

Università degli Studi della Calabria
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Dottorato di ricerca *Impresa, Stato e Mercato*

XXII CICLO

TESI DI DOTTORATO

***IL DIRITTO ALLA TUTELA GIUDIZIARIA EFFETTIVA:
TRA CORTI E CARTE DEI DIRITTI***

S.S.D. IUS/21

Supervisore

Chiar. mo Prof.

GIAMPAOLO GERBASI



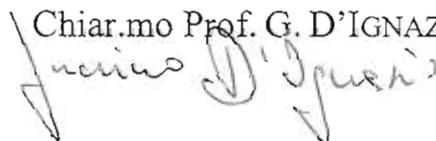
Dottoranda

FRANCESCA IUSI



Coordinatore

Chiar.mo Prof. G. D'IGNAZIO



Anno Accademico 2009 – 2010

Premessa

Oggetto della presente tesi di dottorato è il diritto di ogni individuo a disporre di un ricorso effettivo davanti ad un'autorità giurisdizionale, strettamente correlato con il diritto ad un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge nonché con il diritto ad un giusto processo. Si tratta dei principi generali dell'ordinamento giudiziario, che trovano consacrazione a livello costituzionale nazionale, comunitario ed internazionale. Il diritto in questione, unitamente agli diritti fondamentali, è infatti riconosciuto e garantito contestualmente, sia pure in forme diverse, su diversi livelli, dando vita alla cosiddetta tutela multilivello dei diritti fondamentali.

La mia analisi parte proprio dalle disposizioni relative al diritto di accesso al giudice rispettivamente nel panorama costituzionale nazionale, comunitario, internazionale e, conseguentemente, dalle interpretazioni che di esse hanno fornito i rispettivi giudici supremi. La presenza di una tutela multilivello dei diritti fondamentali, rende inevitabile un cenno anche al contesto internazionale, se pur questa ricerca sia di natura comparata e comunitaria. L'analisi comparata impone, invece, il riferimento a due contesti normativi, che nel caso specifico saranno: quello italiano e quello spagnolo. Comparazione motivata dalla presenza – all'interno dei rispettivi ordinamenti costituzionali – di diverse modalità di accesso al giudice costituzionale da parte dei singoli.

Il diritto in questione verrà, poi, esaminato nel secondo capitolo alla luce dell'architettura giurisdizionale comunitaria con particolare riferimento al ri-

corso in annullamento, facendo emergere il problema della ragionevolezza delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi per l'annullamento di atti comunitari di carattere generale proposti da persone fisiche e giuridiche nonché della completezza e dell'effettività del sistema giurisdizionale previsto dal Trattato istitutivo della Comunità europea, così come modificato dal recente Trattato di Lisbona. Pertanto, mi soffermerò sull'interpretazione restrittiva – fornita dal giudice comunitario – delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi per annullamento di atti comunitari di cui al vecchio art. 230, quarto comma e sulle nuove condizioni di ricevibilità previste dal Trattato di Lisbona, nonché sugli altri strumenti previsti dal sistema giurisdizionale comunitario per accertare la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie con l'obiettivo proprio di valutare la sua completezza e la sua effettività.

Nel terzo capitolo verrà effettuata l'analisi delle modalità di accesso del singolo alla giustizia costituzionale italiana e spagnola. Prima, però, di procedere a questa analisi, mi soffermerò – se pur brevemente – sulla composizione, organizzazione e competenza dei rispettivi giudici costituzionali perché l'esistenza o meno di garanzie di imparzialità o meno del giudice costituzionale, la presenza o meno di una tutela diretta dei diritti fondamentali da parte del giudice costituzionale così come la maggiore o minore articolazione della giustizia costituzionale sono fattori che incidono sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e, pertanto, le scelte relative all'organizzazione, alla composizione e alla competenza dei giudici costituzionali devono essere condotte quanto più possibile nel rispetto di questo diritto. Dopo questa breve premessa, farò un'analisi dettagliata dei meccanismi di accesso alla giustizia costituzionale italiana e spagnola e, in particolare, del ricorso in via incidentale – presente all'interno di entrambi gli ordinamenti con delle sfumature differenti – e del ricorso diretto di amparo – tipico della giustizia costituzionale spagnola.

L'esistenza di diversi metodi di instaurazione del giudizio sulle leggi ha

comportato l'affermarsi di nuovi schemi e sistemi di classificazione dei modelli di giustizia costituzionale – superando la classica contrapposizione tra modello nordamericano-diffuso ed europeo-accentrato. Nel quarto capitolo, evidenzierò l'importanza fondamentale delle scelte relative alle vie di accesso alla giustizia costituzionale e, in particolare, come esse incidono non solo sul ruolo che si vuol riconoscere al giudice costituzionale ma anche sulla maggiore o minore effettività della stessa giustizia costituzionale. A conclusione, farò leva sulla tendenza propria del meccanismo del rinvio pregiudiziale a spingere verso un'integrazione tra i sistemi di tutela, soffermandomi sulla posizione che il giudice costituzionale (italiano e spagnolo) ha assunto nei confronti dell'attivazione o meno di questo meccanismo – che ha tra i suoi effetti quello di creare un dialogo tra i maggiori interpreti dei rispettivi ordinamenti (nazionale e comunitario) – e sull'importanza del ruolo del giudice comune all'interno dello stesso.

Capitolo I

Il diritto di accesso al giudice nel multilevel constitutionalism

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il diritto di accesso al giudice nella Costituzione italiana – 3. Il diritto di accesso al giudice nella Costituzione spagnola – 4. Il diritto di accesso al giudice nella Carta di Nizza – 5. L'evoluzione delle modalità di accesso alla Corte di Strasburgo – 6. Il diritto di accesso al giudice nella CEDU – 6.1. Art. 13 della CEDU: diritto ad un ricorso effettivo – 6.2. Art. 6 della CEDU: diritto ad un equo processo – 7. Brevi note conclusive

1. Premessa

Un diritto, quand'anche formalmente riconosciuto, se non tutelato o non tutelabile in una sede giudiziaria con determinate procedure, è un diritto inesistente. Di qui l'importanza della protezione giuridica di un diritto. Tuttavia, tale importanza ha sfumature diverse a seconda che i diritti si identifichino o meno con le loro garanzie. In particolare, identificare i diritti con le loro garanzie – così come sostenuto da Kelsen – comporta negare l'esistenza dei primi in assenza delle seconde,¹ mentre distinguere – così

¹ H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), trad. It. Di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1959, p. 76 e pp. 87-88; Id., *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. di M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 150.

come sostenuto da Ferrajoli – i diritti dalle loro garanzie comporta – in assenza delle seconde – un’inadempienza dei diritti positivamente stipulati e in un’indebita *lacuna* che è compito della legislazione colmare.²

Ancora, secondo Ferrajoli, l’effettività in primo luogo si realizza con l’osservanza spontanea e diretta delle norme (effettività primaria) e in secondo luogo con rimedi riparatori di carattere giurisdizionale (effettività secondaria). Solo laddove l’effettività primaria non venga rispettata scatta l’effettività secondaria (rapporto di *opposizione* tra i due tipi di effettività).

² V. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, pp. 5-40. In particolare, l’autore in questo libro propone: «una definizione teorica, puramente formale o strutturale, di ‘diritti fondamentali’: sono ‘diritti fondamentali’ tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per ‘diritto soggettivo’ qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per ‘*status*’ la condizione di un soggetto prevista anch’essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio. [...] Sono evidenti i vantaggi di una tale definizione. In quanto prescinde da circostanze di fatto, essa è valida per qualunque ordinamento, indipendentemente dai diritti fondamentali in esso previsti o non previsti, inclusi gli ordinamenti totalitari o quelli premoderni. Ha quindi il valore di una definizione appartenente alla teoria generale del diritto. [...] Oggi la cittadinanza e la capacità d’agire sono rimaste le sole differenze di *status* che ancora delimitano l’uguaglianza delle persone umane. E possono quindi essere assunte come i due parametri – il primo superabile, il secondo insuperabile – sui quali possiamo fondare due grandi divisioni tra i diritti fondamentali: quella tra *diritti della personalità* e *diritti di cittadinanza*, spettanti rispettivamente a tutti o alle sole persone capaci d’agire. [...] La definizione di ‘diritti fondamentali’ qui proposta è in grado di fondare quattro tesi, tutte a mio parere essenziali ad una teoria della democrazia costituzionale». La quarta tesi, forse la più importante, riguarda appunto i rapporti tra i diritti e le loro garanzie. Egli sostiene la tesi della necessaria distinzione, legata alla natura positiva e nomodinamica del diritto moderno e al bisogno di non squalificare, sul piano giuridico, quelle che sono le più importanti conquiste del costituzionalismo novecentesco: l’internazionalizzazione dei diritti fondamentali e la costituzionalizzazione dei diritti sociali. Al contrario, la teoria kelseniana assume come, figure paradigmatiche del diritto soggettivo, i

Ma, benchè l'effettività secondaria presupponga quella primaria, quest'ultima non solo si fonda sulla spontanea osservanza delle norme giuridiche – cioè sul senso civico che si crea interno al loro carattere vincolante –, ma anche «sul timore delle sanzioni, cioè dell'effettività secondaria, la quale è sicuramente un fattore non secondario nella formazione dello stesso senso civico di accettazione delle norme su cui si basa la loro effettività primaria» (rapporto di *interazione* tra i due tipi di effettività).³

È proprio dall'importanza del diritto di accesso al giudice come garanzia necessaria affinché un diritto esista concretamente e dalla, conseguente, necessità dell'esistenza di un sistema giurisdizionale effettivo nasce il mio interesse a svolgere uno studio approfondito su tale tema. È opinione comune che «l'affermazione di un diritto ha un valore assai limitato, rischia di essere ridotta ad un mero *flatus vocis*, se ad essa non si accompagna la previsione di un mezzo di tutela dello stesso»⁴. Oltre alla soggezione dei pubblici poteri ai limiti e ai vincoli imposti dalle leggi, l'altro connotato dello Stato di Diritto è proprio il controllo giurisdizionale, ordinario e soprattutto costituzionale, sull'operato dei pubblici poteri. Il diritto di accesso al giudice è riconosciuto e garantito oggi in Europa in una molteplicità di fonti e, pertanto, diversi sono gli ambiti in cui trova applicazione (quello costituzionale-nazionale, quello comunitario e quello internazionale della Convenzione per

diritti patrimoniali.

³ L. Ferrajoli, *Effettività primaria ed effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale*, in *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto* (a cura di A. Catania), Milano, 2005, pp. 131-157.

⁴ A. Pertici, *La "giustiziabilità" dei diritti fondamentali tra Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *La Carta europea dei diritti*, a cura di P. Costanzo, Genova, 2002, p. 146.

la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), così come i giudici a cui si può accedere. È da ricordare che solo in seguito all'attivismo giurisdizionale della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali – risalente alle note sentenze *Stauder* del 1969 e *Internazionale Handellsgesellschaft* del 1970⁵ – è stato elaborato in ambito comunitario un vero e proprio catalogo scritto dei diritti (proclamato a Nizza nel 2000) e che quest'ultimo – inizialmente privo di qualsiasi valenza giuridica – ha acquisito lo stesso valore dei Trattati solo con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 (art. 6, primo comma, del Trattato di Lisbona)⁶.

In questo capitolo mi limiterò ad analizzare il diritto di accesso al giudice così come disciplinato nei diversi ordinamenti richiamati, partendo da quello nazionale – passando per quello comunitario – e giungendo a quello internazionale della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Sia pur limitata all'ambito del diritto comparato e comunitario, la completezza di un'analisi – che tenga conto di tutti i livelli di tutela - impone un riferimento all'ambito del diritto internazionale pattizio (in particolare, alla CEDU) e alle modalità di accesso alla Corte di Strasburgo. Esigenze di comparazione, invece, scaturiscono proprio dall'esistenza di diverse modalità di accesso al giudice costituzionale da parte dei singoli così come previste dall'ordinamento italiano e spagnolo.

⁵ V. *infra* capitolo IV, par. 1.

⁶ Sul contenuto del Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, v. J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; v. anche M. Fragola, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010.

2. Il diritto di accesso al giudice nella Costituzione italiana

Art. 24: Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

Il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi è la prima di una serie di garanzie processuali costituzionali sancite nel Titolo I («Rapporti civili») della Parte I («diritti e doveri dei cittadini») del nostro ordinamento costituzionale⁷. La titolarità di una situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo o interesse legittimo) da tutelare costituisce il presupposto per poter ricorrere in giudizio. Il fine della disposizione costituzionale in esame è quello di impedire che determinate posizioni giuridiche soggettive rimangano prive di una protezione giudiziaria per effetto di un atteggiamento arbitrario del legislatore ordinario (o più in generale dei pubblici poteri). Pertanto, le leggi, che comportano una privazione di una protezione giudiziaria, violano il dettato costituzionale. Al contrario, spetta unicamente al giudice la competenza a concedere o negare la tutela di una situazione giuridica soggettiva, previa verifica della sussistenza dei relativi presupposti.

Una comprensione globale del primo comma dell'art. 24 comporta lo sviluppo di diversi passaggi. Infatti, è opportuno soffermarsi: innanzitutto, sull'oggetto della tutela; in secondo luogo, sui destinatari della stessa; in

⁷ Sull'art. 24, primo comma, della Costituzione italiana v. L. P. Comoglio, *Art. 24, 1° comma*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna, 1981, pp. 1-53; P. Barile, *Il diritto d'azione e di difesa giudiziale*, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pp. 287-312; A. Police, *Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), 2006, pp. 501-525.

terzo luogo, sulle altre garanzie processuali previste dalla Costituzione e strettamente connesse con il diritto in questione. Infine, un cenno verrà fatto anche ai restanti commi dell'art. 24. Lo stesso iter di analisi verrà utilizzato per le successive disposizioni.

Le posizioni tutelabili sono i diritti soggettivi e gli interessi legittimi. Per diritto soggettivo si intende «la situazione riconosciuta ad un soggetto da una norma con cui vengono conferite determinate facoltà in ordine ad un bene tutelato dalla legge»⁸, mentre l'interesse legittimo è «la pretesa alla legittimità dell'atto della amministrazione, che viene riconosciuta a quel soggetto che si trovi rispetto all'esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione in una particolare posizione legittimante» (ad es., partecipazione ad una gara o ad un concorso pubblico)⁹. La portata della disposizione costituzionale sembra offrire tutela anche alle situazioni di di-

⁸ Cfr. P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003, p. 9.

⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 10. La Corte di cassazione, con la sentenza n. 500/1999, riconosce le garanzie della tutela risarcitoria, propria dei diritti soggettivi, anche agli interessi legittimi. Si ricordi, però, che già prima di questa sentenza (v. in particolare sentt. 19 novembre 1991, cause riun. 6 e 9/90; 5 marzo 1996, cause riun. C-46/93 e C-48/93; 26 marzo 1996, C-392/93) la giurisprudenza della Corte di giustizia ammette la responsabilità dello Stato per danni causati al singolo da violazione del diritto comunitario. Successivamente, la Corte cost., con la sentenza n. 204/2004, conferma la concentrazione in capo al giudice amministrativo delle questioni risarcitorie connesse all'attività provvedimento dell'amministrazione. È da rilevare che il riconoscimento della risarcibilità dei danni derivanti da lesione di situazioni di interesse legittimo, ha comportato un'estensione della tutela giurisdizionale tale da dividere la dottrina tra coloro che affermano la morte dell'interesse legittimo e quelli che, invece, sostengono la sua persistente vitalità e ritengono necessario un suo approfondimento teorico. Sul tema v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, pp. 621-625.

menzione sovraindividuale, cioè agli interessi collettivi o diffusi, di cui sono titolari l'intera collettività o larga parte di essa¹⁰.

L'art. 24 Cost. si esprime nel senso di riconoscere a tutti la possibilità di agire in giudizio. «Assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio» è – dice la Corte costituzionale¹¹ – un diritto che rientra tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale – come tali assolutamente intangibili ed immodificabili neppure attraverso la procedura di revisione costituzionale – e che è strettamente connesso con lo stesso principio di democrazia. Ancora, l'affermazione che la garanzia prevista nell'art. 24 Cost. deve trovare attuazione per tutti (cittadini, stranieri, apolidi),¹² bisogna analizzarla alla luce del principio di eguaglianza. Sicché, è

¹⁰ «La tutela giurisdizionale di tali interessi trovava in passato un ostacolo nel fatto che essi si consideravano *adespoti* e cioè non attribuibili a soggetti determinati e quindi sarebbe mancato l'interesse personale. Il problema è stato risolto dal legislatore, il quale ha riconosciuto la legittimazione a ricorrere ad alcune associazioni di tutela (associazioni ambientaliste, associazioni di utenti). Per quanto riguarda la tutela degli interessi relativi all'ambiente, la legittimazione processuale è riconosciuta alle associazioni di protezione ambientale individuate con decreto del ministro dell'ambiente (art. 18, 5° comma l. 8 luglio 1986 n. 349). Per quanto riguarda la tutela degli interessi dei consumatori, la legittimazione è riconosciuta a quelle associazioni degli utenti e dei consumatori, che ottengano la inclusione in appositi elenchi di associazioni di tutela dal ministero dell'industria e commercio (art. 3, 1° comma l. 30 luglio 1998 n. 281). Così P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 17-18. Anche sull'argomento Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, VIII, 481.

¹¹ Corte cost. 18 del 2.2.1982. È da precisare che è la stessa Costituzione che usa i termini *tutti e sempre*, considerato che – unitamente al termine *tutti* previsto nell'art. 24, primo comma – l'art. 113, primo comma afferma che: «contro gli atti della pubblica amministrazione è *sempre* ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa».

¹² Sul problema dell'effettivo godimento del diritto alla tutela giurisdizionale di cui lo straniero è formalmente titolare v. A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in

vietata l'introduzione di discriminazioni irragionevoli di carattere soggettivo da parte del legislatore ordinario in materia di accesso alla giustizia¹³. Ciò non significa che una garanzia di una eguale tutela, a parità di condizioni formali, comporti una negazione, in materia processuale, di una tutela differenziata per ogni situazione oggettivamente diversa. Infatti, se da una parte il nostro ordinamento riconosce a «tutti» il diritto di difesa, estendendo non solo agli stranieri ma anche ai clandestini¹⁴, dall'altra deve prevedere adeguati strumenti per proteggere situazioni oggettivamente diverse; in tal senso, la stessa Corte costituzionale ha affermato che «il diritto di difesa dello straniero non riceve adeguata tutela senza l'obbligatoria assistenza di un interprete e senza la possibilità di consegnare dichiarazioni scritte nella propria madre lingua, da inserirsi nel processo verbale [...]»¹⁵. Tuttavia, è stato rilevato come l'effettivo godimento del diritto alla tutela giurisdizionale da parte dello straniero «talvolta è negato *de facto*, in ragione delle modalità esecutive delle misure di allontanamento, altre volte *de jure*, a causa di una disciplina legislativa omissiva o carente».¹⁶ Infatti, l'obiettivo della complessa normativa dell'ordinamento di polizia degli immigrati è quello di assicurare il primo possibile e preferibilmente in forma coattiva l'allontanamento dello straniero (irregolare o clandestino), precludendo de-

www.associazionedeicostituzionalisti.it. L'autore, in particolare, dimostrerà come il pieno esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale da parte dello straniero «talvolta è negato *de facto*, in ragione delle modalità esecutive delle misure di allontanamento, altre volte *de jure*, a causa di una disciplina legislativa omissiva o carente».

¹³ Corte cost. 85/1968; 94/1973; 55 e 249/1974.

¹⁴ Corte cost. 198/2000; Corte cost. 492/1991; Cass., sez. I, 13865/2001.

¹⁵ Corte cost. 50/1972; Corte cost. 485/2001; Corte cost. 165/2001.

¹⁶ Sul problema v. A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, cit., p. 5.

liberatamente a quest'ultimo il godimento pieno delle garanzie giurisdizionali.¹⁷ Tutto ciò è giustificato dal legislatore da una perenne emergenza immigratoria e, quindi, da un continuo ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza. Da qui, l'auspicio di interventi massimamente rispettosi della discrezionalità legislativa da parte della Corte costituzionale. E, anche nel caso in cui quest'ultima sia intervenuta ad imporre il ripristino della tutela giurisdizionale, il legislatore è comunque rimasto sordo.¹⁸

La garanzia del diritto di agire in giudizio, inoltre, è strettamente connessa con le altre garanzie processuali previste dalla Costituzione. Infatti, il diritto di accesso al giudice richiama in causa la stessa nozione costituzionale di giudice, il quale viene definito naturale, indipendente, terzo e imparziale rispetto alle parti in causa.

La nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione introduce il riferimento espresso alla necessità che il giudice sia terzo e imparziale¹⁹, rife-

¹⁷ *Ibidem*, pp. 14-38. L'autore individua i «luoghi», nei meccanismi di allontanamento dello straniero, dove la tutela giurisdizionale è carente o addirittura assente. (...) [In particolare,] la tutela giurisdizionale che, qui ed oggi (ma non da oggi), assicuriamo allo straniero irregolare o clandestino si rileva largamente *insufficiente* nelle ipotesi di ricorso avverso i provvedimenti di espulsione ministeriale, di espulsione prefettizia immediata, di accompagnamento coattivo, di trattenimento. È addirittura *assente* in alcuni delicatissimi snodi ordinamentali: l'espulsione per ragioni di contrasto al terrorismo, il respingimento differito, il respingimento in alto mare con immediato rimpatrio».

¹⁸ È successo con le sentenze nn. 105/2001, 222/2004 e 223/2004.

¹⁹ È da ricordare che la l. cost. 2/1999 ha inserito i primi cinque nuovi commi dell'art. 111, in cui troviamo affermato il principio del giusto processo, il contraddittorio, la parità delle parti, la terzietà e imparzialità del giudice, la ragionevole durata del processo, una riserva di legge rinforzata per la disciplina delle limitazioni cui la formulazione della prova in contraddittorio può andare incontro. Pertanto, l'art. 111 comprendeva originariamente i soli attuali 6°, 7° e 8° comma, che «fissano l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e la ricorribilità in Cassazione, per violazione di legge, delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale, con alcune limitazioni per le decisioni dei giudici

rimento non presente nella vecchia versione costituzionale del 1948. Anche se bisogna rilevare che la giurisprudenza costituzionale ha criticato il carattere innovativo dell'art. 111 in quanto è indubbio che la terzietà e l'imparzialità del giudice rientrassero anche precedentemente tra le garanzie processuali previste dagli artt. 3 e 24 Cost. della Costituzione²⁰. È da rilevare, però, che la sola imparzialità²¹ – intesa come assoluta equidistanza

speciali». È da rilevare, inoltre, che «i commi dal primo al terzo dell'art. 111 riprendono – in molte parti letteralmente – l'art. 6, parr. 1 e 3, della Convenzione europea e l'art. 14, parr. 1 e 3, del Patto sui diritti civili e politici. In particolare, rispetto alla Convenzione europea, emergono le seguenti differenze: 1) in generale, nella Convenzione il giusto processo – cui fa riferimento il titolo dell'art. 6 – è inteso in ogni sua parte come diritto soggettivo, nell'art. 111, invece, è inteso sotto il profilo oggettivo; 2) la Convenzione prevede la regola della pubblicità delle udienze e delle sentenze, consentendo eccezioni in casi elencati; 3) la Convenzione non prevede (comprensibilmente, avendo per destinatari Stati con sistemi processuali assai diversi) una riserva di legge in materia processuale generale, né in materia processuale penale; 4) la Convenzione non menziona espressamente la necessità che il processo si svolga nel contraddittorio fra le parti in condizioni di parità; 5) a differenza dell'art. 111, la Convenzione richiede che l'informazione relativa alla natura e ai motivi dell'accusa, resa alla persona accusata di un reato, debba essere formulata in una lingua a questa comprensibile, nulla prevedendo sulla riservatezza di tale informazione; 6) all'art. 2 del VII prot. addiz., prevede il diritto al secondo grado di giurisdizione per l'imputato dichiarato colpevole in primo grado». Così A. Andronio, *Art. 111*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), volume III, 2006, pp. 2099-2125.

²⁰ C. cost. 283/2000, 112, 167 e 224/2001; 75/2002, 54 e 218/2008.

²¹ Per una definizione giurisprudenziale di imparzialità cfr. C. cost. 241/1999. «Un aspetto in certa misura connesso con quello dell'imparzialità, anche se con caratteristiche sue proprie, è quello relativo alla c.d. prevenzione, tema di cui la nostra Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi con grande frequenza in questi ultimi anni affrontando, sotto molteplici profili, questioni di costituzionalità relative all'art. 34 cod. proc. pen. La Corte costituzionale ha così potuto affermare che la c.d. forza della prevenzione – che si esprime nella spinta a mantenere un giudizio già espresso in altra fase processuale, dotata di una propria autonomia – pone il giudice in una situazione di incompatibilità, venendo a perdere il carattere essenziale della imparzialità e terzietà». Così, v. R. Romboli, *La giustizia*

dell'autorità giudicante dagli interessi che concretamente perseguono i soggetti che operano all'interno del processo – sembra avere «una reale autonomia concettuale, mentre la terzietà – che indica la posizione ordinamentale del giudice – finisce per coincidere con l'indipendenza del giudice, già garantita dagli artt. 101, 2° comma, e 104, 1° comma, Cost²². In particolare, nella Costituzione italiana è assicurata ai giudici sia la c.d. indipendenza esterna, intesa come autonomia del potere giudiziario da indebite interferenze di altri poteri e confermata dall'esistenza del CSM (art. 104 Cost.) come organo di autogoverno della magistratura, sia la c.d. indipendenza interna, intesa come autonomia del singolo giudice opportunamente garantita da alcune disposizioni costituzionali (l'assunzione per concorso, l'inaffidabilità del singolo giudice, l'assenza di gerarchie interne alla magistratura).

Il significato del termine naturale nell'art. 25, 1° comma, Cost. è ritenuto dalla consolidata giurisprudenza costituzionale del tutto coincidente con quello di precostituito²³. La garanzia di un giudice precostituito per legge implica non solo la riserva di legge sulla costituzione del giudice, ma anche la garanzia che la costituzione del giudice debba avvenire con anticipo rispetto alla regiodicanda, influenzando sulla concretizzazione del principio di indipendenza interna e di imparzialità del giudice²⁴.

nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2003, n. 1, p. 26.

²² Cfr. A. Andronio, *Art. 111*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 2099-2125.

²³ Cfr. C. cost. 88/1962; 125/1977; 164/1983; 80/1988.

²⁴ Sull'art. 25 della Costituzione v. M. D'Amico – G. Arconzo, *Art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 527-548. È da rilevare che «molto più controverso è invece stabilire se la garanzia stessa debba essere applicata al giudice inteso come organo o al giudice inteso come persona. Parte della dottrina, nell'ambito di quella che è stata definita concezione forte del principio di precostituzione, ritiene che la precostituzione riguardi il ma-

Assicurare il diritto di accesso al giudice significa anche eliminare qualsiasi aspetto limitativo che possa incidere negativamente su di esso nonché realizzare un giusto processo e rendere effettiva la tutela giurisdizionale. Infatti, sia il principio del giusto processo – inteso come formula aperta che sintetizza le singole garanzie specificate nell’art. 111, ma che non si consuma in esse – che le singole garanzie esplicitate nel secondo comma dell’art. 111 già sono sostanzialmente presenti nell’art. 24 Cost.²⁵ Oltre alla riserva di legge sull’intera disciplina di ogni tipo di processo, al contraddittorio²⁶, alla parità delle parti²⁷, alla terzietà e imparzialità del giu-

gistrato-persona fisica. Altri però hanno affermato che tale interpretazione risulti impossibile poiché si scontra con le numerose oggettive difficoltà di tradurre concretamente il principio del giudice naturale in disposizioni normative. Del resto, anche la Corte costituzionale su tale problematica ha avuto un atteggiamento alquanto contraddittorio: a sentenze in cui sembra sia stato accolto il principio della tutela riferita al giudice come organo, si sono susseguite decisioni in cui si è affermato che giudice naturale è la persona fisica oppure in cui si è riconosciuta l’incertezza interpretativa della portata del principio». Così, *Ibidem*, p. 533. Sull’interpretazione della garanzia in questione v. R. Romboli, *Giudice naturale*, voce in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, Milano, 1998, II, 365 ss.

²⁵ A. Andronio, *Art. 111*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 2099-2125, rileva come la nozione di «giusto processo» giurisdizionale, lungi dal trarre origine dalla modifica dell’art. 111 Cost. da parte della l. cost. 2/1999, esiste da lungo tempo nell’ordinamento costituzionale quale frutto dell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Mentre, la dottrina già negli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore della Costituzione ha richiamato la clausola anglosassone del *due process of law*, la giurisprudenza della Corte costituzionale, solo a partire dagli anni 1984-1985, ha richiamato la nozione di «giusto processo» come parametro di costituzionalità della legge processuale, stabilendo un collegamento fra gli artt. 6 e 14 rispettivamente della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l’art. 24 Cost. Fra le molte C. cost. 137 e 282/1984; 41/1985; 66, 102, 120, 156, 220/1986; 189/1988; 124 e 186/1992; 201/1993; 432/1995; 131 e 371/1996; 66, 331 e 346/1997; 290/1998; 241/1999.

²⁶ Il principio del contraddittorio è, nella giurisprudenza costituzionale, richiamato congiuntamente al principio di parità delle parti, quasi che non avesse rilevanza autonoma. [...] Il concetto di contraddittorio di cui al 2° comma deve essere riferito al solo intervento

dice²⁸, l'ultimo corollario del principio del giusto processo è la ragionevole durata assicurata dalla legge. Al riguardo, è da rilevare che la ragionevole durata del processo è assicurata dal legislatore – ovvero spetta a quest'ultimo assicurare mediante legge la ragionevole durata dei processi – e, pertanto, non si attribuisce alle parti del processo un diritto soggettivo, immediatamente azionabile, ad un giudizio che si esaurisca in tempi ragionevoli come, al contrario, avviene nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁹. Scopo della norma è di consentire che il processo si e-

dialettico delle parti nel corso del giudizio, intervento che ben può realizzarsi anche su prove già costituite e prodotte: si tratta cioè del principio «*audiatur et altera pars*», nella sua accezione più generale. Così *Ibidem*, pp. 2099-2125 .

²⁷ La parità delle parti nel processo, sancita dallo stesso secondo comma dell'art. 111 quale modalità di esplicazione del contraddittorio, è espressione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e non si traduce in una assoluta parificazione delle posizioni processuali, ma deve essere adattata alle specifiche caratteristiche di ogni tipo di processo. Fra le molte, C. cost. 75/2001, 286/2003. Così *Ibidem*, pp. 2099-2125.

²⁸ Concetti sui cui già ci siamo soffermati precedentemente nel testo.

²⁹ Proprio perché la norma si rivolge al legislatore e non direttamente all'individuo, parte della dottrina ha attribuito ad essa un carattere meramente programmatico o al massimo viene considerata come parametro di costituzionalità di norme processuali che non giustificano tempi lunghi. Dubbi, dunque, sono stati sollevati circa la reale efficacia della norma in assenza di un possibile ricorso diretto alla Corte costituzionale da parte del cittadino, a cui resta unicamente la strada del giudizio sulla legge sollevato in via incidentale. L'importanza della giurisprudenza della Corte europea in merito alla violazione del principio in questione ai fini interni al nostro ordinamento, sebbene certamente non esclusa, sarebbe stata sicuramente ridotta, in considerazione della diversa formulazione della disposizione costituzionale italiana rispetto a quella della CEDU. Il problema oggi invece si pone in termini assai diversi dopo l'approvazione della l. 24 marzo 2001 n. 89 (c.d. legge Pinto), la quale ha previsto un apposito procedimento davanti alla corte di appello per determinare un'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo. I giudici nazionali dello speciale procedimento introdotto dalla legge Pinto hanno quindi la possibilità di riconoscere l'intervenuta violazione dell'art. 6 CEDU, mentre tutti gli altri giudici nazionali possono sollevare questioni di costituzionalità in via incidentale allorché

saurisca sì in termini rapidi, ma non in modo superficiale, cercando di ottenere non un'assoluta, ma una ragionevole efficienza processuale.

A chiusura dell'art. 24 Cost. ritroviamo le seguenti disposizioni, che vanno ovviamente a completare il contenuto di quanto previsto nel primo comma. Parte integrante del diritto di azione è, infatti, il diritto «inviolabile» di difesa, che garantisce, da un lato, il diritto di godere in giudizio dell'assistenza di un esercente la professione legale (difesa tecnica) e, dall'altro, il diritto di far valere le proprie ragioni in giudizio (difesa sostanziale) e, più in generale, il principio del contraddittorio³⁰. È, poi, determinante per esercitare il diritto di agire per la tutela dei propri diritti ed interessi, oltre la presunta sussistenza di valutazioni di fondatezza e di successo dell'azione, la disponibilità economica per sostenere il costo dell'eventuale giudizio. Il problema dell'assistenza giudiziaria dei non abbienti è stato nel corso del tempo variamente disciplinato ma con l'unico scopo di rendere ef-

si trovino a dover applicare una disposizione che, a loro giudizio, presenti dubbi non manifestamente infondati di contrasto con l'art. 111, 2° comma, Cost. Così cfr. R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, cit., pp. 9-43.

³⁰ È da ricordare che il diritto di partecipazione al processo così come il diritto all'assistenza di difensori professionisti è regolato in maniera diversa nel processo civile, penale e amministrativo. Ricordiamo che, per quanto riguarda il contraddittorio, nel giudizio penale esso non è riconducibile all'uguaglianza delle parti dinanzi al giudice, mentre in sede civile o amministrativa si attua in maniera più incisiva l'uguaglianza fra i soggetti in causa. Per quanto riguarda la difesa tecnica, nel processo penale è obbligatoria (se l'imputato omette di nominare un difensore di sua fiducia, si provvede alla nomina d'ufficio), nel processo civile si presenta come un onere (essendo indispensabile per la stessa costituzione in giudizio, oltre che per numerose attività processuali ma, diversamente da quanto previsto nel processo penale, quando la parte può esercitare da sé medesima l'ufficio di difensore, non occorre la nomina di alcun patrocinante d'ufficio). Così v. A. Police, *Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 501-525.

fettivo l'astratto diritto di azione e difesa del povero³¹. L'ultimo comma, rinvia al legislatore ordinario per disciplinare gli elementi che determinano il riconoscimento dell'esistenza di un errore giudiziario nonché l'*iter* procedurale per assicurare la riparazione di quest'ultimo.

La Costituzione italiana, pertanto, riconosce a tutti (cittadini, stranieri, apolidi) la possibilità di ricorrere al giudice – naturale precostituito per legge (art. 25, primo comma), indipendente ed imparziale (artt. 104, primo comma e 111, secondo comma) – per la difesa dei diritti e interessi legittimi. Il diritto di accesso al giudice, teso ad impedire che determinate posizioni giuridiche soggettive rimangano prive di una protezione giudiziaria, non si esaurisce con tale fine, ma implica anche la garanzia del diritto ad un equo processo – ovvero eliminare qualsiasi aspetto limitativo che possa incidere negativamente su di esso (come ad es. garantire la ragionevole durata del processo) – nonché la garanzia del diritto di difesa (nella sua duplice veste di difesa tecnica e di difesa sostanziale).

3. Il diritto di accesso al giudice nella Costituzione spagnola

Art. 24: Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

³¹ Inizialmente il problema dell'assistenza giudiziaria dei non abbienti era stato risolto dal legislatore italiano con l'istituto del gratuito patrocinio – fondato sull'obbligo imposto agli avvocati di difendere gratuitamente i poveri –; successivamente il t.u. in materia di giustizia (d.p.r. 115/2002) ha terminato l'*iter* di riforma del patrocinio a spese dello Stato – iniziato con la l. 533/1973 che si riferiva soltanto alle controversie del lavoro e di previdenza. Con l'obiettivo di realizzare una maggiore effettività del diritto di difesa, la riforma tendeva ad una semplificazione ed a una rapidità della procedura ammissiva al beneficio nonché ad una rivisitazione, in senso favorevole al richiedente, dei requisiti formali dell'istanza. Così v. A. Police, *Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 501-525.

Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Il diritto di accesso al giudice per la tutela di un diritto o interesse legittimo è previsto nel primo comma dell'art. 24 della Costituzione spagnola (d'ora in poi CE), Sezione 1.^a del secondo Capitolo del Titolo I³² ed è sviluppato tramite legge organica in base all'art. 81.1 della Costituzione spagnola (d'ora in poi CE) in quanto il diritto in questione ha sì natura costituzionale, ma è un diritto di configurazione legale, che può essere soggetto a dei limiti ragionevoli e proporzionali rispetto ai fini che il legislatore può legittimamente perseguire³³. Secondo il Tribunale Costituzionale, il diritto di accesso alla giurisdizione – seguito dal diritto a essere parte del processo

³² Sull'art. 24, primo comma della Costituzione spagnola v. F. Chamorro Bernal, *El artículo 24 de la Constitución*, Tomo I, Barcellona, 2005; F. Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcellona 1994; L. M. Díez-Picazo, *La tutela judicial efectiva*, in *Sistema de derechos fundamentales*, 2003, pp. 363-389; E. Alonso García, *El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales*, in *Estudios sobre la Constitución española* (a cura di S. Martín-Retortillo), Madrid, 1991, pp. 973-1025; J. M. Bandres Sanchez-Cruzat, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, 1992; A. M. Romero Coloma, *El artículo 24 de la Constitución española: examen y valoración*, Granada, 1992; J. M. Serrano Alberca, *Art. 24*, in *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pp. 453-498. In particolare, il testo dell'art. 24.1 della Costituzione spagnola riprende il contenuto di alcune disposizioni internazionali (l'art. 10 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, l'art. 14.1 del Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici del 1966, l'art. 6.1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950) che devono anche servire per interpretare i diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione spagnola, secondo l'articolo 10.2 della stessa.

³³ STC 12/1998 del 15 gennaio, FJ 4, BOE 12 febbraio 1998, JC L, p. 128.

e ad ottenere una decisione finale – costituisce il primo aspetto, in ordine logico e cronologico, del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva³⁴. L'organo giudicante è tenuto, pertanto, ad applicare alle norme che regolano l'accesso alla giurisdizione il principio “*pro actione*” o del “*favor actionis*”, in base al quale la tutela giurisdizionale effettiva presuppone anche un dovere positivo di interpretare e applicare le leggi – in particolare, le leggi processuali – in modo più favorevole al diritto in questione onde facilitare l'effettivo inizio del processo³⁵.

Il riconoscimento a tutte le persone del diritto di accedere al giudice per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi presuppone necessariamente la presenza di un'autentica controversia giuridica che abbia ad oggetto appunto qualsiasi diritto o interesse legittimo, cioè qualsiasi situazione giuridicamente rilevante³⁶. In tal caso, sia le persone fisiche (nazionali o stranieri)³⁷

³⁴ STC 115/1984 del 3 dicembre, FJ 1, BOE 21/12/84, JC X, p. 315. In tal senso, anche la STC 13/1981 del 22 aprile, FJ 1, BOE 21/5/81, JC I, p. 229; STC 32/1982 del 7 giugno, FJ 2, BOE 28/6/82, JC III, p. 404; STC 26/1983 del 13 aprile, FJ 2, BOE 17/5/83, JC V, p. 288.

³⁵ «Il principio *pro actione* implica che devono evitarsi i formalismi, cioè, i requisiti puramente ritualisti – previsti dalle leggi e, anche più spesso, dalla pura pratica forense – che rendono difficile l'esercizio di azioni giudiziali. Pertanto, si dovrebbe consentire, sempre che sia possibile, di sanare i difetti di forma negli atti delle parti (STC 206/1987, 46/1989, ecc.) o che *la citación por edictos a los demandados*, senza cui non può iniziare il processo, sia un rimedio, quando tutti i mezzi di *citación personal* si siano rilevati infruttuosi (STC 96/1992, 159/1999 e STEDH *Cañete Goñi c. España* del 15 ottobre 2002). Il principio *pro actione* proibisce, allo stesso tempo, che le cauzioni legalmente previste siano eccessive o sproporzionate (STC 45/2002)». Così, L. M. Díez-Picazo, *La tutela judicial efectiva*, cit., pp. 363-389.

³⁶ Tutto può sottoporsi davanti alla giurisdizione, anche la inattività dell'Amministrazione. Infatti, nella STC 294/1994 si è affermato che «in nessun modo può escludersi che il comportamento inattivo o omissivo dell'Amministrazione pubblica possa incorrere in illegalità e colpire diritti e interessi legittimi dei cittadini», aggiungendosi che «La piechezza della sottomissione dell'azione amministrativa alla Legge e al Diritto (art. 103.1

sia quelle giuridiche (pubbliche³⁸ e private)³⁹ possono esercitare il diritto in questione. Inoltre, secondo la giurisprudenza costituzionale anche la facoltà dei cittadini di esercitare l'azione popolare – prevista all'art. 125 della CE – forma parte del diritto fondamentale alla tutela giudiziale effettiva. Così, l'inciso dell'art. 125 – che dispone che i «cittadini potranno esercitare l'azione popolare [...] nel modo e con rispetto a quei processi penali che la legge stabilisca» – è ricondotto all'art. 24.1 CE, sulla base del quale tra «gli interessi legittimi» di cui parla quest'ultima disposizione si trova l'interesse comune alla repressione della criminalità. In altri termini, non solo tutela effettiva di un diritto o di un interesse legittimo ma anche protezione dell'interesse pubblico attraverso l'azione popolare (art. 125 CE). Ciò comporta un'importante conseguenza, ovvero anche l'esercizio dell'azione popolare è suscettibile di protezione attraverso il ricorso di amparo⁴⁰.

CE), così come della funzione di controllo di detta azione (art. 106.1 CE), e l'effettività che si predica del diritto alla tutela giudiziale (art. 24 CE) impediscono che possano esistere comportamenti dell'Amministrazione pubblica – positivi o negativi – immuni dal controllo giudiziale» (Punto 4) (STC 136/1995 del 25 settembre, Punto 3, JC XLIII, p. 77). Così v. F. Chamorro Bernal, *El artículo 24 de la Constitución*, pp. 31-50.

³⁷ Il diritto alla tutela giudiziale effettiva lo invocano non solo gli spagnoli ma anche tutte le persone (ATC 285/1982 del 29 settembre, Punto 1, JC IV, p. 721 e STC 99/1985 del 30 settembre, Punto 2, BOE 5/11/85, JC XIII, p. 7). La Legge Organica 4/2000 dell'11 febbraio sui diritti e doveri degli stranieri, riconosce a questi ultimi nel suo art. 3 i diritti e le libertà del Titolo I della CE e nell'art. 20, espressamente il diritto alla tutela giudiziale effettiva.

³⁸ STC 4/1982 dell'8 febbraio, Punto 5, BOE 26/2/82, JC III, p. 57; STC 64/1988 del 12 aprile Punto 1, BOE 4/5/88, JC XX, p. 772 e ATC 1178/1988 del 24 ottobre, JC XXII, p. 1520.

³⁹ STC 137/1985 del 17 ottobre, Punti 2 e 3, BOE 17/10/85, JC XIII, p. 7.

⁴⁰ STC 62/1983, 147/1985 e 241/1992. Sul punto cfr. L. M. Díez-Picazo, *La tutela judicial efectiva*, cit., pp. 363-389.

Il significato primario della tutela giudiziale effettiva – che probabilmente è l'unico che il costituente aveva contemplato – è il diritto di accesso alla giurisdizione. La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, ha ampliato il contenuto del diritto alla tutela giudiziale effettiva in senso stretto, includendovi il diritto alla difesa – ovvero divieto di privazione o limitazione di qualunque mezzo legittimo di difesa della propria posizione all'interno del processo –⁴¹, il diritto ad ottenere una decisione sul merito della questione – provvista di una motivazione congrua e ragionevole secondo quanto previsto dall'art. 120.3 della CE –⁴², il diritto di accesso ai ricorsi – ovvero il di-

⁴¹ Pertanto, vi è privazione della difesa quando manca una piena possibilità di contraddittorio (STC 101/2001 e 143/2001).

⁴² «La motivazione deve essere congrua e ragionevole: congrua, perché deve rispondere tanto a ciò che ha chiesto l'attore, quanto ai fondamenti della sua petizione (STC 215/1999, 141/2002, ecc.); ragionevole, perché deve basarsi su canoni di interpretazione ed applicazione delle leggi generalmente ammessi dalla comunità giuridica, restando vietata l'utilizzazione di criteri interpretativi stravaganti (STC 142/1999). Sempre in sede di dovere di motivazione, bisogna fare due chiarimenti ulteriori. Da un lato, il dovere di motivazione significa che il giudice non può decidere *según su leal saber y entender*, sino «*ateniéndose al sistema de fuentes establecido*» (art. 1.7 CC), *es decir, mediante la aplicación de las normas jurídicas correspondientes*: l'organo giudiziale che, con qualunque pretesto si nega apertamente a dare applicazione a una norma valida applicabile al caso concreto, non solo commette un'illegalità, ma vulnera il diritto alla tutela giudiziale effettiva del litigante (STC 23/1988 e 173/2002). Ciò è semplicemente conseguenza della sottomissione dei giudici all'imperio della legge (art. 117.1 CE). Dall'altro lato, motivazione congrua e ragionevole non è necessariamente sinonimo di motivazione corretta. Questa distinzione è rilevante per determinare le conseguenze dell'errore giudiziale: l'errore giudiziale – consistente in un equivoco determinante per la decisione, imputabile al proprio giudice e pregiudiziale per il litigante (STC 96/2000) – dà sempre diritto a indennizzo per i danni da esso derivati (art. 121 CE); però solo costituisce violazione del diritto alla tutela giudiziale effettiva e, di conseguenza, apre la via del ricorso di amparo quando, anche, è manifesto o immediatamente verificabile. Così, per esempio, succede quando c'è errore nel calcolo di una scadenza (STC 167/1999 e 206/1999)». Sul punto v. L. M. Díez-Picazo, *La tutela judicial efectiva*, cit., pp. 363-389.

ritto ad utilizzare i ricorsi previsti dalle leggi processuali –⁴³, e l'intangibilità del giudicato⁴⁴.

La funzione giurisdizionale – intesa come funzione costituzionale di alcuni organi abilitati a fornire la tutela giudiziale effettiva di cui all'art. 24. 1 della CE – deve avere le seguenti caratteristiche: *unidad, plenitud, exclusividad, independencia e imparcialidad*. In particolare, l'*unità* della giurisdizione implica che le sentenze dei Tribunali Superiori di Giustizia non solo

⁴³ Il Tribunale Costituzionale ha sempre negato la possibilità di poter derivare dalla tutela giudiziale effettiva il diritto ad ottenere un ricorso nei confronti di risoluzioni giudiziali avverse. Questa regola generale conosce una sola eccezione nel processo penale: ogni sentenza di condanna di primo grado deve essere suscettibile di ricorso davanti un tribunale superiore in quanto lo prevede espressamente l'art. 14.5 del Patto Internazionale di Diritti Civili e Politici, che, in virtù di quanto disposto dall'art. 10.2 CE, vincola l'interpretazione dei diritti fondamentali proclamati dalla Costituzione spagnola (STC 42/1982). L'art. 24.1 CE lascia libero il legislatore di disegnare il sistema dei ricorsi che valuti più adeguato; però, una volta che un determinato ricorso è stato creato dalla legge, il suo diniego ingiustificato in un caso concreto costituisce una violazione non solo della legalità processuale, ma anche del diritto alla tutela giudiziale effettiva (STC 14/1982, 110/1985, ecc.). È qui un esempio diafano di diritto di configurazione legale, con il conseguente sdoppiamento del canone della costituzionalità secondo che si tratti di giudicare la validità delle leggi (libertà del legislatore, salvo in materia penale) o la regolarità di concrete decisioni giudiziali (diritto fondamentale ai ricorsi legalmente previsti). Cfr. *Ibidem*, pp. 363-389.

⁴⁴ Dall'intangibilità de las resoluciones judiciales firmes il Tribunale Costituzionale fa derivare, sebbene con qualche oscillazione, la regla de que en trámite de aclaración de sentencia no cabe alterar el sentido ni el contenido del fallo (STC 231/1991 e 179/1999). Per identiche ragioni – que los procesos terminen y sirvan para algo – l'art. 24.1 CE dà diritto a que las resoluciones judiciales firmes sean ejecutadas anche contro la volontà della parte condannata. Solo in casi eccezionali cabe aceptar la inejecutabilidad: l'impossibilità de ejecutar una sentencia firme per ragioni derivate dal diritto internazionale, come è la inembargabilidad dei beni delle sedi diplomatiche, non costituisce una violazione dell'art. 24 CE (STC 176/2001). Todo lo anterior no es sino la transformación en derecho fundamental, con las ya conocidas consecuencias a efectos de recurso de amparo, de la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los tribunales que impone el art. 118 CE (STC 125/1990). Cfr. *Ibidem*, p. 369.

hanno efficacia nelle rispettive Comunità Autonome ma anche in tutto il territorio spagnolo in quanto essi non sono organi della rispettiva Comunità Autonoma ma del Potere giudiziale, considerato appunto nella sua unitarietà al par. 2 dell'art. 152.1 della CE⁴⁵. Il potere giudiziale è ritenuto, anche, *pieno o esclusivo*, cioè il giudice è l'unico competente a valutare le questioni giuridiche, senza alcuna interferenza esterna. Pertanto, si viola tale principio se il giudice cessa di svolgere tale compito o se esegue decisioni prese da un altro organo, senza emanare una propria pronuncia. Ciò succede quando un giudice civile ritiene di essere vincolato alla decisione di un Tribunale ecclesiastico e si converte in un mero esecutore della sentenza canonica di separazione coniugale, violando, così, il diritto alla giurisdizione⁴⁶.

⁴⁵ L'art. 152.1 CE delimita, senza dubbio, la demarcazione giudiziale spettante ad ognuno dei Tribunali Superiori di Giustizia (SSTC 56/1990, Punto 16 e 62/1990, Punto 8), per questa delimitazione territoriale non comporta in alcun modo una correlata restrizione nell'efficacia della sentenza. Basta tener in conto che tale restrizione territoriale mal si concilierebbe, da un lato, con l'obbligo generale che l'art. 118 CE stabilisce e, dall'altro lato, con la stessa unità del Potere giudiziale, che si afferma, precisamente, nell'art. 152.1, paragrafo 2, della Norma Fondamentale; dunque i Tribunali Superiori di giustizia non sono, è chiaro, organi della rispettiva Comunità Autonoma (STC 38/1982, punto 4) ma di questo Potere giudiziale unico che configura la Costituzione (SSTC 56/1990 e 62/1990, punti 6 e 4, rispettivamente), in base al quale si attribuisce l'esercizio della giurisdizione ai Giudici e ai Tribunali che lo integrano in tutto il territorio spagnolo (art. 4 LOPJ). Di modo che le pronunce dei Tribunali Superiori di giustizia non solo ricadono nell'ordinamento nel suo insieme, ma possiedono efficacia in tutto il territorio (STC 114/1994 del 14 aprile, Punto 3, BOE 17/5/94, JC XXXVIII, p. 1183). Così v. F. Chamorro Bernal, *El artículo 24 de la Constitución*, pp. 51-78.

⁴⁶ "...se il giudice, dovendo conoscere con pienezza giurisdizionale della questione, cessa di farlo o (per via di stretta esecuzione) impone con la forza delle decisioni giudiziali, senza il proprio esercizio della potestà giurisdizionale, ciò che ha deciso il Tribunale ecclesiastico, può allegarsi che si è violato il diritto alla giurisdizione, costituzionalizzato nell'art. 24.1" (STC 1/1981 del 26 gennaio, Punto 1, BOE 24/2/81, JC, p. 6). Nello stesso senso, STC 265/1988 del 22 dicembre, BOE 23/1/89, JC XXII, p. 1129.

L'organo giurisdizionale deve essere, inoltre, *indipendente* (art. 117 CE) dai poteri pubblici, dai singoli nonché dai suoi superiori gerarchici⁴⁷. Non può esistere vera giurisdizione senza *imparzialità* e tale requisito – sebbene il TC lo faccia ricadere nel diritto ad un processo con tutte le garanzie e, in particolare, nel diritto al giudice predeterminato dalla legge previsto dall'art. 24.2 CE – bisogna analizzarlo in questa sede giacché una sentenza dettata da un giudice parziale mai potrà essere considerata come vera risoluzione giudiziale. In altri termini, l'imparzialità giudiziale è una garanzia tanto essenziale della funzione giurisdizionale da condizionare la sua stessa esistenza: senza giudice imparziale non c'è, propriamente, processo giurisdizionale e, pertanto, nemmeno tutela – come già affermato nella STC 60/1995⁴⁸.

⁴⁷ Il TC ha affermato che “l'esistenza di una determinata linea giurisprudenziale non implica che questa debba essere seguita necessariamente dai Tribunali inferiori, che in virtù della loro autonomia e indipendenza giudiziale (art. 117 CE) possono lecitamente distaccarsi dal criterio sostenuto dal Tribunale Supremo senza che con ciò si violi il principio di eguaglianza nell'applicazione della Legge, trattandosi di organi giudiziali differenti” (STC 160/1993 del 17 maggio, Punto 2, BOE 21/6/93, JC XXXVI, p. 160). Così v. F. Chamorro Bernal, *El artículo 24 de la Constitución*, pp. 51-78.

⁴⁸ STC 11/2000 del 17 gennaio, Punto 4, BOE 18/2/2000, JC LVI, p. 146. Anche STC 6/1998 del 13 gennaio, Punto 1, BOE 12/2/1998, JC L, p. 58 e STC 47/1998 del 2 marzo, Punto 4, BOE 31/3/1998, JC L, p. 700. In sintonia con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il TC distingue tra imparzialità soggettiva e imparzialità oggettiva. La prima esige che il giudice si occupi di casi estranei ad esso, in cui non abbia interesse di alcun genere, né diretto né indiretto (STC 162/1999 del 27 settembre, BOE 3/11/1999, JC LV, p. 136). Invece, l'imparzialità oggettiva si riferisce alla mancanza di contatto anteriore da parte dei Magistrati con il *tema decidendi*, che può avergli causato un pregiudizio (STC 157/1993 del 6 maggio). È dottrina reiterata dal TC che le cause di astensione e ricsuzione devono, necessariamente, assicurare l'imparzialità del giudice. In particolare, la STC 7/1997 del 14 gennaio, Punto 3, BOE 14/2/1997, JC XLVII, p. 59 afferma: “Questo Tribunale ha incluso, nell'ambito del diritto a un processo con tutte le garanzie, il diritto a un giudice imparziale (per tutte, SSTC 145/1988 e 164/1988). Dal principio e trovando soste-

L'art. 24.2 contiene un insieme di garanzie generiche che, benché trovino origine nel processo penale, la giurisprudenza costituzionale le considera esigibili in ogni processo (civile, contenzioso amministrativo e militare). Solitamente si identificano con la nozione di «diritto al processo dovuto», riprendendo un altro termine che evoca l'idea angloamericana di *due process of law* o anche il «diritto ad un equo processo» previsto dall'art. 6 CEDU. L'idea di fondo è che per la realizzazione dello Stato di diritto non basta che ci sia un diritto fondamentale di accesso ai tribunali, accompagnato da tutti i suoi corollari di effettività (sentenza motivata, accesso ai ricorsi, intangibilità del giudicato), ma è necessario, inoltre, che i processi si svolgano tenendo conto di tutte le garanzie previste dall'art. 24.2 CE: imparzialità del giudice, pubblicità del processo, possibilità di assistenza di avvocato, proibizione delle dilazioni indebite e utilizzazione dei mezzi di prova disponibili. Pertanto, solo se sono presenti tali garanzie il processo si può considerare giusto. L'art. 24.2 CE raccoglie, infine, certe garanzie che, fedeli al disegno originario del costituente, continuano ad essere specifiche del processo penale. Si tratta dei diritti ad essere informato dell'accusa, a non deporre contro se stesso e a non confessarsi colpevole, alla presunzione di innocenza e a non essere obbligato a deporre per ragioni di parentela o segreto professionale⁴⁹.

gno nella giurisprudenza del Tribunale europeo dei diritti dell'uomo (casi Piersack, dell'1 ottobre 1982, e De Cubber, del 26 ottobre 1984), abbiamo distinto in questo diritto una duplice variante: quella soggettiva, che cerca di evitare la parzialità del criterio del giudice – o il suo mero sospetto – derivato dalle sue relazioni con le parti e quella oggettiva, che cerca di evitare questa stessa parzialità derivata dalla sua relazione con l'oggetto del processo o della sua relazione organica o funzionale con lo stesso (STC 32/1994)”. *Ibidem*, pp. 51-78.

⁴⁹ Sul punto cfr. M. Díez-Picazo, *La tutela judicial efectiva*, cit., pp. 363-389.

È da ricordare che l'art. 24 CE è, rispetto a tutte le altre, la disposizione più frequentemente invocata in materia di diritti fondamentali perché permette di impugnare davanti al Tribunale Costituzionale – attraverso la via del ricorso di amparo – praticamente qualsiasi risoluzione giudiziale definitiva indipendentemente da quale sia il grado dell'organo giudiziale *a quo* o l'importanza oggettiva del caso. Tendenza incentivata non solo dall'attitudine di molti avvocati ad utilizzare al massimo – a volte, anche in modo temerario – qualsiasi arma, ma anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale tramite l'ampliamento del contenuto dell'art. 24 CE e, quindi, la costituzionalizzazione di molti aspetti del diritto processuale. Tutto ciò implica sicuramente un abuso dell'invocazione di questa disposizione e, conseguentemente, un'inflazione dei ricorsi di amparo, che, da un lato, finisce per appesantire il lavoro della giustizia costituzionale ma che, dall'altro, costituisce il dazio da pagare per consentire di eliminare le disfunzioni presenti nell'amministrazione della giustizia.

Può sembrare a primo acchito che l'art. 24 CE contiene due diritti o, meglio, due gruppi di diritti differenziati: il diritto di accesso al giudice nel suo primo comma; le garanzie costituzionali classiche del processo penale (predeterminazione del giudice, presunzione di innocenza, ecc.) nel suo secondo comma. Tuttavia, già dai primi momenti di applicazione della Costituzione, il Tribunale Costituzionale ha elaborato un'interpretazione che rompe con questa struttura in due parti chiaramente differenziate, finendo per arricchire e complicare notevolmente il significato dell'art. 24 CE. In particolare, due sono le precisazioni giurisprudenziali costituzionali al riguardo: da un lato, alcune delle garanzie del secondo comma non sono solo riconducibili al processo penale, ma anche a tutti gli altri processi (civile, contenzioso-amministrativo, militare), dall'altro lato, il primo comma non

riconosce solo un diritto di accesso al giudice, ma anche, una volta iniziato il processo, un insieme di diritti a un certo comportamento da parte del giudice (diritto ad una risoluzione sul merito della questione, diritto all'esecuzione del giudicato, ecc.).

4. Il diritto di accesso al giudice nella Carta di Nizza

Art. 47: Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

La redazione e la proclamazione della Carta europea dei diritti fondamentali a Nizza nel 2000 rappresenta l'ambizioso tentativo di dotare l'Unione Europea di un suo catalogo scritto dei diritti fondamentali⁵⁰, malgrado la sua originaria valenza politica⁵¹ e il suo carattere ricognitivo e co-

⁵⁰ Sulla Carta di Nizza v. P. Costanzo (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Genova, 2002; R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; L. S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Milano, 2002; L. Ferrari Bravo, F. M. di Majo, A. Rizzo (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, 2001; G. Vettori (a cura di), *Carta europea e Diritti dei privati*, 2002; M. Panebianco (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001; R. Toniatti (a cura di), *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2002.

⁵¹ Sulla possibilità di attribuire alla Carta di Nizza un significato che non si riduce ad un testo meramente rappresentativo del *soft law* internazionale cfr. C. Di Turi, *La prassi giu-*

dificatorio rispetto ai principi preesistenti – così come proclamato dallo stesso preambolo: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell’Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall’Unione e dal Consiglio d’Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea e da quella della Corte europea dei diritti dell’uomo». Infatti, la vera novità è data dall’intenzione di racchiudere in un testo unico i diritti fondamentali dei cittadini dell’Unione.

Tuttavia, il suo carattere ricognitivo e codificatorio ha reso indispensabile, ai fini della sua interpretazione, la presenza – all’interno di essa – di alcune specifiche disposizioni tese a coordinare la giurisprudenza dei diversi organi di tutela dei diritti operanti nel panorama europeo. Disposizioni di armonizzazione dei diversi livelli di tutela dei diritti si riscontrano, oltre che nel già citato c. V del Preambolo, nel titolo VII, intitolato «Disposizioni generali», che racchiude «le clausole orizzontali» della Carta.⁵² Oggi il Tratta-

diziaria relativa all’applicazione della Carta di Nizza, in «Il diritto dell’Unione europea», 2002, n. 4, pp. 671-686. È da precisare che il nuovo Trattato di Lisbona pone la Carta di Nizza sullo stesso piano giuridico dei Trattati.

⁵² Sulle «clausole orizzontali» della Carta di Nizza v. V. Sciarabba, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le «clausole orizzontali» della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Nicolo Zanon (a cura di), Napoli, 2006, pp. 389-458; A. Ferraro, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell’uomo nello spazio giuridico europeo*, in «Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario», n. 2, 2005, pp. 503-581; G. Gerbasì, *I rapporti tra l’Unione europea e la C.E.D.U. nel progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa*, in *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, Costituzioni nazionali, Diritti fondamentali*, S. Gambino (a cura di), Milano, pp. 529-555; B. Conforti,

to di Lisbona – entrato in vigore nel 2009 – enfatizza ulteriormente il titolo VII della Carta nel suo art. 6 par. 1 c. 3, il quale prevede che: «I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni».

Disposizioni ermeneutiche, pertanto, importanti per l'interpretazione dei diritti previsti dalla Carta di Nizza e, conseguentemente, anche per l'interpretazione del relativo capo IV, contenente una sintesi di alcuni principi cardini in materia di giustizia. In particolare, l'art. 47⁵³ contempla il di-

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Lucia Serena Rossi (a cura di), Milano, 2002, pp. 3-17.

⁵³ Sull'art. 47 della Carta di Nizza v. F. Pocar, *Dignità-Giustizia*, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, cit.; A. Pertici, *La "giustiziabilità" dei diritti fondamentali tra Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, cit., pp. 146-166; S. Gambino, *Modelli europei di ordinamento giudiziario e tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione Europea*, in «Rassegna Forense», n. 1-2, 2005, pp. 516-541; R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2003, n. 1, pp. 9-43; M. D'Amico, *Capo VI – Giustizia*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., pp. 319-344; *Capo VI - Giustizia*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, cit., pp. 177-188; N. Trocker, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta europea e Diritti dei privati*, cit., pp. 381-411; *Capo VI – Giustizia*, in *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., pp. 417-455; A. Lang, *Il diritto ad un ricorso effettivo nell'Unione europea*, in *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, a cura di P. Bilancia e E. De Marco, Milano, 2004, pp. 57-69.

ritto ad un ricorso effettivo (par. 1), il diritto ad un equo processo dinanzi ad un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge (par. 2) e il diritto di difesa anche in caso di insufficienza di mezzi (par. 3), mentre i restanti articoli – relativi al diritto di difesa dell'imputato e alla presunzione di innocenza (art. 48, parr. 1 e 2), al principio di legalità dei reati e delle pene e al principio di proporzionalità (art. 49, parr. 1, 2 e 3), al principio del «ne bis in idem» – si riferiscono esclusivamente all'ambito penale, attribuendo così a quest'ultimo un maggior peso con l'intenzione probabilmente di creare un diritto penale europeo. I destinatari di tali disposizioni sono tutti gli individui e, non soltanto i cittadini dell'Unione, come accade per altri diritti enunciati nella Carta.

Prima di analizzare il significato e la portata delle garanzie previste dall'art. 47, è opportuno soffermarsi sul processo evolutivo che ha condotto alla sua formulazione. L'ordinamento comunitario in tema di giustizia e di tutela giudiziaria si fonda originariamente sul principio di autonomia processuale degli Stati membri in base al quale spetta a questi ultimi la disciplina del processo e della tutela giudiziaria dei diritti di origine comunitaria in quanto la Corte di Giustizia nasceva, da un lato, con il preciso compito di vigilare sull'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto comunitario e sulla validità degli atti delle istituzioni comunitarie e, dall'altro, con una normativa processuale caratterizzata da una marginale attenzione alla tutela delle situazioni giuridiche sostanziali dei singoli. Successivamente, la Corte di Giustizia ha contribuito a dare fondamento *costituzionale* al diritto alla tutela giurisdizionale, accogliendo nel nucleo dei *principi generali di diritto comunitario* le garanzie presenti oggi nell'art. 47 della Carta. In par-

ticolare, è con la sentenza *Johnston* (1986)⁵⁴ che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva acquista rilevanza nell'ordinamento comunitario in qualità di *principio giuridico generale* presente nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e negli artt. 6 e 13 della CEDU. Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva diviene così «parametro di legittimità dell'azione degli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie», consentendo alla Corte – tramite il rinvio pregiudiziale – di «intervenire con le proprie elaborazioni sulle discipline processuali dei singoli ordinamenti nazionali e di disegnare essa stessa il tipo di tutela che va accordato dai giudici di qualsiasi Stato membro». Pertanto, «mutano le modalità, la portata e gli stessi effetti dell'incidenza del diritto comunitario sui sistemi di tutela degli Stati membri»⁵⁵.

L'art. 47 si limita, dunque, a recepire e rendere visibili garanzie già «estrate (soprattutto) per via giurisprudenziale, da una sorta di *Bill of Rights* non scritto – e cioè dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, dal diritto internazionale pattizio, tra cui, soprattutto, la Convenzione europea del 1950, fonti originariamente prive di giuridicità formale nello specifico ordinamento europeo – ed imposte come proposizioni giuridiche vincolanti, attributive di diritti in senso pienamente normativo, agli attori del sistema comunitario»⁵⁶.

⁵⁴ La Corte di giustizia ha sancito questo principio nella sentenza del 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, Racc. 1986, p. 1651; nella sentenza del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, Racc. 1987, p. 4097; e nella sentenza del 3 dicembre 1992, *Borelli*, Racc. 1992, p. I-6313.

⁵⁵ Cfr. N. Trocker, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, cit., pp. 381-411.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 386.

Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, secondo la Corte, vige non solo nei confronti delle istituzioni comunitarie, ma anche degli Stati membri quando essi applicano il diritto comunitario in modo da evitare che le libertà comunitarie rimangano prive di tutela o siano difficilmente tutelabili⁵⁷. L'esigenza di garantire il rispetto del principio fondamentale della tutela giurisdizionale – unitamente all'esigenza di assicurare l'applicazione effettiva del diritto comunitario (in virtù dell'art. 10 del Trattato gli Stati membri hanno l'obbligo di assicurare l'esecuzione delle disposizioni del Trattato e degli atti derivati) ha comportato comunque dei limiti alle norme processuali nazionali, pur rimanendo intatto il principio di autonomia processuale degli Stati. Infatti, la Corte ha elaborato dei requisiti a cui devono attenersi le norme processuali nazionali – in mancanza di misure comunitarie di armonizzazione. Tali requisiti sono: il principio dell'equivalenza rispetto ai mezzi di ricorso nazionali, in base al quale si vuole evitare che «le situazioni soggettive conferite dal diritto comunitario siano tutelate in modo meno efficace rispetto a quelle conferite da norme nazionali, pregiudicando, così, l'applicazione effettiva del diritto comunitario»; il principio di non discriminazione in base alla cittadinanza, in base al quale neppure le norme pro-

⁵⁷ Il giudice comunitario ha ritenuto violato da parte degli Stati membri il diritto di accesso alla giustizia in molte occasioni. Ad. es. in un caso, «che riguarda l'Italia, è stato ritenuto lesivo del diritto ad un giudice la normativa di esecuzione degli sfratti, che assegnava al prefetto il compito di graduare l'esecuzione medesima, a causa dell'assenza di un controllo giurisdizionale su una fase del procedimento di esecuzione di una sentenza (CGCE 28 luglio 1999, *Società immobiliare Saffi*); in un altro caso, si è ritenuto lesivo del diritto ad un giudice il rifiuto di un ministro inglese di consentire ad un detenuto, su sua richiesta, di consultare un legale, per verificare comportamenti negligenti dell'amministrazione carceraria (CGCE 25 marzo 1983, *Silver*)». Cfr. D'Amico, *Capo IV – Giustizia*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., pp. 319-344.

cessuali possono porre in essere discriminazioni sulla base della cittadinanza qualora l'azione nella causa principale sia connessa all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario; il principio dell'effettività, in base al quale «le norme processuali nazionali non possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela delle situazioni conferite dal diritto comunitario».⁵⁸ Un intervento normativo in materia sarebbe, tuttavia, preferibile, considerato che questa «soluzione di origine essenzialmente giurisprudenziale per la tutela dei diritti conferiti dal diritto comunitario non solo non impedisce che il livello di protezione sia fortemente differenziato nei vari Stati membri, comportando, così, in definitiva, un'applicazione non uniforme del diritto comunitario, ma non sempre consente [...] una protezione adeguata delle persone».⁵⁹ Rispetto al sistema giurisdizionale previsto dai Trattati comunitari, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, tuttavia, non si propone di modificare le condizioni di ricevibilità, nonostante che in alcuni casi quest'ultimi abbiamo ostacolato la possibilità di accesso allo stesso giudice comunitario⁶⁰.

La violazione dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione costituisce il presupposto per esercitare il diritto a un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice (par. 1). Pertanto, oggetto della tutela giurisdizionale sono i diritti, ovvero tutte le posizioni soggettive attribuite ai singoli da norme giuridiche comunitarie, prescindendo dalla loro qualificazione a li-

⁵⁸ A. Adinolfi, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in «Il diritto dell'Unione Europea», n. 1, 2001, pp. 41-61. L'autore precisa che «i due principi – della equivalenza e della effettività – si configurano come cumulativi nella giurisprudenza della Corte: la conformità al principio della equivalenza può, dunque, non essere sufficiente».

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Infra*, v. capitolo II.

vello nazionale e, quindi, disconoscendo ogni riferimento alla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Se la portata oggettiva della tutela risulta limitata alle sole posizioni soggettive comunitarie, la portata soggettiva riguarda ogni persona (fisica o giuridica).

Un aspetto importante del primo comma dell'art. 47 risiede nell'effettività della tutela giurisdizionale, le cui concrete manifestazioni – come la tutela cautelare e quella risarcitoria – sono state desunte da una ampia giurisprudenza comunitaria. In particolare, è con la sentenza *Factortame*⁶¹ che la Corte di Giustizia afferma la necessità – ai fini di un'effettiva tutela giurisdizionale – di prevedere un potere generale cautelare nell'ordinamento interno di uno Stato membro, disapplicando all'occorrenza la relativa norma nazionale elusiva di tale potere. Mentre, con la sentenza *Francovich*⁶² il giudice comunitario riconosce – sempre ai fini di un'effettiva tutela giurisdizionale – la tutela risarcitoria contro lo Stato inadempiente degli obblighi comunitari⁶³, assicurando così siffatta tutela non solo in caso di illecito imputabile ai privati, ma anche agli Stati. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, dunque, «il diritto alla tutela giurisdizionale non si risolve in un generico principio di azionabilità», ma «viene inteso e ricostruito come diritto ad un rimedio effettivo, come possibilità di godere di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato»⁶⁴.

