



19 FEBBRAIO 2020

Il *recurso de amparo* come strumento di
controllo indiretto sulla corretta
applicazione del diritto dell'Unione
europea

di Martina Contieri

Dottoranda di ricerca in Diritto dell'economia
Università degli Studi di Napoli Federico II

Il *recurso de amparo* come strumento di controllo indiretto sulla corretta applicazione del diritto dell'Unione europea *

di Martina Contieri

Dottoranda di ricerca in Diritto dell'economia
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: Il contributo analizza il controllo esercitato dal *Tribunal Constitucional* spagnolo, in sede di *recurso de amparo*, sul rispetto da parte del giudice nazionale dell'obbligo di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Infatti, il giudice costituzionale spagnolo, pur negando in linea di principio che la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea costituisca una questione di rilevanza costituzionale, tuttavia, ha recentemente affermato che la violazione dell'art 267 TFUE può comportare, in presenza di determinate circostanze, la lesione del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 CE), fondando, in tal modo, la propria competenza a sindacare detta violazione. La presenza nell'ordinamento spagnolo di un ricorso diretto al giudice costituzionale, di converso, consente un controllo giurisdizionale nazionale sul rispetto dell'obbligo del rinvio pregiudiziale, a differenza che nell'ordinamento italiano in cui la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, oltre a costituire il presupposto per un eventuale procedura d'infrazione, può tutt'al più essere considerata quale parametro per valutare il grado di responsabilità civile del giudice nelle ipotesi di violazione manifesta del Diritto dell'Unione europea.

Abstract [En]: This paper analyses the constitutional control exercised by the Spanish *Tribunal Constitucional*, in the course of *recurso de amparo*, over the compliance by the national judge with the obligation to refer the matter to the Court of Justice for a preliminary ruling. Indeed, the Spanish Constitutional Court, despite denying in principle that the correct application of the European Union law is a matter of constitutional relevance, however, has recently stated that the infringement of Article 267 TFEU may lead, in the presence of certain circumstances, to a breach of the constitutional principle of effectiveness of judicial protection (Article 24 of the Spanish Constitution), thus establishing its competence to review said violation. In fact, the "*recurso de amparo constitucional*" allows a national constitutional control on compliance with the obligation under Article 267 TFEU. Instead, in the Italian legal system the breach of the obligation to refer the matter for a preliminary ruling could, at most, be regarded as a parameter for assessing the degree of the court's civil liability, in addition to be a precondition for EU infringement proceedings under art. 258 and 259 TFEU.

Sommario: 1. Introduzione. 2. L'apertura della Costituzione spagnola al diritto internazionale e sovranazionale. 3. Il *Tribunal Constitucional* come controllore indiretto del diritto dell'Unione europea. 4. Questione costituzionale e questione pregiudiziale: l'ordine temporale. 5. Sull'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale. 6. Il *recurso de amparo* come rimedio per il mancato esperimento della *cuestión prejudicial*. 6.1 La posizione del *Tribunal Constitucional* nella sentenza n. 37/2019: il doppio *canon de enjuiciamiento*. 7. Riflessioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Introduzione

Secondo autorevole dottrina, la previsione di un ricorso diretto al giudice costituzionale per la lesione dei diritti fondamentali ad opera dei poteri pubblici rappresenterebbe un elemento discrezionale tra i diversi modelli di giustizia costituzionale¹.

La previsione di un simile rimedio non risulta, tuttavia, essenziale per un sistema di tipo accentrato, come dimostra l'assenza di tale strumento in Paesi, come l'Italia, che adottano quel modello².

I sistemi che non conoscono tale via d'accesso al giudice costituzionale e che sono, pertanto, costruiti attorno a finalità oggettive di controllo sulla costituzionalità delle leggi, si baserebbero sulla collaborazione di un potere concentrato (quello costituzionale) e di un potere diffuso (quello giudiziario): il tentativo di armonizzazione degli orientamenti interpretativi sarebbe il risultato della dialettica tra questi due poli giurisdizionali³.

I sistemi che, al contrario, contemplano l'accesso diretto sfuggono alla possibilità di collaborazione tra le due giurisdizioni, poiché si fondano sulla preminenza di una giustizia costituzionale che può sindacare gli atti e le omissioni dei giudici e può revisionare la loro giurisprudenza in caso di interpretazioni non conformi a Costituzione⁴.

¹ V. F. RUBIO LLORENTE, *Sobre la relación entre Tribunal constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, in *La forma del poder* (estudios sobre la Constitución, Madrid, 1993). L'Autore, a tal proposito, propone la distinzione tra sistemi "orizzontali" e sistemi "verticali".

² La tutela dei diritti non rappresenta, infatti, una funzione imprescindibile dei moderni giudici costituzionali, la cui vera essenza risiede nel controllo di costituzionalità delle leggi e nella risoluzione dei conflitti costituzionali. Cfr., J. OLIVER ARAUJO, *El amparo constitucional en España*, in J. F. PALOMINO MANCHEGO, J. C. REMOTTI CARBONELL (a cura di), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*, Lima 2016, 323 ss; P.P. TREMPES, *El recurso de amparo*, Valencia, 2015, pp. 23 ss. Parte della dottrina ha invece sostenuto che il ricorso di *amparo*, pur non essendo uno strumento necessario nei modelli di giustizia costituzionale di tipo diffuso, svolge una funzione irrinunciabile nei modelli di tipo accentrato (almeno in quelli cd. "puri"). Infatti, nei primi, la Costituzione risulta invocabile come fonte di diritti soggettivi in qualsiasi tipo di processo e deve essere applicata da tutti i giudici e, pertanto, sotto questo profilo, non si differenzia dagli altri tipi di norme poiché la sua superiorità gerarchica si manifesta esclusivamente attraverso la priorità applicativa. Nei sistemi di tipo accentrato, invece, il ricorso di *amparo* risulta uno strumento di primaria importanza poiché consente di ovviare a uno dei principali difetti di tali modelli. In questi, infatti, La Costituzione è quasi esclusivamente parametro di validità delle norme con forza di legge: la sua supremazia gerarchica non comporta una priorità applicativa in qualsiasi processo, ma solo un limite per il legislatore che gli organi legittimati possono far valere innanzi al giudice costituzionale. La conseguenza è che i diritti fondamentali, intesi come diritti proclamati dal testo costituzionale, vedono diminuita la propria valenza di diritti soggettivi e si trasformano in valori oggettivi, serventi alla perimetrazione della libertà di scelta del legislatore. Infatti, anche in quegli ordinamenti in cui si proclama l'applicabilità diretta dei principi costituzionali, la giustiziabilità di questi dipende comunque da un'iniziativa giurisdizionale e non è rimessa alla mera volontà dei titolari. In ciò si riverbera l'insufficienza che il ricorso di *amparo* cerca di sanare: pur rispettando il modello specifico di giustiziabilità della Costituzione proprio del modello concentrato, introduce in capo ai cittadini la legittimazione ad agire autonomamente per la tutela dei diritti che la Costituzione gli ha attribuito. V. L. M. DIEZ PICAZO, *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 40/1994, pp. 1-37.

³ V. F. RUBIO LLORENTE, *Sobre la*, cit. p. 463 ss.

⁴ *Ibidem*, nonché, G. ROLLA, *Alcune considerazioni sui possibili effetti delle codificazioni e della giurisprudenza sovranazionale in materia di diritti sul c.d. "sistema europeo" di giustizia costituzionale*, in G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, p. 12.

Tali ordinamenti, riconoscendo ai tribunali costituzionali la competenza a decidere sui ricorsi diretti a tutela dei diritti fondamentali, affidano a questi il compito di verificare se, in una situazione concreta, norme, atti od omissioni dei poteri pubblici hanno determinato la lesione di un diritto costituzionalmente garantito e, in alcuni sistemi (come quello spagnolo), tutti i poteri pubblici risultano vincolati alla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* formulata in qualsiasi tipo di processo e risultante da qualsiasi tipo di sentenza⁵.

In questo modo, il controllo del Giudice costituzionale si risolve nel controllo dei modi in cui un giudice ordinario ha applicato una determinata norma e, pertanto, la tensione tra la giurisdizione ordinaria e quella costituzionale risulta insita nella struttura del sistema stesso⁶.

La presenza o meno di tale strumento di giustizia costituzionale non può che influire anche sui modi in cui in un determinato ordinamento si renda effettiva la primazia del diritto dell'Unione europea, nonché sulle relazioni tra il giudice costituzionale e la Corte di Giustizia.

Nel sistema costituzionale spagnolo il *recurso de amparo* costituisce uno strumento concepito come rimedio per realizzare la tutela dei diritti e delle libertà proclamati dagli artt. da 14 a 29 della Costituzione e l'obiezione di coscienza riconosciuta dall'art. 30 CE⁷. Pertanto, il parametro costituzionale nei giudizi di *amparo* è costituito dagli articoli della Costituzione spagnola che riconoscono tali diritti fondamentali, interpretati in maniera conforme ai Trattati internazionali in materia, inclusi i Trattati dell'Unione europea e la Cedu (ex art. 10.2 CE)⁸.

