

Roberto Giovagnoli

**I RAPPORTI TRA IL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ  
E IL SINDACATO DI CONVENZIONALITÀ IN ITALIA E IN FRANCIA**

*(Relazione tenuta a Parigi, presso la sede del Conseil d'Etat,  
in occasione del seminario franco-italiano del 26-28 settembre 2011)*

SOMMARIO: 1. Il sindacato di costituzionalità in Italia e in Francia. 2. Rapporti tra questione di costituzionalità e pregiudiziale comunitaria. Il problema della doppia pregiudizialità. 3. Il sindacato di convenzionalità in Italia e in Francia. 4. La riforma costituzionale del 2001: l'introduzione del sindacato di convenzionalità e il suo assorbimento in quello di costituzionalità. 5. I rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. Il progressivo affermarsi del principio del primato del diritto comunitario. 6. Il dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia. La possibilità della pregiudiziale comunitaria nel giudizio di costituzionalità. 7. La teoria dei controlimiti e la loro possibile comunitarizzazione dopo il Trattato di Lisbona. 8. L'atto amministrativo incostituzionale o emanato in base ad una legge incostituzionale. 9 Rapporti tra giudizio di costituzionalità e giudizio cautelare. 10. L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario.

**1. Il sindacato sulla costituzionalità delle leggi in Italia e in Francia.**

I sistemi italiano e francese di sindacato sulla costituzionalità delle leggi sono tradizionalmente caratterizzati da differenze significative, che trovano la loro origine in ragioni storiche ed ideologiche risalenti nel tempo. La Francia, è, infatti, la patria del

principio di separazione dei poteri e del primato del potere legislativo, visto come la diretta manifestazione della sovranità popolare e, quindi, sottratto a forme di controllo di matrice esterna.

La risalente sfiducia rivoluzionaria nei confronti della magistratura, ritenuta legata all'*ancien régime*, ha fatto sì che gli ordinamenti francesi succedutisi dalla fine del settecento in poi abbiano sempre evitato di attribuire a organi del potere giudiziario il controllo di conformità sostanziale della legge alla Costituzione. Sull'onda di questa tradizione anche la Costituzione del 1958, pur ispirata dalla volontà di limitare l'egemonia parlamentare, nel momento in cui ha introdotto un vaglio di costituzionalità, ha, tuttavia, optato per un modello di sindacato circoscritto e di natura prevalentemente politica.

Fino alla recente introduzione della *question prioritarie de constitutionnalité (QPC)* il *Conseil Constitutionnel* esercitava il suo controllo solo in via preventiva, quando ancora la legge non era stata promulgata, su istanza di un numero limitato di soggetti «politici».

Ben diverso è, sotto questo profilo, il modello di giustizia costituzionale introdotto in Italia dalla Costituzione repubblicana. In base ad esso, ciascun giudice, allorquando debba applicare alla fattispecie sottoposta al suo giudizio una norma che egli anche solo sospetti non essere conforme a Costituzione, deve sospendere il processo e rimettere la questione alla Corte costituzionale, affinché questa decida sulla legittimità costituzionale della legge. All'accesso in via incidentale si affianca poi quello in via principale (art. 127 Cost.), anch'esso successivo, che può essere attivato sia dallo Stato sia dalla Regione a tutela delle rispettive sfere di competenza costituzionalmente delimitate.

Si tratta, come da più parti è stato evidenziato, di un modello di giustizia costituzionale di natura «ibrida» o «intermedia», in cui si ritrovano tratti sia del modello francese (la soggezione del giudice alla legge e il conseguente divieto di disapplicarla), sia

del modello austriaco (la scelta marcatamente kelseniana di creare un organo *ad hoc* di natura giurisdizionale cui affidare un controllo *a posteriori*), sia, infine, del modello nordamericano della *judicial review* (il fatto che tutti i giudici siano legittimati a sollevare la questione di costituzionalità garantisce, infatti, al sindacato un elevato grado di «diffusione»).

