

LE “NUOVE” FONTI NEL TRATTATO COSTITUZIONALE EUROPEO

Alfonso CELOTTO*

RESUMEN: ¿Son aplicables las fuentes del derecho nacional al sistema europeo? El autor analiza la introducción del nuevo sistema de fuentes basado en el texto mismo del tratado que instituye la Constitución europea, las leyes y leyes marco, los reglamentos, ciertas normas atípicas. Contrariamente a lo que pudiera suponerse, entre las distintas normas jurídicas no se sigue un criterio jerárquico lineal sino más bien competencial, categoría más propia para sistematizar el complejo normativo creado. El autor resalta la importancia de la primacía del derecho europeo, sin embargo, también señala que esta primacía admite límites constitucionales nacionales, los cuales constituyen elementos de integración que en ocasiones pueden derogar al derecho europeo.

Palabras clave: Fuentes del derecho, derecho nacional, derecho europeo.

ABSTRACT: *Are the sources of the national law applicable to the European system? The author analyzes the introduction of the new system of sources based on the same text of the Treaty that institutes the European Constitution, the laws and laws frame, the regulations, and certain particular norms. Contrary to which it could be assumed, among different legal norms a linear hierarchic but rather competential criterion is not followed, category more accurate to systematize the created normative complex. The author emphasizes the importance of prevalence of European law, nevertheless, also indicates that this prevalence admits national constitutional limits, which constitute integration elements which sometimes they can countermand to the European right.*

Descriptors: *Sources of law, national law, european law.*

* Professore ordinario di diritto costituzionale Università degli studi Roma tre.

I. NUOVI “*NOMEN*” PER FONTI VECCHIE?

La tradizionale accusa di *deficit democratico* mossa ai processi decisionali comunitari¹ sembra radicalmente superata nel Progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, ove —per la prima volta in ambito comunitario— si qualificano fonti utilizzando un termine dal forte connotato evocativo come “legge”.

Sappiamo che il “progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa” è stato approvato il 18 giugno 2004 e che non entrerà in vigore prima del novembre 2006, in quanto è attualmente in corso l'iter delle ratifiche nazionali; dopo le ratifiche positive di nove Stati membri —tra cui l'Italia con l. n. 57 del 2005— i referendum negativi di Francia e Olanda (maggio 2005) hanno creato un notevole problema (in primis) politico alla sua approvazione finale.

Ad ogni modo, il testo di progetto costituzionale è l'occasione per ragionare del sistema europeo delle fonti.

Leggere finalmente la parola “legge” in questo Trattato ci fa pensare che è stata finalmente introdotta nel sistema comunitario la fonte del diritto per antonomasia dei sistemi democratici moderni? la classicissima espressione della volontà generale, con cui per anni si è tentato di accentrare nella mani di un'Assemblea rappresentativa del popolo le scelte normative fondamentali?

Non basta certo un *nomen juris* per trasformare un sistema.

E' sufficiente il semplice confronto fra l'art. I-33 del Progetto e l'art. 249 TCE per accorgersi subito che la “legge europea” e la “legge quadro europea” assomiglino ben poco ai relativi concetti che siamo abituati ad usare nel diritto nazionale.

La *legge europea* è definita come “un atto legislativo di portata generale. È obbligatoria in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri”. La *legge quadro europea* come “un atto legislativo che vincola tutti gli Stati membri destinatari per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla scelta della forma e dei mezzi”.

Sono le stesse parole utilizzate fin dal 1957 per definire il “regolamento” e la “direttiva”! La prima, facile conclusione potrebbe essere che ci

¹ Con specifico riferimento alle fonti comunitarie *cf.* Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 441.

troviamo di fronte ad una mera “truffa delle etichette”. Al pari degli antiquari con pochi scrupoli che restaurano ad arte mobili nuovi per farli apparire antichi, si può pensare che la Convenzione europea abbia riproposto le solite fonti comunitarie poco democratiche con un *nomen juris* nobile e altisonante.

