionalità, si veda S. CATALANO, *L'incidenza del nuovo articolo 117, comma 1, Cost. sui rapporti fra norme interne e norme comunitarie*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale*, a cura di N. Zanon, Napoli 2006.

⁶⁷ La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti tra i quali si rinvia a C. NAPOLI, *La Corte dinanzi ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario": tra applicazione dell'art. 117, primo comma e rispetto dei poteri interpretativi della Corte di Giustizia*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it; R. CALVANO, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost.*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, e per una prospettiva diversa e incentrata sulla giurisprudenza, anche successiva, inerente alla funzione delle norme comunitarie in qualità di parametri interposti, cfr. A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai vincoli comunitari: una ridefinizione dei confini?*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it. Confermative delle conclusioni raggiunte *ex plurimis* cfr. sentenze 129/06, 269/07;

produrrebbe come effetto una dichiarazione di incostituzionalità, lasciando impregiudicata la possibilità che parallelamente si abbia una disapplicazione.

La spiegazione dell'anomalia dipende, nel suo esito finale, dalla concezione che si fa propria del sistema di giustizia costituzionale nel suo complesso; la necessità di porsi in una dimensione tutt'altro che plastica delle interconnessioni rinvenibili tra gli ordinamenti e delle funzioni che ad essi si intendono attribuire, rende doveroso un tentativo di sincronizzazione delle logiche del processo costituzionale con quelle proprie del processo pregiudiziale in cui deve rilucere il ruolo riservato all'interprete comune.

La Corte costituzionale, in effetti, ha dimostrato di condividere l'integrazione degli assetti istituzionali⁶⁸, come si è avuto modo di accennare, nei giudizi in via d'azione e in particolar modo a seguito dell'ordinanza in commento senza, peraltro, scalfire il principio in base al quale spetta ai giudici ordinari contattare Lussemburgo qualora invochi una norma comunitaria «come parametro interposto della questione di legittimità costituzionale, provocarne un'interpretazione certa ed affidabile rivolgendosi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee».⁶⁹

Giova ricordare che una situazione non dissimile si propone in tutti i casi in cui, pur essendo il giudizio instaurato in via incidentale, il giudice comune si trovi nell'impossibilità immediata di disapplicare la disposizione nazionale antinomica al disposto comunitario e quindi nella "doverosità" di sollevare la questione di legittimità costituzionale per contrasto con il primo comma dell'art.117.

Tirando le somme delle argomentazioni fin qui svolte: una volta ammessa la possibilità di rinviare a Lussemburgo, esiste una chiave per aprire le porte della Consulta al rinvio ex 234 TUE nel corso di un giudizio in via incidentale?

4. Il dubbio (accertato ma non dichiarato) del giudice "a quo" come polo del sistema pregiudiziale. Nuovi stimoli offerti dall'ordinanza della Consulta n.100/2009.

Si potrebbe ragionare sulla eventualità di dare inizio ad un'opera di *restyling* del modo di concepire i meccanismi interlocutori approntati dal Trattato, di predisporre un'ipotesi prescrittiva, articolata in parte sulle conclusioni teoriche di cui la giurisprudenza costituzionale si fa custode, come visto, a partire dalla sentenza n.170/84⁷⁰ e in parte sull'aspetto ancor più fondamentale, inerente alla configurazione del

⁶⁸ In tal senso le recenti osservazioni di S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, il quale segnala soprattutto che l'ordinanza Corte Cost. n.103/08 rappresenta un significativo *overruling* nella misura in cui la Corte afferma che: «ratificando i Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, e cioè, di un ordinamento giuridico autonomo e integrato», quest'ultimo aggettivo è sottolineato dallo stesso Autore.

⁶⁹ Cfr. ordd. n. 536 del 1995, n. 319 del 1996, n.108/98, n. 399/98.