La disciplina processuale del *recurso de amparo* viene sviluppata dal Titolo III della Legge Organica 2/1979, del 3 Ottobre, del *Tribunal Constitucional* (LOTC), che all'art. 44 riconosce la possibilità di impugnare atti

⁵ Cfr. G. ROLLA, *Alcune considerazioni*, cit., p. 9 ss. Osserva l'Autore che la presenza di un ricorso diretto al giudice costituzionale favorisce una maggiore concretezza del controllo di costituzionalità. Tale circostanza ha intaccato l'originaria "purezza" del prototipo europeo «cosicché i due caratteri che connotavano l'esperienza costituzionale europea della prima metà del secolo scorso – cioè, il carattere accentrato ed astratto della giustizia costituzionale – si sono parzialmente attenuati, favorendo la formazione di sistemi misti o ibridi». V. L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007; F. FERNANDEZ SEGADO, *Il progressivo avvicinarsi dei sistemi americano ed europeo kelseniano*, Bologna, 2004; E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale* in *Rivista Aic*, n. 1/2016.

⁶ V. G. ROLLA, *Giudizio di legittimità costituzionale e in via incidentale e tutela dei diritti fondamentali*, in F. FERNANDEZ SEGADO (a cura di), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, 2018, pp. 913 ss.

⁷ L'art. 53.2 CE stabilisce: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

⁸ La *Ley Orgánica* 6/2007, modificando la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, ha introdotto, quale requisito d'ammissibilità del *recurso de amparo*, la «especial transcendencia constitucional» della questione. Tale riforma ha profondamente inciso sulla struttura del ricorso di *amparo* producendo conseguenze sia sull'efficacia pratica dell'istituto, sia sul ruolo del *Tribunal Constitucional*. V. P.P. TREMPES, *La especial transcendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre "morir de éxito" o "vivir en el fracaso"*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 41/2018, pp. 253-270. Per una riflessione generale sull'istituto, ID, *El recurso de amparo*, Valencia, 2015.

o omissioni degli organi giudiziari (cd. amparo giudiziale)⁹. La norma fa riferimento ad atti ed omissioni di qualunque organo che eserciti funzioni di natura giurisdizionale, appartenente a qualunque giurisdizione, eccetto ovviamente quella costituzionale (ex. art. 164 CE) per le sentenze e (ex. art. 93 CE) per tutte le altre decisioni giurisdizionali¹⁰.

Da questo punto di vista, tuttavia, il sistema giudiziale spagnolo e quello dell'Unione europea risultano asimmetrici: il cittadino nei cui confronti il giudice nazionale ha emanato una sentenza fondata sul diritto dell'Unione europea, una volta esaurite le vie giurisdizionali interne, non ha strumenti per adire in via diretta la Corte di Giustizia¹¹. Il *Tribunal Constitucional* ha cercato di rimediare a questa asimmetria affermando la propria competenza a controllare la corretta applicazione del diritto dell'Unione. In questo senso il TC, attraverso un adattamento della propria funzione, ha finito per considerare la problematica della non corretta applicazione del diritto dell'Unione come una questione di diritto interno, che assume rilevanza costituzionale attraverso l'art. 24 della Costituzione (diritto alla tutela giudiziale effettiva e relative garanzie processuali)¹².

La giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*, su cui ci si soffermerà in seguito, riguarda l'accertamento, in sede di *amparo*, della violazione dell'articolo 24 CE tutte quelle volte in cui il giudice nazionale proceda alla disapplicazione di una norma nazionale per contrasto con il diritto dell'Unione europea senza sollevare questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, pur non essendone dispensato.

⁹ L'art. 44 LOTC prevede: «*Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:* a) *Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.* b) *Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.* c) *Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.*»

¹⁰ Cfr. J. O. ARAUJO, *El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 120/2003, pp. 79-102. B. V. FERNÁNDEZ, *Protección jurisdiccional*, cit. p. 20; P. P. TREMPES, *El recurso*, cit. pp. 128 ss. Si è esclusa, inoltre, l'impugnabilità ex art. 44 LOTC degli atti del Consiglio generale del Potere giudiziario e dell'Amministrazione elettorale che, in quanto atti di natura amministrativa, sono ricorribili ex art. 43 LOTC, una volta conclusa la via contenzioso-amministrativa previa. Inoltre, è stato osservato che è proprio la presenza di questo tipo di ricorso a rendere insita nel sistema una perenne frizione tra la giurisdizione costituzionale e quella ordinaria: a differenza del *recurso de amparo* previsto dall'art. 43 LOTC in cui la lesione proviene dall'amministrazione pubblica e nel quale il giudice amministrativo si limita a pronunciarsi su questa, l'art. 44 LOTC prevede un ricorso diretto contro gli organi della giurisdizione ordinaria che sono istituiti proprio per proteggere i diritti e gli interessi legittimi di tutti gli individui e, di conseguenza, «*el autor del desafuero es precisamente quien debía amparamos*» J. O. ARAUJO, *El recurso*, cit. p. 81.

¹¹ Cfr. X. A. SANTISTEBAN, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el tribunal Constitucional*, Madrid, 2015.

¹² L'art. 24 della Costituzione spagnola tutela i diritti fondamentali di natura procedurale: al primo comma consacra il diritto alla tutela giudiziale effettiva, mentre al secondo comma ricomprende e tutela i diritti e i principi riconducibili all'espressione "giusto processo o processo con tutte le garanzie". La violazione di tali diritti può prodursi solamente ad opera di organi giudiziari, nel corso di un processo. Cfr. B. V. FERNÁNDEZ, *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Madrid, 2015.

2. L'apertura della Costituzione spagnola al diritto internazionale e sovranazionale

La Costituzione spagnola stabilisce diversi meccanismi attraverso i quali rendere effettivo l'obiettivo, enunciato nel suo preambolo, di rafforzare la convivenza pacifica e l'efficace cooperazione tra tutti i popoli della Terra¹³. Tra essi assumono particolare rilevanza gli articoli 10.2¹⁴ e 93¹⁵ CE, che possono essere considerati i prismi attraverso cui studiare le relazioni tra l'ordinamento giuridico spagnolo e gli ordinamenti esterni.

Attraverso l'articolo 10.2, il Costituente ha introdotto una vera e propria clausola di apertura che impone all'interprete, nella sua opera di individuazione e definizione dei diritti, di dover tenere in considerazione Trattati e accordi internazionali riguardanti i diritti fondamentali ratificati dallo Stato spagnolo¹⁶.

L'incidenza degli ordinamenti sovranazionali in tema di definizione e tutela dei diritti fondamentali, favorita dalla stessa Costituzione, è stata rafforzata dal *Tribunal Constitucional* che, soprattutto in sede di *recurso de amparo*¹⁷, si è mostrata particolarmente recettiva verso le istanze giurisdizionali europee¹⁸.

¹³ «La Nación española, proclama su voluntad de: (...) Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra».

¹⁴ L'art. 10 della Costituzione spagnola, anche definito “*artículo pòrtico*” del catalogo dei diritti, collocato nel Titolo I, al comma secondo dispone che «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*».

¹⁵ L'art. 93 CE dispone che «*Mediante 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*».

¹⁶ Secondo parte della dottrina, tuttavia, tale norma, laddove stabilisce un obbligo interpretativo, potrebbe essere considerata superflua poiché i Trattati internazionali, in virtù dell'art 96 CE secondo cui «*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*», fanno parte del diritto spagnolo e non possono essere considerati come meri vincoli interpretativi. Tra gli studi su detta norma, si rinvia a F. REY MARTÍNEZ, *El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)*, in *Revista General de Derecho*, n. 537/1989; A. SÁIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999; J.L. REQUEJO PAGÉS, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, 1995.

¹⁷ La clausola in parola per un primo periodo veniva applicata esclusivamente nell'ambito dei diritti ricorribili in via d'*amparo* (da art. 14 a 29 e art. 30.2 CE), per poi essere estesa dal *Tribunal Constitucional* anche ai diritti contenuti nel Capitolo II (art. Da 30 a 38) e, seppur in maniera sporadica, ai diritti contenuti nel capitolo III del Titolo I della Costituzione (si veda, a tal proposito STC 199/1996 in merito all'applicazione dell' art. 10.2 CE ai principi regolatori della politica sociale ed economica).

¹⁸ Cfr. R. TUR AUSINA, *L'utilizzazione del Tribunal Supremo e del Tribunal Constitucional spagnolo, della giurisprudenza comunitaria della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti* in G. ROLLA (a cura di), *Il sistema*, cit., pp. 267 ss., il quale osserva che il ruolo chiave del *Tribunal Constitucional* nell'affermazione di un sistema di tutela dei diritti particolarmente aperto all'ordinamento internazionale ed europeo, oltre che dall'esistenza stessa del *recurso de amparo*, è stato altresì favorito dal collegamento tra il *Tribunal Constitucional* e i tribunali ordinari ad opera dell'art. 5.1 della Legge Organica sul Potere giudiziario che obbliga quest'ultimi a conformare l'interpretazione dei diritti alla dottrina costituzionale, in tal modo legando l'opera ermeneutica degli stessi a quella in precedenza definita dal *Tribunal Constitucional*. L'art 5.1 di tale legge prevede, infatti, che «La Costituzione è la norma suprema dell'ordinamento giuridico e vincola tutti i giudici e le Corti

Manifestazione di tale apertura del TC verso gli ordinamenti sovranazionali si rinviene in quella giurisprudenza che a partire dagli anni 90, probabilmente agevolata dalla generosa applicazione che i tribunali ordinari facevano dell'art. 10.2, ha inteso che il ricorso al diritto internazionale e europeo previsto da tale disposizione includesse l'interpretazione dei diritti fondamentali proposta dalla Corte Europea dei Diritti umani e dalla Corte di Giustizia¹⁹.

