

2004

Il cap. I si basa sul discorso tenuto
al Center for European Studies della
Harvard University nel novembre 1989,
pubblicato come "The making of a
Constitution for Europe" in
«Common Market Law Review»
XXVI, 1989, 595-616 e in seguito
in R. O. Keohane e S. Hoffmann
(a cura di) *The New European Community,
Decisionmaking and Institutional Change*,
Boulder (Colo.), Westview Press, 1991
177-194.

GIUSEPPE FERRICO MANCINI

CAPITOLO PRIMO

La nascita di una Costituzione per l'Europa

1. Introduzione

Per gli osservatori più esperti delle vicende europee, favorevoli o contrari che siano all'idea di una Comunità forte, l'importanza del contributo della Corte di giustizia all'integrazione europea è ormai divenuta proverbiale. Non è qui il caso di citare gli amici, che, con il loro entusiasmo, finirebbero con il risultare imbarazzanti per un membro della Corte. Ben più interessanti sono i nemici, o coloro che comunque non sostengono neppure tiepidamente l'idea di un'Europa unita. La signora Thatcher, le cui reazioni private alle sentenze che hanno attentato alla sovranità e agli interessi sovrani inglesi sono facilmente immaginabili, non può essere citata in alcuna esternazione ufficiale, perché, essendo lei stessa un avvocato, è ben conscia del fatto che in Inghilterra i politici che criticano apertamente i giudici sono tradizionalmente guardati con sospetto. Ma quel vecchio, irredento gollista dell'ex primo ministro Michel Debré, lui sì che può essere citato: «Io accuso la Corte di giustizia» dichiarò nel 1979 «di mégalomanie maladive», intendendo con ciò di insufficiente deferenza rispetto alla sovranità e agli interessi francesi.

Per sintetizzare la direzione verso la quale la giurisprudenza di Lussemburgo si è mossa a far tempo dal 1957, possiamo dire che essa ha coinciso con la costruzione di una Costituzione per l'Europa. Diversamente dagli Stati Uniti, la Comunità è nata come una forma peculiare di organizzazione internazionale. Questa peculiarità consisteva nella sua struttura istituzionale, che non ha eguali, e nell'estensione dei poteri legislativo e giudiziario che mai erano stati attribuiti con tale ampiezza a un'altra organizzazione.

Ma queste caratteristiche, che rimandano al modello federale, non devono oscurare due elementi essenziali. In primo luogo, mentre la Dichiarazione di indipendenza americana parlava chiaramente di «un popolo», sciogliendo così i vincoli che lo legavano a «un altro popolo», il Preambolo del Trattato recita che le parti contraenti «sono determinate a gettare le basi di un'unione sempre più stretta fra i popoli europei»¹. Secondo, e più importante: lo strumento che ha dato vita alla Comunità è un tradizionale *trattato* multilaterale.

I trattati sono essenzialmente diversi dalle Costituzioni. In molti ordinamenti (inclusi quelli di alcuni degli Stati fondatori della Comunità), essi non hanno il grado di fonti superiori. L'interpretazione dei trattati è soggetta a canoni che non si applicano ad altre fonti (come per esempio il principio a norma del quale le limitazioni di sovranità non possono essere presunte e debbono interpretarsi restrittivamente, o la presunzione per cui gli Stati non perdono la sovranità). Di regola, i trattati dispongono di sistemi di freni e contrappesi, la cui funzione fondamentale consiste nel tenere sotto controllo i poteri dell'organizzazione a cui hanno dato vita. Nel caso del Trattato, poi, queste differenze sono enfatizzate da due caratteristiche altamente significative: esso, infatti, non tutela i diritti fondamentali dei singoli toccati dalla sua applicazione e non riconosce, nemmeno *in nuce*, un diritto costituzionale alla cittadinanza europea. L'Europa, dunque, non può conferire la cittadinanza, che resta una prerogativa degli Stati membri. Per la stessa ragione, i cittadini di uno Stato membro hanno il diritto di trasferirsi da uno Stato membro a un altro unicamente in virtù della loro condizione di lavoratori autonomi o di fornitori di servizi, vale a dire unità di fattore di produzione.

Il principale sforzo della Corte di giustizia è consistito precisamente nella rimozione, o nella riduzione, delle differenze ora menzionate. In altre parole, la Corte ha tentato di «costituzionalizzare» il Trattato, vale a dire di disegnare una cornice costitu-

¹ Si veda F. Jacobs e K. Karst, *The «Federal» Legal Order. The Usa and Europe Compared: Juridical Perspective*, in M. Cappelletti, M. Seccombe e J.H.H. Weiler (a cura di), *Integration through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin - New York, de Gruyter, 1986, vol. I, libro I, pp. 169-171.

zionale per una struttura di tipo federale in Europa. Che questo sforzo sia sempre stato ispirato da una logica chiara e coerente è discutibile, ma non si tratta di un problema di grande importanza. Quello che davvero importa sono i risultati, e questi sono sotto gli occhi di tutti.

Ad essere onesti, la Corte è stata aiutata da una serie di circostanze favorevoli. Il benevolo disinteresse dei media e la sua posizione geografica, nel piccolo ducato di Lussemburgo, le hanno permesso di restare lontano dall'occhio del ciclone, e ciò ha certamente contribuito alla sua capacità di creare un senso di appartenenza tra suoi membri, di pensiero indipendente, e, quando necessario, anche di convertirli in europeisti convinti². Inoltre, i giudici e gli avvocati generali sono quasi sempre stati uomini di mezza età, e almeno la metà di essi, di provenienza accademica. Come gruppo, quindi, essi non hanno mai soddisfatto le tre famose condizioni individuate da Lord Diplock: «Per formazione, carattere ed età, i giudici sono troppo avversi al cambiamento perché possa essere loro affidato lo sviluppo delle regole di condotta del mondo nuovo»³.

Ma queste circostanze non spiegano tutta la storia. La Corte, infatti, non avrebbe avuto altrettanto successo se non fosse stata assistita da due potenti alleati: i giudici nazionali e la Commissione. La posizione istituzionale dei primi sarà chiarita più oltre. Per ora è sufficiente ricordare che, avendo sottoposto alla Corte delicate questioni di interpretazione del diritto comunitario, essi sono indirettamente responsabili delle sentenze più audaci tra quelle che la Corte ha pronunciato. Inoltre, adeguandosi nelle loro decisioni a tali sentenze, essi hanno fornito a queste ultime la stessa credibilità di cui i giudici nazionali solitamente godono nel proprio ordinamento, rendendo così la giurisprudenza della Corte effettiva e rispettata all'interno della Comunità.

Per quanto riguarda la Commissione, i padri fondatori e in particolare Jean Monnet la concepivano come una sorta di «Platonic

² Si veda E. Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in «American Journal of International Law», I, 1981.

