

**L'ITALIA E L'UNIONE EUROPEA**

**(REPORT ANNUALE 2011 - ITALIA)**

*(marzo 2011)*

**Prof. Stefania NINATTI e Marilena GENNUSA**

---

**INDEX**

- 1. INTRODUZIONE**
- 2. ANDATA E RITORNO: IL PRIMO ESEMPIO DI DIALOGO FRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI GIUSTIZIA NEL GIUDIZIO IN VIA PRINCIPALE.**
- 3. PROVE DI DIALOGO (INDIRETTO)**
- 4. CONTRASTO DI NORMA INTERNA CON NORMA COMUNITARIA PRIVA DI EFFETTO DIRETTO: LA CORTE RITROVA IL SUO SPAZIO**
- 5. QUALE PARAMETRO? LA CONCORRENZA DELL'ART. 117 E DELL'ART. 11 COST.**

**1. INTRODUZIONE**

Come è noto, in forza del principio del primato del diritto comunitario, l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dal lontano 1984, dispone che la prevalenza delle fonti comunitarie dotate di effetto diretto sia assicurata direttamente dal giudice, che all'occorrenza – se il conflitto normativo è insanabile in via interpretativa – è tenuto a disapplicare la norma interna in contrasto, sia essa di livello primario (sentenza CC 170/1984) sia essa di livello costituzionale (sentenza CC 399/1987), con l'unica eccezione

dei principi inviolabili del nostro sistema costituzionale (i c.d. “controlimiti” all’integrazione europea), che sono comunque considerati intangibili (sentenze CC 170/1984 e 232/1989).<sup>1</sup>

Diverso è il caso dei giudizi in via principale, dove la Corte fin dagli anni ’90 (sentenze CC 384/1994 e 94/1995), giudica nel merito le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto un contrasto fra norma interna – regionale o statale – e norma comunitaria. In questo caso, infatti, stante l’assenza di un giudice (a quo) in grado di disapplicare direttamente la norma interna a vantaggio di quella comunitaria, ha ritenuto che il primato

---

<sup>1</sup> La dottrina in merito è vastissima: per un primo inquadramento generale delle fonti comunitarie e dei rapporti con le fonti interne si rimanda a Tosato G.L., *I regolamenti delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 965; Conforti B., *Diritto comunitario e diritti degli Stati membri*, in Riv. dir. int. priv. proc., 1966, p. 5 ss.; Monaco R., *Diritto delle Comunità europee e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 1967; più recentemente, fra i tanti, si veda la voce di Gaja G., *Fonti comunitarie*, Dig. Disc. Pubbl., VI, (1991), p. 433 ss.; Guzzetta G., *Costituzione e regolamenti comunitari*, Giuffrè, Milano, 1994; Rossi L.S., *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne*, in Dig. Disc. pubbl., Torino, XII, 1997, p. 367 ss.; Pizzorusso A., *L’attuazione degli obblighi comunitari: percorsi, contenuti e aspetti problematici di una riforma del quadro normativo*, in Foro it. 1999, V, p. 225ss.; D’Atena A., *L’anomalo assetto delle fonti comunitarie*, Dir. Un. Eur., 2002, p. 591 ss.; Celotto A., *L’efficacia delle fonti comunitarie nell’ordinamento italiano. Normativa, prassi, giurisprudenza*, Utet, Torino, 2003; Cartabia/Gennusa, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009.

Per una ricostruzione del “cammino comunitario della Corte” - come lo ebbe a chiamare Barile in un famoso articolo pubblicato in Giur. Cost., 1973, p. 2406 ss. - rispetto alla problematica applicazione delle fonti comunitarie si può vedere, tra i tanti, Sorrentino F., *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970; Condorelli L., *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto*, in Giur. Cost., 1978, p. 669 ss.; Tizzano A., *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent’anni dopo*, in Foro Ital. 1984, I, c. 2062; Donati F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1994; Sorrentino F., *Profili costituzionali dell’integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 1994; Cartabia M., *Principi inviolabili ed integrazione comunitaria*, Giuffrè, Milano, 1995; per una ricostruzione di tutta l’evoluzione su questa materia si veda esaurientemente AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Giuffrè, Milano, 2008; Cassese S., *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, relazione del 20 novembre 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

del diritto comunitario potesse essere meglio salvaguardato rimuovendo la fonte interna in contrasto, mediante dichiarazione di incostituzionalità.<sup>2</sup>