Il TC ha chiarito che tale disposizione non costituisce una clausola di apertura a nuovi diritti, dal momento che non sono rinvenibili diritti fondamentali non ricompresi nella Carta costituzionale²⁰, ciononostante, essa può essere considerata un canone interpretativo, nel senso che le norme sovranazionali, e l'interpretazione che di queste è data dalle Corti di riferimento, sono necessarie per concretizzarne il contenuto costituzionale. I Trattati internazionali assurgono così a «preziosi criteri ermeneutici del significato e dell'ambito dei diritti e delle libertà che la Costituzione riconosce»²¹ e, pertanto, devono essere tenuti in considerazione per «corroborare il significato e l'ambito dello specifico diritto fondamentale che (...) la nostra Costituzione ha riconosciuto»²².

Tuttavia, con particolare riferimento al diritto UE, Il *Tribunal* ha affermato che nonostante il diritto europeo faccia parte dell'ordinamento giuridico spagnolo, le sue norme non assumono rango costituzionale²³: l'articolo 93 CE non è, infatti, in grado di conferirgli tale forza. La conseguenza di tale

che interpreteranno e applicheranno le leggi e i regolamenti secondo le norme e i principi costituzionali, in conformità all'interpretazione che di essi offrano le pronunce del *Tribunal Constitucional* in qualsiasi tipo di procedimento».

¹⁹ Cfr., sul punto, J. DELGADO BARRIO, *Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia Española*, in *Revista de Administración Pública*, n. 119/1989; C. FERNÁNDEZ CASADEVANTE, *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Madrid, 2010; A. SÁIZ ARNÁIZ, *El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización: de los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa* in M. CARTABIA, B. DE WITTY, P. PÉREZ TREMPs, I. GÓMEZ FERNÁNDEZ (a cura di) *Constitución europea y constituciones nacionales*, Madrid, 2005, pp. 531-538. Tale circostanza si è mostrata particolarmente rilevante dal momento che, come è noto, in un primo momento il sistema dell'Unione europea non era dotato di un catalogo di Diritti fondamentali, cosicché la tutela euronitaria di questi ultimi si affermò in via pretoria attraverso la loro inclusione da parte della Corte di Giustizia nei «principi generali dell'Unione».

²⁰ V. STC n. 39/1991, FJ 5.

²¹ La traduzione di tutti gli estratti delle sentenze riportati nel testo è a cura dell'autore.

²² Declaraciòn TC n. 1/2004; SSTC nn. 292/2000, 53/2000. In ogni caso, l'art 10.2 CE è stato talvolta utilizzato per arricchire il contenuto di alcuni diritti costituzionali facendovi rientrare diritti connessi a quelli esplicitamente tutelati dalla Costituzione. In definitiva, l'art. 10.2 non può legittimare l'esistenza *ex novo* di un diritto fondamentale nell'ordinamento spagnolo ma può costituire il viatico per tutelare un diritto «accessorio» connesso con un diritto fondamentale «principale». Ad esempio, si pensi al riconoscimento del diritto alla revisione delle sentenze penali di condanna che integra il contenuto del diritto alla tutela giudiziale effettiva mediante l'invocazione dell'art. 14.5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP) (STC 42/1982 FJ 3) e ora dell'art. 7 della CEDU, oppure al diritto ad essere assistito gratuitamente da un interprete sancito dall'art 6.3 e) della CEDU e nell'art. 14.3 f) PIDCP (STC 181/1994, FJ 2). Cfr., sul punto, P.P. TREMPs, *El recurso*, cit. p. 69.

²³ Cfr. STC 28/1991, FJ 4 «a partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual -por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales (Sentencia Costa/E. N. E. L., de 15 de julio de 1964) (...) Ahora bien, la vinculación señalada no significa que por mor del art. 93 se haya dotado

impostazione è che il caso di incompatibilità tra una norma dell'Unione e la legislazione nazionale è una questione di carattere "infracostituzionale": è dunque il giudice ordinario l'organo competente alla risoluzione di tale antinomia²⁴.

Il *Tribunal* assume una posizione di chiusura anche in merito alla possibilità che le norme europee, in virtù della loro primazia, possano costituire parametri di legittimità in sede di *recurso de amparo*²⁵: l'adesione dello Stato spagnolo alla Comunità europea, infatti, non ha alterato né i parametri del processo di *amparo* né il carattere del *Tribunal Constitucional* quale interprete supremo della Costituzione²⁶. La conseguenza della qualificazione delle norme europee come parametro in tale giudizio, difatti, implicherebbe l'attribuzione al *Tribunal Constitucional* di una funzione di garanzia del diritto dell'Unione che rischierebbe di sovrapporsi a quello degli organi giurisdizionali europei²⁷.

Tuttavia, considerare tali fonti internazionali come canone interpretativo della Costituzione comporta che, quantomeno dal punto di vista procedurale, le norme dei Trattati o delle convenzioni internazionali possono essere allegate nei ricorsi di *amparo* al fine di interpretare o rafforzare un diritto costituzionale, ancorché non per legittimare un ricorso autonomo²⁸.

a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E.

²⁴ Cfr. STC 28/1991, FJ 5 «la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria».

²⁵ STC 64/1991, FJ 4 «La adhesión de España a las Comunidades Europeas no ha alterado ni el canon de validez en los procesos de amparo ni el carácter del Tribunal Constitucional como "intérprete supremo de la Constitución" (art. 1.1 LOTC) en tales procesos y respecto de las materias sobre las que se ha producido, en favor de los órganos comunitarios, la atribución del "ejercicio de competencias derivadas de la Constitución" (art. 93 C.E.)».

²⁶ Si veda, sul punto, J.M. MARTÍNEZ SIERRA, *La recepción constitucional del derecho comunitario*, Valencia, 2007, pp. 23-25; P.P. TREMPs, *El recurso*, p. 68.

²⁷ Il *Tribunal*, difatti, nega la propria qualificazione di organo di garanzia del Diritto dell'Unione europea e, similmente, di giudice nazionale di tale diritto. Cfr., a tal proposito, STC 28/1991 FJ 6 per cui «Serán entonces los órganos judiciales quienes, en los procesos correspondientes, hayan de pronunciarse sobre la repetida contradicción como paso previo a la aplicación o inaplicación de (la norma de derecho nacional), a cuyo fin dichos órganos están facultados (u obligados, según los casos) para pedir al tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 177 del Tratado CEE y preceptos concordantes de los demás Tratados constitutivos, una declaración interpretativa acerca del alcance de (la norma comunitaria)». Parte della dottrina spagnola, tuttavia, auspica una riconsiderazione da parte del Tribunale della propria funzione giurisdizionale in relazione al diritto europeo e, in particolare, in merito all'incorporazione della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE quale parametro costituzionale. Si veda, sul punto, J. D. GONZÁLES CAMPO, *La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre tribunales comunitarios y tribunales nacionales*, in E. GARCÍA ENTIERRÍA, R. ALONSO GARCÍA (a cura di), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, p. 507; A. MANGAS MARTÍN, *Incidencia del Tratado Constitucional europeo sobre la Constitución española*, in *Pacis atres. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campo*, vol. I, 2005, pp. 970-971; J. HUELIN MARTÍNEZ VELASCO, *Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Revista Española de Derecho europeo*, n. 39/2011, p. 391 ss.; J. I. URGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, S. RIPOL CARULLA, *Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (a propósito de la STC 26/2014 de 13 de febrero)*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 46/2014, pp. 121-149.

²⁸ P.P. TREMPs, *El recurso*, cit. p. 68.

Tali conclusioni sono state confermate dal *Tribunal* in occasione della ratifica del Trattato con cui si approvava una Costituzione per l'Europa: con la *Declaración* 1/2004, pur attribuendo un maggior valore sostanziale all'art. 93 Cost., si distingue il carattere di «primazia» del diritto comunitario da quello di «supremazia» delle norme costituzionali²⁹.

Nella *Declaración* il *Tribunal* afferma che il riconoscimento del primato del diritto europeo assume i caratteri di una «*exigencia existencial*» in quanto la stessa esistenza di tale diritto dipende dal riconoscimento del suo primato; tale primato deve essere accettato anche in virtù di clausole che affermano il rispetto delle identità costituzionali degli Stati membri e i diritti fondamentali³⁰. Inoltre, poiché il diritto comunitario (oggi europeo) non assume una portata generale ma rileva nelle sole materie attribuite secondo il riparto di competenze stabilito nei Trattati, il *Tribunal* conclude per la compatibilità del Trattato costituzionale con la Costituzione attraverso la menzionata distinzione concettuale tra la «supremazia», costituente la regola del sistema interno, e «primazia» che invece si applica al sistema europeo³¹.

3. Il *Tribunal Constitucional* come controllore indiretto del diritto dell'Unione europea

È stato sostenuto che il *Tribunal Constitucional* abbia elaborato una giurisprudenza “di basso profilo”, che ha consentito senza troppi problemi la piena efficacia del diritto europeo in Spagna³². Come visto, questa giurisprudenza è costante nell'affermare che il diritto dell'Unione europea, come i Trattati internazionali

²⁹ L'art. 95 della Costituzione spagnola prevede che il Governo o una delle due Camere possano chiedere al *Tribunal Constitucional* di accertare se esista un contrasto tra determinate clausole di un Trattato internazionale e la Costituzione; il testo di tale articolo dispone, infatti, che «*La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción*». Al fine di applicare la disposizione di cui all'art 93 CE, il Governo chiese al *Tribunal Constitucional* di verificare l'esistenza di un eventuale contraddizione tra la Costituzione e il Trattato, in particolare l'art. I-6 il quale stabiliva che «la Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a queste attribuite prevalgono sul diritto degli Stati Membri».