⁶¹ Sentenza 19 giugno 1990, C-21389, *Factortame*, in *Raccolta*, 1990, p. 2433.

⁶² Sentenza 19 novembre 1991, C-690 e C-9/909 *Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1991, I, p. 5357 ss., 5403 ss.

⁶³ Sul tema v. M. Fragola, *La responsabilità dello Stato e la tutela dei diritti dei singoli*, in *Temi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008.

⁶⁴ Cfr. N. Trocker, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, cit., p. 405.

L'interpretazione del primo comma – così come avviene nelle corrispondenti disposizioni a livello nazionale – comporta, da un lato, il richiamo alla nozione di giudice e, dall'altro, la connessione con altre garanzie – come il diritto ad un equo processo e il diritto alla difesa. Infatti, il giudice – per essere qualificato come tale – deve essere indipendente, imparziale e precostituito. Tali caratteristiche sono enunciate nel secondo comma dell'art. 47 – che a sua volta riprende il contenuto dell'art. 6 della CEDU⁶⁵ – e richiamate dal giudice comunitario nella sua giurisprudenza⁶⁶. Ancora – affinché la tutela sia effettiva – la causa deve essere esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole⁶⁷ (2° comma dell'art. 47) e il diritto di difesa deve essere riconosciuto nell'ambito dei procedimenti sia giudiziali che amministrativi⁶⁸ (2° comma dell'art. 47) ed assicurato anche ai non abbienti (3° comma dell'art. 47). Il diritto di accesso al giudice non comporta, invece, un diritto al ricorso né in generale né in relazione al solo processo penale.

⁶⁵ *Infra*, v. i paragrafi successivi.

⁶⁶ CGCE, sentt. 30 giugno 1966, 61/65, *Goebbels*, in *Racc.*, 1966, I-407; CGCE, 17 settembre 1997, 54/96, *Dorsch Consult*, in *Racc.*, 1997, I-4961; ancora sull'indispensabilità del carattere dell'indipendenza per la legittimazione degli organi nazionali ad effettuare la pronuncia pregiudiziale *ex art.* 234 del Trattato v. sent. 22 ottobre 1998, 9/97, 118/97, *Jokela*, in *Racc.*, 1998, I-6273.

⁶⁷ *Infra*. Più in generale, l'ambito dell'equo processo è quello in cui l'attività della Corte ha avuto il proprio punto di riferimento soprattutto nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo. CGCE, 17 dicembre 1998, 185/95, *Baustahlgewebe GmbH*, in *Racc.*, 1998, I, 8417, nella quale la Corte di Giustizia ha parzialmente annullato una sentenza del Tribunale di primo grado dal momento che la durata della procedura innanzi ad esso aveva superato i limiti della ragionevolezza. In particolare, sul tema P. Manzini, *Sull'irragionevole durata delle procedure comunitarie*, in «Dir. Unione europea», 1999, 494.

⁶⁸ Sentenza *Transocean Marine Point Association/Commissione* del 1974.

La Carta europea dei diritti fondamentali, pertanto, riconosce a tutti gli individui (e non solo ai cittadini dell'Unione) il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice – indipendente, imparziale e precostituito per legge (secondo comma dell'art. 47) – per la difesa dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione. Il diritto di accesso al giudice – così come avviene a livello nazionale – implica necessariamente anche la garanzia del diritto ad un equo processo e del diritto di difesa (secondo e terzo comma dell'art. 47) perché l'effettiva tutela giurisdizionale presuppone il rispetto di tutte queste garanzie giurisdizionali, che si presentano strettamente collegate tra loro.

5. L'evoluzione delle modalità di accesso alla Corte di Strasburgo

La *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali* (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950 e adottata all'interno del Consiglio d'Europa⁶⁹, costituisce «il primo dei grandi trattati di carattere generale in materia di tutela dei diritti della persona (includendo nel novero tanto quelli regionali, quanto quelli universali) e quello più avanzato sotto il profilo del sistema internazionale di controllo sul rispetto dei diritti tutelati, essendo l'unico a prevedere un meccanismo di garanzia che, nella sua configurazione attuale, è integralmente giurisdizionale»⁷⁰.

⁶⁹ Organizzazione regionale nata con lo Statuto di Londra del 5 maggio 1949 e formata inizialmente dagli Stati dell'Europa occidentale e successivamente, all'indomani della scomparsa dell'Unione Sovietica, da tutto l'Est europeo, giungendo ad un complessivo di 47 Stati. Tra i suoi obiettivi ritroviamo, appunto, la promozione e la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, avvenuta con la Convenzione di Roma del 1950.

⁷⁰ Cfr. M. Pedrazzi, *La Convenzione europea sui diritti e il suo sistema di controllo*, in *La tutela internazionale dei diritti umani* (a cura di L. Pineschi), 2006, p. 281. Sul tema v. anche F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Con-*

Rappresenta una svolta importante in ambito internazionale in quanto i rapporti tra lo Stato e l'individuo rientravano fino a quel momento nelle competenze della sovranità nazionale, nella cosiddetta *domestic jurisdiction*, e le violazioni dei diritti fondamentali, pertanto, rimanevano estranee al diritto internazionale.

Alla data dell'entrata in vigore della Convenzione rimanevano, tuttavia, sospese due questioni. Da un lato, si decise di rinviare la codificazione dei diritti più contestati (come quello di proprietà) a protocolli addizionali successivi⁷¹ e, dall'altro, di depotenziare la portata del meccanismo di controllo

venzione europea dei Diritti dell'Uomo, Torino, 1994; P. Pustorino, *La specialità del sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998; R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 1988; M. De Salvia, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Padova, 1997; C. Russo-P. M. Quaini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006; M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, Napoli, 1999; S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006; A. Gardino Carli, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005. In particolare, la Convenzione si articola in tre parti: il Titolo I contiene i diritti tutelati; il Titolo II il sistema internazionale di controllo; il Titolo III le disposizioni finali. In Italia, la Convenzione è stata ratificata il 26 ottobre 1955 (in base alla legge n. 848 del 4 agosto 1955).

⁷¹ Oggi i protocolli addizionali sono quattordici e hanno determinato sia un incremento del catalogo dei diritti garantiti che una modifica del loro sistema di protezione. In particolare, il catalogo dei diritti si è arricchito attraverso i Protocolli n. 1, 4, 6, 7, 12 e 13, tutti in vigore, attraverso disposizioni che tutelano diritti aggiuntivi o che forniscono una protezione più ampia a certi diritti già inclusi nel Titolo I della Convenzione. «I protocolli di cui qui si tratta, relativi a questioni sostanziali, necessitavano di un numero ristretto di ratifiche ai fini della loro entrata in vigore e, pur godendo di un successo differenziato, nessuno di essi vincola la totalità degli Stati parti alla Convenzione. Il sistema della Convenzione europea

degli obblighi assunti dagli Stati membri – basato sulla creazione di tre organi: la Commissione europea dei Diritti dell’Uomo, con funzione di tramite, la Corte europea dei Diritti dell’Uomo (Corte di Strasburgo) e il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa – rendendo facoltative quelle clausole convenzionali che più di tutte incidevano sulla sua attivazione, cioè la clausola relativa alla possibilità dell’individuo di ricorrere alla Commissione (vecchio art. 25) e quella relativa all’accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte stessa (vecchio art. 46)⁷².

La possibilità di accedere al controllo internazionale era duplice: i ricorsi presentati dagli Stati parte nei confronti di altri Stati parte che hanno

dei diritti umani presenta, pertanto, attorno al nucleo comune a tutti gli Stati parti, dato dal catalogo di diritti incluso nel Titolo I, una differenziazione interna quanto all’ambito dei diritti tutelati, a seconda dei protocolli aggiuntivi che ciascuno Stato parte abbia ratificato». Mentre, «i Protocolli n. 2, 3, 5, 8, 9 e 10 (quest’ultimo mai entrato in vigore), tutti incidenti sul sistema di controllo incorporato nel Titolo II, sono stati soppiantati dal Protocollo n. 11 (Strasburgo, 11 maggio 1994), che è entrato in vigore il 1° novembre 1998, dopo essere stato ratificato da tutti gli Stati parti alla Convenzione. [...] Un’ulteriore sua modifica è prevista dal Protocollo n. 14, il quale peraltro non è ancora entrato in vigore, necessitando esso pure della ratifica di tutti gli Stati parti alla Convenzione». Cfr. M. Pedrazzi, *La Convenzione europea sui diritti e il suo sistema di controllo*, cit., p. 285 e sul punto anche A. Gardino Carli, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti*, cit., pp. 6-38.

⁷² Originariamente, l’art. 25 CEDU stabiliva che: «La Commissione può essere investita di una domanda indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d’Europa da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppi, che pretenda d’essere vittima di una violazione da parte di una delle Alti Parti Contraenti dei diritti riconosciuti nella presente Convenzione, nel caso in cui l’Alta Parte Contraente chiamata in causa abbia dichiarato di riconoscere la competenza della Commissione in tale materia», mentre l’art. 46 CEDU recitava «ogni Alta Parte Contraente può, in qualsiasi momento, dichiarare di riconoscere come obbligatoria di pieno diritto... la giurisdizione della Corte su tutti gli affari concernenti l’interpretazione e l’applicazione della presente Convenzione» e che tali dichiarazioni «possono essere fatte incondizionatamente oppure sotto condizione di reciprocità da parte di più... o di determinate Alte Parti Contraenti, o per un periodo determinato».

commesso violazioni dei diritti garantiti dalla CEDU (ricorso interstatale) e i ricorsi proposti da individui, persone giuridiche o gruppi di privati nei confronti di uno Stato parte considerato colpevole di aver compiuto una violazione dei diritti (ricorso individuale). Tuttavia, i ricorsi individuali erano ammessi soltanto nei confronti di quegli Stati parte che avessero accettato di riconoscere all'individuo la possibilità di adire alla Commissione; al contrario, il suo mancato riconoscimento limitava questa possibilità solo agli Stati.

La Commissione, una volta adita da uno Stato o eventualmente dall'individuo, decideva sull'ammissibilità o meno del ricorso, e – riguardo ai ricorsi valutati ricevibili – accertava i fatti e inviava al Comitato dei Ministri in un rapporto il suo parere in merito alla sussistenza o meno delle violazioni della Convenzione. Il Comitato dei Ministri – organo politico in quanto composto dai rappresentanti degli Stati membri del Consiglio d'Europa – stabiliva in via definitiva, con decisione vincolante, la violazione o meno dei diritti garantiti dalla CEDU da parte dello Stato chiamato in causa, confermando in genere le valutazioni contenute nel rapporto della Commissione. Nel termine di tre mesi dalla trasmissione al Comitato dei Ministri del rapporto della Commissione, qualunque Stato contraente e la Commissione poteva ricorrere alla Corte di Strasburgo sempre se lo Stato convenuto avesse accettato di riconoscere obbligatoria la giurisdizione della Corte. Al contrario il suo mancato riconoscimento, implicava il solo controllo politico del Comitato dei Ministri, evitando il giudizio da parte di un organo giurisdizionale. Il sistema originario di controllo, dunque, era soltanto parzialmente giurisdizionale in quanto l'azione della Corte era eventuale e subordinata al preventivo riconoscimento dello Stato in causa. Nel sistema convenzionale, pertanto, non era previsto un "incondizionato" diritto di accesso alla giurisdizione perché le pretese azionabili dall'individuo erano subordinate alla

volontà degli Stati. Conseguentemente, l'individuo non era titolare di un vero e proprio diritto soggettivo, considerato che quest'ultimo esiste solo laddove è unito al diritto strumentale di agire per la protezione dello stesso. In altri termini, se è vero che il protocollo n. 9 estende la possibilità di adire alla Corte anche all'individuo, all'organizzazione non governativa o al gruppo di privati, è altrettanto vero che tale diritto resta subordinato alla volontà statale a causa del persistente carattere facoltativo delle due clausole convenzionali del ricorso individuale e della giurisdizione obbligatoria della Corte.

Solo con l'entrata in vigore del protocollo n. 11⁷³, il ricorso individuale alla Corte non è più lasciato alla discrezionalità degli Stati contraenti, ma è divenuto obbligatorio per tutti gli Stati che lo hanno firmato e ratificato. In virtù di tale protocollo anche il meccanismo di controllo ne usciva razionalizzato con l'eliminazione della Commissione e la riduzione del Comitato dei Ministri a custode dell'esecuzione delle decisioni della Corte, giungendo così la Corte a ricoprire un ruolo centrale nel giudizio dei ricorsi individuali e attuando la piena giurisdizionalizzazione del sistema convenzionale internazionale. Pertanto, l'accesso individuale alla Corte di Strasburgo non era più subordinato alla volontà dello Stato né dipendeva più dalle decisioni della Commissione, che fino a quel momento aveva svolto un ruolo di filtro tra l'individuo e la Corte stessa. Tutto ciò ha incrementato ulteriormente i ricorsi individuali⁷⁴, nonostante il rapporto di sussidiarietà o meglio di complementarietà sussistente tra i sistemi di protezione nazionali e quello

⁷³ Firmato a Strasburgo l'11 giugno 1994 ed entrato in vigore sul piano internazionale l'1 novembre.

⁷⁴ Già aumentati in virtù del protocollo n. 9 nonché in virtù dell'ingresso di nuovi Stati nel Consiglio d'Europa e, conseguentemente, della loro ratifica alla Convenzione.

sopranazionale⁷⁵ che comporta l'intervento della Corte di Strasburgo solo laddove la protezione interna statale dei diritti convenzionali fallisca.

Il sistema di protezione dei diritti previsti dalla CEDU, infatti, si articola su due livelli: è, in primo luogo, l'ordinamento interno che predispone gli strumenti effettivi necessari per poter difendere gli individui dalle violazioni dei diritti, assumendo al riguardo una funzione centrale l'art. 13 della CEDU che riconosce a qualunque persona il diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale in caso siano stati lesi i diritti garantiti⁷⁶; mentre, l'ordinamento internazionale si attiva solo successivamente qualora la protezione interna sia stata inadeguata o inesistente, assumendo così il controllo internazionale una funzione sussidiaria.

Come già ricordato, il ricorso alla Corte di Strasburgo può essere interstatale (art. 33) o individuale (art. 34)⁷⁷, ma affinché esso sia valutato nel

⁷⁵ Nel termine di *sussidiarietà* è «implicito che l'ambito di tutela dei diritti sarà valutato a seconda del miglior risultato ottenibile, o della migliore salvaguardia possibile al livello istituzionale adeguato, ovvero in grado di "tutelare" e "garantire" l'esercizio di tale libertà e, quindi, tale miglior livello potrà essere di volta in volta quello interno o quello internazionale; mentre nel termine di *complementarietà* meglio ci si riferisce ad istituzioni che si integrano vicendevolmente, in un rapporto successivo per cui il livello migliore di tutela dei diritti è *comunque* quello inferiore, l'altro intervenendo, non in *subsidium*, ma in *supplenza* dell'inattività di questo. Ciò che appunto avviene nel meccanismo convenzionale». In tal senso *Ibidem*, p. 29 nota 51.

⁷⁶ *Infra*.

⁷⁷ «I ricorsi statali possono dare luogo ad un'*actio popularis*, cioè a un'azione proposta non a tutela di un interesse proprio dello Stato proponente, ma nel mero interesse oggettivo del rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione, potendo essere attivati tanto in relazione a pretese violazioni ai danni di individui determinati, quanto con riguardo alla emanazione di leggi o a pratiche amministrative ritenute in contrasto con la disciplina convenzionale. Al contrario, per l'individuo vige il "*victim requirement*", dovendo egli sempre addurre di essere "vittima" della violazione di uno o più diritti; tale requisito vale anche per gli enti non governativi e i gruppi di individui. In vari casi, tuttavia, gli organi di Stra-

merito, è necessario che sia previamente accertata la sua ricevibilità secondo i requisiti previsti dall'art. 35 CEDU. Il primo dei requisiti previsti dall'art. 35 – tanto per i ricorsi statali che individuali – è il previo esaurimento dei ricorsi interni, cioè si può adire la Corte di Strasburgo solo dopo che tutti i ricorsi interni siano stati esperiti ed entro sei mesi dalla data della decisione definitiva. Il requisito in questione si riconduce, dunque, al principio della doppia protezione e alla sussidiarietà del controllo internazionale rispetto a quello interno. Va, inoltre, precisato che, non solo con riferimento all'art. 13 (come vedremo in seguito), ma anche all'art. 35, i ricorsi non devono necessariamente implicare la presenza di un giudice, ma è sufficiente che i ricorsi abbiano ad oggetto decisioni vincolanti. Inoltre, si deve trattare di ricorsi accessibili, efficaci ed adeguati, cioè di ricorsi che possano essere effettivamente esperiti e che siano capaci in astratto di tutelare l'individuo. Al contrario, non è necessario il previo esaurimento dei ricorsi interni qualora si tratti di ricorsi che difficilmente possano essere esperiti o che comportino il rischio di avere esito negativo o di protrarsi eccessivamente nel tempo. Infatti, ad esempio il giudizio in via incidentale di legittimità costituzionale della legge – proprio perché attivato dal giudice ordinario e non

sburgo hanno ammesso il ricorso di individui contro leggi che non fossero state direttamente applicate nei loro confronti o pratiche amministrative di cui non avessero subito direttamente gli effetti, qualora dovesse ritenersi che la mera esistenza di quelle leggi o di quelle pratiche venisse a incidere sui diritti dei ricorrenti. Ad esempio, nella decisione sulla ricevibilità nel caso *Brüggemann e Scheuten*, la Commissione ha ritenuto che due donne potevano pretendersi “vittime” di una legge tedesca che regolava l'interruzione della gravidanza, nonostante non fossero incinte, né si fossero viste negare l'accesso alla interruzione della gravidanza o fossero state perseguite per aborto illegale. La legge in quanto tale veniva infatti a determinare un'ingerenza nella loro vita privata, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, intaccando la sfera delle loro relazioni interpersonali e dei loro comportamenti sessuali». Cfr. M. Pedrazzi, *La Convenzione europea sui diritti e il suo sistema di*

direttamente dall'individuo – non deve essere esperito⁷⁸. Esclusivamente ai ricorsi individuali si riferiscono gli altri requisiti di ricevibilità contenuti nell'art. 35 al fine di rendere il loro controllo più rigido, evitando così quelli meramente pretestuosi e senza alcun fondamento. In particolare, il ricorso individuale è considerato irricevibile quando sia anonimo, sostanzialmente identico a uno già esaminato dalla Corte (in ossequio al principio *ne bis in idem*), ritenuto incompatibile con le disposizioni della CEDU, manifestamente infondato o abusivo⁷⁹.

In virtù dell'art. 41 della CEDU, nel caso in cui venga accertata la violazione della Convenzione o dei Protocolli da parte della Corte di Strasburgo, lo Stato deve porre in essere specifiche misure riparatorie. Se l'ordinamento interno non consente la *restitutio in integrum*, quest'ultimo è costretto a versare un indennizzo (equa soddisfazione) al soggetto leso – concesso su proposta della parte con la medesima sentenza che decide il merito o con un'ulteriore sentenza. Alle sentenze definitive della Corte devono conformarsi gli Stati qualora siano parte in causa (art. 46). È da rilevare che talvolta le violazioni della Convenzione derivano da problemi interni alla stessa struttura dello Stato interessato e che, in queste circostanze,

controllo, cit., pp. 281-313.

⁷⁸ Cfr. *Brozicek c. Italia* (ric. 10964/84), sentenza 19 dicembre 1989, Ser. A, n. 167, par. 34 e *Padovani c. Italia* (ric. 13396/87), sentenza 26 febbraio 1993, Ser. A, n. 257-B, par. 20. Cfr. *Ibidem*, p. 295 e nota 44.

⁷⁹ Per un approfondimento dei requisiti cfr. *Ibidem*, p. 296-298. «Numerose tra le condizioni di ricevibilità appena esaminate, e previste dall'art. 35 in relazione ai soli ricorsi individuali, devono, in realtà ritenersi applicabili anche ai ricorsi statali. Non vi è dubbio, ad esempio, che anche un ricorso statale debba essere compatibile con le disposizioni della Convenzione. L'effetto a tal proposito della formulazione dell'art. 35 non è che tali profili non rilevino per i ricorsi statali, ma piuttosto che essi vengano considerati dalla Corte allo stadio del merito, anziché a quello della ricevibilità».

quest'ultimo non si deve limitare a porre in essere misure di carattere individuale, ma anche di carattere generale. Lo Stato, in alternativa, può addirittura decidere di introdurre all'interno del proprio ordinamento un meccanismo che impedisca in origine la promozione di ricorsi alla Corte di Strasburgo, così come è avvenuto in Italia con la legge n. 89 del 24 marzo 2001, c.d. legge Pinto, in tema di riparazione per l'eccessiva durata del processo⁸⁰. Spetta al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa vigilare, invece, sull'esecuzione delle sentenze della Corte e, quindi, non solo sul versamento all'individuo dell'equa riparazione ma anche sull'adozione di misure di carattere individuale e generale. Le ripetute violazioni di determinate disposizioni convenzionali messe in evidenza all'interno di risoluzioni adottate dal Comitato e la, conseguente, possibilità di espulsione dello Stato negligente dal Consiglio d'Europa in virtù dell'art. 8 dello Statuto spingono lo Stato ad adottare le misure opportune, così come avvenuto in Italia relativamente al problema dell'eccessiva durata dei processi. È, dunque, la pressione politica esercitata nei confronti dello Stato a rendere il controllo efficace.

Come risposta al sovraccarico di lavoro della Corte è stato previsto, ma non ancora entrato in vigore, il protocollo di emendamento n. 14,⁸¹ che in-

⁸⁰ Sul tema v. A. G. Lana, *I tempi del processo e l'equa riparazione a quattro anni dall'entrata in vigore della c.d. legge Pinto*, in *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 496-531; B. Randazzo, *Equa riparazione e ragionevole durata del processo: giurisprudenza italiana ed europea a confronto*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», n. 1, 2003, pp.175-209; B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa* (a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura), Torino, 2003, pp. 217-289.

⁸¹ Sul protocollo n. 14, v. E. S., *Il protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2004, n. 3, p. 714 ss.; R. P. Mazzeschi, *Il*

troduce una serie di novità – in parte anticipate con l’entrata in vigore del protocollo 14 bis (in virtù delle tre ratifiche richieste).⁸² La novità di maggior rilievo anche ai fini del presente studio è l’introduzione di un nuovo requisito di ricevibilità: un ricorso individuale non è ricevibile qualora il ricorrente non abbia subito un *pregiudizio significativo*. Due eccezioni o due clausole di salvaguardia sono, però, previste a questa nuova condizione di ricevibilità, cioè – anche qualora non sussiste un pregiudizio significativo da parte del ricorrente – il ricorso è ricevibile nel caso in cui sia necessario assicurare il rispetto dei diritti umani previsti dalla Convenzione e dai suoi protocolli oppure nel caso in cui un tribunale interno non abbia esaminato in modo adeguato la fondatezza del reclamo. In altri termini, affinché il ricorso non sia ricevibile è necessario che le tre condizioni non sussistono cumulativamente, cioè che non ci sia un danno importante, che – nonostante l’irricevibilità del ricorso – ci sia il rispetto dei diritti umani previsti dalla Convenzione e dai successivi protocolli, che vi sia stato un ricorso giurisdizionale interno adeguato.

Due precisazioni al riguardo sono opportune. Innanzitutto, non esistono dei criteri predeterminati utili a ricostruire l’esistenza di un pregiudizio si-

coordinamento tra la nuova condizione di ricevibilità prevista dal Protocollo n. 14 alla Convenzione europea e la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2005, n. 3, p. 601 ss.; M. L. Padelletti, *Una nuova condizione di ricevibilità del ricorso individuale: il danno significativo subito dalla vittima*, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2006, n. 1, p. 47 ss.

⁸² «Più precisamente: il giudice unico, che può in via definitiva dichiarare inammissibili e archiviare i ricorsi individuali chiaramente irricevibili; e il Comitato di tre giudici, che può in via definitiva dichiarare inammissibili o archiviare i ricorsi, o anche deciderli nel merito, se essi presentano un caso oggetto di una giurisprudenza consolidata dalla Corte. Le nuove regole semplificate valgono, per il momento, solo nei riguardi dei ricorsi riguardanti gli Stati che hanno ratificato il Protocollo 14 bis». Sul punto v. www.unipd-

gnificativo poiché probabilmente l'intenzione era di lasciare tale compito alla Corte europea. In secondo luogo, è stato rilevato che «la struttura della norma sembra indicare che l'esame tendente ad accertare la rilevanza del danno sofferto dal singolo debba essere successivo rispetto a quello relativo alla sussistenza di un ricorso adeguato». Conseguentemente, se si ritiene corretta questa impostazione, «il campo di applicazione della nuova condizione di ricevibilità ne emerge notevolmente ridimensionato e finisce per dipendere, in ultima analisi, dal modo in cui verrà interpretato il requisito relativo all'adeguatezza dei mezzi interni». ⁸³ Il protocollo n. 14 sembrerebbe, pertanto, valorizzare il principio di sussidiarietà e la necessità che una prima ed immediata tutela dei diritti previsti dalla Convenzione avvenga all'interno degli Stati.

6. Il diritto di accesso al giudice nella CEDU

Il diritto di accesso al giudice nella CEDU trova consacrazione in due distinte disposizioni: nell'art. 13 con riguardo ai diritti e alle libertà riconosciuti dalla citata Convenzione e nell'art. 6 con riguardo ai diritti e doveri di carattere civile e ad ogni accusa penale. Analizziamole separatamente.

6.1. Art. 13 della CEDU: diritto ad un ricorso effettivo.

Art 13: Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha un diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

centrodirittumani.it.

⁸³ Cfr. M.L. Padelletti, *Una nuova condizione di ricevibilità del ricorso individuale: il danno significativo subito dalla vittima*, cit., p. 62.

Il diritto ad un ricorso effettivo (art. 13) si colloca all'interno del titolo I della CEDU (artt. 2-18), dedicato ai diritti e alle libertà in essa garantiti, mentre nel II titolo della CEDU⁸⁴ troviamo le garanzie processuali dei diritti. Collocazione che sembra, dunque, risaltare la stretta interdipendenza tra diritti e garanzie processuali in quanto i primi esistono solo laddove siano previste le seconde. Infatti, un diritto formalmente proclamato, anche se qualificato come fondamentale, rischia di diventare un mero *flatus vocis* se non dispone di un'adeguata tutela. Pertanto, le forme di tutela previste dalla CEDU – ovvero il ricorso effettivo a livello nazionale e quello diretto a livello europeo – giocano un ruolo importante nella concreta realizzazione dei diritti riconosciuti.

Bisogna notare che tanto il recepimento o meno della CEDU all'interno dei singoli ordinamenti statali quanto la posizione della stessa nel sistema delle fonti giuridiche nazionali incidono sulla portata, sull'efficacia e sui limiti della forma interna di controllo. Se, da un lato, tutti gli Stati hanno proceduto ad incorporare la Convenzione all'interno dei rispettivi ordinamenti, dall'altro, ciò è avvenuto con modalità e tecniche differenti, finendo così per attribuire alla stessa una diversa collocazione nel sistema delle fonti nazionali. Con specifico riferimento alla genericità della formulazione dell'art. 13, lo Stato contraente è tenuto a dare attuazione ad esso tramite forme di ricorso che siano necessariamente *effettive* ma ha ampia discrezio-

⁸⁴ Sul tema v. A. Pertici e R. Romboli, *Art. 13*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova, 2001, 377-406; M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, cit., p. 77; R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 291-298; F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., pp. 77-101 e pp. 121-131.

nalità nella loro selezione (vedremo di seguito che cosa si intende per ricorso *effettivo*).

In virtù dell'art. 1 della CEDU, gli Stati contraenti riconoscono a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della Convenzione e, conseguentemente, gli Stati contraenti riconoscono a tutte le persone – fisiche e giuridiche – il diritto in questione. Ciò trova, ulteriore, conferma nell'art. 34 della CEDU, il quale riconosce ad «ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o ogni gruppo di privati» la possibilità di ricorrere alla Corte.

In particolare, per quanto riguarda il sistema di tutela delineato dalla CEDU in confronto agli stranieri migranti, esso prevede delle “garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri” (art. 1, Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984), il “divieto di espulsioni collettive” (art. 4, Protocollo n. 4 del 16 settembre 1963), ma non prevede «alcuna norma-principio specifica in ordine ai casi (ed ai limiti) in cui la legge nazionale possa disciplinare la materia dell'ingresso, soggiorno e allontanamento»,⁸⁵ lasciando così (discrezionale) competenza al legislatore. Si aggiunga che, «alla luce dell'art. 5, co. 1, lett. f), CEDU, misure restrittive della libertà personale – quali l'arresto, la detenzione e l'accompagnamento coattivo – possano essere irrogate in confronto allo straniero per il sol fatto che sia in corso una procedura d'espulsione, in modo tendenzialmente discrezionale e con un apparato protettivo che si raffigura in termini assai rarefatti».⁸⁶ Se ne deduce che l'assetto delineato dalla CEDU rispetto allo straniero si presenta meno pro-

⁸⁵ Cfr. P. Stancati, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 41.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 42.

tettivo rispetto a quello offerto dall'art. 13 Cost. perché la copertura offerta dalla CEDU in riferimento all'assetto protettivo da riconoscere allo straniero nelle ipotesi suddette, «si mostrano (o potrebbero, comunque, mostrarsi ancor più esigue e circoscritte di quelle previste dalla Costituzione». Tuttavia, la Corte EDU individua delle garanzie minimali che possano presumersi invocabili attraverso un'interpretazione "interna" allo stesso art. 5 CEDU concernente la libertà personale (che comporta il divieto di comportamenti arbitrari da parte della pubblica autorità in relazione alla materia dell'ingresso, soggiorno e allontanamento) oppure tramite il ricorso ad altri dispositivi presenti nella CEDU, come ad es. il ricorso all'art. 3 (in base al quale "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti"), all'art. 8 (che sancisce il "diritto al rispetto della vita privata e familiare"), all'art. 13 (che garantisce il "diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale"). In questi casi, «si tratta delle c.d. tutele *par ricochet*, ovvero di quelle forme indirette di garanzia che possono dirsi applicabili in virtù della portata assai estesa delle norme-principio su cui si fondano; le quali posseggono una intrinseca attitudine a coprire una vasta area di situazioni ed a determinare, per il tramite degli apporti interpretativi della Corte EDU, alcuni significativi effetti circa la conformazione ed i limiti del potere autoritativo statale». ⁸⁷ Al contrario, la Corte EDU esclude pressoché stabilmente che l'art. 6, concernente il "diritto al giusto processo", possa essere invocato alle decisioni relative all'ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero perché – tra le altre cose – quest'ultime non appartengono agli ambiti cui si riferisce la disposizione, «essendo il diritto al giusto processo e le garanzie connesse invocabili solo

⁸⁷ *Ibidem*, p. 49.

nel caso in cui il giudice sia chiamato a pronunciarsi su controversie di carattere civile (in specie di natura risarcitoria) o che ineriscano ad un vero e proprio processo penale; cosa che sarebbe esclusa nelle ipotesi in parola, dal momento che i provvedimenti inerenti alla polizia degli stranieri attengono ad un diverso ambito (amministrativo)».⁸⁸

Oggetto del ricorso effettivo di cui all'art. 13 della CEDU sono i diritti contenuti nella Convenzione e nei relativi protocolli. Ciò mette in discussione la stessa autonomia dell'art. 13, ovvero la subordinazione o meno della violazione di quest'ultimo al preventivo accertamento da parte delle autorità nazionali della lesione di un altro diritto contenuto nella Convenzione o nei protocolli addizionali. Per lungo tempo, gli organi di Strasburgo avevano negato il carattere autonomo dell'art. 13, finendo per svuotarlo di significato in quanto l'accertamento di un diritto non può realizzarsi se manca la possibilità di effettuare un ricorso effettivo per farlo valere. Soltanto nel 1978 questa interpretazione è stata sostituita da un'altra più flessibile⁸⁹ nella

⁸⁸ *Ibidem*, p. 46.

⁸⁹ Sentenza *Klass* del 6 settembre 1978. In particolare, «alla base del ricorso c'è la legislazione tedesca del 13 agosto 1968 secondo cui corrispondenza e telecomunicazioni possono essere sottoposti a controllo in caso di grave e accertato pericolo per la sicurezza dello Stato, su richiesta di determinate autorità, con obbligo, tranne in casi eccezionali, di informare solo *a posteriori* la persona interessata. I ricorrenti ritenevano che, oltre agli articoli 6 e 8, anche l'art. 13 fosse violato, in quanto, non essendo contro tali misure possibile ricorrere al giudice ordinario, sarebbe venuta meno la garanzia di effettività del ricorso davanti ad un'istanza nazionale.

La Corte fornisce in primo luogo alcuni criteri di interpretazione: anche se il testo dell'art. 13, preso letteralmente, sembra indicare che il diritto al ricorso effettivo sia concesso solo nel caso in cui la Convenzione sia stata violata, appare più logico interpretare la norma nel senso che il ricorso viene comunque assicurato a chiunque ritiene di aver subito la violazione di libertà e diritti da essa garantiti. Non si può subordinare il meccanismo dell'art. 13 alla condizione che sia già stata accertata una qualche violazione della Con-

misura in cui si rende possibile denunciare la violazione dell'art. 13 della CEDU non solo laddove sia accertata la lesione di uno dei diritti contenuti nella Convenzione, ma anche quando sia sostenuta dal ricorrente.

Tutti rientrano tra i responsabili della violazione, anche coloro che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali, escludendo così ogni forma di immunità prevista nei confronti di quest'ultimi.⁹⁰ Per quanto riguarda la

venzione. Il diritto all'effettività di un ricorso dinanzi ad un'istanza nazionale viene soddisfatto quando un organo composto da membri imparziali che godono delle garanzie di indipendenza proprie dei componenti l'ordine giudiziario, controlla in fatto ed in diritto la norma o il provvedimento impugnati. La Corte sottolinea come, purché le esigenze di imparzialità e d'indipendenza non vengano mai meno, non occorre che si tratti di un'istituzione giudiziaria *stricto sensu*.

La legge tedesca di cui si sta discutendo non viola l'art. 13, poiché essa assicura all'individuo, a decorrere dal giorno in cui viene avvisato del provvedimento preso nei suoi confronti, di promuovere un'azione di accertamento davanti ad un tribunale amministrativo, la cui imparzialità ed indipendenza sono indiscutibili. Inoltre egli può ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per ottenere il risarcimento del danno e la distruzione dei documenti intercettati, oltre a poter esperire un'azione davanti alla Corte Costituzionale Federale per l'accertamento della violazione della Costituzione. Questi ricorsi, che la legge tedesca consente, ben valgono a qualificare come effettivo, nel senso voluto dall'art. 13, il meccanismo di tutela giurisdizionale che detta legge prevede». Così cfr. R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 292.

⁹⁰ In particolare, sul tema delle immunità v. le due decisioni del 30 gennaio 2003 della Corte europea dei diritti dell'uomo (Affaire Cordova c. Italie n. 1 e Affaire Cordova c. Italie n. 2). «La Corte osserva che le immunità parlamentari costituiscono una pratica di lunga data degli Stati nazionali, a salvaguardia sia della protezione del libero dibattito parlamentare sia della garanzia della separazione dei poteri legislativo e giudiziario, e pertanto, la tutela prevista dall'art. 68, comma 1, Cost. it. persegue *in se* scopi legittimi. Posta la legittimità della garanzia nazionale dell'immunità, tuttavia, occorre verificare la *proporzionalità* dell'ingerenza di una tale tutela sulla protezione dei diritti fondamentali così come previsti dalla CEDU. Infatti, la Corte ricorda che benché *in linea di principio* il riconoscimento di una immunità parlamentare non sia *di per se* una restrizione sproporzionata al diritto d'accesso ad un tribunale siccome consacrato dall'art. 6.1 CEDU, compito della Corte

stessa è quello di verificare la compatibilità con la Convenzione degli *effetti* di una interpretazione di tale immunità che possa aver prodotto nel caso in questione una lesione del diritto del ricorrente, senza assolutamente sostituirsi alle giurisdizioni interne (in virtù del principio di sussidiarietà che regola l'attività della Corte europea). A giudizio della Corte, quando uno Stato riconosce un'immunità ai membri del proprio Parlamento esiste pur sempre la possibilità di un'ingerenza sulla protezione dei diritti fondamentali e, quindi, sarebbe contrario allo scopo e all'oggetto della Convenzione che gli Stati membri fossero del tutto esonerati da ogni responsabilità rispetto alla Convenzione stessa nell'ambito considerato. Infatti – ricorda la Corte – la Convenzione non si propone di proteggere diritti teorici ed illusori bensì concreti ed effettivi: il che vale in particolare per il diritto di accesso ai tribunali, data la posizione primaria che il diritto ad un processo equo occupa in una società democratica. Sarebbe insomma incompatibile con il principio fondamentale sancito dall'art. 6.1 CEDU che uno Stato potesse, senza controllo degli organi della Convenzione, sottrarre alla competenza dei tribunali nazionali tutta una serie di azioni civili o esonerare da ogni responsabilità alcune categorie di persone. La Corte, a tal riguardo, ricorda di aver già ritenuto compatibile con la Convenzione una immunità che coprisse le dichiarazioni fatte nei dibattiti parlamentari che si svolgono nell'ambito delle camere legislative e che tendesse (evidentemente) alla protezione degli interessi del Parlamento nel suo insieme, in opposizione a quelli dei suoi membri presi individualmente (v. A. c. Royaume-Uni del 17 dicembre 2002). Nei casi di specie, tuttavia, le dichiarazioni contestate di Sgarbi, pronunciate nel corso di una riunione elettorale e quindi al di fuori di una camera legislativa, non appaiono legate all'esercizio delle funzioni parlamentari in senso stretto, rientrando piuttosto - ad avviso della Corte europea - nell'ambito di una contesa di tipo personale. In un caso del genere non si potrebbe giustificare un diniego di accesso alla giustizia per il sol fatto che la contesa potrebbe essere di natura politica o legata ad un'attività politica. D'altra parte, nel caso Cossiga, la Corte ritiene parimenti che le lettere dal contenuto ironico e i giocattoli indirizzati personalmente ad un magistrato non possono «*par leur nature même*», compararsi ad un atto rientrante nell'ambito delle funzioni parlamentari in senso stretto, dovendosi tutto ciò ancora iscriversi nell'ambito di una contesa di tipo personale. A giudizio della Corte, l'assenza di un nesso evidente con un'attività parlamentare richiama un'interpretazione rigida («*interprétation étroite*») della nozione di proporzionalità tra lo scopo perseguito e i mezzi impiegati. Il che avviene particolarmente quando le restrizioni al diritto di accesso discendono da una deliberazione di un organo politico. Concludere diversamente equivarrebbe a restringere in modo incompatibile con l'art. 6.1 CEDU il diritto di accesso ad un tribunale degli individui ogni volta che gli atti contestati siano stati emessi da un membro del parlamento. La Corte ritiene che nei casi di specie le decisioni dei due giudici nazionali non abbiano rispettato il giusto equilibrio che deve esistere in

tipologia di atti avverso cui si può ricorrere per presunta violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione, l'art. 13 della CEDU non specifica questo aspetto, ma potranno essere atti compiuti sia dai privati che dai pubblici poteri, distinguendo la natura legislativa, esecutiva e giudiziaria di quest'ultimi.

Nel caso in cui l'atto anticonvenzionale è di natura legislativa, si pongono due questioni: la prima riguarda la possibilità di ricorrere alla Corte di Strasburgo contro una legge o un atto avente forza di legge; la seconda questione è strettamente legata alla prima in quanto, laddove venga riconosciuta valida la prima questione, si pone il dubbio se scatta per lo Stato l'obbligo di prevedere un organo di giustizia costituzionale interno competente a sanzionare l'atto legislativo anticonvenzionale in virtù della necessità di garantire quel ricorso interno effettivo previsto dall'art. 13. Sul primo aspetto, la giurisprudenza della Corte si è mostrata favorevole a giudicare un atto legislativo quando da esso derivi una diretta violazione dei diritti del ricorren-

materia tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo. E la Corte dà egualmente importanza al fatto che dopo le delibere degli organi parlamentari il ricorrente non disponesse di altri mezzi ragionevoli per proteggere efficacemente i suoi diritti garantiti dalla Convenzione. In effetti, il rifiuto degli organi giurisdizionali interni di sollevare un conflitto tra poteri dello Stato ha impedito alla Corte costituzionale italiana di pronunciarsi sulla compatibilità tra la delibera d'insindacabilità e le attribuzioni del potere giudiziario. Alla luce della conclusione cui è giunta quanto all'articolo 6.1, la Corte ha ritenuto di non dover esaminare separatamente le doglianze del ricorrente nè sotto il profilo dell'art. 13 (ricordando, in particolare, che quando si pone una questione d'accesso ad un tribunale le garanzie dell'articolo 13 sono assorbite da quelle dell'articolo 6) nè sotto il profilo dell'art. 14. In applicazione dell'art. 41 (equa soddisfazione) CEDU, infine, la Corte ha concesso al ricorrente 8.000 Euro in ognuno di questi casi a titolo di danno morale, oltre a 8.745 Euro per il primo ricorso e 5.000 Euro per il secondo ricorso, per le spese legali». Cfr. G. D'Alessandro, *Insindacabilità parlamentare e diritto di accesso al giudice: il «caso» Cordova dinanzi alla*

te⁹¹. In altri termini, la Corte di Strasburgo si limita a sindacare l'atto legislativo in relazione ad un caso concreto e non astrattamente, sebbene gli effetti della sua decisione superano il caso concreto, obbligando lo Stato soccombente ad adempiere a quanto sentenziato dalla Corte in virtù dell'art. 46 CEDU e producendo talvolta delle conseguenze simili a quelle derivanti dal controllo astratto delle leggi⁹². A tal proposito, si parla di vizio non di costituzionalità ma di inconvenzionalità della legge contraria alla CEDU ponendosi un problema di raccordo tra la giurisprudenza dei giudici nazionali e delle Corti costituzionali con quella della Corte di Strasburgo, risolto essenzialmente sul piano ermeneutico nel favorire l'interpretazione della legge maggiormente conforme ai principi della CEDU (così anche la nostra Corte costituzionale sent. n. 10/1993 e sent. n. 388/1999). Sul secondo aspetto, la Corte, invece, non trae dall'interpretazione dell'art. 13 l'obbligo degli Stati aderenti di prevedere un organo costituzionale interno competente a denunciare l'atto legislativo anticonvenzionale⁹³ in quanto ciò comporterebbe delle scelte di natura statale, ovvero non solo l'incorporazione della CEDU all'ordinamento interno ma anche il conferimento ad essa di un rango se non costituzionale per lo meno sovralegislativo.

Nel caso di inconvenzionalità degli atti del potere esecutivo, c'è da specificare che l'art. 13 trova applicazione anche nei confronti di quei atti che

Corte di Strasburgo, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁹¹ Ad es. le sentenze dicembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pederson contro Danimarca*; 6 settembre 1978, *Klass e altri contro Repubblica Federale Tedesca* (in dettaglio v. nota precedente); 16 dicembre 1992, *Gouffre de la Pradelle contro Francia*.

⁹² Ad es. a seguito della sent. 13 maggio 1979, *Marckx contro Belgio*, la legislazione belga, che prevedeva una serie di restrizioni a carico dei figli naturali anche se riconosciuti, è stata modificata nel senso di istituire la parità successoria tra figli legittimi e naturali.

⁹³ Ad es. la sent. 21 febbraio 1986, *James et a. c. Royaume-Uni*.

all'interno dell'ordinamento interno sono sottratti al ricorso contenzioso, mentre, nel caso degli atti del potere giudiziario, se non c'è dubbio che essi possano costituire oggetto di ricorso, bisogna sottolineare che dall'art. 13 non si evince nessuna garanzia di un secondo grado di giurisdizione (cioè l'obbligo per gli Stati membri di istituire Corti d'appello o di Cassazione tranne in campo penale dove il diritto ad un doppio grado di giurisdizione è garantito dall'art. 2, c. 1, del protocollo n. 7) né tanto meno un diritto alla riapertura o alla revisione di un processo.

Bisogna, infine, chiedersi in che misura e a quali condizioni un *ricorso* può considerarsi veramente *effettivo*? In primo luogo, è necessario precisare che il termine *ricorso* non si identifica con il concetto di appello – inteso come ricorso contro una decisione giudiziaria – ma ha una portata più generale riferendosi ad una procedura che consente ad un soggetto leso in un proprio diritto riconosciuto dalla Convenzione di poter adire ad un'autorità predisposta dall'ordinamento per accertarne la violazione ed ottenere una riparazione. In secondo luogo, un ricorso *effettivo*, inteso come ricorso *efficace*, implica l'esigenza di un rimedio idoneo a tutelare la violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione tramite provvedimenti opportuni tesi a risarcire il soggetto leso (disporre ad esempio: la cessazione materiale del comportamento lesivo; l'annullamento, il ritiro o la modifica dell'atto lesivo; il risarcimento di carattere civile; la sanzione penale o disciplinare). Talvolta, l'effettività del ricorso richiede – per evitare che la protezione del diritto avvenga in un arco temporale che pregiudichi irrimediabilmente il diritto stesso – che l'autorità all'uopo investita dall'ordinamento sia anche dotata di strumenti capaci di offrire una tutela immediata al soggetto leso (ad es. la facoltà di sospendere l'efficacia dell'atto o del comportamento che si ritiene lesivo di un diritto). È da precisare, tuttavia, che l'art. 13 si limita a

garantire la possibilità di un ricorso e non il raggiungimento di un risultato favorevole al ricorso.

Ai fini di un ricorso *effettivo* rileva anche il tipo di autorità competente a giudicare sulla sussistenza della violazione. Sul punto, secondo l'art. 13 della CEDU il giudizio non deve necessariamente essere emesso da un giudice, ma da un'autorità (anche amministrativa) che goda di garanzie di indipendenza ed imparzialità⁹⁴ nonché da un'autorità che sia competente ad a-

⁹⁴ Sentenza *Silver* del 15 maggio 1983 e sentenza *Leander v. Sweden* del 26 marzo 1987. In particolare, «nel caso *Silver e a altri contro Regno Unito*, i ricorrenti, cittadini inglesi, si erano visti censurare la loro corrispondenza indirizzata dal carcere dove erano detenuti ad amici, parenti, avvocati e giornalisti: tale decisione era stata presa in applicazione del regolamento penitenziario del 1952, ma soprattutto sulla base di una serie di istruzioni e direttive indirizzate in materia dal Ministro degli Interni ai direttori dei penitenziari. Davanti alla Commissione il Silver lamenta la violazione dell'art. 6, poiché la censura gli aveva impedito di prendere contatti con un avvocato; quella dell'art. 8 (libertà di corrispondenza) e dell'art. 13, poiché contro le decisioni di intercettazione non era stato loro assicurato nessun ricorso effettivo davanti ad un'autorità nazionale.

A proposito dell'art. 13 la Corte, richiamandosi alle osservazioni fatte in questa sentenza a proposito dell'art. 8 (libertà di corrispondenza), sottolinea che il primato della legge che permea lo spirito di tutte le norme della Convenzione richiede che i sistemi di controllo della corrispondenza dei detenuti siano a loro volta controllati, in modo tale da evitare abusi da parte del potere esecutivo, che in materia gode di un ampio margine di discrezionalità: bisogna in particolare assicurare che contro tutti i provvedimenti restrittivi di tale libertà siano previsti dei ricorsi effettivi davanti ad un'autorità nazionale. Ciò non significa che l'art. 13 imponga agli Stati contraenti di assicurare un ricorso effettivo adottando particolari procedure: ciò che conta è infatti sempre il risultato, cioè se in concreto l'insieme dei mezzi che lo Stato pone in essere per adempiere all'obbligazione internazionale assunta con la ratifica della Convenzione assicuri efficacemente la tutela del diritto leso ai sensi dell'art. 13, il quale parla di «ricorso davanti ad un'autorità nazionale». Tale autorità, competente a giudicare sui ricorsi di persone che si ritengono vittime di una violazione di norme della Convenzione, non è necessario sia un'istituzione giudiziaria nel senso comune del termine, ma è sufficiente che sia dotata di quei poteri e di quelle garanzie di indipendenza propri degli organi giudiziari, poiché è questo che consente di qualificare un ricorso come «effettivo». Si deve comunque tener conto del risultato complessivo: l'art. 13 va ri-

dottare all'interno del ricorso una decisione vincolante (salvo quando si è trattato di questioni relative a misure di sorveglianza segreta), altrimenti quest'ultima non sarebbe uno strumento idoneo a riparare la violazione dei diritti⁹⁵. La regola generale prevista dall'art. 13 è questa, ma ci sono anche delle "eccezioni". Ad esempio il ricorso deve avere natura giurisdizionale quando si tutela il diritto di libertà e di sicurezza della persona (art. 5 CEDU) oppure il diritto ad un equo processo in relazione ai diritti ed obblighi di carattere civile ed accuse in materie penali (art. 6 CEDU); altro esempio è che la possibilità di ricorso dello straniero contro il provvedimento di espul-

ferito all'insieme dell'ordinamento dello Stato, per cui è possibile che le garanzie di un ricorso effettivo possano essere soddisfatte non attraverso un ricorso solo, ma attraverso una serie di ricorsi previsti per la stessa violazione. L'autorità cui si rivolge il cittadino, comunque, affinché l'effettività ai sensi dell'art. 13 sia assicurata, deve avere il potere di decidere sul ricorso e di stabilire una riparazione se le circostanze lo richiedono.

Passando al caso in esame, la Corte constata che i detenuti possono lamentarsi della censura della loro corrispondenza davanti al Comitato dei Visitatori delle prigioni o davanti al mediatore parlamentare per le questioni amministrative: questi due organi, al contrario di quanto sostenuto dal Governo inglese, non sono in grado di assicurare ai detenuti un ricorso effettivo, in quanto i primi hanno solo funzioni consultive e non possono imporre alle Autorità i loro giudizi, mentre i secondi non possono rendere decisioni obbligatorie. Mancano entrambi, cioè, del potere decisionale delle autorità giudiziarie.

[...] Contro l'intercettazione adottata sulla base delle istruzioni e delle direttive ministeriali, che vietano la corrispondenza dei detenuti, violando l'art. 8 [secondo cui eventuali ingerenze nel diritto di corrispondenza devono essere previste dalla legge], viene ammesso ricorso al Ministro dell'Interno, che è però proprio l'organo che ha emanato tali direttive ed istruzioni: egli diviene al contempo giudice e parte, con l'inevitabile scomparsa del requisito dell'imparzialità. In questi casi il ricorso non è effettivo e l'art. 13, corrispondentemente all'art. 8, è stato violato». Così cfr. R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 293-294.

⁹⁵ Sentenza *Klass* del 6 settembre 1978 (in dettaglio v. nota successiva) e ancora Sentenza *Silver* del 15 maggio 1983 (in dettaglio v. nota precedente).

sione nei suoi confronti deve essere caratterizzato da una serie di garanzie procedurali (art. 1 del Protocollo n. 7).

6.2. Art. 6 della CEDU: diritto ad un processo equo.

Art. 6:

1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigano gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. Ogni accusato ha più specialmente diritto a:

- a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico;
- b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa;
- c) difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia;
- d) interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a carico;
- e) farsi assistere gratuitamente da un'interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza.

L'art. 6 della CEDU⁹⁶, intitolato «diritto a un processo equo», individua uno *standard* minimo di garanzie della persona in relazione al diritto alla giurisdizione, il quale ha, tuttavia, una priorità rispetto a una serie di “diritti nel processo”. Un diritto importante ai fini dello svolgimento dell'equo processo è, infatti, costituito dal diritto di accesso alla giurisdizione in quanto «non avrebbe significato disciplinare i caratteri fondamentali di un processo equo se, a monte, non venisse riconosciuto il diritto di ogni interessato a ottenere, mediante la celebrazione del processo, una pronuncia giurisdizionale sulla determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile ovvero sulla fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta»⁹⁷. L'obiettivo delle garanzie previste dall'art. 6 della CEDU è quello di realizzare una «buona amministrazione della giustizia»⁹⁸. Non vi è alcuna restrizione riguardo ai destinatari del diritto alla giurisdizione dal momento che quest'ultimo si rivolge sia alle persone fisiche (cittadini, stranieri, apolidi) sia a quelle giuridiche in qualità tanto di interessato alla risoluzione di una controversia civile quanto di persona colpita da un'accusa in materia penale⁹⁹. I presupposti affinché scatti la tutela di cui all'art. 6 par. 1 della CEDU,

⁹⁶ Sul tema v. M. Chiavario, *Art. 6, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 153-248; F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 101-113; R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, pp. 80-209; C. Russo-P. M. Quaini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., pp. 135-154; M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, cit., pp. 97-110.

⁹⁷ Cfr. O. Mazza, *Diritto a un equo processo*, cit., p. 471.

⁹⁸ Cfr. ad es. la sent. 27 settembre 1990, *Windisch c. Austria*, par. 30.

⁹⁹ Questo schema simmetrico «non si trova in quanto tale nella Costituzione italiana, dove un diritto siffatto è bensì conferito, dall'art. 24, 1° comma e dall'art. 113, 1° comma, ad

dunque, sono le controversie aventi carattere civile e le accuse di natura penale.

Il carattere “penale” delle accuse è stato interpretato dalla Corte di Strasburgo non tenendo conto della terminologia utilizzata dai singoli ordinamenti per qualificare “penale” degli illeciti e facendo riferimento, alternativamente e cumulativamente, all’intrinseca natura dell’illecito e al grado di severità della sanzione medesima¹⁰⁰. Pertanto, qualora l’ordinamento interno non reperi penale un illecito riconducendolo solo alla sfera amministrativa o disciplinare, ciò non significa necessariamente che questa valutazione è valida a livello europeo per escludere la tutela accordata dall’articolo in

ogni titolare di diritti e interessi legittimi di natura sostanziale, ma, nella sua specifica prospettiva “penalistica”, sembra privo di riferimenti testuali, dovendosi piuttosto ricondurre al principio “*nulla poena sine praevio iudicio poenal*”, a sua volta desumibile non da una specifica ed espressa disposizione normativa, ma dall’intero sistema delle regole fondamentali per l’esercizio della giurisdizione, e in particolare dal combinarsi tra il principio di obbligatorietà dell’azione penale sancito dall’art. 112 Cost. e la qualifica di inviolabilità attribuita al diritto di difesa dell’art. 24, 2° comma Cost. Nella stessa riforma dell’art. 111 Cost., operata dalla l. cost. 23 novembre 1999 n. 2, il “giusto processo”, pur messo esplicitamente in onore nel testo della Carta fondamentale della Repubblica, appare inquadrato nella prospettiva della tutela di un valore oggettivo più che in quella di un diritto soggettivo: questo, d’altronde, secondo una tradizionale tendenza della nostra Costituzione». Cfr. M. Chiavario, *Art. 6*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 157.

¹⁰⁰ «In base a quest’ultimo criterio la Corte è anzitutto pervenuta ad infrangere il tabù dell’impermeabilità alla giurisdizione, tradizionalmente accettato, in molti ordinamenti, per gli illeciti disciplinari in ambito militare: sul punto cfr. la sent. 8 giugno 1976, *Engel e altri contro Paesi Bassi*, par. 83 ss. (su questa sentenza v. R. Facchin (a cura di), *L’interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., pp. 89-91), che – pur non negando, in via di principio, la necessità di distinguere il “penale” dal “disciplinare”- diede risalto alla consistenza e alla durata della restrizione di libertà personale, costitutiva del contenuto di una sanzione conseguente a un illecito del genere». Cfr. M. Chiavario, *Art. 6*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 159.

questione. L'esistenza di un'accusa, invece, non richiede necessariamente un atto mediante il quale il titolare dell'azione penale incrimini un soggetto davanti al giudice, ma è sufficiente l'adozione di misure che incidono notevolmente sulla situazione della persona che ne è oggetto, favorendo così una concezione materiale e non formale dell'accusa¹⁰¹. Tuttavia, solo chi sia oggetto diretto dell'accusa può contestare il fondamento di un'accusa mossa nei suoi confronti, escludendo i terzi che ne siano coinvolti per conseguenze indirette¹⁰².

¹⁰¹ Così ad es. Corte eur., 15 luglio 1982, *Eckle contro Repubblica Federale Tedesca*, par. 73 (in rapporto a un provvedimento di sequestro). In particolare, sul contenuto di questa sentenza v. *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (a cura di R. Facchin), cit., pp. 110-112. Ancora, invece sul termine accusa v. Corte eur., 19 febbraio 1991, *Frau contro Italia*, par. 14 (a proposito di una richiesta di autorizzazione a procedere), nonché Id., 18 luglio 1994, *Venditelli contro Italia*, par. 21 (relativamente a un'operazione di apposizione di sigilli).

¹⁰² Cfr. Corte eur., 24 ottobre 1986, *AGOSI contro Regno Unito*, parr. 65-66. In particolare, «la ricorrente, S.p.A. tedesca, dopo aver concluso un contratto con due privati, a cui aveva venduto 1.500 monete d'oro africane, non aveva potuto incassare l'assegno datole in pagamento, restando proprietaria dei beni, in quanto era stato pattuito che il passaggio di proprietà avvenisse al momento del pagamento.

Le monete erano però state confiscate dalle Autorità doganali inglesi, che avevano arrestato i due acquirenti mentre tentavano di importarle clandestinamente in patria: la AGOSI aveva chiesto la restituzione dei beni confiscati, ma senza esito. Davanti alla Commissione essa lamenta la violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo, e dell'art. 6. La Corte conclude per l'inapplicabilità di questo articolo: se è infatti vero che la Società ha sofferto le conseguenze di misure di tipo penale adottate contro terzi (i due acquirenti), essa non è stata oggetto di un'accusa in materia penale, così come richiesto dal par. 1 del citato articolo per beneficiare della garanzia di un equo processo. Non avendo, inoltre, dedotto la violazione dell'art. 6 in relazione ad un diritto di carattere civile (la proprietà dei beni), la Corte ritiene di non poter procedere d'ufficio». Così v. R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p.166. Sul tema anche la sentenza 5 maggio 1995, *Air Canada contro Regno Unito*, parr. 53-54.

Al fine di ottenere dalla giurisdizione una pronuncia sui diritti o doveri di carattere civile è necessario che quest'ultimi siano giuridicamente riconosciuti nell'ordinamento statale¹⁰³. Anche per quanto riguarda la natura "civile" dei diritti e dei doveri in contestazione, così come abbiamo visto per il carattere penale dell'accusa, la Corte di Strasburgo ha dato scarsa importanza ai dati terminologici o più genericamente formali utilizzati dagli ordinamenti statali, sviluppando un'ampia casistica e rendendo difficile individuare i criteri elaborati al riguardo dalla stessa¹⁰⁴.

¹⁰³ Cfr. Corte eur. 21 febbraio 1986, *James e altri contro Regno Unito*, par. 81. In particolare, «i ricorrenti, cittadini inglesi, sono amministratori di un lascito testamentario del secondo duca di Westminster, che comprende parecchi terreni siti in un quartiere londinese. In seguito ad una legge sull'enfiteusi, tali terreni sono coattivamente ceduti ad un prezzo sensibilmente inferiore a quello di mercato: tra le varie violazioni lamentate davanti alla Commissione (art. 1 del Primo Protocollo, articoli 13 e 14) si ritiene anche di non aver beneficiato del diritto di adire un Tribunale per far valere i diritti garantiti dalla Convenzione, in particolare il diritto al rispetto dei propri beni.

La Corte sottolinea come l'art. 6, nel parlare di *contestazioni* relative ai diritti di carattere civile, si riferisce a quei diritti che sono riconosciuti dallo Stato Contraente e non dalla Convenzione. La norma in questione non conferisce il diritto di chiedere alle Autorità nazionali una decisione che censuri e non applichi una legge nazionale: ciò è, anche intuitivamente, impossibile. Ciò che si può invocare è che le leggi interne siano correttamente applicate; non si può pertanto chiedere alle Autorità giudiziarie britanniche di non applicare le norme interne in tema di riscatto delle abitazioni costruite su terreni concessi in enfiteusi. Né si può a queste chiedere di sindacare nel merito la ragionevolezza dell'entità del riscatto, per la cui determinazione la legge stessa indica i parametri da applicare. La Corte, per contro, constata che il diritto di rivolgersi ad un Tribunale per lamentare un'errata o una mancata applicazione della legge in questione è assicurato: l'articolo 6 non è pertanto violato». Così v. R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 158. Sul tema anche le sentenze 26 marzo 1992, *Editions Périscope contro Francia*, par. 38; Id., 12 ottobre 1992, *Salerno contro Italia*, par. 16.

¹⁰⁴ Non c'è dubbio, però, che l'art. 6 par. 1 trovi applicazione nella «sfera dei rapporti privatistici in senso oggettivo e soggettivo, vale a dire di quelli che vedono come protagonisti, da una parte e dall'altra, singoli individui (o anche gruppi od associazioni di carattere

Tanto all'interessato alla risoluzione di una controversia civile quanto all'accusato penalmente va riconosciuta la possibilità di accesso al giudice allo scopo di ottenere una decisione giurisdizionale¹⁰⁵, previo "ascolto" del-

privato) attorno a pretese riconducibili all'area dei diritti reali, delle obbligazioni contrattuali, del diritto successorio, della responsabilità civile, come pure in quelle del diritto commerciale e del rapporto d'impiego». M. Chiavario, *Art. 6*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 165. Numerose sono anche le pronunce che hanno ad oggetto controversie originate da provvedimenti o comportamenti di autorità pubbliche in quanto la Corte di Strasburgo ha ritenuto nel corso del tempo di poter ricondurre tali controversie ai diritti ed obblighi di carattere civile, benché potenzialmente rientranti nell'ambito del diritto pubblico (la sent. 28 giugno 1978, *König contro Repubblica Federale Tedesca*, di cui v. spec. i parr. 90 e 95, e la sent. *Le Compte, Van Leuven e De Meyer contro Belgio*, parr. 48-49). Rimangono, invece, esenti dalla tutela in questione alcune controversie come quelle fiscali (Corte eur., dec. 8 febbraio 2000, *Charalambos contro Francia*), quelle meramente tributarie (Corte eur., dec. 5 ottobre 1999, *Gantzner contro Francia*) e quelle promosse dagli "enti rappresentativi di interessi diffusi" (Corte eur., 26 agosto 1997, *Balmer-Schafroth e altri contro Svizzera*, par. 40; Id., 6 aprile 2000, *Athanassoglou e altri contro Svizzera*, par. 51 ss.) nonché dal singolo nei confronti della pubblica amministrazione *uti civis* e non ai fini di un interesse proprio (tipico esempio è il contenzioso elettorale). Così, Corte eur., *Pierre-Bloch contro Francia*. Un criterio generale utilizzato dalla Corte di Strasburgo per riconoscere la tutela della pretesa in questione è quello della *patrimonialità*, che, da un lato, ha consentito di estendere la tutela anche a determinate controversie originate da rivendicazioni di dipendenti pubblici (in precedenza ritenute esenti) e, dall'altro, non ha precluso l'estensione della tutela al di fuori della sfera patrimoniale (ad esempio controversie in tema di diritto di famiglia e, in particolare, sul diritto di visita di minori affidati all'assistenza pubblica - cfr. spec. Corte eur., 8 luglio 1987, *O. contro Regno Unito*, par. 59 - nonché controversie che abbiano ricadute sulla personalità come il "diritto all'onore" e alla buona reputazione - cfr. Corte eur., 21 settembre 1994, *Fayed contro Regno Unito*, par. 58 ss.; Id., 13 luglio 1995, *Tolstoy Miloslavsky contro Regno Unito*, par. 58). La Corte ha riconosciuto il carattere civile anche a quelle controversie relative alla disciplina delle professioni (in particolare, sanitarie e legali), alle pretese di risarcimento derivanti da atti illeciti (in particolare, da contagio di AIDS contratto tramite trasfusioni di sangue) e alla riparazione dell'ingiusta detenzione subita nel corso di un procedimento penale.

¹⁰⁵ «In campo penale, l'esplicito riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo "al processo" rappresenta una novità significativa, rispetto al tradizionale "nulla poena sine

le ragioni delle parti. L'obiettivo dell'accesso al giudice è, dunque, quello di ottenere una decisione di merito, anche se è possibile un rigetto della questione per difetto di giurisdizione o per mancanza di una condizione di procedibilità nonché un rinvio ad altro giudice per incompetenza di quello adito. Parte integrante del diritto alla tutela giurisdizionale è anche la protezione del giudicato¹⁰⁶ – in quanto una sentenza che diviene definitiva e obbligatoria costituisce l'essenza stessa dello Stato di diritto e del principio di “preminenza della legge” – nonché la fase esecutiva delle decisioni giudiziali – in quanto la non attuazione delle sentenze priverebbe di concretezza lo stesso diritto alla tutela giudiziale effettiva¹⁰⁷. Il diritto di accesso al giudice non preclude, poi, la possibilità che il procedimento giurisdizionale si articoli attraverso fasi non giurisdizionali e, quindi, amministrative, le quali, a loro volta, devono fare i conti con la durevole durata del processo e con talune garanzie del par. 3 dell'art. 6 CEDU per evitare di compromettere il carattere equo del processo¹⁰⁸. Non rientra, invece, nel diritto di accesso al giudice l'obbligo di introdurre particolari meccanismi d'impugnazione delle decisioni giudiziali e, in particolare, di creare corti di appello o di cassazio-

praeiudicio poenali”. Ciò non toglie che in questo campo il diritto di accesso al giudice si ponga non tanto come un potere d'iniziativa del singolo, quanto come diritto del singolo a che un'accusa condotta contro di lui trovi necessariamente il suo sbocco davanti a un giudice». Cfr. M. Chiavario, *Art. 6*, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cit., p. 170.

¹⁰⁶ La sent. 10 giugno 1996, *Pulsar contro Regno Unito*, par. 32; Corte eur., 28 ottobre 1999, *Brumarescu contro Romania*, par. 62. Una tutela più specifica del giudicato si ha nell'art. 4 del VII Protocollo, circa il *ne bis in idem*).

¹⁰⁷ Corte eur., 28 luglio 1999, *Immob. Saffi contro Italia*, par. 63; Corte eur., 14 dicembre 1999, *Antonakopoulos, Vortsela e Antonakopoulou contro Grecia*, par. 26 e, ancora, Id., 20 luglio 2000, *Antonetto contro Italia*, par. 29.

¹⁰⁸ Corte eur., 24 novembre 1993, *Imbrioscia contro Svizzera*, par. 36.

ne (tranne per i giudizi penali secondo l'art. 2 del VII Protocollo), ma, qualora giurisdizioni di siffatta natura siano presenti all'interno dello Stato, quest'ultimo ha l'obbligo di sorvegliare sulle modalità di applicazione delle garanzie fondamentali dell'art. 6 ai giudizi di impugnazione¹⁰⁹, pur tenendo conto della specificità di struttura e di funzione delle singole impugnazioni ai fini delle contestazioni di violazioni dell'art. 6¹¹⁰.

Il diritto di accesso al giudice, tuttavia, non è un diritto assoluto e, pertanto, possono ricavarsi implicitamente specifici limiti¹¹¹, che, tuttavia, non possono finire per pregiudicarne l'essenza stessa. Al riguardo, gli Stati godono di un *margin di valutazione*, ovvero possono modificare la disciplina di tali limiti nel tempo e nello spazio in relazione alle esigenze e ai beni della comunità e degli individui¹¹²; tuttavia, le restrizioni introdotte non posso-

¹⁰⁹ La sent. *Delcourt*, par. 25.

¹¹⁰ Corte eur., 19 febbraio 1996, *Botten contro Norvegia*, par. 39.

¹¹¹ La sent. *Golder contro Regno Unito* del 21 febbraio 1975, par. 38. In particolare, «I diritti di adire i tribunali è un diritto pari a tutti gli altri previsti dalla Convenzione: come questi (la Corte cita come esempio gli artt. 13, 14, 17 e 25) esso non è assoluto, ma ammette implicitamente delle limitazioni. È compito della Corte, ovviamente, valutare se tali limitazioni sono giustificate. [Nel caso di specie], la Corte si rifiuta innanzitutto di formulare una *teoria generale* circa le limitazioni ammissibili nel caso di condannati detenuti. Si limita a rilevare che al Golder è stato impedito di ricorrere ad un tribunale per farsi dichiarare innocente da accuse mosse nei suoi confronti: il fatto che egli fosse detenuto non è di nessuna rilevanza in questo caso. La valutazione delle possibilità di successo di un'azione per diffamazione non spetta al Ministro dell'Interno, ma ad un tribunale imparziale (ricordiamo che il personale delle carceri è posto sotto l'autorità di detto Ministero) ed indipendente. Il rifiuto opposto alla richiesta di rivolgersi ad un avvocato per farsi consigliare circa le modalità con cui adire un tribunale ha pertanto violato l'art. 6 della Convenzione». Così v. R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 86-89.

¹¹² Corte eur., 28 maggio 1985, *Ashingdane contro Regno Unito*, par. 57. Sul margine di apprezzamento lasciato agli Stati per l'adozione di misure derogatorie, o di misure costi-

no essere tali da minacciare la stessa sostanza del diritto di accesso e sono valide solo se tendono a uno scopo legittimo e se esiste un legame di proporzionalità fra i mezzi utilizzati e lo scopo a cui si tende¹¹³. Pertanto, in virtù di tali considerazioni, si è sostenuto che non si potrebbe autorizzare lo Stato ad esimere tutta una serie di azioni civili dalla tutela giurisdizionale o ad escludere ampi gruppi o categorie di persone da ogni responsabilità civile¹¹⁴, ponendo, così, dei dubbi sull'ammissibilità di una larga categoria di istituti risalenti al concetto di immunità in relazione all'art. 6¹¹⁵. Rientrano tra i limiti al diritto di accesso al giudice anche le condizioni e i termini per la proponibilità delle domande giudiziali¹¹⁶ nonché la presenza di meri o-

tuenti una interferenza rispetto alle disposizioni della CEDU v. F. Donati e P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa* (a cura di P. Falzea, A. Spadaio, L. Ventura), Torino, 2003, pp. 65-119.

¹¹³ La stessa sent. *Golden*, cit. e la sent. 14 dicembre 1999, *Khalfaoui contro Francia*, par. 36.

¹¹⁴ Cfr. Corte eur., *Fayed*, cit., par. 75.

¹¹⁵ «Una risposta negativa è venuta, in giurisprudenza, a proposito di un'ipotesi di esenzione dalla responsabilità civile accordata agli appartenenti a forze di polizia per atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni (cfr. Corte eur., 28 ottobre 1998, *Osman contro Regno Unito*, par. 147 ss.). Nel senso, invece, dell'ammissibilità dell'esenzione dalla giurisdizione riconosciuta a certe organizzazioni internazionali, Corte eur., 18 febbraio 1999, *Waite e Kennedy contro Germania*, parr. 63 e 67 s. e, analogamente, la pronuncia di pari data, *Beer e Regan contro Germania*, parr. 53 e 57 s. V. poi, per una preminenza accordata all'interesse pubblico alla conduzione di efficaci inchieste amministrative sulla correttezza di operazioni finanziarie e commerciali, sino al punto di giustificare un'immunità stabilita in favore degli ispettori incaricati di una simile inchiesta, di fronte a un'azione per diffamazione intentata a seguito della pubblicazione di una loro relazione, Corte eur., *Fayed*, cit.». M. Chiavario, *Art. 6*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 175.