La recente introduzione in Francia della QPC ha avuto l'effetto di attenuare tali differenze, senza, tuttavia, eliminarle completamente.

Innanzitutto, in Italia, diversamente dal modello francese, la questione di costituzionalità può essere sollevata per denunciare la violazione di qualsiasi norma costituzionale, anche «interposta», comprese quelle relative alla procedura di approvazione dell'atto legislativo, e non soltanto per contestare la violazione dei diritti e delle libertà che la Costituzione garantisce. La questione può essere rimessa da qualsiasi giudice, senza alcun filtro delle giurisdizioni superiori, alla sola condizione che sia «rilevante» e «non manifestamente infondata» (non occorre, quindi, che presenti un *caractère sérieux*, ma non basta che si tratti di una *question nouvelle*). Può, inoltre, essere sollevata anche d'ufficio e, comunque, l'eventuale eccezione della parte non deve essere necessariamente formalizzata in una «memoria distinta e motivata» (come prevede, in Francia, la legge organica del 2009).

## **2. Rapporti tra questione di costituzionalità e pregiudiziale comunitaria. Il problema della doppia pregiudizialità.**

Un'ulteriore significativa divergenza è che in Italia la questione di costituzionalità non riveste quel carattere «prioritario», che, già previsto dalla riforma costituzionale del 2008, è stato poi rafforzato dall'art. 23-1 della legge organica del 2009, in base al quale la

questione di costituzionalità deve precedere anche la questione di convenzionalità. In Italia, al contrario, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, ai giudici comuni è richiesto di risolvere, in via preliminare, ogni questione che coinvolga profili di diritto comunitario, procedendo, in caso di necessità, al rinvio pregiudiziale prima di sollevare eventuali dubbi di costituzionalità.

Il problema della compatibilità del carattere prioritario della questione di costituzionalità con il principio del primato del diritto dell'Unione europea – rimessa alla Corte di giustizia dalla *Cour de cassation* con le celebri decisioni *Melki* e *Abdeli* del 16 aprile 2010 – sembra, peraltro, ormai definitivamente risolto in senso positivo. La Corte di giustizia, infatti, con la decisione del 22 giugno 2010, ha giudicato il meccanismo della QPC compatibile con il diritto dell'Unione. A tale conclusione è giunta richiamando l'interpretazione fornita dal *Conseil constitutionnel* (decisioni 3 dicembre 2009 e 12 maggio 2010) e dal *Conseil d'Etat* (decisione 22 maggio 2010), i quali hanno chiarito che il giudice investito di una QPC può far cessare immediatamente, quando l'urgenza lo richiede, gli effetti di una legge in contrasto con il diritto comunitario, disponendo ugualmente della possibilità di sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Anche in seguito a tali arresti emerge, tuttavia, una differenza tra i due Paesi in relazione al tema della c.d. «doppia pregiudizialità»: come si è visto, nel sistema italiano (analogamente al modello tedesco), il giudice comune è tenuto, sotto la pena della restituzione degli atti, a consultare anticipatamente la Corte di giustizia; nel sistema francese sembra, invece, che il giudice che si confronti con un'ipotesi di contestuale rilevanza del parametro comunitario e di quello costituzionale abbia semplicemente la *possibilità* (e non l'obbligo) di ricorrere preventivamente al rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE.

### **3. Il sindacato di convenzionalità in Italia e in Francia.**

I sistemi italiano e francese sono ancora più diversi per quanto concerne il sindacato di convenzionalità.

Se si valutano i due ordinamenti con riferimento all'impatto che le relative tecniche di controllo hanno sulla portata del principio del primato della legge, qui, però, la situazione si capovolge: la sovranità parlamentare rispetto agli impegni internazionali risulta maggiormente tutelata nell'ordinamento italiano.

Tale differenza trova la sua giustificazione nella contrapposizione tra il principio monistico che ispira la Costituzione francese (C 55-1) e il principio dualista che, almeno fino alla riforma costituzionale del 2001, ha contraddistinto l'ordinamento italiano nei rapporti con il diritto internazionale pattizio di matrice non comunitaria.