Vale, tuttavia, scrostare quest’etichetta truffaldina per soffermarsi sulle novità del modello comunitario delle fonti, tenendo comunque presente un parametro di valutazione ineludibile: l’Unione non riproduce (né può riprodurre) i modelli democratici nazionali.² Il sistema comunitario si fonda sul peculiare equilibrio fra organi esecutivi e organi legislativi, influenzato in maniera decisiva dal ruolo degli Stati membri e dei Governi. Del resto, come osservato più in generale, la democrazia intesa come partecipazione alle scelte pubbliche e come designazione dei rappresentanti non è adeguata ad un sistema di governo transnazionale e globale.³

Ecco, allora, che il fenomeno comunitario va studiato ed affrontato secondo categorie necessariamente nuove o, almeno, adattando quelle a noi note.⁴ Volendo utilizzare una metafora, possiamo dire che discutere di Unione europea utilizzando le categorie giuridiche proprie degli Stati nazionali equivale a voler intraprendere un viaggio interplanetario con un aereo ad elica.

II. LA DISCIPLINA DI LEGGE E LEGGE QUADRO EUROPEA

Le terminologie “legge” e “legge quadro” europea compaiono fin dal progetto preliminare del 28 ottobre 2002,⁵ sia pur senza alcuna precisazione sulle caratteristiche formali e sostanziali di queste fonti.

L’idea di questo nuovo *nomen juris* non è stato oggetto di particolare dibattito nel gruppo di lavoro sulla semplificazione delle procedure legislative e degli strumenti, che si è interessato piuttosto di razionalizzare gli strumenti e le procedure e di architettare una gerarchia delle fonti comunitarie, come vedremo nel paragrafo successivo.

2 Cfr. Cartabia-Weiler, *L’Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 47.

3 Cfr. Guarino, *Il governo del mondo globale*, Florencia, 2000, p. 258.

4 Sull’esigenza di nuovi inquadramenti più che di riforme istituzionali per affrontare il deficit democratico comunitario cfr. Pinelli, *Il momento della scrittura*, Bologna, 2002, pp. 154 y ss.

5 CONV 369/02, art. 25.

Gli articoli che la parte I del progetto dedica alla legge europea e alla legge quadro non recano novità particolari rispetto alle fonti previgenti.

Gli artt. I-38 e I-39 ribadiscono i principi già applicabili in tema di motivazione, promulgazione, pubblicazione ed entrata in vigore degli atti normativi comunitari. Certo che per il giurista italiano è comunque sorprendente leggere una disposizione costituzionale che impone l'obbligo di motivazione ad atti normativi chiamati leggi, nella consapevolezza che da decenni riteniamo che "di norma, non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto".⁶ Tuttavia, sappiamo bene, come la motivazione sia da sempre elemento essenziale degli atti normativi comunitari, in forza dell'art. 253 TCE: modificato il "nome" ai regolamenti e alle direttive", non poteva comunque venir meno questo elemento di trasparenza che favorisce il controllo giurisdizionale.

L'art. I-34 individua, in via generale, la "procedura legislativa ordinaria" delle leggi europee, poi compiutamente disciplinata dall'art. III-396.⁷

Le procedure normative — come noto — hanno subito notevoli sviluppi dal Trattato di Roma. Inizialmente erano caratterizzate dal monopolio d'iniziativa della Commissione, dal potere decisionale del Consiglio e da un Parlamento che disponeva del solo diritto di essere consultato (c. d. consultazione semplice, una sola lettura). L'Atto unico europeo introdusse la procedura di cooperazione (due letture) nel settore della realizzazione del mercato interno, procedura nel frattempo caduta in disuso, tranne nel quadro dell'Unione economica e monetaria. Il trattato di Maastricht ha introdotto la procedura di codecisione, inizialmente applicata a 15 settori, estesa a 24 settori dal trattato di Amsterdam e poi resa dal Trattato di Nizza la procedura legislativa predominante; essa si caratterizza per due elementi essenziali: la fase di conciliazione e l'impossibilità per il Consiglio di imporre la sua volontà al Parlamento, anche all'unanimità.