La disapplicazione ha prodotto un mutamento profondo – la cui portata si sarebbe capita solo nel tempo e solo a fronte di una giurisprudenza comunitaria particolarmente decisa – nel nostro sistema costituzionale, in particolare sotto due angolazioni: da una parte, ha messo in questione il ruolo del giudice comune, che, nel poterla disapplicare, trova un’eccezione al suo essere soggetto soltanto alla legge (ex art. 101, c. 2, Cost.); dall’altra, ha introdotto un’eccezione allo stesso sistema accentrato di costituzionalità (ex art. 134 Cost.) costretto a ritirarsi, almeno in parte, dagli ambiti materiali di competenza dell’Unione europea.

Questo innovativo sistema imperniato sulla supremazia del diritto comunitario – introdotto dalla Corte costituzionale in forza di una lettura imperativa dell’art. 11 della Cost. – ha, poi, ricevuto un’ulteriore conferma nella modifica costituzionale del 2001, grazie a cui i “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario” sulla potestà legislativa interna (art. 117, 1° c., Cost.) sono stati, per la prima volta, formalmente costituzionalizzati.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Per la ricostruzione di questa fase della giurisprudenza costituzionale cfr. Amoroso G., *La giurisprudenza costituzionale nell’anno 1995 in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso “la quarta fase”?* Foro it. 1996,V,73. Barone G., *La Corte costituzionale ritorna sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, Foro it. 1995,I, 2050; Groppi T., *Le norme comunitarie quale parametro nel giudizio (preventivo) di legittimità costituzionale delle delibere legislative regionali*, Le Regioni 1995,923; Ruggeri A., *Le leggi regionali contrarie a norme comunitarie autoapplicative al bivio tra “non applicazione” e “incostituzionalità” (a margine di Corte Cost. n.384/94)*, Le Regioni, 1995,469.

<sup>3</sup> Su questo punto cfr., esemplarmente, Sorrentino F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in Dir. pubbl. comp. europ., 2002, p. 1335 ss.; Conforti B., *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in Foro it. 2002, V, 229 ss.; Luciani M., *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); Cannizzaro E., *La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi*

Le potenzialità insite in questo sistema, ci verrebbe da dire, sono ancora tutte da scoprire e le sentenze del 2010 in materia (pur non di primissimo piano), se per molti aspetti consolidano l'assetto precedentemente delineato – peraltro con un forse più insistito rinvio ai poteri interpretativi del giudice che, se possibile, è tenuto ad un'interpretazione del diritto interno conforme a quello comunitario –, dall'altro, contengono comunque importanti elementi di razionalizzazione, contribuendo a chiarire un quadro ancora non del tutto stabilizzato.<sup>4</sup>

## **2. ANDATA E RITORNO: IL PRIMO ESEMPIO DI DIALOGO FRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI GIUSTIZIA NEL GIUDIZIO IN VIA PRINCIPALE**

La sent. n. 216 segna il momento finale della ben nota *querelle* sulle c.d. “tasse sul lusso” della Sardegna che nel 2008 aveva visto la Corte costituzionale farsi promotrice del suo primo rinvio della storia alla Corte di giustizia europea.

Come è noto, a seguito di un ricorso promosso dallo Stato contro una legge della Sardegna (l. reg. n. 4/2006) che aveva introdotto alcune imposte regionali unicamente a carico dei non residenti in Sardegna, la Corte, dopo aver risolto con sent. n. 102/2008 la maggior parte delle questioni – anche di quelle aventi profili di illegittimità “comunitaria” –, aveva contestualmente deciso di sospendere il giudizio e di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in relazione alle sole imposte sullo scalo degli aeromobili e unità da

---

*internazionali*, in Riv. dir. int., 2001, p. 921 ss.; D'Atena A., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'unione europea*, in Rass. parl., 2002, p. 913 ss.

<sup>4</sup> In questo report si darà conto solo di quelle pronunce che paiono più idonee a fornire ulteriori tasselli per quel processo di sistematizzazione delle relazioni interordinamentali che ormai da decenni risulta pienamente avviato, mentre non verranno analizzate - in quanto ritenute di minore importanza - le sentenze n. 112, 127, 178, 180, 266, 288, 340, 345; e l'ordinanza n. 174.

diporto, per verificare se esse fossero lesive del principio di libera circolazione dei servizi o del divieto di aiuti di stato sanciti a livello comunitario (ord. n. 103/2008<sup>5</sup>).