³ Lord Diplock, *The Courts as Legislators*, in B.W. Harvey (a cura di), *The Lawyer and Justice*, London, Sweet & Maxwell, 1978, pp. 263-280.

embodiment of a Communitarian spirit, with Gallic élan, self confidence and expertise»⁴. Come organo esecutivo della Comunità, forse la Commissione non è stata sempre all'altezza di tali aspettative, ma come «cane da guardia» dei Trattati, e cioè sia come istituzione incaricata di perseguire le infrazioni commesse dagli Stati membri sia come *amicus curiae* nei procedimenti pregiudiziali, ha giocato indubbiamente un ruolo più positivo. In altre parole, la Commissione ha spinto la Corte (soprattutto mitigando la preoccupazione di alcuni giudici circa l'accettabilità delle loro sentenze⁵) lungo il cammino dell'integrazione e finito con l'ampliare i poteri della Comunità.

Il Parlamento e il Consiglio, per contro, non possono essere definiti alleati naturali della Corte. Il Parlamento, è vero, le manifestava grande solidarietà negli anni Sessanta e Settanta, ma quando la sua funzione era semplicemente quella di un forum di dibattito. Più di recente, tuttavia, il Parlamento è stato coinvolto in un permanente braccio di ferro con il Consiglio: la posta in gioco è una nuova distribuzione del potere negli ambiti del bilancio e legislativo. La Corte ha finito con il diventare una vittima di tale (in sé pienamente legittima) turbolenza. La ragione è ovvia. Lussemburgo è sempre più gravato da controversie interne alla Comunità, di natura politica e caratterizzate da un alto tasso di emotività; ne conseguono una visibilità e un'esposizione anche mediatica in evidente contrasto con le condizioni che hanno consentito i passati progressi.

Anche il Consiglio, l'organo legislativo comunitario, non può essere un alleato della Corte. Nonostante formalmente si tratti di un'istituzione con caratteristiche sovranazionali, al pari delle altre, esso è stato strutturato, a partire dalla sua composizione (un conciliabolo di ministri nazionali), sul modello di una tavola rotonda intergovernativa, spesso caratterizzata dal calore di un incontro

⁴ S. Krislov, C.-D. Ehlermann e J.H.H. Weiler, *The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Communities*, in Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit., vol. I, libro II, pp. 3-18.

⁵ Si veda Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, cit.

amoroso in un nido di serpenti. Detto altrimenti, i suoi membri parlano, e indubbiamente pensano, in termini di negoziati con i loro partner, proprio come farebbero in qualunque altra sede internazionale⁶. L'osservazione che «dal punto di vista decisionale, la Comunità è più vicina alle Nazioni Unite di quanto non lo sia agli Stati Uniti» è quindi particolarmente efficace⁷.

A ciò bisogna aggiungere il peso che hanno acquisito nell'area della produzione normativa il Coreper (il Comitato dei rappresentanti permanenti degli Stati membri) e i suoi numerosi gruppi di lavoro. I rappresentanti permanenti sono ambasciatori e le sottocommissioni sono composte da funzionari delle amministrazioni nazionali. Mentre da un ministro ci si può anche aspettare che, in determinate occasioni, affronti un problema con spirito sovranazionale, sarebbe puerile attendersi che un ambasciatore o un burocrate nazionale, quale che sia la sua propensione, cooperi volontariamente al processo di riduzione del potere degli Stati membri, e si rovini così la carriera.

2. La costituzionalizzazione per via giudiziaria

2.1. Il primato

Come si è già messo in luce, contrariamente alle Costituzioni federali, i trattati che danno vita alle organizzazioni internazionali non godono per solito di una posizione gerarchica sovraordinata rispetto alle leggi delle parti contraenti. L'art. 6 della Costituzione americana afferma che «le leggi degli Stati Uniti [...] costituiranno la legge suprema del paese; e i giudici di ogni Stato saranno tenuti a conformarsi a esse, quali che possano essere le disposizioni in contrasto nella Costituzione o nella legislazione di qualsiasi singolo Stato». Analogamente, la sezione 109 della Costituzione australiana stabilisce che «quando una legge di uno Stato è in contrasto con una legge del Commonwealth, quest'ultima

⁶ Si veda Jacobs e Käst, *The «Federal» Legal Order*, cit., p. 186.

⁷ M. Cappelletti, M. Seccombe e J.H.H. Weiler, *A General Introduction*, in Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit., p. 29.

deve prevalere e la prima deve essere [...] annullata», e la Legge fondamentale tedesca afferma con altrettanta chiarezza che «Bundesrecht bricht Landesrecht». Al contrario il Trattato, pur contenendo alcune disposizioni esortative dirette allo stesso effetto (art. 5), non afferma chiaramente se il diritto comunitario è sovraordinato rispetto alla legislazione precedente e successiva degli Stati membri.

L'esistenza ormai indiscussa di una clausola di primato nel sistema comunitario è dunque un prodotto della creatività giudiziaria. In *Costa c. Enel*⁸, un caso sollevato nei primi anni Sessanta davanti a un giudice conciliatore di Milano, un azionista dell'Enel lamentava la violazione del Trattato a opera della legge italiana di nazionalizzazione dell'impresa di fornitura elettrica. Il governo italiano sostenne l'incompetenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sul caso; il magistrato avrebbe dovuto applicare la legge di nazionalizzazione, che esprimeva la volontà parlamentare, e non avrebbe quindi potuto adire la Corte sulla base della procedura disposta dal Trattato. La Corte, per contro, argomentò che

istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità [...] e, in specie, di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato [...] i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi⁹.

Viene da chiedersi se questo modo di ragionare sia interamente persuasivo. Parte della dottrina ne dubita, e alcuni si sono spinti sino a definire *Costa c. Enel* come un esempio di attivismo giudiziario «selvaggio»¹⁰. Eppure, la dottrina del primato elaborata dalla Corte fu accettata sia dai giudici sia dalle amministrazioni degli Stati membri, fondatori e nuovi, se si eccettua qualche lagnan-

⁸ Sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, Racc., p. 1129.

⁹ *Ibidem*, p. 593.

¹⁰ H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht-Boston-Lancaster, Nijhoff, 1986.

za da parte del Consiglio di Stato francese, della Corte costituzionale italiana e di un paio di *Law Lords* inglesi. Lord Denning, un vecchio gentiluomo maestoso, ma irritabile, ebbe a dichiarare che «quando il parlamento approverà una legge, la faremo finita con tutta la discussione sul Trattato»¹¹. Qualche anno dopo, tuttavia, a Lord Diplock toccava ammettere che anche atti parlamentari successivi devono essere interpretati in linea con il diritto comunitario, per quanto «stiracchiata» possa risultare l'interpretazione¹². Lord Diplock, e molti altri giudici nazionali prima di lui, avevano capito, ovviamente, che l'alternativa alla clausola del primato sarebbe stata una rapida erosione della Comunità; cosa che nessuno auspicava veramente, neppure i più intransigenti custodi della sovranità nazionale. La Corte stessa, del resto, fece leva, anche se non in modo del tutto esplicito, sull'argomento «or else», e fu proprio questo, assai più di quello a cui abbiamo accennato più sopra, a determinare il pronto recepimento della dottrina formulata in *Costa c. Enel*.