³⁰ Art I-2 e I-5

³¹ Cfr. TC D. 1/04 FJ 4 «*Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, DTC 1/1992 FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado*».

³² J. A. DEL VALLE GALVEZ, *Constitución española y Tratado Constitucional Europeo: la Declaración del Tribunal del 13 diciembre 2004*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2005, p. 709; X.A. SANTISTEBAN, *La tutela de*, cit. p. 67

sui diritti umani ratificati dallo Stato spagnolo, non costituiscono un parametro di costituzionalità rispetto al quale il TC è chiamato a intervenire³³. Come detto, sebbene l'art 10.2 imponga di interpretare le norme costituzionali conformemente ai Trattati dell'Unione europea, tale disposizione non può attribuire rango costituzionale ai diritti e alla libertà sanciti al livello sovranazionale, a meno che questi non siano consacrati anche nella Costituzione spagnola. Nel caso di coincidenza tra i diritti costituzionalmente garantiti e quelli tutelati dalle Carte sovranazionali, «l'obbligo d'interpretazione conforme gravante sull'interprete fa sì che il contenuto di tali diritti si converta, in quello costituzionalmente enunciato dei diritti e delle libertà, previsti nel capitolo secondo, Titolo I, della nostra Costituzione»; con la conseguenza che, laddove vi sia la lesione di uno di questi diritti, la norma violata sarà la norma costituzionale «senza che la lesione dell'art. 10.2 vi aggiunga nulla, dato che, per definizione, essa non può mai essere autonoma ma solo dipendente da un'altra che è quella che questa Corte, se del caso, dovrà valutare»³⁴. I Trattati, pertanto, non possono costituire parametro autonomo né in sede di *amparo* né in sede di giudizio di costituzionalità³⁵.

Tuttavia, le relazioni tra la Corte di Giustizia, nel ruolo di ultimo interprete del diritto dell'Unione europea, e il *Tribunal Constitucional*, garante della Costituzione, assumono una particolare rilevanza se studiate attraverso l'articolo 24 della Costituzione³⁶. Tale norma enuncia il diritto alla tutela giudiziale effettiva (co.

³³ Cfr., fra le tante, STC, 23 novembre 1981, n. 38, FJ 4; STC, 10 maggio 1989, n. 89, FJ 5; STC, 7 novembre 2007, n. 236, FJ 5 in cui il TC afferma che l'art 10.2 «non converte questi trattati e accordi internazionali in un canone autonomo di validità delle norme e degli atti dei poteri pubblici nella prospettiva dei diritti fondamentali. Se così fosse, risulterebbe superflua la proclamazione costituzionale di tali diritti, dato che sarebbe stato sufficiente che il costituente avesse effettuato una remissione alle Dichiarazioni internazionali dei Diritti umani o, in generale, ai trattati sottoscritti dallo Stato spagnolo in tema di diritti fondamentali e libertà pubbliche. Al contrario, realizzata tale proclamazione, non si può dubitare che la validità delle disposizioni e degli atti impugnati in via di *amparo* si deve misurare solo con riferimento a norme costituzionali che riconoscono i diritti e le libertà suscettibili di protezione in questo tipo di giudizio, costituendo i testi e gli accordi internazionali menzionati dall'art 10.2 una fonte interpretativa che contribuisce alla migliore identificazione del contenuto dei diritti la cui tutela si chiede a questo Tribunale».

³⁴ STC, 14 febbraio 1991, n. 36, FJ 5. Inoltre, il TC ha altresì negato che la violazione dei Trattati da parte di leggi o altre disposizioni normative possa fondare l'accoglimento di una questione di costituzionalità per contrarietà ad un diritto fondamentale poiché, anche in questo caso, «il Trattato non si convertirebbe in parametro di costituzionalità della legge esaminata, dato che tale parametro rimarrebbe quello della norma costituzionale definitrice del diritto o della libertà, sebbene interpretata, quanto ai profili concreti del suo contenuto, in conformità al Trattato o accordo internazionale» (STC 28/1991, del 14 febbraio, FJ 5. V., inoltre, STC, 8 novembre 2007, n. 2379).

³⁵ V. STC, 18 dicembre 2014, n. 215. Nel *Fundamento jurídico* n. 3 il *Tribunal* ricorda che dal momento dell'incorporazione della Spagna all'allora Comunità europea «se integró en el ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción». Le norme dell'Unione Europea hanno, quindi, prevalenza sulle norme dell'ordinamento interno e «tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente». Nonostante l'effetto vincolante delle norme dell'Unione, aggiunge il Tribunale, «eso no significa que per mor del art. 93 se haya dotado a las normas del derecho comunitario europea de rango y fuerza constitucionales» e, nemmeno, che il diritto comunitario, né primario né derivato, possa costituire parametro di costituzionalità delle leggi. Si vedano, altresì, STC, 14 febbraio 1991, n. 28; STC 22 marzo 1991 n. 64; STC, 20 luglio 2011, n. 134.

³⁶ Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, *Sobre el*, cit. p. 184

1) e ad un processo con tutte le garanzie (co. 2), fra le quali la corretta applicazione del sistema delle fonti nel quale è ricompreso anche il diritto dell'Unione europea.

Pertanto, l'art 24 CE, attraverso l'intervento del *Tribunal Constitucional* adito in via di *amparo*, può costituire un meccanismo di interazione e mediazione tra il diritto europeo e l'ordinamento costituzionale spagnolo. Gli ambiti in cui si è sviluppata, attraverso la giurisprudenza del TC, questa interazione hanno riguardato la dottrina dell'*acto aclarado* da parte degli organi giurisdizionali dell'UE, gli effetti delle direttive ancora non recepite nell'ordinamento interno e, infine, l'obbligo del giudice di ultima istanza di adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale (è su quest'ultimo profilo che si porrà maggiormente l'attenzione).

In merito alla prima questione, il *Tribunal Constitucional* si è espresso sulla rilevanza costituzionale delle ipotesi in cui la Corte di Giustizia si sia pronunciata su una determinata questione e gli organi giurisdizionali nazionali, nella risoluzione di una questione identica o comunque analoga, si siano discostati da tale interpretazione. Pur confermando il suo orientamento circa la rilevanza infracostituzionale della questione inerente alla scelta della norma competente tra quella nazionale e quella europea, il TC finisce per affermare che il fatto che i giudici nazionali si discostino dalla giurisprudenza europea assume rilevanza costituzionale, poiché si riverbera in una selezione irragionevole e arbitraria della norma applicabile al caso concreto, che può comportare la lesione del diritto a una tutela giudiziale effettiva (art. 24 CE)³⁷. In questo modo, si riconosce una violazione indiretta del diritto tutelato dall'art. 24 come conseguenza dalla violazione del principio di primazia del diritto UE.

La seconda questione controversa ha riguardato gli effetti delle direttive ancora non recepite nell'ordinamento interno. Anche in questo caso, il *Tribunal* finisce per attribuire rilevanza costituzionale alla questione, erigendosi a controllore indiretto del principio di effettività del diritto dell'Unione nell'ordinamento interno³⁸. Come noto, infatti, fin dalla sentenza *Franco*³⁹ la giurisprudenza comunitaria riconosce la possibilità che le norme dell'Unione, ancorché contenute in atti non direttamente applicabili quali le direttive, possano avere effetti diretti se *chiare, precise e non condizionate*. A tal proposito, il TC ha affermato che le norme di una direttiva ancora non recepita, se aventi le caratteristiche per essere considerate *self executing*, possono essere considerate vincolanti in applicazione del principio dell'effetto utile e, se oggetto di un'interpretazione della Corte di Giustizia, una volta entrate

³⁷ Cfr. STC, 11 dicembre 2015, n. 235, FJ 5 per cui «*si corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando (...) exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva*». Si veda, inoltre, STC 75/2017 in cui il *Tribunal* estende il ragionamento a quelle ipotesi in cui la controversia pendente innanzi al giudice nazionale sia identica a quella su cui si è pronunciata la Corte di Giustizia.

³⁸ STC, 30 gennaio 2017, n. 13, FJ 5-6.

³⁹ CG, 19 novembre 1992, CC- 6 e 9/90 (*Franco*).

nell'*aquis* comunitario sono in grado di integrare per via interpretativa il contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Pertanto, il *Tribunal* considera che i diritti riconosciuti in una direttiva ancora non recepita nell'ordinamento interno siano idonei a integrare il parametro costituzionale⁴⁰. Di conseguenza, la violazione della direttiva può assumere rilevanza costituzionale e essere oggetto del controllo da parte del *Tribunal* in sede di *amparo*.

4. Questione costituzionale e questione pregiudiziale: l'ordine temporale

L'interazione tra il diritto interno spagnolo e il diritto europeo è stata condizionata da un'ulteriore questione affrontata dal *Tribunal Constitucional*: la relazione tra questione di legittimità costituzionale e questione pregiudiziale e, in particolare, l'ordine temporale a cui il giudice si deve attenere nel caso di dubbio sulla compatibilità della norma applicabile al caso concreto sia con la Costituzione sia con il diritto UE.