¹¹⁶ Ad. es. non è stata ritenuta di per sé lesiva del diritto di accesso al giudice la fissazione di termini prescrizione per la proposizione di una domanda civile: cfr. Corte eur., 22 ot-

stacoli materiali che impediscono l'esercizio di tale diritto, su cui di volta in volta la Corte di Strasburgo è intervenuta a valutare la loro ammissibilità in rapporto all'art. 6 par. 1¹¹⁷.

La garanzia del diritto a un'autentica tutela giurisdizionale implica l'attribuzione di determinati requisiti essenziali al giudice in quanto non si tratta semplicemente di un soggetto che ha il compito di sentenziare sulla *res giudicanda*, ma di un soggetto necessariamente indipendente, imparziale, costituito per legge, secondo quanto disposto dallo stesso art. 6 par. 1.

In particolare, il termine di giudice costituito per legge impone una riserva di legge sulla costituzione del giudice, ma non comporta che essa debba accadere con anticipo rispetto alla *res giudicanda*. Al riguardo, la Corte di Strasburgo sostiene che l'obiettivo del principio in questione è quello di impedire una regolamentazione discrezionale dell'organizzazione del sistema giudiziario da parte del potere esecutivo a favore di una disciplina della materia da parte del parlamento, nonché di evitare di lasciare l'organizzazione del sistema giudiziario alla discrezione delle autorità giudiziarie, anche se ciò non preclude la possibilità di riconoscere loro un qualche potere di interpretazione della legislazione nazionale in materia. Tuttavia, le sentenze della Corte di Strasburgo riguardo alla costituzione del giu-

tobre 1996, *Stubbings contro Regno Unito*, par. 51 ss. Mentre, tra le violazioni dell'art. 6 par. 1 vi rientra la presenza di incertezze nel sistema normativo come la contestuale possibilità del ricorso alla giurisdizione ordinaria e a quella amministrativa: cfr. Corte eur., 30 ottobre 1998, *F.E. contro Francia*, par. 47 ss. Cfr. *Ibidem*, p. 176.

¹¹⁷ Ad es. nella sent. *Golden*, cit., viene data rilevanza ai meri limiti di fatto «in relazione a una vicenda nella quale a un detenuto era stata arbitrariamente negata, dall'amministrazione penitenziaria, l'autorizzazione a prendere contatto con un legale al fine di avviare determinate azioni giudiziarie». Cfr. *Ibidem*, 2001, p. 177.

dice per legge non sono molte, tenuto conto che si tratta di garantire il rispetto del principio nei confronti della legge nazionale¹¹⁸.

Ampia è, invece, la giurisprudenza della Corte europea rispetto ai requisiti di indipendenza e di imparzialità, i quali quasi sempre sono stati considerati congiuntamente, posto che il primo rappresenta una preconditione del secondo. Ai fini della sussistenza in capo ad un organo giudiziario del requisito di indipendenza – inteso come «assenza di legami con altri soggetti, titolari di poteri di diritto o di fatto, che possano renderlo timoroso di dare determinati contenuti alle sue decisioni»¹¹⁹ – bisogna prendere in considerazione, secondo la Corte di Strasburgo, il modo di designazione e la durata del mandato dei suoi membri e l'esigenza di opportune garanzie contro influenze esterne, anche se il giudice europeo non si è mai spinto ad affermare che la loro designazione di natura politica¹²⁰ possa in qualche modo

¹¹⁸ Cfr. R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», cit., p. 30.

¹¹⁹ Cfr. M. Chiavario, Art. 6, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cit., p. 181.

¹²⁰ Cfr. la sent. *Campbell et Fell contro Regno Unito del 24 maggio 1984*, par. 78. In particolare, nel caso di specie «si era per primo obiettato che il Comitato dei Visitatori fosse un *Tribunale costituito per legge*. A tale proposito si precisa che tale inciso non intende riferirsi solo a giurisdizioni di tipo classico integrate nelle strutture giudiziarie ordinarie dello Stato, in quanto si devono considerare sempre e solo le funzioni effettivamente esercitate. Ora quest'organo, che ha il compito di infliggere sanzioni ai detenuti che hanno violato il regolamento carcerario, vede riconosciuta tale competenza in base alla legge, e, come la stessa giurisprudenza inglese ha più volte affermato, svolge una funzione tipicamente giudiziaria (si pensi alle pene che può applicare, e che possono incidere sulla libertà personale); esso può pertanto considerarsi un *Tribunale* ai sensi dell'art. 6. Sempre a proposito del Comitato dei Visitatori, si riteneva che esso non godesse dei requisiti di indipendenza ed imparzialità che ogni Tribunale deve possedere. Quanto all'indipendenza, la Corte precisa che per stabilire se un organo giudiziario goda o meno di questo requisito, si deve tener conto del modo in cui è stato designato, della durata del mandato dei suoi componenti e

compromettere la loro stessa indipendenza in quanto, in caso contrario, significherebbe negare la legittimità di un'organizzazione giudiziaria in cui la nomina del giudice spetta normalmente all'esecutivo così come avviene nel Regno Unito. Fattore determinante per l'indipendenza del giudice è, poi, la sua inamovibilità, ovvero «garanzia contro le rimozioni discrezionali, o, più precisamente, limitazione delle cause di rimozione – oltre che ad eventi dipendenti da fattori naturali come l'età o la malattia – ai soli casi di gravi mancanze accertate in maniera assolutamente corretta»¹²¹.

dell'esistenza di reali garanzie contro eventuali pressioni esterne. Assume inoltre importanza il modo in cui l'organo appare alla persona sottoposta a giudizio, poiché bisogna comunque che questa abbia fiducia e convinzione di essere giudicata da un organo al di sopra delle parti. Un ulteriore elemento importante è la sua inamovibilità, anche se il fatto che manchi una sua espressa consacrazione legislativa non implica di per sé una presunzione di mancanza di indipendenza. Nel verificare se il Comitato dei Visitatori ha le caratteristiche testé indicate per essere qualificato *indipendente*, la Corte sottolinea come detti organi, previsti dalla legislazione carceraria inglese, sono composti da 24 membri al massimo, nominati dal Ministro dell'Interno, tra cui due giudici di pace, i quali non sono remunerati ed hanno un mandato di tre anni, revocabile solo in circostanze eccezionali; le loro funzioni sono tutte previste dalla legge. Non vi è dunque motivo di dubitare sulla loro indipendenza. Quanto all'imparzialità, si ribadisce che essa deve sempre presumersi fino a prova contraria, non essendo ovviamente sufficiente negarne l'esistenza. È pur vero che anche le apparenze possono avere una certa influenza, e bisogna far sì che, nei limiti del possibile, anche da questo punto di vista vengano fugati eventuali dubbi, ma nel caso di specie non vi erano motivi fondati, né tantomeno prove, per ritenere che il Comitato dei Visitatori non fosse imparziale». Così v. R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 138-142.

¹²¹ Cfr. M. Chiavario, Art. 6, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cit., p. 183.

Il concetto di imparzialità¹²² – inteso come assenza di pregiudizi e le-

¹²² Cfr. *Piersack contro Belgio*, sentenza 1° ottobre 1982, par. 30. In particolare, «il ricorrente, cittadino belga, viene condannato dalla Corte d'Assise del Brabante nel 1978 a 18 anni di lavori forzati per omicidio. Egli ricorre contro questa sentenza per cassazione, deducendone tra l'altro la nullità, in base all'art. 127 del codice di procedura penale belga, che vieta al magistrato che ha svolto funzioni di pubblico ministero di presiedere una Corte d'Assise: infatti il Presidente della Corte che ha pronunciato nei suoi confronti la condanna aveva lavorato come sostituto nella Procura del Re che si era occupata della fase istruttoria. La Corte di Cassazione rigetta il ricorso e contro tale rigetto Piersack decide di rivolgersi alla Commissione, allegando la violazione dell'art. 6, par. 1, per non essere stato giudicato da un Tribunale indipendente ed imparziale.

La Corte si pronuncia prima sull'indipendenza della Corte d'Assise che ha giudicato il ricorrente: che quest'organo godesse di tale requisito non si può obiettare, tenuto conto che esso non ha subito nessun tipo di pressioni, e inoltre che la stessa legislazione belga prevede regole precise in tal senso. Passando poi all'imparzialità, che si può definire, a livello generale, come l'assenza di pregiudizio o di presa di posizione, la Corte sottolinea come essa possa essere valutata sotto un aspetto soggettivo (modo di pensare del giudice) ed uno oggettivo (complesso di garanzie idonee ad escludere qualsiasi legittimo dubbio sull'imparzialità). Nei confronti del magistrato che ha presieduto la Corte d'Assise non vi sono motivi per dubitare della sua imparzialità, che comunque deve essere presunta fino a prova contraria. Il fatto che un giudice, dopo aver svolto funzioni di sostituto in una Procura del Regno che si è occupata dell'istruzione di un processo, senza essersi interessato personalmente al caso, venga chiamato a presiedere il collegio giudicante, di per sé nulla prova sulla mancanza di imparzialità. Escludere la possibilità di svolgere funzioni giudicanti in base al solo fatto di aver operato in una Procura, deriva da una concezione rigida e formalistica del principio dell'indivisibilità degli uffici del P.M., e creerebbe gravi impedimenti al sistema giudiziario di molti Stati europei, nei quali il passaggio da funzione inquirente a quella requirente, e viceversa, avviene di frequente (queste considerazioni, di cui comunque si dovrà tener conto anche in futuro, consentono di affermare che, da un punto di vista obiettivo, non si possono avanzare dubbi sull'imparzialità del magistrato che ha giudicato il Piersack). Richiamandosi alle sue considerazioni generali di cui detto all'inizio, la Corte sottolinea come talvolta il requisito dell'imparzialità, appurante l'esistenza da un punto di vista oggettivo, può assumere connotati diversi se osservato dal punto di vista soggettivo della persona sottoposta a giudizio: in questi casi anche le apparenze possono avere un certo rilievo, dovendosi creare nelle persone che si rivolgono alla Giustizia una fiducia che fughi ogni dubbio sull'imparzialità.

gami del giudice rispetto alle parti e all'oggetto del processo – si articola a sua volta in senso soggettivo e oggettivo: il primo profilo – che si deve considerare presunto fino a prova contraria – si riferisce ai convincimenti personali del giudice rispetto a un determinato caso, i quali possono estrinsecarsi sia attraverso concreti comportamenti del giudice¹²³ ma anche, sul piano oggettivo, nel testo di specifici provvedimenti;¹²⁴ mentre, il profilo oggettivo riguarda condizioni esteriori, anche soltanto apparenze, tali da mettere in dubbio l'imparzialità del giudice come nel caso – anche se non per il semplice fatto – di vicende «caratterizzate da un successivo esercizio

È più che mai comprensibile che un cittadino tema che non offra sufficienti garanzie di imparzialità quel giudice che, dopo aver operato in una Procura (di Bruxelles) in cui è stata condotta l'istruttoria sul suo processo eserciti le funzioni di presidente nel collegio chiamato a giudicare sullo stesso processo (la Corte d'Assise del Brabant). È questa una valutazione soggettiva, basata sulle apparenze, ma che indubbiamente può attraversare la mente dell'imputato, il quale può essere indotto a ritenere che il processo cui è sottoposto non sia equo. Nonostante la Corte di Cassazione, nel respingere il ricorso, avesse fatto presente come il magistrato di cui si discute non si fosse occupato direttamente del caso quando adempiva alle sue funzioni di Procuratore sostituto, la Corte ritiene che questo elemento non le impedisce di constatare che effettivamente il ricorrente potesse avanzare legittimi sospetti che il Tribunale chiamato a decidere dell'accusa (si ricordi che si trattava di omicidio) potesse apparire non affidabile o, il che è lo stesso, imparziale. L'art. 6 par. I è stato pertanto violato». Così v. R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 113-1115.

¹²³ Nella sent. *Buscami contro Italia*, 16 settembre 1999, parr. 67-68, è stata, infatti, rilevata la violazione del profilo soggettivo dell'imparzialità in quanto un giudice, prima di emettere la sentenza, aveva lasciato intendere di essersi già formato un convincimento di colpevolezza per avere risposto a mezzo stampa ad accuse molto pesanti lanciate nei suoi confronti.

¹²⁴ Nella sent. *Ferrantelli e Santangelo contro Italia*, 7 agosto 1996, parr. 59-60, è stata, invece, rilevata la violazione del profilo soggettivo dell'imparzialità per il fatto che un giudice avesse concorso a pronunciare sentenza su fatti connessi a quelli contestati agli imputati, nella quale si esprimevano giudizi anche nei confronti di quest'ultimi. (dire poi diversamente).

di più funzioni da parte di una medesima persona nello stesso procedimento o comunque in relazione agli stessi fatti da giudicare o a fatti connessi». ¹²⁵

Tre altre caratteristiche, previste dal par. 1 dell'art. 6, sono necessarie per realizzare una "buona amministrazione della giustizia": il giusto processo, la pubblicità processuale e la durata ragionevole delle procedure. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativamente al giusto processo si è articolata su due principi che si compenetrano e si applicano tanto nel processo civile che in quello penale: la salvaguardia del contraddittorio – come possibilità di ciascuna parte di esprimere le proprie ragioni – e l'eguaglianza delle armi tra le parti. ¹²⁶ Investono solo il processo penale, invece, le specifiche garanzie ricondotte alla nozione di giusto processo e previste, appunto per l'accusato, dai parr. 2 e 3 dell'art. 6. Dalla nozione di giusto processo si evince anche l'obbligo di motivare le sentenze ¹²⁷ nonché, in caso di una propria eventuale responsabilità penale, il diritto al silenzio – sia come diritto di non parlare durante un interrogatorio sia come diritto di non favorire la

¹²⁵ Cfr. M. Chiavario, *Art. 6*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 186; R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», cit., p. 25. Esempi sotto questo profilo: la sent. Piersack, cit., par. 50; la set. Hauschildt, cit., par. 50; la sent. Castillo Algar contro Spagna, 28 ottobre 1998, parr. 46-50; la sent. 23 maggio 1991, Oberschilick contro Austria, par. 50; la sent. 26 agosto 1997, De Haan contro Paesi Bassi, par. 51.

¹²⁶ Non solo consentire a ciascuna parte una ragionevole possibilità di presentare le proprie ragioni e prove, ma anche l'obbligo di chi giudica di analizzare effettivamente i mezzi, gli argomenti e le offerte di prova di parte, eccetto valutarne la pertinenza ai fini della decisione. Corte eur., 19 aprile 1994, *Van de Hurk contro Paesi Bassi*, par. 59; Id., 19 aprile 1993, *Kraska contro Svizzera*, par. 30; 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer B. V. contro Paesi Bassi*, par. 35.

¹²⁷ Corte eur., 21 gennaio 1999, *Garcia Ruiz contro Spagna*, par. 26. Regola che troviamo nella Costituzione italiana nell'attuale 6° comma dell'art. 111.

propria incriminazione.¹²⁸ Se per la questione della pubblicità delle sentenze non è prevista alcuna eccezione alla regola, per quanto riguarda la questione della pubblicità dello svolgimento processuale¹²⁹ sono, invece, possibili eccezioni (per ragioni di interesse morale, di ordine pubblico, di sicurezza nazionale, di interessi dei minori, di protezione della vita privata delle parti nonché di interessi di giustizia). Una notevole importanza riveste il principio della durata ragionevole del processo come testimonia l'eccessivo numero delle sentenze della Corte di Strasburgo in materia. In particolare, il controllo di questa garanzia da parte della Corte di Strasburgo si articola in due fasi: la prima, riguarda la determinazione del *dies a quo* e del *dies ad quem*¹³⁰ mentre la seconda fase concerne l'applicazione di alcuni criteri di

¹²⁸ Sent. 25 febbraio 1993, *Funke contro Francia*, par. 44 e sent. 8 febbraio 1996, *John Murray contro Regno Unito*, par. 45.

¹²⁹ «Lo svolgimento pubblico del processo, quantomeno della fase dibattimentale che precede l'assunzione della decisione, permette, infatti, di controllare le attività svolte da tutti i soggetti intervenuti, di preservare la fiducia dei cittadini in un'amministrazione della giustizia trasparente e, con riferimento al processo penale, funge da garanzia per gli accusati di fronte agli arbitri che più facilmente vengono perpetrati in un regime di segretezza». In tal senso cfr. O. Mazza, *Diritto a un equo processo*, in *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 474.

¹³⁰ «Circa il *dies ad quem*, non c'è dubbio che non basti pervenire, in tempi ragionevoli, alla presa di contatto con il giudice: quello che conta è il tempo della decisione sul merito della causa. Se, poi, la decisione viene impugnata, occorrerà tener conto anche dei tempi dei giudizi nei gradi successivi al primo, sino al giudicato. Persino le fasi esecutive potranno, anzi, doversi mettere in conto, se la soddisfazione del diritto rivendicato non possa aversi se non attraverso una fase del genere. Quanto al *dies a quo*, conviene tener distinti i processi civili da quelli penali. A proposito dei primi, è naturalmente di regola che il punto di partenza per il calcolo del "termine ragionevole" sia dato dal momento in cui il giudice è adito. Per settore penale, la questione è strettamente legata a quella del momento in cui possa dirsi configurata un' "accusa": ben da prima che vi sia una formale imputazione potrà dunque correre il periodo da prendere in considerazione. Sulla scorta di una più risalente giurisprudenza della Commissione, la Corte europea ha cominciato col porre l'accento

giudizio (complessità della causa, comportamento dell'interessato e di quello delle autorità competenti) al caso concreto onde valutare la relativa durata ragionevole del processo.

Il par. 1 dell'art. 6 della CEDU contiene in via generale, dunque, garanzie per ogni forma di processo, mentre, i restanti paragrafi 2 e 3, riguardano esclusivamente il processo penale, disciplinando la presunzione di innocenza e i diritti dell'accusato.

7. Brevi note conclusive

Dopo aver analizzato separatamente i diversi ambiti normativi, risulta ora utile una breve comparazione tra le diverse e richiamate disposizioni concernenti il diritto di accesso al giudice. A livello costituzionale, l'art. 24, primo comma, della Costituzione italiana riconosce a tutti la possibilità di «agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», mentre l'art. 24, primo comma, della Costituzione spagnola riconosce a tutte le persone il «derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». Appare evidente che l'«agire in giudizio» – così come formulato nella Costituzione italiana – deve intendersi con l'ausilio della nozione costituzionale di giudice, quale si ricava dal principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, primo comma) e da quello del giudice indipendente ed imparziale (artt. 104, primo comma e 111, secondo comma). Al contrario, la Costituzione spagnola fa espresso riferimento alla nozione di giudice, il quale anch'esso –

sull'esigenza di partire dal momento in cui, dagli atti d'indagine compiuti, iniziano ad aversi ripercussioni importanti sulla situazione giuridica dell'accusato». In tal senso v. M. Chiavario, *Art. 6, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 209-210.

secondo la propria giurisprudenza costituzionale – deve essere predeterminato per legge (art. 24, secondo comma), indipendente (art. 117) ed imparziale. Le posizioni tutelabili sia dall' art. 24, primo comma, della Costituzione italiana che da quello della Costituzione spagnola sono i diritti e gli interessi legittimi. In entrambi gli ordinamenti, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva è, poi, strettamente collegato con il diritto ad un equo processo e con il diritto di difesa.

Come è noto e come vedremo successivamente in dettaglio, il nostro ordinamento, a differenza di quello spagnolo, è privo di un ricorso diretto alla Corte costituzionale per la protezione dei diritti fondamentali, ritenuto dalla dottrina la forma più efficace di tutela di tali diritti.

In ambito comunitario, le posizioni tutelabili dall'art. 47 sono i diritti e le libertà garantiti dal diritto dell'Unione – ovvero tutte le posizioni soggettive attribuite ai singoli da norme giuridiche comunitarie – senza alcuna distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi – così come avviene a livello nazionale – e senza alcuna specificazione ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta stessa – così come avviene, invece, a livello internazionale nell'art. 13 CEDU; anche qui vi è un espresso riferimento alla nozione di giudice e alle sue caratteristiche (indipendente, imparziale e precostituito per legge) nonché uno stretto legame del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva con il diritto ad un equo processo e con il diritto di difesa. La giurisprudenza comunitaria, inoltre, desume dall'effettività della tutela giurisdizionale – anche la tutela cautelare e la tutela risarcitoria.

È da rilevare che, al contrario delle Carte costituzionali e della C.E.D.U., la Carta europea dei diritti fondamentali è priva di riferimenti a

specifiche forme di tutela¹³¹ e, pertanto, l'art. 47 costituisce l'unica disposizione sulla tutela dei diritti. Tuttavia, il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un «giudice» senza l'aggettivo «nazionale» sembrerebbe estendere la portata dell'art. 47 non solo alla tutela a livello nazionale, ma anche a quella comunitaria, costituendo così una disposizione di rinvio all'esistente ordinamento giurisdizionale degli Stati e della Comunità e compensando l'assenza di una parte specificatamente dedicata alla tutela dei diritti¹³². Conseguentemente, il diritto ad un ricorso effettivo, da una parte, «impone agli Stati membri l'obbligo di predisporre rimedi giuridici per casi di violazione del diritto comunitario; dall'altra, è parametro per la valutazione del sistema dei ricorsi previsti dai Trattati».¹³³

In ambito internazionale, due sono le disposizioni in cui trova consacrazione il diritto di accesso al giudice: l'art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo) e l'art. 6 (diritto ad un equo processo). L'art. 13 della C.E.D.U. prevede che ogni persona possa presentare un ricorso davanti ad un'istanza nazionale con riguardo ai diritti e alle libertà riconosciuti dalla citata Convenzione. Il significato del termine «istanza», determinante per l'effettività del ricorso, è

¹³¹ Ad es. il titolo secondo della C.E.D.U. prevede che gli Stati, i singoli individui e le organizzazioni non governative o gruppi di persone possano ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo (art. 34), però, soltanto una volta che siano stati esperiti tutti i rimedi interni (art. 35, primo comma). I diritti fondamentali sanciti dalla C.E.D.U., dunque, devono essere garantiti in primo luogo a livello nazionale (art. 13). In altri termini, la tutela prevista dalla C.E.D.U. si articola su due livelli: quello nazionale e quello sopranazionale.

¹³² In tal senso A. Pertici, *La "giustiziabilità" dei diritti fondamentali...*, cit., p. 157. È da precisare che oggi con il Trattato di Lisbona la Carta non viene incorporata nei Trattati, ma viene posta sullo stesso piano giuridico dei Trattati.

¹³³ Cfr. A. Lang, *Il diritto ad un ricorso effettivo nell'Unione europea*, in *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, pp. 57-69.

stato equiparato sostanzialmente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo a quello di “organo giurisdizionale” tramite l’attribuzione al primo di caratteristiche proprie di quest’ultimo¹³⁴. L’art. 6 della C.E.D.U., invece, riconosce il diritto ad un ricorso davanti ad un’autorità giudiziaria, indipendente ed imparziale, ma con riguardo ai diritti e doveri di carattere civile e ad ogni accusa penale¹³⁵.

¹³⁴ Cfr. A. Pertici, *La “giustiziabilità” dei diritti fondamentali...*, cit., p. 156. «Come risulta dai lavori preparatori e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (in particolare, la sentenza *Silver* del 25 maggio 1983), se è vero che il ricorso potrà essere inoltrato anche ad un’autorità amministrativa o comunque non giurisdizionale, sarà però necessario che quest’ultima presenti quei caratteri di indipendenza ed imparzialità che [...] sono sempre riscontrabili negli organi giurisdizionali, mentre richiedono di essere verificate di volta in volta negli altri casi. Inoltre, sarà richiesto il rispetto di idonee garanzie procedurali [...]. Infine, sempre per rispettare l’effettività del ricorso, la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto necessario che l’istanza adita sia in grado di emettere una decisione motivata con effetti vincolanti ed in grado di poter disporre un’adeguata riparazione per il torto subito. Nonostante la fissazione di tutte queste condizioni non vi è dubbio che la presenza del termine istanza [...] abbia comunque portato, almeno in alcune occasioni, a ritenere conformi all’art. 13 della CEDU anche ricorsi rivolti ad organi della cui indipendenza ed imparzialità poteva certamente dubitarsi».

¹³⁵ Cfr. R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull’art. 47...*, cit., pp. 16-17. L’A., inoltre, precisa che la Corte europea, in varie occasioni, ha affermato «l’autonomia del disposto dell’art. 13 rispetto a quello dell’art. 6 CEDU, sostenendo che la condanna di uno Stato per violazione dell’art. 6, non comporta necessariamente l’assorbimento della violazione dell’art. 13 per la mancata predisposizione di specifici strumenti di tutela». Dello stesso avviso è A. Pertici, R. Romboli, *Diritto ad un ricorso effettivo...*, cit., pp. 406-407, secondo il quale «lo spazio di operatività dell’art. 13 [...] rimane per i casi in cui non sia necessario il rispetto dei criteri più restrittivi stabiliti dall’art. 6, primo comma (come di un’altra disposizione più specifica), essendo comunque sempre necessario garantire un ricorso effettivo a coloro che si pretendano lesi in un diritto fondamentale riconosciuto dalla C.E.D.U. o dai successivi protocolli».

Da questa comparazione si possono trarre le seguenti conclusioni: innanzitutto, i destinatari sono (almeno sul piano formale)¹³⁶ sempre tutte le persone (fisiche e giuridiche; pubbliche e private; cittadini, stranieri, apolidi); in secondo luogo, oggetto della tutela sono sempre i diritti, pur essendo delineati con sfumature diverse nelle relative disposizioni; in terzo luogo, i responsabili della violazione di tali diritti possono essere sia i privati che i pubblici poteri e, solo, l'art. 13 CEDU, precisa che quest'ultimi sono responsabili anche quando agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali; da ultimo, il ricorso deve essere sempre effettivo e per essere tale deve avvenire dinanzi ad un'autorità (variamente definita, ma con identiche caratteristiche) indipendente, imparziale, precostituita per legge.

¹³⁶ Considerato che ad es. nell'ordinamento italiano, come abbiamo visto, l'effettivo godimento del diritto alla tutela giurisdizionale da parte dello straniero «talvolta è negato *de facto*, in ragione delle modalità esecutive delle misure di allentamento, altre volte *de jure*, a causa di una disciplina legislativa omissiva o carente». Cfr. sul tema A. Pugiotto, «*Purchè se ne vadano*». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, cit.

Capitolo II

Il diritto di accesso al giudice alla luce dell'architettura giurisdizionale comunitaria

Sommario: 1. Premessa – 2. Il ricorso di annullamento – 2.1. Le condizioni di accesso da parte delle persone fisiche o giuridiche: l'ex art. 230, quarto comma – 2.2. L'ex art. 230, quarto comma: tra critica e difesa – 2.3. La giurisprudenza TWD: chiarisce e/o complica l'accesso dei singoli al giudice comunitario – 3. Le persone fisiche e giuridiche e il rinvio pregiudiziale – 4. L'accesso delle persone fisiche e giuridiche agli altri ricorsi giurisdizionali presenti nel Trattato CE – 5. La revisione dei Trattati istitutivi e l'accesso delle persone fisiche e giuridiche al giudice comunitario: una questione aperta? – 6. La Corte di giustizia agisce come giudice costituzionale: l'importanza del rispetto dei diritti fondamentali anche nel settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Sentenza Kadi – 7. Considerazioni conclusive

1. Premessa

La Corte di Giustizia può definirsi come una Corte suprema – dal momento che le sue decisioni non sono impugnabili – e dal carattere sovranazionale, anche se i più ottimisti vedono nell'evoluzione del processo di integrazione europea una spinta verso una connotazione di tipo costituzionale¹. Vero è che la stessa Corte di Giustizia, inizialmente definiva il sistema giuridico comunitario

¹ In tal senso v. G.F. Mancini, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, pp. 295-329.

come un settore del diritto internazionale dotato di particolari caratteristiche², mentre successivamente si spinge oltre, descrivendo il Trattato CE come la Carta costituzionale di una Comunità di diritto, pur consapevole di essere stato concluso in forma di accordo internazionale³. L'ordinamento comunitario è un ordinamento giuridico indipendente e autonomo a cui gli Stati membri hanno attribuito competenze anche di carattere esclusivo e, pertanto, dotato di un proprio sistema di tutela giurisdizionale. Spetta alla Corte di Giustizia e al Tribunale di primo grado⁴, attraverso gli appositi meccanismi giudiziari, assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione del Trattato (*ex art. 220 CE*)⁵ da parte delle istituzioni, degli Stati membri e dei loro cittadini. Il giudice comunitario è intervenuto di fatto attivamente a difendere tale compito ogni qualvolta l'evoluzione della Comunità minacciasse la centralità del principio di legalità nel proprio ordinamento. Si pensi all'estensione della possibilità per i cittadini degli Stati membri di invocare direttamente il diritto comunitario anche nel caso delle norme del Trattato e delle disposizioni di direttive destinate ad attribuire ai singoli diritti individuali in modo così chiaro e preciso da non

² Sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Nv Algemene Transport en-Expeditie Onderneming van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*, Racc., p. 3, par. 12.

³ Sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlamento europeo*, Racc., p. 1339, par. 23. V. anche il parere 1/91 del 14 dicembre 1991, Racc., p. I-6079, par. 21 della motivazione; l'ordinanza del 13 luglio 1990, causa C-2/88 Imm., *J.J. Zwartveld e a.*, Racc., p. I-3365, par. 16, e la sentenza del 23 marzo 1993, causa C-314/91, *Beate Weber c. Parlamento europeo*, Racc., p. 1093, par. 8.

⁴ Sulle procedure per il ricorso relative alla Corte di giustizia v. G. Gerin, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Padova, 2000; M. Airoidi, *La tutela dinanzi alla giurisdizione amministrativa europea*, Torino, 1999.

⁵ M. Magrassi, *Il principio comunitario di rule of law e l'evoluzione dei rimedi giurisdizionali: il contesto della Carta*, in *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (a cura di R. Toniatti), Padova, pp. 32-54, sottolinea come proprio l'ex articolo 220 del Trattato CE rappresenti la massima espressione del principio di rule of law.

aver bisogno di misure di attuazione⁶. Ancora, si pensi all'affermazione del principio del primato del diritto comunitario sulle norme nazionali contrastanti anche di natura costituzionale tramite le sentenze *Costa c. Enel e Simmenthal*. Infatti, se pur l'esigenza principale della Corte era quella di frenare le forti spinte centrifughe presenti all'interno dell'ordinamento, non c'è dubbio che «essa era guidata dalla prospettiva delle discriminazioni di cui sarebbero stati vittima i cittadini europei nel caso in cui il diritto comunitario, senza il principio del primato, non fosse stato uniformemente applicato in tutta la Comunità»⁷. Non priva di contraddizione è la giurisprudenza della Corte, la quale se, da un lato, ha tenacemente difeso il principio di legalità nell'ambito del proprio ordinamento, dall'altro ha fornito un'interpretazione restrittiva del quarto comma dell'art. 230, incidendo – come vedremo – negativamente sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva delle persone fisiche e giuridiche.

In particolare, il sistema comunitario di tutela giurisdizionale prevede due diversi tipi di controllo: uno diretto da parte della Corte (e del Tribunale) di natura contenziosa e uno indiretto – affidato all'iniziativa di un giudice nazionale nel corso di un giudizio dinnanzi a lui pendente – di tipo non contenzioso ma pregiudiziale. Il Tribunale di primo grado – istituito con lo scopo di introdurre un doppio grado di giudizio nei limiti stabiliti dal Trattato e dallo Statuto e di alleggerire e rendere più efficiente il lavoro della Corte – ha esteso nel corso del tempo le sue competenze, ma rimane al momento prerogativa esclusiva della Corte la competenza pregiudiziale. C'è chi – sulla scia della ripartizione americana fra i modelli di *dispute resolution e public action* – ha distinto anche

⁶ Sentenza Van Gend en Loos e Yvonne Van Duyn c. Homme Office, sentenza del 4 dicembre 1974, Racc., p. 1337. Sul tema v. S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002.

⁷ Cfr. G.F. Mancini, *Prassi, procedura e tipi di azione davanti alla Corte di giustizia*, in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, cit., pp. 305-306.

fra funzioni private e pubbliche della Corte, sebbene questa distinzione non proceda per comparti stagni ma, al contrario, si presenti spesso elastica. In particolare, «le funzioni private consistono nella realizzazione della giustizia processuale e sostanziale per le parti in causa, mentre le funzioni pubbliche si concentrano, fra l'altro, sulla chiarificazione, lo sviluppo e l'interpretazione uniforme del diritto»⁸.

Obiettivo di questo secondo capitolo è analizzare il diritto alla tutela giurisdizionale alla luce dell'architettura giurisdizionale comunitaria e, in particolare, del ricorso in annullamento, facendo emergere il problema della ragionevolezza delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi per l'annullamento di atti comunitari di carattere generale proposti da persone fisiche e giuridiche nonché della completezza e dell'effettività del sistema giurisdizionale previsto dal Trattato istitutivo della Comunità europea. A tal fine verrà valutato se realmente il rinvio pregiudiziale possa essere considerato il principale rimedio alternativo e/o complementare al ricorso di annullamento e, quindi, rimedio necessario ad assicurare la completezza degli strumenti di garanzia previsti dai Trattati – così come sostenuto dalla Corte di giustizia⁹. Infine, verranno analizzati sommariamente gli altri ricorsi giurisdizionali sempre al fine di valutare la possibilità o meno che essi possano assicurare la completezza e l'effettività degli strumenti di garanzia previsti dai Trattati.

⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 315.

⁹ Sentenza del 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, C-50/00 P, in *Raccolta*, I-6677; Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 1° aprile 2004, *Commissione delle Comunità europee c. Jégo-Quéré & Cie SA*, C-263/02 P, in *Raccolta*, I-3425.

2. Il ricorso di annullamento

2.1 *Le condizioni di accesso da parte delle persone fisiche o giuridiche: l'ex art. 230, quarto comma, CE.*

Secondo l'ex art. 230, quarto comma, le persone fisiche o giuridiche¹⁰, indipendentemente dalla nazionalità e dal domicilio, possono impugnare «le decisioni prese nei suoi confronti» e «le decisioni che, pur appearing come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, le riguardano direttamente e individualmente». In altri termini, sono previste dalla norma in questione due diversi casi di accesso al ricorso di annullamento da parte delle persone fisiche e giuridiche a seconda dell'atto preso in considerazione: il destinatario di una decisione è sempre legittimato ad impugnarla, mentre bisogna dimostrare di essere direttamente e individualmente riguardato dall'atto di cui non si è il destinatario affinché sia possibile l'impugnazione. In ogni caso, però, spetta al ricorrente dimostrare un interesse ad agire personale, effettivo e attuale per il pregiudizio che l'atto impugnato ha prodotto nella propria sfera giu-

¹⁰ In particolare, ai fini della ricevibilità del ricorso, il ricorrente deve aver acquisito la personalità giuridica nel proprio diritto interno al momento della scadenza del ricorso (sentenza 27 novembre 1984, causa 50/84, *Bensider e altri contro Commissione*, Racc., p. 3991, punti 7 e 8) nonché deve essere stato trattato dalle istituzioni comunitarie come entità giuridica autonoma nel corso della fase amministrativa del procedimento (sentenza 11 luglio 1996, causa T-161/94, *Sinochem Heilongjiang contro Consiglio*, Racc., p. II-699), non coincidendo necessariamente la nozione di persona giuridica, di cui all'ex art. 230, quarto comma del Trattato, con quella propria dei diversi ordinamenti giuridici (ancora sul punto le sentenze 8 ottobre 1974, causa 175/73, *Unione sindacale*, Racc., p. 917, punti 11-13 e causa 18/74, *Syndicat général du personnel*, Racc., p. 933, punti 7-9; 28 ottobre 1982, causa 135/81, *Groupement des agences de voyages*, Racc., p. 3808, e 11 maggio 1989, cause riunite 193/87 e 194/87, *Maurissen*, Racc., p. 1069). Anche le Regioni, in quanto persone giuridiche, sono state ammesse a promuovere un ricorso di annullamento (sentenza 8 marzo 1988, cause riunite 62/87 e 72/87, *Exécutif régional Wallon*, Racc., p. I-1570. Così D. Boni, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, B. Nascimbene, L. Daniele (a cura di), Milano, 1998, pp. 53-54 e note 2-3-4.

ridica – da qui l'uso del termine ricorrente *non privilegiato* per le persone fisiche e giuridiche.

Nella seconda ipotesi, tuttavia, la possibilità di accesso al ricorso di annullamento risulta più problematica in quanto l'atto contro cui si ricorre deve assolvere contemporaneamente a tre condizioni. Innanzitutto, l'atto non viene valutato in base alla sua qualificazione formale come regolamento, ma alla sua portata generale o meno e, in particolare, all'esistenza di effetti giuridici vincolanti¹¹. Infatti, la ricevibilità del ricorso contro un regolamento si verifica quando quest'ultimo non ha portata generale e, in particolare, quando: nel regolamento o in suo allegato viene espressamente nominato il ricorrente¹²; il regolamento è adottato in vista della situazione particolare del ricorrente¹³; il regolamento si rivolge ad un numero limitato e determinabile di persone¹⁴. Al contrario, il fatto che una certa misura possa identificare con maggiore o minore precisione il numero e anche l'identità delle persone a cui si rivolge non esclude la possibilità che si tratti di un atto di natura regolamentare. L'intento è quello di precludere alle istituzioni comunitarie, tramite l'uso della forma del regolamento, la possibilità di impedire un'impugnazione dei singoli contro un atto che li riguarda direttamente e individualmente. Pertanto, il criterio di distinzione tra un regolamento e una decisione non è la forma, ma la sostanza dell'atto impugnato.

¹¹ Cfr. 17 giugno 1980, Calpak, causa 789-790, in *Raccolta*, 1949, punti 7-8; 6 ottobre 1982, Alusuisse, causa 307/81, in *Raccolta*, punti 7-8; 24 febbraio 1987, Deutz, causa 26/86, in *Raccolta*, 941, punti 6-7.

¹² Sentenze 29 ottobre 1980, *Roquette e Maizena*; sentenza 29 marzo 1979, *NTN Toyo Bearing Company*, causa 113/77, *Racc.*, p. 1185.

¹³ Sentenza 13 maggio 1971, *International Fruit Company*, cause riunite 41-44/70, *Racc.*, p. 411.

¹⁴ Sentenza 26 giugno 1990, *Sofrimport*.

Per quanto riguarda le direttive¹⁵, pur essendo degli atti a portata generale e, quindi, non impugnabili da parte dei privati, la Corte non ha escluso la possibilità che un ricorrente non privilegiato fosse legittimato ad impugnare una direttiva che lo riguardava direttamente ed individualmente¹⁶. Tuttavia, si è negato che una direttiva, non ancora recepita all'interno dello Stato, possa riguardare direttamente i privati¹⁷ in conseguenza del fatto che le direttive non recepite non producono effetti orizzontali, ma esclusivamente verticali. Anche per quanto riguarda le decisioni rivolte a tutti li Stati membri, si riconosce la possibilità che esse possano riguardare direttamente ed individualmente i privati¹⁸.

Gli altri due requisiti cumulativamente necessari per poter proporre il ricorso sono: l'interesse diretto e quello individuale.

L'*interesse diretto* non presenta alcuna difficoltà interpretativa e si verifica quando l'atto impugnato ha per effetto di privare il ricorrente di un diritto o di imporgli un obbligo. Questo legame diretto tra l'atto comunitario e la situazione del ricorrente non è soddisfatto nell'ipotesi in cui il provvedimento comunitario lasci potere discrezionale alle autorità nazionali per la sua applicazione¹⁹.

¹⁵ Bisogna rilevare che tale tipologia di atti non risulta espressamente menzionata nel quarto comma dell'ex art. 230, a causa probabilmente dello specifico potere discrezionale che detta tipologia di atti attribuisce ai suoi destinatari, gli Stati membri.

¹⁶ Sentenza 29 giugno 1993, *Gibilterra c. Consiglio*; Tribunale di primo grado 20 ottobre 1994, *Asocarne*, causa T-99/94, in *Raccolta*, II-871; 23 novembre 1995, *Asocarne*, causa C-10/95, in *Raccolta*, I-4149. Su quest'ultime sentenze v., in particolare, D. Boni, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in *Il ricorso di annullamento nel Trattato Istitutivo della Comunità Europea* (a cura di B. Nascimbene e L. Daniele), pp. 94-100.

¹⁷ Sentenza *Salamandre*, cit., p. 54.

¹⁸ Tribunale primo grado 14 settembre 1995, *Antillean Rice Mills*, cause T-480 e 483/93, in *Raccolta*, II-2305.

¹⁹ Sentenza 10 dicembre 1969, *Eridania*, cause 10 e 18/68, in *Raccolta*, p. 459; 11 luglio 1984, *Comune di Differdange*, causa 222/83, *ivi*, p. 2889.

Ipotesi che deve realizzarsi concretamente e non solo teoricamente²⁰. Al contrario, se le autorità nazionali si limitano ad un'attuazione meramente automatica dell'atto comunitario, il legame diretto tra quest'ultimo e la situazione giuridica del ricorrente non viene meno²¹. In altri termini, non l'atto nazionale, ma solo quello comunitario deve incidere direttamente sulla situazione giuridica del ricorrente.

Al contrario, l'interpretazione della nozione di *persona individualmente interessata* da un atto a portata generale è stata oggetto di non poche perplessità, in quanto ritenuta particolarmente restrittiva. Il precedente fondamentale in materia è la decisione *Plaumann* del 1963, nella quale la Corte di giustizia ha enunciato un principio, reiterato nella sua giurisprudenza successiva, secondo cui il ricorrente può essere considerato *individualmente interessato* da un atto di cui non sia il destinatario solamente se «il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità e, quindi, lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari»²². In altri termini, l'atto impugnato deve porre il ricorrente in una situazione

²⁰ In tal senso, sentenze 23 novembre 1971, causa 62/70, *Bock/Commissione*, in *Racc.*, p. 897, punti 6-8; 17 gennaio 1985, causa 11/82, *Piraiki-Patraiki e altri/Commissione*, *ibidem*, p. 207, punti 8-10, e 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Francia e altri/Commissione*, in *Raccolta*, p. I-0000, punto 51.

²¹ Cfr. sentenza 29 marzo 1979, causa 113/77, *NTN Toyo Bearing Company e altri/Consiglio*, in *Raccolta*, p. 1185, punti 11 e 12; causa 118/77, *ISO/Consiglio*, in *Raccolta*, p. 1277, punto 26; causa 119/77, *Nippon Seiko e altri/Consiglio*, in *Raccolta*, p. 1303, punto 14; causa 120/77, *Koyo Seiko e altri/Consiglio e Commissione*, *ivi*, p. 1337, punto 25; causa 121/77, *Nachi Fujikoshi e a./Consiglio*, *Racc.*, p. 1363, punto 11; 11 luglio 1985, cause riunite 87/77, 130/77, 23/83, 9/84 e 10/84, *Salerno e altri/Commissione e Consiglio*, *ibidem*, p. 2523, punto 31; 17 marzo 1987, causa 333/85, *Mannesmann-Röhrenwerke e Benteler/Consiglio*, *ibidem*, p. 1381, punto 14; 14 gennaio 1988, causa 55/86, *Arposol/Consiglio*, *ibidem*, p. 13, punti 11-13; 26 aprile 1988, causa 207/86, *ApeSCO/Commissione*, *ibidem*, p. 2151, punto 12, e 26 giugno 1990, causa C-152/88, *Sofrimport/Commissione*, *ibidem*, p. I-2477, punto 9.

²² Cfr. 15 luglio 1963, causa 25/62, in *Raccolta*, punto 197.

simile a quella in cui si troverebbe se ne fosse il destinatario specifico.

L'analisi – che svolgeremo nei paragrafi successivi – riguardo agli altri strumenti previsti dal sistema giurisdizionale comunitario per accertare la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie mostrerà come la configurazione di quest'ultimi unitamente all'interpretazione restrittiva della nozione di *persona individualmente interessata* vadano a ledere il principio della tutela giurisdizionale effettiva – principio comune agli Stati membri e garantito sia dalla CEDU sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per fronteggiare tale questione sono state avanzate delle soluzioni, le quali – tuttavia – non sono state accolte dalla Corte di giustizia, lasciando così irrisolto il problema²³. Sul punto, infatti, è intervenuto, in un primo momento, l'Avvocato generale Jacobs con le sue conclusioni nella causa *Unión de Pequeños agricultores*²⁴ e, successivamente, il Tribunale di primo grado nella sentenza *Jégo-Quéré*²⁵.

2.2 L'ex art. 230, quarto comma, CE: tra critica e difesa

Le conclusioni dell'Avv. generale Jacobs sono una conseguenza dell'impugnazione di un'ordinanza del Tribunale di primo grado – che dichiarava manifestamente irricevibile il ricorso di annullamento presentato da un'associazione di agricoltori, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)*²⁶, in

²³ Soluzioni che sono state oggetto di analisi da parte di diversi autori tra cui: P. Manzini, *Il ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, cit., pp. 717-731; C. Amalfitano, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2003, n. 1, pp. 13-33; L. Montanari, *La disciplina del ricorso individuale nella giurisprudenza comunitaria*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2004, III, pp. 1542-1548; G. Pizzolante, *Trattato costituzionale e legittimazione degli individui ad impugnare gli atti comunitari*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», pp. 937-950.

²⁴ Conclusioni dell'Avv. generale Jacobs 21 marzo 2001, nella causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños agricultores/Consiglio*, in *Raccolta*, I-6677.

²⁵ Causa T-177/01, *ibidem*, II-2365.

²⁶ Ordinanza del 23 novembre 1999.

quanto quest'ultima non era ritenuta *individualmente interessata* dal regolamento n. 1638/98 adottato in materia di organizzazione comune del mercato dell'olio di oliva. Infatti, l'impugnazione della decisione del Tribunale di primo grado ha consentito alla Corte di pronunciarsi in seduta plenaria al fine di riconsiderare la propria giurisprudenza in tema di interesse individuale, e, conseguentemente, all'Avv. generale Jacobs di cogliere l'occasione per far emergere le lacune del sistema giurisdizionale comunitario e per fornire una nuova interpretazione della nozione di interesse individuale atta a garantire un'adeguata tutela giurisdizionale. Un ricorrente può ritenersi, secondo il parere dell'Avv. Jacobs, individualmente riguardato da un atto comunitario nel caso in cui tale atto pregiudichi, o possa pregiudicare, in modo sostanziale, i suoi interessi. Questa diversa interpretazione del concetto di interesse individuale comporterebbe dei vantaggi²⁷. Innanzitutto, «non solo garantirebbe ai privati direttamente pregiudicati da atti comunitari di non restare mai privi di rimedi giurisdizionali, ma consentirebbe altresì di esaminare le questioni di validità di portata generale nell'ambito del procedimento più adatto alla loro soluzione e nel quale è possibile accordare provvedimenti provvisori efficaci»²⁸. In secondo luogo, ci sarebbe un maggior uso dei ricorsi diretti e, conseguentemente, un minor numero dei procedimenti di cui all'*ex art.* 234 CE per risolvere problemi di validità, incidendo positivamente sulla certezza del diritto e sull'uniforme applicazione del diritto comunitario. Inoltre, il sindacato giurisdizionale finirebbe per favorire le questioni di merito piuttosto che quelli formali di ricevibilità, che impediscono di considerare la fondatezza degli argomenti addotti dai ricorrenti. L'Avv. generale Jacobs – al termine delle sue conclusioni – evidenzia con adeguate considerazioni come sia arrivato il momento di riconsiderare la rigida interpretazione dell'*ex art.* 230, quarto comma, CE per rafforzare la tute-

²⁷ Cfr. p.ti 61-72 delle conclusioni.

la giurisdizionale degli interessi dei privati. In primo luogo, rileva l'esistenza di una giurisprudenza della Corte sulla ricevibilità dei ricorsi sempre meno costante e più imprevedibile²⁹. Secondariamente, la giurisprudenza sull'accesso dei singoli di cui all'*ex art.* 230, quarto comma, si allontana sempre più dal diritto amministrativo degli Stati membri³⁰. Inoltre, se ai singoli fosse concessa la possibilità di contestare atti di portata generale ci sarebbe un rafforzamento significativo del ruolo del Tribunale di primo grado – quale giudice principale per il controllo di legittimità, con possibilità di impugnazione dinanzi alla Corte. Infine, la presenza di un contrasto tra l'elevato standard di tutela giurisdizionale effettiva che la giurisprudenza della Corte impone ai giudici nazionali chiamati a garantire i diritti derivanti dalle norme comunitarie e il limitato accesso dei singoli ai giudici comunitari, rende sempre più difficile giustificare le limitazioni alla legittimazione ad agire dinanzi ai giudici comunitari.

Ancor prima di una replica della Corte di giustizia alle provocazioni dell'Avv. generale, anche il Tribunale di primo grado – nella sentenza *Jégo-Quéré e Cie SA c. Commissione* del 3 maggio 2002 – è intervenuto ad elaborare una nuova interpretazione della nozione di persona individualmente riguardata, distaccandosi, così, dalla consolidata giurisprudenza in materia. In particolare, nel caso di specie il Tribunale di primo grado, ritenendo che il ricorren-

²⁸ Cfr. p.to 63 delle conclusioni.

²⁹ L'Avv. generale *Jacobs*, a tal proposito, fa riferimento alle sentenze *Extramet e Codorniu*, nelle quali «la Corte ha ammesso che atti di portata generale in forma di regolamenti possono essere impugnati da privati poiché la portata generale di un atto non esclude che questo possa concernere direttamente ed individualmente taluni operatori economici interessati» (p.to 83 delle conclusioni).

³⁰ «Ad esempio, il diritto francese e i sistemi basati su di esso hanno utilizzato la nozione di *acte faisant grief* in modo che praticamente tutti i soggetti che siano pregiudicati da un provvedimento hanno diritto di impugnarlo; inoltre, il concetto di *intérêt pour agir* è stato interpretato in modo ampio. Nel diritto inglese il requisito giurisdizionale del *sufficient in-*

te non potesse essere considerato individualmente interessato sulla base dei criteri fino ad allora elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e che, conseguentemente, sarebbe stato privato «di ogni rimedio giurisdizionale per contestare la legittimità delle disposizioni impugnate», è intervenuto a rivedere la reiterata giurisprudenza³¹. Nessun obbligo tassativo esiste per il singolo che voglia impugnare un atto di portata generale di essere identificato alla stessa stregua di un destinatario e, pertanto, se si vuole garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei singoli – a giudizio del Tribunale – «una persona fisica o giuridica deve ritenersi individualmente interessata da una disposizione comunitaria di portata generale che la riguarda direttamente, ove la disposizione di cui trattasi incida, in maniera certa ed attuale, sulla sfera giuridica limitando i suoi diritti ovvero imponendole obblighi. Considerazioni relative al numero e alla situazione di altre persone parimenti interessate dalla disposizione o che possano esserlo non sono al riguardo pertinenti»³².

Sia l'Avv. generale che il Tribunale soffermano l'attenzione sugli effetti che l'atto impugnato produce sulla posizione del ricorrente. Tuttavia, il primo parla di pregiudizio potenziale o effettivo arrecato dall'atto agli interessi dei singoli e, pertanto, propone un criterio di accesso alla giustizia comunitaria ancora più ampio e generalizzato rispetto a quello del Tribunale il quale, fa invece, fa riferimento a diritti pregiudicati o ad obblighi imposti dall'atto fornendo, in tal modo, una nozione di interesse individuale più chiara e certa³³.

Solo successivamente all'intervento del Tribunale di primo grado

terest che un privato deve possedere per domandare un sindacato giurisdizionale costituisce raramente un ostacolo alla ricevibilità del ricorso» (p.to 85 delle conclusioni).

³¹ Cfr. Causa T-177/01, in *Raccolta*, II-2365, p.ti 38 e 39.

³² Causa T-177/01, in *Raccolta*, II-2365, p.to 51.

³³ In tal senso anche P. Manzini, *Il ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, cit., p. 725; C. Amalfitano, *La protezione giurisdizionale...*, cit., p. 28; G. Pizzolante, *Trattato costituzionale e legittimazione degli individui...*, cit., p. 947.

sull'opportunità di affermare un nuovo significato del termine di interesse individuale, la Corte di Giustizia si è pronunciata in seduta plenaria sul caso Unión de Pequeños Agricultores, replicando così alle conclusioni dell'Avv. Jacobs³⁴. Quest'ultima ha finito, tuttavia, per ribadire la completezza del sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti tesi a garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie in quanto le persone fisiche o giuridiche – qualora non possano impugnare direttamente atti comunitari di portata generale a causa dei requisiti di ricevibilità di cui all'*ex art.* 230, quarto comma, CE – hanno l'opportunità, a seconda dei casi, di far valere l'invalidità di tali atti in via incidentale dinanzi al giudice comunitario in forza dell'*ex art.* 241 CE,³⁵ oppure, di sollecitare in via pregiudiziale i giudici nazionali a rivolgersi alla Corte. In quest'ultimo caso gli Stati membri giocano un ruolo importante perché – in virtù del principio di leale collaborazione sancito dall'*ex art.* 10 CE – sono tenuti a prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva³⁶.

³⁴ Sentenza del 25 luglio 2002, Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio, C-50/00 P, in *Raccolta*, I-6677.

³⁵ Tale articolo recitava così: «nell'eventualità di un controversia che metta in causa un regolamento adottato congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio o un regolamento del Consiglio, della Commissione o della BCE, ciascuna parte può, anche dopo lo spirare del termine previsto dall'art. 230, quinto comma, valersi dei motivi previsti dall'art. 230, secondo comma, per invocare alla Corte di giustizia l'inapplicabilità del regolamento stesso».

³⁶ Nella Sentenza del 25 luglio 2002, Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio, C-50/00 P, in *Raccolta*, I-6677, p.to 43, la Corte precisa, però, che, come ha rilevato l'Avv. generale ai p.ti 50-53 delle conclusioni, «non è ammissibile un'interpretazione del regime dei rimedi giurisdizionali [...], secondo cui un ricorso diretto di annullamento dinanzi al giudice comunitario sarebbe possibile se si potesse dimostrare, dopo un esame concreto da parte di quest'ultimo delle norme procedurali nazionali, che queste ultime non autorizzano il singolo a intentare un'azione che gli consenta di contestare la validità dell'atto comunitario impugnato. Infatti, un sistema del genere richiederebbe che, per ogni caso specifico,

Inoltre, la Corte di giustizia ha ribadito che la lettura del Trattato impone che una persona fisica o giuridica può presentare un ricorso contro un regolamento solo se sia interessata, non solo direttamente, ma anche individualmente, da tale atto. Pertanto, l'interpretazione della nozione di interesse individuale – sebbene debba tener conto del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva – non può comportare l'esclusione del requisito espressamente previsto dal Trattato, perché altrimenti significherebbe andare oltre le competenze attribuite da quest'ultimo ai giudici comunitari. Ciò finirebbe per produrre una riforma dell'attuale sistema di controllo della legittimità degli atti comunitari di portata generale, il che, come è noto, compete esclusivamente agli Stati in conformità all'*ex art.* 48 UE³⁷. Motivazioni analoghe sono utilizzate dalla Corte a fondamento della sua successiva sentenza – relativa al caso *Jégo-Quééré e Cie SA c. Commissione*³⁸ – per respingere ancora una volta l'ipotesi di affermare un nuovo significato del termine di interesse individuale.

Non priva di contraddizione, tuttavia, è la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia poiché in passato essa ha elaborato soluzioni a favore del principio della tutela giurisdizionale effettiva, le quali sono state poi recepite nel testo del Trattato³⁹. In altri termini, la Corte – nell'individuare i tipi di atti suscettibili di sindacato giurisdizionale (sentenza *Les Verts*) nonché le istituzioni legittimate a promuovere ricorsi di annullamento ai sensi del Trattato

il giudice comunitario esamini e interpreti il diritto processuale nazionale, il che esulerebbe dalla sua competenza nell'ambito del controllo della legittimità degli atti comunitari».

³⁷ Cfr. Sentenza del 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, C-50/00 P, in *Raccolta*, I-6677, p.ti 44 e 45.

³⁸ Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 1° aprile 2004, *Commissione delle Comunità europee contro Jégo-Quééré & Cie SA*, C-263/02 P, in *Raccolta*, I-3425.

³⁹ L'Avv. generale *Jacobs* ha parlato in tal senso di anomalie presenti nella giurisprudenza della Corte sul controllo giurisdizionale, cfr. p.ti 67-69 delle conclusioni. V. anche C. Amalfitano, *La protezione giurisdizionale ...*, cit., p. 42; P. Manzini, *Il ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, cit., pp. 731-733.

(sentenza Chernobyl)⁴⁰ – ha fornito un’interpretazione benevola e dinamica del Trattato, andando persino contro la sua stessa lettera. Questa apertura ermeneutica della Corte finisce, pertanto, per contrastare con il suo atteggiamento restrittivo nei riguardi dei ricorrenti privati ai sensi dell’*ex art.* 230, quarto comma⁴¹.

Sulla scia di questi eventi, è possibile notare come – nonostante sia emersa la necessità di un rinnovamento del significato di *interesse individuale* – la questione è rimasta sostanzialmente inalterata e – come vedremo – rinviata in sede di revisione dei Trattati.

2.3 La giurisprudenza TWD: chiarisce e/o complica l’accesso dei singoli al giudice comunitario.

Il ricorso di annullamento – come è noto – può essere proposto entro due

⁴⁰ Nel primo caso (Sentenza 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts/Parlamento*, in *Raccolta*, 1339), la Corte ha riconosciuto la sua competenza a ricevere ricorsi per annullamento anche contro atti del parlamento europeo che producono effetti giuridici nei confronti dei terzi, sebbene il vecchio art. 173, primo comma (modificato in art. 230, primo comma) limitasse tali ricorsi solo contro atti del Consiglio e della Commissione. Nel secondo caso (Sentenza 22 maggio 1990, *Parlamento europeo c. Consiglio*, causa C-70/88, in *Raccolta*, I-2041), invece, la Corte ha legittimato il Parlamento a proporre un ricorso per annullamento avverso un atto del Consiglio o della Commissione a tutela delle sue prerogative, benché il precedente art. 173, secondo comma, prevedesse come ricorrenti solo il Consiglio, la Commissione e gli Stati membri.

⁴¹ L’ Avv. generale *Jacobs* nel p.to 72 delle sue conclusioni rileva un’ulteriore anomalia in questo settore: «il fatto che il diritto comunitario non pone limiti al diritto dei singoli di promuovere ricorsi per risarcimento dei danni di cui agli *ex artt.* 235 e 288 CE. La categoria dei singoli abilitati a chiedere il risarcimento dei danni causati da atti comunitari è quindi illimitata. Ciò appare paradossale, considerando la severità delle regole sulla legittimazione ad agire di cui all’*ex art.* 230, quarto comma CE, poiché le azioni per risarcimento vertono spesso, o vertono effettivamente, sulla contestazione della legittimità di atti comunitari di portata generale. Infatti il Tribunale è già competente ad esercitare il sindacato di legittimità sugli atti di portata generale nei ricorsi per risarcimento dei danni (o nelle eccezioni di illegittimità di cui all’*ex art.* 241 CE) promossi da una categoria illimitata di privati».

mesi dalla notifica dell'atto o dalla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea o subordinatamente dalla data in cui il ricorrente ne è venuto direttamente a conoscenza in modo da consentire così – a tutela dei privati – la ricevibilità del ricorso anche qualora sia tardivo rispetto alla data della sua effettiva pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Diversi sono i motivi d'impugnazione⁴², che possono essere sollevati anche d'ufficio: l'incompetenza (*ratione materiae, ratione loci, ratione temporis*) della Comunità, la violazione delle forme sostanziali (garanzie di procedura, rispetto delle forme essenziali, obbligo di motivazione), violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, sviamento di potere⁴³. L'impugnazione non sospende l'efficacia dell'atto comunitario⁴⁴ e quest'ultimo diviene definitivo quando non contestato nel termine previsto per l'impugnazione.

Infatti, quando si tratta di una decisione individuale nei confronti della quale non sussistono dubbi sulla sua legittimazione ad agire ai sensi del quarto

⁴² «Tanto in sede di ricorso per annullamento dell'atto, come in quella per constatazione dell'omissione, l'ordinamento comunitario fa riferimento ad una serie di vizi di legittimità tipici del diritto amministrativo francese e analoghi a quelli previsti dal nostro sistema» (eccesso di potere, incompetenza e violazione di legge). Cfr. M. Airoldi, *La tutela dinanzi alla giurisdizione amministrativa europea*, Torino, 199, p. 50.

⁴³ «La giurisprudenza della Corte ha nel tempo contribuito a fissare i contorni delle cause d'illegittimità dell'atto amministrativo comunitario, anche se di fatto ha mostrato una chiara tendenza a non attenersi a schematizzazioni troppo rigide. Del resto in certi casi una completa tipizzazione del vizio appare problematica e, per le funzioni che esso svolge, persino inopportuna. Ciò ha fatto sì che nell'ambito della violazione del Trattato la Corte talora ricomprendesse tanto l'incompetenza, come la violazione delle forme sostanziali e, addirittura, lo sviamento di potere. In taluni casi tuttavia una precisa individuazione del vizio è innegabilmente rilevante: ciò in riferimento all'incompetenza e alla violazione delle forme sostanziali, che trattandosi di *moyens d'ordre public* possono essere sollevate anche d'ufficio, mentre la violazione del Trattato o lo sviamento di potere possono essere fatti valere solo su iniziativa della parte ricorrente». Così v. *Ibidem*, p. 52.

⁴⁴ Tuttavia, la Corte può sospendere l'esecuzione dell'atto comunitario quando le circostanze lo richiedono (ex art. 242 CE) o adottare le misure provvisorie ritenute necessarie (ex art. 243 CE).

comma dell'*ex art.* 230 CE e quando si sia omesso di agire entro il termine stabilito dal quinto comma del medesimo articolo, il ricorrente non può più contestare la legittimità dell'atto dinanzi al giudice nazionale – chiamato a risolvere una controversia contro le misure nazionali di attuazione dell'atto stesso. Conseguentemente, il rinvio pregiudiziale svolto dal giudice nazionale sarà ritenuto irricevibile dalla Corte. Al contrario, gli atti di carattere generale che non riguardano direttamente ed individualmente il ricorrente possono essere contestati dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, configurandosi così il procedimento di cui all'*ex art.* 234 come rimedio alternativo a quello di annullamento per gli atti di portata generale e delineandosi di fatto – secondo la Corte – un'architettura giurisdizionale che tutela effettivamente i privati. In realtà, questa giurisprudenza – detta TWD dal nome della causa⁴⁵ – sembra gravare ulteriormente sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva in quanto non solo spetta al ricorrente la difficile valutazione dell'esistenza o meno di un suo interesse diretto e individuale derivante dall'atto impugnato, ma – a tutela della certezza del diritto – la possibilità di attivare il procedimento di cui all'*ex art.* 234 costituisce – come abbiamo appena affermato – un rimedio alternativo a quello di annullamento limitatamente agli atti di portata generale⁴⁶ e non un rimedio aggiuntivo a quello di annullamento per quegli atti, che essendo di portata generale, non siano stati valutati correttamente dal ricorrente come direttamente ed individualmente pregiudizievoli nei suoi confronti nei termini legalmente previsti. Ancora una volta, quindi, la giurisprudenza della Corte arricchisce e, al contempo, complica l'accesso dei singoli al giudice comunitario, confermando sempre l'esistenza di un sistema giurisdizionale comunitario perfetto e a tutela del singolo.

⁴⁵ 9 marzo 1994, TWD, causa C-188/92, in Raccolta, I-833.

⁴⁶ In altri termini, si crea un rapporto complementare tra l'azione diretta di annullamento e la facoltà di proposizione delle censure in via pregiudiziale.

3. Le persone fisiche e giuridiche e il rinvio pregiudiziale

Il rinvio pregiudiziale si basa sulla cooperazione giudiziaria tra giudice comunitario e giudici nazionali nonché sulla distinzione e sul rispetto delle reciproche competenze, delineandosi così un sistema giurisdizionale integrato fra Stati membri e Comunità. In particolare, questa procedura – che si articola come è noto in rinvio pregiudiziale di interpretazione e di validità – prevede che il giudice nazionale, quando ha un dubbio sull'interpretazione del diritto comunitario o sulla validità di un atto delle istituzioni e la sua risoluzione è necessaria per emanare la propria decisione nella controversia davanti a lui pendente, possa o debba rivolgersi alla Corte di Giustizia. Il rispetto delle reciproche competenze impone che solo al giudice nazionale spetta risolvere nel merito le controversie, limitandosi il giudice comunitario a sciogliere il dubbio sull'interpretazione del diritto comunitario o sulla validità di un atto delle istituzioni per consentire al giudice nazionale di giungere alla decisione. Il rinvio pregiudiziale – come abbiamo visto – è di due tipi, d'interpretazione e di validità, e, pertanto, duplice è l'obiettivo a seconda del tipo di rinvio pregiudiziale promosso: nel primo caso si vuole assicurare la corretta ed uniforme interpretazione del diritto comunitario e nel secondo caso garantire il rispetto del principio di legalità all'interno dell'ordinamento comunitario, evitando contemporaneamente il formarsi di interpretazioni divergenti⁴⁷.

⁴⁷ Esula dalla trattazione di questo lavoro – in quanto limitato all'ambito comunitario – il c.d. rinvio pregiudiziale d'urgenza, il quale costituisce «una recente novità utilizzabile, per il momento, esclusivamente nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, vale a dire, nei settori di cui al Titolo IV (artt. 61-69) della Parte terza del Trattato CE, riguardante i visti, l'asilo, l'immigrazione e le altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, compresa la cooperazione giudiziaria in materia civile e di cui all'art. VI (artt. 29-42) del Trattato sull'Unione europea, riguardante la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale». Tuttavia, sulla prima applicazione di questo rinvio pregiudiziale v. in particolare M. Fragola, *Il primo rinvio pregiudiziale «d'urgenza»: il caso Rinau*, in «Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali», Fasc. 4/2008, pp. 765-775.

Più precisamente, è il rinvio pregiudiziale di validità – analogamente al ricorso di annullamento – che consente alla Corte di svolgere il controllo sulla validità degli atti comunitari, con la differenza che per i privati pregiudicati da atti di portata generale non vigono le condizioni restrittive di ricevibilità previste per il ricorso di annullamento e né tanto meno si applica il termine di ricorso di due mesi previsto per quest'ultimo. La Corte – come abbiamo visto – esclude, però, che la validità delle decisioni individuali possa essere esaminata in sede pregiudiziale quando non siano state impugnate dai loro destinatari nei tempi previsti per promuovere il ricorso di annullamento⁴⁸. Unitamente all'eccezione di illegittimità, il rinvio pregiudiziale di validità consente così di delineare un sistema di tutela giurisdizionale completo in quanto permette ai privati ciò che il ricorso di annullamento gli preclude, ovvero di contestare la validità di un atto di portata generale. Tuttavia, siamo in presenza di un ricorso indiretto, che limita il privato a contestare la validità dell'atto dinanzi al giudice interno, lasciando a quest'ultimo la discrezionalità se adire o meno la Corte in merito. Pertanto, esclusivamente al giudice interno spetta la decisione di proporre un rinvio pregiudiziale, sollecitato – ma non obbligato – dalle parti o promosso d'ufficio.

Nell'ordinanza di rinvio, in particolare, il giudice interno indica la rilevanza della questione per la soluzione del caso, la quale in via di principio non può essere contestata dalla Corte in quanto a quest'ultima spetta solo decidere sulla propria competenza e sull'esistenza dei requisiti di ricevibilità delle questioni pregiudiziali. In tema della ricevibilità è stato, infatti, affermato che, se è indubbio che la Corte svolga un controllo di ricevibilità sui presupposti di applicabilità materiale dell'istituto pregiudiziale – definiti alla stregua dell'ordinamento comunitario (come ad es. la nozione di giurisdizione nazionale di cui al-

⁴⁸ 9 marzo 1994, TWD, cit.

l'ex art. 234 CE) e detti presupposti *esterni* o *statici* di ammissibilità del rinvio -, perplessità esistono circa il controllo della Corte sulla rilevanza interna della questione prospettata riguardo al giudizio principale o, meglio, sull'utilità del rinvio in relazione al caso specie in cui si inserisce (detti presupposti *dinamici* o *funzionali* del rinvio) in quanto questo controllo è già effettuato dall'autorità rinviante e sarebbe di fatto in contrasto con la *ratio* di collaborazione propria del rinvio pregiudiziale⁴⁹. Queste considerazioni vanno, però, temperate, da un lato, «dal fatto che la disciplina espressa sulla ricevibilità delle domande di rinvio pregiudiziale è caratterizzata dalla massima laconicità» e, dall'altro, «dalla elaborazione giurisprudenziale sulla ricevibilità delle domande di rinvio, la quale, pur non rinunciando (pressoché) mai formalmente alla teorica enunciazione della riserva in capo al giudice nazionale circa i poteri di indagine su quelle che abbiamo detto le condizioni “dinamiche” di ricevibilità del rinvio, compie, di fatto, significative deroghe ad essa, la analisi delle quali va conseguentemente effettuata in funzione della individuazione della corrispondente *ratio* ispiratrice e delle eventuali disarmonie applicative»⁵⁰.

Sia che si tratti di rinvio pregiudiziale di validità ovvero di interpretazione, bisogna distinguere se il giudice di rinvio sia o meno di ultima istanza, ovvero se le sue decisioni siano o meno suscettibili di impugnazione presso altro organo giurisdizionale nazionale. Un giudice non di ultima istanza ha la semplice facoltà di rinviare alla Corte, o meglio ha la facoltà di dichiarare un atto valido ma non ha competenza a pronunciarsi sulla sua invalidità (sentenza *Foto-Frost*)⁵¹ in quanto solo alla Corte di Giustizia spetta quest'ultimo compito. Al

⁴⁹ In tal senso v. G. Raiti, *La ricevibilità delle domande pregiudiziali*, in *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, pp. 5-81.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 7-8.

⁵¹ 22 ottobre 1987, *Foto-Frost*, causa 314/85, in *Raccolta*, 4199.

contrario, un giudice di ultima istanza ha l'obbligo di rivolgersi alla Corte, sebbene esistano alcuni temperamenti introdotti dal giudice comunitario: ad es. il giudice nazionale può astenersi dall'obbligo di rivolgersi alla Corte sia quando quest'ultima abbia creato un precedente su una determinata questione⁵² oppure quando «l'applicazione corretta del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata»⁵³. È da rilevare che questo principio, definito dell'*atto chiaro*, non è esente da rischi di abusi da parte dei giudici interni in quanto questi ultimi – godendo di ampia discrezionalità nel giudicare “chiaro” un atto comunitario – possono evitare di rivolgersi alla Corte di Giustizia, finendo così per far prevalere la loro interpretazione. Più in generale, sono le autorità giurisdizionali degli Stati membri – nella veste di organi giurisdizionali comunitari “decentrati” e nel quadro del generale principio di “leale cooperazione” di cui all'ex art. 10 del Trattato – a svolgere il compito di assicurare la tutela giurisdizionale dei singoli attraverso l'uso dei diversi mezzi processuali interni che hanno a disposizione.