Va detto, tuttavia, che il riconoscimento del primato del diritto comunitario non costituì uno sviluppo meramente indispensabile, bensì anche logico. È ovvio che in un contesto federale o quasi federale, il problema del primato emerge solo se le norme federali si applicano direttamente, cioè se hanno efficacia nei confronti dei cittadini della federazione senza bisogno di interventi da parte degli Stati membri¹³. L'art. 189 del Trattato identifica una categoria di norme comunitarie che non richiedono misure nazionali per essere applicate, ma che obbligano gli Stati membri e i loro cittadini sin dal momento in cui entrano in vigore: i padri fondatori le battezzarono «regolamenti» e le destinarono principalmente alla disciplina di quelle aree in cui lo stesso Trattato definisce unicamente gli obiettivi della politica comunitaria, rimettendo la sua elaborazione a successive decisioni del Parlamento europeo, del

¹¹ *Felixstowe Dock and Ry Co. v. British Transport Docks Board*, in «Common Market Law Reports», II, 1976, p. 655.

¹² *Garland v. British Rail Engineering*, 1982, 2 All ER 402.

¹³ D.J. Elazar e I. Greilsammer, *Federal Democracy. The Usa and Europe Compared - A Political Science Perspective*, in Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit., vol. I, libro I, p. 103.

Consiglio e della Commissione. Un anno prima della sentenza *Costa c. Enel*, tuttavia, la Corte aveva enormemente esteso il potere comunitario di «trattare direttamente con il pubblico», stabilendo in *Van Gend en Loos*¹⁴ che i singoli possono far leva sulle disposizioni dei Trattati se questi conferiscono loro diritti e impongono agli Stati membri un obbligo così preciso e incondizionato da poter essere adempiuto senza la necessità di ulteriori misure.

2.2. Gli effetti diretti

Costa c. Enel può dunque considerarsi come una, anche se non certo l'unica, conseguenza di *Van Gend en Loos*. Undici anni dopo *Van Gend en Loos*, in *Yvonne Van Duyn c. Home Office*¹⁵ la Corte fece un ulteriore passo in avanti, attribuendo effetti diretti alle disposizioni contenute in direttive non trasposte in atti normativi interni degli Stati membri entro il termine prescritto, sempre che esse soddisfacessero i requisiti fissati in *Van Gend en Loos*. Per comprendere appieno la portata di tale sviluppo bisogna tenere a mente che, mentre le principali materie disciplinate dai regolamenti sono l'agricoltura, i trasporti, le dogane e la sicurezza sociale dei lavoratori migranti, gli organi comunitari ricorrono alle direttive quando intendono armonizzare le legislazioni nazionali in settori quali quello fiscale e bancario, l'eguaglianza tra i sessi, la protezione dell'ambiente, i contratti di lavoro e l'organizzazione delle società. Come dire: cucina casalinga e *haute cuisine*. Si comprende così che la speranza di vedere l'Europa crescere dal punto di vista istituzionale, nell'ambito delle relazioni sociali e in termini di qualità della vita, poggia in larga misura sull'adozione e l'applicazione di direttive¹⁶.

La diretta applicabilità delle direttive pone, tuttavia, un problema di notevole entità. Diversamente dai regolamenti e dalle di-

¹⁴ Sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Nu Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*, Racc., p. 3.

¹⁵ Sentenza del 4 dicembre 1974, causa 41/74, Racc., p. 1337.

¹⁶ Per un'ulteriore elaborazione di questa idea si veda *infra*, cap. XV.

sposizioni dei Trattati oggetto di *Van Gend en Loos*, le direttive sono infatti analoghe ai trattati internazionali, per il fatto che obbligano *unicamente* gli Stati e *unicamente* quanto allo scopo da raggiungere. È comprensibile quindi che, mentre la dottrina di *Van Gend en Loos* si è stabilizzata in un tempo relativamente breve, la sua estensione alle direttive si sia scontrata con l'opposizione di molti soggetti. Il Conseil d'État francese e il Bundesfinanzhof tedesco rifiutarono seccamente di conformarsi e Rasmussen, in un impeto di collera davvero poco danese, si spinse sino a condannarla come un caso di «condotta giudiziaria rivoltante»¹⁷.

Critiche pur comprensibili non devono però necessariamente essere giustificate. È infatti un errore credere che l'attribuzione di effetti diretti alle direttive non ancora recepite dagli Stati membri sia stata ispirata solo da considerazioni di natura politica, quali l'intenzione di sostituirsi agli Stati in aree strategiche della produzione legislativa¹⁸. La mancata trasposizione delle direttive è infatti la forma di infrazione più frequente e tipica degli Stati membri; gli organi comunitari, dal canto loro, spesso fingono di non vedere; e, infine, anche quando la Commissione istituisce effettivamente un procedimento contro lo Stato ex art. 169 del Trattato Ce, la Corte non può poi imporre alcuna sanzione allo Stato «colpevole»¹⁹. Ciò conferisce alle direttive una pericolosa qualità elastica: l'Italia, la Grecia o il Belgio possono accettare la promulgazione di una direttiva, pur sapendo che il prezzo da pagare per la possibile mancata trasposizione è inesistente o minimo.

Date queste circostanze, si è sostenuto in alcune occasioni che la dottrina di *Van Gend en Loos* fosse intesa essenzialmente ad assicurare il rispetto del principio di legalità. L'obiettivo principale della Corte, in altre parole, sarebbe stato quello di «assicurare che nessun livello di governo potesse far leva sulla propria infra-

¹⁷ Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, cit.

¹⁸ Questa e le successive osservazioni sono tratte da Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit.

¹⁹ Il Trattato di Maastricht ha aggiunto due paragrafi all'art. 171 che dotano la Corte del potere di imporre sanzioni pecuniarie a uno Stato membro che non si conforma a una precedente sentenza della Corte che dichiara che lo Stato membro ha violato il Trattato Ce.

zione — il mancato adeguamento da parte dello Stato, l'omissione o addirittura l'incapacità della Comunità di obbligare lo Stato ad adeguarsi», così frustrando le legittime aspettative dei cittadini comunitari ai quali la direttiva conferisce diritti. In altre parole, «se una Corte è costretta a condonare sistematicamente la violazione di una norma, tale norma non può più essere chiamata legge»; e nessuno potrà negare che «le direttive debbono avere forza di legge ai sensi del Trattato»²⁰.