La procedura legislativa ordinaria ora disciplinata dall'art. III-396 consiste nella riproposizione della procedura di codecisione, confermando le regole vigenti, ma con una diversa strutturazione terminologica che evidenzia ancor più il ruolo tendenzialmente paritario del Parlamento e

⁶ Così Corte costituzionale, sent. 7 marzo 1964, no. 14, in *Giur. Cost.*, 1964, pp. 157 y s.

⁷ Sono comunque possibili procedure speciali (*cf.*: in via generale art. I-34, par. 2), in cui la parità dei due rami dell'autorità legislativa viene meno.

del Consiglio dei ministri nell'*iter legis* comunitario. Al fondo, il sistema legislativo comunitario si configura come un modello “bicamerale”, in cui accanto ad una Camera rappresentativa del popolo (*rectius* dei popoli) europeo, abbiamo un secondo organismo (ci sembra troppo chiamarlo “Camera”) rappresentativo degli Stati: lo schema è quello dei sistemi federali e regionali (ad una Camera dei cittadini si affianca una Camera degli Stati), ovviamente applicato e adattato alla realtà comunitaria.

E' in quest'ottica che possiamo parlare di “due rami” dell'autorità legislativa, con la presenza di un organismo eletto dai cittadini e di uno composto dagli Stati membri, per rispondere a pieno al dualismo caratteristico della forma di governo comunitaria.

III. IL DIVIETO DI ATTI ATIPICI

Rilevanti innovazioni riguardano il nuovo assetto sistematico delle fonti.

In sede di Convenzione, il gruppo di lavoro sulla semplificazione delle procedure legislative e degli strumenti aveva come mandato fondamentale quello di contrastare l'eccesso di strumenti giuridici.⁸ L'attuale sistema dell'Unione conosce oltre 30 strumenti normativi differenti, taluni con effetti simili a fronte di nomi diversi, altri —paradossalmente— con effetti diversi a fronte di nomi uguali (emblematico è il caso della “decisione”).⁹

Per favorire intelligibilità, semplicità e chiarezza¹⁰ —pur nella piena consapevolezza di quanto sia difficile semplificare—¹¹ si sono auspicate l'eliminazione degli atti atipici, una più compiuta gerarchia degli atti normativi e l'utilizzo di “nomen juris” più tradizionali.

Al fine di contenere il numero degli strumenti normativi era stata ventilata l'idea di uno specifico divieto di atti atipici, che tuttavia non è stato recepito nel Progetto di Costituzione. Ad ogni modo, un passo in avanti

⁸ A livello documentale possono essere richiamati il Mandato del gruppo (CONV 271/02), i Resoconti delle riunioni (CONV 289/02, 341/02, 363/02, 372/02) e la relazione finale (CONV 424/02).

⁹ Atto amministrativo nell'art. 249 TCE, atto normativo di cooperazione nell'ambito della cooperazione in materia penale, e norma di carattere generale nella prassi degli atti atipici.

¹⁰ Cfr. CONV 424/02.

¹¹ La constatazione di partenza è stata proprio “non vi è nulla di più complesso della semplificazione” (CONV 424/02, p. 1).

verso la non proliferazione delle fonti può essere rinvenuto nel par. 2 dell'art. I-33, ove si dispone: "In presenza di proposte di atti legislativi, il Parlamento europeo e il Consiglio dei ministri si astengono dall'adottare atti non previsti dal presente articolo nel settore interessato". Si tratta di una direttiva di politica legislativa più di un divieto esplicito; tuttavia, si consente alla Commissione, titolare del potere di iniziativa degli atti legislativi, ai sensi dell'art. 34 e III-396,¹² di limitare gli interventi atipici di Parlamento e Consiglio.