L'inottemperanza del giudice di ultima istanza dell'obbligo di rinvio comunitario può essere oggetto di ricorso sia alla Corte di Giustizia nei confronti dello Stato cui appartiene quest'ultimo per violazione del Trattato (ex art. 226 ss. CE) sia dinanzi ai giudici nazionali sempre nei confronti dello Stato di appartenenza della giurisdizione di ultima istanza per il risarcimento del danno del soggetto ricorrente.⁵⁴

Se un giudice ha ritenuto opportuno rinviare al giudice comunitario per effettiva incertezza sulla validità della norma comunitaria, può sospendere – fino a quando la Corte non si sia pronunciata in merito – l'applicazione di misure

⁵² 27 marzo 1963, Da Costa, causa 28-30/62, in *Raccolta*, 61.

⁵³ 6 ottobre 1982, sentenza *Cilfit*, causa 283/81, in *Raccolta*, 3415.

interne sia di attuazione della norma comunitaria in caso di pregiudizio grave e irreparabile per la parte sia che si alleghino contrarie al diritto comunitario.

Per quanto riguarda la nozione di giurisdizione nazionale di cui all'*ex art.* 234 CE – che, come abbiamo visto, rientra tra i requisiti *statici* di ricevibilità del rinvio in quanto costituisce un elemento *esterno* al sindacato di rilevanza della questione –, non necessariamente deve coincidere con quella fornita dagli ordinamenti nazionali, ma dovrà ricavarsi sulla base dei requisiti propri del diritto comunitario: ad es. dovrà trattarsi di un organo costituito per legge, indipendente e terzo⁵⁵ nonché dovranno essere valutate le modalità di svolgimento del procedimento dinanzi all'organo interno e le funzioni svolte da quest'ultimo⁵⁶. A tal proposito si pone il problema – come vedremo successi-

⁵⁴ *Infra*, v. capitolo IV.

⁵⁵ «Si tratta dei requisiti indicati sin dalla prima pronuncia dedicata alla questione: la sentenza Vaassen-Göbbels, del 30 giugno 1966, in causa 61/65, in *Racc.*, 1966, p. 377, con la quale, a fronte di un rinvio effettuato dallo *Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf* (Tribunale arbitrale della Cassa degli impiegati delle miniere, regolamentato dalla legge olandese), la Corte ne ritenne la ricevibilità considerato il sussistere: a) del fondamento legale; b) del carattere permanente; c) del carattere obbligatorio della relativa giurisdizione; d) del carattere contenzioso della procedura; e) della natura di stretto diritto del giudizio. Ad essi si è successivamente aggiunto il requisito della “indipendenza” dell'organo per la cui prima esplicita affermazione (ma un cenno era contenuto nella stessa Vaassen-Göbbels, laddove si evidenziavano le modalità della nomina degli arbitri), v. la sent. 11 giugno 1987, in causa 14/86, Pretore di Salò, in *Racc.* 1987, p. 2545, punto 7 (per uno dei più recenti richiami ai detti requisiti, v. la sent. 30 novembre 2000, causa C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, in *Racc.*, 2000, p. I-10497 ss.).» Cfr. G. Raiti, *La ricevibilità delle domande pregiudiziali*, in *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., nota 17 p. 16.

⁵⁶ Quanto alle caratteristiche del procedimento che si svolge dinanzi alle giurisdizioni nazionali, «oltre al requisito del contraddittorio, che tuttavia può essere soltanto differito ed eventuale, i giudici nazionali possono adire la Corte esclusivamente se dinanzi ad esse sia pendente una lite e se siano chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale [12 novembre 1998, Victoria Film, causa C-134/97, in *Raccolta*, I-7023; ordinanze del 26 novembre 1999, RAI, causa C-440/98, *ivi*, I-8597, e ANAS, causa C-192/98, *ivi*, I-8583]. Ciò comporta che un organismo

vamente nello specifico – se le Corti costituzionali ricadano tra le giurisdizioni nazionali chiamate ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, rilevando che, «pur volendosi astrattamente convenire sulla configurabilità della sanzione ex art. 226 per l'ipotesi di inottemperanza delle Corti costituzionali all'obbligo discendente dall'art. 234, comma 3, rimane il fatto – che a tutt'oggi – è mancata qualsivoglia corrispondente iniziativa da parte della Commissione strumentale all'avvio del relativo procedimento di responsabilità nei confronti di alcuno Stato membro»⁵⁷.

In particolare, è opportuno – ai fini della nostra trattazione – mettere in rilievo quelle caratteristiche che mostrano con evidenza come questo strumento giurisdizionale risulti inadeguato ai fini di una tutela piena ed efficace contro gli atti di portata generale – contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte e in sintonia con la posizione dell'Avv. generale Jacobs. Innanzitutto, il procedimento pregiudiziale è caratterizzato dal fatto che il giudice comunitario è il so-

che senz'altro, considerata la sua struttura, deve essere qualificato come “giurisdizione” ai sensi dell'art. 234, può non essere abilitato a rivolgersi alla Corte qualora, e nella misura in cui, eserciti funzioni di natura amministrativa, come è il caso della Corte dei Conti italiana quando svolge funzioni di valutazione e controllo dell'attività amministrativa [Ordinanze 26 novembre 1999, cit.]. Se il procedimento è comunque destinato a concludersi con una decisione di carattere giurisdizionale, vincolante le parti: la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile dalla Corte anche se il procedimento presenta aspetti “meno tipici” dei procedimenti giudiziari: come nel caso in cui la giurisdizione in questione, chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza di determinati diritti nei rapporti di lavoro, non statuisca su controversie riguardanti cause concrete tra persone individuate o debba fondare la sua valutazione giuridica su fatti adottati dal ricorrente senza altro esame, ovvero assuma una decisione soltanto dichiarativa o, ancora, il diritto a comparire sia esercitato collettivamente [30 novembre 2000, Oesterreichischer Gewerkschaftsbund, causa C-195/98, in *Raccolta*, I-10498]». Cfr. G. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2005, pp. 349-350.

⁵⁷ Cfr. G. Raiti, Corte costituzionale e rinvio pregiudiziale, in *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., p. 162.

lo competente a dichiarare l'invalidità di un atto comunitario⁵⁸ e che, pertanto, il giudice nazionale non può essere considerato «quale strumento equivalente di tutela giurisdizionale rispetto alle lesioni provocate da atti comunitari»⁵⁹.

In secondo luogo, «la possibilità di adire la Corte di giustizia in base all'ex art. 234 CE non costituisce un rimedio giuridico posto a disposizione dei singoli come un diritto incondizionato»⁶⁰. Infatti, non spetta ai singoli la decisione del rinvio, la scelta degli atti da sottoporre al sindacato della Corte nonché la scelta dei motivi di invalidità da prospettare. In altri termini, i singoli non godono di alcun diritto di adire la Corte.

Ancora, il privato cittadino pregiudicato da un atto comunitario privo di misure nazionali di trasposizione (ad esempio da un regolamento) non può contestarne la validità dinanzi a un giudice nazionale, salvo violare le disposizioni contenute nell'atto stesso. Può accadere che non esistano atti contro cui promuovere un ricorso dinanzi ai giudici nazionali e, pertanto, il privato cittadino

⁵⁸ Cfr. sentenza 22 ottobre 1987, causa 314/85, Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck Ost., in *Raccolta*, 4199, p.to. 15: «I giudici nazionali non hanno il potere di dichiarare invalidi gli atti delle istituzioni comunitarie. Infatti, come è stato sottolineato nella sentenza 13 maggio 1981 (International chemical corporation, 66/80, in *Raccolta*, 1191), le competenze attribuite alla Corte dall'art. 177 hanno essenzialmente lo scopo di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali. Questa esigenza di uniformità e particolarmente imperiosa quando sia in causa la validità di un atto comunitario. L'esistenza di divergenze fra i giudici degli stati membri sulla validità degli atti comunitari potrebbe compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario ed attentare alla fondamentale esigenza della certezza del diritto».

⁵⁹ Cfr. C. Amalfitano, *La protezione giurisdizionale...*, cit., p. 26. V. anche p.to. 41 delle conclusioni dell'Avv. generale Jacobs 21 marzo 2001, nella causa C-50/00 P, Unión de Pequeños agricultores/Consiglio, in *Raccolta*, I-6677.

⁶⁰ Cfr. p.to. 42 delle conclusioni. Si precisa che le richieste dei ricorrenti possono essere disattese dai giudici nazionali in quanto quest'ultimi possono non solo commettere errori nel valutare in via preliminare la validità di atti comunitari di carattere generale e, conseguentemente, omettere di rinviare la questione di validità alla Corte, ma anche riformulare le domande dei ricorrenti nelle questioni sottoposte alla Corte. Pertanto, il rinvio pregiudiziale è governato dal giudice nazionale e non dal ricorrente.

è obbligato a disattendere le disposizioni contenute nell'atto comunitario per far valere la loro illegittimità come argomento difensivo in un procedimento civile o penale nel quale egli sia parte convenuta. In questa ipotesi, l'unica possibilità che hanno i singoli di accedere alla giustizia è, dunque, quella di violare la legge⁶¹.

Ci sono anche considerazioni più strettamente procedurali. Innanzitutto, i ricorsi diretti implicano la presenza dell'istituzione autrice dell'atto impugnato come parte del procedimento dall'inizio alla fine nonché uno scambio completo di memorie e non un unico deposito di atti seguito da osservazioni orali dinanzi alla Corte come avviene nella procedura pregiudiziale. Inoltre, la possibilità di accordare provvedimenti provvisori ai sensi degli ex artt. 242 e 243 CE, efficaci in tutti gli Stati membri, costituisce un vantaggio per l'uniformità del diritto comunitario in contrapposizione ai provvedimenti provvisori adottati dal giudice nazionale, i quali sarebbero limitati al singolo Stato membro, rendendo così possibili decisioni contrastanti da parte dei giudici di Stati membri diversi e pregiudicando l'uniforme applicazione del diritto comunitario. Un'altra differenza riguarda la partecipazione dei terzi al procedimento giurisdizionale: il ricorso diretto, reso noto tramite un avviso nella Gazzetta ufficiale, consente ai terzi che dimostrano di avere interesse sufficiente possono intervenire, mentre i procedimenti pregiudiziali permettono ai singoli di presentare osservazioni solo se siano intervenuti nella causa dinanzi al giudice nazionale.

Da ultimo, il rinvio pregiudiziale di validità comporta normalmente tempi più lunghi e costi più elevati rispetto al ricorso di annullamento nonché ragioni di certezza del diritto rendono opportuno che la validità degli atti comunitari sia contestata in sede contenziosa il più rapidamente possibile dopo la loro a-

⁶¹ Proprio il Tribunale di primo grado ha rilevato nella sentenza *Jégo-Quérè* che nel caso specie non esistevano provvedimenti di esecuzione sulla base dei quali proporre un ricorso dinanzi ai giudici nazionali.

dozione in conformità con i termini previsti dai ricorsi diretti e in contrasto con la possibilità di contestare la validità degli atti comunitari in qualunque momento dinanzi ai giudici nazionali.

Queste considerazioni⁶² mostrano, dunque, come il ricorso diretto di annullamento (ex art. 230) è più idoneo ad offrire una tutela piena ed efficace contro atti di portata generale rispetto ai procedimenti pregiudiziali (ex art. 234).

4. L'accesso delle persone fisiche e giuridiche agli altri ricorsi giurisdizionali presenti nel Trattato CE.

In questo paragrafo, verrà valutato se gli altri ricorsi giurisdizionali presenti nel panorama comunitario possano considerarsi dei possibili rimedi alternati-

⁶² Cfr. p.ti 45-48 delle conclusioni. Sul tema è intervenuto anche G. Raiti, *Pregiudiziale comunitaria e normativa processuale degli stati membri*, in *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., pp. 332-358, che ha schematizzato i punti deboli del procedimento pregiudiziale come segue: A) Sotto il profilo della "parità" delle armi processuali riguardo a tutti i soggetti più immediatamente implicati dal decisum pregiudiziale della Corte, anzitutto: A1) nell'eccessiva vaghezza che contraddistingue l'esercizio officioso di taluni poteri della Corte comunitaria strumentalmente alla pronuncia di ricevibilità o meno dei rinvii; A2) in termini ancor più ampi, potrebbe esser censurata la sostanziale indeterminatezza dei criteri che presiedono all'attivazione dei vari meccanismi di perseguimento del valore della "utilità" della pronuncia. B) Sotto il profilo della pienezza del contraddittorio: B1) una prima, e piuttosto rimarchevole, causa di inefficienza del sistema è data dalla assenza nell'insieme dei potenziali contraddittori – quali intervenienti – di coloro che, terzi rispetto alla causa principale al momento di effettuazione del rinvio – e (perciò, comprensibilmente) estranei all'informativa di cui all'articolo 23 dello Statuto della Corte (ex. art. 20 dello Statuto CE) – siano, tuttavia, portatori di posizioni di interesse in grado di legittimarne l'intervento: anzitutto – b1) – nella causa principale medesima, e – b2) – eccezionalmente, altresì, in seno al procedimento pregiudiziale in sé e per sé considerato. B2) Un'ulteriore menda del procedimento è ravvisabile nella carente previsione di alcuna facoltà di allegazione difensiva in capo alle parti del giudizio a quo (così come – è ovvio – in alcun altro soggetto "interessato" alla questione pregiudiziale) – strumentalmente alla scelta officiosa di adozione del procedimento accelerato introdotto dal novellato art. 104-bis del Reg. di procedura della Corte.

vi al ricorso di annullamento. In altri termini, se le condizioni di accesso restrittive al ricorso di annullamento da parte delle persone fisiche o giuridiche per verificare la legittimità di atti comunitari possano essere bilanciate dall'esistenza di altri rimedi – oltre a quello del rinvio pregiudiziale – al fine di valutare se veramente si possa parlare di completezza e di effettività del sistema giurisdizionale così come previsto dai Trattati.

Innanzitutto, il ricorso in carenza è uno strumento giurisdizionale che completa il ricorso in annullamento, ma che non può considerarsi “sostitutivo” o “alternativo” di quest'ultimo perché il ricorso in annullamento sanziona l'adozione di atti illegittimi da parte delle istituzioni comunitarie, mentre il ricorso in carenza, al contrario, la mancata adozione di atti dovuti da parte degli organi comunitari.⁶³ In altri termini, diverso è l'oggetto del ricorso: il primo censura l'azione e il secondo l'inazione delle Istituzioni comunitarie. Tuttavia, è da rilevare che, come il ricorso in annullamento, anche il ricorso in carenza presenta delle condizioni di accesso al giudice comunitario restrittive – anzi più restrittive del primo.

In particolare, ai sensi del comma terzo dell'ex art. 232, ogni persona fisica o giuridica può promuovere un ricorso in carenza «per contestare ad una delle istituzioni della Comunità di avere omesso di emanare nei suoi confronti

⁶³ Sul ricorso in carenza in relazione con il ricorso in annullamento v. F. Salvemini, *Ricorso di annullamento e ricorso in carenza*, in *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea* (a cura di B. Nascimbene e L. Daniele), Milano, 1998, pp. 169-186. In particolare, l'autore afferma che «la definizione dell'ampiezza del diritto del singolo di mettere in discussione attraverso la proposizione di un'azione giurisdizionale la legittimità dell'azione o dell'inazione di un Governo, è uno dei grandi problemi dei diritti amministrativi moderni. Il sistema previsto dai Trattati e sviluppato dalla giurisprudenza della Corte sembra orientato nel senso di una via intermedia tra il riconoscere la legittimazione solo quando un diritto del ricorrente sia stato leso dall'azione o inazione governativa e la cosiddetta *actio popularis*, dove la legittimazione è riconosciuta indipendentemente dalla lesione diretta».

un atto che non sia una raccomandazione o un parere». In altri termini, una persona fisica o giuridica può proporre un ricorso in carenza quando: a) sia il potenziale destinatario dell'atto, ovvero in principio solo decisioni b) l'atto abbia effetti giuridicamente vincolanti e c) si tratti di un atto dovuto da parte dell'istituzione comunitaria, cioè quest'ultima ha l'obbligo di adottare l'atto in virtù di una regola comunitaria⁶⁴ – che può essere ricavata non solo espressamente dal relativo testo ma anche da una sua interpretazione sistematica e teleologica. Le condizioni di accesso del singolo al ricorso in carenza sembrerebbero, dunque, più restrittive rispetto a quelle previste per il ricorso di annulla-

⁶⁴ Al contrario, il ricorso in carenza è stato considerato irricevibile quando l'istituzione – in virtù di quanto disposto dal Trattato – aveva un potere discrezionale e non un obbligo di adottare l'atto. «Così nelle cause *Star Fruit Company, Century Oils Hellas, Giorgio Bernardi*, la Corte ed il Tribunale hanno considerato inammissibile un ricorso in carenza proposto da una persona fisica o giuridica quando mira a far constatare che non avviando nei confronti di uno Stato membro una procedura per inadempimento ai sensi dell'articolo 169, la Commissione si è astenuta dallo statuire in violazione del trattato. Infatti si desume dal complesso dell'articolo 169 del trattato che la Commissione non deve avviare un procedimento ai sensi di questa disposizione, ma che in proposito essa dispone invece di un potere discrezionale il quale esclude che i singoli abbiano il diritto di esigere da detta Istituzione che essa agisca in un senso determinato. Seguendo lo stesso ragionamento, il Tribunale nella causa *Ladbroke Racing Ltd*, ha ritenuto inammissibile un ricorso in carenza presentato da un'impresa contro la Commissione perché questa Istituzione, nonostante la richiesta che le era stata indirizzata, si era astenuta dal fare uso dei poteri che gli conferisce l'articolo 90, paragrafo 3 del trattato. In effetti, il ricorso in carenza previsto dall'articolo 175 del trattato è subordinato all'esistenza di un obbligo che incombe in capo all'Istituzione richiesta d'agire, in modo tale che la sua astensione sia contraria al trattato. Ed ancora con riguardo all'articolo 93, paragrafo 2, il Tribunale nella causa *AITEC*, ha considerato inammissibile il ricorso per carenza proposto da una persona fisica o giuridica, diretto a far dichiarare che la Commissione ha ommesso di statuire, in violazione del trattato, astenendosi dall'adire la Corte di giustizia in base al secondo paragrafo dell'articolo 93, per far accertare che il Governo di uno Stato membro non si è conformato a una decisione della Commissione che dichiara illegittimo l'aiuto. Dopo aver adottato una decisione che considera illegittimo l'aiuto, la Commissione deve disporre di un ampio potere discrezionale nell'ordinare le modalità della sua esecuzione». Cfr. F. Salvemini, *Ricorso di annulla-*

mento. Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria sembrerebbe propendere per un'interpretazione estensiva dei limiti di accesso al giudice comunitario di cui al terzo comma dell'ex art. 232, nella misura in cui tende ad equiparare quest'ultimi ai limiti previsti dal quarto comma dell'ex art. 230. Così una persona fisica o giuridica può ugualmente contestare a una delle istituzioni la mancata adozione di un atto, che se pur abbia la forma di un regolamento o di una decisione indirizzata ad altre persone, lo riguardi direttamente e individualmente⁶⁵. Conseguentemente i limiti previsti per l'accesso al ricorso in ca-

mento e ricorso in carenza, in Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea, cit. pp. 179 e 180.

⁶⁵ «Nell'ordinanza del 23 gennaio 1991 nella causa *Prodifarma* in materia di concorrenza, il Tribunale dopo aver ricordato che l'articolo 175 [ora 232], secondo i suoi stessi termini, limita il ricorso in carenza delle persone fisiche e giuridiche ai casi in cui esse siano i destinatari potenziali dell'atto che un'istituzione ha mancato di prendere nei loro confronti, aggiunge che anche se questa constatazione è sufficiente per stabilire l'inammissibilità del presente ricorso, il Tribunale ritiene che conviene esaminare, a titolo accessorio e sussidiario, la tesi del ricorrente secondo la quale essa sarebbe direttamente e individualmente riguardata dalla decisione che domanda e che dovrebbe dunque essere assimilata, ai fini dell'articolo 175 [ora 232], paragrafo 3, al destinatario potenziale di questa decisione. Quanto alla Corte, nella sentenza del 15 gennaio 1974 nella causa *Holtz Willemssen GmbH*, ha ritenuto necessario sottolineare che il ricorrente non poteva essere riguardato direttamente ed individualmente, poiché l'azione introdotta ha l'obiettivo di ottenere una disposizione di carattere generale e normativo, che ha la stessa portata giuridica del regolamento 1336/72, e non un atto che la concerne direttamente ed individualmente; un tale regolamento non potrebbe essere qualificato, né per forma, né per sua natura, come un atto di cui la ricorrente poteva essere destinataria ai sensi del paragrafo 3 dell'articolo 175 [ora 232]. E ancora in una sentenza del 16 febbraio 1993, nella causa *ENU*, la Corte ha considerato ammissibile il ricorso in carenza considerando che l'atto sollecitato dalla ricorrente alla Commissione, anche se formalmente indirizzato all'Agenzia di approvvigionamento Euratom avrebbe riguardato direttamente ed individualmente la ricorrente che avrebbe, allora, potuto attaccare l'atto davanti alla Corte ai sensi dell'articolo 146, secondo paragrafo del trattato (Euratom, equivalente dell'art. 173 [ora 230] paragrafo 4 trattato CEE) e che, quindi, la ricorrente doveva poter rivolgersi alla Corte, in virtù dell'articolo 148, paragrafo 3 (equivalente all'articolo 175 [ora 232], paragrafo 4, del trattato CEE), per far constatare l'omissione». Cfr. F. Salvemini, *Ricorso di annullamento e ricorso in carenza, in Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea, cit. pp. 178 e 179.*

renza di cui al terzo comma dell'ex art. 232 così come i limiti previsti per l'accesso al ricorso di annullamento di cui al quarto comma dell'ex art. 230 incidono negativamente sull'effettività del sistema giurisdizionale comunitario.

È da ricordare, inoltre, che – diversamente dal ricorso in annullamento – nel ricorso in carenza la fase giudiziale è preceduta da una fase precontenziosa caratterizzata da due momenti importanti: la messa in mora dell'istituzione e la “presa di posizione” da parte dell'istituzione diffidata. In altri termini, il ricorso è ricevibile solo se l'istituzione diffidata sia stata preventivamente richiesta di agire e se, allo scadere di un termine di due mesi da tale richiesta, l'istituzione non abbia preso posizione. La vaghezza del termine “prendere posizione” di cui al comma secondo dell'ex art. 232 pone problemi interpretativi di non poco conto ai fini della ricevibilità del ricorso, ovvero «si tratta, precisamente, di individuare quali comportamenti dell'istituzione diffidata – tra i molti possibili – configurino un “presa di posizione”, risultando idonei a precludere la proponibilità del ricorso, e quali non producano invece un simile effetto ostativo, aprendo la strada ad un eventuale ricorso successivo»⁶⁶.

⁶⁶ Cfr. G. Palmisano, *La presa di posizione preclusiva del ricorso in carenza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, p. 1111. In particolare, (v. p. 1127 e 1128) sui problemi interpretativi posti dal concetto di “presa di posizione”, l'autore – sull'analisi della giurisprudenza comunitaria – è giunto alle seguenti conclusioni: «a) per avere un'efficacia preclusiva della proponibilità di un ricorso per carenza, gli atti [di “presa di posizione”] delle istituzioni diffidate, quale che sia l'aspetto formale e la natura giuridica da essi assunta o ad essi attribuibile, devono comunque consistere in una manifestazione espressa e chiara della determinazione dell'istituzione comunitaria in merito al provvedimento sollecitato nella diffida; b) [...] non è necessario che la “presa di posizione” assuma la natura formale di un atto tipico ad effetti vincolanti (regolamento, direttiva o decisione); c) a prescindere da quanto ampio si ritenga dover essere lo spettro degli atti impugnabili con domanda di annullamento, la “presa di posizione” non va necessariamente considerata un atto di per sé suscettibile di ricorso ai sensi dell'art. 230, pur potendo ovviamente essere impugnata qualora ricorrano le condizioni previste da tale articolo, così come precisate dalla giurisprudenza comunitaria; d) qualora sia necessario accertare la qualificazione giuridica della “presa di posizione” – per stabilirne, ad esempio, l'impugna-

Per quanto riguarda il ricorso per infrazione (ex artt. 226 e 227 CE), esso – come è noto – ha un oggetto diverso da quello del ricorso in annullamento, visto che «può formare oggetto del ricorso per infrazione qualsiasi violazione, conseguente a un comportamento attivo od omissivo, da parte di uno Stato membro dei suoi obblighi comunitari»⁶⁷. Pertanto, neanche questo ricorso può essere considerato un rimedio giurisdizionale “sostitutivo” o “alternativo” a quello di annullamento. Come è noto, il ruolo dei soggetti è limitato all’interno di questo ricorso in quanto essi possono semplicemente sollecitare nella fase precontenziosa la Commissione di agire contro lo Stato membro che non abbia rispettato gli obblighi derivanti dal diritto comunitario, senza tuttavia poter contare sull’intervento certo di tale istituzione, la quale gode di un ampio pote-

bilità mediante un’azione di annullamento, proposta o da proporre in alternativa al ricorso per carenza – questa andrebbe valutata tenendo principalmente in conto la natura giuridica del provvedimento sollecitato nella diffida; nel caso che laddove tale provvedimento debba concretizzarsi in un atto impugnabile, sarebbe allora presumibilmente da considerarsi impugnabile con ricorso di annullamento la “presa di posizione” dell’istituzione diffidata; e) infine, fermo restando il principio secondo il quale una “presa di posizione” non costituisce necessariamente un atto impugnabile con domanda di annullamento, si sarebbe peraltro affermata la tendenza (almeno per quanto riguarda le decisioni del Tribunale di primo grado concernenti ricorsi proposti da privati) a non considerare “prese di posizione”, efficaci ai sensi dell’art. 232, atti di risposta che, oltre a non essere di per sé impugnabili a norma dell’art. 230, neppure rappresentino il presupposto necessario per la successiva adozione di un atto produttivo di effetti giuridici definitivi, impugnabile con ricorso di annullamento. Tale tendenza risponderebbe all’esigenza di evitare che talune omissioni da parte di istituzioni comunitarie, aventi ripercussioni incisive benché non immediate su interessi giuridicamente tutelati di persone fisiche o giuridiche, si sottraggano troppo facilmente al sindacato dei giudici». Su ulteriori considerazioni dell’autore sul punto v. 1129 e ss.

⁶⁷ Cfr. G. Strozzi, *Diritto dell’Unione europea*, cit., p. 287. In particolare, «può trattarsi di obblighi derivanti da qualsiasi fonte del diritto comunitario, e dunque da una disposizione dei Trattati o dal diritto derivato (come la mancata o incompleta attuazione di una direttiva, che è l’ipotesi più frequente); dagli accordi internazionali vincolanti la Comunità; dalla stessa inosservanza di una sentenza della Corte di giustizia; dai principi generali dell’ordinamento comunitario in quanto facenti parte integrante dell’ordinamento comunitario»

re discrezionale nel decidere se iniziare o meno una procedura di infrazione contro uno Stato membro inadempiente⁶⁸. Decisione che, a sua volta, non può essere oggetto di ricorso in annullamento né di ricorso in carenza né tanto meno può far sorgere una responsabilità della Commissione – perché trattandosi di fase precontenziosa la decisione non ha carattere giuridicamente vincolante⁶⁹.

Per quanto riguarda l'azione di risarcimento di cui agli ex artt. 235 e 288 CE, essa prevede che qualsiasi persona fisica o giuridica possa ricorrere contro un'istituzione comunitaria quando ritenga di aver subito un pregiudizio da parte di quest'ultima. Al contrario del ricorso di annullamento che implica un controllo di più vasta portata in quanto teso ad accertare l'illegittimità dell'atto comunitario e conseguentemente ad eliminare tale atto con efficacia *erga omnes*, l'azione di risarcimento comporta un controllo che mira esclusivamente alla determinazione dei danni cagionati dalle istituzioni della Comunità e a produrre effetti solo nei confronti del ricorrente. Quest'ultima è soggetta a condizioni di ricevibilità diverse da quelle previste per il ricorso in annullamento e, conseguentemente, la circostanza che venga ritenuto irricevibile un ricorso per l'annullamento di un regolamento non implica che non venga considerato ricevibile un ricorso teso ad ottenere il risarcimento dei danni cagionati da detto regolamento.⁷⁰ Sulla base di queste considerazioni neanche l'azione di risarcimento può essere considerata un rimedio giurisdizionale "sostitutivo" o "alternativo" a quello di annullamento. Si tratta di ricorsi dotati di una propria autonomia in quanto l'oggetto e le condizioni di ricevibilità del ricorso sono diffe-

⁶⁸ Sentenza del 14 febbraio 1989, causa 247/87, *Star Fruit Company Sa c. Commissione*, Racc., p. 291, par. 11.

⁶⁹ 23 maggio 1990, *Asia Motor France*, causa C-72/90, in *Raccolta*, 2181; 12 giugno 1992, *Asia Motor France*, causa C-29/92, *ivi*, I-3935.

renti.

L'unico ricorso – oltre al rinvio pregiudiziale – diretto a controllare la legittimità degli atti comunitari e che, quindi, può essere considerato uno strumento giurisdizionale “sostitutivo” o “alternativo” a quello di annullamento è l'eccezione d'invalidità, il quale permette ad una persona fisica o giuridica di far valere l'illegittimità di un regolamento – per uno dei motivi previsti dall'ex art. 230 CE e anche dopo lo spirare del termine previsto dall'ex articolo 230 – invocando la sua inapplicabilità nel corso di una controversia che sia pendente davanti alla Corte e che non abbia ad oggetto il regolamento eccepito. Tuttavia, l'eccezione d'invalidità per come risulta configurata nei Trattati – così come abbiamo visto per il rinvio pregiudiziale – non può essere ritenuto uno strumento giurisdizionale adeguato a garantire una tutela piena ed efficace contro gli atti di portata generale. In particolare, ciò si evince da due caratteristiche proprie di questo strumento giurisdizionale, ovvero dal fatto che: a) la facoltà – prevista dall'ex art. 241 CE – di invocare l'inapplicabilità di un regolamento non costituisce un'azione autonoma⁷¹ perché può essere invocata solo nel corso di un procedimento principale che sia pendente dinanzi al giudice comunitario e che non abbia ad oggetto il regolamento di cui si contestata l'illegittimità; b) l'atto dichiarato illegittimo non sarà annullato, ma semplicemente non applicato al caso specie, con efficacia – pertanto – *inter partes*⁷².

⁷⁰ Ordinanza 21 giugno 1993, Van Parijs C-257/93, in *Raccolta*, I-3336; 24 settembre 1996, Dreyfus, causa T_485/93, *ivi*, II-1101.

⁷¹ 16 luglio 1981, Albini, causa 33/80, in *Raccolta*, 2141.

⁷² 13 giugno 1958, Meroni, causa 9/56, in *Raccolta*, 11; 2 marzo 1967, Simet, cause 25 e 26/65, *ivi*, 39; 26 ottobre 2000, Ripa di Meana, causa T-83/99, *ivi*, II-3493.

5. La revisione dei Trattati istitutivi e l'accesso delle persone fisiche e giuridiche al giudice comunitario: una questione aperta?

La giurisprudenza della Corte di giustizia – come abbiamo visto – ha lasciato immutata la questione relativa al concetto di interesse individuale e ha invitato gli Stati a revisionare i Trattati, in conformità all'art. 48 TUE. Nel 2004 si ebbe una prima revisione con il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa⁷³, ma non fu mai ratificata e, pertanto, si è proceduto ad una seconda revisione con il Trattato di Lisbona⁷⁴.

Il Trattato di Lisbona si fonda su due diversi trattati: il Trattato sull'Unione Europea – che contiene gli obiettivi dell'Unione e le regole sulla cooperazione rafforzata e la politica estera e di sicurezza comune – e il Trattato sul funzionamento dell'Unione – che contiene, invece, le regole sul funzionamento delle istituzioni e sulle competenze dell'Unione. Conseguentemente, le disposizioni relative al sistema giudiziario dell'Unione sono ripartite tra i due Trattati.

Una prima novità riguarda la denominazione delle istituzioni giudiziarie, ovvero si usa il termine “Corte di giustizia dell'Unione Europea” per designare l'istituzione giudiziaria nel suo insieme mentre gli organi che la compongono

⁷³ Sulle novità introdotte dal Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa nel sistema giurisdizionale comunitario v. A. Tizzano, *La “Costituzione europea” e il sistema giurisdizionale comunitario*, in «Il diritto dell'Unione europea», 2003, pp. 455-479. Più specificatamente in materia di ricorsi individuali di annullamento v. G. Pizzolante, *Trattato costituzionale e legittimazione degli individui...*, cit., pp. 958-967.

⁷⁴ È da rilevare che il Trattato di Lisbona sostituisce il termine “Comunità europea” con quello di “Unione europea”, attribuisce personalità giuridica unica all'UE e sopprime la c.d. “struttura a pilastri”, introdotta nel 1992 a Maastricht. Sulle novità introdotte dal Trattato di Lisbona si v. Baratta, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2008, p. 21 ss, e nello specifico sulle novità relative al sistema giurisdizionale v. A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2010, n. 1, p. 44 ss; S. Lorenzon, *Il dopo Trattato di Lisbona: completezza ed effettività dei rimedi giurisdizionali di fronte alla Corte di giustizia*, in «Quaderni Costituzionali», 2010, n. 1, pp. 135 ss.

sono la “Corte di giustizia”, il “Tribunale” e i “tribunali specializzati”. Non trova, invece, consacrazione nei Trattati sull’Unione il principio del primato del diritto dell’Unione (se non esclusivamente nella Dichiarazione n. 17 allegata all’atto finale della CIG) – che, al contrario, era previsto nell’art. I-6 della Costituzione europea. Tuttavia, è stato inserito – ai fini di una maggiore efficacia del ricorso per infrazione – uno specifico procedimento per omessa comunicazione, da parte di uno Stato membro, delle misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa⁷⁵ nonché un procedimento più snello nel caso in cui si voglia sanzionare il mancato rispetto di una precedente sentenza di inadempimento.⁷⁶

Sia l’intenzione di attribuire valore giuridico vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che quella di aderire alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo ha generato l’esigenza di revisionare le condizioni dei ricorsi individuali in modo da creare un sistema idoneo a garantire il diritto ad un’azione effettiva sancito dall’art. 47 della Carta che impedisca così una

⁷⁵ Nello specifico, «la Commissione, se lo ritiene opportuno, può indicare nel ricorso per l’inadempimento di tale obbligo l’importo della somma forfetaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguata alle circostanze (art. 260, par. 3, TFUE). La sanzione pecuniaria o penalità che può essere inflitta a motivo della violazione dell’obbligo di ottemperare ad una sentenza della Corte di giustizia che abbia accertato l’infrazione, può essere in tal caso anticipata, quindi, al procedimento di infrazione relativo alla violazione dell’obbligo di comunicazione. Una ulteriore novità risiede nel fatto che la Corte potrà comminare il pagamento della sanzione entro i limiti dell’importo indicato dalla Commissione; ciò riduce l’apprezzamento discrezionale che spetta alla Corte nel procedimento di infrazione ordinario nello stabilire l’entità della sanzione». Cfr. A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in «Rivista di Diritto Internazionale», cit., p. 44 ss.

⁷⁶ «Si prevede, infatti, che nel caso di procedimento instaurato per la violazione dell’art. 260, par. 1, TFUE la Commissione possa, dopo aver posto lo Stato membro in condizione di presentare le proprie osservazioni, adire direttamente la Corte di giustizia senza dover previamente emettere il parere motivato (art. 260, par. 2). Tale procedimento, quindi, prospetta una fase pre-contenziosa abbreviata». Cfr. *Ibidem*, p. 44 ss.

condanna della Comunità da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per assenza di un sistema di protezione effettiva dei singoli. A tal proposito, il nuovo art. 263, par. 4, TFUE prevede che qualsiasi persona fisica o giuridica possa proporre un ricorso «contro gli atti adottati nei suoi confronti e che lo riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardino direttamente e che non comportano alcuna misura di esecuzione».

Si viene così a delineare un quadro in cui per gli atti regolamentari, che non comportano alcuna misura di esecuzione, il ricorso individuale di annullamento è ammesso se l'atto produce effetto diretto nella sfera giuridica del ricorrente, configurandosi così l'effetto diretto come unico requisito di ricevibilità. Al contrario, il requisito dell'interesse individuale per l'accesso diretto alla giurisdizione comunitaria è stato conservato per gli altri atti. Si pone tuttavia il problema di capire che cosa si intende con la dicitura "atti regolamentari", «notoriamente abbandonata rispetto al testo del Trattato costituzionale e ricostruibile ora solo in negativo: il nuovo Trattato definisce infatti "atti legislativi" quelli adottati con la procedura legislativa ordinaria (oggi procedura di codecisione), per cui l'ampliamento della facoltà di ricorso riguarderà soltanto gli atti che non sono stati adottati con quella procedura»⁷⁷. In altri termini, la definizione di atti regolamentari non coincide con quella di regolamento e, conseguentemente, non si tratterà di atti di natura legislativa⁷⁸.

Pertanto, per gli atti regolamentari, che non prevedono l'intervento del Parlamento europeo per la loro adozione, il ricorso individuale di annullamento è ammesso sempre. Al contrario, l'intervento del Parlamento europeo nell'ado-

⁷⁷ R. Mastroianni, *Il Trattato di Lisbona e le modifiche al sistema giurisdizionale dell'UE*, in sito telematico Sud in Europa. Sul tema anche v. M. P. Chiti, *Le norme sulla giurisdizione*, in sito telematico Studio Legale Chiti.

zione degli atti legislativi è «tale da garantire un controllo democratico sufficiente, escludendo la necessità di un controllo *a posteriori* in sede giurisdizionale, o comunque mantenendolo soltanto per le ipotesi in cui l'atto di portata generale riguardi non solo direttamente, ma anche individualmente il ricorrente»⁷⁹.

Tuttavia, c'è chi ritiene ragionevole che gli atti regolamentari «non vadano individuati in relazione al procedimento seguito per la loro adozione bensì in considerazione dei loro effetti» e che *la ratio* della nuova disposizione risponde all'esigenza di agevolare la tutela delle persone quando questa non possa essere assicurata sul piano interno per la mancanza di un atto o provvedimento nazionale di esecuzione, avvalorando così il principio (codificato nell'art. 19, par. 1, TUE) «per cui la tutela giurisdizionale dovrebbe essere assicurata a livello nazionale allorché essa non possa essere ottenuta dinanzi alle istituzioni giudiziarie dell'Unione». Pertanto, il nuovo criterio dovrebbe «verosimilmente riferirsi a tutti gli atti che, senza che abbia rilievo la loro natura di atto legislativo o esecutivo siano idonei a vincolare le persone in assenza di norme di esecuzione, come può avvenire per gli atti direttamente applicabili».⁸⁰

⁷⁸ Sul nuovo sistema delle fonti previsto dal Trattato di Lisbona v. S. Baroncelli, *Le fonti del diritto nell'UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accresciuta complessità del sistema*, in sito telematico Osservatorio sulle fonti.

⁷⁹ In tal senso C. Amalfitano, *La protezione giurisdizionale...*, cit., p. 38.

⁸⁰ A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in «Rivista di Diritto Internazionale», cit., p. 44 ss., la quale evidenzia altre due novità del ricorso di annullamento, considerato nella sua generalità e non solo rispetto alle persone fisiche e giuridiche. Innanzitutto, «una nuova competenza è attribuita alla Corte di giustizia dall'art. 269 TFUE in base al quale essa può pronunciarsi sulla legittimità degli atti adottati dal Consiglio europeo o dal Consiglio in base all'art. 7 TUE su domanda dello Stato membro oggetto di una constatazione. Lo Stato membro potrà così ottenere un esame dell'atto con il quale tali istituzioni constatano una violazione grave, da parte del medesimo Stato, dei valori di cui all'art. 2 TUE. Tale competenza è tuttavia limitata all'accertamento del rispetto delle sole regole di carattere procedurale previste da tale di-

Non ci resta a questo punto che attendere l'interpretazione della Corte di Giustizia e del Tribunale, finendo quest'ultimi a svolgere ancora una volta un ruolo importante nella definizione delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi per l'annullamento di atti dell'Unione da parte delle persone fisiche e giuridiche.

Un'analisi che, non si limita all'art. 263, par. 4, TFUE, ma investe l'intero articolo fa emergere due ulteriori novità. La prima riguarda l'ampliamento dei ricorrenti, in particolare quelli semiprivilegiati (art. 263, par. 3, TFUE). Infatti, non solo la Banca centrale europea e la Corte dei conti, ma anche il Comitato delle regioni possono ricorrere alla Corte di Giustizia per la salvaguardia delle proprie prerogative.⁸¹ La seconda novità riguarda l'inserimento di un nuovo comma (art. 263, par. 5, TFUE), in cui si afferma che «gli atti che istituiscono

sposizione». In secondo luogo, «il protocollo sulla sussidiarietà prevede una particolare forma di ricorso di annullamento (alla quale si applicano le regole enunciate in via generale dall'art. 263 TFUE) per violazione, mediante un atto legislativo, del principio di sussidiarietà. Si tratta di ricorsi proposti da uno Stato membro, o trasmessi da quest'ultimo in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno a nome del suo Parlamento nazionale o di una Camera di detto Parlamento nazionale (art. 8 del Protocollo). La legittimazione così riconosciuta allo Stato membro dal Protocollo [tuttavia] non appare innovativa rispetto a quanto già risulta in via generale dall'art. 263 TFUE; quest'ultimo riconosce infatti agli Stati membri un potere generale di impugnazione degli atti dell'Unione e, poiché prevede tra i vizi di legittimità la violazione dei Trattati, già consente di dedurre la violazione dell'art. 5 TUE che enuncia il principio della sussidiarietà. Neppure la possibilità che il Governo proponga il ricorso di annullamento a nome del Parlamento nazionale sembra di per sé innovativa. Ciò che può avere a tale riguardo rilevanza è piuttosto l'aspetto di carattere interno relativo all'attribuzione al Parlamento nazionale del potere di vincolare il rispettivo Governo a proporre un ricorso di annullamento. La disposizione del Protocollo riferendosi ai ricorsi trasmessi a nome del Parlamento lascia intendere un ruolo meramente tecnico del Governo, che dovrebbe perciò limitarsi a proporre il ricorso, senza disporre di alcun potere di apprezzamento discrezionale riguardo alla decisione del Parlamento».

⁸¹ Precisa A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in «Rivista di Diritto Internazionale», cit., p. 44 ss, che «un'analogia legittimazione non è invece stata riconosciuta al Comitato economico e sociale benché anche questo pos-

gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti». Ciò determina anche una modifica del primo par. (dell'art. 263 TFUE) relativo agli atti impugnabili in quanto il controllo di legittimità si estende anche agli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi nonché agli atti del Consiglio europeo che producono effetti giuridici nei confronti dei terzi ⁸². Pertanto, «potranno finire *sub iudice* anche quelle fonti di origine tipicamente intergovernativa che gli Stati hanno sempre tentato di sottrarre al sindacato della Corte».

Conseguentemente, è stata ampliata non solo la portata del primo comma dell'art. 265 TFUE ma anche quella dell'articolo 277 TFUE. In particolare, nella prima disposizione è stata prevista la possibilità di promuovere un ricorso in carenza anche contro le omissioni degli organi o organismi dell'Unione (nonché del Consiglio europeo) che violano i Trattati istitutivi, mentre la seconda disposizione è stata riformulata sempre al fine di ampliare gli atti da sottoporre al controllo di legittimità, ovvero quest'ultima consente ad una persona fisica o giuridica di far valere l'illegittimità di un atto di portata generale adottato da un'istituzione, organo o organismo dell'Unione – per uno dei motivi previsti dall'art. 263 TFUE e anche dopo lo spirare del termine previsto dall'articolo 263 TFUE – per invocare la sua inapplicabilità nel corso di una controversia che sia pendente davanti alla Corte e che non abbia ad oggetto l'atto eccepito.

Anche le questioni di validità e di interpretazione possono riguardare atti

sieda delle prerogative nel procedimento normativo (essendone talora prevista la consultazione obbligatoria) che potrebbe avere interesse a tutelare».

adottati dagli organi e dagli organismi dell'Unione. È da notare, poi, l'introduzione di un nuovo comma all'art. 267 TFUE, il quale prevede che la Corte di giustizia dell'Unione europea statuisca il più rapidamente possibile quando un quesito pregiudiziale è sollevato in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguarda una persona in stato di detenzione. In altri termini, si tratta di una delle ipotesi in cui si può adottare il procedimento pregiudiziale di urgenza previsto dall'art. 104-ter del regolamento della Corte.⁸³

La novità maggiore è sicuramente il superamento della struttura in pilastri dell'Unione Europea e, la conseguente, estensione delle competenze delle istituzioni giudiziarie al nuovo Titolo V del TFUE «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia», nel quale rientrano le materie che erano parte del terzo pilastro (cioè la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale) nonché le disposizioni e gli atti di cui al titolo IV del Trattato CE (cioè l'asilo, i visti, l'immigrazione e la cooperazione giudiziaria in materia civile).⁸⁴ Resta invece

⁸² Cfr. S. Lorenzon, *Il dopo Trattato di Lisbona: completezza ed effettività dei rimedi giurisdizionali di fronte alla Corte di giustizia*, in «Quaderni Costituzionali», 2010, n. 1, pp. 135 ss.

⁸³ Sulla prima applicazione di questo rinvio pregiudiziale v. in particolare M. Fragola, *Il primo rinvio pregiudiziale «d'urgenza»: il caso Rinau*, in «Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali», Fasc. 4/2008, pp. 765-775.

⁸⁴ Tuttavia, «bisogna attendere fino al 2014 per poter verificare l'impatto e l'efficacia delle nuove norme che disciplinano le competenze della Corte di giustizia poiché, per consentire agli Stati un adeguamento graduale, esse sono state congelate per cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (Protocollo n. 36 art. 10). Nel frattempo, la Corte continuerà a poter esercitare le sole attribuzioni previste dai precedenti Trattati; parimenti, la Commissione non potrà intraprendere azioni di inadempimento nei confronti degli Stati per misure adottate prima dell'entrata in vigore del nuovo Trattato (salvo che le stesse vengano nel frattempo modificate). Solo la Gran Bretagna si è riservata il diritto, entro sei mesi prima dell'entrata in vigore del nuovo regime, di dichiarare di non accertare le nuove attribuzioni della Corte, garantendosi tuttavia la facoltà di riconoscerle in un secondo momento». Cfr. S. Lorenzon, *Il dopo Trattato di Lisbona: completezza ed effettività dei*

l'esclusione della competenza della Corte di giustizia nel settore della politica estera e della sicurezza comune (art. 275 TFUE), con un'eccezione: la previsione di ricorsi di annullamento per il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune (art. 275 TFUE).

Altra novità importante è che le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea hanno assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1, TUE), introducendo così un nuovo parametro di giudizio per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati» e, in particolare, il Protocollo n. 30 stabilisce che la Carta «non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma». Analoga soluzione è stata prevista per l'Irlanda e la Repubblica ceca. In tema di tutela dei diritti fondamentali novità importante è anche la previsione dell'obbligo per l'Unione – a cui è oggi riconosciuta personalità giuridica – di aderire alla CEDU (art. 6, par. 2, TUE). La norma, tuttavia, per essere attuata ha bisogno della stipula di un accordo di adesione, il quale – precisa il Protocollo n. 8) – deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni, deve inoltre garantire che nessuna disposizione dell'accordo incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della convenzione europea e che nessuna disposizione dell'accordo deve avere effetti sull'articolo

rimedi giurisdizionali di fronte alla Corte di giustizia, in «Quaderni Costituzionali», cit.,

344⁸⁵ del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Ad oggi è impossibile trarre le reali conseguenze di tale accordo, tuttavia – nel caso in cui ci sia la possibilità di effettuare ricorsi individuali alla Corte di Strasburgo contro le istituzioni comunitarie per violazione dei diritti sanciti nella C.E.D.U. - ci sarebbe, da un lato, un innalzamento della protezione dei diritti fondamentali in ambito comunitario e, dall'altro, una maggiore propensione al dialogo tra le due Corti europee tramite l'instaurarsi di «un controllo esterno della Corte di Strasburgo sul rispetto degli obblighi incombenti sull'UE in virtù di tale adesione e, in definitiva, una maggiore approssimazione in ambito comunitario al criterio dello standard di protezione più favorevole definito con l'ausilio della Corte di Strasburgo».⁸⁶

In generale, è da sottolineare – all'interno delle disposizioni del Trattato di Lisbona relative alla Corte di giustizia – l'importanza dell'art. 19, par. 1, TUE il quale prevede che la Corte di giustizia «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» e che «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». Tale articolo codifica il principio della sussidiarietà giurisdizionale, il quale prevede che il giudice nazionale sia competente in prima battuta per la tutela delle posizioni

pp. 135 ss.

⁸⁵ L'art. 344 TFUE recita così: «gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso». Pertanto, le questioni relative all'interpretazione o applicazione dei Trattati europei non possano essere sottoposte alla Corte EDU.

⁸⁶ Cfr. G. Gerbasì, I rapporti tra l'Unione europea e la C.E.D.U. nel progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, in S. GAMBINO (a cura di), in *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, Diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 551.

giuridiche soggettive⁸⁷. Infatti, la competenza per la tutela giurisdizionale effettiva non spetta unicamente al giudice comunitario ma anche ai giudici nazionali, i quali agiscono come giudici di diritto comunitario quando tutelano situazioni giuridiche fondate su tale diritto. Pertanto, rimedi giurisdizionali comunitari e nazionali formano insieme un'unica architettura giurisdizionale.

Il carattere giuridico della Carta di Nizza sembrerebbe oltremodo rafforzare il ruolo dei giudici nazionali come organo dell'ordinamento comunitario in quanto il relativo art. 47 – considerato con riguardo al tema della giustiziabilità dei diritti ivi sanciti – è stato visto come fondamento giuridico per la realizzazione di una forma di controllo diffuso circa la conformità delle leggi nazionali ai principi espressi dalla Carta stessa. In altri termini, si potrebbe verificare l'ipotesi che i giudici nazionali – chiamati ad operare come giudici comunitari – disapplicino le leggi nazionali ritenute contrastanti con i principi della Carta⁸⁸. In tale direzione sembra andare, sebbene impropriamente alla luce della giurisprudenza costituzionale, il comportamento del Tar del Lazio con la sentenza 11984/2010 del 18 maggio, il quale è giunto alla conclusione che, grazie all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e alla conseguente adesione alla CEDU (art. 6 TUE), qualora una norma interna risulti in contrasto con la Convenzione europea, il giudice interno deve disapplicare direttamente la norma

⁸⁷ Principio che è stato ribadito dalla giurisprudenza della Corte nella sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00P, *Unión de Pequeños Agricultores*, in *Raccolta*, I-6677, p.to. 39.

⁸⁸ In tal senso R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, cit., pp. 37-41; S. Gambino, *Modelli europei di ordinamento giudiziario...*, cit., pp. 521-526. Quest'ultimo, in particolare, afferma che il protagonismo dei giudici nazionali «potrà esprimersi sia nella fase ascendente, di compulsazione del giudice comunitario da parte del giudice nazionale attraverso lo strumento del «rinvio pregiudiziale», che avrà nuove e più complesse disposizioni su cui esercitarsi, sia e soprattutto nella fase discendente, con riferimento cioè alla disapplicazione del diritto interno per contrasto con la normativa comunitaria, ora composta sia da disposizioni di garanzia dei diritti, sia da disposizioni che sanciscono principi».

dell'ordinamento nazionale. Ancor prima (il 19 gennaio 2010),⁸⁹ nella stessa direzione, la Corte di Giustizia ha chiarito che il principio di non discriminazione in base all'età (una *species* del principio generale di eguaglianza) in quanto principio generale dell'ordinamento comunitario deve essere protetto e assicurato dai giudici tramite la disapplicazione, se necessaria, delle norme nazionali in conflitto, anche in controversie tra soggetti privati.⁹⁰ Principio che – specifica la Corte – viene codificato nella Direttiva 2000/78 (che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) e nella Carta (art. 21, paragrafo 1), e che ai sensi dell'art. 6, comma 1 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) la Carta è vincolante come i Trattati. Tuttavia, gli effetti orizzontali diretti sono riconosciuti non tanto alla Direttiva, ma al principio generale di eguaglianza (nella sua specificazione legata all'età) poiché esiste, a prescindere dalla Direttiva, un principio generale di non discriminazione in ragione dell'età e le corti nazionali devono garantirne la tutela, disapplicando se necessario le norme nazionali contrarie. Infatti, la Corte è stata attenta nel ribadire che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti. Pertanto, la Direttiva richiamata non avrebbe potuto applicarsi nel caso di specie così come la disposizione della Carta (considerato che

⁸⁹ Caso C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG (Küçükdeveci).

⁹⁰ Infatti, nel caso specie «la Sig.ra Küçükdeveci è stata licenziata con un mese di preavviso dal proprio datore di lavoro, presso cui aveva prestato servizio per più di dieci anni, dall'età di diciotto anni. Ritenendo che tale procedura non fosse lecita, ha perciò impugnato il licenziamento presso il Tribunale del Lavoro, invocando una violazione del diritto comunitario. A suo avviso, infatti, la disposizione del Codice Civile Tedesco (BGB) ai sensi della quale il datore di lavoro era autorizzato a fornirle un preavviso più breve di quanto normalmente previsto per un rapporto decennale, esclusivamente in ragione del fatto che questo era iniziato prima del compimento del 25° anno di età, costituiva una discriminazione ingiustificata. Pertanto, il Tribunale del Lavoro avrebbe dovuto ignorare la lettera

il nuovo TUE è entrato in vigore nel dicembre 2009, quasi due anni dopo che il Tribunale del Lavoro Tedesco ha inoltrato i quesiti a Lussemburgo). Il richiamo a queste disposizioni nasce dunque semplicemente per dare forma e contenuto al principio generale, che è applicabile in sé. Anche se la Corte avrebbe potuto sviluppare in maniera più soddisfacente il richiamo alla Carta, chiarendo l'importanza del ruolo della Carta nel supportare l'esistenza del principio generale. «Infatti, tra i pochi effetti giuridici pacificamente riconosciuti alla Carta, un tempo non vincolante, vi è il suo ruolo fondamentale nell'identificazione dei diritti fondamentali, e in particolare nel riconoscere quando sia possibile identificare “*a fundamental right as a general principle of Community law*”. Verosimilmente, la Carta può essere utilizzata “*to supplement principles of law already recognized in binding legal norms and contribute to their broader interpretation*”. Pertanto, la CGUE avrebbe potuto specificare come l'art. 21, paragrafo 1 della Carta abbia rappresentato un utile strumento per completare e specificare il principio generale di eguaglianza, che ha permesso di individuare quello di non discriminazione in ragione dell'età». ⁹¹ Inoltre, la Corte – nel chiarire l'indipendenza tra il diritto (o obbligo) di sollevare una questione preliminare e l'obbligo di disapplicare la normativa nazionale contraria al diritto comunitario e, conseguentemente, che i giudici nazionali devono procedere alla disapplicazione “senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale (così come già sostenuto nella sentenza *Simmenthal*, se pur non menzionata nel caso specie) – coglie «l'occasione di specificare l'assoluta primazia goduta (persino) dai principi generali dell'Unione nei rispetti degli ordinamenti nazionali, a prescindere dal possibile supporto “laterale” prestato da altre fonti primarie o secondarie del

della normativa tedesca, e dichiarare l'illegittimità del licenziamento». Cfr. F. Fontanelli, *Alcune riflessioni su Küçükdeveci (Caso C-555/07)*, p. 2.

⁹¹ Cfr. F. Fontanelli, *Alcune riflessioni su Küçükdeveci (Caso C-555/07)*, pp. 9-10.

diritto dell'Unione (la Carta non era vincolante, la Direttiva non poteva applicarsi)».⁹² In sintesi, la Corte di Giustizia in tale pronuncia sostiene non solo che le corti nazionali devono disapplicare le norme interne in contrasto con i principi generali e ciò vale a maggior ragione con i diritti riconosciuti nella Carta (considerata la valenza giuridica acquisita con il Trattato di Lisbona), ma sostiene anche l'efficacia orizzontale dei principi generali, che, a sua volta, sembra spingere verso un'applicazione orizzontale di quei diritti previsti nella Carta. Conseguentemente, i diritti dei privati non sarebbero più solo a carico dell'Unione e delle pubbliche amministrazioni statali, ma anche dei cittadini dell'Unione. Tuttavia, è prematuro soffermarsi sulla portata del riconoscimento dell'efficacia orizzontale dei principi generali e della Carta.

Ai diversi giudici nazionali spetterebbe così il controllo del rispetto dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale, però, «rischia di essere molto eterogeneo, in considerazione dei diversi sistemi di tutela (organi competenti, modalità di accesso, effetti delle decisioni, ecc.), della diversa presenza di tali diritti nei diversi ordinamenti nazionali, e, più in generale, della diversa “cultura giuridica” dei giudici e degli altri “operatori” del diritto nei vari Paesi dell'Unione europea»⁹³. Pertanto, ciò comporta la necessità di introdurre una tutela diretta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte della Corte di giustizia in modo che i cittadini europei siano così posti su un piano di reale

⁹² *Ibidem*, p. 11.

⁹³ Cfr. Pertici, La “giustiziabilità” dei diritti fondamentali..., cit., p.159. Così anche A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in «Rivista di Diritto Internazionale», cit., pp. 44 ss., la quale afferma che «in una prospettiva di riforma del Trattato sarebbe stato auspicabile [...] estendere in modo più significativo la legittimazione all'impugnazione diretta piuttosto che valorizzare la tutela giurisdizionale nazionale. Quest'ultima, infatti, porta ad ancorare la protezione giurisdizionale di situazioni soggettive conferite dal diritto dell'Unione alle diverse regole procedurali nazionali determinando, in assenza di normative di armonizzazione, delle divergenze nel livello di tutela».

uguaglianza almeno relativamente alla loro tutela dei diritti fondamentali⁹⁴.

La complessità strutturale dell'ordinamento comunitario considerato alla luce del tema delicato della tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea lascia la questione dell'accesso al giudice comunitario aperta, rinviando in futuro la possibilità di «rafforzare, attraverso una forma di accesso diretto alla Corte di giustizia, sia la tutela dei diritti fondamentali integrati nel Trattato, sia, nello stesso tempo, il ruolo costituzionale della Corte di giustizia».⁹⁵

6. La Corte di giustizia agisce come giudice costituzionale: l'importanza del rispetto dei diritti fondamentali anche nel settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Sentenza Kadi.

Una sentenza in cui la Corte di Giustizia assume a ruolo di giudice costituzionale è la sentenza Kadi.⁹⁶ Infatti, come vedremo, in essa la Corte di Giustizia ribadisce l'importanza del rispetto dei diritti fondamentali anche in un settore delicato come quello del perseguimento della pace e della sicurezza internazionale. A tal proposito, bisogna ricordare che – prima dell'entrata in vigore

⁹⁴ In tal senso anche L. Montanari, *La disciplina del ricorso individuale...*, cit., pp. 1551-1554; A. Pertici, *La "giustiziabilità" dei diritti fondamentali...*, cit., p. 166. Quest'ultimo, però, parla sì di ricorso diretto alla Corte di giustizia, ma sussidiario ai giudici nazionali. In altri termini, afferma che: «affinché si possa realizzare un sistema efficace di tutela dei diritti fondamentali, a livello europeo [...], il percorso da seguire sembrerebbe quello di inserire i diritti fondamentali nei Trattati e di affidarne la tutela alla Corte di Giustizia (eventualmente almeno in parte ristrutturata per poter far fronte al nuovo carico di lavoro), su ricorso del cittadino, una volta esperiti i rimedi offerti dal diritto interno».

⁹⁵ Cfr. L. Montanari, *La disciplina del ricorso individuale...*, cit., p. 1554, che ritiene si sia persa una grande occasione in quanto non si è seguita «l'evoluzione più recente del costituzionalismo che fa dei tribunali costituzionali, sempre più, i garanti dei diritti».

⁹⁶ Su tale sentenza v. A. Vespaziani, *Il diritto costituzionale comune europeo nell'era dei bilanciamenti*, in *I diritti fondamentali europei*, a cura di A. Vespaziani, Torino, 2009, pp. 76-90; S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; G. F. Ferrari, *Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?*, pp. 187-192.

del Trattato di Lisbona – esisteva una lacuna nella tutela dei diritti fondamentali riguardo all’ambito del secondo e del terzo pilastro dell’Unione europea.

Il sig. Kadi (C-402/05 P) e la Al Barakaat International Foundation (C-415/05 P) si sono rivolti alla Corte di Giustizia per chiedere l’annullamento della sentenze del Tribunale di primo grado delle Comunità europee 21 settembre 2005 (rispettivamente, causa T-315/01, Kadi/Consiglio e Commissione e causa T-306/01, Yusuf e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione), con cui a sua volta quest’ultimo aveva negato l’annullamento del regolamento (CE) del Consiglio 27 maggio 2002, n. 881, che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talebani e abroga il regolamento (CE) n. 467/2001 (che vieta l’esportazione di talune merci e servizi in Afghanistan, inasprisce il divieto dei voli ed estende il congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie nei confronti dei Talebani dell’Afghanistan), nella parte in cui tale atto riguarda i ricorrenti. In quella occasione il Tribunale di primo grado ha, infatti, rigettato: innanzitutto, la presunta mancanza di fondamento normativo del regolamento n. 467/2001 (facendo riferimento agli artt. 60, 301 e 308 CE); in secondo luogo, l’argomento per cui il regolamento non avrebbe portata generale e, da ultimo, l’asserita violazione di alcuni diritti fondamentali (del diritto al contraddittorio, del diritto al rispetto della proprietà nonché del principio di proporzionalità e del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo). Per quanto riguarda, in particolare, quest’ultimo punto, il Tribunale ha ritenuto preliminarmente opportuno: esaminare il legame tra l’ordinamento giuridico internazionale creato dalle Nazioni Unite e gli ordinamenti giuridici nazionali o l’ordinamento comunitario, determinare in quale misura le competenze della Comunità e degli Stati membri siano vincolate dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza adottate ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite e, conseguentemente, se gli atti comunitari che attuano tali risolu-

zioni rientrino effettivamente nel suo sindacato giurisdizionale.

Le questioni suddette sono state risolte nei termini seguenti. Dal punto di vista del diritto internazionale, gli Stati membri, in quanto membri dell'ONU, sono tenuti a rispettare il principio della prevalenza degli obblighi loro derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite (art. 103), il che implica che l'obbligo di eseguire le decisioni del Consiglio di sicurezza prevale su qualsiasi altro obbligo convenzionale da essi assunto (art. 25).⁹⁷ Ne consegue che «le risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite hanno effetti vincolanti per gli Stati membri della Comunità, che sono tenuti, in tale qualità, a prendere tutte le misure necessarie ad assicurare la loro esecuzione e hanno la facoltà, e anche l'obbligo, di disapplicare qualsiasi norma di diritto comunitario, seppur di diritto primario o un principio generale del diritto comunitario, che ostacoli la buona esecuzione degli obblighi assunti in base a tale Carta».⁹⁸ Tale effetto obbligatorio si imporrebbe – secondo il Tribunale – alla Comunità non in quanto direttamente vincolata alla Carta delle Nazioni Unite (poiché essa non è né membro dell'ONU, né destinataria delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, né subentra nei diritti e negli obblighi dei suoi Stati membri ai sensi del diritto internazionale pubblico) ma in forza del diritto comunitario, avendo assunto in forza del Trattato CE dei poteri già aspettanti agli Stati membri nell'ambito di applicazione di tale Carta. Sulla base di queste considerazioni il Tribunale è giunto a determinare la portata del controllo di legittimità che egli è tenuto ad esercitare su atti comunitari esecutivi di risoluzioni delle Nazioni Unite soprattutto rispetto ai diritti fondamentali. Infatti, poiché la Comunità in tale circostanza ha agito in base ad una compe-

⁹⁷ Sentenze impugnate Kadi (causa T-315/01), punti 181-184, nonché T-306/01 Yusuf e Al Barakaat (T-306/01), punti 231-234.

⁹⁸ Sentenze impugnate Kadi (causa T-315/01), punti 189 e 190, nonché Yusuf e Al Barakaat (T-306/01), punti 239 e 240.

tenza vincolata, che non lascia alcun margine di discrezionalità, il Tribunale ha dedotto che effettuare un controllo di legittimità interna del regolamento controverso comporta un controllo indiretto o incidentale della legittimità delle risoluzioni attuate dal regolamento di cui trattasi, alla luce dei diritti fondamentali, come tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario, che non può giustificarsi né sulla base del diritto internazionale (artt. 25, 48 e 103 della Carta) né sulla base del diritto comunitario (artt. 5, 10, 297, 307 del Trattato CE e art. 5 del Trattato UE, in base al quale il giudice comunitario esercita le proprie attribuzioni alle condizioni e ai fini previsti dalle disposizioni dei Trattati CE e UE nonché tale controllo sarebbe, inoltre, incompatibile con il principio secondo il quale le competenze della Comunità e, pertanto, quelle del Tribunale devono venir esercitate nel rispetto del diritto internazionale). Il Tribunale ha dichiarato, tuttavia, «di essere competente a controllare in via incidentale la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza controverse alla luce dello *ius cogens*, inteso come un ordinamento pubblico internazionale che si impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi dell'ONU, e al quale non è possibile derogare». ⁹⁹ Il Tribunale, però, ritiene che non sia questo il caso e, pertanto, che non vi sia alcuna violazione del diritto al rispetto della proprietà, del diritto al contraddittorio e del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo ¹⁰⁰ alla luce dello standard di tutela universale dei drit-

⁹⁹ Ai punti 226 della sentenza impugnata Kadi (causa T-315/01) e 277 della sentenza impugnata Yusuf e Al Barakaat (T-306/01).

¹⁰⁰ A tal proposito, ai punti 288-290 della sentenza impugnata Kadi (causa T-315/01) e 343-345 della sentenza impugnata Yusuf e Al Barakaat (T-306/01), il Tribunale ha rilevato quanto segue: «Nella fattispecie, il Tribunale considera che la limitazione del diritto del ricorrente di adire un giudice, derivante dall'immunità di giurisdizione di cui godono in via di principio, nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri delle Nazioni Unite, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza adottate ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite secondo i principi pertinenti del diritto internazionale (in particolare gli artt. 25 e 103 di tale Carta), è inerente a tale diritto, garantito dallo *ius cogens* (punto

ti fondamentali della persona umana appartenenti allo *ius cogens*.

La Corte di giustizia ribalta, successivamente, la decisione di primo grado. Innanzitutto, si sofferma sulla corretta interpretazione del fondamento normativo del regolamento contestato (p.ti 121-236).¹⁰¹In secondo luogo, respinge – in

288). Una siffatta limitazione è giustificata sia in base alla natura delle decisioni che il Consiglio di Sicurezza è portato ad adottare ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite sia in base allo scopo legittimo perseguito. Nelle circostanze del caso di specie, l'interesse del ricorrente a ottenere che un giudice esamini nel merito la sua causa non è sufficiente a prevalere sull'interesse generale fondamentale a che la pace e la sicurezza internazionali siano mantenute a fronte di una minaccia chiaramente identificata dal Consiglio di Sicurezza, conformemente alle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite. A questo proposito bisogna attribuire un'importanza significativa al fatto, lungi dal prevedere misure di applicazione di durata illimitata o indeterminata, le risoluzioni via via adottate dal Consiglio di Sicurezza hanno sempre previsto un meccanismo di riesame dell'opportunità di mantenere tali misure dopo un lasso di tempo di 12 o 18 mesi al massimo (punto 289). Infine, il Tribunale rileva che, in mancanza di un giudice internazionale competente a controllare la legittimità degli atti del Consiglio di Sicurezza, la costituzione di un organo quale il comitato per le sanzioni e la possibilità, prevista dai testi, di rivolgersi in qualsiasi momento per riesaminare ogni caso individuale, attraverso un meccanismo formalizzato che coinvolge sia il "governo interpellato" sia il "governo proponente" (...), rappresentano un altro ragionevole rimedio per tutela adeguatamente i diritti fondamentali del ricorrente riconosciuti dallo *ius cogens* (punto 290)».

¹⁰¹ In particolare, la Corte di giustizia nei p.ti 234-235 (Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P) afferma che: «Orbene, si deve necessariamente constatare che la conclusione cui è giunto il Tribunale ai punti 135 della sentenza impugnata Kadi nonché 158 della sentenza impugnata Yusuf e Al Barakaat, quanto al fondamento normativo del regolamento controverso, vale a dire che il Consiglio era competente ad adottare tale regolamento sul fondamento costituito dal combinato disposto degli artt. 60 CE, 301 CE e 308 CE, risulta fondata per altri motivi di diritto. Infatti, anche se, come stabilito ai punti 196-204 della presente sentenza, l'inclusione dell'art. 308 CE nel fondamento normativo del regolamento controverso non può giustificarsi per il fatto che tale atto perseguirebbe un obiettivo riconducibile alla PESC, detta disposizione poteva ciononostante essere considerata fondamento di detto regolamento dal momento che, come emerge dai punti 225-231 della presente sentenza, è legittimo considerare che tale regolamento mira a realizzare uno scopo della Comunità ed è inoltre collegato al funzionamento del mercato comune ai sensi dell'art. 308 CE. Peraltro, l'aggiunta di tale articolo al fondamento normativo controverso ha consentito al Parlamento europeo di partecipare al processo decisionale relativo alle misure in parola,

questo caso al pari del Tribunale di primo grado – l'argomento per cui il regolamento non avrebbe portata generale (p.ti 237-247).¹⁰² È nell'ultima parte – dedicata alla questione della violazione o meno dei diritti fondamentali – che emerge con evidenza il capovolgimento della decisione di primo grado (p.ti 248-330).

In particolare, la Corte afferma che gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono pregiudicare «i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso» (punto 285). Bisogna sottolineare che il controllo di legittimità svolto dal giudice comunitario riguarda l'atto comunitario volto ad attuare l'accordo internazionale e non quest'ultimo e che, quindi, non spetta al giudice comunitario controllare la legittimità della risoluzione del Consiglio di sicurezza adottata in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, quand'anche tale controllo si limitasse all'esame della compatibilità di tale risoluzione con lo *ius cogens*. Nel caso in cui un giudice comunitario rilevi che un atto comunitario volto ad attuare una tale risoluzione sia contrario a una norma superiore facente parte dell'ordinamento giuridico comunitario, la relativa sentenza non rimetterebbe

che riguardano specificamente individui, mentre nell'ambito degli artt. 60 CE e 301 CE non è previsto alcun ruolo per la suddetta istituzione».