E' stata, questa, senza dubbio una decisione storica della nostra Corte costituzionale – che la dottrina maggioritaria individua come l'avvio di una “quarta fase” del cammino comunitario della Corte costituzionale –, visto che in passato essa non solo si era sempre rigorosamente astenuta dal farlo, ma aveva addirittura escluso di possedere quei connotati di “giurisdizione nazionale” che il Trattato comunitario richiede quale condizione per sollevare rinvio. In anni non poi così lontani, infatti, la Corte sembrava aver chiuso definitivamente la questione, affermando a chiare lettere che «nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella “giurisdizione nazionale” alla quale fa riferimento l'art. 177 CE

---

<sup>5</sup> La questione è stata ampiamente commentata in dottrina: per tutti si rimanda a Daniele L., *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, I quaderni europei, Online Working Paper 2009/n. 16, dicembre 2009. Per una comparazione con altri ordinamenti giuridici cfr. Passaglia P. (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, seminario alla corte costituzionale, aprile 2010, sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) Per ulteriori approfondimenti vedi anche Perlingieri P., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008; Guarino G. C., *Costituzione italiana e integrazione europea: aiuti di Stato, distrazione amministrativa e costi impropri per le imprese*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2009, p. 13 ss.; Bartole S., *Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti*, *Le Regioni*, 2008, p. 808; Sorrentino F., *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, *Giur. Cost.*, 2008, p. 1288; Cartabia M., *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, *Giur. Cost.*, 2008, p. 1312, Antonini L., *La sent. n. 102 del 2008: una tappa importante per l'autonomia impositiva regionale*, *Giur. Cost.*, 2008, 2646; Cannizzaro E., *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *RDI*, 2008, p. 7689; Celotto A., *Crolla un altro baluardo*, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it), Di Seri C., *Un'ulteriore tappa del cammino comunitario: la Corte costituzionale rinvia una questione di “comunitarietà” alla Corte di giustizia*, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it); Pesole L., *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza nr. 103 del 2008*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); Gennusa M. E., *Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: la Corte costituzionale come «giudice europeo»*, *Quad. Cost.*, 2008, p. 612 ss.; Zicchittu P., *Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: verso il superamento della teoria dualista?*, *Quad. Cost.*, 2008, p. 615 ss.

[ora art. 267 TFUE], poiché essa non può essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze fra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali» (cfr. ord. 536/1995). Per questa ragione l'ord. n. 103/2008 può considerarsi, per certi aspetti, come davvero rivoluzionaria, tanto più per il fatto che in essa si legge – in evidente antitesi con quanto qui sopra appena citato – che «la Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234 CE [ora art. 267 TFUE] e, in particolare, una giurisdizione di ultima istanza», con conseguente legittimazione a sollevare rinvio pregiudiziale.

A ridimensionare un po' la portata di questo pur relevantissimo *revirement*, bisogna però ricordare che la questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia instaurata ex art. 127 Cost., ossia in un giudizio “in via principale”, nel quale la Corte costituzionale è l'unico organo giurisdizionale in grado di poter sollevare la questione. E, tuttavia, anche se limitatamente a questo ristretto ambito, la Corte sicuramente introduce una grossa innovazione e apre al dialogo con la Corte di giustizia. Se poi si guarda al dialogo quale esso realmente si è svolto, il suo contenuto non sembra in grado di suscitare interessi particolari: la Corte costituzionale rinvia succintamente il caso, la Corte di giustizia interviene con sent. 17 novembre 2009, causa C-168/08, dichiarando, in effetti, tanto l'incompatibilità di una simile disciplina con l'art. 49 CE, quanto la natura di aiuto di stato delle imposte in questione (pur attribuendo al giudice nazionale il compito di trarre da tale constatazione le opportune conseguenze) e la sent. n. 216 altro non fa che applicare le conclusioni cui era pervenuta la Corte di giustizia, dichiarando l'illegittimità costituzionale della disposizione regionale impugnata.