⁷⁰ Cfr. le recenti osservazioni sugli effetti e sul valore pratico della sentenza *Granital*, svolte da V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario*, op. cit. pp. 47 ss. Dello stesso Autore cfr., *Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza*

modello di giustizia costituzionale italiano strettamente connesso alle nozioni di *pregiudizialità*, *rilevanza* e *non manifesta infondatezza*, di *applicabilità/influenza*.⁷¹

Non si tratta di passare in rassegna le diverse ipotesi in cui potrebbe ravvisarsi l'opportunità del rinvio in via incidentale ad opera della Corte⁷² (atteso che non sono mancate tesi orientate in favore del rinvio effettuato dal giudice costituzionale quantomeno nei casi in cui la pregiudiziale comunitaria e la pregiudiziale costituzionale, pur riguardando la medesima questione, attengano a profili diversi con riferimento ai quali la Corte debba strutturare in maniera definitiva il parametro costituzionale⁷³) - ma di soffermarsi sulla considerazione che «*la pregiudizialità della questione interpretativa o di validità evidentemente si pone rispetto alla soluzione della controversia portata dinanzi al giudice nazionale, come si deduce con chiarezza dall'inciso dell'art. 177, c. 2 [oggi 234 TUE] "qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione sul punto". Dunque è il giudice della controversia quello cui compete il rinvio e che è il destinatario del relativo obbligo quando sia di ultima istanza, con la conseguenza che il giudice costituzionale, può ragionevolmente e in fatto considerarsi estraneo alla previsione dell'art. 177*»⁷⁴.

Per scongiurare il pericolo di incoerenze sistematiche e approdare verso un maggior sincretismo decisorio si propone una versione del modello di giustizia costituzionale in cui la pregiudiziale comunitaria assuma, nei giudizi in via incidentale, il ruolo fondamentale di veicolare in maniera diretta ed esclusiva le argomentazioni della Corte costituzionale verso Lussemburgo, revocando la "patente di mediatore" a qualsivoglia giudice.

Coerentemente, in questa prospettiva, può essere inserita anche la prima impressione che si ha leggendo l'ordinanza n. 100 del 2009.

Pur avendo nuovamente accordato precedenza alla questione di compatibilità comunitaria, si ha la sensazione che, in qualche modo, ci si trovi dinnanzi ad un *suggerimento*, *più o meno*, *sussurrato* rivolto ai remittenti, al fine di coinvolgerli nella preparazione delle condizioni processuali ideali affinché la Corte

costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, in *Quad. Cost.* n. 3, 2002, pp. 549 ss.

⁷¹ F. GHERA, op. cit. pp. 1193 ss.; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano 2003.

⁷² Sul punto si rimanda a S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003.

⁷³ F. SORRENTINO, *E' veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 781-784. L'Autore con estrema chiarezza sostiene che il rifiuto della Corte costituzionale di rinviare alla CGE nelle ipotesi suddette alteri «tanto il processo costituzionale, quanto quello comune, obbligando il giudice ad effettuare in successione i due rinvii e dilatando, talvolta senza ragione [...] i tempi del relativo giudizio, al solo scopo di formulare *in maniera più approfondita*, la *delibazione* sulla non manifesta infondatezza».

⁷⁴ La citazione è tratta da G. TESAURO, *Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, 1991, op. cit. pp. 178-179.

costituzionale possa rinviare a Lussemburgo senza rinnegare se stessa: se il «*solo dubbio*»⁷⁵ manifestato dai giudici *a quibus* «con riguardo alla possibilità di non applicare la norma impugnata per contrasto con il diritto comunitario rende difettosa la motivazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale - rispetto alla quale “la questione di compatibilità comunitaria costituisce un prius logico e giuridico”»⁷⁶ - e allora, che non lo manifestino!

D'altra parte, sono proprio alcune prerogative sulla funzione tipizzata della magistratura *a quo* a far sorgere delle riflessioni in ordine alla morfologia del giudizio di costituzionalità italiano in via incidentale, caratterizzato, come è noto, dalla indefettibile presenza, nell'ordinanza di rimessione, dei requisiti della **rilevanza**,⁷⁷ che per il suo singolare vincolo con il *fatto* (da sussumere in via interpretativa nella fattispecie legale astratta *applicabile* e della cui legittimità si discute) non lascia sussistere dubbi sul punto che questo elemento rappresenti, inequivocabilmente, un dato imprescindibile per tener ferma la stessa connotazione *incidentale* del sindacato sulle leggi, e della **non manifesta infondatezza**, almeno nella specifica prospettiva della **motivazione** dell'ordinanza di rinvio alla Corte, intesa come l'iter logico-giuridico seguito dal giudice *a quo* per comprovarne la sussistenza.