Ulteriore elemento che può limitare la proliferazione di atti atipici è la ampia previsione di *riserve* di legge o di legge quadro in tutta la parte del Progetto costituzionale dedicata alle politiche comunitarie. Disposizioni come l'art. III-134 —secondo cui "La legge o la legge quadro europea stabilisce le misure necessarie per realizzare la libera circolazione dei lavoratori"¹³ vanno intese non solo nel tradizionale senso di limitazioni alla competenza degli atti normativi secondari; ma anche —considerato il peculiare assetto comunitario— come specifici divieti di adottare atti atipici nelle materie riservate. Anche qui —mi piace sottolinearlo— si recupera e si utilizza un concetto tradizionale della giuspubblicistica (la riserva di legge) per applicarlo e adattarlo alla sistematica comunitaria.

IV. I REGOLAMENTI EUROPEI

Innovativa —e molto propagandata a livello di lavori della Convenzione— è la creazione di una vera e propria gerarchia degli atti comunitari, delineata nell'art. I-33 e compiutamente disciplinata negli artt. I-34, I-35, I-36 e I-37.

L'attuale sistema normativo prevede, come noto, solo un livello primario (composto da regolamenti e direttive), cui si aggregano gli atti esecutivi. La grande novità consiste nella aggiunta del regolamento europeo, "atto non legislativo di portata generale volto all'attuazione degli atti legislativi e di talune disposizioni specifiche della Costituzione", come

¹² Sono ammesse eccezioni, come previsto in via generale dall'art. I-34, par. 3, secondo cui: "Nei casi specifici previsti dalla Costituzione, le leggi e leggi quadro europee possono essere adottate su iniziativa di un gruppo di Stati membri o del Parlamento europeo, su raccomandazione della Banca centrale europea o su richiesta della Corte di giustizia o della Banca europea per gli investimenti".

¹³ Gli esempi sono numerosissimi: *cfr.*, ad es., artt. III-123, III-124, III-125, III-126, III-127, III-128, III-134, III-136, III-138, III-139, III-140, III-141, III-144, III-147, III-152 e così via.

precisa il 4o. comma dell'art. I-33, par. 1. In tal modo, si sgrava il livello primario dall'eccesso di dettagli —troppe volte abbiamo sorriso di fronte ai regolamenti sui molluschi bivalvi— e si crea uno strumento per intervenire in maniera rapida, efficace e flessibile nei settori specifici.

Non viene sciolta rispetto al regolamento europeo la commistione fra organi legislativi ed esecutivi, in quanto l'art. I-35 affida in via generale la competenza ad emanarli sia al Consiglio dei ministri sia alla Commissione,¹⁴ oltre che alla Banca centrale europea. Indefinita è anche la sua efficacia, prevedendosi che possa “essere obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri, oppure vincolare lo Stato membro destinatario per quanto riguarda il risultato da raggiungere”. Così, ove ci sia l'esigenza di attuare e integrare leggi o leggi quadro, la Commissione o ancor più spesso il Consiglio, dispongono ancora di un atto normativo generale, che può assumere —volta a volta— l'efficacia propria di un (vecchio) regolamento o di una (vecchia) direttiva.¹⁵

Una disciplina assai più dettagliata viene riservata, dal successivo art. I-36, ad una *species* del regolamento europeo, il “regolamento europeo delegato”. Nella disciplina del Progetto di Trattato costituzionale ricorrono una serie di elementi che lo avvicinano al regolamento in delegificazione, per come disciplinato in Italia dall'art. 17, 2o. comma, l. n. 400 del 1988:

a) è una potestà normativa non propria, ma attivabile soltanto su delega delle leggi europee o delle leggi quadro europee.

b) è di competenza della Commissione, esplicitando —finalmente— l'esigenza di separare le competenze del legislativo da quelle dell'esecutivo.