Senza dubbio, nell'elaborazione della sentenza *Van Duyn* la Corte può anche aver considerato che, riducendo i vantaggi che agli Stati membri scaturivano dal mancato adeguamento, si sarebbe rafforzata la portata «federale» della competenza legislativa comunitaria, e la prospettiva può non esserle dispiaciuta. Ma questo è sufficiente per giustificare la ribellione inscenata dal Conseil d'État o dal Bundesfinanzhof? Chi scrive ne dubita, e ne dubitò anche il Tribunale federale tedesco, che riprese vivamente il Bundesfinanzhof per il suo rigetto della dottrina *Van Duyn*²¹. Ciò contribuì potentemente a ripristinare la legittimazione che la Corte di giustizia aveva perso agli occhi di qualche osservatore a seguito di *Van Duyn*. La ferita, oggi lo possiamo dire, è guarita, e la cicatrice che ha lasciato si vede appena.

2.3. La «pre-emption»

Il primato e gli effetti diretti sono di consueto considerati come due dei tre principi in cui prende corpo la costituzionalizzazione per via giudiziaria del Trattato Ce. Il terzo principio è quello della *pre-emption*, di cui ora si tratterà brevemente. Nozione familiare ai giuristi americani, la *pre-emption* gioca un ruolo decisivo nella distribuzione delle competenze ed è un corollario essenziale del primato, dal momento che determina «se un'area di competenza è stata effettivamente o potenzialmente occupata

²⁰ Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit., p. 39.

²¹ Bundesverfassungsgericht, sentenza dell'8 aprile 1987, in *BVerfGE*, 75, p. 223, riprodotta in «Common Market Law Reports», I, 1988, n. 3.

dal potere centrale così da influenzare l'intervento degli Stati in tale area»²². La Corte di giustizia ha preso rapidamente coscienza di questo problema e ha teso a risolverlo in modo sempre più incisivo.

Qualche esempio aiuterà a comprendere meglio le linee guida della giurisprudenza della Corte in questo ambito. Nel quadro della Politica agricola comune, la Comunità ha adottato per la maggior parte dei prodotti un'organizzazione di mercato di estensione comunitaria; la Corte ha affermato che la sola esistenza di una siffatta organizzazione preclude l'intervento legislativo degli Stati membri nelle aree coperte da essa²³. Ancora più eloquenti sono i casi inglesi in materia di pesca che concernono misure di conservazione delle risorse nel mare del Nord. Dopo una serie di considerazioni piuttosto prolisse sulle modalità con cui la competenza a disciplinare questa materia è stata trasferita alla Comunità, la Corte affermò che gli Stati membri non erano più liberi di emanare misure di conservazione, anche nel caso in cui la Comunità non avesse adottato alcun provvedimento²⁴.

3. Il controllo di costituzionalità sulla legislazione comunitaria

Passiamo ora a un diverso, ma non certo meno importante, risultato ottenuto dalla giurisprudenza della Corte. Il controllo di costituzionalità sugli atti legislativi costituisce, come è noto, un elemento essenziale di tutti i sistemi federali. Nel suo intento di dotare la Comunità di una cornice costituzionale di tipo federale, la Corte fu costretta a confrontarsi con questo «enigma per le democrazie», come Cappelletti lo ha a ragione definito²⁵. A nor-

²² Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit., p. 39.

²³ Jacobs e Karst, *The «Federal» Legal Order*, cit., p. 238.

²⁴ Sentenza del 5 maggio 1981, causa 804/79, *Commissione c. Regno Unito*, Racc., p. 1045; T. Koopmans, *Federalism, the European Community and the Case Law of the Court of Justice*, testo di un intervento presentato il 27 marzo 1987 all'Università di Lovanio.

²⁵ Si veda M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 149.

ma dell'art. 173 del Trattato, la Corte ha il potere di accertare la legittimità degli atti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione su ricorso delle istituzioni, degli Stati membri e anche, seppure in limitate circostanze, delle «persone fisiche o giuridiche». Ma ciò è sufficiente a risolvere solo una parte (la parte minore) del problema. Infatti, come scrisse Oliver Wendell Holmes, «non credo che gli Stati Uniti si estinguerebbero se la Corte suprema perdesse il potere di annullare un atto del Congresso, ma l'Unione sarebbe in pericolo se le Corti non potessero fare altrettanto relativamente alle leggi dei singoli Stati»²⁶.

Il Trattato non attribuisce alla Corte il potere di controllare la legittimità degli atti legislativi degli Stati membri. Tuttavia predispone un sistema che, pur congegnato per una diversa funzione (assicurare l'uniforme applicazione del diritto comunitario in tutti gli Stati membri), è stato utilizzato dalla Corte in modo da conferirle il potere di accertare l'incompatibilità delle legislazioni nazionali con il Trattato e con le fonti secondarie. A norma dell'art. 177 del Trattato, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, su istanza di giudici di Stati membri, su tutte le questioni di interpretazione e validità del diritto comunitario sollevate davanti a essa. Mentre i giudici di livello più basso *possono* chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale, le Corti di ultima istanza *devono* rinviare la questione a Lussemburgo.

Quanto è efficace la procedura in via pregiudiziale? Comparandola con un compiuto sistema duale di Corti federali sul modello di quello nordamericano, alcuni dotti commentatori lo hanno descritto come giuridicamente più fragile, ma politicamente più fedele al carattere particolare federale²⁷. Mentre quest'ultima affermazione è discutibile, quella precedente è senz'altro corretta, dal momento che il sistema comunitario di controllo di costituzionalità abbisogna, assai più di quello americano, della cooperazione e della buona volontà delle giurisdizioni statali. La ragione è duplice: a norma dell'art. 177, infatti, le parti non sono

²⁶ O.W. Holmes Jr., *Law and the Court*, in Id., *Collected Legal Papers*, New York, Peter Smith, 1952, pp. 291 e 295 ss.

²⁷ Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit., p. 23.

legittimate a impugnare le sentenze nazionali davanti alla Corte di giustizia, e, d'altro canto, la Corte non dispone di poteri coercitivi per imporre il rispetto delle proprie pronunce²⁸.

La prima preoccupazione della Corte è dunque stata assicurarsi quella cooperazione e quella buona volontà di cui aveva assoluta necessità. I primi risultati furono frustranti. Ci vollero almeno quattro anni perché il primo rinvio pregiudiziale di una giurisdizione nazionale (il *Gerechthof* dell'Aia) pervenisse alla Corte e la leggenda narra che quel giorno saltarono parecchi tappi di champagne nella sala dei *délibérés*! Con il passare del tempo, le richieste di pronunce pregiudiziali cominciarono ad affluire in numero sempre crescente e alla fine degli anni Ottanta ammontavano, in media, a centocinquanta all'anno. Ancora più importante, la maggior parte delle giurisdizioni nazionali (circa il 95% secondo un rapporto dell'epoca) dava poi seguito alla pronuncia che aveva sollecitato, e alcune si erano spinte sino ad applicare pronunce richieste da altre giurisdizioni, quando si trovavano a dover decidere su casi simili. In pratica, l'interpretazione fornita da Lussemburgo aveva acquisito un'autorità vincolante e, almeno entro certi limiti, le era stato attribuito il valore di precedente.