Ragionando lungo tali direttrici, sembrerebbe farsi strada la concreta possibilità di teorizzare una **revisione** degli ordinari criteri seguiti dalla giurisprudenza e dalla dottrina nella prassi della restituzione degli atti⁷⁸ (o della decisione di inammissibilità) per insufficiente motivazione della rilevanza, nell'ambito del giudizio in via principale delle questioni di legittimità costituzionale sollevate sia su norme di legge contrastanti con norme comunitarie *non direttamente applicabili* (es.: principi), sia su norme di legge delle quali il giudice ordinario dubiti contemporaneamente in riferimento a norme comunitarie (non direttamente applicabili) e alla Costituzione, cd. «doppia pregiudizialità».

⁷⁵ Ordinanza Corte cost. 100/2009, cit.: «Considerato [...] che il rimettente ha sollevato le questioni di legittimità costituzionale ritenendo che esse avessero “rilievo preliminare” rispetto alla non applicazione della norma oggetto, per contrasto con le direttive comunitarie n. 92/12/CEE e n. 92/81/CEE, di cui lo stesso giudice a quo ha prospettato il carattere direttamente applicabile, riservandosi in ogni caso di ricorrere al rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia;

che, infatti, il giudice tributario di primo grado, le cui sentenze sono oggetto di gravame innanzi al rimettente, avrebbe “disapplicato” la norma impugnata, proprio in ragione di tale profilo di compatibilità comunitaria;

che in questa sede resta del tutto impregiudicato il merito della questione di compatibilità comunitaria della norma oggetto, con riguardo sia al contenuto delle citate direttive comunitarie, sia al preteso carattere direttamente applicabile che il rimettente non esclude di attribuire loro;».

⁷⁶ *Ivi*, cit.: «Considerato [...] che, tuttavia, il solo dubbio manifestato dal rimettente con riguardo alla possibilità di non applicare la norma impugnata per contrasto con il diritto comunitario rende difettosa la motivazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, rispetto alla quale “la questione di compatibilità comunitaria costituisce un prius logico e giuridico” (ex plurimis, sentenza n. 284 del 2007; ordinanza n. 415 del 2008)».

⁷⁷ Analogamente nella giurisprudenza europea, la valutazione della rilevanza deve rinvenirsi nell'ordinanza del giudice nazionale, in sede di pregiudiziale interpretativa e di legittimità comunitaria, al fine di un'assunzione di responsabilità della decisione da emanare. Cfr. causa 10 dicembre 2002, C-153/00, causa 21 gennaio 2003 C-318/00.

⁷⁸ A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano 1965.

Occorre, così, *in primis* considerare il panorama della giurisprudenza costituzionale e della dottrina sul requisito della rilevanza⁷⁹, sulla prassi della restituzione degli atti al giudice *a quo* e della declaratoria di manifesta inammissibilità nelle ipotesi in cui questi abbia sollevato la questione di legittimità costituzionale senza aver previamente esperito la pregiudiziale comunitaria.

L'esame puntuale della rilevanza della ordinanza di rimessione rappresenta, da sempre, uno *strumento di politica costituzionale*⁸⁰; la lavagna sulla quale la Consulta traccia, a beneficio dei giudici comuni, le coordinate attraverso le quali inverare i parametri costituzionali e filtrare in concreto i casi sottoposti al suo esame. Non a caso, la metafora del giudice *a quo* come *portiere*⁸¹ va letta in relazione al ruolo istituzionalmente affidatogli dall'ordinamento, onde evitare il pervenire dinanzi alla Corte questioni ondivaghe e poco plausibili⁸² e che la sospensione del processo pregiudicato si tramuti in un espediente meramente dilatorio o defatigatorio.⁸³

Strettamente connessa al carattere incidentale del giudizio di costituzionalità nei suoi legami con il *fatto* che ha originato la causa pregiudicata⁸⁴, la rilevanza è stata per quest'aspetto definita già dai primi commentatori della legge 87/53, in assenza del substrato giurisprudenziale del Tribunale costituzionale,

⁷⁹ La disciplina delle condizioni, delle forme e dei termini di proponibilità dei giudizi è dettata dalla l. cost. n.1 del 1948 e dall'art. 23 della l. n. 87/53, tralasciando l'aspetto della duplicità della legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale in via incidentale, va immediatamente detto che la questione di legittimità costituzionale proposta d'ufficio dal giudice davanti al quale pende il giudizio è introdotta con ordinanza recante le disposizioni di legge o di atto avente forza di legge *viziate* di illegittimità costituzionale e le norme costituzionali che si ritengono *violate*. Il contenuto necessario dell'ordinanza di rinvio va poi corredato della motivazione, da parte dell'autorità giurisdizionale, dei requisiti ineludibili del sistema introduttivo del controllo di costituzionalità sulle leggi in via incidentale, la rilevanza e la non manifesta infondatezza consistente, la prima nell'impossibilità di definire il giudizio *a quo* indipendentemente dalla risoluzione della stessa questione di legittimità costituzionale cui si riferisce l'eccezione.