14 Nella parte del Trattato dedicata alle politiche, peraltro, la competenza ad adottare regolamenti europei è attribuita più di frequente al Consiglio dei ministri (ad es., artt. III-151, III-159, III-163), e non alla Commissione (ad es., art. III-166, par. 3).

15 E' quasi inutile aggiungere che, a livello nazionale, anche i regolamenti europei direttamente applicabili prevarranno sulle norme interne incompatibili, “degradando” ancor di più gli atti normativi interni (legislativi e anche costituzionali), in quanto cedevoli anche rispetto ad atti comunitari di rango non legislativo. Per un quadro sulla prevalenza delle fonti comunitarie sulle fonti interne ci sia consentito rinviare a Celotto, “Le ‘modalità’ di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi”, *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1999, pp. 1473 y ss.

c) si tratta di fonti che non hanno solo competenza attuativa ed integrativa ma anche modificativa delle leggi europee;¹⁶ resta però aperto il problema sul rango di tali fonti, che presentano profili di atipicità nella forza, in quanto —come da anni si discute in Italia rispetto ai regolamenti in delegificazione— sono atti, dal punto di vista passivo, a carattere secondario, ma abilitati —dal punto di vista attivo— a modificare atti primari.

d) si utilizza lo schema classico della delega di potere normativo, richiedendo che le leggi europee e le leggi quadro europee delimitino esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega.

e) si pongono —altro parallelo con la delegificazione italiana— limiti di materia ai regolamenti delegati, specificando che gli elementi essenziali di un settore non possono essere oggetto di delega.

Le previsioni del par. 2 dell'art. I-36 rafforzano, invece, i meccanismi di controllo dell'autorità legislativa sull'attività normativa delegata, disponendo esplicitamente la possibilità che le singole leggi di delega stabiliscano un diritto di avocazione o un diritto al silenzio:¹⁷ a tal fine si prevede che “il Parlamento europeo o il Consiglio dei ministri possono decidere di revocare la delega” e che “il regolamento delegato può entrare in vigore soltanto se, entro il termine fissato dalla legge europea o dalla legge quadro europea, il Parlamento europeo o il Consiglio dei ministri non muovono obiezioni”.

V. LA NUOVA GERARCHIA DELLE FONTI COMUNITARIE

A livello sistematico, l'introduzione del regolamento completa la piramide gerarchica degli atti normativi comunitari: Costituzione al livello superiore, legge e legge quadro al livello primario, regolamenti a quello secondario.¹⁸

¹⁶ Come specifica lo stesso art. I-36 “i regolamenti europei delegati... completano o modificano determinati elementi non essenziali della legge o legge quadro”.

¹⁷ Su tali meccanismi di controllo cfr., già rispetto ad una fase precedente al progetto finale, Rossi E., Dai lavori della Convenzione europea significative convergenze su un nuovo assetto delle fonti comunitarie (ma Montesquieu è ancora in viaggio...), in Forum dei quaderni costituzionali, www.unife.it/forumcostituzionale/index.html, 9 gennaio 2003.

¹⁸ Si rammenta che durante i lavori della Convenzione molto dibattuta è stata l'opportunità di introdurre anche la categoria delle “leggi organiche”, da utilizzare per le materia “quasi costituzionali”; cfr. CONV 271/02.

