

**Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo:
una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato**

(A margine di Cons. St., sez. V, sent. n. 4207/ 2005)

di Oreste Pollicino

Sommario: 1. - I fatti ed il ragionamento del Consiglio di Stato. 2. - La mancata disapplicazione delle norme nazionali. 3. - Rinvio pregiudiziale e controlimiti.

1. - I fatti ed il ragionamento del Consiglio di Stato

Con una recente pronuncia, il Consiglio di Stato riapre il problema dei limiti del principio della supremazia del diritto comunitario sulle fonti interne.

Questo, in breve, il *background* fattuale alla base della decisione che si commenta.

La Federazione Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani, FEDERFARMA, con altri soggetti collettivi, come FEDERFARMA Lombardia, l'Unione Italiana Consumatori nonché singoli cittadini, proponevano ricorso dinanzi al TAR della Lombardia per l'annullamento delle sequenza procedimentale con la quale il Comune di Milano, attraverso la trasformazione dell'azienda municipalizzata che gestiva le farmacie di proprietà comunale in società per azioni e la cessione dell'80% del pacchetto azionario di quest'ultima, era pervenuto all'affidamento del controllo della società che gestisce le farmacie comunali alla Gehe Italia s.p.a., poi Admenta Italia s.p.a.

I ricorrenti censuravano la procedura anzidetta sostenendo, tra l'altro, come la normativa su cui essa si fondava, l'art. 8, c.1, lett. a della l. n. 362/91 (norme di riordino del settore farmaceutico), violasse la Costituzione ponendosi, in particolare, in contrasto con il principio di uguaglianza e il diritto alla salute. Il giudice amministrativo di primo grado sollevava quindi la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale in relazione art. 8, c.1, lett. a della l. n. 362/91 per asserita violazione degli artt. 3 e 32 della Costituzione. I giudici costituzionali, con sentenza additiva n. 275 del 24 luglio 2003, dichiaravano l'illegittimità costituzionale della normativa oggetto del giudizio «nella parte in cui non prevedeva che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali fosse incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco». Recependo l'orientamento dei giudici costituzionali, i giudici amministrativi di primo grado, con la decisione n. 4195 del 29-9-2004, si pronunciavano per l'illegittimità tanto del bando di gara nella parte in cui consentiva la partecipazione della Admenta Italia alla gara per la scelta del socio della società che avrebbe gestito le farmacie comunali quanto di tutti gli atti conseguenti lo stesso bando, compresa la aggiudicazione.

La Società Admenta ed il Comune di Milano presentavano di fronte al Consiglio di Stato separati appelli per la riforma di tale decisione del TAR Lombardia sostenendo, tra l'altro, come la normativa relativa al riordino delle Farmacia, così come "riscritta" dalla Corte costituzionale nella sentenza additiva prima richiamata, si sarebbe posta in contrasto con alcuni principi generali del Trattato di Roma e, in particolare, con il divieto di non discriminazione sulla base della nazionalità, sancito all'art. 12 tr Ce, e con le libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali nel mercato comune, rispettivamente garantite dagli artt. 43 e 56 tr Ce. Alla luce di tali considerazioni gli appellanti chiedevano al Consiglio di Stato, ove accertata effettivamente l'ipotesi di conflitto, di risolvere il contrasto suddetto, in virtù del principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto dei Paesi membri, portato di più 40 anni di giurisprudenza comunitaria, disapplicando la previsione interna incompatibile con le norme del Trattato e, conseguentemente, di riformare la decisione del TAR Lombardia prima richiamata e, in subordine, di attivare la procedura di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prevista dall'art. 234 tr Ce.

Il sommo giudice amministrativo non aveva dubbi sul contrasto tra la legge ordinaria così come «manipolata» dalla Corte costituzionale e le disposizioni richiamate del Trattato CE. Esso, però, non solo non disapplicava la normativa ordinaria in contrasto con il diritto comunitario, ma si rifiutava anche di promuovere il ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia, in quanto «la matrice costituzionale» della disposizione interna in questione avrebbe imposto una ricomprensione della problematica in oggetto nel solco tracciato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale

attraverso l'enucleazione della c.d. teoria dei controlimiti. In altre parole, la stessa decisione della Consulta n. 257/2003 integrativa del portato dell'art. 8 della l. 362/98 si sarebbe posta, ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, come vero e proprio controlimite «all'erompere» del diritto comunitario nel sistema giuridico interno, così che non vi sarebbe stato neanche spazio per il richiesto rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato, giacché l'eventuale decisione dei giudici di Lussemburgo di segno favorevole alla legittimità comunitaria della norma non avrebbe potuto, in nessun caso, «valicare la barriera innalzata dalla Corte costituzionale italiana, affermando l'essenzialità della modifica introdotta per la salvaguardia del diritto alla salute».