Per quanto riguarda il giudizio in via incidentale, anche dopo questa vicenda, sembra invece confermato l'impianto originario che vede nel giudice comune il promotore necessario del rinvio alla Corte di giustizia (ed eventualmente, al contempo, della questione di

costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale secondo il sistema della c.d. “doppia pregiudiziale”<sup>6</sup>) e, nella Corte costituzionale, il giudice – per così dire – “ultimo” della questione sollevata.

### **3. PROVE DI DIALOGO (INDIRETTO)**

Se con la sentenza 216/2010 si ha un primo esempio di vero e proprio dialogo diretto fra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia, decisamente più numerose continuano ad essere le ipotesi di dialogo “indiretto”, a distanza, fra le due Corti, ogniqualvolta il nostro Giudice delle leggi interno si trovi a pronunciarsi in ambiti materiali su cui la Corte di giustizia abbia già avuto modo di intervenire in precedenza, rispetto ad altri Stati o in fattispecie analoghe. In tutte queste ipotesi, la Corte costituzionale dà prova di conoscere la giurisprudenza comunitaria sul punto, si confronta con essa e finisce spesso per utilizzarla in parte, pur rimanendo all’interno di una questione squisitamente e unicamente domestica. Di qui l’espressione “prove di dialogo”, o dialogo “a distanza”, o dialogo “indiretto”, per indicare semplicemente il richiamo, all’interno dell’argomentazione del giudice delle leggi, della giurisprudenza comunitaria e delle sue posizioni. Nel 2010 le due ipotesi principali di dialogo di questo tipo sono rappresentate dalle sentenze n. 138 e n. 325.

---

<sup>6</sup> Secondo il sistema della doppia pregiudizialità il giudice ordinario deve rivolgersi dapprima alla Corte di Giustizia e solo successivamente, se necessario, alla Corte costituzionale. Una singolare applicazione di tale sistema avviene nel 2009, quando il tribunale di Milano ha emanato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e nel contempo un’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale italiana per violazione di una serie di principi costituzionali nonché per violazione di normativa comunitaria. La Corte di giustizia ha risposto con ordinanza del 17 marzo 2009, C-217/08, *Mariano v Istituto nazionale per l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*) dichiarando la propria incompetenza in materia, mentre la Corte costituzionale pochi giorni dopo ha risolto il caso unicamente in base al diritto interno, in quanto il riferimento al diritto comunitario era troppo generico (Corte Costituzionale, 27 Marzo 2009, nr. 86.). Per approfondimenti cfr.: Rovagnati A., *Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale)?*, Quad. Cost., 2009, p. 717 ss.

Con la sentenza nr. 138/2010 la Corte costituzionale dichiara in parte non fondate e in parte inammissibili le questioni di costituzionalità aventi ad oggetto alcune disposizioni del codice civile relative al matrimonio, nella misura in cui non consentono l'estensione di questo istituto anche alle unioni fra partner dello stesso sesso.

Sebbene la causa riguardi innanzitutto la delicatissima materia del matrimonio omosessuale, la questione merita di essere trattata anche all'interno della parte dei rapporti esistenti fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario per la natura delle argomentazioni sollevate dai ricorrenti, che in gran parte si poggiano sull'evoluzione dell'istituto matrimoniale a livello sovranazionale.

Il caso prende avvio da quattro distinti ricorsi dei tribunali di Firenze, Trento, Venezia e Ferrara che lamentano una presunta discriminazione a danno di coppie non coniugate (nella fattispecie, di coppie omosessuali).. La questione ruota intorno all'interpretazione dell'art. 29 Cost., in lettura congiunta con l'art. 2, 3 e 117, c. 1, Cost. Ed è proprio, ed unicamente, l'uso di quest'ultimo parametro a venire analizzato in questa nota.<sup>7</sup>

Gli obblighi di carattere internazionale e sovranazionale in capo al nostro ordinamento vengono qui invocati dai ricorrenti più come una conferma dell'argomentazione principale dei ricorsi – secondo cui la lettura tradizionale della famiglia come associazione naturale fondata sul matrimonio non sarebbe più possibile – che come un autonomo punto della motivazione. L'utilizzo di questo parametro pare essere, nei diversi ricorsi, davvero variegato e mai sistematico: si citano, infatti, indistintamente la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, la Convenzione di Strasburgo, altri atti di carattere sovranazionale come una risoluzione del Parlamento europeo del 1983, sentenze e legislazione di paesi stranieri ... tutto può concorrere a rinforzare la tesi principale. La dottrina, criticamente, osserverebbe che siamo davanti ad un

---

<sup>7</sup> Per approfondimenti vedi i report pubblicati nell'area "Libertà e diritti umani".

classico esempio di “*cherry picking*” del diritto straniero quando utilizzato all’interno di motivazioni giurisdizionali.