Come è potuto accadere tutto questo? L'unica ragione che riesco a vedere, per quanto la spiegazione possa suonare poco elegante, è l'ingegnosità dei miei predecessori. Se ciò che fa un «buon» giudice è la sua consapevolezza dei limiti alla creatività giudiziaria e del fatto che la giurisprudenza deve essere convincente se vuol essere applicata, i giudici di Lussemburgo degli anni Sessanta e Settanta sono Stati certamente *ottimi* giudici. In altre parole, sapendo che la Corte non aveva praticamente alcun potere che non fosse riconducibile alla sua posizione istituzionale e alla persuasività delle sue sentenze, essi hanno sfruttato al massimo tali risorse²⁹. Così, hanno sviluppato uno stile che potrà anche essere monotono e ripetitivo, ma che interpreta e al tempo stesso dichiara la norma. Non meno importante, hanno dato prova di un'illimitata pazienza nei confronti dei giudici nazionali, riformulando questioni espresse in termini imprecisi o traendo dai documenti con-

²⁸ *Ibidem*, p. 367.

²⁹ *Ibidem*, p. 371.

cernenti i procedimenti principali gli elementi di diritto comunitario che dovevano essere interpretati in relazione all'oggetto del contendere.

Fu proprio applicando questo metodo educatamente didattico che i giudici di Lussemburgo riuscirono a conquistarsi la fiducia dei loro colleghi da Palermo a Edimburgo e da Bordeaux a Berlino; e solo grazie a essa riuscirono a trasformare la procedura disciplinata dall'art. 177 in uno strumento attraverso cui i singoli possono impugnare le norme nazionali per incompatibilità con il diritto comunitario. È il caso di ripetere che, a norma dell'art. 177, i giudici nazionali possono *unicamente* chiedere alla Corte di giustizia di interpretare un atto comunitario. La Corte non ha mai ammesso che essi avessero il potere di oltrepassare tale limite; al contrario, ogniqualvolta questo è accaduto, per esempio sollevando la questione se la norma nazionale A violasse il regolamento comunitario B o la direttiva C, la Corte ha risposto che il suo unico potere consisteva nel chiarire il significato di B o C. Ma, dopo aver così prestato ossequio solo formalmente alla lettera del Trattato e aver fornito delucidazioni circa il significato dell'atto comunitario in questione, la Corte si spingeva spesso oltre, tanto da indicare fino a che punto un *certo tipo* di legislazione nazionale può essere ritenuto compatibile con quell'atto³⁰. Così, il giudice nazionale è condotto per mano sino alla porta: oltrepassare la soglia è compito suo, ma un compito ormai non più complesso di un gioco da ragazzi.

4. La cittadinanza comunitaria

Torniamo ora al tema della cittadinanza comunitaria e ai diritti fondamentali dei cittadini comunitari. Come si è affermato all'inizio, il Trattato garantisce la mobilità del lavoro e il diritto dei lavoratori migranti e delle loro famiglie di partecipare, su un piano di parità con i lavoratori nazionali, ai benefici sociali del paese ospite, compresi la politica della casa, il sistema sanitario, quello scolastico e i diritti connessi alla sicurezza sociale. Questo sistema,

³⁰ Siveda Koopmans, *Federalism, the European Community and the Case Law of the Court of Justice*, cit. Si veda anche *infra*, cap. II.

tuttavia, nonostante rappresenti un importante passo avanti rispetto all'epoca in cui i fenomeni migratori erano gestiti dalle autorità dello Stato ospite, non comporta nessun riconoscimento di uno status comune di cittadino. Si può dire che i singoli traggano i diritti transnazionali di cui sono titolari dalla posizione costituzionale di cittadini di uno Stato membro e dallo status funzionale di lavoratori³¹.

Da qualche tempo, tuttavia, è chiaramente in atto un'evoluzione. Dal 1979 il Parlamento europeo è eletto a suffragio popolare diretto, sul frontespizio dei passaporti rilasciati dagli Stati membri le parole «Comunità europea» sono stampate sopra il nome del paese e gli studenti universitari possono, attraverso un sistema di borse di studio, ottenere il riconoscimento degli studi compiuti in diverse università comunitarie. Ancora più significativo, la Commissione ha elaborato una serie di proposte di direttive che estendono il diritto di stabilirsi in un altro Stato membro e godere degli stessi privilegi dei suoi cittadini (compreso l'elettorato attivo nelle elezioni amministrative) a *tutti* gli europei, indipendentemente dalla loro condizione di lavoratori³². Naturalmente, la Corte si è poi resa conto della volontà di alcune forze progressiste di dar vita a una, per quanto imperfetta, forma di cittadinanza comunitaria e, cogliendo l'opportunità offertale, ha legittimato i loro sforzi con una delle sue pronunce più acute e sottili³³.

³¹ Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit., p. 48. Siveda anche M. Garth, *Migrant Workers and Rights of Mobility in the European Community and the United States. A Study of Law, Community and Citizenship in the Welfare State*, *ibidem*, vol. I, libro III, par. 85, pp. 103 ss.

³² Si vedano la proposta di direttiva del Consiglio sul diritto di voto dei cittadini degli Stati membri alle elezioni comunali dello Stato membro di residenza, in «Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee», C 246, 1988, p. 4; la proposta di direttiva del Consiglio relativa al diritto di soggiorno degli studenti, in «Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee», C 191, 1989, p. 2; la proposta di direttiva del Consiglio relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, in «Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee», C 191, 1989, p. 3; il progetto per una direttiva del Consiglio relativa al diritto di soggiorno, in «Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee», C 191, 1989, p. 5.

³³ Sentenza del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Ian William Cowan c. Trésor public*, Racc., p. 195.

Nel giugno 1982 il signor Ian William Cowan, cittadino britannico, faceva visita al figlio a Parigi. All'uscita di una stazione della metropolitana fu aggredito da una banda di delinquenti, che gli provocarono vaste lesioni. Egli chiese dunque che gli venisse riconosciuto un risarcimento, sulla base dell'art. 706/15 del Codice di procedura penale francese. Questa norma stabilisce che lo straniero vittima di un'aggressione abbia diritto a essere risarcito solo se è titolare di un permesso di soggiorno o è cittadino di uno Stato con cui la Francia abbia concluso un accordo di reciprocità. Non soddisfacendo nessuna delle due condizioni, il signor Cowan non ottenne il risarcimento. Sottopose dunque il caso alla Commission d'indemnisation des victimes d'infractions, un organo istituito presso il Tribunal de Grande Instance di Parigi. La Commission sospese il procedimento e chiese alla Corte di pronunciarsi sul principio di non discriminazione, disciplinato in quello che era all'epoca l'art. 7 del Trattato Cee, per stabilire se la norma francese fosse compatibile con il diritto comunitario.