2. - La mancata disapplicazione delle norme nazionali

Varie sono le prospettive di analisi critica cui sembra prestarsi l'*iter* logico-argomentativo della pronuncia in esame. Essendo già state evidenziate luci ed ombre dell'operazione ermeneutica che ha portato a fare rientrare la sentenza additiva della Corte costituzionale nella categoria dei controlimiti, pare preferibile soffermarsi sull'altro profilo principale dell'argomentazione del Consiglio di Stato, quello su cui il giudice amministrativo ha fondato il rigetto della prima istanza degli appellanti, che solo in subordine chiedevano di servirsi della procedura prevista dall'art. 234 tr Ce e che, invece, in via principale, domandavano la disapplicazione immediata della normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario.

I giudici di Palazzo Spada motivano tale decisione di rigetto sostenendo come, nel caso di specie, l'ipotesi della disapplicazione della disciplina interna da parte del giudice nazionale non sarebbe stata percorribile per difetto «di una disciplina comunitaria direttamente applicabile», essendo l'art. 8a della l. 362/91, così come integrato dal portato della già richiamata sentenza additiva della Corte costituzionale n. 257/2003, in contrasto, a detta degli stessi giudici, con i principi generali del diritto comunitario in materia di non discriminazione sulla base della nazionalità, di libera circolazione dei capitali e di libertà di stabilimento; principi incapaci, a detta degli stessi giudici, di trovare un'applicazione diretta nel nostro sistema giuridico in assenza, di nuovo testualmente, «di una normativa di settore emessa dagli organi comunitari competenti». In altri termini, i giudici amministrativi ammettevano il flagrante contrasto con il diritto comunitario della disposizione interna, ma non ne facevano seguire la disapplicazione della stessa in quanto il contrasto in parola sarebbe stato caratterizzato dal configgere della disciplina nazionale «unicamente» con dei principi generali del diritto comunitario, piuttosto che con una normativa europea vincolante che, secondo il sommo giudice amministrativo, «non esisteva».

Dispiace rilevare la poca sensibilità del Consiglio di Stato per le esperienze giurisprudenziali che travalicano il confine, peraltro oggi più che mai assai labile, dell'applicazione del diritto amministrativo, ma non può farsi a meno di notare come la normativa comunitaria in questione non soltanto esista, ma sia anche direttamente efficace nel nostro ordinamento. Tanto le libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali quanto il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, infatti, oltre ad essere principi generali del diritto comunitario, sono anche delle espresse previsioni del Trattato istitutivo (rispettivamente artt. 43, 56 12 tr Ce), il cui portato normativo significativo, ed è questo il "dettaglio" sfuggito al Consiglio di Stato, è da almeno un paio di lustri considerato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in grado di produrre un effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri, ovvero, per utilizzare il linguaggio della decisione in esame, idoneo ad essere «direttamente applicabile» nei sistemi giuridici appartenenti ai Paesi parte dell'Unione europea.

Per quanto concerne la libera circolazione di capitali, i giudici di Lussemburgo avevano avuto l'occasione di chiarire nel caso *Sanz de Laera* che «il disposto dell'art. 73 b, n. 1 del Trattato enunci *un divieto chiaro e incondizionato, che non necessita di provvedimenti di attuazione*». Nelle conclusioni presentate nell'aprile 2004 in relazione al caso *Ospelt*, inoltre, l'Avvocato generale Geelhoed ribadiva perentoriamente, peraltro facendo espresso riferimento a *Sanz de Lera*, che la previsione del Trattato che vieta tutte le restrizioni di capitali tra Stati membri (o tra Stati membri e terzi) era in grado di produrre un effetto diretto, indipendentemente da qualsiasi intervento di attuazione, sia di matrice comunitaria che nazionale, negli ordinamenti degli Stati membri, con espresso riferimento, questa volta, stante la nuova numerazione, all'art. 56 del Trattato istitutivo.