La giurisprudenza costituzionale spagnola è ferma nell'affermare la precedenza temporale della questione pregiudiziale rispetto a quella costituzionale, giustificando tale posizione, da un lato, come conseguenza del principio di primazia del diritto dell'Unione europea e, dall'altro, dal venir meno del requisito della rilevanza⁴¹ allorché si dia precedenza alla questione di costituzionalità⁴².

La norma della cui costituzionalità si dubita, infatti, non può essere considerata la norma da cui dipende la risoluzione del caso concreto sottoposto all'attenzione del giudice fino a che non sia risolto il dubbio circa la sua compatibilità con il diritto dell'Unione europea⁴³.

Tuttavia, precisa il *Tribunal*, poiché la giurisdizione europea e quella costituzionale hanno ambiti applicativi distinti, la menzionata precedenza della questione pregiudiziale non preclude la possibilità che,

⁴⁰ Nel caso di specie si trattava dell'art. 17.3 (*derecho a la asistencia de letrado*)

⁴¹ L'art. 163 CE stabilisce, infatti, che “*Cuando un órgano judicial 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*”. Tale disposizione va letta in combinato disposto con quella dell'art. 35.1 LOTC per cui “*Cuando un Juez o Tribunal, de oficio 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*”.

⁴² V. B. TRIANA REYES, *Preferencia de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión de inconstitucionalidad: Comentario al ATC 168/2016, de 4 de octubre*, in *Actualidad administrativa* n. 2/2017; P. CRUZ VILLALÓN; J. L. REQUEJO PAGÉS, *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad in Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N. 50/2015 (gennaio/aprile), pp. 173-194; J.L. REQUEJO PAGÉS, *Algunas consideraciones sobre la relevancia constitucional del Derecho de la Unión*, in *Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, 2015, pp. 481-490.

⁴³ V. ATC 168/2016, FJ 4, in cui il Tribunale afferma che “*Pues bien, al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal “aplicable al caso”, ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta sólo sería admisible si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable*”.

a seguito della risoluzione del dubbio da parte della Corte di Giustizia, il giudice nazionale sollevi questione di legittimità costituzionale sulla stessa disposizione⁴⁴.

La precedenza della pregiudiziale comunitaria su quella costituzionale pare trovare conforto in ulteriori argomenti quando il dubbio circa la compatibilità della norma interna riguardi diritti fondamentali tutelati sia dalla Costituzione spagnola sia dalla Carta di dei diritti dell'Unione europea. In questi casi, infatti, la sentenza della Corte di Giustizia pare assumere rilevanza costituzionale attraverso l'articolo 10.2 che, come visto, attribuisce all'interpretazione del giudice europeo valore vincolante ai fini della definizione del contenuto concreto dei diritti fondamentali⁴⁵.

5. Sull'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale

Il Tribunale costituzionale, a fronte del disposto dell'art 267 TFUE, è intervenuto più volte al fine di chiarire cosa bisogna intendere per organo giurisdizionale abilitato a sollevare questione pregiudiziale: come deve essere cioè inteso l'inciso "organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno", e che rapporto debba sussistere tra il dubbio del giudice ordinario e la necessità di risolverlo ai fini della soluzione della controversia concreta; infine, che natura debba avere il dubbio del giudice al fine di consentirgli di sollevare tale questione alla Corte di Giustizia⁴⁶. Come noto, emblematica in merito alla posizione della Corte di Giustizia sulla portata dell'articolo 267 TFUE e, in particolare, sui presupposti che devono sussistere ai fini di esimere il giudice di ultima istanza dall'obbligo previsto dalla normativa europea di sollevare questione pregiudiziale, risulta la tesi enunciata nella risoluzione del caso *Cilfit* (CG, sent. del 6 ottobre 1982)⁴⁷. Secondo tale sentenza gli organi

⁴⁴ Cfr. STC, 3 marzo 2016, n. 35, FJ 6. Testualmente: «la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes». Cfr., a tal proposito, la giurisprudenza della Corte di Giustizia. In particolare, CG, 27 di giugno 1991, C-348/89, (Mecanarte); CG 22 giugno 2010, C-188 189/10 (Melki e Abdeli) e, da ultimo, CG, 24 ottobre 2018, C- 234/17(XC, YB e ZA).

⁴⁵ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, J.L. REQUEJO PAGÉS, *La relación*, cit. p. 191. Osservano gli autori che tale affermazione può giustificarsi soltanto laddove si condivida la tesi secondo la quale l'art 10.2 attribuisca valore vincolante, ai fini della definizione del contenuto dei diritti fondamentali, a ogni sentenza delle Corti internazionali e sovranazionali a cui viene attribuito il monopolio interpretativo dei Trattati e non, invece, alla loro giurisprudenza complessivamente considerata. Sulla specifica questione, si rimanda, per tutti, a A. SAIZ ARNAIZ, «Artículo 10.2», in M^a.E. CASAS BAAMONDEC; M. RODRÍGUEZ- PIÑERO; B. FERRER, *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 2008.

⁴⁶ Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, *Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho europeo y su control*, in *Revista de Administración Pública*, n. 200/2019 pp. 173-192 il quale rileva come queste questioni, oltre che per i loro aspetti tecnici, risultano fondamentali al fine di definire il ruolo del giudice ordinario come giudice del sistema giuridico europeo «de la misma manera que el legislador o las Administraciones internas forman parte del sistema político y administrativo europeo en lo que concierne al ámbito de las materias en las que la Unión posee competencias».

⁴⁷ In tale sentenza la CG compie un *revirement* rispetto alla sua precedente giurisprudenza. Infatti, nella sentenza "Da Costa" (Corte di giustizia, 27 marzo 1963, cause riunite 28-30/62, *Da Costa e altri*) la Corte aveva sostenuto che il giudice di ultima istanza sarebbe stato svincolato dall'obbligo soltanto quando "la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale" (*c.d. acte éclairé*).

giurisdizionali che hanno un dubbio circa la compatibilità della norma nazionale applicabile e il diritto dell'Unione europea sono esentati dall'obbligo di effettuare il rinvio interpretativo alla Corte di Giustizia, garantendo in maniera diretta la prevalenza alla norma europea attraverso la disapplicazione della norma nazionale, in quei casi in cui l'applicazione del diritto europeo si imponga con tanta evidenza da non lasciare spazio a nessun "ragionevole dubbio" (teoria dell'atto chiaro).

Nella stessa pronuncia, la Corte di Giustizia afferma che ugualmente il giudice nazionale, e non soltanto quello di ultima istanza, sarà dispensato dall'obbligo della pregiudiziale europea e potrà applicare direttamente la norma comunitaria (o quella nazionale ove compatibile) quando la Corte di Giustizia si sia già pronunciata su un caso simile, anche se non necessariamente identico (teoria dell'atto chiarito).

Il *Tribunal Constitucional*, inizialmente chiamato ad esprimersi sulla sussistenza dell'obbligo del giudice rispetto al rinvio pregiudiziale, sembra allinearsi alla giurisprudenza europea stabilendo che il giudice nazionale ha l'obbligo di sollevare una questione pregiudiziale se "*el órgano judicial en cuestión abrigue una duda razonable acerca de la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario, y que la solución de dicha duda sea necesaria para poder emitir su fallo*"⁴⁸; afferma poi che il giudice sarà dispensato da tale obbligo allorché ricorrano i presupposti della teoria dell'atto chiaro e dell'atto chiarito⁴⁹.

Tuttavia, nell'applicazione della teoria dell'*acto aclarado*, il Tribunale precisa che "l'esistenza di una precedente sentenza interpretativa della Corte di Giustizia non esonera il giudice dall'obbligo di sollevare questione pregiudiziale quando un giudice utilizza l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia in un senso che conduce a una conclusione contraria a quella data dagli altri organi giudiziari"⁵⁰.

Il *Tribunal* ha altresì chiarito che l'esistenza del dubbio non possa intendersi in maniera soggettiva, ovvero in termini di convincimento del giudice su una determinata interpretazione del diritto comunitario: deve trattarsi di un'inesistenza oggettiva, chiara e definitiva di incertezze sull'applicabilità della norma. Riprendendo le parole del *Tribunal*, «la questione non è che non vi sia un dubbio ragionevole ma, semplicemente, che non vi sia dubbio alcuno»⁵¹.

Dalla circostanza che secondo il *Tribunal*, il compito di garantire l'applicazione del diritto europeo da parte delle autorità giurisdizionali spagnole non assume rilevanza costituzionale, discende che la scelta sul

⁴⁸ STC, 3 gennaio 1996, n. 201, FJ 2.

⁴⁹ Il TC afferma che l'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale si trasforma in facoltà in capo ai giudici non di ultima istanza e che, in ogni caso, non sussiste sia quando "*la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo*" (teoria dell'*acto aclarado*) sia quando "*la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada*" (teoria del *acto claro*) (Cfr. STC, 19 aprile 04, n. 58).

⁵⁰ Cfr. STC, 19 aprile 2004, n. 58, FJ 13, per cui «*la existencia de una previa Sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no excusa del nuevo planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando un órgano judicial utiliza los criterios interpretativos fijados en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales*».