In Francia, in particolare, a partire dal 1975, con le storiche sentenze del *Conseil Constitutionnel* (*Interruption volontaire de la grossesse*) e della *Chambre mixte* della *Cour de Cassation* (*Administration des Douanes*), il sindacato di convenzionalità è stato ritenuto autonomo rispetto al sindacato di costituzionalità e si è tradotto nel potere di qualsiasi giudice di disapplicare, ricorrendo le condizioni previste dall'art. 55 della Costituzione, la legge in contrasto con il trattato internazionale.

In Italia, invece, il sindacato di convenzionalità ha stentato ad affermarsi e, anche quando ha iniziato ad essere esercitato, dopo la riforma dell'art. 117 Cost., è stato immediatamente ricondotto nell'ambito del sindacato di costituzionalità (Corte cost. sentenze nn. 348 e 349 del 2007, n. 239, 311 e 317 del 2009, n. 93 del 2010, e n. 262 del 2011).

Nell'ordinamento italiano, infatti, l'adattamento del diritto interno agli impegni internazionali avviene, nella prassi, mediante il meccanismo dell'«ordine di esecuzione».

Tale strumento consiste nell'emanazione di un atto normativo che, senza formulare direttamente le norme materiali necessarie per l'attuazione del trattato, si limita a dare «piena ed intera esecuzione» al trattato stesso, di cui viene riprodotto in allegato il testo.

In tal modo i trattati internazionali venivano ad assumere la medesima posizione dell'atto che dava ad essi esecuzione. In caso di esecuzione mediante legge (è questo il caso più ricorrente), essi acquistavano, pertanto, la forza e il rango di legge ordinaria, che poteva essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva.

Da noi, quindi, fino all'emanazione della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, è rimasta minoritaria in dottrina e non è mai stata condivisa dalla Corte costituzionale la tesi secondo cui i trattati internazionali assumerebbero un rango costituzionale o, comunque, superiore, così da non poter essere abrogati o modificati dalla legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati.

Tale impostazione è stata talmente radicata da influenzare, inizialmente, gli stessi rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, fino a quando la Corte costituzionale, sotto la spinta della Corte di giustizia, ha valorizzato, anche alla luce dell'art. 11 Cost., la specificità dell'ordinamento comunitario. giungendo all'affermazione del principio, ormai ampiamente condiviso, della disapplicazione o non applicazione della norma interna contrastante (Corte cost. n. 170/1984).

#### **4. La riforma costituzionale del 2001: l'introduzione del sindacato di convenzionalità e il suo assorbimento in quello di costituzionalità.**

Lo scenario è mutato radicalmente quando, con la legge costituzionale n. 3 del 2001, l'art. 117 Cost. è stato modificato, mediante l'introduzione di una norma che ora prevede

che la funzione legislativa si esercita nel rispetto, non solo della Costituzione e del diritto comunitario, ma anche degli accordi internazionali.

Tale modifica costituzionale, secondo l'interpretazione ormai più accreditata (recepita anche dalla Corte costituzionale a partire dal 2007), ha dato luogo ad una «costituzionalizzazione» degli obblighi internazionali di fonte pattizia. Le norme degli accordi internazionali diventano, in questo modo, «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità, nel senso che la loro violazione determina l'incostituzionalità della legge per violazione indiretta dell'art. 117 Cost.

In Italia, pertanto, il recepimento nella Costituzione del principio di superiorità degli accordi internazionali non ha dato luogo ad un sindacato di convenzionalità autonomo e «diffuso», simile a quello inaugurato in Francia a partire dal 1975. In linea con il tradizionale divieto per il giudice di disapplicare la legge, si è optato per la soluzione del sindacato accentrato demandato alla Corte costituzionale.