⁸⁰ F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi. in *Quaderni della giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1972, p. 155; L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Foro it.* 1986.

⁸¹ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (1950), in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968.

⁸² M. CAPPELLETTI, nel 1957 sottolineava la necessità che arrivassero alla Consulta soltanto «questioni serie e non avventate», cfr. *La pregiudizialità nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1957, cit. p.116.

⁸³ La proposizione di questioni di costituzionalità sollevate al solo fine di ottenere la sospensione del processo è un'eventualità prospettata da E. REDENTI, *La legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1957, cit. p.69; Sul provvedimento di sospensione del processo a quo come strumento dilatorio defatigatorio e come riflesso giuridicamente necessario della rilevanza si vedano le osservazioni di A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1990, pp. 132-145.

⁸⁴ Tanto da indurre la Corte costituzionale a colpire con la manifesta inammissibilità della questione sollevata in casi di omessa o carente descrizione della fattispecie oggetto dei *giudizi a quibus* (cfr. ord. n. 72/07) in quanto tale omissione si tradurrebbe (cfr. ord. n. 114/07) o in un «difetto di motivazione sulla rilevanza, rendendo la questione meramente ipotetica», ovvero in un «difetto di motivazione sulla rilevanza» (cfr. ordd. nn. 91, 278, 421/07); in ogni caso, con l'effetto di rendere difficilmente sindacabile l'applicabilità in concreto della norma censurata al caso dedotto (cfr. *ex plurimis* ordd. nn., 55, 110, 123, 242, 319 e 459, sentt. nn. 206 e 234 del 2006 e ordd. nn. 29, , 390, e 476 del 2005).

come l'*interesse istituzionale ad agire*⁸⁵, potere/dovere attribuito al giudice per depurare l'ordinamento da tutte le norme abnormi rispetto all'insieme di principi e regole che permea lo stato costituzionale di diritto. In altre parole, attraverso la motivazione della rilevanza i giudici sono in grado di spezzare il legame che li vincola alla legge incostituzionale applicabile⁸⁶, con la conseguente affermazione della doverosità dell'esercizio da parte del giudice di sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale che gli appaia rilevante e non manifestamente infondata.⁸⁷

La non manifesta infondatezza del dubbio che deve essere, dal punto di vista pratico, connessa alla valutazione del giudice in ordine alla costituzionalità delle leggi da applicare, costituisce, in un certo senso, l'atto preliminare di tutto il ragionamento intellettuale dell'interprete: il momento cruciale in cui si prospetta l'ipotesi del vizio, e anche la premessa maggiore dalla quale prende le mosse la nostra ricostruzione.

Infatti, è stato rilevato in dottrina che nel valutare la non manifesta infondatezza «*il giudice non opera un controllo per stabilire se la questione di costituzionalità sia "prima facie" fondata, ma all'inverso, esercita un controllo per stabilire se "prima facie" la disposizione di legge gli sembri assolutamente*