Così, anche la risposta fornita dalla Corte il 15 aprile 2010 con la sentenza 138 è molto semplice, e nello stesso tempo significativa: il giudice costituzionale osserva in proposito – dando un ordine sistematico ai ricorsi – che le uniche disposizioni rilevanti in materia sono l’art. 12 della Cedu e l’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE. La Corte, pur ricordando che nelle more del giudizio il Trattato di Lisbona è entrato in vigore e dunque la Carta ha assunto valore vincolante, rileva come il punto non sia importante ai fini del giudizio in quanto entrambe le disposizioni citate rinviano la disciplina del diritto di sposarsi alle leggi nazionali. Conseguentemente, poiché la competenza in materia appare anche oggi, al giudice costituzionale, saldamente ancorata al livello statale, le argomentazioni dei giudici a quo che poggiavano su questo motivo vengono ben presto superate e accantonate. E tuttavia, non si può non sottolineare come, sebbene una tale lettura della Corte sia, da un punto di vista formale, del tutto ineccepibile, per lo studioso della materia questo costituisca un delicato e nevralgico momento di dialogo, vista la complessità della giurisprudenza della Corte di giustizia nell’ambito del diritto di famiglia, che ne rende per nulla scontati i possibili sviluppi futuri.

Il secondo caso di dialogo (indiretto) con la Corte di giustizia, e più in generale con l’ordinamento comunitario, ravvisabile nel 2010 è rappresentato dalla sentenza 325/2010, che si distingue per la lunga e dettagliata analisi del contesto comunitario da cui deduce poi l’assenza di contrasto con esso della normativa impugnata.

Oggetto della questione di legittimità costituzionale sollevata in questo caso mediante un ricorso in via d’azione è qui lo spinoso problema delle diverse modalità di affidamento dei servizi pubblici locali: le censure – promosse, distintamente, sia dalle Regioni che dallo

Stato – coinvolgono più di un parametro costituzionale, fra cui anche l’art. 117, c. 1 di cui qui tratteremo.<sup>8</sup>

L’aspetto interessante di questa decisione consiste nel fatto che la Corte, di fronte ai ricorsi regionali che denunciavano un patente contrasto, da parte della disciplina statale, della normativa in materia desumibile dall’ordinamento dell’Unione europea e dalla Carta europea delle autonomie locali, e di fronte alla difesa dello Stato che viceversa sosteneva che proprio quella approvata rappresentasse una soluzione a rime obbligate per il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario, decide di procedere essa stessa all’interpretazione del quadro normativo comunitario e internazionale. E lo fa con dovizia di particolari, citando sentenze della Corte di giustizia, Comunicazioni della Commissione e quant’altro le potesse essere utile per chiarire un quadro non solo complesso ma anche fondamentale ai fini della tutela della concorrenza.

La conclusione di tale analisi, limitatamente al punto della possibile violazione, da parte dell’art. 1, c. 23 bis, dl 112/2008, del diritto comunitario, è che quest’ultimo «costituisce solo un minimo inderogabile per il legislatore degli Stati membri» (par. 8.1 del considerato in diritto): cosicché, afferma la Corte, nulla vieta allo Stato membro di porre una disciplina più rigida del minimo imposto, rientrando tale possibilità all’interno del «“margine di apprezzamento”» di cui dispone il legislatore nazionale rispetto ai margini «minimi e indefettibili» posti dall’ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza. La discrezionalità legislativa nazionale – all’interno degli argini posti dal quadro normativo comunitario – viene così ribadita con nettezza dal giudice delle leggi, ma solo dopo aver ampiamente “dialogato” con l’ordinamento dell’Unione europea, la sua legislazione e la sua giurisprudenza.

Certo, la materia era particolarmente controversa, e forse anche questa è stata la ragione che ha indotto la Corte ad intervenire in modo così dettagliato. Tuttavia pare evidente – in

---

<sup>8</sup> Per approfondimenti si veda il report pubblicato in quest’area di Aldo Sandulli.

entrambi i casi qui richiamati – che la Corte mira a ritagliarsi uno spazio autonomo di dialogo, interagendo con le istituzioni sovranazionali in veste di “primo attore”.