Si tratta di una posizione molto simile a quella che era stata inizialmente sostenuta dal *Conseil d'Etat* francese, che – prima di aderire, con l'*arrêt Nicolo* (1989) alla giurisprudenza I.V.G. – aveva appunto affermato, nel celebre *arrêt Syndicat général des fabricants de semole de France* (1968), che la violazione dei trattati dà luogo ad un vizio di incostituzionalità della legge, di competenza del *Conseil constitutionnel*.

La Corte costituzionale ha ulteriormente precisato, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale a sua volta in contrasto con la Costituzione, che la norma internazionale pattizia può fungere da parametro di legittimità costituzionale della legge soltanto se essa sia, a sua volta, conforme alla Costituzione, riservandosi così il compito di vagliare tale

conformità ogni volta che si ponga un contrasto tra norme internazionali pattizie e norme legislative interne (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007 e, da ultimo, n. 236/2011).

Si coglie, anche sotto questo profilo, un'ulteriore differenza rispetto al rango riconosciuto al diritto comunitario: diversamente dalle norme comunitarie, le quali possono prevalere sulle singole norme costituzionali, incontrando solo il limite dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inalienabili della persona, le norme internazionali pattizie devono essere conformi a tutte le norme della Costituzione<sup>1</sup>.

## **5. I rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. Il progressivo affermarsi del principio del primato del diritto comunitario.**

Un discorso a parte va fatto, invece, con riferimento al diritto comunitario.

I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario hanno costituito oggetto, nel corso degli anni, di un lungo processo evolutivo scandito da diverse pronunce della Corte costituzionale che, sotto la spinta della Corte di giustizia e con l'ausilio della dottrina, ha via via riconosciuto il principio della prevalenza primato del diritto comunitario.

Dopo aver escluso, in una prima fase, il primato del diritto comunitario, e aver ritenuto, in una seconda fase, che la prevalenza del diritto comunitario dovesse realizzarsi con la dichiarazione di incostituzionalità della legge contrastante, la Corte costituzionale, a partire dalla storica sentenza n. 170 del 1984 (c.d. sentenza *Granital*), ha aderito alla

---

<sup>1</sup> Da rimarcare è anche la differenza tra il diritto internazionale pattizio e le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (le consuetudini), cui fa riferimento l'art. 10 Cost. prevedendo un meccanismo di adattamento automatico attraverso la tecnica del c.d. «rinvio mobile». Come per gli accordi internazionali, l'inosservanza della consuetudine internazionale dà luogo all'incostituzionalità della legge per violazione indiretta dell'art. 10 Cost.; tuttavia, secondo una risalente giurisprudenza, il diritto internazionale generalmente riconosciuto incontra, come controlimite alla sua prevalenza, soltanto il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (Corte cost. n. 48 del 1979).

posizione della Corte di giustizia (espressa nella sentenza *Simmenthal* del 1978), nel senso di riconoscere a ciascun giudice il potere-dovere di disapplicare la norma interna contrastante con una fonte di diritto comunitario dotata di effetto diretto.

Nella sentenza *Granital*, la giustificazione teorica di tale conclusione è che per effetto dell'operare congiunto dell'art. 11 Cost. e della legge di esecuzione del Trattato, l'ordinamento nazionale si ritrae lasciando così spazi liberi alla produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento dell'Unione europea. La norma interna incompatibile non è, tuttavia, né abrogata né affetta da invalidità per il suddetto contrasto: resta semplicemente quiescente, ossia temporaneamente incapace di trovare applicazione in quanto il suo terreno è stato occupato da una norma comunitaria rispetto alla quale la norma nazionale deve ritrarsi, con la conseguenza che il giudice dovrà considerarla *tamquam non esset*.

I più recenti sviluppi di questo processo evolutivo segnano una sempre più piena adesione, da parte della Corte costituzionale, alla concezione monista dei rapporti tra i due ordinamenti.