⁸⁵ In dottrina cfr. F. CARNELUTTI, *Interesse ad agire nel processo costituzionale?*, in *Riv. Dir. Proc.* 1960. Decisiva, per la tesi che si sostiene, la successiva "storica" sentenza della Corte costituzionale n. 59/60, dalla quale traspare la sostanziale coincidenza tra rilevanza (*interest rei publicae*) e pregiudizialità, nonché la sussistenza del dovere riconosciuto al giudice comune di sollevare, dopo aver esercitato la propria autorità interpretativa, null'altro che la questione di legittimità costituzionale: «il giudice ha il dovere di deferire la questione alla Corte costituzionale [...] per il sol fatto della esistenza di un sospetto di incostituzionalità, *interest rei publicae* che sulla questione si pronuncerà l'organo di garanzia costituzionale. Le uniche indagini che il giudice deve e può compiere, prima di rimettere alla Corte una questione, sono quelle circa la necessaria pregiudizialità di tale questione rispetto al caso da decidere e la non manifesta infondatezza [...]». Vi è da aggiungere che la giurisprudenza degli ultimi decenni è rimasta pressoché inalterata con la novità, di non poco rilievo, che la Corte ha aggiunto un'altra condizione ai fini dell'ammissibilità dell'ordinanza di rimessione. A partire dalla sentenza n.198/98 si chiede, affinché una questione di legittimità costituzionale possa dirsi validamente sollevata, che il rimettente esperisca un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione, volto a conferire alla disposizione impugnata un significato compatibile col dettato costituzionale poiché, aggiunge la Corte, «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darle), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» Cfr. da ultime ord. n. 85 e 464 del 2007. Sulla possibilità di qualificare come pregiudiziale in senso tecnico la questione di costituzionalità in base al rilievo della sua mancanza di autonomia rispetto al processo *a quo* si rinvia alla primissima dottrina che ha enucleato la categoria della pregiudizialità costituzionale: G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, I, Napoli, 1957, pp. 40 ss.; CAPPELLETTI, *La pregiudizialità*, op. cit., pp. 62 ss.; GIONFRIDA, *Giudizio di legittimità costituzionale*, cit., pp.98 ss.; P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale*, cit., pp.373 ss.

⁸⁶ Quando tale stato di soggezione venga meno per una qualsivoglia ragione, come nel caso della norma comunitaria produttiva di effetti diretti (indiscussi) renda inapplicabile la disposizione interna contrastante, non si avrà più la necessità di ricorrere alla Corte per il venir meno della rilevanza. Così M. CAPPELLETTI, op. ult. cit., p.65 «Il giudice non darà mai la preferenza alla pregiudizialità costituzionale e non sospenderà quindi mai il processo per causa di detta pregiudizialità se non dopo avere risolto quelle questioni le quali abbiano la possibilità di escludere la rilevanza della norma della cui legittimità si tratta»; cfr. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano 1987, pp. 584 ss.

⁸⁷ M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità*, op. cit., pp. 150, 164 e nota, p.206, secondo il quale, anzi, la formula dell'art. 23 l. 87/53, nella parte in cui «la questione può essere sollevata d'ufficio» sarebbe una svista del legislatore; ANDRIOLI, *Questioni di incostituzionalità e affari non contenziosi*, cit., p. 402.

conforme a Costituzione»⁸⁸, connotandosi per l'essere un esame meramente deliberativo nel quale il merito è solo sfiorato.⁸⁹

Pur restando tra i concetti più controversi del processo e del diritto costituzionale, in assenza di un'esplicita formulazione testuale nelle fonti normative, i vizi dell'ordinanza di rimessione riguardano soprattutto la rilevanza, oggetto di severe puntualizzazioni della Corte, specialmente quando ne valuta la motivazioni, ma anche qualora si tratti di rilevanza solo apoditticamente affermata o formulata in maniera contraddittoria.

Le fattispecie tipiche, bersagli *naturaliter* colpiti da ordinanze di restituzione degli atti (ord. nn. 206 del 1976, 536 del 1995, 319 del 1996, 108 e 109 del 1998) e nell'ultimo decennio (tranne che per l'ord. n. 371/07), da un giudizio di manifesta inammissibilità (ordd. nn. 249 del 2001, 85 del 2002, 454 del 2006, sent. n. 284 del 2007, ord. 415/08) sono: le questioni cd. «doppiamente pregiudiziali»; i casi in cui il giudice *a quo* conservi dubbi rilevanti sulla normativa comunitaria e non provveda ad attivare la Corte di Giustizia; le ipotesi in cui il rimettente sottoponga alla Corte costituzionale una questione di compatibilità di una norma nazionale con le disposizioni di una direttiva che pure considera provviste di effetto diretto, mentre la soluzione di una siffatta questione, investendo la stessa applicabilità della norma denunciata, costituirebbe, perciò solo, quel *prius* logico e giuridico rispetto all'incidente di costituzionalità⁹⁰.

Applicando la teoria alla pratica, ci si chiede, quindi, quale esito avrebbe avuto la pronuncia della Corte costituzionale se il giudice non avesse manifestato il dubbio sulla efficacia diretta della direttiva comunitaria.