A prima impressione può sembrare che si riesca a configurare uno schema gradualistico delle fonti, semplice e lineare, di nitida ispirazione kelseniana, obiettivo da cui gli Stati nazionali sono invece sempre più lontani, con sistemi delle fonti complessi e farraginosi.¹⁹

Invece così non è in quanto, scorrendo le disposizioni del progetto, emergono numerose fonti atipiche e rinforzate.²⁰ Il richiamo va, in primo luogo, a tutte quelle ipotesi in cui sono previste procedure legislative speciali —ammesse in via generale dagli stessi parr. 2 e 3 dell’art. I-34— in particolare mediante consultazione di altri organi, configurandosi così *fonti atipiche nella forma*. Ad esempio, l’art. III-138 richiede che la legge quadro europea che stabilisce le misure per realizzare la libertà di stabilimento in una determinata attività va adottata previa consultazione del Comitato economico e sociale.²¹ L’art. III-194 prevede che la legge o legge quadro europea di determinazione delle misure necessarie per l’utilizzo dell’euro come moneta unica negli Stati membri sia adottata su consultazione della Banca centrale europea.²² L’III-280, par. 5, prevede che le leggi o le leggi quadro europee tese a stabilire azioni di incentivazione in materia di cultura vadano adottate previa consultazione del Comitato delle regioni.²³ La legge europea che determina le regole finanziarie dell’Unione è adottata previa consultazione della Corte dei conti, come dispone l’art. III-412. Ancora, l’art. III-427 dispone che la legge europea che stabilisce lo statuto dei funzionari dell’Unione e il regime applicabile agli altri agenti dell’Unione viene adottata previa consultazione delle istituzioni interessate.

In molti casi, poi, la competenza legislativa è riconosciuta al solo Consiglio dei ministri, ma con consultazione del Parlamento, replicando la attuale procedura di consultazione.²⁴

19 Per un quadro ci sia consentito rinviare a Modugno-Celotto-Ruotolo, “Considerazioni sulla crisi della legge”, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, 1999, 125-126, pp. 7 y ss.

20 Sul dibattito —ancora aperto— se la distinzione tra fonti “atipiche” e fonti “rinforzate” sia semplicemente convenzionale oppure indichi due categorie differenti, *cf.* ora Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Turin, 2001, pp. 389 y ss.

21 Altri casi di adozione di leggi o leggi quadro previa consultazione del Comitato economico e sociale sono contemplati dagli artt. III-134, III-147, III-172, III-201, III-214, III-231.

22 Per un altro caso di consultazione della BCE *cf.* art. III-185, par. 6.

23 Per altri casi di consultazione del Comitato delle regioni *cf.* art. III-166 e III-278.

24 *Cfr.*, ad es., artt. I-54, I-55, III-124, III-129, III-223, III-274.

In altre ipotesi è prevista l'adozione di leggi e leggi quadro europee su consultazioni plurime, a seconda dei casi del Comitato delle regioni e del Comitato economico e sociale,²⁵ del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale,²⁶ del Parlamento europeo e della Banca centrale europea,²⁷ del Comitato economico e sociale e degli Stati membri interessati,²⁸ del Parlamento europeo, del Comitato delle regioni e del Comitato economico e sociale.²⁹

Ancora, possono ricorrere elementi di atipicità nella fase di iniziativa di atti legislativi europee come —ad es.— per la legge di modifica dello statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea emendabili, ai sensi dell'art. III-187, par. 3, solo su proposta della Commissione previa consultazione della Banca centrale europea o su raccomandazione della Banca centrale europea previa consultazione della Commissione; per la legge di istituzione di Tribunali specializzati, adottabile su proposta della Commissione e previa consultazione della Corte di giustizia o su richiesta della Corte di giustizia e previa consultazione della Commissione;³⁰ o per la legge europea di modifica dello Statuto della Banca europea per gli investimenti, adottabile su richiesta della Banca europea per gli investimenti previa consultazione della Commissione, o su proposta della Commissione e previa consultazione della Banca europea per gli investimenti (art. III-393).

Accanto a queste ipotesi di atipicità nella forma, ricorre il caso —già ricordato— della *atipicità nella forza* per i regolamenti delegati, formalmente atti secondari, ma abilitati a derogare ad atti di grado legislativo.