Con la sentenza n. 384/1994, la Corte costituzionale ha ammesso il sindacato principale di legittimità costituzionale di un legge regionale impugnata dallo Stato per violazione del diritto comunitario; con la sentenza n. 383/1998, ha considerato le norme comunitarie quali disposizioni alla cui stregua verificare il rispetto delle norme costituzionali che impongono la riserva di legge in determinate materie; con le sentenze nn. 41 e 45 del 2000 ha escluso l'ammissibilità del referendum laddove l'esito abrogativo possa condurre alla violazione di una norma comunitaria e, quindi, ad un giudizio di responsabilità dello Stato.

In quest'ottica, di particolare rilievo è la sentenza n. 23 del 2010, che ha dichiarato, in un giudizio in via incidentale, l'incostituzionalità di una norma legislativa interna per contrasto con una direttiva non *self-executing*. Pur con le necessarie differenziazioni, questa sentenza evoca la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* (sentenze 10 giugno 2004 e 27 luglio 2006) che – riconosciuta la specificità, alla luce dell'art. 88-1 della Costituzione, del diritto comunitario rispetto al diritto internazionale – ha affermato che «la necessità della trasposizione nel diritto interno di una direttiva comunitaria ha un fondamento costituzionale», riservandosi, di conseguenza, la possibilità di accertare la «manifesta incompatibilità» con la direttiva della relativa legge di trasposizione.

## **6. Il dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia. La possibilità della pregiudiziale comunitaria nel giudizio di costituzionalità.**

Un'ulteriore tappa importante nell'evoluzione dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario si è avuta con le ordinanze nn. 102 e 103 del 2008, con le quali, per la prima volta, la Corte costituzionale ha ammesso la possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, compiendo quel passo – più volte auspicato dalla dottrina – che le ha fatto varcare la soglia del Palazzo del Kirchberg.

Queste pronunce hanno segnato l'abbandono, da parte del giudice costituzionale, di quella posizione di rigida chiusura nei confronti della possibilità di considerarsi organo legittimato a chiedere direttamente l'intervento pregiudiziale della Corte di Lussemburgo, che aveva sino ad oggi rappresentato l'ostacolo principale alla possibilità di instaurare un dialogo diretto con il supremo organo comunitario.

In passato, occupandosi del giudizio di costituzionalità in via incidentale, la Corte aveva espressamente escluso la possibilità del rinvio pregiudiziale.

In particolare, nell'ordinanza n. 536 del 1995, aveva chiarito che «nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella “giurisdizione nazionale” alla quale fa riferimento l'art. 267 del trattato; che è invece il giudice rimettente, il quale alleggi la norma comunitaria a presupposto della censura di costituzionalità, a doversi far carico, in mancanza di precedenti puntuali pronunce della Corte di giustizia, di adire quest'ultima per provocare quell'interpretazione certa ed affidabile che assicuri l'effettiva rilevanza e non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale circa una disposizione interna che nel raffronto con un parametro di costituzionalità risenta, direttamente o indirettamente, della portata della disposizione comunitaria».

Nelle ordinanze n. 102 e 103 del 2008, la Corte costituzionale non nega la propria precedente giurisprudenza tesa ad escludere la legittimazione a sollevare la questione pregiudiziale nei giudici in via incidentale – dove un giudice *a quo* esiste – ma la ammette soltanto nei giudizi in via principale, dove la Corte stessa è giudice non di ultima, ma addirittura di unica istanza. In questi casi, allora, il suo eventuale rifiuto di effettuare il rinvio comporterebbe un'inaccettabile lesione del generale interesse all'applicazione del diritto comunitario.

Seguendo uno schema logico opposto a quella che essa impone ai giudici comuni, la Corte costituzionale, in questo caso ha, tuttavia, sottolineato una sorta di «priorità» della questione di costituzionalità rispetto a quella pregiudiziale. Ai fini della rilevanza della questione, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia deve essere preceduto da una valutazione di infondatezza degli eventuali profili di legittimità costituzionale dedotti dal ricorrente.