¹⁰² Infatti, la Corte di giustizia nel punto 241 (Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P) afferma che: «Il Tribunale ha correttamente stabilito, ai punti 184-188 della sentenza impugnata Yusuf e Al Barakaat, che il fatto che le persone e le entità oggetto delle misure restrittive imposte dal regolamento controverso siano specificamente indicate nell'allegato I di tale regolamento, cosicché sembra che quest'ultimo le riguardi direttamente e individualmente, ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE, non implica che l'atto in parola non abbia una portata generale ai sensi dell'art. 249, secondo comma, CE, e che esso non debba essere qualificato come regolamento».

in discussione la prevalenza di tale risoluzione sul piano internazionale (come è già successo nella sentenza 10 marzo 1998, causa C-122/95, Germania/Consiglio, in cui è stata rilevata la violazione del principio generale di non discriminazione). A questo punto, la Corte verifica se, sulla base dei principi che disciplinano il concatenarsi dei rapporti tra l'ordinamento giuridico internazionale creato dalle Nazioni Unite e l'ordinamento giuridico comunitario, sia escluso un controllo giurisdizionale della legittimità interna del regolamento controverso sotto il profilo dei diritti fondamentali, nonostante il fatto che tale controllo costituisca una garanzia costituzionale che fa parte dei fondamenti stessi della Comunità. Innanzitutto, le competenze della Comunità devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale e, in particolare, il rispetto degli impegni assunti nell'ambito delle Nazioni Unite si impone oltre che in materia di cooperazione e di sviluppo, anche nel settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, in sede di attuazione ad opera della Comunità di attuazioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Tuttavia, la Carta delle Nazioni non impone la scelta di un particolare modello per attuare le risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza, considerato che tale recepimento deve realizzarsi nel rispetto delle modalità consentite dall'ordinamento interno dei Paesi membri. Se ne deduce, pertanto, che i principi che disciplinano l'ordinamento giuridico internazionale creato dalle Nazioni Unite non implicano un'esenzione del controllo giurisdizionale della legittimità interna del regolamento controverso sotto il profilo dei diritti fondamentali. Inoltre, tale immunità giurisdizionale non trova fondamento né nell'ambito del Trattato CE,¹⁰³ né sulla posizione assunta dagli obblighi

¹⁰³ In particolare, la Corte di giustizia nei punti 301-303 (Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P) afferma che è vero che l'art. 234 del Trattato CE (divenuto, a seguito di modifica, art. 307 CE), qualora ne ricorressero i presupposti d'applicazione, può consentire deroghe addirittura al diritto comunitario, ad esempio all'art. 113 del Trattato CE, relativo alla

derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite nella gerarchia delle norme dell'ordinamento giuridico comunitario,¹⁰⁴ prevalendo in entrambe le circostanze la necessità di rispettare i diritti fondamentali. Né tanto meno l'esistenza della procedura di riesame dinanzi al comitato per le sanzioni e l'inserimento di una procedura di radiazione, operato in un secondo tempo, nell'ambito del regime delle misure restrittive instaurato dalle Nazioni Unite può comportare un'immunità giurisdizionale generalizzata nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno della Comunità, considerato che tale procedura di riesame rimane essenzialmente di natura diplomatica e interstatale e, quindi, non offre manifestamente le garanzie di una tutela giurisdizionale. La Corte conclude statuendo la violazione del diritto al contraddittorio, del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo e del diritto al rispetto della proprietà.

In sintesi, il diritto internazionale – tramite l'adozione da parte del Consiglio di sicurezza di risoluzioni in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite – svolge un ruolo di primo piano nel perseguimento dell'obiettivo della pace e della sicurezza internazionale e deve essere rispettato in tale settore dal-

politica commerciale comune. È altresì vero che l'art. 297 CE consente implicitamente che si pongano ostacoli al funzionamento del mercato comune conseguenti a misure adottate da uno Stato membro allo scopo di attuare impegni internazionali da esso assunti per mantenere la pace e la sicurezza internazionali. Tuttavia, tali disposizioni non possono essere intese nel senso che autorizzano una deroga ai principi di libertà, di democrazia nonché di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sanciti dall'art. 6, n. 1, UE quale fondamento dell'Unione.

¹⁰⁴ Infatti, l'art. 300, n. 7, CE dispone che gli accordi conclusi alle condizioni indicate in detto articolo siano vincolanti per le istituzioni della Comunità e per gli Stati membri. Quindi, in base a tale disposizione, se essa fosse applicabile alla Carta delle Nazioni Unite, quest'ultima prevarrebbe sugli atti di diritto comunitario derivato. Tuttavia, tale prevalenza sul piano del diritto comunitario non si estenderebbe al diritto primario e, in particolare, ai principi generali nel cui novero vi sono i diritti fondamentali. Questa interpretazione è confortata dal n. 6 dello stesso art. 300 CE, secondo cui un accordo internazionale non può entrare in vigore se la Corte ha espresso parere negativo circa la sua compatibilità con il Trattato, a meno che esso non sia stato preventivamente modificato (punti 306-309).

la Comunità. Tuttavia, l'atto comunitario attuativo dell'accordo internazionale non sfugge al controllo di legittimità svolto dal giudice comunitario sotto il profilo dei diritti fondamentali, ribadendo così l'importanza di quest'ultimi rispetto all'interesse generale al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. A tal proposito è stato rilevato come in questa sentenza è la stessa Corte di giustizia ad elaborare una dottrina dei controlimiti poiché essa dichiara di accettare la supremazia del diritto internazionale generale, ma nell'ambito dei limiti disposti dai diritti fondamentali (par. 308).¹⁰⁵ Discostandosi, così, sia dalla posizione del Tribunale di primo grado – che poneva lo *jus cogens* come unico limite al diritto internazionale – che da quella dell'Avvocato Generale – il quale sosteneva in ogni caso la prevalenza della tutela dei diritti fondamentali anche in presenza di esigenze di lotta al terrorismo internazionale.¹⁰⁶ Vi è, dunque, «l'impressione di una forte svolta nel senso della trasformazione in senso costituzionale dello stesso giudice».¹⁰⁷

¹⁰⁵ In tal senso A. Vespasiani, *Il diritto costituzionale comune europeo nell'era dei bilanciamenti*, in *I diritti fondamentali europei*, a cura di A. Vespasiani, Torino, 2009, pp. 76-90; S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; G. F. Ferrari, *Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?*, pp. 187-192.

¹⁰⁶ Infatti, l'Avv. Generale Poiares Maduro nelle sue conclusioni (p.ti 44-45) presentate il 16 gennaio 2008 nella Causa C-402/05 P – *Kadi c. Consiglio e Commissione* afferma che: «(...) In ogni caso la Corte non può, riguardo alle valutazioni di tali istituzioni, voltare le spalle ai valori fondamentali sui quali si fonda l'ordinamento giuridico comunitario e che essa ha il dovere di tutelare. Il rispetto per altre istituzioni ha pieno significato soltanto se può essere costruito sulla comprensione condivisa di tali valori e sull'obbligo reciproco di proteggerli. Di conseguenza, in situazioni in cui si trovino sulla bilancia i valori fondamentali della Comunità, può essere chiesto alla Corte di riesaminare, e in caso annullare, provvedimenti adottati dalle istituzioni comunitarie, anche se tali provvedimenti riflettono la volontà del Consiglio di sicurezza. Il fatto che i provvedimenti in parola siano diretti a reprimere il terrorismo internazionale non dovrebbe impedire alla Corte di adempiere il suo dovere di difesa dello Stato di diritto. (...)».

¹⁰⁷ Cfr. G. F. Ferrari, *Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?*, p. 191.

7. Considerazioni conclusive

In sintesi, all'interno del sistema giurisdizionale comunitario la lesione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva scaturisce dall'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte di Giustizia della nozione di *persona individualmente interessata* da un atto di portata generale (uno dei due requisiti cumulativamente richiesti dall'ex art. 230, quarto comma, CE per poter proporre il ricorso in annullamento dell'atto in questione). Oggi il Trattato di Lisbona modifica – anche in virtù del riconoscimento della valenza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché della abilitazione dell'Unione ad aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – le condizioni di ricevibilità del ricorso di annullamento, ma esse – per come sono state formulate – finiscono per dipendere ancora una volta dall'interpretazione della Corte di Giustizia e del Tribunale.

Da qui non solo il problema della ragionevolezza delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi per l'annullamento di atti comunitari di carattere generale proposti da persone fisiche e giuridiche, ma anche il problema della completezza e dell'effettività del sistema giurisdizionale comunitario, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte di giustizia. Infatti, nel rinvio pregiudiziale – considerato il principale rimedio alternativo e/o complementare al ricorso di annullamento e, quindi, rimedio necessario ad assicurare la completezza degli strumenti di garanzia previsti dai Trattati così come sostenuto dalla Corte di giustizia – il ruolo dei singoli è comunque limitato alla possibilità di contestare la validità dell'atto dinanzi al giudice interno. Conseguentemente, il giudice nazionale ha ampia discrezionalità di adire o meno la Corte, discrezionalità che può irrimediabilmente pregiudicare il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nel caso in cui un giudice di ultima istanza – sul quale incombe un obbligo di rin-

vio alla Corte – giudichi “chiaro” un atto comunitario per evitare di rivolgersi alla Corte stessa (c.d. dottrina dell’atto chiaro).

E sebbene l’inottemperanza del giudice di ultima istanza dell’obbligo di rinvio può essere sanzionata tramite il ricorso per infrazione dinanzi alla Corte di giustizia (art. 226 ss. CE) oppure tramite l’azione di risarcimento dinanzi ai giudici nazionali (artt. 235 e 288 CE), in nessuno dei due casi si avrà anche un controllo sulla legittimità o meno dell’atto comunitario.

Tanto il Trattato di Lisbona (in virtù del principio della sussidiarietà giurisdizionale previsto all’art. 19, par. 1, TUE) quanto la Carta di Nizza (divenuta giuridicamente vincolante) e, in particolare, il relativo art. 47 confermano l’importanza del ruolo dei giudici nazionali come organi dell’ordinamento comunitario chiamati a tutelare le posizioni giuridiche soggettive riconosciute dall’Unione e gettano le basi per la realizzazione di un controllo diffuso circa la conformità delle leggi nazionali ai diritti della Carta stessa. In tale direzione sembra andare, sebbene impropriamente alla luce della giurisprudenza costituzionale, non solo la sentenza 11984/2010 del Tar del Lazio rispetto alla diretta applicabilità della CEDU (poiché l’art. 6 relativo all’adesione della Unione Europea alla CEDU sembrerebbe avallare la tesi della “comunitarizzazione” della CEDU), ma anche la sentenza *Küçükdeveci* (19 gennaio 2010) della Corte di giustizia rispetto al tema della diretta applicabilità dei principi generali dell’ordinamento comunitario. Contro il rischio di ancorare la protezione giurisdizionale di situazioni soggettive conferite dal diritto dell’Unione alle diverse regole procedurali nazionali determinando, in assenza di normative di armonizzazione, delle divergenze nel livello di tutela, sarebbe auspicabile puntare maggiormente sull’impugnazione diretta al giudice comunitario, rendendo meno esigenti le sue condizioni di ricevibilità, o quanto meno prevedere una tutela diretta dei diritti fondamentali. A tal proposito, è nella sentenza *Kadi* che la Corte di giustizia assurge a ruolo di giudice costituzionale, effettuando un con-

trollo di legittimità sotto il profilo dei diritti fondamentali anche nei confronti di un atto comunitario attuativo di un accordo internazionale (e più precisamente di un atto comunitario esecutivo di risoluzioni delle Nazioni Unite) teso al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

Capitolo III

Due diversi modelli di accesso del singolo alla giustizia costituzionale: Italia e Spagna

SOMMARIO: 1. Premessa. Composizione, organizzazione e competenze del giudice costituzionale italiano e spagnolo – 2. Il singolo e il ricorso di costituzionalità in via incidentale – 3. Il singolo e la cuestión de incostitucionalidad – 4. Il ricorso di amparo – 5. La questione interna di incostituzionalità in relazione al ricorso di amparo – 6. L'accesso del singolo alla giustizia costituzionale: Italia e Spagna a confronto

1. Premessa. Composizione, organizzazione e competenze del giudice costituzionale italiano e spagnolo.

Prima di analizzare le modalità di accesso del singolo alla giustizia costituzionale all'interno dell'ordinamento italiano e spagnolo, pare opportuno un riferimento – sia pur sommario – alla composizione, all'organizzazione e alla competenza dei rispettivi giudici costituzionali non solo per meglio comprendere – in via generale – il tema di analisi ma anche perché le scelte – riguardo ai profili indicati – non sono esenti da ricadute sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Ciò comporta che tali scelte debbano essere effettuate nel rispetto di quest'ultimo.

Innanzitutto, la scelta relativa alla composizione del giudice costituzionale sia italiano che spagnolo sembra garantire l'indipendenza di questo or-

gano costituzionale all'interno dei rispettivi ordinamenti, la quale – rientrando nella stessa nozione di diritto di accesso al giudice – incide a sua volta sulla garanzia di quest'ultimo. In particolare, secondo l'art. 159 della Costituzione, il Tribunale costituzione spagnolo si compone di dodici membri nominati tutti dal Re ma proposti da differenti poteri statali e con peso diverso. Infatti, otto membri vengono proposti dalle *Cortes Generales* (quattro dal *Congreso de los Diputados* e quattro dal *Senato*), mentre i restanti dal Governo e dal *Consejo General del Poder Judicial* (due ciascuno). Da questa modalità di designazione dei membri del Tribunale Costituzionale, prevista appunto dall'art. 159 CE, sembrerebbe che solamente ed esclusivamente la maggioranza parlamentare contingente vada ad incidere sulla composizione stessa del Tribunale Costituzionale, considerato che da essa non solo dipende la nomina degli otto membri designati dalle *Cortes Generales*, ma anche la composizione del Governo e del *Consejo General del Poder Judicial*, che – come abbiamo visto – sono gli altri organi chiamati a selezionare i restanti membri. Tuttavia, non è così perché l'indipendenza di questo organo costituzionale è garantita dalla presenza di una serie di correttivi: innanzitutto, come previsto dallo stesso art. 159 CE, è necessaria la maggioranza qualificata (tre quinti) di ciascuna camera per l'approvazione degli otto membri proposti dal potere legislativo; in secondo luogo, non si crea alcuna relazione automatica tra maggioranza parlamentare e composizione del Tribunale Costituzionale perché la durata del mandato dei membri di quest'ultimo è di nove anni e, pertanto, non coincide con quella del mandato dei membri del potere legislativo; in terzo luogo, l'assenza di questo legame è confermata dal fatto che la composizione del Tribunale Costituzionale si rinnova ogni tre anni di un terzo dei suoi membri, i quali vengono scelti alternativamente dai diversi poteri statali a tal uopo preposti (ovvero,

un terzo viene proposto dal Congresso, un terzo dal Senato e un terzo dal governo e dal Consiglio generale del potere giudiziale); da ultimo, la LOTC ha escluso la possibilità una rielezione immediata dei giudici costituzionali per «evitar compromisos tendentes a asegurar una reelección».¹ I requisiti previsti dalla Costituzione per essere nominati membri del Tribunale costituzionale contribuiscono a conferire indipendenza a questo organo costituzionale e sono tre: essere giurista di riconosciuta competenza, appartenere a determinate categorie professionali e avere un minimo di quindici anni di esercizio professionale.²

Anche sulla nomina dei componenti della Corte costituzionale italiana

¹ P. Pérez Tremps, *El Tribunal Constitucional. Composición y organización*, in *Derecho Constitucional*, vol. II, Valencia, 2007, p. 250-251, il quale specifica che «el plazo máximo de nueve años de permanencia en el cargo puede excepcionalmente prolongarse hasta un máximo de tres años más; ello porque la reelección inmediata para quienes cesen antes de haber estado tres años por haber entrado a ocupar la vacante de algún Magistrato que, por fallecimiento, por dimisión personal o por otra causa legalmente prevista, no agotó su mandato». Sul tema v. anche F. Balaguer Callejón, *Organización y competencias del Tribunal Constitucional*, in *Manual de derecho constitucional*, v. I, Madrid, 2007, pp. 239-283.

² *Ibidem*, p. 250, il quale aggiunge che «la independencia de los órganos jurisdiccionales y de sus miembros, en general, y la de los Magistrados del Tribunal Constitucional, en particular, no depende sólo, ni siquiera fundamentalmente, de la manera en que son designados, sino, sobre todo, de cómo se configura su estatuto. En este sentido, la Constitución y la LOTC se han esforzado en garantizar la posición de independencia de los Magistrados del Tribunal Constitucional mediante un consunto de reglas muy similar al que establece el estatuto de los miembros del Poder Judicial. Este conjunto de reglas puede resumirse como sigue. En primer lugar, los Magistrados del Tribunal Constitucional están sujetos a los principios de independencia e inamovilidad (art. 159.5 CE). [...] En segundo lugar, los Magistrados del Tribunal Constitucional se encuentran sometidos a un rígido sistema de incompatibilidades muy similar al de los miembros de la carrera judicial (art. 159.4 CE). [...] Los Magistrados del Tribunal Constitucional, como corolario de su independencia, no pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Por otro lado, cuentan con fuero especial para la exigencia de responsabilidad penal ya que sólo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo puede enjuiciarlos».

intervengono diversi organi statali, che sono espressione di esigenze di carattere sia politico che giuridico. Infatti, come è noto, la Corte è composta da quindici giudici: cinque nominati dal Presidente della Repubblica, cinque dal Parlamento in seduta comune e i restanti cinque dalle supreme magistrature, ordinaria e amministrativa (art. 134 c. 1 Cost.).³ Tuttavia, per ricoprire la carica di giudice costituzionale sono richieste esclusivamente capacità di ordine tecnico-giuridico in quanto bisogna essere magistrati (anche a riposo) delle giurisdizioni superiori (ordinaria e amministrative) oppure professori ordinari di università in materie giuridiche o anche avvocati con vent'anni di esercizio professionale (art. 135 c. 2 Cost.). I giudici costituzionali durano in carica nove anni, senza possibilità di essere rieletti o rinominati (art. 135 c. 3 Cost.). Tale durata – né troppo corta né vitalizia – consente di garantire, da un lato, l'autonomia dei giudici costituzionali rispetto agli organi legittimati ad incidere sulla loro nomina e, dall'altro, l'adeguamento costante della giurisprudenza costituzionale al cambiamento culturale del Paese. Sono previste rigorose cause di incompatibilità nonché forme di immunità e prerogative per l'esercizio della carica di giudice costituzionale.

In secondo luogo, la differente scelta relativa alle competenze del giudice costituzionale fa emergere – come dimostreremo di seguito – una giustizia spagnola più in linea con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva tramite la previsione del ricorso diretto di amparo. Nello specifico, la Corte costituzionale italiana è regolata, oltre che dalla stessa Costituzione, anche –

³ Sul punto v. G. Ferrari, «*Supreme magistrature*» *composizione dei rispettivi collegi per l'elezione dei giudici costituzionali*, in «Giur. cost.», 1963, p. 1022; C. Esposito, *Per la determinazione del significato dell'espressione «supreme magistrature amministrative»*, *ivi*, p. 1032.

secondo quanto disposto dallo stesso art. 137 Cost., c. 1 e 2 – da successive leggi costituzionali ed ordinarie intervenute in materia.⁴ La sua potestà regolamentare – ovvero la potestà della Corte di disciplinare l'esercizio delle sue funzioni con regolamento approvato a maggioranza assoluta dei suoi componenti – è prevista nell'art. 14 della l. 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale). Pertanto, il fondamento di tale potestà regolamentare è meramente legislativo, a differenza della Spagna – in cui esiste un tipo di fonte, la legge organica, per regolare casi particolari come la giustizia costituzionale. Tuttavia, è nella posizione costituzionale della Corte che si è cercato di fondare la garanzia dell'autonomia regolamentare della stessa, realizzandosi di fatto una certa marginalizzazione della legge ordinaria a favore della fonte di autoregolamentazione nell'ambito della disciplina di rango costituzionale.⁵

Come è noto, il nostro giudice costituzionale è competente a giudicare: sulla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle regioni (ricorso in via incidentale e in via d'azione); sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e sui conflitti tra lo Stato e le

⁴ Ricordiamo in tal senso ad es.: la l. cost. 9/2/1948, n. 1, Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale; la l. cost. 11/3/1953, n. 1, Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale; la l. 11 marzo 1953, n. 87, Norme sulla costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale.

⁵ In tal senso v. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 73-98. Infatti, l'ampia «accezione del potere regolamentare della Corte costituzionale è stata sostanzialmente accettata dagli altri soggetti dell'ordinamento. Le norme poste dalla Corte, al di là e talora contro la legge n. 87, non sono state contestate. Quando si è inteso rimuovere una norma regolamentare si è proceduto con legge costituzionale, quasi a sottintendere l'insufficienza della mera legge ordinaria. La Corte costituzionale, a sua volta, quasi a sottolineare la spettanza a sé delle questioni di autorganizzazione ha provveduto poi a recepire nel proprio regolamento la nuova norma posta dal legislatore costituzionale».

regioni e tra regioni; sulle accuse promosse dal Parlamento in seduta comune contro il presidente della Repubblica in caso di alto tradimento e attentato alla Costituzione; e sull'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo. E come è, altrettanto noto, il nostro legislatore⁶ ha, successivamente, previsto – come unico canale di accesso del singolo alla giustizia costituzionale – il ricorso in via incidentale sulla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge ed è ad esso che dedicherò il prossimo paragrafo.

Il Tribunale Costituzionale spagnolo, invece, viene regolato, da una lato, dal titolo IX (art. 159-165) della Costituzione spagnola del 1978 e da altre sporadiche disposizioni costituzionali (artt. 53, c. 2 e 95, c. 2, Cost.), e, dall'altro, dalla *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (d'ora in poi *LOTC*) approvata nel 1979 e – come vedremo – più volte modificata dal legislatore organico, al quale è demandato il compito di sviluppare i principi costituzionali previsti in materia. Il Tribunale Costituzionale viene definito organo giurisdizionale, costituzionale nonché interprete supremo della Costituzione (art. 1.1 *LOTC*). Benché per sua natura e per le sue funzioni non fa parte del Potere Giudiziale, il Tribunale costituzionale è un organo giurisdizionale «*que actúa de acuerdo con procesos jurisdiccionales y que resuelve a través de una sentencia, como cualquier otro tribunal*»⁷. L'eser-

⁶ L. cost. 9/2/1948, n. 1, Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale.

⁷ F. Balaguer Callejón, *Organización y competencias del Tribunal Constitucional*, cit., p. 241, il quale precisa, tuttavia, che «esto no quiere decir que sus decisiones no tengan una gran relevancia política, especialmente en aquellos procesos que afectan a las resoluciones de órganos políticos a los que el Tribunal, en definitiva, puede desautorizar mediante la declaración de inconstitucionalidad de esas decisiones. Hay que tener en cuenta, a este respecto, que una de las funciones del TC es la garantía última de los derechos constitucionales y la preservación de las condiciones del pluralismo, mediante la protección de los

cizio di questa funzione giurisdizionale implica, a sua volta, che il Tribunale Costituzionale è un organo indipendente e sottomesso esclusivamente alla Costituzione e alla sua *Ley Orgánica*. A tal proposito, viene riconosciuto al Tribunale Costituzionale il compito di determinare l'ambito della propria giurisdizione e di preservarla, ricorrendo persino alla dichiarazione di nullità di quegli «*actos o resoluciones que la menoscaben*»; allo stesso tempo, può valutare d'ufficio o su istanza di parte la sua competenza o incompetenza (art. 4.1 *LOTC*). Strettamente unita alla caratteristica di organo giurisdizionale, è quella di organo costituzionale. Infatti, la funzione giurisdizionale viene attribuita ad un organo costituzionale – per l'appunto al Tribunale Costituzionale –, cioè ad un organo configurato direttamente dalla Costituzione e autonomo rispetto agli altri poteri costituzionali. Il Tribunale Costituzionale è anche l'unico organo legittimato a dichiarare l'incostituzionalità di una norma con forza di legge – di qui la natura accentrata del modello giurisdizionale costituzionale spagnolo – e l'interprete supremo della Costituzione, spettando ad esso «*una permanente labor de reconstrucción de la unidad del ordenamiento mediante su doctrina, al determinar el sentido de los preceptos constitucionales*»⁸.

Attualmente, le competenze del Tribunale costituzionale spagnolo si possono così riassumere: controllo di costituzionalità delle norme con forza di legge attraverso i ricorsi di incostituzionalità e le questioni di incostitu-

derechos de las minorías frente a las decisiones contrarias a la Constitución de las mayorías. Esa función no puede por menos que situar al TC en el centro de la tensión política cuando ésta se genera entre mayoría y minorías. La misma reflexión se puede hacer en relación con los conflictos territoriales que enfrentan al Estrado y a las Comunidades Autónomas. La decisión del Tribunal va a tener inevitables efectos políticos y va a ser objeto de importantes críticas, no todas ellas basadas en planteamientos jurídicos».

⁸ *Ibidem*, p. 242.

zionalità (artt. 161.1.a e 163 CE); controllo preventivo dei trattati internazionali (art. 95 CE); protezione dei diritti e delle libertà fondamentali mediante il ricorso di amparo (art. 161.1.b) CE); i conflitti di competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome o tra quest'ultime (art. 161.1.c) CE); controllo di costituzionalità di disposizioni e risoluzioni degli organi delle Comunità Autonome, mediante le impugnazioni previste dall'art. 161.2 CE; i conflitti di attribuzioni tra organi costituzionali (art. 59.1.c) *LOTC*); difesa dell'autonomia locale tramite il ricorso dei municipi e delle province contro leggi dello Stato o di una Comunità Autonoma (art. 59.2 *LOTC*); difesa della propria giurisdizione (art. 4.3 *LOTC*). Oltre a queste competenze di carattere giurisdizionale, non bisogna dimenticare che il Tribunale costituzionale dispone anche di ampi poteri relativi alla propria organizzazione interna.

La *LO 2/1979* è stata riformata nel corso del tempo ben sei volte.⁹ In particolare, la *LO 8/1984* ha modificato il ricorso di amparo costituzionale contro le violazioni del diritto all'obiezione di coscienza (art. 45 *LOTC*).¹⁰

⁹ Per un'ampia trattazione di queste riforme v. J. García Roca, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, in *La reforma del Tribunal Constitucional*, (a cura di P. Pérez Tremps), Valencia, 2007, pp. 57-61.

¹⁰ Inizialmente questo ricorso «estaba previsto como recurso directo a interponer una vez que fuera ejecutiva la resolución que impusiera la obligación de prestar el servicio militar. El recurso es ahora subsidiario, pues, de acuerdo con la *LO 8/1984* (art. 1.1), contra las resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia que denieguen la solicitud de declaración de objeción de conciencia o que tengan un efecto equivalente, podrá interponerse, de conformidad con las normas que regular la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el correspondiente recurso; por su parte el número 2 de ese artículo 1 establece que contra las resoluciones judiciales recaídas en los procedimientos señalados en el apartado anterior, podrá interponerse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero esta regulación debe ahora interpretarse en función de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen de personal de las Fuerzas Armadas, que suprime la prestación del servicio militar, y de la *LO 3/2002*, de 22 de mayo, que modifica el Código Penal y el Código Penal Militar en materia de delitos relativos al Servicio Militar y la prestación de este

La *LO 4/1985* ha eliminato il ricorso preventivo contro progetti di Statuti Autonomici e di leggi organiche. La dottrina era concorde nell'eliminare il ricorso preventivo contro progetti di leggi organiche in quanto esso consentiva alla minoranza parlamentare di ostruire l'entrata in vigore di quest'ultime e di contrastare così la maggioranza. Ricorso utilizzato anche al fine di avere una pronuncia del Tribunale sulla costituzionalità o meno del progetto che prevedeva l'abrogazione del ricorso preventivo in questione (STC 66/1985). Inoltre, la scelta del legislatore costituzionale di un controllo di costituzionalità successivo e non preventivo delle leggi imponeva per coerenza interna l'abrogazione del ricorso preventivo contro leggi organiche, perché entrambe hanno lo stesso valore e rango. Al contrario, discussa è stata la soppressione del ricorso preventivo contro i progetti degli Statuti Autonomici e alcuni, addirittura, auspicano la possibilità di recuperare tale ricorso. La prima riforma dell'amparo si è avuta con la *LO 6/1988*, la quale consentì alle Sezioni di rifiutare all'unanimità le domande tramite *providencias* di inammissibilità, evitando così alle Sale di pronunciarsi sul punto tramite *autos*. Le *providencias*, a differenza degli *autos*, sono ordinanze non motivate e, pertanto, le prime consentono una maggiore celerità della procedura di amparo rispetto agli *autos*. La funzione selettiva riconosciuta alle Sezioni da questa riforma ha l'obiettivo di snellire l'enorme mole di lavoro del Tribunale costituzionale. La *LO 7/1999* ha accolto la richiesta dei Municipi e delle Province di accedere alla giurisdizione costituzionale per difendere la loro autonomia costituzionalmente garantita dalle invasioni competenziali da parte dello Stato e delle Comunità Autonome. Tuttavia, tale opportunità è ostacolata da una cattiva regolazione di questa procedura.

supuesto». Cfr. F. Balaguer Callejón, *Organización y competencias del Tribunal Constitu-*

La *LO 1/2000* ha introdotto una deroga al termine per il ricorso di costituzionalità (da tre mesi a nove mesi dalla data di pubblicazione dell'atto nel *Boletín Oficial del Estrado español*) nel caso in cui il Presidente del Governo e degli organi delle Comunità Autonome, piuttosto che adire direttamente il Tribunale, abbiano convocato la *Comisión Bilateral de Cooperación* tra l'Amministrazione generale dello Stato e la rispettiva Comunità Autonoma. L'allungamento del termine da tre a nove mesi – previsto dalla riforma in questione – aveva l'obiettivo di permettere alle parti di giungere ad un accordo per evitare il contrasto in sede giurisdizionale, facilitando così meccanismi di cooperazione extragiudiziale. Anche la *Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG)* del 1985 ha comportato delle modifiche in materia di giustizia costituzionale, introducendo due nuovi ricorsi di amparo: l'amparo contro la proclamazione dei candidati alle elezioni e l'amparo contro la proclamazione degli eletti (c.d. *amparo electoral*). L'ultima e sostanziale riforma – analizzata approfonditamente nei prossimi paragrafi – è la *LO 6/2007*, la quale ha come obiettivo primario quello di affrontare il problema del sovraccarico dei ricorsi di amparo.

Diverse sono le competenze del Tribunale Costituzionale spagnolo, le quali – come abbiamo visto – sono state più volte modificate nel corso del tempo per rendere il lavoro del giudice costituzionale più fluido ed efficace, evitando inutili sovraccarichi. Tuttavia, in questa sede ed in linea con il mio tema di ricerca – che si occupa dell'accesso del singolo al giudice costituzionale – mi occuperò esclusivamente della questione di incostituzionalità e del ricorso di amparo.

In terzo luogo, l'organizzazione del giudice costituzionale spagnolo ri-

sulta essere più articolata di quella italiana proprio in conseguenza della maggior mole di lavoro che investe il primo. Questa complessa articolazione della giustizia costituzionale spagnola se, da un lato, consente di fronteggiare il sovraccarico di lavoro, dall'altro, rischia di produrre un conflitto interno alla stessa giurisprudenza costituzionale. Infatti, il Tribunale costituzionale spagnolo si articola in tre modi diversi per lo svolgimento delle sue competenze: quattro Sezioni, due Sale e il Pleno. Quest'ultimo, composto da tutti e dodici i giudici costituzionali e presieduto dal Presidente, può svolgere tutte le competenze proprie del Tribunale costituzionale, ad eccezione dei ricorsi di amparo. Tuttavia, il Pleno può occuparsi anche di quest'ultimi, su iniziativa propria o delle Sale (art. 10.1.n) LOTC).

Le due Sale, composte ognuna da sei giudici costituzionali e presiedute rispettivamente dal Presidente e dal Vicepresidente, si occupano dei ricorsi di amparo. Vigge la semplice ripartizione alternata di casi, senza alcuna specializzazione delle Sale in base alla materia. Da ultimo, le quattro Sezioni – ognuna composta da tre giudici costituzionali – si occupano dell'ammissibilità o meno dei ricorsi. Non solo è possibile avocare casi dalle Sezioni alle Sale e da queste al Pleno, ma anche il contrario, deferendo casi dal Pleno alle Sale e da queste alle Sezioni. Le decisioni si adottano a maggioranza ma bisogna precisare che, in caso di pareggio, decisivo è il voto del Presidente e che, in caso di discordanza con la maggioranza, sono previsti voti particolari.

Tuttavia, in entrambi i casi nell'organizzazione della giustizia costituzionale un ruolo non marginale ai fini dell'adozione della decisione costituzionale è quello svolto dal Presidente dell'organo costituzionale. Infatti, il numero di dodici membri già stabilito dalla Costituzione spagnola rende difficile una sua modifica e può causare difficoltà di votazione nelle risoluzio-

ni giudiziali essendo per l'appunto un numero pari. Di conseguenza, in alcuni ricorsi di incostituzionalità, importante è stato «*el voto de calidad de la Presidencia del TC, lo que no sólo supone una responsabilidad añadida a su función, sino que además parece otorgar más valor a un solo voto*». ¹¹ Secondo l'art. 160 CE, spetta al Re – su proposta del Pleno del Tribunale – la nomina del Presidente del Tribunale Costituzionale tra i suoi membri per un periodo di tre anni e rinnovabile solo per altri tre anni. È prevista dalla LOTC anche l'elezione di un Vicepresidente per un periodo di tre anni per sopperire all'eventuale assenza del Presidente.

Anche la Corte costituzionale italiana ha un Presidente che è eletto tra e da i suoi membri a maggioranza assoluta per la durata di tre anni ed è rieleggibile. Esiste anche un vicepresidente – nominato dallo stesso presidente – che svolge funzioni vicarie. Alcuni poteri del presidente relativi all'attività giurisdizionale della Corte possono acquisire notevole importanza,¹² sebbene il principio organizzativo che qualifica essenzialmente

¹¹ *Ibidem*, p. 243. «Así ocurrió, por ejemplo, con la STC 111/1983, acerca de la incostitucionalidad del Decreto-ley dictado por el Gobierno para la expropiación del *holding* Rumasa, en la STC 53/1985, por la que se estimó el recurso previo de incostitucionalidad acerca de la despenalización de determinados supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, y más recientemente en la STC 56/2006, en materia de límites a la investigación a la paternidad en el Código Civil».

¹² G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 88-89. L'autore mette in evidenza alcune funzioni particolari svolte dal presidente della Corte, ovvero: a) la nomina del giudice relatore; b) la possibilità di convocare la Corte in camera di consiglio, nel giudizio sulle leggi (incidentale e principale) oltre che nel caso in cui nessuna parte sia costituita (e anche quando vi sia il solo intervento del presidente del consiglio dei ministri), quando, d'accordo con il giudice relatore, ritenga ricorrere il caso della manifesta infondatezza e, per ovvia estensione (o 'a maggior ragione'), della manifesta inammissibilità; ovvero, nel caso dei conflitti tra enti, quando il ricorso appaia manifestamente inammissibile o la rivendicazione dell'attribuzione manifestamente infondata. Il caso più frequente che dà luogo alla riunione in camera di consiglio, in luogo dell'udienza pubblica, è quello della ri-

l'attività della Corte è quello della collegialità. Infatti, la Corte per svolgere le sue funzioni ha bisogno della presenza di almeno undici giudici in modo che ci sia almeno un giudice per ogni categoria. La deliberazione delle decisioni richiede – per garantire la continuità del collegio ed impedire le assenze – la partecipazione in camera di consiglio di tutti i giudici che siano stati presenti a tutte le udienze nonché la maggioranza assoluta dei presenti. In caso di parità gioca, però, un ruolo decisivo il voto del presidente del collegio, che coincide – salvo impedimento – con il voto del presidente della Corte costituzionale. Altri aspetti del processo costituzionale – importanti per il carattere pubblico degli interessi in discussione di fronte alla Corte – sono l'assenza degli istituti dell'astensione e della ricusazione dei giudici e il principio della gratuità assoluta del processo in questione. I giudizi della Corte sono espressi tramite sentenze, le quali devono contenere il dispositivo e motivare le ragioni di fatto e di diritto su cui si fonda quest'ultimo. Al contrario, gli atti con cui la Corte interloquisce nel corso del giudizio sono ordinanze scarsamente motivate.

In sintesi, se, da un lato, la scelta relativa alla composizione del giudice costituzionale sia italiano che spagnolo sembra garantire l'indipendenza di questo organo costituzionale in entrambi i casi, dall'altro, le diverse scelte relative alle competenze del giudice costituzionale italiano e spagnolo sembrano configurare – come dimostreremo di seguito – una giustizia spagnola più in linea con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva tramite la previsione del ricorso diretto di amparo. Tuttavia, proprio in conseguenza della

proposizione di questioni identiche ad altre già decise; c) il potere di fissazione dell'udienza di trattazione della causa, potere che, pur in presenza di termini legali (che comunque si considerano solo indicativi), assume necessariamente una valenza discrezionale; d) il potere di riduzione dei termini processuali fino alla metà; e) il valore doppio che

maggior mole di lavoro del giudice costituzionale spagnolo, l'organizzazione di quest'ultimo risulta più articolata di quella italiana, comportando l'eventuale rischio di un conflitto interno alla stessa giurisprudenza costituzionale e di ricadute gravi sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

2. Il singolo e il ricorso di costituzionalità in via incidentale

Il nostro controllo di costituzionalità sulle leggi è accentrato e *a posteriori*; conseguentemente la relativa competenza viene riservata ad un organo *ad hoc*, ovvero alla Corte costituzionale.¹³ La scelta di un modello accentrato di giustizia costituzionale implica una serie di conseguenze: innanzitutto, che l'obiettivo principale è quello di assicurare il rispetto della Costituzione da parte del legislatore, mentre riveste un ruolo secondario l'esigenza di tutelare anche eventualmente le posizioni soggettive di rilievo costituzionale lesionate dalle leggi; in secondo luogo, che la dichiarazione di incostituzio-

è conferito al voto presidenziale in caso di parità.

¹³ Sul tema generale della giustizia costituzionale italiana v. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit.; A. Pizzorusso, *Garanzie costituzionali (art. 134-139)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Roma-Bologna, 1981; AA.VV., *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, in onore di V. Crisafulli, Padova, 1985; P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; L. Elia, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, in «Quaderni costituzionali», 1984, p. 14; P. Caretti-E. Cheli, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», 1984, p. 39; C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, a cura di G. Amato e altri, Bari, 1979, pp. 169 ss.; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, Padova, 1984; G. Amato-F. Bassanini, *La Corte costituzionale: un istituto da riformare*, in «Politica del diritto», 1972, p. 810; N. Occhicupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di, Bologna, 1978; P. Costanzo (a cura di) *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996; A. Celotto, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2004.

nalità fa perdere alla legge efficacia nei confronti di tutti (valore *erga omnes*) e ha, pertanto, effetti *contrarius actus* della legge, configurando così la Corte costituzionale come legislatore negativo e assicurando allo stesso tempo la certezza del diritto; infine, che questa particolarissima funzione di controllo di costituzionalità delle leggi è conferita ad un solo soggetto – alla Corte costituzionale – che opera su un piano distinto da quello dei giudici comuni. Bisogna, tuttavia, ricordare che in Italia le scelte relative al controllo accentrato sono contenute nel titolo VI della parte II della Costituzione, mentre quelle relative ai meccanismi di instaurazione del controllo¹⁴ sono state decise successivamente tramite la legge cost. n. 1 del 1948, finendo così per incidere sulle scelte operate in sede costituente. Infatti, la scelta a favore della instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi – promosso dai giudici comuni – ha minato la purezza del sistema accentrato – stabilito in sede di costituente – attenuando così le distanze tra quest’ultimo e il si-

¹⁴ Risalta la particolarità dell’esperienza italiana, per la quale, com’è noto, «la Costituzione, nel regolare gli elementi essenziali del nostro modello di giustizia costituzionale, non contiene alcuna indicazione in ordine alle modalità stesse. È infatti accaduto che, allorché furono approvate le disposizioni costituzionali che stabiliscono momenti qualificanti del nostro sistema la scelta in ordine alle modalità di instaurazione del giudizio costituzionale non era ancora stata compiuta e la discussione in Assemblea costituente faceva ritenere che questa sarebbe stata assai diversa da quella poi accolta dal legislatore costituzionale. Così per il carattere accentrato del giudice – la cui natura speciale rispetto ai giudici veniva giustificata soprattutto in base ad un giudizio proposto in via diretta nell’interesse pubblico, che poi non ci sarà – oppure per l’efficacia *erga omnes* delle decisioni della Corte – che veniva fatto discendere come corollario di un giudizio promosso in via diretta e nell’interesse generale e che, solo per ragioni di omogeneità tra i due modi di accesso, veniva esteso anche a quello promosso in via incidentale» Cfr. P. Carrozza, R. Romboli e E. Rossi, *I limiti all’accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello* (a cura di R. Romboli), Napoli, 2006, pp. 679-804).

stema diffuso.¹⁵ Si tratta poi di un sistema di controllo *a posteriori*, che – in quanto attivabile in ogni momento dopo l’entrata in vigore della legge – contribuisce a fornire una lettura sempre attuale della Costituzione.

Come è noto, i meccanismi per l’instaurazione del giudizio di costituzionalità sulle leggi sono due: il primo detto *in via incidentale* o *di eccezione* – perché la questione di costituzionalità è rilevata d’ufficio o sollevata dalle parti nel corso di un procedimento giudiziario – e il secondo detto *principale* o *in via d’azione* – perché i soggetti interessati al rispetto delle rispettive competenze legislative (il governo della repubblica e la regione) dispongono di una procedura *ad hoc* per sollevare la questione di costituzionalità. In questa sede ci limiteremo ad approfondire solo il primo dei due meccanismi previsti per l’instaurazione del giudizio di costituzionalità sulle leggi.

Come già ricordato, il legislatore costituzionale ha escluso che la questione di costituzionalità possa essere posta direttamente alla Corte costituzionale, optando, invece, a favore del procedimento incidentale, che prevede il sorgere della questione di costituzionalità «nel corso di un giudizio dinanzi a una autorità giurisdizionale» (art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 e 23 l. n. 87 del 1953). Se è facile cogliere il significato dell’origine giudiziaria delle questioni di incostituzionalità incidentali nella posizione svolta dal giudice durante il processo – considerata come posizione di intermediarietà tra l’interesse all’eliminazione delle leggi incostituzionali e l’esigenza di difesa delle posizioni soggettive, più difficile è cogliere il concetto di giudice e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale – considerato che il suo orientamento eclettico sul punto in questione ha determinato una

¹⁵ Il nostro sistema, infatti, viene comunemente definito come un modello accentrato ad

concezione relativistica della nozione di giudice e giurisdizione. Si pensi, tra i tanti,¹⁶ ad es. che la Corte costituzionale ha riconosciuto a se stessa la legittimazione a sollevare questioni di incostituzionalità incidentali di fronte ad essa medesima nell'esercizio di una qualsiasi delle sue competenze, riconoscendo così la sua appartenenza alla giurisdizione,¹⁷ mentre in altre circostanze ha negato questa appartenenza, come ad es. ha affermato che non rientra tra quelle giurisdizioni nazionali superiori chiamate a sollevare le questioni pregiudiziali di interpretazione e di validità del diritto comunitario di fronte alla Corte di Giustizia (art. 234 CE).¹⁸

iniziativa diffusa.

¹⁶ Sul punto in particolare v. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 180-187. Infatti, gli altri esempi a cui fa riferimento sono: b) Il «procedimento disciplinare a carico dei magistrati, che si svolge davanti alla commissione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura. La Corte costituzionale (12/1971) ha ammesso le questioni di costituzionalità provenienti da quella sede, considerata idonea, cioè giurisdizionale, ai limitati fini della sollevabilità della questione, mentre in precedenti occasioni (e a altri fini) essa aveva negato a chiare lettere il carattere giurisdizionale del Consiglio superiore nel suo complesso (44/1968). c) Ancora attraverso la relativizzazione del concetto di giurisdizione, la Corte è giunta ad ammettere la legittimazione della Corte dei Conti in sede di esercizio dell'attività di controllo sugli atti del governo (Corte cost. 226/1976). (...) d) Sempre nell'ambito dell'apprezzamento da parte della Corte costituzionale del carattere di giurisdizionalità, merita un cenno il caso in cui la Corte costituzionale prima ammette la questione di costituzionalità proveniente da certi giudici e da certi giudizi, per poi dichiararli incostituzionali in carenza di determinati requisiti minimi indispensabili di giurisdizionalità (di solito per difetto di indipendenza e neutralità) (...) e) La relatività del requisito di giurisdizionalità e la necessità di un atteggiamento di apertura verso la prospettazione di questioni di costituzionalità sono state affermate a chiare lettere dalla Corte costituzionale, in pronunce apprezzabili da chi non sia legato a schemi concettuali rigidi, ma certamente non giustificate per coloro che ragionino alla ricerca di una nozione a priori di giurisdizione [sent. 129/1957 e sent. 83/1966]».

¹⁷ Corte cost. 13/1960; 73/1965; 100/1970; 95/1980; 44/1978; 136/1982.

¹⁸ Corte cost. 14/1964; 206/1976. Tuttavia, la Corte costituzionale ha riconosciuto la facoltà di sollevare personalmente il rinvio pregiudiziale qualora sia chiamata a risolvere un conflitto di attribuzioni tra Stato e regioni o un giudizio principale di legittimità costitu-

Nel processo incidentale, come è noto, hanno potere di iniziativa le parti e il giudice *a quo*, però *di fatto* sempre e solo a quest'ultimo spetta l'iniziativa perché le parti – a differenza del giudice *a quo* – non hanno la possibilità di adire direttamente alla Corte, ma devono porre la questione al giudice *a quo* il quale, qualora siano soddisfatte le condizioni necessarie, la promuove alla Corte costituzionale. In altri termini, nel procedimento incidentale spetta soltanto al giudice l'atto di instaurazione del giudizio costituzionale, a prescindere dal fatto che la questione venga sollevata d'ufficio o su iniziativa delle parti. Pertanto, se è vero che l'esistenza di queste due iniziative risponde all'esigenza di soddisfare ad una diversa *ratio* – le parti agiscono per la difesa dei propri diritti e interessi costituzionalmente protetti, mentre il giudice per la tutela della sua posizione istituzionale che si trova sospesa tra l'interesse all'eliminazione delle leggi incostituzionali e l'esigenza di difesa delle posizioni soggettive –, è altrettanto vero che nell'ipotesi delle parti non si può ritenere effettivamente garantito il diritto di azione in giudizio previsto dall'art. 24 Cost., considerato che la decisione di rimettere alla Corte spetta unicamente al giudice *a quo*. È da notare che in alcune circostanze il meccanismo di instaurazione incidentale costituisce un limite all'iniziativa non solo delle parti, ma pure del giudice: è il caso della legge penale di privilegio perché – in virtù del principio di irretroattività della legge penale – «l'esito del giudizio costituzionale non potrebbe influire sulla decisione del giudizio penale e la questione d'incostituzionalità apparirebbe irrilevante» oppure è il caso delle leggi temporanee, dei decreti legge in cui il controllo incidentale di incostituzionalità è tardivo oppure è il caso «delle leggi di azione che, disciplinando

zionale (ordinanza n. 103 del 13 febbraio del 2008).

l'organizzazione, il funzionamento, l'attività dei pubblici poteri senza incidere (direttamente) sui rapporti intersoggettivi (come fanno invece le leggi di relazione), mal si prestano ad una applicazione di fronte ad un giudice» (ad es. una legge elettorale, le leggi di istituzione di nuove strutture, le leggi di spesa).¹⁹

L'iniziativa delle parti spetta «a coloro che, nei diversi tipi di giudizio, sono abilitati a difendere le proprie posizioni soggettive, secondo i vari ruoli processuali possibili, cioè come attori e convenuti, ricorrenti e resistenti, litisconsorti necessari e facoltativi, titolari di un potere di intervento in causa, ecc.».²⁰ Analogamente alle parti, il pubblico ministero non ha un potere di iniziativa diretta nel procedimento incidentale.²¹ Il giudice dinanzi al quale pende il giudizio delle parti è abilitato a sollevare la questione, qualora ricorrano i presupposti processuali o le condizioni dell'azione: la *rilevanza* e la *non manifesta infondatezza*. Salvo l'evidente carenza di questi elementi,²² la Corte si astiene da questioni relative alla valida instaurazione del giudizio costituzionale per non contrastare con le decisioni prese dai giudici comuni al riguardo e, al contempo, garantire l'autonomia del giudizio *a quo*.²³ In particolare, la *rilevanza della questione* – subordinando l'instaurazione del giudizio costituzionale all'importanza della questione per la risoluzione di una controversia particolare²⁴ – esprime l'origine concreta della questione e,

¹⁹ *Ibidem*, pp. 225-226.

²⁰ In questo senso *Ibidem*, p. 189.

²¹ Corte cost. 40, 41 e 42/1963.

²² 139/1980.

²³ 24/1959 e 185/1976.

²⁴ Infatti, l'art. 23 della l. n. 87 del 1953 specifica che la questione può essere sollevata «qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione». La stessa giurisprudenza costituzionale è intervenuta a chiarire il carattere della rilevanza ed è

nello stesso tempo, il fine della questione stessa, che non vuole essere esclusivamente concreto, ma di generale garanzia costituzionale. Il carattere della *non manifesta infondatezza* della questione rappresenta, invece, l'intenzione di creare un ampio filtro che consenta di accogliere ogni caso in cui sussistano dubbi di costituzionalità²⁵ e rigettare solo i casi assolutamente privi di consistenza. È da notare, che a differenza di quanto avviene – come vedremo – in Spagna, una questione di costituzionalità può proporsi in qualunque momento e in tutte le fasi del giudizio e non solo al termine del procedimento.²⁶

stata riassunta da G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 198-201, nei punti seguenti: a) le questioni solo teoriche, ipotetiche o poste per interesse scientifico o per una ragione politica generale, ma svincolate da ogni esigenza applicativa – e pertanto spesso coincidenti con una *lis ficta* – sono inammissibili (65/1964; 7/1972; 92/1973; 26/1977; 256/1982; 89 e 208/1983; 139/1984); b) la pregiudizialità costituzionale è una pregiudizialità giuridica, non solo morale (9/1977); c) la pregiudizialità deve essere attuale e la questione non può essere eventuale o prematura (115, 300 e 372/1983; 140 e 190/1984; 254/1985; 2/1986; 76/1987; 67, 76 e 167/1988) o tardiva, perché la legge è stata già irrimediabilmente applicata (193/1987 e 319/1988); d) la rilevanza della questione comporta che il giudice che l'ha sollevata possa avvalersi della nuova situazione normativa ipotizzata dopo la dichiarazione di incostituzionalità (29/1985) cioè che l'eventuale decisione di accoglimento della Corte costituzionale possa avere *effetti concreti* nel processo *a quo*: tali effetti sono infatti l'altra faccia della rilevanza (così, al contrario, non è rilevante una questione il cui accoglimento determinerebbe effetti che già si possono produrre nel processo *a quo*, a prescindere dalla questione di costituzionalità: 76/1981).

²⁵ 161/1977. Bisogna precisare, comunque, che non vi sarà una questione di costituzionalità, qualora il giudice possa effettuare un'interpretazione adeguatrice della legge alla costituzione (240/1984, 491 e 515/1987).

²⁶ In considerazione di ciò, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 197-198, mette in evidenza «il problema di determinare l'ordine di esame della questione di costituzionalità rispetto a tutte le altre che possano proporsi nel corso di un giudizio (ad es. le questioni di giurisdizione e competenza, quelle relative alle cause di non perseguibilità e di improcedibilità, alla legittimazione dell'attore, alla validità dell'atto introduttivo, all'estinzione del reato o alla prescrizione del diritto, ecc.). La regola da seguirsi [al riguardo] sembra formulabile con queste parole: il giudice non darà mai la preferenza alla pregiudizialità costituzionale, e non sospenderà quindi mai il processo per causa di detta pregiudizialità».

La due condizioni di proponibilità delle questioni, appena esaminate, acquistano un significato diverso a seconda che si tratti dell'iniziativa di parte (o del p.m.) e dell'iniziativa del giudice d'ufficio.

In particolare, la questione proposta dalle parti non è diretta, ma passa sotto il controllo del giudice, a cui spetta decidere sul perseguimento o meno dell'iniziativa di parte. C'è una distinzione tra chi svolge l'iniziativa e chi la controlla e, pertanto, le condizioni dell'iniziativa finiscono per svolgere un ruolo di filtro. Se decide di respingere l'istanza, a causa della sua irrilevanza o della manifesta infondatezza, il giudice deve adeguatamente – e non succintamente – motivare la relativa ordinanza (art. 134 c.p.c), cercando così di cautelare l'atto che impedisce l'esercizio di un diritto fondamentale. L'ordinanza del giudice che respinge la questione non può essere impugnata, ma la questione può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore di giudizio perché si ritiene che l'eccezione sia motivo di gravame della sentenza. Altresì, la questione può essere proposta per la prima volta in sede di gravame. Se, invece, decide di accogliere l'istanza, il giudice deve riportare nell'ordinanza di rinvio alla Corte la questione per come proposta dalla parte o eventualmente integrandola.

Al contrario, la questione proposta dal giudice è diretta e, pertanto, chi svolge l'iniziativa coincide con chi la controlla e le condizioni dell'iniziativa determinano il dovere (astratto) del giudice di proporre la questione. Astratto è il dovere del giudice – perché mancano in concreto gli

zialità, se non dopo aver risolto quelle questioni, le quali abbiano la possibilità di escludere la rilevanza della cui legittimità costituzionale si tratta. Evidentemente, se il giudice declina la propria giurisdizione o la propria competenza, oppure se rileva una causa di improcedibilità o di non perseguibilità, la questione di costituzionalità sulle norme che regolano il merito della domanda non avrà alcuna incidenza sulla pronuncia che il giudice si accinge ad adottare».

strumenti per verificare il suo eventuale comportamento omissivo – ma ciò non significa negare il suo carattere di doverosità ma dare un'importanza al ruolo della parte – se pur limitata al momento dell'iniziativa.

Il giudice *a quo* nell'ordinanza che rinvia alla Corte costituzionale deve indicare i termini della questione, ovvero l'oggetto – costituito dalle disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge che si assumono viziate di incostituzionalità – e i profili della questione – costituiti dalle disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali che si affermano violate.²⁷ Si tratta, in altri termini, del *thema decidendum* – del limite entro cui la Corte deve adottare la sua decisione in ottemperanza al principio tra chiesto e pronunciato. Altresì il giudice *a quo* nell'ordinanza di rinvio deve indicare i motivi della questione²⁸ (attinenti alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza della questione) – sia che si tratti di iniziativa di parte sia che agisca d'ufficio. Tuttavia, il giudice *a quo* non solo deve delimitare la questione tramite l'individuazione delle disposizioni, ma deve definirla tramite l'individuazione dei contenuti che egli ritenga trarre dalle disposizioni della legge impugnata, in caso di non corrispondenza tra una disposizione e una (sola) norma.²⁹ Ciò non vuol dire, però, che il giudice costituzionale sia

²⁷ Infatti, la mancata chiarezza dei termini della questione comporta l'inammissibilità della questione (sent. nn. 23, 47, 75, 306, 406, 416, 604/1987 e 30/1988).

²⁸ Anche la carenza di motivazione comporta l'inammissibilità della questione (sent. nn. 59 e 134/1980; 43, 61, 117, 119, 120, 134/1981).

²⁹ Giurisprudenza costituzionale affermata a partire dalle sentenze n. 169 e 195/1982. Si aggiunga che è stata rilevata un'evoluzione della Corte verso una sempre più accentuata attenzione alle vicende del processo principale, aumentando di conseguenza il tasso di concretezza del giudizio costituzionale. Una tale evoluzione è il risultato – oltre che di una migliore organizzazione del lavoro e soprattutto dell'uso massiccio delle ordinanze di manifesta infondatezza e di manifesta inammissibilità – del fenomeno della c.d. interpretazione adeguatrice o conforme «con cui la Corte ha fortemente valorizzato l'opera interpretativa del giudice comune, invitandolo a risolvere direttamente i dubbi di costituzionalità,

vincolato alla scelta interpretativa del giudice *a quo*, ma qualora sia necessario può risolvere la questione utilizzando una diversa interpretazione. Si aggiunga che il giudice costituzionale può eccezionalmente superare i limiti della questione, nel caso dell'illegittimità costituzionale consequenziale, ovvero nel caso in cui dichiarare l'illegittimità di altre disposizioni legislative come conseguenza della decisione adottata.³⁰

È stato rilevato che la maggiore o minore attenzione prestata dalla Corte costituzionale alle vicende del caso concreto (da cui prende le mosse il pro-

tutte le volte che questi siano superabili facendo ricorso ai poteri interpretativi ad esso spettanti, che debbono riguardare non solo le fonti primarie, ma anche quelle costituzionali, in modo da dare alle prime il significato più conforme alle seconde. A partire dal 1998, la Corte ha poi ritenuto quale ragione di inammissibilità della questione sollevata la mancata dimostrazione, da parte del giudice, l'avvenuta sperimentazione di una lettura adeguatrice delle disposizioni impugnate, ponendo in via giurisprudenziale un terza condizione di inammissibilità, oltre quelle previste della rilevanza e della non manifesta infondatezza. (...) La Corte negli ultimi anni ha manifestato abbastanza chiaramente la tendenza ad attribuirsi il compito di fissare i principi e le linee interpretative generali (si pensi all'utilizzo delle pronunce additive, di rigetto o di inammissibilità di principio), chiedendo poi al giudice di farne applicazione nei casi concreti, senza passare, se non quando necessario, attraverso il giudizio di costituzionalità. È in considerazione di ciò che si è parlato di un aumento del carattere di diffusione del nostro modello di controllo sulle leggi, nel senso del realizzarsi di un'ulteriore fase di avvicinamento del nostro modello a quello nordamericano. L'estensione del carattere diffuso dalla fase dell'iniziativa a quella anche del giudizio (seppure nei limiti sopra indicati) può dare una giustificazione, certamente accanto ad altre, del fatto che stiamo assistendo negli ultimi anni ad una perdita di significato, sia sotto l'aspetto quantitativo che sotto quello qualitativo, del giudizio incidentale rispetto al ruolo dallo stesso svolto negli anni precedenti, pur sembrando non del tutto corretto o quanto meno eccessivo parlare di una crisi del giudizio in via incidentale come modo di accesso normale alla Corte costituzionale». Cfr. P. Carrozza, R. Romboli e E. Rossi, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., pp. 679-804.

³⁰ Secondo G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 213, non sembra corretta – come talora avviene – l'estensione dell'incostituzionalità al versante dei motivi dell'incostituzionalità, con ciò consentendosi alla Corte [...] di esaminare d'ufficio tutti gli altri casi (cioè tutte le altre potenziali questioni) di norme analoghe rispetto alle quali il medesimo

cesso costituzionale) viene «a dipendere in larga misura dal particolare momento storico, dalla situazione politico-istituzionale in cui il controllo viene a realizzarsi, dai rapporti che la Corte ha instaurato con gli altri organi dello Stato e specificamente con i giudici, da un lato e con il potere politico, dall'altro».³¹ In particolare, sono state individuate tre fasi della giustizia costituzionale in Italia: nella prima fase (1956-1970, detta anche età dell'oro) la Corte ha mirato a depurare l'ordinamento dalla legislazione ereditata dal regime fascista e ha cercato di instaurare un buon rapporto di collaborazione con i giudici, «prestando scarsa attenzione alle vicende del giudizio a quo, agli eventuali vizi relativi allo stesso e adottando una nozione ampia di giudice e di giudizio ed un controllo meno penetrante della rilevanza»;³² nella seconda fase (1970-1986) il controllo della Corte non riguardava più fonti pre-costituzionali ma essenzialmente leggi del periodo repubblicano e, pertanto, la Corte ha iniziato ad essere più prudente, prestando maggiore attenzione alle vicende del processo a quo e rendendo così maggiormente concreto il giudizio costituzionale, anche al fine di diminuire il numero delle questioni pendenti; nella terza fase (fine anni Ottanta) questo intento di smaltire l'arretrato si fece più pressante e la Corte ricorse a tal fine all'uso massiccio delle ordinanze di manifesta infondatezza e di manifesta inammissibilità. La Corte, conseguentemente, finisce per accentuare la sua attenzione alle vicende del processo principale. Questo cambiamento è oltremodo maggiormente percepibile attraverso il fenomeno della c.d. interpretazione adeguatrice o conforme, «con cui la Corte ha fortemente valorizzato

principio o motivo d'incostituzionalità potrebbe essere invocato.

³¹ Cfr. P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., p. 690.

l'opera interpretativa del giudice comune, invitandolo a risolvere direttamente i dubbi di costituzionalità, tutte le volte che questi siano superabili facendo ricorso ai poteri interpretativi ad esso spettanti, che debbono riguardare non solo le fonti primarie, ma anche quelle costituzionali, in modo da dare alle prime il significato più conforme alle seconde». ³³ Si aggiunga che «a partire dal 1998, la Corte ha poi ritenuto quale ragione di inammissibilità della questione sollevata il non aver dimostrato, da parte del giudice, l'avvenuta sperimentazione di una lettura adeguatrice delle disposizioni impugnate, ponendo in via giurisprudenziale una terza condizione di ammissibilità, oltre quelle normativamente previste della rilevanza e della non manifesta infondatezza. Il giudice viene invitato quindi a risolvere da solo il dubbio di costituzionalità, anche facendo riferimento ai principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale ed applicabili alla questione da decidere, tutte le volte in cui ciò sia possibile attraverso l'utilizzo dei propri poteri di interpretazione, dovendo ricorrere alla Corte solo allorché la conformazione della legislazione alla Costituzione risulti possibile esclusivamente attraverso un intervento demolitorio, come tale spettante solo al Giudice costituzionale». ³⁴ Tutto ciò comporta un aumento del carattere di diffusione del nostro modello di controllo sulle leggi, ³⁵ che, però, a sua volta, implica il rischio di allontanare ancor più il singolo dalla giustizia costituzionale e – considerato la mancanza di un'efficacia erga omnes delle sentenze interpretative della Corte e, quindi, la mancanza nel nostro sistema di una sorta di

³² *Ibidem*, p. 690.

³³ *Ibidem*, p. 692.

³⁴ *Ibidem*, p. 692.

³⁵ Su tale tendenza v. E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi, *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002.

potere di interpretazione autentica attribuita alla Corte – la necessaria «ricerca di un'opera di collaborazione tra la Corte costituzionale e l'autorità giudiziaria nell'attività di interpretazione conforme, nella quale certamente i due soggetti vengono a collocarsi su un piano diverso – il giudice più legato al caso concreto, la Corte sul piano più generale della costituzionalità della legge – ed altrettanto sicuramente si trovano ad operare con una diversa autorevolezza».³⁶ Collaborazione – ricordiamo – che sta comunque già alla base del ricorso in via incidentale. Al contrario, la legislazione organica spagnola attribuisce alle sentenze del Tribunale Costituzionale vincoli più forti. Infatti, la legge organica sul potere giudiziario prevede che il giudice non solo debba valutare (anche) se sia possibile superare il dubbio di costituzionalità interpretando la legge in modo conforme ai principi costituzionali (art. 5, c. 3), ma che debba anche interpretare le leggi e i regolamenti secondo i principi costituzionali «...conformemente alla interpretazione degli stessi quale risulta dalle pronunce rese dalla Corte costituzionale in qualsiasi tipo di processo» (art. 5, c. 1).

Con l'ordinanza di rinvio e la trasmissione degli atti processuali alla Corte costituzionale, il processo *a quo* viene sospeso fin tanto che non venga risolta la questione pregiudiziale, considerato che quest'ultima è rilevante per il giudizio pendente. Al fine di realizzare un contraddittorio davanti alla Corte costituzionale, l'ordinanza deve essere notificata alle parti in cau-

³⁶ *Ibidem*, p. 746. L'autore precisa che «il successo dell'interpretazione conforme suggerita dalla Corte può nascere solo dalla capacità di consenso che questa riesce a guadagnarsi con argomentazioni razionali e persuasive e non sulla base della loro efficacia giuridica che attribuirebbe, come detto, alla Corte una sorta di potere di interpretazione autentica. Allorché la Corte non riesce a convincere i giudici oppure il testo normativo in questione non consente certe letture, ritenute dal Giudice costituzionale costituzionalmente conformi, questi può (o meglio deve) far ricorso allo strumento della dichiarazione di illegittimità

sa e al pubblico ministero – se il suo intervento è obbligatorio – nonché al presidente del consiglio dei ministri o al presidente della giunta regionale, a seconda che l'oggetto della questione sia una legge statale o regionale. Al contrario, la mancata notifica è motivo di inammissibilità della questione, sanabile, tuttavia, qualora i soggetti abilitati siano intervenuti lo stesso davanti il giudice costituzionale. L'ordinanza, poi, deve essere semplicemente comunicata ai presidenti delle due camere nel caso di legge statale o al presidente del consiglio regionale nel caso di una legge regionale. In questo caso, la mancata comunicazione è, in un primo momento, un semplice motivo di irregolarità dell'instaurazione del giudizio – rimediabile successivamente da parte del giudice a quo – e, in un secondo momento, si trasforma in motivo di inammissibilità della questione – se, su sollecitazione della Corte, l'irregolarità non è sanata dal giudice a quo. L'ordinanza, una volta giunta alla cancelleria della Corte, viene pubblicata sulla Gazzetta ufficiale o sul Bollettino ufficiale della regione interessata, potendo la questione servire da spunto per gli altri giudici – in quanto quest'ultimi, a loro volta, potranno ritenere opportuno di sollevare d'ufficio la stessa questione.

È da rilevare, però, che il contraddittorio – tra le parti del processo a quo e il presidente del Consiglio dei ministri o del presidente della Giunta regionale – davanti alla Corte costituzionale è eventuale perché gli interventi sono facoltativi. Tuttavia, tale possibilità di intervento deve essere resa concreta tramite l'adempimento della notifica, pena l'inammissibilità della questione. In altri termini, il giudizio di fronte alla Corte costituzionale è stato definito un giudizio a parti eventuali³⁷ o giudizio senza parti.³⁸

costituzionale e non a quello della sentenza interpretativa di rigetto».

³⁷ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 227.

³⁸ R. Romboli, *Il giudizio costituzionale come processo senza parti*, Milano, 1985. Sul

In particolare, relativamente alle parti del processo a quo – agenti in qualità di difensori delle proprie posizioni soggettive – bisogna precisare che la loro partecipazione al processo costituzionale era subordinata ad una loro qualifica formale di parte, ma non alla sussistenza di un loro concreto interesse al risultato del giudizio di costituzionalità. Questo atteggiamento di netta chiusura ha contraddistinto la giurisprudenza costituzionale dei primi trent'anni,³⁹ la quale riteneva probabilmente opportuno far rimanere sullo sfondo gli interessi concreti ed individuali propri del giudizio principale. Solo a partire dagli anni novanta muta – in senso favorevole – l'orientamento della Corte sulla possibilità di estendere l'ambito soggettivo del giudizio incidentale,⁴⁰ ammettendo soggetti terzi sulla base di alcuni cri-

tema v. anche M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991; V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998; E. A. Ferioli, *Le formazioni sociali ed i soggetti privati*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello* (a cura di R. Romboli), 2006, pp. 193-235.

³⁹ Corte cost., ord. 30 maggio, 5 luglio e 5 dicembre 1956, ordd. 25/1956, 22/1958, sentt. 43/1972, 42/1977, 43/1982, 191/1983, 52/1984, ordd. 54 e 65/1984, sentt. 34 e 152/1985, ord. 298/1985, ord. 24, 38/1987, sentt. 54, 182, 230, 272, 293/1987, sent. 220/1988, sent. 1022/1988, sent. 124/1990, sent. 63 e 119/1991, sent. 289/1999, ord. 262/2002.

⁴⁰ Tuttavia, E. A. Ferioli, *Le formazioni sociali ed i soggetti privati*, cit., pp. 193-235, afferma che «permangono ancora oggi alcuni consolidati orientamenti giurisprudenziali che deprimono la posizione delle parti private costituite, collaborando a delineare per esse un ruolo del tutto secondario e modesto nel processo costituzionale in via incidentale. Si tratta soprattutto della scelta della Corte di convocare la camera di consiglio invece che l'udienza pubblica e di decidere la riunione delle cause connesse; nell'impossibilità per le parti private di incidere, attraverso modificazioni od estensioni, sul *thema decidendum*, nonché nel ruolo più che limitato che esse possono svolgere nell'ambito dell'attività istruttoria. Con la convocazione della camera di consiglio, cui la Corte può ricorrere anche quando ci sono parti costituite, in presenza di un prognostico di manifesta infondatezza o di manifesta inammissibilità della questione, le parti costituite perdono la possibilità di una discussione orale della questione di fronte al Giudice delle leggi. [...] Inoltre, le parti perdono in genere anche la possibilità, diffusa per prassi, di depositare atti e documenti nel corso dell'udienza. [...] La tesi che ha paventato una possibile lesione del diritto di difesa delle parti costituite, incentrata in particolare sulla discrezionalità della Corte nell'indivi-

teri di selezione, ovvero «quando l'interesse a stare nel giudizio di costituzionalità è sorto dall'ordinanza di remissione con la quale la stessa Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale di fronte a sé medesima; quando venga sollevata una questione dalla cui risoluzione dipende l'intervento nel giudizio principale del soggetto che ha richiesto di costituirsi nel giudizio costituzionale; quando, infine, il soggetto sia portatore di un interesse che, pur se formalmente esterno rispetto al giudizio principale, inerisca immediatamente al rapporto sostanziale, rispetto al quale, per come è stata formulata dal giudice rimettente la questione di costituzionalità, un'eventuale pronuncia di accoglimento eserciterebbe un'influenza diretta, tale da produrre un pregiudizio irrimediabile nei confronti della posizione giuridica soggettiva vantata» e ciò perché «se al terzo, che non si era potuto costituire nel giudizio a quo, fosse stato negato l'accesso al giudizio incidentale, egli sarebbe rimasto privo di una sede in cui esercitare il proprio diritto di difesa, potendo essere irrimediabilmente leso, ed in modo definitivo,

duazione dei criteri in base ai quali distinguere le decisioni di infondatezza ed inammissibilità "semplice" da quelle "manifeste", è stata decisamente rigettata dalla Corte, la quale ha invece sostenuto che il diritto di difesa delle parti sarebbe tutelato dalla possibilità, loro riconosciuta, di depositare memorie deducendo anche in ordine alla determinazione in rito». A ciò si aggiunga che la giurisprudenza costituzionale, con orientamento costante, «ha sempre affermato che il *thema decidendum* del giudizio incidentale deve ritenersi limitato alle norme ed ai parametri indicati nell'ordinanza di rinvio e che non possono prendersi in considerazione, oltre i limiti in questa fissati, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti costituite». Questo è uno dei punti più delicati perché riduce la posizione della parte privata costituita nel giudizio incidentale a marionetta di carneluttiana memoria. «Per quanto riguarda, infine, la partecipazione delle parti costituite all'istruttoria di fronte alla Corte, [...] è stato sottolineato il ruolo marginale delle parti costituite in quanto private della effettiva disponibilità delle prove: le parti possono infatti solo presentare i documenti che ritengano opportuni ed eventualmente richiedere alla Corte di compiere determinati accertamenti istruttori, una facoltà che non è espressamente prevista da alcuna norma processuale e che si è sviluppata sul piano della prassi, ma dalla quale comunque non discende alcun obbligo per la Corte a provvedervi».

dalla decisione della Corte». ⁴¹ Inoltre, la Corte sembra aver esteso il contraddittorio costituzionale «non solo a chi, pur avendo titolo, non si è potuto costituire nel giudizio principale, ma anche a quei soggetti che non avrebbero avuto alcun titolo per intervenire in esso, purché vantino un interesse diretto ed individualizzato riconoscibile, nel caso di soggetti non aventi titolo ad intervenire nel giudizio a quo, quando l'esito del giudizio di costituzionalità sia destinato a incidere direttamente su una posizione giuridica specificamente propria dell'interveniente». ⁴² Tuttavia, la Corte – ai fini della decisione relativa all'ammissibilità del terzo al giudizio incidentale – si è riservata un ampio margine di discrezionalità nell'individuare la presenza o meno di un interesse diretto ed individualizzato rispetto alla questione sollevata. ⁴³ La progressiva apertura della giurisprudenza costituzionale in tema di contraddittorio è stata in qualche modo recepita dalla Corte stessa nel 2004 in alcune modifiche delle norme integrative (N.I.), disponendo l'art. 4 l'ipotesi di un intervento di soggetti diversi dal Presidente del Consiglio e della Regione. ⁴⁴ Nonostante tale modifica, la materia del contraddittorio

⁴¹ *Ibidem*, p. 216. In particolare, l'autore precisa «si doveva però trattare di soggetti che non avevano potuto partecipare al giudizio *a quo* per causa incolpevole (come per esempio il legittimo contraddittore cui non fosse stato notificato l'atto introduttivo del giudizio principale) e non del caso in cui il legittimo contraddittore, pur posto nelle condizioni di costituirsi nel giudizio principale, avesse volontariamente deciso di non farlo fino all'emissione dell'ordinanza di rinvio: l'ultima *chance* di esercizio del diritto di difesa attraverso l'accesso al giudizio costituzionale pareva dalla Corte riconosciuta solo a chi non avesse avuto la possibilità di esercitarlo sul piano della giurisdizione ordinaria». Mentre le sentenze costituzionali di riferimento sono le sentt. 20/1982, 429/1991, 314/1992, 315/1992, 67/1988, 390/1999

⁴² *Ibidem*, p. 218. Corte cost., sent. 421/1995 e anche Corte cost., ord. s.n. allegata alla sent. 248/1997, ordd. 456/2000, 129/1998, sent. 333/2001, ordd. 36, 145, 251 e 264/2002.