#### **4. CONTRASTO DI NORMA INTERNA CON NORMA COMUNITARIA PRIVA DI EFFETTO DIRETTO: LA CORTE RITROVA IL SUO SPAZIO**

La sentenza della Corte costituzionale nr. 28/2010 si segnala per essere il primo caso in cui la Corte utilizza il riformato art. 117, c. 1 Cost. – sia pure in congiunzione con il più tradizionale art. 11 Cost. – in un giudizio di legittimità promosso in via incidentale<sup>9</sup>: ed è anche il primo caso in cui la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di un atto legislativo interno per contrasto con norma comunitaria non direttamente applicabile.

L’attivazione del controllo di legittimità costituzionale in un caso del genere non sembrerebbe, in sé, rappresentare una vera e propria novità in tema di rapporto fra fonti comunitarie e fonti interne poiché, sin dalla storica sent. n. 170/1984, la Corte costituzionale si era riservata la facoltà di intervenire con una dichiarazione di incostituzionalità quando – come in questa ipotesi – non fosse configurabile un’applicazione del diritto comunitario al posto di quello interno ad opera del giudice comune. In tal senso, dunque, si potrebbe leggere la sent. n. 28 come un semplice utilizzo concreto di una possibilità già espressamente affermata in passato.

In realtà, però, la lettura del caso appare meno piana di quanto a prima vista non possa sembrare: esaminando più nel dettaglio il suo contenuto, qui si poneva, infatti, un delicato

---

<sup>9</sup> Con la presente decisione la Corte costituzionale dichiara costituzionalmente illegittimo l’art. 183, c. 1, lett. n) del d.lgs. n. 152/2006 (nel testo antecedente alla modifica intervenuta ad opera del d.lgs. n. 4/2008) nella parte in cui qualifica le ceneri di pirite come sottoprodotto – così esonerando il loro smaltimento dal rispetto della più onerosa disciplina prevista per i rifiuti – in contrasto con le direttive comunitarie vigenti in materia.

problema di successione di leggi penali nel tempo, di cui la prima, più sfavorevole, conforme a diritto comunitario, mentre la seconda, più mite, assunta con esso in contrasto.

Posto che l'illecito smaltimento dei rifiuti è configurato sia dalla direttiva sia dalla norma interna come un'ipotesi di reato cui consegue una ben precisa responsabilità penale, ma che tale responsabilità è viceversa assente tutte le volte che ad essere smaltita è una sostanza che non è qualificata come rifiuto (ad esempio se si tratta di un semplice sottoprodotto), il problema sollevato dal caso in oggetto consiste nel fatto che, mentre la prima attuazione della direttiva comunitaria da parte dell'Italia qualificava – al pari della direttiva stessa – la cenere di pirite come rifiuto, una successiva modifica della norma interna – contrastante con il dettato comunitario – l'ha derubricata a sottoprodotto, così esentandola dai ben più pesanti obblighi di smaltimento che per i rifiuti sono viceversa previsti. Alla Corte costituzionale viene dunque chiesto di pronunciarsi sul tema, poiché una tale, seconda disciplina in materia si porrebbe in contrasto con una norma comunitaria che è ritenuta priva di effetto diretto, essendole precluso di aggravare – di per sé e senza l'intermediazione di una legge interna che ne costituisce l'esecuzione – la responsabilità penale dell'imputato in giudizio .

In un'ipotesi come questa, invero, sarebbe forse stato lecito immaginare che alla direttiva comunitaria si sarebbe potuto riconoscere, se non l'effetto "diretto" in senso stretto, quanto meno l'effetto "ostativo" di impedire ai giudici comuni l'utilizzo della norma interna con essa in contrasto, con conseguente "riviviscenza", e applicazione diretta da parte dei giudici stessi, della previgente disciplina interna (che peraltro era quella in vigore al momento della commissione dei fatti contestati nel giudizio principale).

La Corte chiarisce, però, fermamente ciò che in questo caso va fatto: le direttive comunitarie prive di effetto diretto non possono imporre la disapplicazione delle norme interne con esse in contrasto. Tuttavia, poiché, in ossequio al principio del primato del diritto dell'Unione europea, tali norme interne neppure possono essere applicate dal giudice (non bisogna dimenticare che dalla sent. n. 28 le norme comunitarie sono qualificate come «cogenti e sovraordinate rispetto alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli art.