In tempi più recenti, peraltro, la Corte ha manifestato un'apertura verso la possibilità di sollevare la questione pregiudiziale anche nei giudizi in via incidentale.

Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza n. 28 del 2010. Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di una norma legislativa nazionale con una direttiva non *self-executing*, la Corte ha escluso il rinvio pregiudiziale richiesto dalle parti; lo ha fatto, però, non negandosi la qualità di «giurisdizione nazionale», ma semplicemente precisando che il rinvio non è necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente. Sembra, quindi, che, se vi fosse stato un dubbio interpretativo, la questione sarebbe stata sollevata, nonostante il carattere incidentale del giudizio.

In Francia, al contrario, la questione di un eventuale rinvio pregiudiziale nell'ambito del giudizio di costituzionalità è stata per ora espressamente esclusa dal *Conseil constitutionnel* (decisione n. 2006-540 del 27 luglio 2006), sulla base di una motivazione che fa riferimento, nei giudizi in via principale, all'esigenza di dover statuire, prima dell'entrata in vigore della legge, nel termine incompatibile con i tempi del rinvio pregiudiziale. La recente introduzione della QPC – che consente un controllo successivo e nel più lungo termine di tre mesi – introduce una breccia all'*iter* argomentativo della decisione 2006-540 DC ed apre uno spiraglio per il ripensamento di tale orientamento.

## **7. La teoria dei controlimiti e la loro possibile comunitarizzazione dopo il Trattato di Lisbona.**

La Corte costituzionale italiana nel momento in cui ha accolto il principio del primato del diritto comunitario ha, tuttavia, individuato dei controlimiti alla penetrazione del diritto comunitario.

I controlimiti rappresentano un nucleo di principi fondamentali intangibili, normalmente sottratti anche al potere di revisione costituzionale, che costituiscono una barriera all'ingresso di norme comunitarie con esse contrastanti.

La Corte costituzionale fa espresso riferimento all'esistenza di controlimiti nelle sentenze nn. 183/1973 e 179/1984. In tali decisioni si esclude espressamente che le limitazioni di sovranità che l'adesione all'Unione europea comporta possano, tuttavia comportare per gli organi comunitari un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana. E la Corte aggiunge che, ove ciò accadesse, sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato di costituzionalità sulla perdurante compatibilità del Trattato con i principi fondamentali.

L'esistenza di controlimiti è stata affermata anche dalle Corti costituzionali di altri Stati membri. In particolare, merita menzione la sentenza *Lissabon* del giudice costituzionale tedesco. In tale sentenza, il *Bundesverfassungsgericht* si attribuisce il potere di esercitare nei confronti delle norme comunitarie due tipi di controllo: il c.d. controllo *ultra vires* (al fine di verificare se l'Unione europea abbia rispetto il principio di attribuzione e, quindi, se gli atti comunitari rappresentino espressione di competenze effettivamente attribuite) e il controllo di identità, cioè un sindacato sul rispetto da parte degli atti dell'Unione del nucleo intangibile dell'identità costituzionale tedesca.

Queste tendenze dei giudici costituzionali nazionali a riservarsi il controllo di costituzionalità sulle norme comunitarie per la violazione dei c.d. controlimiti sono state guardate sempre con una certa diffidenza dalla Corte di Giustizia, timorosa che un simile controllo riservato ai giudici nazionali potesse compromettere il primato e l'uniforme applicazione del diritto comunitario.

Nella già citata sentenza 22 giugno 2010, C-188/10, la Corte di giustizia, nell'esaminare proprio la compatibilità comunitaria del nuovo sistema della *question prioritaire de constitutionnalité*, ha precisato che una eventuale dichiarazione di

incostituzionalità di una normativa comunitaria (o di una norma nazionale che attua la norma comunitaria) non è conforme al diritto comunitario perché finisce per escludere il controllo di validità che ad essa spetta in via esclusiva.

Recentemente il dibattito sui controlimiti si è riaperto per effetto delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona.