Così, se partendo dal presupposto interpretativo della assenza di efficacia diretta del parametro interposto il giudice *a quo* avesse, nella motivazione della rilevanza, “escluso l'irrilevanza” e avesse così confermato la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, il suo *iter logico* si sarebbe inevitabilmente esaurito in una domanda di legittimità costituzionalità attuale e non infondata pur coinvolgendo la norma europea.

In tal modo, la stessa interpretazione del remittente contenuta nell'ordinanza rivolta alla Corte costituzionale, fungerebbe per la Corte costituzionale da premessa maggiore del ragionamento volto a domandare alla CGE se la fattispecie al suo esame ricada sotto il disposto di una disciplina comunitaria direttamente applicabile.

Pertanto, la motivazione della non manifesta infondatezza e la motivazione della rilevanza, costituiscono il nodo metodologico decisivo, rappresentato, per l'appunto, dalla posizione delle premesse:

⁸⁸ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale*, cit. p. 128.

⁸⁹ In questo senso F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, op. cit. 80 ss.

⁹⁰ Ord. n. 415/08, cit.

di fronte al caso in cui la questione sia qualificata dal giudice *a quo* senza che egli si trovi a dubitare della portata della fonte comunitaria, la Corte costituzionale non potrà pervenire ad una declaratoria di inammissibilità/manifesta inammissibilità o di restituzione degli atti, poiché questo atteggiamento verrebbe decodificato come una violazione del principio di doverosità di sollevare pregiudiziale costituzionale e della libertà interpretativa dei giudici che possono e devono sciogliersi dal vincolo di soggezione che hanno nei confronti della legge qualora quest'ultima appaia contrasto con la Costituzione.

La stessa autonomia interpretativa si sublima, dunque, nel potere del giudice di essere strutturalmente partecipe al processo di formazione del *dubbio di comunitarietà*: l'artefice del dubbio sull'efficacia diretta della norma comunitaria, parametro interposto del giudizio di costituzionalità, sul quale non può ricadere l'onere di sollevare – in luogo della Corte – il rinvio ex art. 234 TUE.

Purtroppo, il rischio che si configurerebbe nel costringere i giudici comuni non di ultimo grado ad attivare la pregiudiziale comunitaria, sarebbe quello di dar vita ad una prassi contraria alla lettera del Trattato che prevede (*sic!*) per questi una semplice facoltà; prevedendo un obbligo di rimessione solo per i giudici, avverso le cui decisioni non sono esperibili rimedi di diritto interno.

La restituzione degli atti al giudice o la decisione di manifesta inammissibilità, pronunciate ad oltranza dalla Consulta affinché siano i remittenti a dotarsi della portata «certa ed affidabile» delle fonti del diritto europeo, suggerisce (*absit iniuria verbis*) una lettura *anticomunitaria* del comportamento della Corte - perché il rispetto dei «vincoli comunitari» - ogni qual volta il dubbio interpretativo sulla diretta applicabilità della norma interposta pertenga all'*iter* mentale della Corte, significa anche instaurare un contatto diretto tra le due Corti, così risparmiando un grado di giudizio, a tutto vantaggio dei diritti dei cittadini.

Ed invero, l'argomento del difetto sulla motivazione della rilevanza o della rilevanza, non sempre aderisce completamente alle logiche interne al giudizio incidentale di costituzionalità, perché nel momento in cui il giudice esaurisce la propria operazione ermeneutica sulla valutazione della rilevanza si spoglia della questione di legittimità costituzione per investire la Consulta e poiché il suo ruolo nell'ordinamento interno non è interpretare il diritto comunitario ma la legge interna dello Stato nei suoi rapporti con la Costituzione, non è ragionevole chiedere al giudice rimettente di farsi carico di un dubbio di comunitarietà così come lo prospetterebbe la Corte.

In altre parole, si tratta di procedere ad esaminare la struttura, il tono e gli argomenti dell'ordinanza di rimessione, non fare un'indagine sulla psiche dei giudici; individuare l'organo in capo in capo al quale si radica la *precomprensione* in ordine alla necessità di un chiarimento sulla portata della disposizione comunitaria ed evitare che la *precomprensione* "rimbalzando" dal giudizio *ad quem* al giudizio *a quo* si riduca a un'inevitabile dispersione di intenti e argomenti.

Incertezza di attribuzioni che potrebbe spingere il legislatore italiano a riformare le norme sui meccanismi costitutivi e sul funzionamento della Corte costituzionale.