La Corte sottolineò che il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità si applica non solo a beni e lavoratori che circolano all'interno del mercato comune, ma anche alla circolazione dei servizi, e affermò che quest'ultima comprende sia la libertà di offrire, sia quella di ricevere un servizio su tutto il territorio della Comunità. Da questo principio scaturisce il corollario per cui una persona che si reca in un altro paese al fine di ricevere un servizio deve godere della stessa protezione di cui godono i cittadini di tale paese e gli stranieri ivi residenti. Un turista è per definizione un fruitore di servizi; quindi, se un ordinamento assicura la tutela contro i rischi di aggressione e riconosce il diritto di essere indennizzati nel caso in cui il rischio si materializzi, il turista ha diritto a entrambi. Il motivo per cui la Corte insisté tanto sulla nozione di «turista» è ovviamente che il signor Cowan rientrava con tutta probabilità in questa categoria. Tuttavia, poiché lasciare il proprio paese senza utilizzare i servizi che vengono offerti nel paese ospite (mezzi di trasporto, hotel, ristoranti ecc.) è di fatto impossibile, bisogna concludere che la sentenza *Cowan* non si pone su un piano sostanzialmente diverso rispetto all'opinione concorrente del giudice Jackson in *Edwards v. California*: «It is a privilege of citizenship of the United States, protected

from state abridgment, to enter any state of the Union, either for temporary sojourn or for the establishment of permanent residence therein»³⁴.

5. La tutela dei diritti dell'uomo

Passiamo ora ad analizzare il tema dei diritti umani. Come ignorarono il problema della cittadinanza, così gli artefici del Trattato non riscontrarono la necessità di tutelare i diritti umani. Presumibilmente, essi erano consci del fatto che le Carte dei diritti costituiscono, nel lungo periodo, un formidabile strumento di integrazione, e nel 1957, quando il clima europeo era già sfumato di scetticismo e aveva ormai perso l'iniziale candore, essi non vedevano l'opportunità di accelerare il processo di integrazione ad opera di un'autorità centrale dotata del potere di garantire le libertà civili dei cittadini comunitari, prima a Bruxelles e poi, magari, all'interno dei sei Stati membri³⁵. Ma c'è anche un'altra possibilità: i padri fondatori possono aver ritenuto che lo scopo essenziale del diritto comunitario fosse limitato alle aree economiche, e quindi che le aree connesse ai diritti fondamentali non sarebbero state intaccate. Se questa è la ragione per la quale essi omisero qualunque garanzia di tali diritti, non ne saranno sorpresi gli osservatori americani, i quali non possono aver dimenticato che, nella campagna per la ratifica della Costituzione, che pure non conteneva una Carta dei diritti, Hamilton e Madison sostennero che quest'ultima non fosse necessaria, a fronte dei limitati poteri di cui avrebbe goduto il governo federale³⁶. Senza contare, poi, che, come è ben noto, la Corte suprema americana non ha pronunciato

³⁴ 314 U.S. (1941) 160-183. Per lo sviluppo della giurisprudenza della Corte dopo l'istituzione della cittadinanza comunitaria nell'art. 8 del Trattato Cee si vedano le sentenze del 12 maggio 1998, causa C-85/96, *Maria Martinez Sala c. Freistaat Bayern*, Racc., p. I-2691, e del 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Procedimento penale a carico di Horst Otto Bickel e Ulrich Franz*, Racc., p. I-7637.

³⁵ Ho ripreso questo tema in *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, riprodotto *infra*, cap. VI.

³⁶ Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit.

alcuna sentenza di rilievo in materia di *free speech* fino a questo secolo inoltrato.

L'Europa ha sperimentato per contro uno sviluppo più rapido. Dal momento che il diritto comunitario iniziò ben presto a disciplinare i più svariati, e in alcuni casi imprevedibili, aspetti delle attività umane, esso finì necessariamente per intaccare tutta una gamma di vecchi e nuovi diritti, dal contenuto sia economico sia, *stricto sensu*, civile. Quindi, un problema che nel 1957 poteva apparire praticamente insignificante si trasformò dieci anni dopo in una delle più controverse questioni di diritto comunitario, sfociando infine in un formidabile conflitto tra giurisdizioni. Il 18 ottobre 1967 la Corte costituzionale della Repubblica federale tedesca affermò che, non tutelando i diritti fondamentali, l'ordinamento comunitario non poggiava su alcuna base di legittimità democratica. Il trasferimento di competenze dalla Germania alla Comunità non poteva dunque spogliare i cittadini tedeschi della protezione che a essi accorda la Legge fondamentale; di conseguenza, il diritto comunitario doveva essere sottoposto a verifica a livello nazionale, per assicurarsi che fosse compatibile con le norme costituzionali interne³⁷.

Fu un duro colpo, un colpo in grado di mettere a repentaglio non solo il primato, ma la stessa autonomia del diritto comunitario. In un qualche modo bisognava reagire, e di ciò si incaricò la Corte, spinta certamente dal timore di veder vanificate le conquiste che aveva raggiunto con tanta fatica, ma anche dalla crescente consapevolezza del fatto che un «deficit democratico» era ormai emerso con chiarezza nel funzionamento della Comunità. Così, dapprima in *obiter dicta*, poi finalmente nella sentenza *Nold* del 1974, i giudici di Lussemburgo stabilirono che «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui [la Corte] garantisce l'osservanza». Ma su quali basi tali diritti possono essere individuati e protetti? *Nold* rispose anche a questa domanda: «La Corte [...] è tenuta a ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri [...]». [I] Trattati inter-

³⁷ Bundesverfassungsgericht, sentenza del 18 ottobre 1967, in *BVerfGE*, 22, p. 293.

nazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato [...] possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario»³⁸.

Le fonti a cui fare riferimento erano dunque due: i valori costituzionali comuni e i trattati in materia di diritti umani. Nei successivi quindici anni la Corte trasse da entrambe, ma sempre più dalla seconda, tutti gli elementi che potevano contribuire ad assicurare uno standard minimo di tutela dei diritti umani nella produzione legislativa e nella pratica amministrativa di Bruxelles. Più specificamente, e tralasciando i diritti a contenuto puramente economico, la Corte si occupò del diritto all'equo processo sotto il profilo sia procedurale sia sostanziale³⁹, del rispetto della vita privata⁴⁰, del segreto professionale degli avvocati⁴¹, del principio di irretroattività della legge penale⁴², dell'inviolabilità del domicilio, del principio del controllo giurisprudenziale sugli atti amministrativi⁴³ e del diritto a non autoincriminarsi. Gli ultimi due, è il caso di notare, sono emersi in casi sollevati da multinazionali in relazione a indagini antitrust effettuate da funzionari della Commissione ex art. 85 del Trattato⁴⁴.

³⁸ Sentenza del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Commissione*, Racc., p. 491, par. 13.