⁴³ Ad es. Corte cost., ord. 389/2004 e ord. 338/2002.

⁴⁴ R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino, 2005.

permane priva di regole precise e legata alla discrezionalità della politica giurisprudenziale. Mentre, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento del presidente del Consiglio dei ministri e del presidente della Giunta regionale – che agiscono come sostenitori degli interessi del legislatore nazionale o regionale e, quindi, a sostegno della compatibilità della legge con la costituzione⁴⁵ – nessun particolare interesse è richiesto,⁴⁶ anche se in concreto la decisione di intervenire è subordinata ad una valutazione di opportunità, ovvero l'intervento viene meno qualora le cause siano valutate a priori per se.

Alla luce di quanto esposto si possono trarre le seguenti conclusioni: la prima è che il nostro sistema di giustizia costituzionale – in virtù della scelta di limitare il procedimento di instaurazione del giudizio di costituzionalità delle leggi alla via incidentale ed a quella principale – è un sistema caratterizzato dalla subalternità della tutela delle posizioni soggettive del singolo rispetto alla tutela della legalità costituzionale, contrariamente a quanto avviene in quei sistemi di giustizia costituzionale che prevedono anche ricorsi diretti – nei quali appunto è la tutela dei diritti costituzionali del singolo a svolgere un ruolo di primo piano ed è proprio da tale tutela che può conseguire l'eliminazione della legge incostituzionale; la seconda è che il giudizio in via incidentale si snoda sostanzialmente sul rapporto tra Corte e giudici comuni, relegando i soggetti privati che abbiano un interesse diretto al risultato del giudizio di legittimità costituzionale.

⁴⁵ Un'eccezione è la sent. 63/1966.

⁴⁶ Corte cost. 1/1956.

3. Il singolo e la *cuestión de inconstitucionalidad*

Unitamente al *recurso de inconstitucionalidad*, la *cuestión de inconstitucionalidad* rappresenta uno dei meccanismi giurisdizionali finalizzati a controllare la costituzionalità delle norme con forza di legge; tuttavia, come è noto, nel primo caso si tratta di un controllo c.d. principale, mentre nel secondo di un controllo in via incidentale il quale diversamente dal primo non è soggetto a limiti di tempo. La questione di incostituzionalità si configura «*como un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico, a fin de evitar que la aplicación judicial de una norma con rango de ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la Constitución por serlo la norma aplicada*». ⁴⁷

La questione di incostituzionalità è disciplinata nell'art. 163 CE⁴⁸ ed è più dettagliatamente sviluppata dal legislatore negli articoli che vanno dal 35 al 37 della *LOTC*. Sin dall'inizio queste disposizioni organiche sono state oggetto di critiche severe da parte della dottrina, auspicando così una loro riforma legislativa, avvenuta solo con la *LO 6/2007*.⁴⁹ Illustrando l'*iter* della questione di incostituzionalità, ci soffermeremo sulle relative novità introdotte da questa ultima riforma organica.⁵⁰

⁴⁷ STC 127/87, caso Presupuestos Generales del Estado para 1983.

⁴⁸ La disposizione costituzionale in questione afferma che «cuando un órgano jurisdiccional considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

⁴⁹ Sulla riforma in questione v. F. Fernández Segado, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Madrid, 2008; F. Balaguer Callejón, *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2008; P. Pérez Tremps (a cura di), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, 2007.

⁵⁰ Sul p.to v. J. M. López Ulla, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la*

L'art. 35.1 LOTC – in linea con quanto previsto nell'art. 163 CE – dispone che «cuando un juez o Tribunal, de officio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley». Sia l'art. 163 CE che l'art. 35.1 LOTC delineano non solo i soggetti legittimati a dare input al procedimento (d'ufficio o su istanza di parte), ma anche il quadro in cui può sorgere una questione di incostituzionalità, ovvero all'interno di un processo (elemento oggettivo) giudicato da un membro appartenente alla giurisdizione ordinaria (elemento soggettivo).⁵¹ Inizialmente

Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional, in La reforma del Tribunal Constitucional, cit., pp. 177-215; F. Balaguer Callejón, La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional, cit.

⁵¹ *Ibidem*, p. 183, l'autore precisa che nella giurisprudenza costituzionale non c'è alcun dubbio sull'esigenza che la questione di incostituzionalità possa essere sollevata solo dal giudice o tribunale predeterminato dalla legge per conoscere del processo principale in cui il dubbio sorge. Però «*nos sorprendió que la STC 96/2001 tuviera que inadmitir a esas alturas una cuestión porque no había sido elevada por el órgano competente para revolver el juicio a quo – la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Se villa – sino que lo había sido por los Magistrados integrantes de las Secciones Primera y Tercera, justificándose en el auto de planteamiento que tal decisión se adoptaba de acuerdo con lo establecido en el artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). El Tribunal Constitucional tuvo que recordar que el precepto invocado se refiere a la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, quedando a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan, por lo que sólo la Sección primera de la Sala era la competente para plantear la cuestión de inconstitucionalidad (p.to 3)*. Indispensabile per il sollevamento della questione di incostituzionalità è l'esistenza anche dell'altro requisito, quello oggettivo. Tuttavia, la STC 76/1992 «*admitió a trámite y resolvió tres cuestiones de inconstitucionalidad que habían surgido en sendos procedimientos administrativos*», ritenendo il TC che «*en determinados casos puede prescindirse del elemento objetivo de la cuestión de inconstitucionalidad (que la misma se suscite con ocasión de un proceso jurisdiccional) si la duda surge con motivo de una actuación en la que un órgano perteneciente a la jurisdicción ordinaria tenga poderes decisio-*

era il Pleno che si occupava delle questioni di incostituzionalità, mentre ora – con il nuovo art. 10 LOTC – il Pleno si occuperà «de las cuestiones de constitucionalidad que reserve para sí; las demás deberán deferirse a las Salas según un turno objetivo».⁵²

Il nuovo art. 35. 2 LOTC – nell'affermare che «el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese» - accoglie la posizione sostenuta dal Tribunale Costituzionale sin dal 1982, secondo la quale è possibile porre una questione anche nell'ambito di un processo che si conclude con l'adozione di un auto. Più volte il Tribunale costituzionale ha specificato che per «fallo» (art. 163 CE) si intende «el pronunciamiento decisivo e imperativo de una resolución judicial, se trata de materia de fondo o de materia procesal».⁵³ La nostra attenzione, però, deve soffermarsi sulla finalità dell'esigenza di aspettare che il procedimento si concluda – contenuta nell'inciso in questione. Finalità che è duplice: «por un lado se trata de evitar que la cuestión de incostitucionalidad sea utilizada con fines exclusivamente dilatorios; por otro, a menudo sólo estando con-

rios. Se señala que, con independencia de la calificación dogmática de una actuación judicial como proceso, los órganos judiciales podrán dirigirse al Alto Tribunal cuando en el ejercicio de una actividad aplicadora del Derecho concurren las condiciones en presencia de las cuales pueda afirmarse que se da la ratio de la cuestión de incostitucionalidad».

⁵² *Ibidem*, p. 178, l'autore osserva e critica il fatto che la nuova disposizione organica usi il termine «*cuestiones de constitucionalidad*» al posto del termine «*cuestiones de inconstitucionalidad*» in quanto – benché si tratti di una mera questione di tecnica legislativa che non comporta nessuna conseguenza specifica – a suo parere l'omologazione di concetti rende più fluido il discorso. A ciò si aggiunga che l'art. 163 CE non utilizza un termine specifico, ma parla di norma che possa essere contraria a Costituzione e, pertanto, incostituzionale.

⁵³ STC 76/1982, p.to 1. In questo senso anche SSTC 13/1981, p.to 6; 32/1982, p.to 2; 26/1983, p.ti 2 e 3; 54/1983, p.ti 2 e 3; 93/1988, p.to 3; 141/1988, p.to 5; 55/1990, p.to 1;

cluso el procedimiento puede valorarse realmente la relevancia de la norma cuestionada para el fallo».⁵⁴

A preservare il carattere concreto della questione di incostituzionalità risponde il dovere del giudice di «*especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión*» (art. 35.2 LOTC),⁵⁵ unitamente al dovere di «*concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona*» e «*el precepto constitucional que se supone infringido*». A continuazione, l'art. 35.2 LOTC indica che il giudice, prima di rivolgersi al TC mediante *auto*, deve sentire le parti e il Pubblico Ministero in un termine comune e improrogabile di dieci giorni affinché possano allegare ciò che desiderano sulla pertinenza di sollevare la questione di incostituzionalità o in relazione al merito della stessa. Quest'ultimo inciso – «o sobre el fondo de esta» – è stato introdotto proprio con l'ultima riforma organica sicuramente con l'obiettivo di rafforzare il ruolo delle parti nella formazione della volontà del giudice di porre la que-

186/1990, p.to 2.

⁵⁴ P. Pérez Tremps, *El Tribunal Constitucional. Procedimientos*, in *Derecho Constitucional*, vol. II, Valencia, 2007, p. 268-270.

⁵⁵ In particolare, i requisiti richiesti per proporre una questione di incostituzionalità non sono concepiti per limitare l'attività giudicatrice del TC ma per garantire che questo strumento sia utilizzato solo per risolvere questioni concrete, impedendo così che si converta in un ricorso di incostituzionalità nelle mani del potere giudiziale. Certamente attraverso la questione di incostituzionalità solo potranno porsi all'attenzione del giudizio costituzionale unicamente quelle norme che siano rilevanti per la risoluzione del caso pendente il che, tuttavia, non impedisce al TC di «*expulsar también aquellas otras normas o preceptos de la misma ley que fueran consecuncia o estuvieran inescindiblemente unidas a las que hubiesen sido cuestionadas (art. 39.1 LOTC)*» e – garantendo la primazia della Costituzione – possa anche «*fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional aunque no hubiese sido explícitamente citado en el auto de planteamiento (art. 39.2 LOTC)*». V. sul punto J. M. López Ulla, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, in *La refor-*

stione di incostituzionalità. È stato messo bene in evidenza che – sebbene questo inciso non aggiunga nulla di nuovo alla precedente disciplina, se si considera che un problema di fondo soggiace sempre all’argomentazione sulla pertinenza di porre la questione di incostituzionalità – «en cualquier caso, es claro que, a la luz de las alegaciones de las partes, el órgano judicial podrá llevar a cabo una mejor delimitación de la cuestión en todos sus aspectos. Tales alegaciones, en su caso, también podrán permitir al Tribunal Constitucional una comprobación igualmente más intensa y estricta sobre “si el Juez que propone el planteamiento de la cuestión se ciñe a un control concreto de las normas” (ATC 185/1990, FJ 1)».56 Una volta terminata l’udienza, il giudice deciderà se sollevare o meno la questione di incostituzionalità nel termine di tre giorni, decisione che non è suscettibile di ricorso. Tuttavia, la questione di incostituzionalità può essere riproposta nelle successive istanze o gradi fino a che non si giunga a sentenza definitiva.

Spettando la decisione esclusivamente al giudice, le parti non possono promuovere un ricorso di amparo per violazione del diritto alla tutela giudiziale effettiva (art. 24 CE) contro la negazione del giudice di porre la questione sollecitata. Questione diversa è se il giudice non spiega il suo rifiuto di porre la questione di incostituzionalità sollecitata. Infatti, la STC 35/2002 ha accolto un ricorso di amparo perché il giudice non aveva indicato nella sua sentenza le ragioni per le quali non aveva posto la questione di incostituzionalità sollecitata nel ricorso contenzioso-amministrativo. Sebbene la decisione di porre la questione di incostituzionalità è una potestà esclusiva dei giudici e, pertanto, le parti non hanno alcun diritto al riguardo, non bisogna dimenticare che l’esigenza di motivare le sentenze ha valore costituzio-

ma del Tribunal Constitucional, cit., pp. 192-193.

nale (art. 120 CE) e, conseguentemente, la decisione di non sollevare una questione di incostituzionalità sollecitata dalle parti deve essere motivata in modo sufficiente ed adeguato. In altri termini, il giudice ha l'obbligo di porre la questione al TC oppure può rifiutare di porre la questione al TC, ma deve motivare in modo fondato tale decisione; al contrario, il silenzio del giudice – come risposta alla richiesta delle parti di sollevare la questione al TC – violerebbe il diritto alla tutela giudiziale effettiva e, pertanto, potrebbe essere oggetto di ricorso di amparo una volta esaurita la via giudiziale.

Ancora, qualora la motivazione che sta alla base della decisione di non sollevare la questione di incostituzionalità sia arbitraria o manifestamente irragionevole, essa può essere oggetto di ricorso in amparo. Stesso ragionamento vale per la decisione del giudice di non sollevare la questione pregiudiziale. Ricordiamo, infatti, che la STC 58/2004 ha accolto per la prima volta il ricorso di amparo contro il rifiuto del giudice di sollevare la questione pregiudiziale perché il giudice ha disapplicato in modo arbitrario la norma interna.⁵⁷

⁵⁶ F. Balguer Callejón, *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 50-54.

⁵⁷ In particolare, nel p.to 14 della STC 58/2004, il TC afferma che «es indudable que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos (SSTC 76/1995, de 22 de mayo, p.to 5; e 173/2002, de 9 octubre, p.to 10). Però también es indudable que cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario. En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al

L'introduzione del terzo comma dell'art. 35 LOTC fa esplicito riferimento alla conseguenza logica della instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, ovvero al fatto che la decisione di sollevare la questione di incostituzionalità provocherà la sospensione provvisoria del processo *a quo* fino a quando il TC non si pronunci sulla sua ammissibilità e che – una volta accolta la decisione – il processo *a quo* permarrà sospeso fino a quando il TC non risolva definitivamente sulla questione.

L'art. 36 LOTC rimane inalterato e prevede che il giudice solleverà al TC la questione di incostituzionalità «junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior, si las hubiere».

Posta la questione davanti al Tribunale Costituzionale, si apre il processo costituzionale che decide sulla validità o meno della norma oggetto del ricorso. In ossequio alla valutazione svolta dal giudice *a quo* sulla presenza o meno dei requisiti legalmente richiesti per porre la questione (rilevanza per la sentenza e fondamento sufficiente), il Tribunale Costituzionale compie prima un controllo sommario di tali requisiti e successivamente decide sull'ammissibilità o meno della questione.

In caso di inammissibilità della questione, la decisione verrà adottata mediante *auto* e udito il *Fiscal General del Estrado*, secondo quanto previsto dal primo comma dell'art. 37 (anch'esso rimasto inalterato). Altresì questa decisione dovrà essere motivata.

In caso di ammissibilità della questione di incostituzionalità, entro i

caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts.163 CE y 234 TCE), sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas».

quindici giorni dalla sua pubblicazione sul *Boletín Oficial del Estado* le parti nel procedimento giudiziale potranno presentarsi davanti al Tribunale Costituzionale, per formulare allegazioni, in un termine di altri quindici giorni. In altri termini, viene riconosciuta per la prima volta la possibilità alle parti del giudizio *a quo* di presentarsi nel processo *ad quem* davanti al Tribunale Costituzionale, tramite l'introduzione di un nuovo secondo comma nell'art. 37 (l'attuale secondo comma passa ad essere terzo). Altresì – secondo quanto previsto dal terzo comma dell'art. 37 (che fino alla riforma era il secondo) – si darà comunicazione della questione al Congresso dei Deputati e al Senato tramite i suoi Presidenti, al *Fiscal General del Estado*, al Governo, tramite il Ministero di Giustizia, e – nel caso di una Legge o di altra disposizione normativa con forza di Legge emanata da una Comunità Autonoma – all'organo legislativo ed esecutivo di quest'ultima. Tutti i soggetti richiamati potranno presentarsi e formulare allegazioni sulla questione posta nel termine comune e improrogabile di quindici giorni. Conclusa questa udienza, il Tribunale pronuncerà la sentenza nel termine di quindici giorni, salvo che ritenga necessario, mediante risoluzione motivata, un termine più ampio, che non potrà superare i trenta giorni.

È da ricordare che la mancanza di intervento delle parti del giudizio *a quo* nel processo *ad quem* era stata giustificata dalla stessa giurisprudenza costituzionale giacché essa riteneva che diverso era l'oggetto dei due processi: il primo ha per oggetto la soluzione di un caso concreto in cui entrano in gioco gli interessi delle parti, mentre il secondo ha per oggetto l'esame della costituzionalità di una norma dalla cui validità dipende la sentenza che deve dettare il giudice *a quo* nonché la difesa oggettiva della Costituzione e non la concretizzazione degli interessi delle parti. Pertanto, l'assenza di partecipazione delle parti nel giudizio *ad quem* né priva di difesa né viola il di-

ritto fondamentale alla tutela giudiziale effettiva,⁵⁸ considerato che la sentenza che risolve la questione è il risultato di un controllo astratto e di un processo obiettivo in cui non si possono far valere diritti soggettivi o interessi legittimi, ma si può unicamente far valere la difesa o meno della legge oggetto del ricorso. A ciò si aggiunga che il Tribunale costituzionale ha anche l'opportunità di prendere in considerazione il parere delle parti riguardo alla questione posta, dato che, a sua volta, il giudice *a quo* – secondo quanto previsto dall'articolo 35.2 LOTC – prima di sollevare la questione deve sentire le parti e tener conto del loro parere.

È da notare, inoltre, che questa giurisprudenza costituzionale è rimasta indifferente anche al monito derivante dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto con la sentenza del 23 giugno del 1993. Monito che ebbe come unica conseguenza di riconoscere l'obbligo all'udienza «de quienes pudieran resultar directamente afectados en sus derechos e interesse preexistentes por una ley que carezca de la nota de generalidad que es inherente a la mayoría de las leyes».⁵⁹

La dottrina maggioritaria, tuttavia, non riteneva che i due processi fossero separati o indipendenti tra loro, ma che si trattasse di un unico processo articolato in due fasi: la prima davanti all'organo giudiziale che pone la questione di incostituzionalità e la seconda davanti al Tribunale Costituzionale che la risolve. La prima fase rimane sospesa fino a quando non si conclude la seconda fase e gli interessi che entrano in gioco nella prima fase si vedranno incisi da ciò che la giustizia costituzionale risolverà nella seconda

⁵⁸ Tra le altre, SSTC nn. 17/1981, p.to 1; 54/1983, p.to 2; 25/1984, c. b)del p.to 2; 94/1986, p.to 2; 155/1987, p.to 3; 19/1988, p.to 1; 142/1990, p.to 1; 186/1990, p.to 2; 76/1992, c. a), p.to 2; 90/1994, p.to 2; 337/1994, p.to 3.

⁵⁹ ATC 349/1995, p.to 4, raccogliendo la giurisprudenza degli AATC 378/1993 e

fase. Questa articolazione del processo mostra come sia proprio la questione di incostituzionalità l'anello di congiunzione tra le due fasi.

Un'altra constatazione è opportuna: se la difesa dei diritti garantiti dalla Costituzione propria del ricorso di amparo implica la protezione dell'ordine costituzionale oggettivo, è vero anche il contrario, ovvero la difesa oggettiva della Costituzione propria della questione di incostituzionalità comporta la tutela dei diritti in essa contenuta.⁶⁰

È da rilevare, inoltre, che il legislatore organico – così come è espressamente indicato nell'esposizione dei motivi della riforma – ha fatto fronte proprio – tramite questa nuova disposizione organica – al monito della Corte Europea dei diritti dell'uomo – espresso nella già citata sentenza 23 giugno del 1993. Infatti, in questa sentenza la Corte di Strasburgo ha condannato lo Stato spagnolo tra le altre ragioni per violazione del diritto alla tutela giudiziale effettiva nella misura in cui non consentiva alle parti del giudizio *a quo* di presentarsi davanti al Tribunale Costituzionale nel processo che risolve una questione di incostituzionalità.

4. Il ricorso di amparo

Il ricorso di amparo è lo strumento processuale che permette ai singoli di ricorrere direttamente al Tribunale costituzionale per denunciare – secondo quanto stabilito nell'art. 53.2 *CE* – la violazione dei diritti e delle libertà riconosciute negli artt. 14-29 *CE* nonché la violazione del diritto

174/1995.

⁶⁰ In questo senso v. M. García Pelayo, *El "status" del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981, p. 33. Anche v. P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 128 e 247.

all'obiezione di coscienza (art. 30.2 CE) prodotta da «*disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes*» (art. 41.2 LOTC). In particolare, il giudizio di amparo può essere originato da: a) decisioni o atti senza valore di legge, emanati dalle Cortes o da qualunque dei suoi organi, o dalle assemblee legislative delle Comunità o dai loro organi (art. 42 LOTC); b) una risoluzione, divenuta esecutiva, che impone l'obbligo di prestare il servizio militare (nel caso di violazioni del diritto all'obiezione di coscienza) (art. 45 LOTC); c) disposizioni, atti giuridici, omissioni o «*simple vía de hecho*» del governo o delle sue autorità o dei suoi funzionari, o degli organi esecutivi collegiali delle Comunità Autonome o delle loro autorità o funzionari o agenti (art. 43 LOTC); d) un atto o omissione di un organo giudiziale. Nei primi due casi, la legittimazione a ricorrere spetta alla persona direttamente colpita, mentre negli ultimi due casi, è necessaria che sia esaurita la via giudiziale previa e, pertanto, i legittimati a ricorrere sono coloro che sono stati "parte" nel processo corrispondente (art. 46, b) LOTC). Questo requisito formale è coerente con il carattere di sussidiarietà ed eccezionalità del ricorso di amparo, il quale prevede che siano gli organi giurisdizionali a svolgere in prima battuta la protezione dei diritti e delle libertà e solo laddove l'intervento giudiziale risulti inefficace è possibile ricorrere al Tribunale costituzionale attraverso il ricorso di amparo. Gli altri soggetti legittimati a ricorrere in amparo sono il *Ministerio fiscal* e il *Defensor del Pueblo*, «*en ambos casos se trata de supuestos excepcionales justificados por razones de interés general: la defensa de la lega-*

*lidad encomendada al primero (art. 124.1 CE) y la defensa de los derechos fundamentales atribuida al segundo (art. 54 CE)».*⁶¹

Il ricorso di amparo, come è noto, si articola in due fasi: prima si valuta l'ammissibilità o meno della domanda sulla base della sussistenza o meno dei requisiti legalmente richiesti (riassunti nell'art. 50 LOTC)⁶² e poi, una volta ammessa la domanda, inizia il processo costituzionale propriamente detto.

La nuova regolazione del ricorso diretto consente alle Sale – che hanno il compito di risolvere le questioni di amparo – di deferire questo compito alle Sezioni, le quali – in precedenza – si limitavano a decidere sull'ammissibilità dei ricorsi e delle questioni di incostituzionalità, dei conflitti di competenza e attribuzione e ricorsi di amparo (art. 48 LOTC). Viceversa, permane la possibilità di avocare casi dalle Sezioni alle Sale e da queste al Pleno. Questa decentralizzazione delle funzioni del Tribunale Costituzionale – tramite appunto l'attribuzione della risoluzione dei casi di amparo alle Sezioni – implica il vantaggio di poter far fronte ad un maggior numero di ampari,⁶³ però anche il rischio che venga compromessa l'interpretazione uniforme della Costituzione – considerato che l'esistenza di due Sale già ha prodotto divergenze giurisprudenziali. Rischio che può

⁶¹ *Ibidem*, p. 275.

⁶² In particolare, l'art. 50.1.a) LOTC fa riferimento ad alcuni requisiti richiesti negli artt. 41-46 e 49 LOTC, come ad es: che il diritto rispetto al quale si pretende l'amparo ricada nell'oggetto di protezione, legittimazione, esaurimento della via giudiziale previa, invocazione del diritto in questa via giudiziale, termine, ecc. Nel caso che i difetti siano sanabili, il Tribunale costituzionale apre un termine per sanarli (artt. 49.4 e 50.4 LOTC). L'art. 50.1 b) LOTC fa, invece, riferimento al requisito della “*especial trascendencia constitucional*” del ricorso, concetto su cui ci soffermeremo in seguito.

⁶³ Sempre con l'obiettivo di ridurre il carico di lavoro dei magistrati e degli avvocati le *providencias* si limitano a specificare la mancanza di requisito (art. 50.3 LOTC).

essere attenuato se le Sezioni si limitano a risolvere gli ampari di «*reiteración de doctrina*» e, quindi, di importanza minore.

Una delle principali novità della riforma dell'amparo riguarda il momento dell'ammissibilità della domanda, più precisamente, non è più il Tribunale costituzionale che verifica il rispetto dei requisiti di ammissibilità della domanda, ma è il ricorrente che si preoccupa di rispettare i requisiti richiesti. Si inverte l'onere della prova: non spetta più alle Sezioni provare la mancanza di contenuto costituzionale della domanda, ma è il ricorrente che deve dimostrare la «*especial trascendencia constitucional*» della domanda affinché quest'ultima venga ammessa. Di conseguenza, si passa da un giudizio di inammissibilità ad un giudizio di ammissibilità,⁶⁴ secondo quanto previsto dall'art. 50.1 *LOTC*.

Lo spirito della riforma è quello di porre l'attenzione del Tribunale costituzionale esclusivamente su quei ricorsi di amparo che abbiano innegabile interesse costituzionale, sacrificando la protezione dell'interesse soggettivo della parte lesa a favore della difesa oggettiva della Costituzione. L'ammissibilità del ricorso di amparo non è un diritto del soggetto leso, ma il risultato dell'esistenza di un problema costituzionale di rilievo. L'amparo diviene così oggettivo. È l'aver stabilito come requisito della domanda l'«*especial trascendencia constitucional*» che rende oggettivo il ricorso di amparo, chiarendo che detta *trascendencia* si valuterà «*atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia*». Questa definizione – offerta dal testo della rifor-

⁶⁴ Così, infatti, recita l'art. 50.1 *LOTC*: «El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos». Uno dei requisiti più importanti è quello – già citato –

ma – della *especial trascendencia constitucional* è, però, così vaga da lasciare ampia discrezionalità al giudice costituzionale nella selezione dei casi degni di effettiva protezione. Determinante, pertanto, per la reale portata dell'oggettività del ricorso di amparo è la prassi che il giudice costituzionale affermerà al momento di selezionare i ricorsi di amparo. In altri termini, l'esito effettivo dell'oggettività del ricorso di amparo dipenderà da un atteggiamento di *self-restraint* del giudice costituzionale al momento della selezione dei ricorsi di amparo.

Sul punto il TC è intervenuto con la sentenza 155/2009, la quale individua sette ipotesi di “speciale rilevanza costituzionale”, decidendo così di autolimitare la propria discrezionalità a tutto vantaggio della certezza del diritto. Ha di fatto rinunciato «alla possibilità di procedere gradualmente, attraverso i casi concreti che gli si presentavano, ad indicare di volta in volta le ipotesi rientranti nella nozione di “speciale rilevanza costituzionale”, lasciandosi così un margine di discrezionalità nella decisione, anche in considerazione della particolarità del caso».⁶⁵ Nello specifico le sette ipotesi di violazione di un diritto fondamentale – che comportano una “speciale rilevanza costituzionale” – si verificano quando: non esiste un giurisprudenza rispetto all'oggetto del giudizio; si ha la possibilità di mutare la propria giurisprudenza in virtù di una riflessione interna allo stesso TC o di nuove realtà sociali, di importanti cambiamenti normativi o di variazioni giurisprudenziali da parte di coloro che interpretano i trattati o gli accordi internazionali; la violazione stessa deriva direttamente da una legge o da altra disposizione

della «especial trascendencia constitucional» della domanda, previsto all'art. 50.1 b).

⁶⁵ Cfr. R. Romboli, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. “oggettivazione” dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 13.

di carattere generale e comporta di fatto anche denuncia della mancata proposizione da parte del giudice di una questione incidentale di legittimità costituzionale; quando si sia formata in giurisprudenza un'interpretazione seguita in maniera costante e consolidata (c.d. diritto vivente) e il TC la ritiene invece contraria a Costituzione e valuta la necessità di adottare una diversa interpretazione conforme alla stessa; i giudici comuni divergono dall'interpretazione fornita dal TC, affermandosi così posizioni contrastanti; il giudice è manifestamente venuto meno all'obbligo di rifarsi all'interpretazione adottata dal TC; la violazione stessa solleva una questione giuridica di rilevanza sociale o economica o politica generale, con cui il TC sembra lasciarsi un margine di discrezionalità.

C'è chi ritiene che la scelta di non includere - tra i requisiti previsti dalla domanda - alcuna motivazione individuale (come ad es. la gravità della lesione o anche la quantità economica del danno prodotto), comporterebbe un'eccessiva obiettività dell'amparo e uno snaturamento di quest'ultimo.⁶⁶ Al contrario, c'è chi sostiene che l'amparo non abbia acquisito una dimensione esclusivamente oggettiva e perduto quindi il carattere soggettivo.⁶⁷ Il nuovo requisito di ammissibilità, infatti, non elimina la natura soggettiva dell'amparo ma più che altro valorizza l'interesse generale.

È emersa, tuttavia, la perplessità che l'ammissibilità basata sull'interesse costituzionale della domanda possa ridurre significativamente il numero di domande di amparo e, pertanto, *«no evitarà que magistrados y letrados tengan que analizar las correspondientes demandas de amparo,*

⁶⁶ In tal senso, A. Barrero Ortega, *Apuntes sobre el nuevo amparo*, in *La reforma del Tribunal Constitucional*, cit., pp.607-608.

⁶⁷ In tal senso v. R. Romboli, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. "oggettivazione" dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza i-*

aunque sea para concluir en porcentaje altissimo que las mismas no acreditan ese interés constitucional». ⁶⁸ Critiche sono state mosse, anche, nei confronti del fatto che siano le sezioni – e non al Pleno – a decidere sull'ammissibilità in un momento in cui la riforma pone a fondamento di quest'ultima l'esistenza di una rilevanza costituzionale. ⁶⁹

Un'altra modifica investe il momento dell'ammissibilità della domanda, invertendo la regola generale della sospensione (di ufficio o su istanza di parte) dell'esecuzione dell'atto impugnato «*cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad*» (il vecchio art. 56.1 *LOTC*). Infatti, la nuova disciplina prevede che l'interposizione del ricorso non darà luogo ad alcuna sospensione degli effetti dell'atto o della sentenza impugnati, salvo «*cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad*» e «*cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona*». In altri termini, la sospensione, totale o parziale, dell'atto impugnato da regola generale diviene un'eccezione, probabilmente con l'obiettivo di persuadere quei ricorrenti che unicamente miravano a rinviare gli effetti dell'atto impugnato avvalendosi della sospensione in caso di ammissibilità della domanda.

Un aspetto non del tutto nuovo – considerato che già era stato introdotto dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale e riconosciuto dalla dottrina scientifica – è l'introduzione esplicita dell'omissione del potere pubblico tra le azioni che possono essere oggetto di ricorso di amparo, sanzionando

taliana, cit., pp. 1-17.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 607.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 609.

così il deficit pubblico nella protezione dei diritti fondamentali. In particolare, rientra nell'oggetto del ricorso di amparo l'omissione del potere esecutivo o del potere giudiziale,⁷⁰ mentre rimane esclusa l'omissione del potere legislativo – in linea con il fatto che non si può ricorrere contro leggi o norme con rango di legge.⁷¹ Resta fuori anche la giurisprudenza a favore dell'efficacia dei diritti fondamentali nelle relazioni tra i privati (o efficacia orizzontale dei diritti fondamentali),⁷² fondata – fra l'altro – in un'interpretazione *contra legem* perché la vecchia redazione della *LOTC* (art. 41.2 e seguenti) circoscrive chiaramente l'amparo alle violazioni dei diritti da parte dei poteri pubblici.

La riforma incide anche sull'art. 44 della *LOTC*, relativo alle azioni del

⁷⁰ Sono gli artt. 43 e 44 *LOTC* che fanno rispettivamente esplicito riferimento alle omissioni del potere esecutivo e di quello giudiziale.

⁷¹ Sebbene, secondo l'opinione di A. Barrero Ortega, *Apuntes sobre el nuevo amparo*, in *La reforma del Tribunal Constitucional*, cit., p. 610, sarebbe stato possibile includere nell'oggetto dell'amparo l'omissione legislativa, nel senso di assenza di risoluzione o decisione senza valore di legge che implichi una violazione di un diritto fondamentale, in particolare del diritto di partecipazione politica. «Así, por ejemplo, el amparo frente a la falta de respuesta de la presidencia de la Mesa ante un requerimiento legítimo de un diputado, frente a la no recepción de una pregunta escrita o frente a la no toma en consideración de una petición de palabra. Creo, en suma, que se podría haber incorporado al artículo 42 *LOTC* esa otra omisión, aclarando, en todo caso, que ello no legitimaría el amparo frente a *la no ley*».

⁷² «El Tribunal Constitucional, en una interpretación flexible de los arts. 41 y 44 de la *LOTC*, ha entrado también a fiscalizar las vulneraciones de derechos que tienen su origen en actos de particulares. El razonamiento seguido es el siguiente: corresponde a los jueces y tribunales ordinarios reaccionar contra las vulneraciones de derechos producidas en las relaciones entre particulares; ahora bien, si dichos jueces y tribunales no reparan esas vulneraciones, con ello están, a su vez, violando los derechos y libertades; dado que los órganos judiciales poseen naturaleza jurídica-pública, sus decisiones sí son impugnables a través del recurso de amparo. De esta forma, el Tribunal Constitucional no sólo protege frente a vulneraciones de los poderes públicos, sino también de los particulares». Così v. P. Pérez Tremps, *El Tribunal Constitucional. Composición y organización*, cit., p. 274.

potere giudiziale suscettibili di amparo. In particolare, il nuovo comma 1. a) del citato articolo prevede che le violazioni di diritti e libertà derivanti in modo immediato e diretto da un atto o omissione di un organo giudiziale potranno ricorrersi in amparo quando «*se hayan agotado todos los medios de impugnación dentro de la vía judicial previa*». Il vecchio termine *recurso* è sostituito con quello più indeterminato e ampio di *medios de impugnación*, rendendo evidente la necessità di esaurire la via giudiziale previa qualunque sia il mezzo di impugnazione e rafforzando così la sussidiarietà.⁷³

Da ultimo, si amplia l'incidente di nullità di azioni dell'art. 241 *LOPJ*, cioè la nullità di azioni di natura processuale si basa ora anche sulla violazione di tutti i diritti fondamentali protetti dall'amparo costituzionale (*Disposición final primera*) e non solo sull'*indefensión* o *incongruencia* – come accadeva precedentemente. La finalità è di aumentare le facoltà della giurisdizione ordinaria nella tutela dei diritti fondamentali, sottolineando così che la funzione della protezione e garanzia dei diritti fondamentali non spetta unicamente al Tribunale costituzionale, ma che anche i tribunali ordinari svolgono un ruolo fondamentale nella stessa. Il nuovo incidente di nullità trasforma l'amparo in un giudizio di ultima istanza per la tutela di quei diritti fondamentali lesi direttamente o indirettamente dalla giurisdizione ordinaria, considerato che le violazioni del diritto alla tutela giudiziale effettiva derivanti da un'azione giudiziale debbano esaurirsi nella stessa giurisdizione ordinaria. Sugli effetti reali di questa scelta di ampliare l'incidente di nullità, la dottrina diverge: c'è chi sostiene che possa frenare la litigiosità dinanzi al Tribunale costituzionale e possa compiere una funzione selettiva

⁷³ È da rilevare che fin ora la giurisprudenza costituzionale non è stata chiara sul compimento del requisito richiesto dall'art. 44.1.a) (ad es. la STC 114/2006).

va,⁷⁴ invece – c'è chi sostiene – che possa incrementare la litigiosità e il numero di ampari.

5. La questione interna di incostituzionalità in relazione al ricorso di amparo⁷⁵

Altra novità significativa della *LO 6/2007* riguarda la nuova disciplina della questione interna di incostituzionalità e la conseguente modifica dell'art. 55.2 *LOTC*. È lo stesso *Tribunal* a promuovere la questione di incostituzionalità e da qui il termine di autoquestione. Inizialmente, era previsto che la Sala poteva sollevare l'autoquestione al Pleno solo dopo aver riconosciuto – in sede di amparo – la violazione di un diritto fondamentale derivante dall'applicazione di una legge, mentre ora la Sala o la Sezione può sospendere il ricorso di amparo e sollevare al Pleno l'autoquestione quando la valutazione del ricorso di amparo derivi dall'applicazione di una legge che violi i diritti fondamentali o le libertà pubbliche.⁷⁶ In altri termini,

⁷⁴ È da ricordare, infatti, che è già da vari anni che la Prima Sala del Tribunale Supremo ha mostrato un'ostilità verso il Tribunale costituzionale che ha prodotto uno scontro aperto e noto tra entrambe le istituzioni. Questo scontro è emerso di recente nella STC 300/2006, del 23 ottobre 2006, nel caso «Alberto Alcocer» e nella sentenza della Prima Sala del Tribunale Supremo del 23 gennaio 2004, nel caso che condanna ai magistrati del Tribunale costituzionale per responsabilità civile. Sul punto v. L. E. Delgado del Rincón, *El trincio de primacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales: su cuestionamiento por la Sala Primera del Tribunal Supremo*, in *La reforma del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 633-670.

⁷⁵ Esiste la possibilità di promuovere l'autoquestione di incostituzionalità anche in relazione ad una lesione dell'autonomia locale imputabile a una norma con forza di legge (75.quinque.6 *LOTC*). La differenza principale rispetto all'altro caso di autoquestione, a parte il motivo su cui si fonda, sta nel fatto che in questo caso l'autoquestione la promuove il Pleno del Tribunale Costituzionale davanti se stesso.

⁷⁶ In principio le questioni di incostituzionalità promosse dal Tribunale venivano risolte in modo più rapido rispetto alle questioni di incostituzionalità promosse dagli organi giudi-

prima era previsto che – solo una volta risolto il processo di amparo da parte della Sala e, quindi, solo dopo aver riconosciuto la violazione – poteva sollevarsi l'autoquestione al Pleno. Questo meccanismo implicava la possibilità di una divergenza, ovvero che il Pleno – incaricato di giudicare la costituzionalità della legge – poteva adottare una posizione distinta da quella assunta dalla Sala in sede di amparo.⁷⁷ Il legislatore organico corregge questo meccanismo dagli effetti potenzialmente distorsivi perché l'introduzione della sospensione del processo di amparo nel momento in cui la Sala solleva il dubbio intorno alla costituzionalità della legge al Pleno impone alla prima di valutare il ricorso di amparo prendendo in considerazione il giudizio di costituzionalità del Pleno. «*El primer pronunciamiento del Constitucional recaerá sobre la ley y el segundo se referirá a la vulneración del derecho fundamental, y no a la inversa, como hasta ahora*».⁷⁸ Riforma necessaria anche in considerazione del fatto che in futuro pure le Sezioni potranno risolvere ricorsi di amparo, evitando così addirittura che le Sezioni possano giungere su una posizione diversa da quella del Pleno. Anche se, c'è chi sostiene che questo nuovo meccanismo sacrificerebbe in modo indebito la protezione dei diritti fondamentali a vantaggio della difesa obiettiva della Costituzione e, che pertanto, sarebbe stato più logico prevedere che il Pleno

ziali perché in fin dei conti una autoquestione non è altra cosa che la trasformazione di un ricorso di amparo in una questione di incostituzionalità. Però successivamente il tempo di attesa aumentò (ad es. la STC 31/2000 si dettò approssimativamente sei anni dopo la sentenza di amparo) perché il carico di lavoro che tanto sta condizionando il funzionamento del Tribunale costituzionale ha finito per colpire anche questi processi in cui la norma da controllare già è stata pregiudicata dal Pleno o dalla Sala con motivo del ricorso di amparo.

⁷⁷ Già alcuni magistrati tramite *votos particulares* avevano suggerito la necessità di una riforma in tal senso, evitando che l'amparo venisse concesso prima che del giudizio di costituzionalità (STC 18/1994).

⁷⁸ Cfr. A. Barrero Ortega, *Apuntes sobre el nuevo amparo*, in *La reforma del Tribunal*

possa avocare l'amparo e risolvere simultaneamente la questione.⁷⁹ Il procedimento previsto per sollevare le autoquestioni di incostituzionalità è lo stesso di quello previsto per le questioni di incostituzionalità, considerato che la nuova disposizione afferma che il procedimento in questione avverrà «*de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes*».

Con la riforma viene meno – quindi – la differenza più evidente tra le questioni di incostituzionalità poste dai giudici e quelle poste dallo stesso Tribunale costituzionale, cioè le autoquestioni di incostituzionalità precedentemente non creavano un incidente pregiudiziale. Pertanto, la riforma avvicina l'autoquestione di incostituzionalità alla questione di incostituzionalità posta dai giudici in qualsiasi processo giurisdizionale. Tuttavia, si sono create e persistono altre differenze che meritano di essere rilevate.

Innanzitutto, le questioni di incostituzionalità provenienti dalla giurisdizione ordinaria sono ora in via generale di competenza delle Sale, salvo quelle che riserva per sé il Pleno (art. 10.1.c) *LOTC*), mentre le questioni interne sono sempre di competenza del Pleno. Qui l'intento è sicuramente quello di sgravare il lavoro del Pleno, ma incerti sono i reali vantaggi che possano derivare dal fatto di non riservare più al Pleno la determinazione dell'incostituzionalità di una norma con forza di legge.

In secondo luogo, la Sala o la Sezione nel porre la questione interna di incostituzionalità dovrà contestare l'incostituzionalità della legge in relazione alla lesione di uno dei diritti fondamentali o libertà pubbliche, mentre i giudici nel porre la questione di incostituzionalità non hanno alcun vincolo e hanno disposizione l'intero blocco di costituzionalità.

Constitucional, cit., p. 615.

⁷⁹ Così come prevista attualmente nella *LOTC* per i conflitti di competenza che hanno per oggetto una legge (art. 67 *LOTC*).

In terzo luogo, l'oggetto della questione è diverso: nel caso delle questioni di incostituzionalità i giudici pongono la questione quando hanno un dubbio sulla costituzionalità o meno della legge, mentre nel caso delle autoquestioni la Sala o la Sezione pone la questione quando la legge applicata violi diritti fondamentali o libertà pubbliche. È la lesione di un diritto fondamentale che apre il procedimento dell'art. 55.2 *LOTG*. Ciò, però, non implica che la lesione dei diritti fondamentali o libertà pubbliche è conseguenza dell'incostituzionalità della legge.⁸⁰

6. L'accesso del singolo alla giustizia costituzionale: Italia e Spagna a confronto.

In questo paragrafo finale, ci si soffermerà sulle differenze esistenti tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo in materia di accesso alla giustizia costituzionale da parte del singolo. La più evidente – e nota – differenza è

⁸⁰ Ad es. la STC 185/1990 ha riconosciuto la lesione dell'art. 24 ma non come conseguenza diretta di quanto disposto nell'art. 240.2 *LOPJ*, ma piuttosto come prodotto della mancanza di sviluppo legislativo dell'art. 53.2 *CE*. Addirittura la STC 48/1995 ha negato sia l'esistenza di una lesione dell'art. 24.1 sia che tale lesione potesse derivare dall'art. 45 *LPL*. «La consecuencia que los órganos judiciales ha deducido, la ineficacia de la presentación de documentos de no cumplirse los requisitos establecidos en el art. 45 *LPL*, no puede ser calificada de arbitraria o infundada, sino que enlaza con la naturaleza imperativa, de orden público, de las reglas procesales, y también con el carácter excepcional, en favor del justiciable, con que opera el art. 45 *LPL*, que lejos de ser una medida restrictiva del derecho del justiciable al acceso a la jurisdicción, constituye una exepción flexibilizadora de la norma general sobre el lugar de presentación de documentos. Si el requisito es constitucionalmente legítimo según se ha afirmado, lo serán también las consecuencias que legalmente se deriven de su incumplimiento. Como ya se ha dicho, la exigencia de la comunicación no es carga excesiva y permite fórmulas muy flexibles para su realización, pero la simplicidad de la obligación que impone la norma legal no puede servir para justificar su inobservancia, ni entender como desproporcionada una consecuencia que sólo resulta de la negligencia de la parte. En conclusión, el art. 45 *LPL* no es contrario al art. 24 *CE*» (p.to 4 della sentenza in questione). È la prima volta che il Pleno corregge la decisione del-

che l'ordinamento spagnolo – al contrario di quello italiano – prevede che il singolo possa accedere direttamente alla giustizia costituzionale tramite il ricorso di amparo, superando i limiti di un ricorso in via incidentale e configurando così una giustizia costituzionale più in linea con le esigenze del diritto alla tutela giurisdizionale. Tuttavia, lo stesso ricorso in via incidentale alla giustizia costituzionale – anche se presente all'interno di entrambi gli ordinamenti – mostra delle differenze.

In particolare, le suddette differenze possono sintetizzarsi nei seguenti punti. Innanzitutto, nell'ordinamento italiano la questione di costituzionalità può proporsi in qualunque momento del giudizio, mentre nell'ordinamento spagnolo solo al termine del procedimento per soddisfare una duplice finalità: «*por un lado se trata de evitar que la cuestión de inconstitucionalidad sea utilizada con fines exclusivamente dilatorios; por otro, a menudo sólo estando concluso el procedimiento puede valorarse realmente la relevancia de la norma cuestionada para el fallo*». ⁸¹ In secondo luogo, l'ordinamento italiano non prevede così come quello spagnolo che il giudice *a quo* – prima di rivolgersi al giudice costituzionale – debba sentire le parti e il Pubblico Ministero affinché possano allegare ciò che desiderano sulla pertinenza di sollevare la questione di incostituzionalità o sul fondo di questa. Anche in questo caso la finalità è duplice in quanto le allegazioni delle parti, da un lato, consentono al giudice *a quo* di giungere ad «una mejor delimitación de la cuestión en todos sus aspectos» e, dall'altro, permettono «al Tribunal Constitucional una comprobación igualmente más intensa y estricta sobre “si el Juez que propone el planteamiento de la cuestión se ciñe a un control con-

la Sala di concedere l'amparo.

⁸¹ P. Pérez Tremps, *El Tribunal Constitucional. Procedimientos*, in *Derecho Constitucional*, cit., p. 268-270.

creto de las normas” (ATC 185/1990, FJ 1)». In terzo luogo, è vero che in entrambi gli ordinamenti si prevede che non possa essere impugnata l’ordinanza del giudice, qualora quest’ultima respinga la questione di costituzionalità sollecitata. Tuttavia, nell’ordinamento spagnolo è presente un correttivo, qualora la decisione di negare la questione sollecitata non sia adeguatamente motivata dal giudice (STC 35/2002) o si fondi su una motivazione arbitraria o manifestamente irragionevole (STC 58/2004). Infatti, in questi casi si può ricorrere in amparo contro la decisione del giudice. Da ultimo, se pur sono state sanate le differenze relativamente alla presenza delle parti del processo *a quo* dinanzi al giudice costituzionale – in quanto essa prima era riconosciuta solo nell’ordinamento italiano, mentre oggi anche nell’ordinamento spagnolo con la nuova riforma organica –, il nostro ordinamento mostra al momento una maggiore apertura sul punto, ammettendo anche la presenza di soggetti terzi che vantino un interesse diretto ed individualizzato rispetto alla questione sollevata. Tuttavia, malgrado questa apertura, la materia del contraddittorio permane nel nostro ordinamento priva di regole precise e legata alla discrezionalità della politica giurisprudenziale.

È da rilevare, però, che il ruolo delle parti del processo *a quo* nel procedimento in via incidentale si atteggia diversamente nei due ordinamenti; infatti, mentre nell’ordinamento spagnolo le parti sono coinvolte ancor prima che il giudice a quo si rivolga al giudice costituzionale, riconoscendo loro la possibilità di allegare ciò che desiderano sulla pertinenza di sollevare la questione di incostituzionalità o sul fondo di questa, al contrario nell’ordinamento italiano la presenza delle parti viene riconosciuta solo dinanzi al giudice costituzionale e a ciò si aggiunga che la giurisprudenza costituzionale italiana «con orientamento costante, ha sempre affermato che il *thema decidendum* del giudizio incidentale deve ritenersi limitato alle nor-

me ed ai parametri indicati nell'ordinanza di rinvio e che non possono prendersi in considerazione, oltre i limiti in questa fissati, ulteriori questioni o profili di costituzionalità delle parti costituite».

È altrettanto vero che, al di là della suddetta differenza, in entrambi i casi ciò che caratterizza il procedimento in via incidentale è il diverso potere di iniziativa delle parti e del giudice *a quo*, perché *di fatto* sempre e solo a quest'ultimo spetta l'iniziativa considerato che le parti – a differenza del giudice *a quo* – non hanno la possibilità di adire direttamente al giudice costituzionale, ma devono porre la questione al giudice *a quo* il quale, qualora siano soddisfatte le condizioni necessarie, la promuove al giudice costituzionale. In altri termini, nel procedimento incidentale spetta soltanto al giudice l'atto di instaurazione del giudizio costituzionale, a prescindere dal fatto che la questione venga sollevata d'ufficio o su iniziativa delle parti. Pertanto, nell'ipotesi delle parti non si può ritenere effettivamente garantito il diritto di azione in giudizio previsto dall'art. 24 Cost., considerato che la decisione di rimettere al giudice costituzionale spetta unicamente al giudice *a quo*.

I limiti propri di un ricorso in via incidentale – che si snoda sostanzialmente sul rapporto tra giudice costituzionale e giudici comuni e che, pertanto, comporta di fatto la relegazione di quei soggetti privati che hanno un interesse diretto al risultato del giudizio di legittimità costituzionale e la subordinazione della tutela delle loro posizioni soggettive alla tutela della legalità costituzionale – vengono, però, superati nell'ordinamento spagnolo dalla presenza di un ricorso diretto – che al contrario privilegia la tutela delle posizioni soggettive del singolo –, configurando così un sistema giurisdizionale più completo ed effettivo.

Capitolo IV

Giustizia costituzionale nazionale *verso un'integrazione tra sistemi giurisdizionali* (sistema integrato di giustizia)

Sommario: 1. Premessa – 2. Effettività del controllo di costituzionalità sulle leggi: contrastare l'esistenza di larghe zone di ombra o zone franche e rendere le vie di accesso più rapide e agevoli. Spagna e Italia a confronto – 3. Verso un'integrazione tra sistemi giurisdizionali (sistema integrato di giustizia) – 3. 1 Corte Costituzionale italiana e Corte di giustizia – 3. 2 Tribunale Costituzionale spagnolo e Corte di giustizia – 3. 3 L'importanza del ruolo del giudice comune all'interno del meccanismo del rinvio pregiudiziale – 3.4. L'integrazione tra i sistemi giurisdizionali e i suoi effetti

1. Premessa

Nell'ambito della giustizia costituzionale due sono i modelli classici di riferimento: il modello nordamericano della *judicial review* – caratterizzato da un controllo diffuso – e il modello austriaco progettato da Kelsen – avente, invece, un controllo accentrato. È da rilevare che la scelta delle modalità di accesso e dei soggetti a ciò legittimati è un problema che riguarda soltanto il modello accentrato, considerato che quello diffuso è fondato sul potere interpretativo di ogni giudice. Pertanto, proprio a causa della scelta dei sistemi di accesso, il modello europeo ha subito una serie di variazioni dal

modello originario, facendo dubitare che si possa ancora parlare di un vero modello. Al contrario, data l'assenza di problemi connessi alla scelta delle vie di accesso, i caratteri del modello nordamericano sono rimasti inalterati nel tempo – eccetto lievi adattamenti.

Alla luce di quanto precede, dunque, la classica contrapposizione tra modello nordamericano ed europeo è stata arricchita da nuovi schemi e sistemi di classificazione dei modelli di giustizia costituzionale, conseguenti o strettamente connessi alle scelte delle vie di accesso al giudizio costituzionale. In particolare, una via d'accesso fondata sui ricorsi diretti individuali, predisposti in genere per impugnare sentenze ed atti amministrativi più che leggi, costituisce una forma di protezione immediata dei diritti costituzionali, che comporta, tuttavia, il sorgere di alcuni ben noti problemi: da un lato, un enorme mole di lavoro per l'eccessiva quantità dei ricorsi che investono la Corte e, dall'altro, una situazione di latente conflitto tra la Corte e l'amministrazione e, soprattutto, tra la Corte e il potere giudiziario. Al contrario, un accesso fondato sul ricorso incidentale è caratterizzato dalla collaborazione tra Corti costituzionali e giudici ordinari e, quindi, da una tutela mediata dal rapporto Corte/giudici, che riguarda *in primis* il rispetto della legalità costituzionale e solo indirettamente la protezione dei diritti fondamentali. Tuttavia, è stato notato che attualmente stiamo vivendo «la stagione della maturità della giustizia costituzionale», cioè una fase caratterizzata «da una tendenziale diffusione del controllo di costituzionalità i cui più evidenti sintomi sono costituiti dalla c.d. dottrina del diritto vivente e dai sempre più numerosi casi di applicazione diretta (mediante interpretazione conforme) della Costituzione operati dai giudici di merito col sostanziale consenso della Corte».

I metodi di instaurazione del giudizio sulle leggi rivestono un'im-

portanza fondamentale perché essi incidono sul ruolo che si vuole riconoscere al giudice costituzionale – come controllore oggettivo della legge, mirando essenzialmente all’eliminazione e alla depurazione dell’ordinamento da leggi in contrasto con la Costituzione oppure come garante principalmente dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, da tutelare quindi direttamente e non come risultato indiretto della eliminazione di leggi incostituzionali – nonché sulla maggiore o minore effettività del controllo costituzionale sulle leggi – considerato che quest’ultimo sarà tanto più effettivo quanto più rapide e agevoli sono le vie di accesso al giudice costituzionale, mentre, al contrario, sarà meno effettivo là dove verrà riscontrata l’esistenza di larghe zone d’ombra o di zone franche.¹ Ricordiamo che per ricorso effettivo si intende un rimedio idoneo a tutelare la violazione di un diritto riconosciuto tramite provvedimenti opportuni tesi a risarcire il soggetto leso (disporre ad es.: la cessazione materiale del comportamento lesivo; l’annullamento, il ritiro o la modifica dell’atto lesivo; il risarcimento di carattere civile; la sanzione penale o disciplinare).

La giustizia costituzionale europea è stata, poi, “sconvolta” dall’irrompere sulla scena – in particolare negli ultimi due decenni – della dimensione comunitaria del diritto e dei diritti fondamentali, grazie ad un attivismo giurisprudenziale della Corte di giustizia sviluppatosi soprattutto grazie al meccanismo della c.d. questione pregiudiziale (art. 234 del Trattato), che, come è noto, si fonda sul dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia. In conclusione, ci soffermeremo, pertanto, sull’importanza della cooperazione tra giudice nazionale e Corte di giustizia ai fini della costruzione di un sistema integrato di giustizia e, in particolare, sul rilevante ruolo giocato dal

¹ V. *infra* capitolo IV, par. 2.

giudice comune rispetto alla tutela effettiva del singolo. In questa premessa mi preme solo segnalare brevemente il momento in cui si sia manifestata l'irruzione della dimensione comunitaria del diritto e dei diritti fondamentali nello scenario della giustizia costituzionale europea e in quali termini essa si sia realizzata.

La Corte di giustizia, come è noto, non nasce come organo giurisdizionale specializzato in materia di diritti fondamentali, ma come garante della corretta ed uniforme applicazione delle norme previste dai Trattati comunitari, aventi una originaria matrice economica e privi di qualsiasi disposizione relativa ai diritti fondamentali. Dopo una iniziale fase di assoluto distacco dal tema della tutela dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia finalmente inaugura la sua giurisprudenza in materia con i noti casi *Stauder* del 1969 e *Internationale Handellsgesellschaft* del 1970.² La Corte di giustizia – a seguito delle citate sentenze – inizia ad occuparsi della tutela dei diritti fondamentali, pur in assenza di un catalogo scritto di diritti fondamentali in ambito comunitario. *Gap* colmato grazie ad una giurisprudenza molto coraggiosa e creativa che ha fatto ricorso alle tradizioni costituzionali comuni e alla CEDU per l'elaborazione dei principi generali del diritto comunitario quali fonti non scritte e parametro comunitario di legittimità. La *ratio* di questo sviluppo giurisprudenziale dei diritti fondamentali nell'Unione Eu-

² Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia dei diritti fondamentali, v. M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, 2007, pp. 13-66; A. Bultrini, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, 2004, pp. 13-29; L. Cozzolino, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, 2003, pp. 3-10; G. Demuro, *I rapporti fra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., pp. 41-47.

ropea è quella «di coprire una zona d'ombra che si era venuta a creare in seguito all'affermazione della supremazia del diritto europeo: *filling the gap*, era lo scopo e la giustificazione della giurisprudenza creativa della Corte di giustizia sui diritti fondamentali».³

Nonostante questa “rivoluzione” giurisprudenziale portata avanti nel sistema comunitario dalla Corte di giustizia, le Corti costituzionali avrebbero dovuto continuare a svolgere il loro ruolo di garanti della Costituzione e dei diritti costituzionali nei confronti degli atti interni, salvo i casi in cui questi siano una diretta attuazione di normative comunitarie. In realtà, le Corti costituzionali non solo hanno continuato a svolgere il loro ruolo di garanti dei diritti fondamentali nei confronti degli atti interni, ma hanno esteso tale ruolo anche nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie tramite la c.d. dottrina dei «controlimiti», in virtù della quale – per l'appunto – le Corti costituzionali intervengono anche nei confronti delle violazioni dei diritti costituzionali derivanti dalle istituzioni comunitarie, ponendo così un freno al primato del diritto comunitario. La dottrina dei controlimiti costituisce un'evidente interferenza della giustizia costituzionale in ambito comunitario e, quindi, un potenziale canale di comunicazione tra Corti nazionali e Corte di giustizia, benché essa di fatto non sia mai stata applicata.

La Corte di Giustizia, dal suo canto, ha esteso – grazie alla dottrina dell'*incorporation* – il campo di applicazione dei diritti fondamentali da essa elaborati e protetti, oltre che agli atti comunitari, anche agli atti nazionali. È necessario, tuttavia, che gli atti nazionali entrino nell'ambito di applicazione del diritto comunitario sulla base delle due principali ipotesi delineatesi fi-

³ Cfr. M. Caratabia, L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, in M. Caratabia (a cura di), I diritti in azione, Bologna, 2007, p. 20; in tal senso anche v. A. Bultrini, La plu-

nora: la c.d. linea Wachauf⁴ – quando gli Stati agiscono nell'ambito di applicazione del diritto comunitario – e la c.d. linea Ert⁵ – quando gli Stati limitano una delle libertà economiche fondamentali garantite dai trattati, utilizzando una delle cause di giustificazione previste dai trattati (ad es. motivi di sanità pubblica o di ordine pubblico).

Da questa breve analisi emerge come lo scenario della tutela dei diritti fondamentali risulti viepiù più complesso proprio a seguito dell'esistenza di confini poco precisi tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia, che lasciano, al contrario, spazio a reciproche invasioni e contaminazioni.

2. Effettività del controllo di costituzionalità sulle leggi: contrastare l'esistenza di larghe zone di ombra o zone franche e rendere le vie di accesso più rapide e agevoli. Spagna e Italia a confronto

L'effettività del controllo di costituzionalità – come abbiamo detto – dipende dall'inesistenza di zone di ombre o zone franche e da vie di accesso più rapide e agevoli. Un'analisi relativa all'esperienza italiana del controllo di costituzionalità delle leggi mostra come il meccanismo del giudizio incidentale abbia creato «strette» o «zone franche», ovvero casi rispetto ai quali risulta estremamente difficile sottoporre una certa legge all'esame del giudice costituzionale. Diverse sono le ragioni di tale difficoltà. Innanzitutto, a causa della natura e contenuto dell'atto come ad esempio non sono assoggettabili al controllo di costituzionalità i trattati internazionali,⁶ il diritto

ralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa, Torino, 2004, p. 18.

⁴ Decisione del 13 luglio 1989 causa 5/1988, *Wachauf*.

⁵ Decisione 18 giugno 1991, causa C-260/1989, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*.

⁶ Per un approfondimento v. E. Catalani, *I trattati internazionali*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, 2006, p. 335 ss. In particolare, l'autore afferma che «varie sono le strade che possono essere sono

comunitario derivato,⁷ le leggi-provvedimento,⁸ il decreto legislativo ed i

le strade che possono essere percorse per stipulare un trattato internazionale e ciò influisce sulla possibilità della Corte costituzionale di sindacare o meno il contenuto di esso. La prima categoria di trattati a cui occorre fare riferimento sono quelli di natura politica, che prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, quelli che importano variazioni di territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi: i trattati, in altre parole, a cui fa riferimento l'art. 80 Cost. e che, per il loro contenuto e per la loro rilevanza, richiedono la legge di autorizzazione delle Camere e la ratifica da parte del Presidente della Repubblica. In queste ipotesi il controllo di costituzionalità della Corte si può esercitare sulla legge di autorizzazione che, contenendo l'ordine di esecuzione, produce immediati effetti nell'ordinamento. [...] Il problema principale in ordine alla possibilità di accesso alla Corte costituzionale non riguarda comunque i trattati ratificati ex art. 80 (sia utilizzando il procedimento ordinario che quello speciale), bensì le ipotesi in cui si affidi esclusivamente al governo la decisione politica di stipula del trattato, riconoscendo peraltro al Presidente della Repubblica (P.d.R.) il compito di vigilare attraverso la forma solenne della ratifica ex art. 87. 8, ovvero si segua la procedura dei c.d. «accordi in forma semplificata». In entrambe le ipotesi la stipula del trattato avviene senza una legge di autorizzazione parlamentare e, solo eventualmente, può intervenire una legge di esecuzione. [...] In entrambe le ipotesi (trattati ratificati con d.P.R. o accordi in forma semplificata) l'accesso alla Corte costituzionale attraverso il giudizio di legittimità non è in genere percorribile, mentre si può sempre ipotizzare un intervento della Corte attraverso il conflitto di attribuzione».

⁷ Per un approfondimento v. A. Pertici, *Le fonti comunitarie*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., pp. 353 ss. L'autore afferma che «il controllo sul diritto comunitario c.d. *derivato* (cioè sugli atti normativi degli organi comunitari), almeno direttamente, risulta impedito proprio dalla loro (esclusiva) appartenenza ad un diverso ordinamento, dotato di propri strumenti di garanzia, con esclusione, quindi, della possibilità di esercitarlo secondo il sistema delineato dall'art. 134 Cost. e dall'art. 23, l. 87/1953, che fissano nella Costituzione e nelle leggi costituzionali, da un lato, e nelle leggi e negli atti aventi forza di legge, dall'altro, i termini del controllo di costituzionalità. Tale esclusione non si realizza, invece, in relazione al diritto comunitario c.d. *originario*, cioè i trattati, in quanto ratificati con legge, e quindi come una fonte interna, sindacabile in base al nostro sistema di giustizia costituzionale, seppure con limiti relativi alle disposizioni utilizzabili come parametro, che, stante la copertura dell'art. 11 Cost., si limitano ad essere quelle relative ai diritti inviolabili e ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (c.d. *controlimiti* alle limitazioni di sovranità)».

successivi decreti correttivi.⁹ In secondo luogo, in conseguenza della parti-

⁸ Per un'analisi completa v. A. Carbone, *Le leggi provvedimento e le leggi autoapplicative*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., pp. 377 ss. L'autore precisa che «nei suoi primi anni di attività la Corte controlla le leggi in parola alla stregua del principio di uguaglianza in senso formale, da cui ricava il divieto di distinguere i cittadini in base alle condizioni personali. Progressivamente, però, come si accennava, la legittimità costituzionale delle leggi-provvedimento inizia ad essere sindacata sotto il profilo della ragionevolezza della discriminazione rispetto alla situazione di fatto e la rigidità del privilegio ne irrogando lascia il posto ad una valutazione concreta delle circostanze materiali e della coerenza intrinseca della legge. [...] A ciò si aggiunga che vi sono giudizi in cui il sindacato di ragionevolezza, pur pressantemente richiesto dal caso concreto, non è stato condotto affatto. Tra questi, nella prospettiva dell'accesso, particolarmente significativo è il caso della sentenza 225/1999, in cui – nella sostanza – si definisce un caso di esclusione della giurisdizione costituzionale sulle leggi-provvedimento. Come è noto tale pronuncia interviene sul procedimento di formazione delle leggi regionali che approvano i piani dei parchi [...]. Anzi-ché sottoporre a scrutinio stretto la legge approvativa del piano per verificare la ragionevolezza delle sue prescrizioni, come sarebbe stato lecito attendersi in base alla precedente giurisprudenza, la Corte, infatti, delinea due regimi di sindacato asseritamente autonomi (quello amministrativo per i vizi della prima fase e quello costituzionale per i vizi tipici delle leggi), di cui il primo di fatto assorbe il secondo [...]. La questione è, evidentemente, di non poco momento visto che la legge-provvedimento, secondo questo orientamento, degrada a mero contenitore formale e può conseguentemente (*rectius*, deve) essere disapplicata».

⁹ V. nello specifico G. Famiglietti, *Le deleghe legislative*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., pp. 419 ss. In particolare, l'autore denuncia come l'inerzia ed il lassismo parlamentare nel delineare la legge di delega si traduca «nell'obiettiva difficoltà per la Corte costituzionale di censurare l'eccesso di delega (cfr. Corte cost. 48/1986; 15/1999; 285/2005). In talune occasioni il giudice costituzionale ha tentato di definire i contorni del giudizio dell'eccesso di delegazione, inteso non solo come eccesso di potere legislativo delegato, cioè come dissonanza del decreto legislativo rispetto ai parametri fissati dalla delega, ma anche nel senso di eccesso di potere delegante, fondato sull'indeterminatezza, insufficienza o mancanza dei parametri della legge di delegazione: si legge infatti in Corte cost. 163/2000 che per valutare di volta in volta se il legislatore delegato abbia ecceduto tali – più o meno ampi – margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega, per verificare se la

colare efficacia nel tempo dell'atto come ad esempio le leggi a carattere temporaneo ed, in particolare, i decreti legge.¹⁰ In terzo luogo, per l'assenza di un giudice competente a risolvere determinate questioni e per la conseguente impossibilità di sollevare davanti al giudice costituzionale l'eccezione di costituzionalità della relativa legge a causa di altri valori costituzionali ritenuti prevalenti. È il caso della materia elettorale e, precisamente, del diverso sistema di convalida che vige per le elezioni politiche rispetto a quelle amministrative, considerato che il candidato o l'interessato alle elezioni politiche non ha un giudice a cui rivolgersi perché in materia sono competenti le camere stesse (art. 66 Cost.), le quali hanno natura politica e

norma delegata sia ad essa rispondente».

¹⁰ V. nel dettaglio N. Vizioli, *I decreti-legge*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., pp. 399 ss. Infatti, l'autore evidenzia come «il breve termine di provvisoria vigenza del decreto-legge rende estremamente difficile che una questione di legittimità sollevata in via incidentale possa essere definita prima dello scadere della provvisoria vigenza del decreto stesso. I termini per l'instaurazione di un giudizio in cui la norma dovrebbe essere applicata rendono infatti estremamente improbabile anche la sola promozione di un giudizio davanti alla Consulta. Fanno eccezione quelle norme che è possibile applicare durante un giudizio già in corso come, ad esempio, quelle di carattere processuale. Anche in questo caso però il giudizio della Corte costituzionale si presenta difficile a causa dei tempi tecnici necessari per la sua instaurazione e decisione, tempi che rendono quasi impossibile la pronuncia della Consulta prima del termine della vigenza del decreto-legge. [...] Per il giudizio in via d'azione – anche a prescindere dal fatto che le Regioni possono ricorrere solo quando l'atto impugnato comporti un'incisione diretta o indiretta delle competenze attribuite dalla Costituzione alle Regioni stesse e quindi tale modalità d'accesso non può certo coprire tutti i possibili casi in cui sarebbe prospettabile un vizio di illegittimità costituzionale – le conclusioni non sono poi diverse. Se infatti è vero che la questione di legittimità può, *rectius* deve, essere promossa entro un termine che coincide con quello della vigenza del decreto, per il giudizio costituzionale il problema si pone in termini non dissimili rispetto a quello in via incidentale anche se, ovviamente, la procedura e i termini sono diversi».

non giurisdizionale.¹¹ In altri termini, si ha la prevalenza della tutela dell'autonomia del Parlamento sul diritto ad un giudice.¹² Prevalenza che comporta anche l'esclusione dei regolamenti parlamentari – i quali, a loro volta, disciplinano la convalida degli eletti ed i giudizi sulla regolarità del procedimento elettorale – dagli atti sindacabili da parte della Corte costituzionale nonché la competenza della camera a verificare la presenza delle condizioni di immunità previste dall'art. 68, c. I, attenuata dalla possibilità di sollevare da parte del giudice un conflitto tra i poteri.¹³ Inutile è stato, ol-

¹¹ V. V. Messerini, *La materia elettorale*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., pp. 553 ss. L'autore precisa che mentre per le elezioni amministrative «si prevede un meccanismo che permette ai consigli elettivi di verificare la legittimità della loro composizione senza impedire l'intervento eventuale, concorrente e successivo, dell'autorità giudiziaria a tutela dei diritti di elettorato passivo e della regolarità delle operazioni elettorali, per quanto riguarda le elezioni del Parlamento questa seconda fase giurisdizionale viene impedita poiché tutto il procedimento si esaurisce all'interno di ogni singola Camera. [...] Gli ambiti negativi alla verifica di costituzionalità riguardano prevalentemente i limiti all'elettorato passivo e le procedure elettorali per la formazione della Camera e del Senato della Repubblica. L'area che rimane scoperta è dunque ampia e il fenomeno non può risultare ai giorni nostri particolarmente grave poiché incide in un campo in cui si definiscono e si utilizzano i principi e gli istituti cardine della democrazia che ne inverano l'essenza».