⁵¹ Cfr., STC n., 19 aprile 2004, n. 58, FJ 1

se proporre o meno questione pregiudiziale spetta all' organo giudiziale chiamato ad applicare la norma europea sulla quale potenzialmente emerge il contrasto; di conseguenza, il *Tribunal Constitucional* non potrà entrare nel merito della questione vagliando o meno la violazione dell'art 24 CE se il giudice nazionale ritenga che non sussista alcun dubbio circa l'interpretazione di una norma europea e, motivando adeguatamente il suo convincimento, non effettui il rinvio pregiudiziale⁵².

Alla luce di tale impostazione, nella sentenza n. 27 del 2013 il TC rigetta un *recurso de amparo* per violazione del diritto a una tutela giudiziale effettiva nel quale i ricorrenti individuavano la lesione di tale diritto nel fatto che il giudice che aveva emesso la sentenza poi ricorsa in *amparo* non aveva motivato adeguatamente il mancato esperimento della pregiudiziale, affermando che «*si el Tribunal Supremo manifestó que no tenía duda alguna sobre la interpretación de la normativa europea aplicable al caso, es claro que no existía la obligación de remitir ante la jurisdicción europea una cuestión de interpretación*».

Infine, in merito alla posizione del TC circa l'obbligo di sollevare questione pregiudiziale occorre ricordare che lo stesso *Tribunal*, dopo averlo esplicitamente negato (STC 28/1991 del 14 febbraio)⁵³, nella soluzione della nota questione “Melloni”, (Auto 86/2011 del 9 giugno) ha affermato la propria legittimazione a sollevare questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia.

Seppur relativa ad un caso del tutto peculiare, in cui veniva in gioco la tormentata questione circa la possibilità degli Stati Membri di garantire *standard* di tutela più elevati rispetto a quelli definiti dal diritto europeo, la decisione del TC di sollevare questione pregiudiziale appare interessante se messa in relazione con la precedente giurisprudenza che escludeva il suo ruolo di giudice nazionale del diritto dell'Unione europea.

Chiarita quindi la posizione del TC, in merito a quando sussiste l'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale e, per converso, quando il giudice di ultima istanza ne sia dispensato, si porrà l'attenzione sul controllo che il *Tribunal Constitucional*, nei casi di violazione dei principi su esposti, potrà effettuare in sede di *amparo* per garantire la corretta applicazione del sistema delle fonti, tra cui rientra anche il diritto dell'Unione europea e l'interpretazione di questo ad opera della Corte di Giustizia.

⁵² Cfr. STC, 9 dicembre 1996, n. 203, FJ 2; STC 25 marzo 1993, n. 11, FJ 2; ATC, 4 ottobre 1993, n. 269.

⁵³ Secondo un primo orientamento sostenuto dal *Tribunal*, la sua esclusione dagli organi abilitati a sollevare questione pregiudiziale derivava dal consolidato orientamento per cui il *Tribunal Constitucional* non è giudice nazionale del diritto dell'Unione. Cfr. STC, 15 marzo 1991, n. 28, FJ 7, per cui «*ninguna solicitud de interpretación sobre el alcance de la norma comunitaria citada cabe que le sea dirigida [por el Tribunal Constitucional] al Tribunal de Luxemburgo, dado que el art. 177 del Tratado CEE únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo*».

6. Il *recurso de amparo* come rimedio per il mancato esperimento della *cuestión prejudicial*

La dottrina del *Tribunal Constitucional* si è mostrata piuttosto oscillante in merito all'individuazione dei presupposti al ricorrere dei quali il mancato rinvio pregiudiziale alla CG possa assumere rilevanza costituzionale.

Il *Tribunal* ha chiarito che la mancata proposizione della questione pregiudiziale da parte del giudice ordinario, laddove non siano sussistenti i presupposti della teoria dell'*acto claro* e dell'*acto aclarado*, può incidere sui diritti fondamentali costituzionalmente garantiti e, in particolare, sul diritto a una tutela giudiziale effettiva⁵⁴.

A parere del giudice costituzionale spagnolo, la decisione di non sollevare la questione pregiudiziale non implica di per sé la lesione delle garanzie previste dall'articolo 24 CE; tuttavia, si possono verificare casi in cui tale questione assume rilievo costituzionale, con la conseguenza che il rinvio pregiudiziale risulta imprescindibile per il rispetto del sistema delle fonti, considerato garanzia imprescindibile dell'effettività del principio di legalità⁵⁵.

A tal proposito, la giurisprudenza del TC in merito alla violazione dell'articolo 24 CE si sviluppa in coerenza con la posizione in merito all'obbligo del giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale⁵⁶. Nella sentenza 294/2006, infatti, il *Tribunal* estende i presupposti sottostanti all'obbligo

⁵⁴ Una soluzione diversa, invece, è stata adottata dal *Tribunal* in merito al mancato esperimento della questione di legittimità costituzionale. Infatti, il *Tribunal* ha statuito che questo tipo di decisioni non possono essere oggetto di un ricorso di *amparo* giudiziale. Cfr. STC 228/1998 (FJ 2) «No puede estimarse la vulneración del art. 24.1 CE alegada por la recurrente con base en no haber planteado la Sala la cuestión de inconstitucionalidad del art. 154.2 LHL, por ella solicitada, puesto que, como sostiene el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Umbrete, es doctrina reiterada de este Tribunal que las partes en el proceso carecen de un derecho al planteamiento de estas cuestiones por tratarse de una facultad atribuida a los órganos jurisdiccionales cuando tengan duda sobre la constitucionalidad de una norma con rango de Ley aplicable al caso y, por tanto, cualquiera que sea la razón para no ejercitar dicha facultad, esta negativa no constituye, por sí misma, lesión alguna de la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 CE (SSTC 159/1997 y 137/1998, y AATC 10/1983, 878/1987 y 110/1995)». Questa giurisprudenza è stata criticata dalla dottrina che ha rilevato come non sia da escludere la possibilità che la decisione di non sollevare questione di legittimità costituzionale sia idonea a ledere diritti fondamentali e, in particolare, l'art. 24 CE. Cfr., sul punto, P. PEREZ TREMPES, *El amparo*, cit. p. 140 il quale rinviene una leggera apertura del *Tribunal* in quella giurisprudenza che afferma la lesione dell'art 24 della Costituzione in quei casi in cui la decisione di non sollevare questione di legittimità costituzionale non venga "esteriorizzata". In questo senso va collocata quella giurisprudenza del TC che è giunta a annullare una sentenza per violazione dell'art. 24 perché aveva applicato una norma contenuta in una legge considerata incostituzionale senza adire il Giudice delle leggi (cfr. STC 173/2000).

⁵⁵ Cfr. STC, 20 luglio 2006, n.194, FJ 5, nella quale il Tribunale chiarisce che «La decisión de no plantear una cuestión prejudicial no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE». Tuttavia, vi sono casi in cui la questione assume rilevanza costituzionale con la conseguenza che «El planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración y de los Tribunales».

⁵⁶ Cfr. R. ALONSO GARCÍA; J. M. BAÑO LEON, *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad europea*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 29/1990, pp. 193-222. Secondo la giurisprudenza del TC il diritto a una tutela giudiziale effettiva (art. 24.1 CE) viene lesionato quando il giudice risolve una controversia applicando in maniera erronea il sistema delle fonti. Al contrario, non si produrrà questa violazione quando il giudice, seppur risolvendo la controversia in maniera erronea, rispetti l'ordine costituzionale e legale di applicazione delle norme. Detto in altri termini, ciò che risulta "amparabile" è l'errore giudiziale nell'interpretazione

del giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale all'obbligo di ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Successivamente, tuttavia, il TC (sentenza n. 78/2010), modificando la propria giurisprudenza, rileva che i presupposti sottostanti al dovere del giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale e rinvio pregiudiziale sono, in realtà, differenti: il giudice ordinario è obbligato ad adire il giudice costituzionale se la norma applicabile al caso concreto (entrata in vigore posteriormente alla costituzione)⁵⁷ non sia suscettibile di un'interpretazione costituzionalmente conforme. In questi casi, infatti, il giudice non può procedere né all'applicazione né alla disapplicazione della norma e dovrà adire il giudice costituzionale; al contrario, quando il contrasto sottoposto all'attenzione del giudice concerne una norma interna e l'ordinamento dell'Unione europea, in applicazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, questi non sarà obbligato al rinvio pregiudiziale e potrà procedere direttamente all'applicazione del diritto europeo secondo le teorie dell'*acto claro* e dell'*acto aclarado*. In tali ultime ipotesi, pertanto, sarà possibile procedere alla non applicazione della norma interna senza adire la Corte di Giustizia al ricorrere dei «presupposti stabiliti dal diritto comunitario, la cui sussistenza deve essere verificata dai giudici e tribunali della giurisdizione ordinaria»⁵⁸. In sintesi, il giudice spagnolo, anche quello di ultima istanza, se ha un dubbio circa la compatibilità di una norma interna con quella europea può sia sollevare la questione innanzi alla CG, sia ritenere che il rinvio non sia necessario, vuoi perché ritiene chiara la posizione della Corte di Giustizia in merito, vuoi perché il giudice europeo si sia già espresso su una questione simile. In quest'ultimo caso, il TC nega la rilevanza costituzionale della questione: la garanzia stabilita dall'articolo 24 CE e il corrispondente compito del Tribunale costituzionale di renderne effettiva la tutela, non ricomprende i casi in cui venga applicata una norma interna senza che vi sia certezza circa la sua compatibilità al diritto europeo per non aver il giudice sollevato la questione pregiudiziale; il giudizio circa la conformità o meno della norma nazionale al diritto dell'UE, pertanto, è un ambito di esclusiva competenza del giudice ordinario, esorbitando dalla competenza del TC in sede di *amparo*.