11 e 117, c. 1 Cost.»), l'unica strada percorribile è la rimozione di queste ad opera del giudice di costituzionalità.

In tal senso sembra di potersi affermare che, accanto ad una classica (e netta) riaffermazione del primato comunitario – anche in assenza del suo effetto diretto e anche in materie costituzionalmente “difficili” come quella penale – questa decisione ribadisce anche una lettura classica della “disapplicazione” di norma interna in contrasto con fonte comunitaria priva di effetto diretto (disapplicazione sì, ma previa rimozione a seguito di dichiarazione di incostituzionalità) ... con corrispettivo “primato” della Corte Costituzionale nel controllo di tali fattispecie.

Un sospetto, però, non può non sorgere: se questa è la prima esemplificazione in concreto di una fattispecie già ipotizzata nel 1984, siamo sicuri che il processo comunitario in questo quarto di secolo non sia ulteriormente andato avanti e, quindi, renda questa decisione della Corte Costituzionale – seppure ineccepibile dal punto di vista del nostro sistema delle fonti – non del tutto in linea con l'ultima giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>10</sup>? In un caso del genere, cioè, dove era possibile ritornare alla riviviscenza della norma in armonia con il dettato comunitario disapplicando la norma in contrasto (e di cui non era possibile dare una interpretazione conforme), il principio del primato comunitario non sarebbe stato più efficacemente assicurato da questa opzione invece che dal controllo di costituzionalità, che per sua natura non può che “rallentare” quella che dovrebbe essere la immediata applicazione del diritto comunitario? È vero, tuttavia, che, specie in materia penale, la giurisprudenza della stessa Corte di giustizia non sempre risulta così lineare<sup>11</sup>, cosicché alla

---

<sup>10</sup> Cfr., ad es., a tal proposito, la nota sentenza della Corte di giustizia, 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*.

<sup>11</sup> Si pensi, ad es., alla sentenza della Corte di Giustizia, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*

sentenza nr. 28 va comunque, per lo meno, attribuito il merito di aver chiarito la posizione interna sul punto.

Pare confermare la posizione assunta dalla Corte nella sentenza 28/2010 anche la sentenza nr. 227 del 2010, riguardante (ancora una volta) la compatibilità della legge italiana sul mandato di arresto europeo, nella parte in cui dispone che l'esecuzione di un mandato di arresto emesso ai fini dell'esecuzione della pena o di altre misure di sicurezza privative della libertà personale possa essere rifiutata – con conseguente esecuzione della pena o della misura di sicurezza in Italia – se la persona ricercata è cittadino italiano.<sup>12</sup>

Tralasciando i numerosi aspetti rilevanti della sentenza, per proseguire nell'analisi dell'impostazione seguita dalla Corte nel 2010 per disciplinare il possibile conflitto fra fonti dell'Unione europea e normativa interna, si deve notare che la norma interna in esame contrasterebbe con una decisione quadro – atto per definizione privo di effetto diretto – e con il principio di non discriminazione per ragioni di nazionalità, cui di regola si assegna effetto diretto. Ciononostante la Corte ritiene del tutto corretto procedere con l'incidente di costituzionalità anziché con l'ordinaria disapplicazione.

La Corte rileva, infatti, come tale principio « *non è sempre di per sé sufficiente a consentire la “non applicazione” della confliggente norma interna da parte del giudice comune. Invero, il divieto [di discriminazione], come si evince anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia, non è dotato di una portata assoluta da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti. [...]»*. Se, da un lato, è evidente la difficoltà insita

---

<sup>12</sup> La Corte risolve il caso adottando una sentenza additiva, concludendo per l'incostituzionalità della norma «nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno» e ritenendo assorbiti nella dichiarazione di incostituzionalità per violazione del diritto dell'Unione europea gli altri profili sollevati e relativi agli artt. 3 e 27, c. 3 Cost.

nel lasciare in mano al giudice comune l'applicazione diretta di principi (e soprattutto, possiamo immaginare, del principio di non discriminazione, che implicherebbe per il giudice comune un complesso giudizio di raffronto fra fonti legislative, tipica prerogativa del giudice costituzionale), dall'altro, non si può non notare come la posizione della Corte di giustizia in merito richieda più semplicemente, di regola, l'attuazione del diritto comunitario e il rispetto del primato di questo<sup>13</sup>. Certo, come nella sentenza precedente – che viene, infatti, citata – anche la sent. n. 227 interviene in materia penale e, dunque, la cautela del giudice trova un ulteriore punto di appoggio. Per addolcire la pillola, la Corte fa espresso rinvio alla giurisprudenza comunitaria come strumenti di identificazione della *ratio* della decisione quadro e di valutazione della proporzionalità della deroga. Ma pur sempre – sembra volerci dire il Giudice delle leggi – anche per attuare i diktat comunitari, serve l'intervento della Corte costituzionale....