¹² In tal senso Corte cost. 26 marzo 113 n. 113. E sulle incoerenze costituzionali presenti nella legislazione elettorale politica v. *Ibidem*, pp. 596-598.

¹³ Sul punto v. R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo* 1/03, pp. 9 ss. In particolare, l'autore rileva che l'immunità dei parlamentari e dei consiglieri regionali per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle proprie funzioni (art. 68, 1° comma, 122, 4° comma) ha fornito, in questi ultimi anni, «ampio materiale di intervento alla Corte costituzionale, a seguito di una lunghissima serie di ricorsi – che, al momento, non accenna a diminuire – con cui l'autorità giudiziaria lamenta l'invasione della propria competenza da parte della camera che abuserebbe del potere, riconosciutole dalla stessa giurisprudenza costituzionale, di giudicare se determinati fatti o comportamenti siano qualificabili come opinioni espresse nell'esercizio delle proprie funzioni parlamentari». Rileva altresì che «il conflitto

tremodo, il ricorso di un elettore italiano al giudice di Strasburgo, lamentando la violazione del suo diritto ad un giudice terzo imparziale nel caso di elezioni politiche svolte in modo ritenuto non regolare. Il ricorso, infatti, è stato dichiarato inammissibile dal giudice di Strasburgo, considerato che es-

tra poteri, originato spesso da giudizi civili o penali in cui si discute in ordine a espressioni ritenute ingiuriose ed offensive pronunciate da parlamentari nei confronti di privati cittadini, vede la possibile presenza nel processo costituzionale dell'autorità giudiziaria, da un lato, e della camera di appartenenza, dall'altro. Nessuno spazio o possibilità di far sentire la propria voce sono riconosciuti alla parte privata che si ritiene lesa, per la quale la decisione del conflitto in un senso o nell'altro può significare avere o non avere la possibilità di difendere la propria posizione davanti ad un giudice. Si aggiunga che, in varie occasioni, la Corte costituzionale ha rilevato un vizio di natura procedurale (ad esempio mancato rispetto dei termini nel deposito della copia del ricorso o non esatta indicazione del *petitum* ecc.), in base al quale il conflitto è stato risolto con una pronuncia processuale (inammissibilità, improcedibilità) e che, secondo alcuni, il conflitto, anche in questi casi, dovrebbe ritenersi non più riproponibile da parte del giudice ricorrente. Il cittadino, presunto danneggiato, verrebbe così ad essere privato di qualsiasi strumento di tutela senza neppure una pronuncia della Corte che affermi la corretta riconduzione del caso alla immunità parlamentare prevista dalla Costituzione, ma semplicemente a seguito di un errore commesso dal giudice (o dalla cancelleria dello stesso), rispetto al quale esso certamente è del tutto estraneo ed incolpevole. La Corte costituzionale ha in proposito di recente mutato una giurisprudenza prima assolutamente consolidata nell'escludere che nel giudizio costituzionale sul conflitto tra poteri potessero costituirsi o intervenire soggetti diversi dal ricorrente e dal resistente e comunque soggetti non qualificabili come potere dello Stato. Con la decisione n. 76 del 2001, in un caso relativo all'immunità dei consiglieri regionali, la Corte ha infatti dichiarato ammissibile l'intervento del terzo, fino ad allora ritenuto inammissibile, sostenendo che il giudizio della Corte in questi casi va a sovrapporsi a quello del giudice penale, per cui diversamente si verrebbe a compromettere la stessa possibilità per la parte di agire in un giudizio a tutela dei suoi diritti. [...] La decisione 76/2001 è stata successivamente precisata in occasione del c.d. caso Previti ed appare significativa la motivazione, là dove si dice che in questo caso (conflitto tra camera e autorità giudiziaria, con richiesta del parlamentare di intervenire nel giudizio costituzionale) le posizioni giuridiche protette dell'interveniente, quale imputato, restano sempre suscettibili di poter essere fatte valere con gli ordinari strumenti processuali, per cui tali diritti non possono ritenersi direttamente coinvolti e quindi suscettibili di essere pregiudicati dalla soluzione del conflitto». (Corte

so aveva ad oggetto un diritto politico e come tale non era riconducibile nell'espressione di «diritti e obblighi di natura civile», prevista nell'art. 6 CEDU.¹⁴ In quarto luogo, a causa dei limiti derivanti dal modo in cui la giurisprudenza costituzionale interpreta i presupposti del giudizio incidentale come ad esempio la nozione rigida del requisito della rilevanza a cui è pervenuto il giudice costituzionale, che comporta un sindacato più rigido ed una maggiore propensione all'adozione di ordinanze di inammissibilità per irrilevanza.¹⁵ Al contrario, un'interpretazione più ampia della nozione di ri-

cost. 6 luglio 2001, n. 225).

¹⁴ Commissione europea dei diritti dell'uomo 19 gennaio 1998. Sulla questione v. in particolare R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo* 1/03, pp. 9 ss. Tuttavia, l'autore precisa che la più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo è pervenuta a risultati più che soddisfacenti, «senza prendere in considerazione l'eventuale violazione degli artt. 6 e 13 della CEDU e superando quindi la limitazione derivante dalla nozione di diritti e obblighi di natura civile. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti raggiunto in pratica gli stessi risultati, fornendo una adeguata tutela dei diritti in materia elettorale, attraverso il richiamo all'art. 3 del primo protocollo addizionale alla CEDU il quale prevede testualmente: "le altre parti contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, elezioni libere con votazione segreta, in condizioni che garantiscano la libera espressione del cittadino nelle elezioni politiche". La giurisprudenza di questi ultimi tre anni ha così affrontato nel merito questioni in tutto simili, alcune quasi identiche, a quella dichiarata inammissibile nella pronuncia richiamata in precedenza, pur se giudicando sulla base dell'art. 3 del protocollo aggiuntivo e non specificamente del diritto ad un giudice e ad un ricorso effettivo» (Corte europea dei diritti dell'uomo 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*).

¹⁵ In particolare sul punto in questione v. L. Azzena, *La rilevanza*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., pp. 601 ss. L'autore individua varie fasi o stagioni della rilevanza nell'evoluzione giurisprudenziale costituzionale. «La caratteristica saliente di quest'ultimo periodo [la quarta fase 1989-2006] è l'ulteriore aumento del tasso di concretezza del giudizio costituzionale, che si fa massimamente concreto, rafforzandosi il legame tra giudizio costituzionale e giudizio *a quo*. L'accentuata concretezza del giudizio, legato indissolubilmente ad una fattispecie particolare, va a discapito dell'esigenza generale di garantire l'integrità costituzio-

levanza, consentirebbe un più largo accesso al giudizio costituzionale. Simili considerazioni valgono anche per quelle ipotesi in cui la Corte costituzionale si astiene dal sindacare perché rientranti in ambiti riservati alla discre-

nale dell'ordinamento, senza tuttavia che ne guadagnino le esigenze soggettive di tutela: l'attenzione della Corte per i fatti del giudizio *a quo* non si traduce, infatti, in attenzione per gli interessi in questo controversi. La gabbia dell'incidentalità, ovvero la nozione rigida di rilevanza cui la Corte ha finito per aderire, in alcune occasioni, costituisce un ostacolo alla tutela dei diritti fondamentali, determinando alcune zone d'ombra nella giustizia costituzionale. Tra queste particolare preoccupazione desta quella relativa alla tutela cautelare dei diritti costituzionali. In tutti i casi in cui sia richiesta la tutela in via d'urgenza di diritti sanciti dalla Costituzione, ma non assicurati, o addirittura contraddetti, da una norma legislativa si pone un problema di compatibilità delle esigenze di tutela cautelare con quelle del controllo di costituzionalità. In tale evenienza, il giudice comune incontra, infatti, una grave difficoltà nell'assicurare la tutela cautelare, dal momento che, nel nostro sistema di giustizia costituzionale, al giudice non è consentito disapplicare la legge, ma solo rimetterla alla Corte costituzionale sollevando l'incidente di costituzionalità. Ma se il giudice solleva la questione di costituzionalità, nelle more tra la remissione della questione e la decisione della Corte, il diritto costituzionale può essere già pregiudicato anche irrimediabilmente, data la mancata previsione con riferimento al giudizio incidentale di poteri cautelari in capo alla Corte costituzionale. Del resto, il giudice non può concedere il provvedimento d'urgenza (secondo le regole processuali ordinarie) e contestualmente sottoporre la questione alla Corte perché, una volta assicurata la tutela, viene a mancare o il requisito della rilevanza, in quanto la decisione della Corte non potrebbe più produrre alcun effetto rispetto ad un provvedimento ormai adottato (ma neanche rispetto ad un diritto ormai pregiudicato; il fatto del pregiudizio del diritto potrebbe, al limite, paradossalmente determinare una pronuncia di irrilevanza sopravvenuta), o quello della legittimazione del giudice, essendosi ormai esaurito il procedimento di sua competenza. La rilevanza (quantomeno l'accezione rigida di rilevanza) determina così una zona d'ombra nella tutela costituzionale dei diritti: si ha una categoria di situazioni incostituzionali che né la Corte può tutelare perché sprovvista del potere cautelare, né il giudice comune perché sprovvisto del potere di disapplicare la legge e perché, comunque, glielo impediscono le regole relative all'accesso al processo costituzionale». Di contro l'autore osserva (nota 60 p. 618) che la dottrina è favorevole all'introduzione di poteri cautelari in capo alla Corte nel giudizio incidentale, previsti del resto, recentemente, nel giudizio in via principale, oltre che nel conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni e tra Regioni (art. 40 l. 87/1953).

zionalità del legislatore.¹⁶ Da ultimo, il problema dell'esclusione di tutti gli atti di grado secondario (tanto di quelli aventi natura regolamentare adottati dal Governo, quanto di quelli di natura più strettamente amministrativa adottati da altri organi della pubblica amministrazione) dalle fonti sindacabili attraverso il giudizio incidentale alla luce del «progressivo incremento, sia in termini quantitativi che qualitativi, della produzione normativa dell'esecutivo, da un lato» e della «riconosciuta, scarsa significatività ed efficacia dei controlli – giurisdizionali (affidati ai giudici amministrativi ed ordinari) e non – sui regolamenti del potere esecutivo e sugli atti amministrativi, dall'altro».¹⁷ Da qui l'esigenza sorta in dottrina di ricercare solu-

¹⁶ Sul punto in questione v. A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., pp. 625 ss. L'autore osserva che, nelle pronunce di inammissibilità con riferimento al limite in esame, la motivazione è spesso «ridotta, specie con riferimento a particolari materie, ad una mera clausola di stile; la Corte si limita infatti a dichiarare la questione infondata (o manifestamente infondata) ricorrendo a formule spesso tautologiche o sostanzialmente equivalenti fra loro in cui si afferma che il legislatore ha fatto buon uso della propria discrezionalità compiendo scelte che possono ritenersi non irrazionali o non viziate da arbitrarietà o irrazionalità o non manifestamente irrazionali o arbitrarie o, ancora, corrispondenti ai canoni di coerenza e ragionevolezza. Queste considerazioni ricorrono in particolare con riferimento ad alcune particolari materie sulle quali la Corte ha da sempre manifestato una particolare deferenza nei confronti delle scelte politiche compiute dal legislatore quali la materia penale, la disciplina degli istituti processuali, il diritto sostanziale tributario».

¹⁷ Cfr. T. Giovanetti, *Delegificazione, regolamenti e atti amministrativi*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., p. 474. Infatti, l'autore sostiene che «uno dei punti fondamentali sui cui, probabilmente, deve oggi concentrarsi l'attenzione del giurista sembra proprio essere quello della verifica dei limiti entro cui quel sistema [costituzionale basato sulla configurazione monistica di forma di governo con potere legislativo riservato al Parlamento e non riconosciuto in via originaria e concorrente anche all'esecutivo o ad altri organi] può ancora oggi dirsi pienamente vigente, e dunque, della valutazione dell'opportunità, se non addirittura della

zioni che consentissero l'ingresso degli atti di grado secondario come oggetto del giudizio di legittimità costituzionale.¹⁸ Questi limiti della giustizia

necessità, di un parziale adeguamento del sistema dei controlli sugli atti formalmente secondari attualmente previsti dall'ordinamento» (p. 470 nota 7).

¹⁸ *Ibidem*, pp. 467 ss. A tal proposito, bisogna precisare che, se anche la Corte «è stata fermissima e assolutamente costante nel respingere ogni tentativo di allargare la sfera degli atti impugnabili dinanzi al giudice delle leggi, è pur vero che ad un sindacato indiretto sugli atti regolamentari del Governo la Consulta è, in qualche caso, pervenuta, e lo ha fatto seguendo essenzialmente due strade, vale a dire applicando, da una parte, la teoria del diritto vivente, ed utilizzando, dall'altra, il concetto di rinvio materiale, o recettizio. [...] Come noto, la teoria del c.d. diritto vivente regolamentare trova la sua prima elaborazione dottrinale nel pensiero di Carlo Esposito. Agli inizi degli anni sessanta, commentando un'ordinanza con cui la Corte costituzionale risolveva in poche battute – dichiarandone l'infondatezza – una questione di legittimità costituzionale che, risultando diretta, sia pure con riferimento a norme costituzionali, non contro l'art. 18 della legge di p. s. [...], ma sostanzialmente contro l'articolo [del relativo] regolamento di esecuzione, aveva ad oggetto non una disposizione di legge o di una norma avente forza di legge, ma una disposizione, l'Autore sosteneva che il principio elaborato dalla Consulta, secondo cui essa è chiamata a pronunciarsi sulle disposizioni legislative non in astratto, bensì nella loro significazione vivente, avrebbe logicamente imposto al giudice delle leggi di esaminare la norma legislativa oggetto della questione per il significato e la portata da questa assunti alla luce delle attuazioni e specificazioni operate dalla fonte secondaria. [L'altra strada, che ugualmente consentirebbe alle fonti secondarie di entrare nel processo costituzionale in qualità di oggetto del giudizio, segue] un percorso che risulterebbe in qualche modo tracciato dalla legge stessa e che si fonderebbe sul rinvio materiale, o recettizio, talvolta effettuato dalla fonte primaria a quella secondaria. In sostanza, in alcune pronunce la Corte ha dato l'impressione di ritenere che quella sorta di incorporazione, o, se si preferisce, di *continuum* normativo che si può determinare tra legge e regolamento e che solo potrebbe giustificare la competenza della Consulta ad estendere il proprio sindacato anche sull'atto di rango formalmente non legislativo, sarebbe, per così dire, perfezionato (ai fini, s'intende dell'ammissibilità della questione) soltanto laddove sussista un richiamo espresso della legge al regolamento. [...] Per concludere sul punto, sembra di poter dire che, ferma restando la chiusura di principio delle porte del giudizio di costituzionalità rispetto all'ingresso, quali oggetto del sindacato, degli atti privi di forza di legge, qualche varco si sia aperto con riferimento ai regolamenti governativi di esecuzione, attuazione ed integrazione, per quanto il loro accesso appaia ancora condizionato dall'utilizzo di criteri non del

costituzionale italiana sono imputabili per lo più al costituente e al legislatore e solo in minima parte alle decisioni del giudice costituzionale.

Fermo restando delle analoghe zone d'ombra,¹⁹ la giustizia costituzio-

tutto definiti e dall'applicazione non sempre certa e prevedibile. [...] Resta da chiedersi se ed in quali termini lo schema riassuntivamente delineato possa essere applicato ai regolamenti diversi da quelli attuativi-integrativi, ed in particolare ai regolamenti indipendenti, da un lato, ed ai regolamenti delegati, dall'altro. [Relativamente ai primi], sembra *ictu oculi* evidente come l'assenza del piano legislativo primario metta, per così dire, direttamente a contatto il livello costituzionale con quello regolamentare. Il sindacato della Corte su questi atti non potrebbe dunque seguire la strada obliqua del riferimento al diritto vivente regolamentare, e tanto meno quella del ricorso alla pur discutibile teoria del rinvio materiale, residuando soltanto la possibilità di un controllo diffuso dei giudici comuni, ordinari e amministrativi, controllo destinato a svolgersi alla luce del solo parametro costituzionale. [...] L'unica strada percorribile per consentire l'accesso di questo tipo di regolamenti la giudizio della Consulta potrebbe essere, *rebus sic stantibus*, il ricorso ad una nozione speciale di atto avente forza di legge, nozione elaborata, cioè, in funzione del giudizio di costituzionalità. [...] Più complessi – oltre che più rilevanti sul piano pratico, date le dimensioni assunte dal fenomeno – sembrano essere i problemi derivanti dalla c.d. delegificazione. Innanzi tutto, il fenomeno in parola solleva, per quanto qui interessa, questioni che riguardano tanto il controllo sulla legge di delega quanto il controllo sul regolamento delegato. Da questo punto di vista, conformemente al dettato costituzionale e ad alla giurisprudenza della Corte sin qui richiamata, si dovrebbe riconoscere la competenza della Consulta ad esercitare il sindacato sulla prima e ad escluderla, invece, sul secondo. La posizione su cui, in linea di principio, sembra assestarsi il giudice delle leggi si iscrive pienamente in questa logica [...]. La giurisprudenza, pur muovendosi all'interno di queste coordinate, non ha tuttavia mancato di mostrare qualche incertezza, suscitando, da un lato, perplessità sulla reale efficacia del sindacato esperito sulla legge che autorizza la delegificazione, e sembrando, dall'altro, lasciare aperto lo spazio per una rimeditazione sui limiti dell'intervento della Corte in ordine a questa particolare tipologia di atti secondari. I due profili indicati presentano, peraltro, inevitabili punti di contatto, in ragione dell'inscindibile rapporto che intercorre tra la fonte delegante e la fonte delegata».

¹⁹ Come è noto, l'art. 27.2 della LOTC indica quali sono le norme che costituiscono oggetto del giudizio di costituzionalità ed, in particolare, esse sono: gli Statuti di Autonomia, le leggi organiche, le leggi ordinarie, i decreti-legge, i decreti legislativi, i trattati internazionali, i regolamenti delle Camere e delle Corti Generali, norme equivalenti alle precedenti categorie che provengono dalle Comunità Autonome (leggi, decreti legislativi e re-

nale spagnola sembra offrire delle soluzioni ad alcuni dei limiti propri della

golamenti delle relative Assemblee Legislative). Nonostante il dettagliato elenco dell'art. 27.2 della LOTC, il controllo di alcuni atti è nella pratica difficile da realizzare. Una prima difficoltà di controllo emerge nei confronti dei decreti-legge. «Ello porque el art. 86.2 de la CE exige que, en el plazo de treinta días desde su promulgación, los decretos-leyes se convaliden, se deroguen o se tramiten como proyectos de ley. En estos dos últimos casos, formalmente el decreto-ley desaparece como tal, siendo difícil que previamente pueda controlarse su constitucionalidad; no obstante, el Tribunal Constitucional ha entendido que *el velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse* (STC 111/1983, caso RUMASA I). En consecuencia, se aceptò la posibilidad del control de un decreto-ley ya inexistente; otra cosa es la repercusión que esa inexistencia tiene a la hora de enjuiciar los distintos vicios e inconstitucionalidad que se denuncien. Anche relativamente ai decreti legislativi, anche esistono problemi di controllo della loro costituzionalità. Dichos problemas surgen como consecuencia de la construcción doctrinal, aceptada por al jurisprudencia, según la cual cuando un decreto legislativo incurre en *ultra vires* o exceso de delegación pierde su rango legal, degradándose a nivel reglamentario. Desde la perspectiva de su control, esta construcción, acogida por los arts. 85.6 de la CE y 27.2.b de la LOTC, supone la posibilidad de fiscalización por los órganos del Poder Judicial. No obstante, y tal como último precepto citado deja puesto de manifiesto, no resulta entonces claro cuándo existe control de constitucionalidad encomendado al Tribunal Constitucional, y cuándo el control del exceso en la delegación, correspondiente a los tribunales ordinarios. El Tribunal Constitucional, por una parte, ha confirmado la posibilidad de que los tribunales ordinarios controlen los excesos de delegación; a la vez, por otra parte, siempre que se ha cuestionado la regularidad de un decreto legislativo ante el Tribunal Constitucional, éste ha entrado a conocer del asunto. Por ello, existe una zona de concurrencia en la que tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales pueden actuar (STC 166/07, caso *Ley de propiedad intelectual*). Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha rechazado expresamente que posea competencia para controlar normas de Derechos Comunitario Europeo (STC 64/91, caso APESCO). Aunque sean normas directamente aplicables en España, que desplazan, incluso, a la ley interna, su parámetro de control está en el propio Derecho Comunitario, y es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que, en última instancia, debe efectuar ese control. No obstante, el Tribunal Constitucional, en la DTC 1/2004 – caso *Constitución Europea* –, se ha reservado la posibilidad de controlar de manera muy excepcional la constitucionalidad del Derecho Comunitario sólo en el caso de que normas de éste pudieran contravenir elementos básicos del sistema constitucional español. Sul punto cfr. P. Pérez Tremes, *El Tribunal Constitucional. Procedimientos*, pp. 258-259.

giustizia costituzionale italiana grazie alle scelte compiute dal costituente e dal legislatore spagnolo. In particolare, si ha il riconoscimento alla giurisdizione costituzionale del contenzioso elettorale – dopo aver esperito la via giurisdizionale amministrativa - attraverso la legge organica 5/1985, la quale prevede il c.d. *amparo electoral* contro la proclamazione dei candidati alle elezioni e contro la proclamazione degli eletti.²⁰ Anche in Italia, pertanto, sarebbe auspicabile il riconoscimento di una competenza in materia elettorale nonché in materia delle immunità parlamentari – più che direttamente al giudice costituzionale poiché ciò comporterebbe un ampliamento delle vie di accesso allo stesso – al giudice comune, il quale può sempre decidere se investire il giudice costituzionale della questione di costituzionalità della legge da applicare. Inoltre, l'esclusione dei regolamenti – pur in conseguenza della loro maggiore frequenza ad incidere su situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente rilevanti – dal controllo di costituzionalità incidentale è risolta dalla possibilità che hanno i cittadini spagnoli di ricorrere direttamente al giudice costituzionale contro tali atti (il c.d. *amparo*). Infine, l'oggetto del controllo di costituzionalità spagnolo – a differenza di quello italiano – ricade anche sui trattati internazionali ed i regolamenti parlamentari (statali e regionali), secondo quanto previsto dall'art. 27 della sua legge organica.

²⁰ *Ibidem*, p. 278. «Recursos de amparo electorales (arts. 49. 3 y 4, y 114 LOREG). Estos recursos están previstos contra las resoluciones de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidatas, y de candidatos electos, respectivamente. Pueden plantearse una vez agotada la correspondiente vía judicial previa: los llamados recurso contencioso-electoral. La particularidad de estos recursos de amparo es la brevedad de los plazos legalmente previstos para su interposición (dos días en el de proclamación de candidatos y tres días en el primer caso y quince en el segundo). La tramitación de estos recursos de amparo electorales se encuentra regulada por un Acuerdo del Tribunal Constitucional de

Altro fattore che incide – come abbiamo visto - sull'efficacia del controllo di costituzionalità – è la presenza di vie di accesso più rapide e agevolate. Relativamente a questo punto, il nostro sistema giurisdizionale – a differenza di quello spagnolo – è sostanzialmente privo di un accesso diretto del singolo alla giustizia costituzionale, facendo perno sui i giudici comuni per la garanzia delle situazioni soggettive e dei diritti costituzionali. A tal proposito la dottrina italiana, durante questi cinquant'anni di vita della nostra giustizia costituzionale, ha discusso sulle opportunità di allargare l'accesso alla Corte costituzionale, oscillando tra l'introduzione di un ricorso diretto del cittadino per la tutela dei propri diritti fondamentali (ricorso individuale) e l'introduzione di un ricorso tendente a rendere più efficace il controllo di legittimità delle leggi (azione popolare, ricorso di un Procuratore della Costituzione, delle minoranze parlamentari ecc.).²¹

20 de enero de 2000».

²¹ Sui rischi di queste forme tendenti a rendere più efficace il controllo di legittimità delle leggi v. P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in (a cura di R. Romboli) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., pp. 775 ss. In particolare, «l'ipotesi di un'azione popolare, esercitata da qualsiasi cittadino porrebbe, forse in maniera aggravata, il reale rischio di una sostanziale paralisi dell'attività della Corte a seguito del presumibile altissimo numero dei ricorsi, ripetendo i difetti già evidenziati per il ricorso individuale. Anche con riguardo al ricorso promosso da parte di un determinato numero di cittadini elettori potrebbero nutrirsi seri dubbi, sembrando poco consoni alla proposizione di una questione di costituzionalità l'iniziativa popolare effettuata attraverso una raccolta di firme, la quale finirebbe per avere inevitabilmente un significato quasi esclusivamente politico, anziché tecnico-giuridico e per somigliare assai, *mutatis mutandis*, alla raccolta di firme per la richiesta di referendum per abrogare una legge. La fissazione poi di un numero troppo basso di firme, oltre alla scarsa rappresentatività, rischierebbe di trasformarsi in una azione popolare, mentre lo stabilire un alto numero di sottoscrizioni verrebbe ad assegnare lo strumento solo a gruppi organizzati o ai partiti politici. Una soluzione, già avanzata alla Costituente, sulla quale riflettere potrebbe essere quella del ricorso

È indubbio che la giustizia costituzionale spagnola si presenta più completa ed effettiva dal punto di vista della tutela del singolo grazie alla previsione di un ricorso individuale. Tuttavia, l'analisi dell'esperienza dell'amparo spagnolo – che abbiamo esaminato in dettaglio nel precedente capitolo – non è esente dalla presenza di aspetti problematici, come ad es. l'elevato numero dei ricorsi presentati e conseguentemente l'aumento della quantità di lavoro del giudice costituzionale e le ricadute sul tempestivo adempimento delle sue funzioni, precisando inoltre che solo una minima parte dei ricorsi presentati vengono realmente esaminati nel merito. Il legislatore spagnolo è, pertanto, intervenuto con una serie di modifiche legislative, mutando in modo sostanziale la natura stessa dell'istituto di amparo, da soggettiva ad oggettiva. Infatti, lo spirito dell'ultima riforma organica (*LO 6/2007*) è quello di porre l'attenzione del Tribunale costituzionale esclusivamente su quei ricorsi di amparo che abbiano innegabile interesse costituzionale, sacrificando la protezione dell'interesse soggettivo della parte lesa a favore della difesa obiettiva della Costituzione. L'ammissione del ricorso di amparo non è un diritto del soggetto leso, ma il risultato dell'esistenza di un problema costituzionale di rilievo. L'amparo diviene così obiettivo. Da qui l'osservazione che «il nostro sistema di accesso attraverso la via incidentale e le esperienze che conoscono il ricorso diretto individuale, pur partendo da

da parte della minoranza parlamentare. Contro questa ipotesi le obiezioni avanzate si sono fondate principalmente su tre ordini di ragioni: il timore di un uso ostruzionistico del ricorso allo scopo di bloccare l'attività normativa delle camere; il pericolo di un alto numero di ricorsi, tale da influire negativamente sul funzionamento della Corte; l'aumento del tasso di politicità che tale istituto comporterebbe per il giudizio costituzionale. [...] L'obiezione certamente più seria, e per molti aspetti fondata e condivisibile, è quella relativa ai rischi, insiti nello strumento in esame, di una eccessiva politicizzazione o esposizione politica della Corte, tanto che si è affermato che con il ricorso delle minoranze parlamentari si vie-

presupposti diversi giungono poi, quanto a tutela reale dei diritti fondamentali del cittadino, ad un modo di operare assai simile. Nel giudizio incidentale infatti il controllo della nostra Corte, pur avendo ad oggetto la conformità di una legge alla Costituzione, si è poi realizzato sempre più guardando alla concretezza del caso da decidere e quindi alle conseguenze pratiche dell'applicazione della legge impugnata. Al contrario il ricorso diretto si è venuto a realizzare come mezzo in grado di garantire solo un'occasionale e sovente intempestiva tutela al ricorrente, accordata oltre tutto non tanto in una prospettiva di tutela soggettiva, quale la gravità della lesione subita, ma prevalentemente in un'ottica di tutela oggettiva quale la maggiore o minore idoneità del caso a costituire 'veicolo' per la risoluzione di questioni di interesse generale». ²² Questa osservazione, tuttavia, non tiene conto dell'intera struttura della giustizia costituzionale spagnola, la quale è, infatti, caratterizzata dalla possibilità che ha il singolo di ricorrere in amparo contro la decisione del giudice di non sollevare la questione di incostituzionalità, qualora il giudice non la giustifichi (STC 35/2002) o la giustifichi in modo arbitrario o manifestamente irragionevole (STC 58/2004). Ciò perché l'esigenza di motivare le sentenze ha valore costituzionale (art. 120 CE) e, conseguentemente, la decisione di non sollevare una questione di incostituzionalità deve essere motivata in modo sufficiente ed adeguato.

In sintesi, sarebbe opportuno eliminare quelle situazioni in cui diviene più difficile sottoporre una certa legge all'esame del giudice costituzionale nonché rendere le vie di accesso al giudice costituzionale più rapide ed agevoli. La giustizia costituzionale spagnola sembra offrire maggiori tutele in

ne ad aprire non una finestra, ma una porta alla politicizzazione della Corte».

²² *Ibidem*, pp. 770-771.

tal senso – rispetto alla nostra giustizia costituzionale – e conseguentemente un controllo di costituzionalità più efficace.

3. Verso un' integrazione tra sistemi giurisdizionali (sistema integrato di giustizia)

La giustizia costituzionale europea, come già detto, è stata, poi, “sconvolta” dall’irrompere sulla scena – in particolare negli ultimi due decenni – della dimensione comunitaria del diritto e dei diritti fondamentali, grazie ad un attivismo giurisprudenziale della Corte di giustizia sviluppatosi dal meccanismo della c.d. questione pregiudiziale (art. 234 del Trattato), che si fonda sul dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia. Dialogo che si può articolare, a seconda della natura del giudice nazionale, tra Corte di giustizia e giudice costituzionale o tra Corte di giustizia e giudice comune. Pertanto, inizialmente mi soffermerò sulla posizione del giudice costituzionale rispetto al meccanismo del rinvio pregiudiziale (ed, in particolare, sul rapporto Corte costituzionale italiana/Corte di giustizia e sul rapporto Tribunale costituzionale spagnolo/Corte di giustizia) e poi sull’importanza del giudice all’interno dello stesso.

3.1. Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia.

Prima di analizzare la posizione della Corte costituzionale italiana rispetto al meccanismo del rinvio pregiudiziale²³, sembra opportuno un rife-

²³ Sul tema v. S. M. Carbone, Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè Editore, 2008, pp. 129-142; P. Caretti, Corte e rinvio pregiudiziale, *ivi*, pp. 143-151; M. Cartaria, La Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia: argomenti per un dialogo diretto, *ivi*, pp. 153-174; F. Sorrentino, La Corte e le questioni pregiudiziali, *ivi*, pp. 467-478; M. Cartaria, La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea

rimento al problema dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno italiano. Come è noto travagliate sono state le vicende che nell'ordinamento italiano hanno condotto all'individuazione degli organi dotati del potere di risolvere i contrasti tra diritto interno e diritto comunitario in modo da affermare la primazia di quest'ultimo.

In particolare, il problema nasceva dal fatto che l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione dei trattati istitutivi erano avvenuti con legge ordinaria. Infatti, ciò implicava non solo riconoscere alle norme dei Trattati istitutivi e alle norme comunitarie derivate (dotate di effetti diretti) rango di legge ordinaria ma anche – in caso di contrasto tra norma interna e norma comunitaria – applicare il principio della successione della legge nel tempo (*lex posterior derogat priori*)²⁴. Posizione sostenuta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 14 del 1964 relativa al caso Costa/Enel²⁵ e permeata da una concezione dualistica dei rapporti fra l'ordinamento interno e quello comunitario²⁶. La Corte di Giustizia²⁷, al contrario, ribadiva la primazia del diritto comunitario su quello nazionale anche di natura costituzionale e una

a, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* (a cura di N. Zanon), Edizioni scientifiche Italiane, 2006, pp. 99-128; T.E. Frosini, *Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee*, in *Corti nazionali e Corti europee* (a cura di G. F. Ferrari), Edizioni scientifiche Italiane, 2006, pp. 365-380.

²⁴ In altri termini, la norma più recente, nazionale o comunitaria, abrogava quella precedente, prevalendo così la prima. Trattandosi di abrogazione, la competenza a risolvere l'antinomia spettava al giudice comune.

²⁵ 1 marzo 1964, in *Foro it.*, 1964, I, 465.

²⁶ La concezione dualistica – che informa i rapporti tra ordinamento interno e ordinamenti giudici esterni, internazionale o altri, e che si basa sul principio del monopolio statale del diritto – postula «che qualsiasi norma o imperativo giuridico non possa valere nel nostro ordinamento che a seguito di un richiamo, o “recezione” da parte del legislatore statale». Cfr. sul punto G. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2005, p. 372.

²⁷ 15 luglio 1964, causa 6/64, in *Raccolta*, 1129.

concezione monista e unitaria dei rapporti fra i due ordinamenti²⁸.

Successivamente la Corte costituzionale si adegua parzialmente alla posizione della Corte di Giustizia ed accoglie nella sentenza n. 183 del 1973²⁹ il principio del primato delle norme comunitarie nell'ordinamento italiano – in virtù di un'interpretazione forzata dell'art. 11 Cost.³⁰ Principio, tuttavia, temperato da un intervento sempre necessario del giudice costituzionale in quanto l'incompatibilità delle norme interne successive col diritto comunitario per violazione indiretta dell'art. 11 Cost. avrebbe dato luogo a una questione di legittimità costituzionale³¹. Ancora una volta, però, la Corte di giu-

²⁸ La concezione monista ritiene, al contrario di quella dualistica, che il diritto comunitario si integra negli ordinamenti nazionali e prevale in virtù di *forza propria* e non in conseguenza dei meccanismi di adattamento propri di ciascun ordinamento statale. Cfr. sul punto G. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea*, p. 374.

²⁹ Sentenza 27 dicembre 1973, n. 183 (Frontini), in *Foro it.*, I, 314.

³⁰ La Corte costituzionale italiana ha ritenuto che l'art. 11 Cost. «costituisse “sicuro fondamento” delle limitazioni di sovranità e del trasferimento parziale agli organi comunitari dell'esercizio della funzione legislativa. Di conseguenza deve ritenersi viziato da illegittimità costituzionale, per indiretto contrasto con l'art. 11 Cost., ogni atto normativo statale a carattere riproduttivo o integrativo di regolamenti comunitari che possa sostituirsi ad essi, derogandovi o abrogandoli. La giustificazione teorica è data dal nuovo approccio elaborato dalla Corte costituzionale, secondo cui il diritto della Comunità e il diritto interno degli Stati membri “possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato... Esigenze fondamentali di uguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie – non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati – debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri senza necessità di leggi di recezione e adattamento” in modo da ricevere uniforme applicazione. La Corte introduce tuttavia una riserva, che sarà poi sempre mantenuta anche nella giurisprudenza successiva: le limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. non “possono comunque comportare per gli organi della Cee un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana». *Ibidem*, pp. 374-375.

³¹ Al contrario, i conflitti tra le norme interne previgenti e il diritto comunitario sopravve-

stizia assume una posizione contraria a quella della Corte costituzionale nella sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978³², ritenendo che l'esigenza di immediata e uniforme applicazione del diritto comunitario imponga di non attendere l'intervento del giudice costituzionale e al giudice nazionale di disapplicare la norma interna in contrasto con quella comunitaria. Spetta, pertanto, ai giudici nazionali il potere di risolvere i contrasti tra diritto interno e diritto comunitario direttamente applicabile, disapplicando le norme nazionali in conflitto con quest'ultimo.

La Corte costituzionale si adegua nuovamente alle posizioni della Corte di giustizia nella sentenza *Granital*³³ e riconosce al giudice nazionale il dovere di disapplicare la norma interna in contrasto con quella comunitaria direttamente efficace, riservandosi però la competenza a giudicare l'ipotesi di conflitto con i principi e i diritti fondamentali della Costituzione³⁴ – tramite il giudizio di costituzionalità – e fondandosi sempre su una concezione dualistica degli ordinamenti.

Questo è il rapporto che si è delineato fino ad oggi tra diritto comunitario e diritto interno ed il contesto in cui si inserisce il tema che andremo ad affrontare e che – come già ricordato – riguarda la posizione della Corte costituzionale italiana nei confronti dell'istituto pregiudiziale. Posizione che –

nuto sarebbero stati risolti dal giudice comune, disapplicando le norme nazionali, alla stregua di una comune forma abrogativa. La Corte costituzionale elaborò questa singolare posizione bipartita in particolare nella sentenza 30 ottobre 1975, n. 232 (ICIC), in *Foro it.*, 1975, I, 2661. Così M. Cartabia e J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, Mulino, p. 183.

³² Sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, in *Raccolta*, 629.

³³ Sentenza 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1974, I, 2062.

³⁴ La teoria dei controlimiti prevede appunto che i principi fondamentali costituzionali costituiscono *controlimiti* alle limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 Cost. e, quindi, pongono un freno al primato del diritto comunitario.

come vedremo – varia in relazione al ruolo che la Corte costituzionale è chiamata a svolgere, ovvero bisogna distinguere se sia chiamata a pronunciarsi su una questione incidentale di legittimità costituzionale o se sia chiamata a risolvere un conflitto di attribuzioni tra Stato e regioni o un giudizio principale di legittimità costituzionale.

Relativamente al primo caso, la decisione che meglio chiarisce la posizione della Corte costituzionale rispetto alla propria legittimazione al rinvio pregiudiziale è l'ordinanza n. 536 del 1995³⁵. In particolare, investito di una questione incidentale di legittimità e posto nel caso specie dinanzi ad una questione di interpretazione – ma che può essere ricordato anche di validità – della norma comunitaria, il giudice costituzionale decideva di rimettere gli atti al giudice *a quo* invitando proprio quest'ultimo a rivolgersi alla Corte di Giustizia e negando così la possibilità di adire direttamente il giudice comunitario. Conclusione a cui era giunta la Corte costituzionale in virtù della considerazione che in essa non è ravvisabile la nozione di giurisdizione nazionale di cui all'ex art. 234 CE poiché non può rientrare «fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali» nonché «esercita essenzialmente una funzione di controllo giurisdizionale, di suprema garanzia dell'osservanza della Costituzione della Repub-

³⁵ Ordinanza 15 dicembre 1995, n. 536, in *Giur. Cost.*, 1995, I, 4459. È da rilevare, però, che la Corte costituzionale era intervenuta sul tema già in due precedenti decisioni in modo contrastante. In particolare, la prima nel 1976 escludeva la possibilità della Corte costituzionale di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia (ord. 28 luglio 1976, n. 206, in *Giur. Cost.*, 1976, p. 1299 ss), mentre la seconda nel 1991 affermava incidentalmente la legittimazione della Corte costituzionale – benché solo facoltativa – al rinvio (Sentenza 18 aprile 1991, n. 168, in *Foro it.*, 1992, I, 660).

blica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli della Regione».

La dottrina ha criticato, però, sotto diversi aspetti questa ordinanza³⁶. Ad esempio non sembra convincere che il carattere di “giurisdizione nazionale” di cui all'ex art. 234 CE non è ravvisabile nella Corte costituzionale per un duplice motivo: «non solo – e non tanto – perché la Corte si auto-riconosce da sempre, quale “autorità giurisdizionale” ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la legittimazione a sollevare incidenti di legittimità costituzionale dinanzi a se medesima», «quanto per il fatto che intorno a tale presupposto statico di ricevibilità del rinvio la Corte di giustizia non si è – opportunamente – mostrata affatto rigorosa, contemplando – anzi – molteplici indici di “giurisdizionalità” (non sempre dotati di efficacia necessariamente condizionante) indubbiamente presenti anche con riferimento alle competenze della nostra Corte costituzionale, inclusa pure, fra di esse, quella “incidentale”»³⁷. Inoltre, è stata contestata l'affermazione della Corte costituzionale che – sempre ai fini di negare la propria legittimazione al rinvio comunitario – riserva alla Corte di giustizia in via esclusiva l'interpretazione della normativa comunitaria³⁸ in quanto l'istituto pregiudi-

³⁶ Fra tanti v. G. Raiti, *Corte costituzionale e rinvio pregiudiziale*, in *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè Editore, 2003, pp. 127-172.

³⁷ *Ibidem*, pp. 148 e 149.

³⁸ L'ordinanza recita così: «[...] ferma per un verso la possibilità del controllo di costituzionalità per violazione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona (cfr. da ultima sent. n. 509 del 1995) non compete per altro verso a questa Corte fornire l'interpretazione della normativa comunitaria che non risulti di per sé di “chiara evidenza” (sentenza n. 168 del 1991), né tanto meno le spetta risolvere i contrasti interpretativi insorti (come nella fattispecie) in ordine a tale normativa, essendone demandata alla Corte di giustizia delle Comunità europee la interpretazione con forza vincolante per tutti gli Stati

ziale si fonda, al contrario, sulla cooperazione tra giudice nazionale e giudice comunitario, la quale esclude una riserva di competenza interpretativa alla Corte di giustizia e riconosce ad ogni “giurisdizione nazionale” di rinvio un’autonoma competenza interpretativa del diritto comunitario³⁹. L’ordinanza in questione poi non è priva di ricadute sul piano pratico. Infatti, la delega al giudice a quo del compito del rinvio comunitario strumentale alla soluzione della questione di legittimità nonché l’assenza di un adeguato meccanismo sanzionatorio predisposto per fronteggiare il mancato rinvio comunitario da parte del giudice a quo potrebbe sottrarre definitivamente alla cognizione della Corte costituzionale una questione di legittimità che secondo il suo giudizio non era né manifestamente infondata, né inammissibile.

Al di là delle critiche della dottrina, l’assetto complessivo delineato dall’ordinanza 536/95 risulta però smentito proprio dai fatti concreti, ovvero «dall’inottemperanza dei giudici interni all’invito di preventiva adizione della corte comunitaria in caso di questioni costituzionali “comunitariamente caratterizzate”» e «dall’abituale esercizio, da parte della stessa Corte costituzionale, di proprie autonome prerogative di interpretazione del diritto comunitario»⁴⁰.

Un tema cruciale, che risulta sacrificato da questa ordinanza proprio per il rifiuto del giudice costituzionale di attivare immediatamente il rinvio co-

membri».

³⁹ In questo senso v. *Ibidem*, pp. 151 e 152. «La stessa Corte costituzionale, del resto, (lo evidenziano numerosi, anche recenti, casi) interpreta abitualmente norme e sentenze comunitarie nell’esercizio di tutte le sue funzioni, inclusa la verifica incidentale di legittimità [...], andando, talvolta, pure ben oltre l’anodino canone della “manifesta chiarezza” invocato nell’ordinanza in commento quale unica possibilità di deroga alla “riserva”».

⁴⁰ *Ibidem*, p. 158.

munitario nell'ambito di una questione incidentale di legittimità, è quello dell'importanza di un dialogo diretto fra i maggiori interpreti dei rispettivi ordinamenti (nazionale e comunitario).

Relativamente al caso in cui la Corte costituzionale, invece, sia chiamata a risolvere un conflitto di attribuzioni tra Stato e regioni o un giudizio principale di legittimità costituzionale, essa non si è preclusa la facoltà di sollevare personalmente il rinvio pregiudiziale⁴¹. Questa posizione della Corte costituzionale risulta confermata dall'ordinanza n. 103 del 13 febbraio del 2008⁴², con cui il giudice costituzionale ha ritenuto necessario effettuare un rinvio pregiudiziale di interpretazione per poter emanare la sentenza relativa al ricorso in via principale promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri contro una norma legislativa della Regione Sardegna⁴³ per violazione del primo comma dell'art. 117 Cost.. In altri termini, la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare il rispetto “dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario” da parte del legislatore sardo – che ha adottato la legge oggetto di contestazione. Ciò implica il riferimento a norme di diritto comunitario come parametro interposto del giudizio di legittimità costituzionale nonché l'eventuale necessità di ricorrere alla Corte di giustizia per ottenere una corretta interpretazione delle norme comunitarie – così co-

⁴¹ Sentenza 18 aprile 1991, n. 168, in *Foro it.*, 1992, I, 660.

⁴² Sul tema v. L. Pesole, La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008, in www.federalismi.it; I. Spigno, La Corte costituzionale e la vexata questio del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in *Rivista telematica Osservatorio sulle fonti*; S. Bartole, Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; T. Giovannetti, L'ultimo passo del “cammino comunitario” conduce la Corte a Lussemburgo, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.

⁴³ In particolare, tale legge riguardava l'assoggettamento a tassazione delle imprese eser-

me avvenuto nel caso specie.

Per legittimare la propria decisione di sollevare davanti alla Corte di giustizia questione pregiudiziale sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte costituzionale fa le seguenti considerazioni. Innanzitutto, afferma che, «pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'ex art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni – per il disposto dell'art. 137, terzo comma, Cost. – non è ammessa alcuna impugnazione)». Si tratta, come è evidente, di una considerazione di ordine generale – dato che la Corte costituzionale è sempre giudice di unica istanza – che però va riferita al caso concreto, ovvero al ricorso in via principale. Infatti, la Corte costituzionale non si dimentica di precisare successivamente che nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale – a differenza di quelli promossi in via incidentale – essa è l'unico organo chiamato a pronunciarsi sulla controversia e, pertanto, se «nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'ex art. 234 del Trattato CE, risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia». In altri termini, i giudizi di legittimità promossi in via incidentale implicano un antecedente o un seguito dinanzi ad un giudice ordinario o speciale in cui è possibile attivare il rinvio comunitario, mentre i giudizi di legittimità promossi in via principale non prevedono altre occasioni di promozione del rinvio pregiudiziale e, pertanto, il giudice costituzionale non può sottrarsi a tale compito altrimenti

verrebbe leso l'interesse generale all'uniforme applicazione del diritto comunitario⁴⁴.

È di rilievo il fatto che il giudice costituzionale parli di un generale interesse a questa interpretazione uniforme in quanto mostra di essere mosso da preoccupazioni di ordine comunitario e di sentirsi parte dell'ordinamento comunitario poiché si dichiara disposto a seguire l'interpretazione del diritto comunitario che renderà la Corte di giustizia.

In passato – come abbiamo visto – la Corte ha considerato l'ordinamento comunitario e quello nazionale in termini autonomi e distinti

⁴⁴ S. Bartole, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, cit., pp. 5-6 aggiunge «qualche rilievo riconducibile all'oggetto del giudizio da cui trae origine la questione pregiudiziale sollevata dalla nostra Corte, che è [...] giudizio in via principale promosso dallo Stato contro la Regione Sardegna. Che il giudice delle leggi si sia deciso ad investire la Corte di Giustizia di un suo rinvio, è probabilmente frutto di una valutazione che riguarda non solo l'interesse generale all'uniformità dell'interpretazione del diritto comunitario e la peculiarità del giudizio di legittimità costituzionale in via principale, ma anche la materia dei rapporti fra Stato e Regioni. Per quanto questa metta in giuoco la stessa quota di sovranità interna esercitabile in base alla Costituzione dallo Stato (artt. 1 e 117 Cost.), la Corte è forse meno preoccupata dei vincoli che possono derivare al suo giudizio dalla pronuncia interpretativa dei giudici del Lussemburgo di quanto non tema questi vincoli in altre materie per le quali preferisce lasciare agli altri giudici il compito (e il rischio?) di investire la Corte di Giustizia di un giudizio che può avere effetti incisivi sul nostro ordinamento costituzionale. In materia regionale la Corte ha già in più di un'occasione accettato interferenze comunitarie quanto al riparto delle competenze fra Stato e Regioni (sentt. nn. 142/1972, 389/1987, 126/1996, 93/1997, 336/2005) e, quindi, probabilmente assegna a questo una più ridotta rilevanza di quella che è disposta a riconoscere ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana (sent. nn. 183/1973 e 170/1984). Il che non significa che in materia regionale la Corte non sia pronta ad intervenire a salvaguardia dei c.d. controlimiti, ma implica semplicemente che essa forse preferisce non trovarsi esposta nelle altre materie all'impatto diretto da una pronuncia interpretativa della Corte di Giustizia. L'intermediazione di altro giudice, un possibile giudice a quo può rendere meno drammatica la prospettiva di un eventuale conflitto».

(benché coordinati), mentre oggi per la prima volta fa riferimento ad un'integrazione di ordinamenti quando afferma – nell'ordinanza – che, con la ratifica dei Trattati comunitari, «l'Italia è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, cioè di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno». A tal proposito, viene naturale domandarsi se «ragionando di integrazione la Corte si allontana dalla dottrina della reciproca autonomia e separatezza dei due ordinamenti, ovvero usa questa nuova terminologia solo per dare enfasi al coordinamento dei due ordinamenti ed alle conseguenti ricadute sul suo ruolo e le attribuzioni rispettive dei relativi organi, anche nelle reciproche relazioni?»⁴⁵. Sebbene sembra difficile pensare ad una radicale inversione di giurisprudenza, non è assurdo immaginare che il riferimento ad un'integrazione di ordinamenti possa costituire «un segno di possibili futuri sviluppi»⁴⁶.

3.2. Tribunale Costituzionale spagnolo e Corte di giustizia.

Al momento dell'entrata della Spagna nell'ordinamento comunitario, il principio della supremazia del diritto comunitario su quello nazionale⁴⁷ era ben affermato all'interno degli Stati membri. Le più alte giurisdizioni nazionali erano anche ben consapevoli che l'affermazione di questo principio implicava – in caso di contrasto tra norma interna e norma comunitaria – la disapplicazione da parte del giudice nazionale della legge interna in favore della norma comunitaria.

La questione di quale fosse il giudice competente a svolgere tale disapplicazione venne – come abbiamo visto – risolta dalla Corte di giustizia solo

⁴⁵ In tal senso v. *Ibidem*, p. 4. Sul tema v. anche lo stesso autore, *Separazione o integrazione di ordinamenti?*, in *Diritto comunitario e Diritto interno*, pp. 121-128.

⁴⁶ *Ibidem*.

successivamente con il caso *Simmenthal*⁴⁸. In particolare, l'esigenza di immediata e uniforme applicazione del diritto comunitario avente effetti diretti imponeva a qualsiasi giudice nazionale l'obbligo di garantire la piena efficacia delle norme comunitarie disapplicando, all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale anche posteriore senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (ovvero la dichiarazione di incostituzionalità).

All'indomani dell'entrata della Spagna nell'ordinamento comunitario, la Corte di giustizia ritenne opportuno reiterare – benché già affermata – la sua *dottrina Simmenthal* nella prima occasione che si creò all'interno di una questione pregiudiziale promossa da un giudice spagnolo⁴⁹.

La Sala del Contenzioso-Amministrativo del Tribunale Supremo (TS), tuttavia, rimase indifferente alle parole pronunciate dalla Corte di giustizia e si dichiarò incompetente ad affermare l'incompatibilità di leggi posteriori con il diritto comunitario a vantaggio del Tribunale Costituzionale (TC)⁵⁰.

Posizione non condivisa dal TC⁵¹, che – nella STC n. 28/1991 del 14

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia *Flaminio Costa*, 15 luglio 1964, 6/64.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia, 9 marzo del 1978, 106/77.

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia *Ford Spagna*, 11 giugno 1989, 170/88.

⁵⁰ In una serie di sentenze emanate in una stessa settimana (23, 26, 28, 29 e 30 novembre del 1990), tutte in relazione alla compatibilità della Legge 30/1985 – che regola l'Impuesto sobre el Valor Añadido – con la Sesta Direttiva sull'armonizzazione dell'IVA.

⁵¹ Sul tema del ruolo del Tribunale costituzionale in ambito comunitario v. C. Vidal Prado, *El impacto del nuevo derecho europeo en los Tribunales constitucionales*, Editorial Colex, 2004; M. Azpitarte Sánchez, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, 2004; J. Roldán Barbero, E. Díez Peralta, *Tribunal Constitucional español y derecho comunitario (2003-2005)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 23, gennaio/aprile (2006), pp. 87-133; R. Alonso García, *Justicia constitucio-*

febbraio – rigettò il ricorso di incostituzionalità interposto dal Parlamento Basco contro determinate disposizioni della Legge Organica sul Regime Elettorale Generale – relative all'elezione dei rappresentanti spagnoli nel Parlamento Europeo e ritenute contrarie all'Atto Elettorale Europeo⁵². Contrasto che, secondo il Parlamento Basco, implicava simultaneamente un vizio di incostituzionalità per violazione degli artt. 93 e 96 della Costituzione spagnola (CE).

In particolare, il TC – nel motivare la sentenza – parte dal principio di supremazia del diritto comunitario su quello interno così come affermato dalla dottrina della Corte di giustizia. Dottrina che spiega i suoi effetti nell'ordinamento spagnolo a partire dal Trattato di Adesione – ratificato secondo l'art. 93 CE con Legge Organica 10/1985, del 10 agosto. Infatti, solo a partire da questo momento «il Regno di Spagna si trova vincolato al Diritto delle Comunità Europee, originario e derivato, il quale costituisce un ordinamento giuridico proprio, integrato nel sistema giuridico degli Stati membri e che si impone ai suoi organi giurisdizionali».

È sulla base del diritto spagnolo che, però, il TC chiarisce poi i termini in cui deve rendersi operativo il principio di supremazia del diritto comunitario, sottolineando come proprio la soluzione offerta dal diritto spagnolo si adegua pienamente a quella che deriva dal diritto comunitario alla luce della *dottrina Simmenthal*. In altri termini, secondo il TC, il diritto spagnolo offre risposta all'operatività del principio di supremazia.

nal y Unión Europea, Civitas, 2005; R. Alonso García, *El juez español y el derecho comunitario*, Tirant, 2003; J. M. Martínez Sierra, *La recepción del derecho comunitario*, Tirant, 2007.

⁵² Su questa sentenza v. in particolare J. M. Martínez Sierra, *La sentencia 28/1991 (Elecciones al Parlamento europeo)*, in *La recepción del derecho comunitario*, cit., pp. 71-133.

Infatti, il TC sostiene che il problema della “anti-comunitarietà” non implica un problema di incostituzionalità per violazione degli artt. 93 e 96 della Costituzione spagnola. In altri termini, il TC esclude una sua competenza al riguardo in quanto non ritiene che abbia rilevanza costituzionale il contrasto tra norma comunitaria e legge interna. Al contrario, ritiene che si tratti di una questione di legalità e che conseguentemente il giudice competente per la sua risoluzione sia quello ordinario.

Più specificamente, l’art. 93⁵³ CE è «una norma con un triplice contenuto: a) la celebrazione di un determinato tipo di trattati internazionali potrà autorizzarsi solo mediante legge organica; b) tramite questo tipo di trattati si attribuisce a un organizzazione o istituzione internazionale l’esercizio di competenze derivate dalla Costituzione; c) la garanzia di attuazione di questi trattati e delle risoluzioni emanate dagli organismi internazionali o sopranazionali titolari della cessione spetterà, secondo i casi, alle Corti Generali o al Governo». È una disposizione «di carattere procedurale, che si limita a regolare una determinata categoria di Trattati internazionali. Ciò determina che unicamente tali Trattati possano essere confrontati con l’art. 93 in un giudizio di costituzionalità».

Pertanto, affinché ci sia un conflitto che abbia rilevanza costituzionale in virtù della violazione dell’art. 93 CE, è necessario, da un lato, che le norme comunitarie oggetto di giudizio siano i Trattati costitutivi (e non il

⁵³ L’art. 93 CE recita così: «Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión». In particolare, il punto 4 della STC n. 28/1991 del 14 febbraio si occupa della questione.

diritto derivato), e, dall'altro lato, che il motivo del giudizio riguardi il mancato rispetto dell'organo e del procedimento richiesti per la loro celebrazione, che prevede l'autorizzazione per legge organica quando i trattati implicino cessione di competenze derivate dalla Costituzione.

Il TC esclude, anche, che possa considerarsi disatteso l'inciso finale dell'art. 93 nel caso di violazione del diritto comunitario da parte di norma interna successiva al Trattato di Adesione, perché «questa disposizione determina semplicemente gli organi statali ai quali, secondo il tipo di attività, si incarica la garanzia di esecuzione della legislazione comunitaria europea».

Anche per quanto riguarda l'art. 96.1 CE⁵⁴, il TC rifiuta l'idea che questa disposizione possa servire per convertire i Trattati comunitari o il diritto derivato in canone di costituzionalità. «Nessun trattato internazionale trae dall'art. 96.1 una valutazione che va oltre alla sua considerazione di norma che, dotata della forza giuridica passiva che la disposizione gli concede, forma parte dell'ordinamento interno; di modo che la violazione dei trattati da parte di leggi o di altre disposizioni normative posteriori non è questione che riguardi la costituzionalità di queste e che, pertanto, debba essere risolto dal TC (STC 49/1988, punto 14), ma, come puro problema di selezione del diritto applicabile al caso concreto, la sua risoluzione spetta agli organi giudiziali ordinari. In sintesi, l'eventuale infrazione della legislazione comunitaria europea da parte di leggi o norme statali o autonome posteriori non

⁵⁴ L'art. 96.1 CE recita così: 1. «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». In particolare, il punto 5 della STC n. 28/1991 del 14 febbraio si occupa della questione.

converte in litigio costituzionale ciò che solo è un conflitto tra norme infra-costituzionali che deve risolversi nell'ambito della giurisdizione ordinaria».

La considerazione che il diritto comunitario non possa costituire canone di costituzionalità in virtù degli artt. 93 e 96.1 viene subito dopo temperata dal TC nei termini seguenti: «Problema leggermente distinto si verifichebbe nel caso in cui il contrasto alluso servisse per fondare la pretesa di incostituzionalità di una legge per violazione di un diritto fondamentale, considerato che le norme costituzionali che riconoscono i diritti e le libertà devono interpretarsi in conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e i Trattati e gli accordi internazionali sulle stesse materie ratificate dalla Spagna (articolo 10.2 CE). Tuttavia, nemmeno in un caso di questa natura il trattato si convertirebbe in canone di costituzionalità della legge esaminata, continuando ad identificarsi quest'ultimo con la disposizione costituzionale che definisce il diritto o la libertà, benché interpretata, per ciò che riguarda i profili esatti del suo contenuto, in conformità con il trattato o accordo internazionale»⁵⁵.

Il TC riconosce, pertanto, che il diritto comunitario possa essere utilizzato per interpretare il testo costituzionale. Tuttavia solo quest'ultimo costituisce canone diretto di costituzionalità delle norme interne, mentre l'uso del diritto comunitario come canone ermeneutico sembra comunque circoscritto all'ambito dei diritti fondamentali in virtù dell'art. 10.2 CE.

Bisogna rilevare che il TC fa una lettura benevole dell'art. 10.2 CE perché nel momento in cui ha pronunciato la sentenza in questione – ovvero

⁵⁵ Sempre punto 5 della STC n. 28/1991 del 14 febbraio. Sul tema v. in particolare X. Arzon Santisteban, *La relevancia del derecho de la Unión europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 74, maggio/agosto (2005), pp. 63-110.

nel 1991 – non esisteva un catalogo comunitario di diritti fondamentali e, pertanto, questo ambito in principio risultava meno idoneo per poter utilizzare la possibile forza costituzionale del diritto comunitario per via interpretativa. In concreto, solo dieci anni dopo, il TC fece ricorso al diritto comunitario come canone ermeneutico nel terreno dei diritti fondamentali in virtù dell'art. 10.2 CE⁵⁶.

In conclusione, il contrasto tra diritto interno e diritto comunitario non è un problema di costituzionalità e, pertanto, chi deve determinare la norma applicabile al caso concreto non è il TC, ma i tribunali ordinari, considerato che si tratta di una questione di legalità. In altri termini, la soluzione offerta dal diritto spagnolo non fa altro che corroborare pienamente quella che deriva dal diritto comunitario alla luce della *dottrina Simmenthal*, secondo cui la supremazia del diritto comunitario esige che siano gli organi giudiziari ordinari ad assicurare direttamente l'effettività di tale diritto.

Il TC, coerentemente con la premessa che il diritto comunitario non costituisce canone diretto di costituzionalità e, quindi, non rientra nella sua missione specifica di garantire il rispetto della Costituzione, ha negato di rientrare nella nozione “organo giurisdizionale” di cui all'ex art. 234.

Nella stessa sentenza n. 28/1991 del 14 febbraio, il Parlamento Basco avanzò la pretesa che il TC ponesse questione pregiudiziale al TGCE circa l'interpretazione dell'art. 5 dell'Atto Elettorale Europeo ai fini di determinare la compatibilità con quest'ultimo dell'art. 211.2 d) della Legge Organica del Regime Elettorale (LOREG). Pretesa che fu rifiutata dal TC nei seguenti termini: «nessun rinvio di interpretazione sulla portata della norma comuni-

⁵⁶ La STC 41/2002, del 25 febbraio. In questo caso, il TC, affrontando un amparo per licenziamento ipoteticamente discriminatorio per ragione di sesso proscritto dall'art. 14 CE

taria citata è previsto che sia rivolto al Tribunale di Lussemburgo, dato che l'art. 177 (modificato in art. 234) del Trattato CEE unicamente risulta operativo nei processi in cui deve farsi applicazione del diritto comunitario e precisamente per garantire un'interpretazione uniforme dello stesso»⁵⁷.

A prima vista potrebbe sembrare che la conclusione⁵⁸ a cui giunge il TC è del tutto coerente. Tuttavia, anche se si afferma che il diritto comunitario non è canone diretto di costituzionalità e che, pertanto, non spetta al giudice costituzionale garantire la sua effettività, bisogna rilevare che da questo ragionamento non ne consegue necessariamente l'impossibilità di considerare il TC organo giurisdizionale ai fini dell'ex art. 234 TCE. Il TC avrebbe, infatti, potuto distinguere tra carenza di rango costituzionale e carenza di rilevanza costituzionale, utilizzando così il diritto comunitario come canone interpretativo della stessa Costituzione e non necessariamente come canone diretto di costituzionalità.

Possibilità espressamente ammessa – come abbiamo visto – nella STC 28/1991 del 14 febbraio. In quella occasione ricordiamo che il TC – dopo aver dichiarato che il diritto comunitario non costituisce canone di costituzionalità – temperava questa posizione, affermando che «problema leggermente distinto è se il contrasto eccepito (tra diritto comunitario e legislazione interna) servisse per fondare la pretesa di incostituzionalità di una legge per violazione a un diritto fondamentale, considerato che le norme costituzionali che riconoscono i diritti e le libertà devono interpretarsi in conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e i Trattati e gli accordi internazionali sulle stesse materie ratificate dalla Spagna (art. 10.2 CE)».

⁵⁷ V. punto 7 della STC n. 28/1991 del 14 febbraio.

⁵⁸ Reiterata nelle Sentenze del Tribunale Costituzionale nn. 372/1993, del 13 dicembre;

L'ambito dei diritti fondamentali non è, tuttavia, l'unico in cui il diritto comunitario può utilizzarsi come canone ermeneutico costituzionale. Tale possibilità può anche presentarsi nell'ambito della distribuzione delle competenze tra lo Stato e le CCAA. Ad esempio nel caso 13/1998 del 22 gennaio, il TC – dopo aver dichiarato che «il sistema di distribuzione delle competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome non si produce nel vuoto» – afferma che l'uso del diritto comunitario come canone ermeneutico costituzionale «può non solo essere utile, ma obbligatorio». Ciò vale anche per altri ambiti, come nella determinazione della portata del principio della riserva di legge o se sussiste il presupposto di “straordinaria e urgente necessità” previsto al fine dell'adozione di un Decreto-legge nel raggio di azione dell'ordinamento comunitario.

Diversa è la questione se le violazioni da parte della giurisdizione ordinaria degli obblighi di cui all'ex art. 234 TCE comportino una lesione dell'art. 24 CE e, conseguentemente, la possibilità di effettuare un ricorso di amparo. Il TC esclude che le norme comunitarie – avendo rango di legge o al più valore infracostituzionale⁵⁹ – possano essere oggetto di ricorso di amparo in quanto quest'ultimo è ammesso solo di fronte a disposizioni, atti giuridici e semplici comportamenti dei pubblici poteri interni. Tuttavia, ciò non comporta la negazione della possibilità di ricorrere in amparo contro la decisione di un giudice interno di non effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, basandosi su una possibile violazione dell'art. 24 della CE.

143/1994, del 9 maggio; 265/1994, del 3 ottobre.

⁵⁹ Le norme comunitarie non acquistano rango costituzionale in virtù dell'art. 93 della CE, che di fatto ha permesso alle istituzioni europee «l'esercizio di competenze derivate dalla Costituzione».

In particolare, nella STC 113/1993 del 25 marzo, il TC ritiene che – così come avviene nella questione di incostituzionalità – la decisione di effettuare o meno il rinvio pregiudiziale spetta in forma esclusiva e irreversibile all'organo giudiziale e non impedisce la difesa del diritto fondamentale delle parti davanti al TC, giacché queste dispongono a tal fine del ricorso di amparo. In altri termini, la decisione di porre o meno la questione pregiudiziale non è ricorribile in via giurisdizionale ordinaria, come non lo è la decisione di porre o no la questione di incostituzionalità, ma, una volta esaurita la via giurisdizionale ordinaria, le parti avrebbero la possibilità di promuovere il ricorso di amparo.

È da rilevare, però, che per promuovere il ricorso di amparo non è sufficiente la mera negazione di porre la questione pregiudiziale, ma è necessario che la motivazione che ha condotto a questa decisione sia arbitraria o manifestamente irragionevole o frutto di un errore patente, giocando così un ruolo importante i motivi che stanno alla base della risoluzione⁶⁰.

È con la STC 58/2004⁶¹ del 19 aprile che il TC accoglie per la prima volta il ricorso di amparo frutto della mancata presentazione di una questio-

⁶⁰ Così le SSTC 180/1993, del 31 maggio, e 201/1996 e 203/1996. In particolare, nella STC 111/93, il TC, d'accordo con la giurisprudenza del TGCE, sostiene che l'obbligo di presentare la questione pregiudiziale possa reputarsi esistente quando l'organo giudiziale in questione nutra un dubbio ragionevole circa l'interpretazione e la validità che debba darsi a una norma comunitaria e la soluzione di questo dubbio sia necessaria per poter emettere la sentenza. Posto che, nel caso in esame, non esisteva un dubbio ragionevole da parte del giudice nazionale perché il TGCE già aveva risolto alcune questioni pregiudiziali identiche a quella sollecitata dalle parti, il TC non ritiene che vi sia stata violazione del diritto alla tutela giudiziale effettiva.

⁶¹ Sulla sentenza v. in particolare J.M.^a Baño León, *El Tribunal Constitucional, el juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, maggio-agosto 2004, n. 18, pp. 465-481.

ne pregiudiziale. In particolare, nel caso di specie, il *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña* (giudice di primo e unico grado) – disapplicando la disciplina interna in virtù di un presunto contrasto di quest'ultima con la norma comunitaria – fa sorgere un dubbio nell'interpretazione del diritto comunitario che fino a questo momento non esisteva, dal momento che il *Tribunal Supremo*⁶² – intervenuto sulla medesima questione, sulla base dei criteri fissati dalla Corte di giustizia in una pronuncia pregiudiziale – aveva negato l'esistenza di quel contrasto. In altri termini, il *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña* (in teoria sottoposto all'obbligo di rinvio) risolve il presunto conflitto tra diritto comunitario e diritto interno in modo autonomo e contrario a quanto dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*. Al contrario, il Tribunale avrebbe dovuto presentare la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia perché l'applicazione corretta del diritto comunitario non si impone – nel caso di specie – con tale evidenza da non lasciare adito ad “alcun dubbio” sulla soluzione da dare alla questione sollevata per almeno due motivi: innanzitutto, perché siamo in presenza di precedenti giurisprudenziali interni che hanno deciso su un'identica questione in un modo diverso rispetto a quello fatto proprio dal giudice; in secondo luogo, perché «l'esistenza di un precedente comunitario non esime il giudice dall'obbligo di sollevare la questione, proprio in ragione del fatto che questi intende risolverla in un modo diverso da quello in cui, sulla scorta dei criteri fissati dalla Corte di giustizia, hanno inteso risolverla gli altri giudici interni». ⁶³ Si noti che vi è una differenza rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia in un senso più rigoroso, considerato che non si parla di assenza di un

⁶² *Tribunal Supremo*, sentenza del 28 dicembre 1998.

⁶³ T. Giovanetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione co-*

“ragionevole” dubbio, ma di assenza “assoluta” di un dubbio sull’interpretazione del diritto comunitario.

3.3. *L’importanza del ruolo del giudice comune all’interno del meccanismo del rinvio pregiudiziale.*

Le Corti costituzionali sono, pertanto rimaste tendenzialmente escluse da questo dialogo – salvo qualche lieve apertura – perché non hanno ritenuto di dover direttamente utilizzare il meccanismo della questione pregiudiziale.⁶⁴ In particolare, come abbiamo visto, la Corte costituzionale ha assunto sul punto una diversa posizione in relazione al ruolo che essa è chiamata a svolgere, ovvero si astiene dall’effettuare il rinvio pregiudiziale qualora essa sia chiamata a pronunciarsi su una questione incidentale di legittimità costituzionale mentre non si astiene dal promuovere il rinvio pregiudiziale qualora essa se sia chiamata a risolvere un conflitto di attribuzioni tra Stato e regioni o un giudizio principale di legittimità costituzionale, affermando che, «pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell’ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell’art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni – per il disposto dell’art. 137, terzo comma, Cost. – non è ammessa alcuna impugnazione)». Il Tribunale Costituzionale spagnolo, sulla stessa scia di quello italiano e coerentemente con l’idea che il diritto comunitario non costituisce canone diretto di costituzionalità e che la missione specifica consiste nel garantire il rispetto della Costituzione e non del diritto comunitario, ha negato di rientrare nella nozione “organo giurisdizionale” di cui all’art. 234. Diver-

munitaria, cit., p. 290.

⁶⁴ In particolare, sull’utilizzo di questo strumento rispettivamente da parte della Corte co-

sa è la questione se le violazioni da parte della giurisdizione ordinaria degli obblighi derivati dall'art. 234 TCE comportino una lesione dell'art. 24 CE e, conseguentemente, la possibilità di effettuare un ricorso di amparo. Infatti, il Tribunale Costituzionale ha – tramite la STC 58/2004 del 19 aprile – riconosciuto la possibilità di ricorrere in amparo contro la decisione di un giudice interno di non effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, basandosi in una possibile violazione dell'art. 24 della CE. È da rilevare, però, che per promuovere il ricorso di amparo non è sufficiente il mero rifiuto di sollevare la questione pregiudiziale, ma è necessario che la motivazione che ha condotto a questa decisione sia arbitraria o manifestamente irragionevole o frutto di un errore patente, giocando così un ruolo importante i motivi che stanno alla base della risoluzione.

Malgrado questa resistenza dei giudici costituzionali nel comunicare con la Corte di Giustizia, l'affermarsi di un dialogo sarebbe quanto mai opportuno ai fini di un'integrazione tra i sistemi di tutela soprattutto in materia di diritti fondamentali.