³⁹ Sentenze del 5 marzo 1980, causa 98/79, *Josette Pecastaing c. Belgio*, Racc., p. 691; del 29 ottobre 1980, causa 209/78, *Heinz van Landewyck Sàrl e a. c. Commissione*, Racc., p. 3125; del 7 giugno 1983, cause riunite 100-103/80, *Sa Musique Diffusion française e a. c. Commissione*, Racc., p. 1825.

⁴⁰ Sentenze del 26 giugno 1980, causa 136/79, *National Panasonic Uk Limited c. Commissione*, Racc., p. 2033, e del 7 novembre 1985, causa 145/83, *Stanley George Adams c. Commissione*, Racc., p. 3539.

⁴¹ Sentenza del 18 maggio 1982, causa 155/79, *Am & S Europe Limited c. Commissione*, Racc., p. 1575.

⁴² Sentenza del 10 luglio 1984, causa 63/83, *Regina c. Kent Kirk*, Racc., p. 2689.

⁴³ Sentenze del 20 giugno 1985, causa 141/84, *Henri de Compte c. Parlamento europeo*, Racc., p. 1951; del 5 maggio 1986, causa 222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Racc., p. 1651; del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Union Nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c. George Heylens e a.*, Racc., p. 4097.

⁴⁴ Sentenze del 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst Ag c. Commissione*, Racc., p. 2859; del 17 ottobre 1989, cause riunite 97, 98 e 99/87, *Dow Chemical Iberica, Sa e a. c. Commissione*, Racc., p. 3165; del 17 ottobre 1989,

Come valutare questa giurisprudenza? Secondo Cappelletti, lo spettacolo di «questi tredici ometti, sconosciuti a quasi tutti i 320 milioni di cittadini comunitari, sprovvisti di qualunque potere politico, carisma e legittimazione popolare», che rivendicano «la capacità di mettere in pratica ciò che i costituenti nemmeno si erano sognati di fare e che i rami politici della Comunità non avevano nemmeno tentato di intraprendere», è quanto mai affascinante⁴⁵. Anche se è colpevole di qualche licenza poetica di troppo, Cappelletti non va frainteso. L'aver letto una Carta dei diritti non scritta all'interno del diritto comunitario è certamente il maggiore contributo che la Corte abbia dato allo sviluppo della Costituzione europea, anche se a questo riguardo bisogna operare due precisazioni. In primo luogo, come si è detto più sopra, a fornire questo contributo la Corte è stata forzata dall'esterno, prima dalla Corte costituzionale tedesca e, successivamente, da quella italiana⁴⁶. In secondo luogo, lo sforzo della Corte di garantire i diritti fondamentali dei cittadini comunitari si è arrestato sulla soglia delle legislazioni nazionali.

Fino a oggi, in altre parole, l'Europa non ha sperimentato nulla di paragonabile a *Gillow v. New York*, la sentenza con cui la Corte suprema americana stabilì che i limiti fissati dal *Bill of Rights* non sono applicabili solo al governo federale, ma si estendono alla legislazione e alle pratiche amministrative dei singoli Stati⁴⁷. Nel caso *Cinémathèque Sa c. Fédération nationale des cinémas français*, al contrario, la Corte di giustizia ha chiarito che essa non ha competenza a giudicare la compatibilità delle leggi con il catalogo dei diritti fondamentali, in quelle aree che ricadono nella competenza del legislatore nazionale⁴⁸. Per essere autoimposta, è una restrizione piuttosto grave, compensata tuttavia dal fatto che, in termini di rispetto

causa 85/87, *Dow Benelux N.V. c. Commissione*, Racc., p. 3137; del 18 ottobre 1989, causa 27/88, *Solvay & Cie c. Commissione*, Racc., p. 3355; del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem c. Commissione*, Racc., p. 3283.

⁴⁵ Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit.

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1973, p. 2401.

⁴⁷ 268 U.S. (1925), 652.

⁴⁸ Sentenza dell'11 luglio 1985, cause riunite 60 e 61/84, Racc., p. 2605, par. 26. Questa pronuncia è stata criticata da J.H.H. Weiler in *The European Court at a Crossroads. Community Human Rights and Member State Action*, in F. Capo-

dei diritti umani, nessuno Stato membro è comparabile a Panama sotto Noriega o, nel caso di specie, alla Louisiana di Huey Long. Inoltre, si può assumere con certezza che poiché il diritto comunitario penetra direttamente negli ordinamenti degli Stati membri, i tribunali nazionali, nell'interpretazione della legislazione interna alla luce di una libertà fondamentale, difficilmente accorderanno una tutela inferiore allo standard fissato a Lussemburgo⁴⁹.

6. Conclusioni

Il panorama che si è tracciato (comunque incompleto, visto che non è entrato nel merito della giurisprudenza della Corte in materie cruciali quali la circolazione delle merci e la posizione internazionale della Comunità) dovrebbe aver fugato ogni dubbio sul livello di attivismo che la Corte ha profuso nel promuovere l'integrazione dell'Europa e nel forgiare un'identità europea. L'attivismo giudiziario, tuttavia, non è necessariamente un bene. I giudici, per solito, non sono competenti come legislatori, e la loro creatività è incompatibile con il valore della certezza e la prevedibilità del diritto e quindi è ingiusta, perché le soluzioni dei giudici creativi colgono le parti del processo di sorpresa⁵⁰. Un rischio ancora più grave è poi quello che trapela dalle parole dell'ex giudice della Corte Thijmen Koopmans, per cui i tribunali «non sono strutturati per costituire lo specchio di una società democratica»⁵¹. Se questo è vero, imprese avventurose del tipo di quelle descritte più sopra sono accettabili solo a condizioni molto particolari. Una lista di tali condizioni non servirebbe a molto, ma certamente dovrebbe contenere quelle

torti et al., *Du droit international au droit de l'intégration*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 821 ss. Si veda però *infra*, nota 52.

⁴⁹ J.A. Frowein, *Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe*, in Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit., vol. I, libro III, pp. 300-302.

⁵⁰ Si veda in generale Cappelletti, Seccombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit., pp. 35 ss.

⁵¹ T. Koopmans, *The Roots of Judicial Activism*, in F. Matscher e H. Petzold (a cura di), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honor of G.J. Wiarda*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 317-321.

che prevalevano in Europa durante la rivolta gollista e la cupa era di stagnazione che seguì: in primo luogo, l'inesistenza di un organo rappresentativo e al contempo genuinamente legislativo, e poi, la caparbia riluttanza degli Stati membri a dare piena attuazione al Trattato che essi stessi avevano posto in essere.

In tali circostanze, che importanza può mai avere sollevare il problema dell'attivismo della Corte? Oggi però le condizioni sono cambiate: il Parlamento è in grado di esercitare una considerevole influenza sul procedimento legislativo, la Commissione è stata presieduta negli anni Ottanta e Novanta da un europeista convinto che era anche un politico esperto, sono state emanate centinaia di direttive e, ultimo ma non meno importante, abbiamo assistito a un dibattito acceso sul futuro dell'Europa integrata, come gigantesca unione di consumatori, in cui merci, servizi e capitali circolano senza ostacoli, o piuttosto come entità politica che indirizza i mutamenti economici in canali di beneficio sociale.