A completamento di tutte le possibilità note quanto a forme di atipicità, ricorrono infine anche ipotesi di *atipicità nella competenza*, come ad es. accade per le leggi di bilancio³¹ o per tutti i casi in cui la competenza legislativa è affidata al solo Consiglio dei ministri, talora con consultazione del Parlamento.³²

25 Cfr. artt. III-222, III-223, III-224, III-234, III-236, III-278.

26 Cfr. artt. III-240, III-251, III-253.

27 Cfr. art. III-184 e III-185.

28 Come prevede l'art. III-252 per le leggi di attuazione del programma quadro pluriennale.

29 Cfr. art. III-206 e III-210.

30 Art. III-359.

31 Cfr. artt. III-403 y ss.

32 Sono le ipotesi già richiamate *supra* alla nota 24.

Non occorre dilungarsi ulteriormente per convincersi che il sistema delle fonti delineato dal progetto di Costituzione non sia affatto semplice e lineare. Il difficile obiettivo della semplificazione non sembra raggiunto in maniera accettabile. A fini ricostruttivi, poi, appare parlare problematico, se non addirittura insufficiente, parlare di gerarchia tra le fonti comunitarie. Si ritiene piuttosto che debba ragionarsi —quanto meno a livello integrativo se non addirittura sostitutivo— in termini di competenza per ricostruire adeguatamente un sistema assai complesso e sordinato e offrire un criterio per orientarsi tra le numerose antinomie che verranno.³³

VI. LA POSITIVIZZAZIONE DELLA *PRIMAUTÉ* DEL DIRITTO COMUNITARIO

Resta tuttavia, da considerare, quella che appare la novità più rilevante dal punto di vista generale: la positivizzazione del primato del diritto europeo.

Il principio della *primauté* —pilastro portante dell’integrazione— è un prodotto giurisprudenziale, sviluppatosi e precisatosi nel tempo. La sentenza Costa/ENEL del 15 luglio 1964³⁴ ha statuito che la *primauté* del diritto comunitario trova conferma nell’art. 189 (ora 249) TCE, rilevando che “questa disposizione, che non è accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno Stato potesse unilateralmente annullarne

³³ Negli anni, a livello della dottrina italiana, il criterio gerarchico è apparso sempre meno sufficiente a governare il sistema delle fonti, proponendosi sempre più insistentemente l’affiancamento o addirittura la sua sostituzione mediante il criterio della competenza; dopo gli spunti sulla concorrenza dei due criteri già di Zanobini, “Gerarchia e parità tra le fonti”, in *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, t. I; e “La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento”, in Calamandrei-Levi (a cura di), *Commentario sistematico della costituzione italiana*, Florencia, 1949, t. I. Cfr. soprattutto Crisafulli, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti del diritto”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1960, pp. 775 y ss.; Ruggeri, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milán, 1977; Guastini, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milán, 1993; Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., nota 1, pp. 90 y ss. Altra parte della dottrina propende per la totale sostituzione della competenza alla gerarchia, configurando il principio di competenza come unico canone di organizzazione del sistema, v. diffusamente seguendo i rilievi di Esposito, *La validità delle leggi*, Milán, 1934, pp. 72 y ss. Modugno, “Fonti del diritto (gerarchia delle)”, *Enc. Dir.*, Milán, 1997, Agg. I, pp. 561 y ss.; nello stesso senso Cerri, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Turín, 1997, p. 94, e, da ultimo, Niccolai, *Delegificazione e principio di competenza*, Padova, 2001.

³⁴ Causa 6/64; corsivi aggiunti.

gli effetti con un provvedimento nazionale che prevalesse sui testi comunitari”; e, quindi, precisando che “il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità”. Già in tale decisione emerge limpidamente che nessun tipo di atto nazionale, nemmeno di rango costituzionale —il “qualsiasi” del testo italiano è ancora più efficace nel testo francese dove si rileva “*le droit communautaire... ne pourrait... se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu’il soit*”— può resistere al diritto comunitario.