Ferma restando l'importanza della posizione che il giudice costituzionale decide di assumere rispetto all'utilizzo del rinvio pregiudiziale, è da sottolineare che «le occasioni del dialogo sono propiziate ed incentivate anche a seconda dell'organizzazione giudiziaria nazionale e delle forme prescelte per l'esercizio della funzione di controllo di costituzionalità. Al riguardo, pare opportuno precisare che astrattamente maggiori sono le possibilità di dialogo tra corte comunitaria e corti costituzionali nei sistemi in cui queste ultime possono pronunciarsi anche su valutazioni concrete dei diritti fondamentali su ricorso diretto dei cittadini (Spagna e Germania); per conver-

so, minori sono le possibilità in quei sistemi costituzionali (come in quello francese, fino alla profonda riforma costituzionale introdotta nel luglio 2008, ed in tanti ordinamenti costituzionali degli Stati membri di recente adesione) che hanno optato per un controllo di costituzionalità preventivo delle leggi». ⁶⁵ In altri termini, i metodi di instaurazione del giudizio sulle leggi finiscono per incidere non solo in ambito nazionale sul ruolo che si vuol riconoscere al giudice costituzionale e sulla maggiore o minore effettività del controllo costituzionale sulle leggi, ma anche in ambito comunitario sulla minore o maggiore propensione al dialogo con la Corte di giustizia.

I giudici costituzionali – astenendosi dal dialogo con la Corte di giustizia – sembrerebbero, pertanto, “delegare” tale compito al giudice comune, finendo quest’ultimo per ricoprire un ruolo importante all’interno del meccanismo del rinvio pregiudiziale – considerato, a sua volta, strumento decisivo per la creazione di un sistema giurisdizionale integrato fra Stati membri e Comunità e, rispetto alla tutela effettiva del singolo, principale rimedio alternativo predisposto dal sistema giurisdizionale comunitario al ricorso diretto. Di qui, l’auspicio che i giudici abbandonino la tentazione di mantenere la massima sfera di autonomia nell’interpretazione delle norme e propendano maggiormente verso una collaborazione con la Corte di giustizia e, pertanto, attivino il meccanismo del rinvio pregiudiziale, limitando i giudici di ultima istanza in concreto la fuga dall’obbligo di rinvio – tramite l’applicazione della teoria dell’atto chiaro. ⁶⁶

⁶⁵ Cfr. G. Gerbasì, *Forme e strumenti del (necessario) dialogo giudiziario nella complessa (e sui generis) architettura giudiziaria europea*, in «Civitas Europa», n. 20, giugno 2008, p. 43.

⁶⁶ L’unica eccezione all’obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza si ha quando «la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar

L'inottemperanza del giudice di ultima istanza dell'obbligo di rinvio comunitario, come già detto, può essere oggetto di ricorso sia alla Corte di Giustizia nei confronti dello Stato cui appartiene il primo per violazione del Trattato (art. 226 ss. CE) sia dinanzi ai giudici nazionali sempre nei confronti dello Stato di appartenenza della giurisdizione di ultima istanza per il risarcimento del danno del soggetto ricorrente.

Per quanto riguarda il ricorso per infrazione (il quale – ricordiamo – presuppone la violazione di un obbligo comunitario), non si può escludere che esso potrebbe essere utilizzato dalla Commissione per l'appunto nelle ipotesi in cui l'obbligo di deferire la questione alla Corte sia patente e ripetuto,⁶⁷ benché la stessa Commissione abbia affermato che tale ricorso non

adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata. Prima di giungere a tale conclusione il giudice nazionale deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri stati membri e alla Corte di Giustizia» (sentenza *Cilfit*, 6 ottobre 1982, in Racc., 3415). I dati al riguardo sono preoccupanti, cfr. L. Montanari, *Giudici comuni e Corti sopranazionali: rapporti tra sistemi*, in (a cura di P. Falzea, A. Spadaio, L. Ventura) *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, pp. 148-161. Infatti, «nelle relazioni annuali sull'attuazione del diritto comunitario si può notare, per l'Italia, che nel 1999 dei 43 ricorsi pregiudiziali proposti nessuno proveniva dalla Corte di cassazione e solo 2 dal Consiglio di Stato, mentre nel 2000 su 50 solo 4 provenivano dal Consiglio di Stato e 2 dalla Corte di cassazione. Anche uno sguardo comparato agli altri ordinamenti sembra confermare la presenza di una situazione abbastanza simile, con la prevalenza dei rinvii da parte dei giudici di merito. Emerge dunque la tendenza, almeno da parte dei giudici di legittimità, a ricostruire direttamente la portata delle norme comunitarie, senza avvalersi degli strumenti di raccordo con la Corte di giustizia che i Trattati hanno espressamente individuato per garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario».

⁶⁷ In tal senso sembra andare la sentenza *Commissione c. Italia* del 9 dicembre 2003, il cui «dispositivo è diplomaticamente formulato in termini di condanna dello Stato per un comportamento insieme omissivo del potere legislativo – colpevole di non aver modificato una disposizione suscettibile di interpretazioni *contra ius communitarium* – e commissivo delle autorità amministrative e giurisdizionali – che quella disposizione interpretano in modo

rappresenti il mezzo più adatto per garantire una corretta applicazione dell'art. 234.⁶⁸ A tal proposito, è stato rilevato come il procedimento di infrazione si presenti inadeguato per almeno due ragioni. Da un lato, «l'esistenza di una fase precontenziosa, imperniata sul dialogo tra la Commissione e lo Stato ed essenzialmente volta alla rimozione delle cause dell'inadempimento, sembra difficilmente applicabile ad un contesto in cui la violazione dell'obbligo consista nel mancato sollevamento della questione pregiudiziale, dal momento che non si vede come lo Stato possa conformarsi alle esigenze del diritto comunitario una volta che il mancato rinvio si sia tradotto in una sentenza definitiva passata in giudicato. Dall'altro, il fatto che la facoltà di innescare la procedura sia riservata a soggetti come la Commissione e gli Stati membri è di per sé indicativo di una non tale coincidenza tra l'interesse di cui si cerca la tutela nel procedimento di infrazione ed il bene che si persegue con il meccanismo di rinvio pregiudiziale obbligatorio, nel senso che se nel primo caso il fine perseguito è, evidentemente, quello generale dell'ordinamento comunitario della salvaguardia del bene della corretta ed uniforme applicazione del diritto, nel secondo è agevole constatare la presenza di un elemento ulteriore, rappresentato dalla necessità di garantire la realizzazione della giustizia per il caso singolo».⁶⁹

Per quanto riguarda il tema della responsabilità extracontrattuale dello

non conforme al diritto comunitario». Cfr. T. Giovanetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Giappichelli editore, 2009, p. 228.

⁶⁸ Cfr. Risposta all'interrogazione scritta dell'on. Kreig, n. 608/78, in GUCE n. C 28 del 31 gennaio 1979, 9. L'orientamento della Commissione ha trovato conferma alcuni anni più tardi nella risposta all'interrogazione scritta dall'on. Tyrrel, n. 526/83, in GUCE n. 268 del 6 ottobre 1993, 25.

⁶⁹ T. Giovanetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, cit., pp. 229-230.

Stato per danni cagionati ai singoli da violazioni del diritto comunitario mediante l'attività degli organi giurisdizionali di ultimo grado, la Corte di giustizia è intervenuta a chiarire – mediante la causa *Traghetti del Mediterraneo spa c. Repubblica Italiana*⁷⁰ - la precedente giurisprudenza in materia (la sentenza *Gerhard Köbler c. Repubblica austriaca*)⁷¹ e a sanzionare nello specifico il contrasto della legge italiana 13 aprile 1988 n. 117 in tema di responsabilità del magistrato⁷² con i principi propri dell'ordinamento comuni-

⁷⁰ CGE 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo spa c. Repubblica Italiana*, in *Raccolta*, 2006, pp. I-5177 ss. In particolare, su tale sentenza v. A. M. Romito, *Principio di effettività e ruolo del giudice nell'applicazione del diritto comunitario*, Secondo Tomo, pp. 1179 ss; F. Giambelluca, *La Corte di giustizia amplia i confini della responsabilità civile dello Stato italiano per la violazione del diritto comunitario derivante dall'attività di organi giurisdizionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pp. 1874 ss.

⁷¹ CGCE 30 settembre 2003, C-224/01, *Gerhard Köbler c. Repubblica austriaca*, in *Raccolta*, 2003, p. I-10239 ss. Su tale sentenza v. S. De Maria, *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2004, pp. 879 ss; M. Fragola, *La responsabilità dello Stato e la tutela dei diritti dei singoli*, in *Temi di diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2008, pp. 47-79. Ricordiamo che entrambe le sentenze (*Traghetti del Mediterraneo spa c. Repubblica Italiana* e *Gerhard Köbler c. Repubblica austriaca*) prendono, a loro volta, le mosse dalla sentenza *Francovich* del 19 novembre 1991 (cause riunite C-6/90 e C-9/90) e mirano a chiarire la portata, tanto sotto il profilo dei soggetti i cui comportamenti possono dar luogo a responsabilità dello Stato, quanto sotto il profilo delle condizioni del sorgere di detta responsabilità.

⁷² Ai sensi dell'art. 1, n. 1, della legge 13 aprile 1988, n. 117 [sul] risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e [sulla] responsabilità civile dei magistrati (GURI n. 88 del 15 aprile 1988, pag. 3; in prosieguo: la «legge n. 117/88»), detta legge si applica «a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali, che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria». L'art. 2 della legge n. 117/88 prevede: «1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e an-

tario.

Prima di procedere all'analisi della sentenza in questione, è utile soffermarsi sulla posizione presa dalla Corte di giustizia – sin dalla sentenza *Köbler* – rispetto a quegli argomenti utilizzati per sostenere l'impossibilità di estendere il principio della responsabilità dello Stato all'attività giurisdizionale. Innanzitutto, rispetto al principio della certezza del diritto e dell'autorità della cosa definitivamente giudicata, si sostiene che il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado comporta la condanna dello Stato a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giuri-

che di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale.
 2. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove.
 3. Costituiscono colpa grave:

la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;

l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;

la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;

l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione».

Ai sensi dell'art. 3, n. 1, prima frase, della legge n. 117/88, costituisce peraltro un diniego di giustizia «il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria».

Gli articoli seguenti della legge n. 117/88 precisano le condizioni e le modalità per proporre un'azione di risarcimento del danno ai sensi degli artt. 2 o 3 di detta legge, così come le azioni che possono essere intraprese, a posteriori, nei confronti del magistrato che si sia reso colpevole di dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni, se non addirittura di un diniego di giustizia.

sdizionale che ha causato il danno. Pertanto, l'oggetto dell'azione di responsabilità contro lo Stato è diverso da quello del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata. In secondo luogo, rispetto all'indipendenza del giudice, si afferma che non vi è alcun rischio per quest'ultima, considerato che in discussione non è la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato. Addirittura si ritiene che – non essendo in discussione il contenuto delle decisioni – l'autorità di un giudice di ultimo grado potrebbe risultare rafforzata dell'esistenza di un rimedio giudicio che consenta, a determinate condizioni, di riparare gli effetti dannosi di una errata decisione giurisdizionale. In terzo luogo, rispetto all'assenza di un giudice competente a statuire sulle controversie relative alla responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario compiute dalle supreme giurisdizioni nazionali, si afferma che spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente, ma che comunque non è necessaria la presenza di un giudice interno *ad hoc*, essendo sufficiente la mera esistenza di un giudice.

Dopo questa breve premessa, ritorniamo ora sulla sentenza in esame (*Traghetti del Mediterraneo*). La Corte ha inizialmente ricordato, che «il principio per il quale uno Stato membro è obbligato a risarcire i danni arrecati ai singoli per violazioni del diritto comunitario che gli sono imputabili ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario, qualunque sia l'organo di tale Stato la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione».⁷³ Successivamente ha ribadito che il «ruolo es-

⁷³ V. punto 31 della sentenza Köbler e punto 30 della sentenza *Traghetti del Mediterraneo* spa c. Repubblica Italiana.

senziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che derivano ai singoli dalle norme comunitarie, nonché la circostanza che un organo giurisdizionale di ultimo grado costituisce, per definizione, l'ultima istanza dinanzi alla quale essi possono far valere i diritti che il diritto comunitario conferisce loro» implica che «la tutela di tali diritti sarebbe indebolita – e la piena efficacia delle norme comunitarie che conferiscono simili diritti sarebbe rimessa in questione – se fosse escluso che i singoli potessero ottenere, a taluni condizioni, il risarcimento dei danni loro arrecati da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado». ⁷⁴ Tuttavia, al tempo stesso, la Corte è consapevole di dover tener conto della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto e, pertanto, ritiene che la responsabilità dello Stato per danni arrecati ai singoli a causa di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un giudice nazionale di ultimo grado non è illimitata, ma può sussistere solo nel caso eccezionale in cui tale giudice abbia violato in modo manifesto il diritto vigente. Tale violazione manifesta si valuta, in particolare, tenendo conto di alcuni criteri quali «il grado di chiarezza e di precisazione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso, o la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE, ed è presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia». ⁷⁵ In altri termini, è qui –

⁷⁴ V. punto 33-36 della sentenza Köbler e punto 31 della sentenza Traghetti del Mediterraneo spa c. Repubblica Italiana.

⁷⁵ Punti 53-55 della sentenza Köbler e punti 2 e 32 della sentenza Traghetti del Mediterraneo spa c. Repubblica Italiana.

nel riconoscimento a talune condizioni dell'azione di responsabilità comunitaria (ovvero nel caso di violazione manifesta del diritto vigente) – che si snoda il bilanciamento tra certezza del diritto, indipendenza del giudice e diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

Questi principi sanciti e ribaditi dalla Corte ostano nel caso specifico con la legislazione nazionale italiana in materia di responsabilità del magistrato per due motivi. Da un lato, escludere ogni responsabilità dello Stato membro per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario commessa da un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado nella sua attività di interpretazione delle norme di diritto o valutazione dei fatti e delle prove equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza «il principio secondo il quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni cagionati ai singoli da violazioni manifeste del diritto comunitario derivanti dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, in quanto una siffatta esclusione non garantirebbe ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro».⁷⁶ Dall'altro, limitare la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice – unitamente al fatto di escludere a priori la responsabilità dello Stato se la violazione del diritto comunitario discenda da attività er-

⁷⁶ Punto 1 della sentenza *Traghetti del Mediterraneo spa c. Repubblica Italiana*. A tal proposito l'Avv. generale Philippe Léger nella sentenza *Köbler* (p.to 38) ha affermato che «non v'è dubbio il binomio responsabilità-risarcimento del danno non costituisca altro che un rimedio minimo rispetto all'ipotesi di completo ripristino sostanziale della situazione giuridica lesa dall'errata interpretazione del diritto comunitario, ma occorre riconoscere che in assenza di possibilità di ricorso contro una decisione emessa da un organo giurisdizionale supremo, solo un'azione per responsabilità consente – in ultima *ratio* – di garantire il ripristino del diritto leso e, infine, di assicurare un livello adeguato alla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che ai singoli derivano dall'ordinamento giuridico comunitario».

meneutica – significherebbe imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della sentenza *Köbler*. Infatti, vi è il divieto per il diritto nazionale di imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente, sebbene «non si può escludere che il diritto nazionale precisi i criteri, relativi alla natura o al grado di una violazione, da soddisfare affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado». ⁷⁷

Obiettivo di questa sentenza è, in definitiva, quello di responsabilizzare i giudici nazionali rispetto al ruolo di attuazione del diritto comunitario che essi sono chiamati a svolgere. A tal proposito, è stato rilevato che «uno dei dati più significativi tracciati dalla Corte con la sentenza TDM va rinvenuto nel compito nomofilattico che investe in maniera decisamente più marcata di prima anche il giudice nazionale non di ultima istanza, il quale sarà chiamato a decidere sul carattere grave e manifesto della violazione del diritto comunitario da parte del giudice di ultimo grado». ⁷⁸ Circa gli effetti della pronuncia TDM nell'ordinamento italiano, «va segnalato che le maggiori preoccupazioni della dottrina nazionale sono legate alle possibili violazioni del principio di eguaglianza che si creerebbero qualora l'ampliamento della ipotesi di responsabilità dello Stato restasse limitata alle sole situazioni giuridiche di derivazione comunitaria: *quid iuris* nel caso in cui l'errore del giudice di ultima istanza comporti una violazione grave e manifesta di una situazione giuridica soggettiva che trova fonte in norme di

⁷⁷ Punto 2 della sentenza *Traghetti del Mediterraneo spa c. Repubblica Italiana*.

⁷⁸ Cfr. A. M. Romito, *Principio di effettività e ruolo del giudice nell'applicazione del di-*

un diritto interno? Sembrerebbe che i principi della Corte di giustizia andrebbero estesi anche alle violazioni gravi e manifeste del diritto nazionale, perché se così non fosse queste ultime godrebbero di un grado di protezione inferiore rispetto a quello accordato per le violazioni del diritto comunitario». ⁷⁹

Lo stesso Trattato di Lisbona, come già ricordato, sottolinea il ruolo importante del giudice nazionale – codificando – all'art. 9 F, par. 1 – il c.d. principio della sussidiarietà giurisdizionale, il quale prevede che il giudice nazionale sia competente in prima battuta per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive. Infatti, la competenza per la tutela giurisdizionale effettiva non spetta unicamente al giudice comunitario ma anche ai giudici nazionali, i quali agiscono come giudici di diritto comunitario quando tutelano situazioni giuridiche fondate su tale diritto. Pertanto, rimedi giurisdizionali comunitari e nazionali formano insieme un'unica architettura giurisdizionale.

Il ruolo dei giudici nazionali come organo dell'ordinamento comunitario viene ulteriormente rafforzato a seguito della valenza giuridica riconosciuta alla Carta in quanto, come già detto, il relativo art. 47 – considerato con riguardo al tema della giustiziabilità dei diritti ivi sanciti – è stato considerato come fondamento giuridico per la realizzazione di una forma di controllo diffuso circa la conformità delle leggi nazionali ai principi espressi dalla Carta stessa. In altri termini, si potrebbe verificare l'ipotesi che i giudici nazionali – chiamati ad operare come giudici comunitari – disapplichino le leggi nazionali ritenute contrastanti con i principi della Carta.

In conclusione, il rinvio pregiudiziale e il dialogo che ne consegue

ritto comunitario, cit., p. 1198.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 1195-1196.

sembra spingere verso un'integrazione tra i sistemi di tutela. Dialogo da cui le corti costituzionali sono rimaste tendenzialmente escluse, "delegando" tale compito al giudice comune. Di qui l'importanza del giudice comune⁸⁰ (ed *in primis* quello non di ultima istanza) – confermata dal Trattato di Lisbona e accentuata dalla valenza giuridica della Carta di Nizza – all'interno del meccanismo del rinvio pregiudiziale. Infatti, il giudice non di ultima istanza ha l'opportunità di sollevare in prima battuta la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia nonché ha il compito di decidere sul carattere grave e manifesto della violazione del diritto comunitario da parte del giudice di ultimo grado.

3.4. *L'integrazione tra i sistemi giurisdizionali e i suoi effetti.*

In chiusura sembra opportuno rilevare come l'integrazione tra i sistemi giurisdizionali (comunitario e nazionali) non è esente da ricadute su quei

⁸⁰A testimonianza dell'importanza che gioca il giudice comune all'interno del meccanismo pregiudiziale (soprattutto, quando il suo oggetto riguarda i diritti fondamentali) vi è il caso di un giudice di pace di Ischia che ha sollevato alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale relativa alla compatibilità tra la previsione dell'art. 3 e 13 dell'Allegato A della delibera 173/07/CONS – il quale prevede che il ricorso in sede giurisdizionale in materia di telecomunicazioni è improcedibile fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.re.com (Comitato regionale per le comunicazioni) – e l'art. 34 della direttiva 2002/22/CE – che raccomanda l'adozione di procedure extra-giudiziali trasparenti, semplici e poco costose, finalizzate ad un'equa e tempestiva risoluzione delle controversie. In particolare, si sostiene che il carattere obbligatorio della conciliazione costituisce un ostacolo all'accesso alla tutela giurisdizionale, meglio sarebbe stato rendere facoltativa la conciliazione lasciando al consumatore la libertà di scegliere la strada che ritiene più consona o meglio ancora sarebbe stato «prevedere un rito processuale, celere e senza spese di procedura iniziali (come quello del Lavoro, operativo da oltre 35 anni...) che avrebbe rappresentato da un lato uno strumento concreto e sostanziale di tutela giudiziaria degli interessi dei consumatori, e dall'altro avrebbe obbligato le Società di Telecomunicazioni a rispondere sempre e comunque innanzi ad un'Autorità giudicante

casi di invocata violazione dell'obbligo di rinvio di cui all'art. 234 CE, che di fatto impediscono la realizzazione dell'obiettivo dell'uniforme applicazione del diritto comunitario nonché ledono il diritto dell'individuo ad una pronuncia del giudice comunitario. Se è vero che l'azione di responsabilità comunitaria è l'unico strumento presente all'interno di ogni Stato membro attraverso cui è possibile sanzionare il comportamento di un'autorità giurisdizionale che abbia violato l'obbligo di rinvio, è anche vero che, in ossequio al principio di autonomia procedurale di cui godono gli Stati, in alcuni ordinamenti vi possono essere altri strumenti, anche più efficaci, come ad es. il ricorso diretto dinanzi al giudice costituzionale previsto nell'ordinamento tedesco e in quello spagnolo.

Infatti, l'azione di responsabilità – come sostenuto dalla stessa Corte di giustizia – implica il risarcimento del danno, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. Al contrario, l'accoglimento tanto del *recurso de amparo* che del *Verfassungsbeschwerde* implica «l'annullamento della sentenza resa in violazione dell'obbligo di rinvio ed una conseguente regressione del processo sino al momento in cui la violazione si è realizzata, consentendo di procedere al sollevamento della questione e, di qui, ad una ridefinizione della causa sulla scorta della soluzione proveniente da Lussemburgo». ⁸¹ Si noti, inoltre, che nel primo caso il ricor-

dello Stato».

⁸¹ Cfr. T. Giovanetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Giappichelli editore, 2009, p. 294, il quale aggiunge che «ciò significa che la Corte di giustizia verrà, di fatto, a pronunciarsi *dopo* la decisione del giudice interno di ultima istanza, e la soluzione della questione pregiudiziale finirà inevitabilmente per assumere i tratti di una conferma o, viceversa, di una sconfessione dell'operato della giurisdizione nazionale di ultima (o unica) istanza. Detto altrimenti, il ricorso diretto al giudice costituzionale viene a trasformarsi, di fatto, in una sorta di impugnazione indiretta, dinanzi

so è svolto dallo stesso giudice nazionale non di ultima istanza, mentre nel secondo caso dal giudice costituzionale.

Il ricorso diretto al giudice costituzionale nazionale è, tuttavia, uno strumento di reazione al malfunzionamento della cooperazione attivabile solo in alcuni ordinamenti. Al contrario, uno strumento che si presenta come accessibile in modo eguale per tutti i cittadini comunitari è il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ricordiamo che l'obbligo per l'Unione di aderire alla CEDU (art. 6, par. 2, TUE) è oggi previsto nel Trattato di Lisbona, ma anche che tale norma ha bisogno della stipula di un accordo di adesione per essere attuata. Sebbene sia impossibile trarre le reali conseguenze di tale accordo, ci interessa capire se il diritto ad un equo processo (art. 6) – diritto

alla Corte di giustizia, della sentenza resa dal supremo giudice interno, rivelando una particolare forma di cooperazione tra giurisdizioni nazionali e comunitarie nella reazione al malfunzionamento del meccanismo di cooperazione». Infatti, l'autore nella nota n. 129 fa riferimento al dispositivo della sentenza n. 58 del 2004, nel quale si legge che l'accoglimento dell'*amparo* comporta la necessità di «*restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de octubre de 1999, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 1294/95, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al de la referida Sentencia, a fin de que se dicte otra nueva Sentencia en la que se respeten los derechos fundamentales vulnerados*». Più in generale, sugli effetti delle sentenze di *amparo* v. P. Pérez Tremps, *El Tribunal Constitucional*, in *Derecho Constitucional*, (a cura di) L. López Guerra, E. Espín, J. García Morillo, P. Pérez Tremps, M. Satrústegui, v. II, cit., pp. 281-282, il quale afferma che «*las sentencias de amparo pueden tener, como es natural, un doble contenido: de desestimación de la demanda (denegación del amparo) o de estimación, total o parcial (otorgamiento del amparo)*» (art. 53 LOTC). Desde el punto de vista del caso concreto, el art. 55 de la LOTC prevé un posible triple efecto de la estimación del *amparo*. Este triple efecto no es necesariamente alternativo; por el contrario, es habitual que el fallo de la sentencia incluya más de uno de los efectos previstos. Estos son: declaración de nulidad del acto o resolución impugnado; reconocimiento del derecho o libertad vulnerado; restablecimiento del recurrente en la integridad del derecho, debiéndose adoptar las medidas que sean nece-

riconosciuto in capo ai cittadini di ciascun Stato parte della CEDU – possa essere validamente invocato dall'individuo contro una decisione giurisdizionale adottata da un giudice interno di ultima istanza in presunta violazione dell'obbligo di cui all'art. 234 CE. Al riguardo, la giurisprudenza di Strasburgo non riconosce un diritto assoluto ad ottenere il rinvio della propria causa alla Corte di giustizia, ma non esclude a priori che in determinate circostanze, come in caso di arbitrarietà, il rifiuto opposto da una giurisdizione nazionale di ultima istanza possa violare l'equità della procedura (art. 6).⁸² Tuttavia, anche in caso di accertamento della violazione, bisogna evidenziare come l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo presenti, effettivamente, analogie con l'azione di responsabilità comunitaria: «in entrambi i casi, infatti, non solo l'eventuale condanna è rivolta contro lo Stato nella sua unità, dando luogo ad un particolare tipo di responsabilità internazionale dello Stato stesso nei confronti dei propri cittadini, ma essa non è nemmeno in sé idonea a travolgere il giudicato, come invece può accadere nel caso del ricorso diretto dinanzi alle Corti costituzionali nazionali».⁸³ Altra cosa ancora è chiedersi se «la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne di cui all'art. 35, comma 1, CEDU implichi la necessità che il ricorso alla Corte europea sia preceduto da un tentativo di azione di responsabilità dinanzi alle giurisdizioni nazionali»⁸⁴ e se quest'ultima possa considerarsi un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 13 CEDU.

In sintesi, l'integrazione tra i sistemi giurisdizionali (nazionali e comu-

sarias para ello».

⁸² Decisione *Società Divagsa c. Spagna* del 12 maggio 1993, decisione *André Desmots c. Francia* del 23 marzo 1999, decisione *Canela Santiago c. Spagna* del 4 ottobre 2001.

⁸³ Cfr. T. Giovanetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Giappichelli editore, 2009, p. 298.

nitario) presenta una disomogeneità di trattamento tra i cittadini comunitari sul piano dei rimedi contro erronee interpretazioni ed applicazioni del diritto dell'Unione, considerato che non solo sono possibili normative nazionali in tema di responsabilità dello Stato più protettive dell'individuo, ma anche strumenti più efficaci rispetto alla stessa azione di responsabilità comunitaria, come il ricorso diretto al giudice costituzionale nazionale. Situazione che solo in parte può essere bilanciata dalla possibilità di ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo poiché quest'ultimo al pari dell'azione di responsabilità mira al mero risarcimento.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 298.

Conclusioni

Il diritto alla tutela giudiziaria effettiva è precondizione indispensabile per l'esercizio effettivo di ogni diritto e libertà fondamentale delle persone, considerato che un diritto – proclamato formalmente, ma privo di qualsiasi tutela giurisdizionale – rischia di essere ridotto ad un mero *flatus vocis* fino al punto di renderlo un diritto inesistente. Il diritto di accesso al giudice è oggi tutelato su più livelli: quello costituzionale nazionale, quello comunitario e quello internazionale. La mia analisi muove proprio dalle disposizioni che disciplinano il diritto di accesso al giudice nei diversi ordinamenti richiamati.

In particolare, l'art. 24, primo comma, della Costituzione italiana recita così: «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». Da tale disposizione si deduce che: la garanzia prevista nell'art. 24 Cost. deve trovare attuazioni per tutti (cittadini, stranieri, apolidi); le situazioni tutelabili sono il diritto soggettivo e l'interesse legittimo; l'espressione «agire in giudizio» deve essere letta alla luce della nozione costituzionale di giudice, quale si ricava dal principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, primo comma) e da quello del giudice indipendente ed imparziale (artt. 104, primo comma e 111, secondo comma).

Analogamente l'art. 24, primo comma, della Costituzione spagnola stabilisce che: «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos,

sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»». Più o meno simili sono, pertanto, le relative osservazioni: il diritto di accesso al giudice può essere esercitato da tutte le persone (cittadini, stranieri e apolidi); le situazioni tutelabili sono il diritto soggettivo e l'interesse legittimo; vi è qui, al contrario, un espresso riferimento ai giudici e ai tribunali, i quali anch'essi devono essere predeterminati per legge (art. 24, secondo comma), indipendenti (art. 117) e imparziali. Il significato primario della tutela giudiziale effettiva – che probabilmente è l'unico che il costituente aveva contemplato – è il diritto di accesso alla giurisdizione. La giurisprudenza costituzionale spagnola, tuttavia, ha ampliato il contenuto del diritto alla tutela giudiziale effettiva in senso stretto, includendovi il diritto alla difesa – ovvero il divieto di privazione o limitazione di qualunque mezzo legittimo di difesa della propria posizione all'interno del processo –, il diritto ad ottenere una decisione sul merito della questione – provvista di una motivazione congrua e ragionevole secondo quanto previsto dall'art. 120.3 della CE –, il diritto di accesso ai ricorsi – ovvero il diritto ad utilizzare i ricorsi previsti dalle leggi processuali –, e l'intangibilità del giudicato. In entrambi gli ordinamenti, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva è, poi, strettamente collegato con il diritto ad un equo processo e con il diritto di difesa.

L'ordinamento comunitario in tema di giustizia e di tutela giudiziaria si fonda originariamente sul principio di autonomia processuale degli Stati membri, il quale prevede che siano questi ultimi a disciplinare il processo e la tutela giudiziaria anche dei diritti di provenienza comunitaria. Pur rimanendo intatta l'autonomia processuale degli Stati, successivamente la Corte di Giustizia – tramite il riconoscimento del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (sentenza *Johnston* 1986) nel nucleo dei principi generali di diritto comunitario – amplia l'ambito del suo controllo in tema di giustizia e di tu-

tela giudiziaria, non più limitandolo solo nei confronti delle istituzioni comunitarie, ma estendendolo anche nei confronti degli Stati membri quando essi applicano il diritto comunitario al fine di evitare che le libertà comunitarie rimangano prive di tutela o siano difficilmente tutelabili. Oggi tale diritto è espressamente previsto nell'art. 47, primo comma, della Carta europea dei diritti fondamentali, il quale recita così: «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Da tale disposizione discende che: i destinatari della tutela sono tutti gli individui e, non soltanto i cittadini dell'Unione; l'oggetto della tutela sono i diritti e le libertà garantiti dal diritto dell'Unione – ovvero tutte le posizioni soggettive attribuite ai singoli da norme giuridiche comunitarie – senza alcuna distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi – così come avviene a livello nazionale – e senza alcuna specificazione ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta stessa – così come avviene, invece, a livello internazionale nell'art. 13 CEDU; anche qui vi è un espresso riferimento alla nozione di giudice e alle sue caratteristiche (indipendente, imparziale e precostituito per legge) nonché uno stretto legame del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva con il diritto ad un equo processo e con il diritto di difesa. La giurisprudenza comunitaria, inoltre, fa discendere dall'effettività della tutela giurisdizionale anche la tutela cautelare e la tutela risarcitoria.

È da rilevare che, contrariamente a quanto disposto nelle Carte costituzionali e nella C.E.D.U., la Carta europea dei diritti fondamentali è priva di riferimenti a specifiche forme di tutela. Tuttavia, l'art. 47 sembrerebbe rinviare all'esistente ordinamento giurisdizionale degli Stati e della Unione europea, compensando l'assenza di una parte specificatamente dedicata alla

tutela dei diritti. Conseguentemente, il diritto ad un ricorso effettivo, da una parte, «impone agli Stati membri l'obbligo di predisporre rimedi giuridici per casi di violazione del diritto comunitario; dall'altra, è parametro per la valutazione del sistema dei ricorsi previsti dai Trattati».

In ambito internazionale, due sono le disposizioni in cui trova consacrazione il diritto di accesso al giudice: l'art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo) e l'art. 6 (diritto ad un equo processo). In particolare, l'art. 13 afferma che: «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Pertanto, i titolari del diritto ad un ricorso effettivo sono tutte le persone e, in generale, l'art. 1 della CEDU statuisce che gli Stati contraenti riconoscono a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della Convenzione. Oggetto della tutela sono esclusivamente i diritti e le libertà riconosciuti dalla Convenzione. Qui, invece, non si fa espresso riferimento alla nozione di «giudice», ma si utilizza il termine «istanza», al quale la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha, comunque, attribuito caratteristiche proprie dell'organo giurisdizionale (l'autorità deve essere indipendente, imparziale e deve adottare decisioni vincolanti) ai fini di un ricorso effettivo. Un ricorso effettivo – anche in questo caso – implica una tutela cautelare e risarcitoria. È da rilevare che i pubblici poteri possono essere responsabili della violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione, anche quando agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali, escludendo così ogni forma di immunità prevista nei loro confronti (di fatto però la relativa giurisprudenza ha finito per legittimare la garanzia nazionale dell'immunità, verificando di volta in volta la *proporzionalità*

dell'ingerenza di una tale tutela sulla protezione dei diritti fondamentali così come previsti dalla CEDU). Invece, l'art. 6 stabilisce che: «ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale e costituito per legge, che decide sia in ordine alla controversia sui suoi diritti e obblighi di natura civile, sia sul fondamento di ogni accusa in materia penale derivata contro di lei». I titolari del diritto a un processo equo sono – anche in questo caso – tutte le persone, sia che esse siano interessate alla risoluzione di una controversia civile o che siano oggetto di un'accusa penale. Tuttavia, solo chi sia direttamente colpito dall'accusa può contestare il fondamento della stessa nei suoi confronti, escludendo i terzi che ne siano coinvolti per conseguenze indirette. Pertanto, oggetto della tutela sono le controversie aventi carattere civile e le accuse di natura penale. Espresso è – in questo caso – il riferimento al termine «tribunale» e ai suoi requisiti (indipendente, imparziale, costituito per legge). Obiettivo del par. 1 dell'art. 6 è quello di realizzare una buona amministrazione della giustizia e le garanzie a tal uopo previste sono – unitamente al diritto di accesso alla giurisdizione – il giusto processo (salvaguardia del contraddittorio e uguaglianza delle armi tra le parti), la pubblicità processuale e la durata ragionevole delle procedure.

Si passa poi ad analizzare – nel secondo capitolo – il diritto di accesso al giudice alla luce dell'architettura giurisdizionale comunitaria e, in particolare, del ricorso di annullamento. Nello specifico si mostrerà come l'interpretazione restrittiva della nozione di *persona individualmente interessata* da un atto di portata generale (uno dei due requisiti cumulativamente richiesti dall'ex art. 230, quarto comma, CE) unitamente alla configurazione degli altri strumenti previsti dal sistema giurisdizionale comunitario per accertare la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie vadano a

ledere il diritto della tutela giurisdizionale effettiva. Da qui il problema della ragionevolezza delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi per l'annullamento di atti comunitari di carattere generale proposti da persone fisiche e giuridiche nonché il problema della completezza e dell'effettività del sistema giurisdizionale comunitario.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia – che trova il suo precedente fondamentale nella decisione *Plaumann* del 1963 – il ricorrente può essere considerato *individualmente interessato* da un atto di cui non sia destinatario solamente se «il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità e, quindi, lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari». In altri termini, l'atto impugnato deve porre il ricorrente in una situazione simile a quella in cui si troverebbe se ne fosse il destinatario specifico. A ciò si aggiunga che il ricorrente non solo ha il difficile compito di valutare l'esistenza o meno di un interesse diretto e individuale derivante dall'atto impugnato ma neanche ha la possibilità di vedere eventualmente attivato il procedimento di cui all'ex art. 234 CE quando si tratta di una decisione individuale nei confronti della quale non sussistono dubbi sulla sua legittimazione ad agire ai sensi del quarto comma dell'ex art. 230 CE e quando si sia omesso di agire entro il termine stabilito dal quinto comma del medesimo articolo (giurisprudenza detta TWD dal nome della causa). Il ricorrente si vede, pertanto, preclusa – a tutela della certezza del diritto – la possibilità che un giudice possa sollevare il rinvio pregiudiziale per quegli atti, che essendo di portata generale, non siano stati valutati correttamente dal ricorrente come direttamente ed individualmente pregiudizievoli nei suoi confronti nei termini legalmente previsti.

Interpretazioni meno “esigenti” della nozione di *persona individual-*

mente interessata da un atto a portata generale sono state avanzate sia dall'Avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni relative alla causa *Unión de Pequeños agricultores* sia dal Tribunale di primo grado nella sentenza *Jégo-Quéré*. Tuttavia, la Corte di giustizia ritiene che l'interpretazione della nozione di interesse individuale – sebbene debba tener conto del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva – non può comportare l'esclusione del requisito espressamente previsto dal Trattato, perché ciò significherebbe produrre una riforma dell'attuale sistema di controllo della legittimità degli atti comunitari di portata generale e finirebbe per eccedere le sue competenze. La questione è rimasta, pertanto, sostanzialmente irrisolta e rinviata in sede di revisione dei Trattati.

La Corte di giustizia sostiene, inoltre, la completezza del sistema giurisdizionale comunitario, considerato che il rinvio pregiudiziale permette ai privati ciò che il ricorso di annullamento gli nega, cioè di contestare la validità di un atto di portata generale. Tuttavia, questa tesi non tiene conto del fatto che il ruolo dei singoli all'interno del meccanismo di cui all'ex art. 234 CE è limitato alla possibilità di contestare la validità dell'atto dinanzi al giudice interno, lasciando a quest'ultimo la discrezionalità se adire o meno la Corte. A ciò si aggiunga che in caso di giudice di ultima istanza – e, quindi, di obbligo di rinvio alla Corte – la discrezionalità di quest'ultimo nel giudicare “chiaro” un atto comunitario per evitare di rivolgersi alla Corte stessa, può irrimediabilmente pregiudicare il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. In virtù di tale principio (detto dell'*atto chiaro*) il giudice nazionale può, infatti, astenersi dall'obbligo di rivolgersi alla Corte sia quando quest'ultima abbia creato un precedente su una determinata questione oppure quando l'applicazione corretta del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione

da dare alla questione sollevata. Ricordiamo, inoltre, che le opportunità di dialogo tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali – ritenute importanti ai fini di un confronto diretto tra i massimi interpreti dei rispettivi ordinamenti (comunitario e costituzionale nazionale) soprattutto in materia di diritti fondamentali – sono state pregiudicate dalle posizioni assunte dalle stesse Corti costituzionali (ad es. la Corte Costituzionale italiana e spagnola), le quali si sono tendenzialmente escluse dal rientrare nella nozione di “organo giurisdizionale” di cui all’*ex art.* 234, eccetto in alcune particolari circostanze.

È vero anche che l’inottemperanza del giudice di ultima istanza dell’obbligo di rinvio può essere sanzionata tramite il ricorso per infrazione dinanzi alla Corte di giustizia (*art.* 226 *ss.* CE) oppure tramite l’azione di risarcimento dinanzi ai giudici nazionali (*artt.* 235 e 288 CE). Tuttavia, il ruolo dei soggetti è limitato all’interno del ricorso per infrazione in quanto essi possono semplicemente sollecitare nella fase precontenziosa la Commissione di agire contro lo Stato membro che non abbia rispettato gli obblighi derivanti dal diritto comunitario, senza tuttavia poter contare sull’intervento certo di tale istituzione, la quale gode di un ampio potere discrezionale nel decidere se iniziare o meno una procedura di infrazione contro uno Stato membro inadempiente. Inoltre, nel caso in cui la Commissione non decida di avviare la procedura di infrazione, tale decisione non può essere oggetto di ricorso in annullamento né di ricorso in carenza né tanto meno può far sorgere una responsabilità della Commissione – perché non ha carattere giuridicamente vincolante trattandosi di fase precontenziosa. Mentre, anche nel caso in cui la Corte di Giustizia giunga ad adottare una decisione in merito, quest’ultima, tuttavia, non finirà per incidere positivamente sul diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Notiamo che «pur volendosi astrattamente

convenire sulla configurabilità della sanzione ex art. 226 per l'ipotesi di inottemperanza delle Corti costituzionali all'obbligo discendente dall'art. 234, comma 3, rimane il fatto che – a tutt'oggi – è mancata qualsivoglia corrispondente iniziativa da parte della Commissione strumentale all'avvio del relativo procedimento di responsabilità nei confronti di alcuno Stato membro». ¹ Per quanto riguarda il ricorso extracontrattuale, ricordiamo che esso ha solo fini risarcitori e produce effetti solo nei confronti del ricorrente, contrariamente al ricorso di annullamento che implica un controllo di più vasta portata in quanto teso ad accertare l'illegittimità dell'atto comunitario e conseguentemente ad eliminare tale atto con efficacia *erga omnes*.

L'altro ricorso – oltre al rinvio pregiudiziale – diretto a controllare la legittimità degli atti comunitari e che potrebbe essere considerato uno strumento giurisdizionale “sostitutivo” o “alternativo” a quello di annullamento è l'eccezione d'invalidità, il quale permette ad una persona fisica o giuridica di far valere l'illegittimità di un regolamento – per uno dei motivi previsti dall'ex art. 230 CE e anche dopo lo spirare del termine previsto dallo stesso – invocando la sua inapplicabilità nel corso di una controversia che sia pendente davanti alla Corte e che non abbia ad oggetto il regolamento eccepito. Tuttavia, anche l'eccezione d'invalidità – così come abbiamo visto per il rinvio pregiudiziale – non può essere ritenuto uno strumento giurisdizionale adeguato a garantire una tutela piena ed efficace contro gli atti di portata generale per due motivi. Innanzitutto, la facoltà – prevista dall'ex art. 241 CE – di invocare l'inapplicabilità di un regolamento non costituisce un'azione autonoma perché può essere invocata solo nel corso di un procedi-

¹ Cfr. G. Raiti, *Corte costituzionale e rinvio pregiudiziale*, in *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., p. 162.

mento principale che sia pendente dinanzi al giudice comunitario e che non abbia ad oggetto il regolamento di cui si contesta l'illegittimità. In secondo luogo, l'atto dichiarato illegittimo non sarà annullato, ma semplicemente non applicato al caso specie, con efficacia – pertanto – *inter partes*.

Oggi il Trattato di Lisbona modifica – anche in virtù del riconoscimento della valenza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché della abilitazione dell'Unione ad aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – le condizioni di ricevibilità del ricorso di annullamento in questi termini: qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre «un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e indirettamente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione» (art. 263, par. 4, TFUE). Si viene così a delineare un quadro in cui per gli atti regolamentari, che non comportano alcuna misura di esecuzione, il ricorso individuale di annullamento è ammesso se l'atto produce effetto diretto nella sfera giuridica del ricorrente, configurandosi così l'effetto diretto come unico requisito di ricevibilità. Al contrario, il requisito dell'interesse individuale per l'accesso diretto alla giurisdizione comunitaria è stato conservato per gli altri atti. Si pone, tuttavia, il problema di capire che cosa si intende con la dicitura “atti regolamentari” e al riguardo non ci resta che attendere l'interpretazione della Corte di Giustizia e del Tribunale, finendo quest'ultimi a svolgere ancora una volta un ruolo importante sulla definizione delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi per l'annullamento di atti dell'Unione da parte delle persone fisiche e giuridiche.

È da sottolineare che il vero perno del sistema giurisdizionale comunitario sembra essere il principio della sussidiarietà giurisdizionale (art. 19, par. 1, TUE), il quale prevede che sia il giudice nazionale a tutelare in prima

battuta le posizioni giuridiche soggettive riconosciute dall'Unione e che, pertanto, gli Stati membri predispongano i rimedi giurisdizionali a tal uopo necessari. Infatti, la competenza per la tutela giurisdizionale effettiva non spetta unicamente al giudice comunitario ma anche a quelli nazionali, i quali agiscono come giudici di diritto comunitario nelle fattispecie in cui tutelano situazioni giuridiche fondate su tale diritto. Rimedi giurisdizionali comunitari e nazionali formano così un'unica architettura giurisdizionale. Il carattere giuridicamente vincolante della Carta di Nizza sembrerebbe oltremodo rafforzare il ruolo dei giudici nazionali come organi dell'ordinamento comunitario in quanto il relativo art. 47 – considerato con riguardo al tema della giustiziabilità dei diritti ivi sanciti – è stato visto come fondamento giuridico per la realizzazione di una forma di controllo diffuso circa la conformità delle leggi nazionali ai principi espressi dalla Carta stessa. Questa valorizzazione della tutela giurisdizionale porta, tuttavia, «ad ancorare la protezione giurisdizionale di situazioni soggettive conferite dal diritto dell'Unione alle diverse regole procedurali nazionali determinando, in assenza di normative di armonizzazione, delle divergenze nel livello di tutela».² Pertanto, sarebbe auspicabile puntare maggiormente sull'impugnazione diretta al giudice comunitario, rendendo meno esigenti le sue condizioni di ricevibilità, o quanto meno prevedere una tutela diretta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Spostando la nostra analisi dall'ambito comunitario a quello nazionale, vediamo come nel giudizio in via incidentale (italiano e spagnolo) – al pari che nel rinvio pregiudiziale – il ruolo dei singoli è limitato alla possibilità di

² Cfr. A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, cit., p. 44 ss.

contestare la validità della legge dinanzi al giudice *a quo*, spettando (anche in questo caso) solo a quest'ultimo la decisione di rivolgersi o meno la Corte. Oltremodo l'ordinanza del giudice *a quo* – che respinge la questione di costituzionalità – non può essere – in linea di principio – impugnata. Tuttavia, l'ordinamento spagnolo prevede un correttivo, cioè la possibilità di ricorrere in amparo contro la decisione del giudice *a quo* di respingere la questione sollecitata, qualora quest'ultima non sia adeguatamente motivata dal giudice (STC 35/2002) o si fondi su una motivazione arbitraria o manifestamente irragionevole (STC 58/2004). Si aggiunga che nei sette casi di “speciale rilevanza costituzionale” – nuovo requisito previsto dall'ultima legge organica per l'ammissibilità del ricorso di amparo – vi è la violazione di un diritto fondamentale derivante direttamente da una legge «e, con riguardo all'autorità giudiziaria che si è occupata del caso, il ricorso equivale ad una sorta di denuncia per mancata proposizione da parte di quella di una questione incidentale di legittimità costituzionale, trattandosi appunto di una legge»³. Ricordiamo che oggi con l'ultima riforma Per converso, si viene di fatto a creare nella giustizia costituzionale italiana una zona d'ombra per l'assenza di un giudice competente a risolvere tale questione.

Ricordiamo che oggi con l'ultima riforma la Sala o la Sezione può sospendere il ricorso di amparo e sollevare al Pleno l'autoquestione quando la valutazione del ricorso di amparo derivi dall'applicazione di una legge che violi i diritti fondamentali o le libertà pubbliche, a differenza del passato, considerato che prima la Sala poteva sollevare l'autoquestione al Pleno solo dopo aver riconosciuto – in sede di amparo – la violazione di un diritto fon-

³ Cfr. R. Romboli, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. “oggettivazione” dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana*, in

damentale derivante dall'applicazione di una legge. In altri termini, prima era previsto che – solo una volta risolto il processo di amparo da parte della Sala e, quindi, solo dopo aver riconosciuto la violazione – poteva sollevarsi l'autoquestione al Pleno. Questo meccanismo implicava la possibilità di una divergenza, ovvero che il Pleno – incaricato di giudicare la costituzionalità della legge – poteva adottare una posizione distinta da quella assunta dalla Sala in sede di amparo. Il legislatore organico corregge questo meccanismo dagli effetti potenzialmente distorsivi perché l'introduzione della sospensione del processo di amparo nel momento in cui la Sala solleva il dubbio intorno alla costituzionalità della legge al Pleno impone alla prima di valutare il ricorso di amparo prendendo in considerazione il giudizio di costituzionalità del Pleno.

È, dunque, grazie al ricorso di amparo che la giustizia costituzionale spagnola si presenta più completa ed effettiva, considerato che esso consente al singolo di rivolgersi direttamente dinanzi al giudice costituzionale per la tutela dei suoi diritti fondamentali. Tuttavia, l'elevato numero dei ricorsi presentati e il conseguente aumento della mole di lavoro del giudice costituzionale ha comportato delle ricadute sul tempestivo adempimento delle sue funzioni. In realtà questa "valanga" di ricorsi cela un abuso, dato che solo una minima parte di essi vengono realmente esaminati nel merito. Il legislatore spagnolo ha, pertanto, cercato di porre un freno a tale situazione tramite la riforma organica introdotta con la *LO 6/2007*, la quale tende ad accogliere esclusivamente quei ricorsi di amparo che abbiano innegabile interesse costituzionale, configurando così l'amparo in modo oggettivo. Conseguentemente si differenzia anche l'intervento del Tribunale costituzionale rispet-

to a quello dei giudici comuni nella tutela dei diritti fondamentali, riservando al primo solo un intervento di controllo e di garanzia a carattere eccezionale per i casi di interesse generale e lasciando ai giudici comuni il compito di giudicare sul caso concreto in modo da consentire una “maggiore diffusione” della tutela costituzionale dei diritti fondamentali. In altri termini, la tutela dei diritti fondamentali in senso soggettivo – cioè come lesione personale di un diritto – continua ad essere svolta dai giudici comuni, mentre l’amparo costituzionale scatta solo nel momento in cui sia presente – accanto all’interesse soggettivo – l’interesse generale per la tutela dei diritti fondamentali. In questa direzione va anche la sentenza 155/2009 del TC, la quale ha provveduto a specificare la nozione di “speciale rilevanza costituzionale”.

A tal proposito è interessante notare come anche la giurisprudenza costituzionale italiana è giunta a valorizzare fortemente il potere interpretativo del giudice comune, invitando quest’ultimo a risolvere, qualora fosse possibile, da solo i dubbi di costituzionalità. La c.d. interpretazione conforme ha così determinato un aumento del carattere di “diffusione” del nostro modello di controllo sulle leggi.

Sia in ambito comunitario che nazionale (spagnolo e italiano) sembra, pertanto, registrarsi una tendenza ad una “diffusione” delle funzioni proprie della giustizia costituzionale, che finisce per rafforzare il ruolo di interprete dei giudici comuni. Mancano, tuttavia, nell’ordinamento italiano – a differenza di quello comunitario e spagnolo (che prevedono rispettivamente il ricorso per responsabilità extracontrattuale e il ricorso di amparo) – gli strumenti per combattere l’emergere di eventuali effetti distorsivi di questa diffusione, che potrebbero finire per allontanare ancor più il singolo dalla giustizia costituzionale. Altra è la questione della diversità degli strumenti a tal

uopo previsti in ambito comunitario e spagnolo: nel primo caso infatti il ricorso è svolto dallo stesso giudice nazionale non di ultima istanza, mentre nel secondo caso dal giudice costituzionale. La giustizia costituzionale spagnola sembra presentare, pertanto, un sistema più completo ed effettivo grazie proprio alla presenza del ricorso di amparo.

Le vie di accesso alla giustizia costituzionale finiscono, dunque, per incidere sull'effettività della stessa e non solo sul ruolo che si vuole riconoscere al giudice costituzionale - come controllore oggettivo della legge oppure come garante principalmente dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione. La giustizia costituzionale sarà, infatti, tanto più effettiva quanto più veloci e agevoli sono le vie di accesso al giudice costituzionale come nel caso spagnolo grazie alla presenza del ricorso di amparo, mentre, al contrario, sarà meno effettivo là dove verrà riscontrata l'esistenza di larghe zone di ombra o di zone franche come ad es. nel caso italiano in virtù dell'assenza di un giudice competente chiamato a valutare la decisione del giudice *a quo* di respingere la questione sollecitata dalle parti nel corso di un procedimento in via incidentale, qualora quest'ultima non sia adeguatamente motivata dal giudice o si fondi su una motivazione arbitraria o manifestamente irragionevole. Di qui, l'importanza fondamentale delle scelte relative alle vie di accesso alla giustizia costituzionale, le quali, a loro volta, hanno comportato l'affermarsi di nuovi schemi e sistemi di classificazione dei modelli di giustizia costituzionale - superando la classica contrapposizione tra modello nordamericano-diffuso ed europeo-accentrato.

Oggi il meccanismo del rinvio pregiudiziale - previsto in ambito comunitario - sembra spingere verso un'integrazione tra i sistemi di tutela. Meccanismo che, infatti, si fonda sulla cooperazione e sul dialogo tra giudice nazionale e Corte di giustizia. Ed è, soprattutto, il giudice comune (ed *in primis* quello non di ultima istanza) a svolgere un ruolo importante - considerato che quest'ultimo non solo ha la possibilità in prima battuta di rivolgersi alla Corte di giustizia, ma è anche chiamato a decidere sul carattere

grave e manifesto della violazione del diritto comunitario da parte del giudice di ultimo grado –. Pertanto, il suo ruolo influisce non solo sulla costruzione di un sistema integrato di giustizia ma anche sulla tutela effettiva del singolo – dato che il meccanismo del rinvio pregiudiziale è ritenuto, oltre che strumento decisivo per la creazione di un sistema giurisdizionale integrato fra Stati membri e Comunità, anche principale rimedio alternativo predisposto dal sistema giurisdizionale comunitario al ricorso diretto.

E anche all'interno di questo quadro caratterizzato dall'integrazione tra i sistemi giurisdizionali (comunitario e nazionali), le diverse vie di accesso al giudice costituzionale finiscono per avere ricadute anche su quei casi di invocata violazione dell'obbligo di rinvio di cui all'art. 234 CE. Infatti, in tal caso il ricorso diretto al giudice costituzionale nazionale funge da strumento di reazione al malfunzionamento della cooperazione, confermando ancora una volta la maggiore completezza ed effettività della giustizia costituzionale spagnola.

Sempre all'interno di questo scenario, il ricorso diretto alla Corte europea dei diritti dell'uomo che si presenta come accessibile in modo eguale per tutti i cittadini comunitari, potrebbe solo in parte sopperire alla mancanza del ricorso diretto al giudice costituzionale, considerato che il primo – al pari dell'azione di responsabilità – mira al mero risarcimento, mentre solo il secondo incide sul giudicato che ha causato il danno.

Bibliografia

- A. Adinolfi, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in «Il diritto dell'Unione Europea», n. 1, 2001.
- A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in «Rivista di Diritto Internazionale», n. 1, 2010.
- M. Airoidi, *La tutela dinanzi alla giurisdizione amministrativa europea*, Torino, 1999.
- E. Alonso García, *El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales*, in *Estudios sobre la Constitución española* (a cura di S. Martín-Retortillo), Madrid, 1991.
- R. Alonso García, *El juez español y el derecho comunitario*, Valencia, 2003.
- R. Alonso García, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Civitas, 2005.
- C. Amalfitano, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», n. 1, 2003.
- S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002.
- G. Amato-F. Bassanini, *La Corte costituzionale: un istituto da riformare*, in «Politica del diritto», 1972.
- A. Andronio, *Art. 111*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), v. III, Torino, 2006.
- V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998.
- X. Arzon Santisteban, *La relevancia del derecho de la Unión europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», n. 74, 2005.
- M. Azpitarte Sánchez, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Madrid, 2004.
- F. Balaguer Callejón, *Organización y competencias del Tribunal Constitucional*, in *Manual de derecho constitucional*, v. I, Madrid, 2007.

- F. Balaguer Callejón, *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2008.
- J. M. Bandres Sanchez-Cruzat, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, 1992.
- J.M.^a Baño León, *El Tribunal Constitucional, el juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, in «Revista de Derecho Comunitario Europeo», n. 18, 2004.
- Baratta, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2008.
- P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- S. Baroncelli, *Le fonti del diritto nell'UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accresciuta complessità del sistema*, in sito telematico Osservatorio sulle fonti.
- A. Barrero Ortega, *Apuntes sobre el nuevo amparo*, in *La reforma del Tribunal Constitucional*, a cura di P. Pérez Tremps, Valencia, 2007.
- S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- S. Bartole, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*.
- R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.
- D. Boni, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, a cura di B. Nascimbene e L. Daniele, Milano, 1998.
- A. Bultrini, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004.
- A. Carbone, *Le leggi provvedimento e le leggi autoapplicative*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006.
- S. M. Carbone, *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008.
- P. Caretti, *Corte e rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008.

- P. Caretti-E. Cheli, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», 1984.
- M. Cartaria, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006.
- M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007.
- M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia: argomenti per un dialogo diretto*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008.
- M. Cartabia e J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000.
- P. Carrozza-R. Romboli-E. Rossi, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006.
- E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008.
- S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.
- E. Catalani, *I trattati internazionali*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006.
- A. Celotto, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2004.
- F. Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcellona, 1994.
- F. Chamorro Bernal, *El artículo 24 de la Constitución*, tomo I, Barcellona, 2005.
- M. Chiavario, *Art. 6*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Padova, 2001.
- M. P. Chiti, *Le norme sulla giurisdizione*, in sito telematico *Studio Legale Chiti*.
- F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 1994.
- L. P. Comoglio, *Art. 24, 1° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981.
- B. Conforti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, a cura di L.S. Rossi, Milano, 2002.
- P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996.
- P. Costanzo (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Genova, 2002.

- L. Cozzolino, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea-A. Spadaio-L. Ventura, Torino, 2003.
- G. D'Alessandro, *Insindacabilità parlamentare e diritto di accesso al giudice: il «caso» Cordova dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it
- M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991.
- M. D'Amico, *Capo VI – Giustizia*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco-M. Cartabia-A. Celotto, Bologna, 2001.
- M. D'Amico-G. Arconzo, *Art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Torino, 2006.
- S. De Maria, *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in «Riv. it. dir. pubbl. comp.», 2004.
- M. De Salvia, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Padova, 1997.
- M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, Napoli, 1999.
- L.E. Delgado del Rincón, *El trincio de primacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales: su cuestionamiento por la Sala Primera del Tribunal Supremo*, in *La reforma del Tribunal Constitucional*, a cura di P. Pérez Tremps, Valencia, 2007.
- G. Demuro, *I rapporti fra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea-A. Spadaro-L. Ventura, Torino, 2003.
- C. Di Turi, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in «Il diritto dell'Unione europea», n. 4, 2002.
- L.M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 2003.
- F. Donati-P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea-A. Spadaro-L. Ventura, Torino, 2003.
- L. Elia, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, in «Quaderni costituzionali», 1984.
- C. Esposito, *Per la determinazione del significato dell'espressione «supreme magistrature amministrative»*, in «Giur. cost.», 1963.
- R. Facchin (a cura di), *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea*

- dei diritti dell'uomo*, Padova, 1988.
- G. Famiglietti, *Le deleghe legislative*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006.
- E.A. Ferioli, *Le formazioni sociali ed i soggetti privati*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006.
- F. Fernández Segado, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Madrid, 2008.
- L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001.
- L. Ferrajoli, *Effettività primaria ed effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale*, in *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, a cura di A. Catania, Milano, 2005.
- Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi*, in Dig. (disc. pubbl.), VIII, 481.
- G. Ferrari, «*Supreme magistrature*» *composizione dei rispettivi collegi per l'elezione dei giudici costituzionali*, in «Giur. cost.», 1963.
- G.F. Ferrari, *Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?*.
- L. Ferrari Bravo-F.M. di Majo-A. Rizzo (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, 2001.
- A. Ferraro, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in «Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario», n. 2, 2005.
- F. Fontanelli, *Alcune riflessioni su Küçükdeveci (Caso C-555/07)*.
- M. Fragola, *La responsabilità dello Stato e la tutela dei diritti dei singoli*, in *Temi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008.
- M. Fragola, *Il primo rinvio pregiudiziale «d'urgenza»: il caso Rinau*, in «Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali», n. 4, 2008.
- M. Fragola, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010.
- T.E. Frosini, *Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee*, in *Corti nazionali e Corti europee*, a cura di G.F. Ferrari, Napoli, 2006.
- S. Gambino, *Modelli europei di ordinamento giudiziario e tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione Europea*, in «Rassegna Forense», n. 1-2, 2005.

- M. García Pelayo, *El "status" del Tribunal Constitucional*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», n. 1, 1981.
- J. García Roca, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, in *La reforma del Tribunal Constitucional*, a cura di P. Pérez Tremps, Valencia, 2007.
- A. Gardino Carli, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005.
- G. Gerbasi, *I rapporti tra l'Unione europea e la C.E.D.U. nel progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, Diritti fondamentali*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2006.
- G. Gerbasi, *Forme e strumenti del (necessario) dialogo giudiziario nella complessa (e sui generis) architettura giudiziaria europea*, in «Civitas Europa», n. 20, 2008.
- G. Gerin, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Padova, 2000.
- F. Giambelluca, *La Corte di giustizia amplia i confini della responsabilità civile dello Stato italiano per la violazione del diritto comunitario derivante dall'attività di organi giurisdizionali*, in «Dir. pubbl. comp. eur.», 2006.
- T. Giovanetti, *Delegificazione, regolamenti e atti amministrativi*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006.
- T. Giovannetti, *L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.
- T. Giovanetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009.
- H. Kelsen, *General Theory of Law and State (1945)*, trad. it. S. Cotta- G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1959.
- H. Kelsen, *Reine Rechtslehre (1960)*, trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.
- A. Lang, *Il diritto ad un ricorso effettivo nell'Unione europea*, in *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, a cura di P. Bilancia-E. De Marco, Milano, 2004.
- A.G. Lana, *I tempi del processo e l'equa riparazione a quattro anni dall'entrata in vigore della c.d. legge Pinto*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006.
- J.M. López Ulla, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, in *La reforma del Tribunal Constitucional*, a cura di P. Pérez Tremps, Valencia, 2007.

- S. Lorenzon, *Il dopo Trattato di Lisbona: completezza ed effettività dei rimedi giurisdizionali di fronte alla Corte di giustizia*, in «Quaderni Costituzionali», n. 1, 2010.
- M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, Padova, 1984.
- M. Magrassi, *Il principio comunitario di rule of law e l'evoluzione dei rimedi giurisdizionali: il contesto della Carta*, in *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Toniatti, Padova.
- E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi, *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002.
- G.F. Mancini, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004.
- P. Manzini, *Il ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, cit., pp. 717-731
- P. Manzini, *Sull'irragionevole durata delle procedure comunitarie*, in «Dir. Unione europea», 1999.
- J. M. Martínez Sierra, *La recepción del derecho comunitario*, Valencia, 2007.
- R. Mastroianni, *Il Trattato di Lisbona e le modifiche al sistema giurisdizionale dell'UE*, in sito telematico *Sud in Europa*.
- O. Mazza, *Diritto a un equo processo*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano, 2006.
- R.P. Mazzeschi, *Il coordinamento tra la nuova condizione di ricevibilità prevista dal Protocollo n. 14 alla Convenzione europea e la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni*, in «Rivista di Diritto Internazionale», n. 3, 2005.
- V. Messerini, *La materia elettorale*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006.
- C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, a cura di G. Amato e altri, Bari, 1979.
- L. Montanari, *Giudici comuni e Corti sopranazionali: rapporti tra sistemi*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea-A. Spadaio-L. Ventura, Torino, 2003.
- L. Montanari, *La disciplina del ricorso individuale nella giurisprudenza comunitaria*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», III, 2004.
- N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978.
- M. L. Padelletti, *Una nuova condizione di ricevibilità del ricorso individuale: il*

- danno significativo subito dalla vittima, in «Rivista di Diritto Internazionale», n. 1, 2006.
- G. Palmisano, *La presa di posizione preclusiva del ricorso in carenza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I.
- M. Panebianco (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001.
- M. Pedrazzi, *La Convenzione europea sui diritti e il suo sistema di controllo*, in *La tutela internazionale dei diritti umani*, a cura di L. Pineschi, Milano, 2006.
- P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985.
- Pérez Tremps, *El Tribunal Constitucional. Composición y organización*, in *Derecho Constitucional*, a cura di L. López Guerra-E. Espín-J. García Morillo-P. Pérez Tremps-M. Satrústegui, vol. II, Valencia, 2007.
- P. Pérez Tremps, *El Tribunal Constitucional. Procedimientos*, in *Derecho Constitucional*, vol. II, Valencia, a cura di L. López Guerra-E. Espín-J. García Morillo-P. Pérez Tremps-M. Satrústegui, 2007.
- P. Pérez Tremps (a cura di), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, 2007.
- A. Pertici-R. Romboli, *Art. 13*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Padova, 2001.
- A. Pertici, *La "giustiziabilità" dei diritti fondamentali tra Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *La Carta europea dei diritti*, a cura di P. Costanzo, Genova, 2002.
- A. Pertici, *Le fonti comunitarie*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006.
- L. Pesole, *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in www.federalismi.it.
- L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006.
- G. Pizzolante, *Trattato costituzionale e legittimazione degli individui ad impugnare gli atti comunitari*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo».
- A. Pizzorusso, *Garanzie costituzionali (art. 134-139)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Roma-Bologna, 1981.

- F. Pocar, *Dignità-Giustizia*, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, a cura di L. S. Rossi, Milano, 2002.
- A. Police, *Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti), Torino, 2006.
- A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- P. Pustorino, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998.
- B. Randazzo, *Equa riparazione e ragionevole durata del processo: giurisprudenza italiana ed europea a confronto*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», n. 1, 2003.
- R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 1/03.
- G. Raiti, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003.
- B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea-A. Spadaro-L. Ventura), Torino, 2003.
- J. Roldán Barbero-E. Díez Peralta, *Tribunal Constitucional español y derecho comunitario (2003-2005)*, in «Revista de Derecho Comunitario Europeo», n. 23, 2006.
- R. Romboli, *Il giudizio costituzionale come processo senza parti*, Milano, 1985.
- R. Romboli, *Giudice naturale*, voce in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1998.
- R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2003, n. 1, pp. 9-43
- R. Romboli, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza., Osservazioni sull'art. 47*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», n. 1, 2003.
- R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, a cura di R. Romboli, Torino, 2005.
- R. Romboli, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. "oggettivazione" dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- A. M. Romero Coloma, *El artículo 24 de la Constitución española: examen y valoración*, Granada, 1992.

- A.M. Romito, *Principio di effettività e ruolo del giudice nell'applicazione del diritto comunitario*, tomo II.
- L. S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Milano, 2002.
- C. Russo-P. M. Quaini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006.
- F. Salvemini, *Ricorso di annullamento e ricorso in carenza*, in *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, a cura di B. Nascimbene-L. Daniele, Milano, 1998.
- V. Sciarabba, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le «clausole orizzontali» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di Nicolo Zanon, Napoli, 2006,
- J. M. Serrano Alberca, *Art. 24*, in *Comentarios a la Constitucion*, a cura di F. Garrido Falla, Madrid, 1985.
- F. Sorrentino, *La Corte e le questioni pregiudiziali*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008.
- A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006.
- I. Spigno, *La Corte costituzionale e la vexata questio del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Rivista telematica Osservatorio sulle fonti*.
- P. Stancati, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- G. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2005.
- A. Tizzano, *La "Costituzione europea" e il sistema giurisdizionale comunitario*, in «Il diritto dell'Unione europea», 2003.
- R. Toniatti (a cura di), *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, 2002.
- N. Trocker, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta europea e Diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002.
- A. Vespaziani, *Il diritto costituzionale comune europeo nell'era dei bilanciamenti*, in *I diritti fondamentali europei*, a cura di A. Vespaziani, Tornino, 2009.
- G. Vettori (a cura di), *Carta europea e Diritti dei privati*, Padova, 2002.
- C. Vidal Prado, *El impacto del nuevo derecho europeo en los Tribunales*

- constitucionales*, Editorial Colex, 2004.
- P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003.
- N. Vizioli, *I decreti-legge*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006.
- G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.
- J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.

**IL DIRITTO ALLA TUTELA GIUDIZIARIA EFFETTIVA:
TRA CORTI E CARTE DEI DIRITTI**

INDICE

Premessa	pag.	3
 Capitolo I – Il diritto di accesso al giudice nel <i>multilevel constitutionalism</i>		
1. Premessa	“	6
2. Il diritto di accesso al giudice nella Costituzione italiana	“	10
3. Il diritto di accesso al giudice nella Costituzione spagnola	“	20
4. Il diritto di accesso al giudice nella Carta di Nizza	“	30
5. L’evoluzione delle modalità di accesso alla Corte di Strasburgo	“	39
6. Il diritto di accesso al giudice nella CEDU	“	49
6.1 Art. 13 della CEDU: diritto ad un ricorso effettivo	“	49
6.2 Art. 6 della CEDU: diritto ad un equo processo	“	61
7. Brevi note conclusive	“	77
 Capitolo II – Il diritto di accesso al giudice alla luce dell’architettura giurisdizionale comunitaria.		
1. Premessa	“	82
2. Il ricorso di annullamento	“	86
2.1 Le condizioni di accesso da parte delle persone fisiche o giuridiche: l’ex art. 230, quarto comma	“	86
2.2 L’ex art. 230, quarto comma: tra critica e difesa	“	90
2.3 La giurisprudenza TWD: chiarisce e/o complica l’accesso dei singoli al giudice comunitario	“	96

	<i>Indice</i>	283
3.	Le persone fisiche e giuridiche e il rinvio pregiudiziale	“ 99
4.	L’accesso delle persone fisiche e giuridiche agli altri ricorsi giurisdizionali presenti nel Trattato CE	“ 107
5.	La revisione dei Trattati istitutivi e l’accesso delle persone fisiche e giuridiche al giudice comunitario: una questione aperta?	“ 115
6.	La Corte di giustizia agisce come giudice costituzionale: l’importanza del rispetto dei diritti fondamentali anche nel settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Sentenza Kadi	“ 128
7.	Considerazioni conclusive	“ 137
Capitolo III – Due diversi modelli di accesso del singolo alla giustizia costituzionale: Italia e Spagna		
1.	Premessa. Composizione, organizzazione e competenze del giudice costituzionale italiano e spagnolo	“ 140
2.	Il singolo e il ricorso di costituzionalità in via incidentale	“ 153
3.	Il ricorso e la <i>cuestión de incostitucionalidad</i>	“ 171
4.	Il ricorso di amparo	“ 180
5.	La questione interna di incostituzionalità in relazione al ricorso di amparo	“ 189
6.	L’accesso del singolo alla giustizia costituzionale: Italia e Spagna a confronto	“ 192
Capitolo IV – Giustizia costituzionale nazionale verso un’integrazione tra sistemi giurisdizionali (sistema integrato di giustizia)		
1.	Premessa	“ 196
2.	Effettività del controllo di costituzionalità sulle leggi: contrastare l’esistenza di larghe zone di ombra o zone	

	<i>Indice</i>	284
	franche e rendere le vie di accesso più rapide e agevolate. Spagna e Italia a confronto	“ 201
3.	Verso un' integrazione tra sistemi giurisdizionali (sistema integrato di giustizia)	“ 217
	3.1 Corte Costituzionale italiana e Corte di giustizia	“ 217
	3.2 Tribunale Costituzionale spagnolo e Corte di giustizia	“ 227
	3.3 L'importanza del ruolo del giudice comune all'interno del meccanismo del rinvio pregiudiziale	“ 238
	3.4 L'integrazione tra i sistemi giurisdizionali e i suoi effetti	“ 250
	Conclusioni	“ 255
	Bibliografia	“ 270
	Indice	“ 281