##### **5. QUALE PARAMETRO? LA CONCORRENZA DELL'ART. 117 E DELL'ART. 11 COST.**

Per completare l'analisi, si segnala che nel 2010 la Corte affronta più volte anche il problema del parametro adeguato in relazione al quale il giudice può sollevare questioni di legittimità aventi ad oggetto un contrasto fra norme interne e diritto comunitario e comincia ad essere sollecitata a pronunciarsi sul possibile utilizzo della Carta dei diritti.

Innanzitutto, pare interessante la già analizzata sentenza n. 227/2010 sul mandato di arresto in cui, sebbene il giudice remittente avesse invocato la sola lesione dell'art. 117, c. 1 Cost., la Corte si affretta ad integrare il parametro attraverso il richiamo al tradizionale art. 11 Cost., affermando che questa facoltà di integrazione è perfettamente ammissibile quando l'ordinanza di rinvio, pur omettendo l'indicazione di taluni parametri, dimostri di fare ad

---

<sup>13</sup> Seppure in tutt'altro ambito, e tuttavia indicativo di una certa posizione della Corte di giustizia, cfr. sentenza *Küçükdeveci* del 19 gennaio 2010 (causa C-555/07), in cui si ribadisce l'obbligo di disapplicazione da parte del giudice comune anche davanti a principi previsti dalla Carta dei diritti (in questione vi era il principio di uguaglianza) e anche nei rapporti fra privati.

essi «chiaro riferimento». Il chiaro riferimento dipenderebbe, in questo caso, dal fatto che il giudice a quo applica i principi della giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario che erano stati elaborati in riferimento all'art. 11 Cost. Inoltre la Corte sottolinea che, mentre all'art. 117, c. 1 Cost. va sicuramente ascritto il merito di aver colmato «la lacuna della mancata copertura costituzionale per le norme internazionali convenzionali, ivi compresa la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, escluse dalla previsione dell'art. 10, c. 1 Cost.», il rapporto fra diritto interno e diritto dell'Unione europea «trova ancora “sicuro fondamento” nell'art. 11 Cost.» da cui, solo, derivano le limitazioni di sovranità che consentono, in ultima analisi, il primato del diritto dell'Unione europea. Questa precisazione è interessante perché sembra marcare un'ulteriore differenza fra giudizio di costituzionalità promosso in via principale e giudizio incidentale: mentre nel primo l'art. 117, c. 1 Cost. può avere rilevanza autonoma anche in riferimento al diritto dell'Unione europea, nel secondo esso ha natura soltanto ancillare, poiché il parametro principe di riferimento resta comunque l'art. 11 Cost., in congiunzione col quale soltanto anche l'art. 117, c. 1 Cost. può venire invocato<sup>14</sup>.

Sempre sul mandato di arresto si può ricordare anche l'ord. nr. 374/2010; in questo caso la questione è sollevata ponendo a parametro direttamente l'art. 20 della Carta di Nizza (e art. 3 Cost.) senza alcuna intermediazione da parte né dell'art. 11 Cost. né dell'art. 117, c. 1 Cost. Stranamente la Corte non si sofferma affatto su questo aspetto, limitandosi a dichiarare l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza nel giudizio a quo. Ma, sicuramente, quest'ultima problematica – l'efficacia della Carta dei diritti dell'Unione europea e il suo ruolo quale “parametro” di costituzionalità – è uno dei nodi irrisolti dell'ultima tappa dell'integrazione europea che la Corte avrà certo modo di affrontare in futuro.

---

<sup>14</sup> Come è confermato anche dalla sent. n. 216/2010, nel giudizio di legittimità costituzionale promosso in via principale, le norme comunitarie «fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, c. 1 Cost.».