Successivamente il TC (sentenza n. 27/2013) tornerà parzialmente sui suoi passi e limiterà la tesi enunciata nella sentenza n. 78/2010 soltanto a quei casi in cui la questione sia evidente e quando la decisione di effettuare il rinvio sia "*fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria*"⁵⁹. Al contrario, qualora

delle norme che stabiliscono quale norma debba essere applicata (cd. *normas estructurales*), e non un errore interpretativo circa la portata della norma applicabile.

⁵⁷ Si ricorda che nel caso di contrasto tra la Costituzione e una legge ad essa precedente, secondo la giurisprudenza del TC (STC del 2 febbraio 1981) il giudice è libero sia di sollevare questione di incostituzionalità per "*incostitucionalidad sobrevenida*" sia decidere di non applicare la legge anteriore intendendola abrogata dall'avvento della Costituzione.

⁵⁸ «*los presupuestos fijados al efecto por el propio derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria*» (STC, 18 novembre 2010, n. 78).

⁵⁹ STC, 18 dicembre 2014, n. 212; STC, 25 maggio 2015, n. 99.

il giudice sia investito di un dubbio “oggettivo, chiaro e categorico” sulla supposta incompatibilità e si astenga dal sollevare la questione pregiudiziale si provocherà una lesione del diritto ad un processo con tutte le garanzie (art 24.2). Il ragionamento del TC parte dall’affermazione del proprio ruolo di controllore del rispetto del principio di primazia del diritto dell’Unione europea e, pertanto, nei casi in cui su una determinata fattispecie si sia già creato un orientamento interpretativo della Corte di Giustizia, la non applicazione di tale norma si invererebbe in una lesione del diritto alla tutela giudiziale effettiva poiché tutti i giudici sono obbligati a garantire il primato delle norme europee non applicando le norme nazionali contrastanti⁶⁰.

La posizione del *Tribunal*, ovviamente, non può che generare incertezza applicativa: la circostanza che il criterio di differenziazione sia la natura del dubbio che investe il giudice, comporta che l’accoglimento o meno del *recurso de amparo* dipenderà dall’interpretazione di concetti aperti e indeterminati, connotati da un elevato tasso di discrezionalità.

6.1. La posizione del *Tribunal* nella sentenza n. 37/2019: il doppio *canon de enunciamiento*

La sentenza n. 37/2019⁶¹ risulta interessante perché il *Tribunal* modifica la propria giurisprudenza in merito al parametro costituzionale di controllo delle decisioni giudiziali di ultima istanza che disapplicano una legge nazionale per in contrasto con il diritto dell’Unione europea, senza sollevare questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in quei casi in cui tale decisione si basi sull’esistenza di precedenti pronunce della Corte di Giustizia considerate integranti i requisiti della dottrina dell’atto chiarito⁶².

Il *Tribunal* opta per un doppio canone di giudizio a seconda che la mancata richiesta interpretativa alla Corte di giustizia conduca alla non applicazione o all’applicazione della norma nazionale. Nel primo caso, si avrà violazione del diritto a un processo con tutte le garanzie (art. 24.2 CE) se il *Tribunal* accerti l’esistenza in capo al giudice ordinario di un dubbio *obiettivo, chiaro e categorico*, sulla contraddizione della norma non applicata e il diritto UE⁶³ (quindi in questi casi si applica la tesi enunciata in STC 78/2010).

⁶⁰ STC, 5 novembre 2015, n. 232 «*Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)*».

⁶¹ Con questa decisione il *Tribunal Constitucional* annulla la sentenza del 24 ottobre 2016 del *Tribunal Supremo* che imponeva di costituire un sistema di finanziamento del “*bono social*” basato esclusivamente sui contributi dei soggetti dedicati allo svolgimento di attività di commercializzazione di energia elettrica.

⁶² Cfr. A. I. MARTÍN VALERO, *Planteamiento de la cuestión prejudicial y derecho a un proceso con todas las garantías*, in *La Ley*, n. 7173/2019; I. IBÁÑEZ GARCÍA, *El nuevo canon de control establecido por el Tribunal Constitucional respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales europeas* in *La Ley*, n. 9408/2019; J. A. BARCIELA PÉREZ, *El planteamiento de la cuestión prejudicial por los tribunales nacionales*, in *Carta Tributaria*, n. 45/2018.

⁶³ «*Dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario*

Al contrario, nel secondo caso, non si avrà violazione di tale parametro costituzionale se il *Tribunal* considera la decisione del giudice frutto di una «esigesi razionale della legalità ordinaria»⁶⁴ (in questi casi si applica la tesi enunciata in STC 27/13). Affermando, quindi, un canone di controllo “rafforzato” nei casi in cui la norma nazionale venga considerata contrastante con il diritto dell’Unione “*aclarado*”, il *Tribunal* restringe in maniera piuttosto forte la discrezionalità del giudice ordinario nell’ apprezzare la sussistenza dei requisiti della teoria dell’atto chiarito, imponendogli di rivolgersi nella quasi totalità dei casi alla Corte di Giustizia. La discrezionalità del giudice riemerge laddove questi risolva l’antinomia tra la norma nazionale e quella europea a favore della prima, essendo in questi casi soltanto gravato da un più forte onere motivazionale: il *Tribunal Constitucional* potrà revisionare la decisione del giudice ordinario con uno *standard* più lieve del precedente, basato sulla irrazionalità e arbitrarietà della decisione emessa e poi ricorso in *amparo*. Il rischio di questa impostazione è che il *Tribunal Constitucional* divenga guardiano della legge e non delle garanzie costituzionali.

Con questo recente orientamento il *Tribunal Constitucional* sembra porre in capo ai giudici nazionali di ultima istanza degli obblighi più stringenti rispetto a quelli disposti dall’art 267 TFUE e dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶⁵.

La posizione del *Tribunal* probabilmente deriva dalla necessità di riaffermare il proprio ruolo di controllore della primazia del diritto dell’Unione europea, limitando l’affermazione di un controllo diffuso sulla corretta applicazione di tale diritto da parte dei giudici comuni.

Se, da un lato, tale posizione sembra porsi come modello per la creazione di un dialogo proficuo tra il giudice ordinario e quello europeo, l’effetto di questa giurisprudenza potrebbe essere, tuttavia, quello di introdurre una presunzione di compatibilità della norma nazionale con il diritto dell’Unione europea al fine di esentare il giudice dal ricorrere alla questione pregiudiziale. Occorre tenere altresì in considerazione che il sistematico ricorso alla Corte di Giustizia dell’Unione comporta un allungamento considerevole del tempo di risoluzione della controversia, i cui effetti potrebbero incidere in maniera pregiudizievole sulla garanzia dei diritti costituzionali dei singoli.

al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14)».

⁶⁴ «Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3)».

⁶⁵ Cfr. D. SARMIENTO, *Los Tribunales Constitucionales como garantes de la obligación de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia*, in *Almacén de Derecho*, luglio 2019. L’autore dubita che rafforzare l’obbligo del giudice nazionale di sollevare questione pregiudiziale, nei casi in cui la norma nazionale non debba essere applicata, sia compatibile con il Diritto dell’Unione che, invece, non fa alcuna distinzione tra le due ipotesi.

7. Riflessioni conclusive

Dalla giurisprudenza esaminata emerge come il *Tribunal Constitucional*, nonostante continui ad affermare di non essere giudice nazionale del diritto dell'Unione europea, mostri sempre più la tendenza a intervenire a garanzia della corretta applicazione di quest'ultimo, controllando le decisioni dei giudici ordinari in merito alle antinomie tra diritto interno e diritto UE nei casi in cui il loro giudizio si riveli arbitrario, irragionevole o sia incorso in un evidente errore. Di conseguenza, in siffatte ipotesi, il rispetto del diritto dell'Unione si trasforma in oggetto del controllo di costituzionalità⁶⁶.

Da un punto di vista più generale, è stato osservato come il *Tribunal* stia sempre più frequentemente utilizzando le norme europee per integrare i parametri costituzionali, anche in ambiti profondamente legati alla struttura costituzionale interna: il diritto dell'UE viene infatti assunto sia come vincolo interpretativo nella risoluzione di contrasti normativi nazionali, sia per applicare in maniera corretta le disposizioni costituzionali nelle materie in cui tale diritto ha incidenza⁶⁷.

La sentenza n. 37/2019 appare la cartina di tornasole di questa tendenza. Il TC, introducendo un doppio canone di giudizio, finisce per attribuirsi la competenza a verificare la sussistenza dei presupposti della dottrina dell'*acto aclarado*, anche compiendo valutazioni inerenti alle analogie e alle differenze tra il caso su cui si è espressa la Corte di Giustizia e quello oggetto della controversia del giudice nazionale. In tal modo, il *Tribunal Constitucional* si spinge fino a controllare se l'interpretazione data dal *Tribunal Supremo* (o dal giudice di ultima istanza) sia contraria o no al diritto dell'Unione europea, con ciò acuendo il rischio di una sovrapposizione con il ruolo della Corte di Giustizia; sovrapposizione che il giudice costituzionale, con la citata giurisprudenza di "basso profilo", aveva sempre dichiarato di voler evitare.