Alcuni osservatori hanno argomentato che, alla luce di questi cambiamenti, era giunto il momento per la Corte di riconsiderare la propria filosofia. Quando la democrazia avanza e la politica rivendica i propri spazi, ai giudici spetta fare un passo indietro. La ragione del loro essere in prima fila è venuta meno, e se essi insistono nel rimanervi, rischiano di farsi coinvolgere dalle passioni del momento fino a mettere a repentaglio la più preziosa delle loro risorse, l'indipendenza.

Queste osservazioni contengono più di un elemento di verità, come la stessa Corte sembra aver colto. *Cinéthèque* può davvero aver segnato l'inizio di un nuovo corso della sua giurisprudenza, come sembrerebbe confermare *Comitologia*, la sentenza con cui la Corte ha rifiutato di parificare lo status processuale del Parlamento a quello della Commissione e del Consiglio, non conferendogli la legittimazione a ricorrere ex art. 173 del Trattato Ce³².

³² Sentenza del 27 settembre 1988, causa 302/87, *Parlamento europeo c. Consiglio* («*Comitologia*»), Racc., p. 5615. Con il senno di poi, tuttavia, può dirsi che la riluttanza della Corte a giudicare sul rispetto dei diritti fondamentali da parte di uno Stato, da un lato, e a estendere la legittimazione processuale del Parlamento europeo, dall'altro, fu di breve durata: si vedano, rispettivamente, le sentenze

Accettare una misura di *self-restraint* non significa tuttavia dare inizio a un corso di stretto costruzionismo. La Corte è probabilmente incline ad ampliare l'ambito dei problemi che devono essere risolti dalle istituzioni politiche, ma in altre aree continuerà senza dubbio a ritenere di avere il potere, o addirittura il dovere, di esercitare un ruolo guida.

E queste aree sono essenzialmente due. La prima comprende un certo numero di materie che il Consiglio ha l'obbligo o la facoltà di regolare in virtù del Trattato Ce, ma non ha disciplinato di proposito, al fine di evitare il più a lungo possibile il loro adeguamento ai criteri comunitari. Gli aiuti statali alle imprese costituiscono un esempio: stabilire se essi sono compatibili con il mercato comune è compito della Commissione, ma il potere di sorveglianza dei suoi funzionari è gravemente compromesso dall'assenza di norme che impongano agli Stati una notificazione periodica e accurata dei sussidi che essi elargiscono³³. C'è da scommettere che, prima o poi, queste norme dovranno essere scritte dalla Corte.

La seconda area costituisce un prodotto dell'Atto unico europeo. Il testo dell'art. 7 A («Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali») è ormai conosciuto in tutto il mondo. Tuttavia, solo gli specialisti sanno che ad esso si accompagnano molteplici deroghe, a volte nella forma di dichiarazioni congiunte allegate all'Atto, che lo privano di molto del suo scopo e della sua efficacia. Il carattere coercitivo e il significato di tali dichiarazioni sono poi spesso incerti. Che dire per esempio della più incisiva, la quale stabilisce che «la fissazione della data del 31 dicembre 1992 non determina effetti giuridici automatici»? Si tratta di una norma formale, che deve essere applicata dai giudici? E se la risposta è affermativa, ciò significa che l'art. 7 A non crea

del 18 giugno 1991, causa 260/89, *Elleniki Radiophonía Tiélorassi e a. c. Dimotiki Etairía Pliroforissis e a.* («ERT»), Racc., p. I-2925, e del 4 ottobre 1991, C-70/88, *Parlamento europeo c. Consiglio* («*Cernobyli*»), Racc., p. I-4529.

³³ Si veda in generale J. Pelkmans, *The Institutional Economics of European Integration*, in Cappelletti, Secombe e Weiler (a cura di), *Integration through Law*, cit., vol. I, libro I, pp. 737 ss.

obblighi giuridici oppure c'è la possibilità di una lettura meno dirimente.²⁴

La Corte ha dunque ancora ampi spazi per forgiare il destino della Comunità, sia attraverso la creazione di nuove norme sia tagliando un bel numero di nodi gordiani. La sfida più difficile sarà riuscire a conciliare questa realtà con la necessità di fare un passo indietro rispetto all'audacia del passato, o, si potrebbe anche dire, con la necessità di prendersi un po' di riposo, tanto più piacevole in quanto così profondamente meritato. Ma, naturalmente, ci si aspetta sempre che i giudici riescano a dissimulare le contraddizioni.

²⁴ Siveda A.S. Toth, *The Legal Status of the Declarations Annexed to the Single European Act*, in «Common Market Law Review», 1986, pp. 803 ss.

Le sfide costituzionali alla Corte di giustizia europea

1. *La debolezza intrinseca dell'art. 177*

La caratteristica più saliente della procedura disciplinata dall'art. 177 del Trattato Ce consiste nel fatto che essa è interamente dipendente dalla buona volontà delle Corti nazionali. È vero che il comma 3 dell'art. 177 *obbliga* i giudici nazionali, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, a richiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale ogniqualvolta una questione concernente l'interpretazione o la validità del diritto comunitario sia sollevata davanti a essi. Quel paragrafo, tuttavia, stabilisce un obbligo di tipo speciale; la parte che intenda invocare il diritto comunitario, ma la cui richiesta di rinvio obbligatorio non venga accolta dalle Corti nazionali di ultima istanza, non ha accesso diretto alla Corte di giustizia di Lussemburgo e si trova nella disgraziata posizione di essere titolare di un diritto non giustiziabile. La conseguenza può essere drammatica, addirittura scioccante per quelli di noi che sono cresciuti nella confortante consapevolezza che le società occidentali si basano sul principio di legalità. Un commerciante può essere citato in giudizio sulla base di un contratto che è nullo e inefficace ex art. 85 del Trattato perché limita la concorrenza. Un importatore di riviste può essere perseguito in base a una norma a tutela del buon costume che incorre nel divieto posto dall'art. 30 e non beneficia dell'eccezione prevista dall'art. 36, perché costituisce un mezzo di discriminazione arbitraria. Il primo può essere costretto a dare esecuzione al contratto o a rifondere i danni; il secondo può incorrere in una multa o essere addirittura incarcerato. In entrambi i casi saranno stati violati diritti che ai singoli conferisce l'ordinamen-

GIUSEPPE FEDERICO MANCINI

Democrazia e costituzionalismo
nell'Unione europea

I lettori che desiderano informarsi
sui libri e sull'insieme delle attività della
Società editrice il Mulino
possono consultare il sito Internet:

www.mulino.it



IL MULINO