A detta di molti interpreti, infatti, il Trattato di Lisbona ha avuto l'effetto di comunitarizzare i controlimiti, con la conseguenza che l'atto comunitario che dovesse violarli sarebbe illegittimo già in base all'ordinamento europeo e, quindi, il giudice competente a conoscere di tale violazione sarebbe ormai solo la Corte di giustizia, e non più le Corti costituzionali nazionali.

A favore di questa soluzione si invocano le seguenti norme del Trattato di Lisbona: l'art. 4, comma 2, che prevede che l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati *e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*; l'art. 5, comma 2, che sancisce il principio di attribuzione stabilendo che in virtù di esso l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti; l'art. 6, che comunitarizza la Carta di Nizza e i diritti fondamentali ivi previsti

Il riferimento al principio di attribuzione e al rispetto della struttura fondamentale politica e costituzionale degli Stati membri richiama proprio il doppio controllo (*ultra vires* e sull'identità nazionale) che era stato ipotizzato dal Tribunale costituzionale federale tedesco.

Come è stato rilevato (Cassese), le norme appena citate sembrano produrre due conseguenze: «sono svuotati i controlimiti che vengono europeizzati; non sono le Corti nazionali, ma la Corte di giustizia a dover accertare e far valere i limiti. E, quindi, non vi

saranno più tanti controlimiti quante sono le Corti nazionali, ma un sistema uniforme di limiti».

Si tratta certamente di un tema in grado di condizionare la stessa evoluzione del processo di integrazione europea. La recente sentenza del Tribunale costituzionale tedesco, che lo scorso 7 settembre è stato chiamato a giudicare la legittimità costituzionale degli aiuti finanziari concessi alla Grecia dall'Unione europea, è una conferma evidente dell'importanza che, in prospettiva, la questione può assumere.

## **8. L'atto amministrativo incostituzionale o emanato in base ad una legge incostituzionale.**

Come ha recentemente evidenziato in un suo scritto il Vice-Presidente Sauvé<sup>2</sup>, i diversi sistemi di sindacato di costituzionalità esistenti in Europa sono, comunque, caratterizzati da un dato comune: il controllo di costituzionalità, anche quando è devoluto ad un organo specializzato, è un controllo non monopolistico, ma condiviso (*partagé*). Condiviso, perché, il diritto costituzionale è, a sua volta, un diritto condiviso, che i giudici nazionali, anche quando non esercitano il controllo di costituzionalità, sono comunque chiamati ad applicare, tutelando i diritti e le libertà proclamate dalla loro Costituzione.

Questo è senz'altro il caso dell'Italia (e della Francia) ove, ad esempio, il giudice amministrativo ha certamente il potere di annullare il provvedimento che violi direttamente una norma della Costituzione.

---

<sup>2</sup> *Le contrôle de constitutionnalité en Europe. Allocution d'ouverture lors du colloque de droit comparé organisé par la Fédération européenne des juges administratifs le 19 mai 2011*, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)

Problemi più delicati si pongono quando tra l'atto amministrativo e la violazione della Costituzione si frappone lo schermo di una legge. E' il caso dell'atto amministrativo emanato in conformità di una legge incostituzionale.

In questo caso, mentre la giurisprudenza francese ha elaborato (almeno fino alla recente introduzione della QPC) il principio della “*loi écran*” (la legge fa da schermo all'atto amministrativo e impedisce che venga annullato), in Italia si riconosce da tempo che il giudice amministrativo possa sollevare la questione di costituzionalità della legge e poi annullare l'atto in seguito alla sentenza di accoglimento della Corte costituzionale.

### **9. Rapporti tra giudizio di costituzionalità e giudizio cautelare.**

Altra questione controversa è quella relativa ai rapporti tra incidente di costituzionalità e giudizio cautelare. Il problema si pone concretamente laddove il ricorrente chiede la tutela cautelare contro un provvedimento che si assuma emanato in base ad una legge incostituzionale.