Tale interferenza potrebbe accentuarsi anche in virtù della recente giurisprudenza del giudice europeo che ha affermato la possibilità dell'effetto diretto (anche orizzontale) delle norme della Carta di Nizza⁶⁸, la cui entrata in vigore ha dato una centralità in sede europea alla tutela dei diritti fondamentali, prima assente o comunque limitata⁶⁹.

L'ampliamento dell'obbligo del rinvio pregiudiziale potrebbe avere effetti controversi in merito alla tutela dei diritti fondamentali, poiché comporterebbe, nella quasi totalità dei casi in cui vengano in gioco diritti

⁶⁶ P. PÉREZ TREMPES, *La jurisdicción constitucional y la integración europea*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 29/2009, p. 45.

⁶⁷ Cfr. X. A. SANTISTEBAN, *La tutela*, cit. p. 70

⁶⁸ Cfr. R. BUSTOS GISBERT, *La aplicación de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Teoría Constitucional*, n. 39/2017, pp. 333-359; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problema in tema di effetti diretti orizzontali della Carta*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019. Emblematica a tal proposito appare la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di *ne bis in idem* in cui si afferma la possibilità dell'applicazione diretta dell'art 50 CDFUE. Nella specie, CG, C- 524/15, (Menci); C-537/16, (Garlsson Real Estate); C- 597/16, (Di Puma e Zecca).

⁶⁹ D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national Courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, n. 50/2013, pp. 1267-1303.

tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta europea, un previo intervento della Corte di Giustizia, la cui interpretazione non potrà che risultare vincolante.

Difatti, come visto, l'art 10.2 CE, in tema di diritti fondamentali, impone al giudice un'interpretazione conforme alle norme sovranazionali così come interpretate dal giudice europeo.

Pertanto, il necessario coinvolgimento della Corte di Giustizia a garanzia dell'art 24 CE, valorizzato dal TC attraverso definizione di requisiti più stringenti in merito all'obbligo del giudice di ultima istanza di effettuare rinvio pregiudiziale, comporterà che, anche in tema di diritti fondamentali, la giurisprudenza europea non potrà che risultare vincolante non solo per i giudici ordinari, ma anche per il *Tribunal Constitucional*, eventualmente, adito in via di *amparo* in relazione alla medesima controversia.

A tal proposito, appare interessante rilevare che un atteggiamento diametralmente opposto a quello del *Tribunal Constitucional* è stato assunto dalla Corte costituzionale italiana che, con recenti pronunce, sembra aver perimetrato in maniera distinta i rapporti tra giudice comune e Corte di Giustizia, quantomeno in quei casi di cd. "doppia pregiudizialità"⁷⁰.

A fronte di un tentativo del giudice costituzionale spagnolo di rafforzare l'obbligo del rinvio pregiudiziale, la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale si è di recente orientata nel senso di escludere l'obbligo del giudice di ultima istanza di adire la Corte di Giustizia in quei casi in cui la normativa italiana è sospettata di porsi in contrasto sia con la Costituzione che con le norme della Carta di Nizza.

In relazione alle ipotesi di cd. "doppia pregiudizialità" nella sentenza n. 269/2017 la Corte, seppur in un *obiter dictum* che verrà successivamente precisato (Corte cost. nn. 20/2019, 63/2019, 117/2019)⁷¹, esorta il giudice nazionale, anche quello di ultima istanza, a preferire la questione di legittimità costituzionale rispetto al rinvio pregiudiziale, al fine di garantire la prevalenza del controllo della Consulta che (a differenza di quello del giudice europeo) potrà concludersi con la dichiarazione di legittimità costituzionale con effetti *erga omnes*⁷².

⁷⁰ Corte cost., sent., 7 novembre 2017, n. 269; sent. 23 gennaio 2019, n. 20; sent., 20 febbraio 2019, n. 63; sent., 10 maggio 2019, n. 117

⁷¹ Nelle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 la Corte costituzionale precisa che i giudici comuni possono avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale in ogni tempo e, diversamente da ciò che era stato paventato nella sentenza n. 269 del 2017, senza limitazioni di "profili". Cfr. A. RUGGERI, *Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)* in, *Rivista di diritti comunitari*, n. 3/2018; ID, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del Dialogo con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117/2019)* in *Consulta online*, 13 maggio 2019; S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 3 luglio 2019 p. 9 ss., per cui nella sentenza n. 20 del 2019 la Corte costituzionale, pur affermando che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia UE, sulla medesima disciplina vagliata in sede nazionale, «qualsiasi pregiudiziale a loro avviso necessaria», contestualmente, assume la propria competenza a valutare la conformità dei diritti fondamentali garantiti dalla CDFUE alle tradizioni costituzionali comuni così come identificate dalla Consulta stessa.

⁷² Cfr. Corte cost., 7 novembre 2017, n. 269 «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed

Aspettando di vedere la reazione dei giudici comuni a fronte di quest'orientamento⁷³, ciò che emerge è che, nel caso in cui questa giurisprudenza venisse confermata, si configurerebbe un'elisione (di matrice giurisprudenziale) della portata dell'obbligo del rinvio pregiudiziale a favore di un controllo accentrato della Corte costituzionale⁷⁴.

A prescindere dall'atteggiamento del giudice delle leggi, l'assenza nel sistema italiano di un ricorso diretto per la tutela dei diritti rende tendenzialmente incontrollabile, almeno da parte di un organo giurisdizionale interno, il rispetto dell'obbligo del giudice di ultima istanza di adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale.

Ed infatti, nel caso in cui il giudice di ultima istanza non si determini per il rinvio pregiudiziale e a causa di una errata interpretazione del diritto dell'Unione europea si vada a formare un giudicato "antieuropeo", questo non potrà essere eliminato: l'ordinamento non prevede tra le ipotesi di revocazione del giudicato quella del suo contrasto con il diritto dell'Unione⁷⁵. Si tratterà di un'ipotesi in cui si configurerà la responsabilità dello Stato per violazione del Diritto dell'Unione europea e, pertanto, si aprirà la strada per un eventuale procedura d'infrazione ex artt. 258 e 259 TFUE.

eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito. In senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione (si veda ad esempio Corte costituzionale austriaca, sentenza 14 marzo 2012, U 466/11-18; U 1836/11-13). Il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)».

⁷³A seguito della sentenza n. 269/2017, infatti, parte della giurisprudenza nei casi di doppia pregiudizialità ha continuato a dare precedenza al rinvio pregiudiziale mentre vi sono altre pronunce in cui i giudici, aderendo all'orientamento della sentenza n. 269/2017, hanno deciso di dare precedenza alla questione di legittimità costituzionale. Si veda Corte di Cass., ord. n. 381 del 2018 che, rilevando il contrasto della normativa interna sia con norme costituzionali (artt. 24 e 111), sia con principi della Carta di Nizza (artt. 17 e 49) nonché con principi della Cedu (art. 1 primo prot), solleva questione di legittimità costituzionale. *Contra*. Corte di cass., ord. n. 451 del 2019. La Corte di Cassazione, visto che nella sentenza n. 269 del 2017 la Corte costituzionale ha comunque fatto salvo il potere del giudice ordinario di promuovere rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE, effettua il rinvio pregiudiziale a causa della «chiara prevalenza (nel caso di specie) degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali. Cfr., inoltre, D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Forumdiquadernicostituzionali*, 26 marzo 2018.

⁷⁴È stato da più parti osservato che l'orientamento della Corte costituzionale sia stato mosso dall'esigenza di evitare che, attraverso la disapplicazione di una norma interna contrastante con la Carta di Nizza, si affermasse un controllo diffuso di costituzionalità da parte dei giudici comuni con il rischio di un' "emarginazione" della Carta costituzionale e della Corte costituzionale. Cfr. A. BARBERA, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista Aic*, n. 4/2017.

⁷⁵La giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito alla possibilità per cui un giudicato contrastante con il diritto dell'Unione europea possa "cedere" come conseguenza della disapplicazione dell'art 2909 cc, ha affermato tre principi 1) Il giudicato nazionale, anche se in contrasto con il Diritto dell'Unione europea, non è cedevole. 2) Il giudice interno può ritornare sulla decisione passata in giudicato soltanto se l'ordinamento nazionale lo preveda. 3) Se la decisione di un organo giurisdizionale contrasta con il Diritto dell'Unione europea lo Stato incorre in un'ipotesi di responsabilità per danni. Nonostante ciò, in alcune ipotesi estreme è stata decretata la "cedevolezza" del giudicato. Cfr, sul punto, CG, C-1119/05 (Lucchini) in tema di aiuti di Stato.

Su tale piano, era già intervenuto il legislatore nel 2015⁷⁶: nell’ottica di una maggiore valorizzazione dell’istituto del rinvio pregiudiziale, è stato inserito il co. 3 bis all’art. 2 della legge 117/1988 (Risarcimento dei danni cagionati per l’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei Magistrati), che considera quali parametri per vagliare la responsabilità civile dei magistrati in caso di violazione manifesta del diritto dell’Unione europea anche “la mancata osservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267, terzo paragrafo TFUE, nonché del contrasto dell’atto o del provvedimento con l’interpretazione espressa dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea”.

⁷⁶ Legge 27 febbraio 2015, n.18, art. 2, co. 1, lett. c)