L’esplicitazione del principio seguirà nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*,³⁵ ove si osserva che l’invocazione “ai diritti fondamentali, per come formulati nella Costituzione di uno Stato membro, oppure ai principi costituzionali nazionali non può sminuire la validità di un atto comunitario o la sua validità nel territorio dello Stato”. L’applicazione si avrà molto più di recente nella sentenza *Tanja Kreil*,³⁶ in cui si è ammesso che la direttiva 76/207/CEE, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, la formazione e la promozione professionali e le condizioni di lavoro, osta all’applicazione di disposizioni nazionali, come quella dell’art. 12 della Costituzione tedesca, che escludono in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l’uso di armi e che ne autorizzano l’accesso soltanto ai servizi di sanità e alle formazioni di musica militare.

Sappiamo che l’assolutezza di questa affermazione ha trovato resistenze a livello nazionale, soprattutto negli Stati che hanno cercato di elaborare una dottrina dei controlimiti, quali possibilità di una resistenza di norme e principi nazionali —specie di rango costituzionale— alla prevalenza del diritto comunitario.³⁷

Ora, il Progetto di Trattato costituzionale non solo positivizza quanto consolidato nella giurisprudenza della CGCE, ma amplia la portata della *primauté* a tutto il diritto UE, stabilendo, all’art. I-6 che “La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell’Unione nell’esercizio delle com-

35 Sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70, specie § 3.

36 Sent. 11 gennaio 2000, causa C-285/98.

37 Per una più articolata ricostruzione sia consentito rinviare a Cartabia-Celotto, “La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza”, *Giur. cost.*, 2002, pp. 4477 y ss.

petenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri”. Sembra un riconoscimento pieno ampliato e senza condizioni della *primauté*, invece, tale disposizione, va letta sistematicamente, quanto meno con gli art. I-5 e II-113 del Progetto di Trattato costituzionale.

L’art. I-5 —addirittura anteposto al riconoscimento della *primauté*— prevede che “L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti alla Costituzione e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell’integrità territoriale, di mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale”.

L’art. II-113 —riprendendo testualmente l’art. 53 della Carta di Nizza— dispone:

Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.

Ne emerge una visione dinamica della *primauté*, che ammette limiti costituzionali nazionali.

Si tratta, in pratica della legittimazione della dottrina dei controlimiti, sia per quel che riguarda i principi supremi degli ordinamenti costituzionali sia per i (maggiori livelli di tutela dei) diritti inviolabili. I controlimiti si avviano, quindi, a divenire non più il rigido muro di confine fra ordinamenti, ma il punto di snodo, la cerniera nei rapporti tra UE e Stati membri. Resta sempre più sullo sfondo la concezione dei controlimiti quale *extrema ratio*, che può legittimare anche la secessione di uno o più Stati dall’Unione (ipotesi oggi prevista positivamente dall’art. I-60 del Progetto di trattato costituzionale, nella forma del recesso dall’Unione). I controlimiti modificano, ora, la loro natura iniziale e divengono elemento di integrazione fra gli ordinamenti, che può ammettere anche l’applicazione di norme nazionali, in deroga al diritto UE, ove rechino livelli più elevati di protezione dei diritti, oppure rappresentino elementi essenziali della peculiare struttura costituzionale statale. Una Unione europea

che tende alla formazione di un vero Stato unitario di tipo federale, non può non consentire che i singoli Stati membri, soprattutto in materia di diritti, non applichino le proprie disposizioni che riconoscono livelli di protezione più elevati, al pari di quanto avviene tradizionalmente negli Stati federali. Si ammette, così, che una norma nazionale possa derogare alla norma comunitaria: i controlimiti acquistano una propria legittimazione, quale forma dinamica di prevalenza del diritto nazionale, rispetto al caso concreto; la *primauté* assume contenuti nuovi e differenti, ammettendo deroghe a livello nazionale.