Ricorrendo tale eventualità, si determina un conflitto in apparenza insanabile, in cui, quale che sia soluzione che si accoglie, si consuma, comunque, uno strappo alle regole. Se il giudice rigetta la domanda cautelare applica la legge sospettata di incostituzionalità; se accoglie la domanda cautelare disapplica la legge; se sospende semplicemente il giudizio senza somministrare la tutela finisce per vanificare le esigenze sottese all'esistenza stessa del giudizio cautelare, volto ad evitare che la durata del processo vada a danno del ricorrente che ha ragione.

Per superare l'*impasse*, allora, la giurisprudenza amministrativa ha sperimentato la soluzione della sospensione interinale del provvedimento impugnato fino camera di consiglio successiva alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale, nella

quale, a seconda dell'esito del giudizio di costituzionalità, si conferma o meno la precedente misura cautelare.

E' una soluzione che rassomiglia molto a quella recentemente accolta, in relazione a una questione analoga, dal *Conseil d'Etat* nelle ordinanze 16 giugno 2010 (*Mme Diakitè*, n. 340250) e 21 ottobre 2010 (*Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, n. 343527) menzionate nel *Rapport public* 2011.

### **10. L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario.**

Questione oggetto di un acceso dibattito, soprattutto in passato, è anche quella relativa al regime giuridico dell'atto amministrativo adottato in violazione del diritto comunitario.

Una parte della dottrina seguita da una giurisprudenza minoritaria aveva, infatti, sostenuto che la regola della disapplicabilità con cui si risolvono i contrasti tra norma comunitaria e norma nazionale avrebbe dovuto estendersi anche all'atto amministrativo. Da qui l'affermazione secondo cui l'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario non sarebbe invalido, ma disapplicabile, anche oltre il termine di decadenza.

A sostegno di questa tesi si osservava che una diversa soluzione avrebbe portato al paradosso secondo cui gli atti amministrativi hanno una capacità di resistenza al diritto comunitario superiore rispetto alla legge.

Questa posizione deve ormai ritenersi superata a favore della tesi che equipara l'invalidità comunitaria alle altre forme di illegittimità del provvedimento.

La Corte di giustizia, nella sentenza *Santex* del 2003 ha giudicato il termine di decadenza di sessanta giorni previsto dall'ordinamento italiano per far valere l'invalidità, anche comunitaria, del provvedimento amministrativo in linea con il principio sia di

*equivalenza* (in quanto lo stesso termine è previsto anche per impugnare il provvedimento in contrasto con il diritto nazionale) sia di *effettività della tutela*, ritenendo che, di regola, il termine di sessanta giorni realizzi un giusto contemperamento tra le esigenze del diritto di difese e le esigenze di certezza e di stabilità dei rapporti amministrativi.

\* \* \* \*

A fronte di uno scenario, qual è quello appena tratteggiato, così ricco, al di là delle differenze ordinamentali, di sempre più numerosi momenti di contatto tra i sistemi giuridici nazionali e sovranazionali, vorrei concludere richiamando le parole con cui recentemente il Presidente Sauvé<sup>3</sup>, ha sottolineato l'imprescindibile esigenza di dialogo e di confronto che deve animare l'attività del giudice: i giudici – meno che mai i giudici dell'Amministrazione – non possono esercitare la loro missione in maniera solitaria, nell'indifferenza di quello che si pensa e che accade al di fuori delle loro aule. È nell'attenzione attenta ai compiti e alle soluzioni degli altri giudici, costituzionali ed europei, che essi devono esercitare le loro prerogative. Essi hanno il dovere della cooperazione, e devono combattere non l'uno contro l'altro ma contro sé stessi, contro le tentazioni di considerare solo il proprio ambito di azione e il proprio pensiero, contro l'ebbrezza e la vertigine del solipsismo. E' solo a questa condizione – come scriveva Jhering – che la pace potrà essere la parola del diritto.

---

<sup>3</sup> *Le contrôle de constitutionnalité en Europe*, cit