Discorso speculare va fatto per quella giurisprudenza della Corte di giustizia che risolveva, già nel 1974, il dubbio sull'attribuzione o meno dell'efficacia diretta alla previsione del Trattato CE che vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro in un altro Stato membro. Nella pronuncia *Reyners*, i giudici di Lussemburgo, infatti, precisavano che «tale previsione in quanto richiamo ad un complesso di disposizioni legislative effettivamente applicate dal Paese di stabilimento ai propri cittadini è per eccellenza *atta ad essere fatta valere direttamente dai cittadini di tutti gli Stati membri*. Stabilendo alla fine del periodo transitorio la realizzazione della libertà

di stabilimento, l'art. 52 prescrive, quindi, un obbligo di risultato preciso il cui adempimento doveva essere facilitato ma non condizionato dall'attuazione di un programma di misure graduali. Il fatto che questa gradualità non sia stata osservata lascia intatto l'obbligo stesso, una volta scaduto il termine per il suo adempimento». Il concetto è stato ribadito dalla Corte di giustizia ad ogni buona occasione: l'ultima volta lo scorso anno, quando i primi di marzo del 2004, il giudice comunitario ritornava sul punto e ripeteva che l'art. 43 tr. Ce (ex 52), era, ormai da 34 anni, direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri senza alcun bisogno di interventi di attuazione da parte degli stessi Stati, né, tanto meno, per riprendere le parole utilizzate nella motivazione della pronuncia in commento, dell'adozione «di una normativa di settore emessa da organi comunitari competenti». I giudici comunitari, infatti, nella stessa decisione sopra richiamata del 2004, non avevano dubbi nel sottolineare come l'art. 53 del Trattato fosse «una delle disposizioni fondamentali del diritto comunitario e per questo direttamente efficace negli Stati membri dalla scadenza del periodo transitorio. In forza di questa disposizione, la libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro implica l'accesso alle attività non subordinate e il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di aziende secondo quanto stabiliscono le leggi del paese di stabilimento per i loro cittadini».

In riferimento all'art. 12 tr. Ce, che sancisce il divieto di ogni discriminazione fondato sulla nazionalità, il giudice europeo, sulla base di una consolidata giurisprudenza che ne riconosceva già dal 1980 il valore di principio apicale nell'ordinamento comunitario, stabiliva, nella sentenza *Cowan* del 1989, la diretta applicabilità del divieto stesso negli ordinamenti dei Paesi membri, specificando che, in riferimento all'art. 6 CE, «il diritto alla parità di trattamento sorge direttamente dal diritto comunitario». In una pronuncia di qualche anno successiva, poi, delineava il corollario di una simile affermazione, in base al quale «tale diritto può pertanto essere fatto valere dinanzi al giudice nazionale per chiedergli di eliminare da una normativa nazionale le disposizioni discriminatorie che negano ai cittadini degli altri Stati membri la tutela che le stesse assicurano ai cittadini nazionali». Infine, molto più recentemente e sempre sullo stesso punto, i giudici comunitari, facendo, a scanso di equivoci, espresso riferimento alla numerazione del Trattato post-Amsterdam e avvalendosi della combinazione virtuosa tra il divieto generale di discriminazione e le disposizioni del Trattato CE in tema di cittadinanza europea, sottolineavano che «lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico; (per questo) un cittadino dell'Unione europea che risiede legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante può avvalersi dell'art. 6 del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 12 CE) in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario».

Alla luce di quanto fin qui rilevato, lascia più che perplessi il passaggio della pronuncia in esame in cui il sommo giudice amministrativo rilevava che «le argomentazioni degli appellanti volte a dimostrare il contrasto della norma introdotta dalla Corte costituzionale con i principi del Trattato non hanno rilievo ai fini della domanda di disapplicazione, dovendo rammentarsi che questo potere del giudice scatta in presenza di una disciplina di fonte comunitaria suscettibile di applicazione diretta». Le previsioni comunitarie in relazione alle quali il Consiglio di Stato ha ignorato la cospicua giurisprudenza comunitaria che ne riconosceva un'applicazione diretta, peraltro, costituiscono non marginali disposizioni del Trattato, ma il fondamentale parametro normativo che, per un verso, ha consentito di realizzare un mercato unico europeo che garantisca la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento nello spazio giuridico comune, e, per un altro verso, ha permesso che in tale spazio comune fossero bandite le discriminazioni tra nazionali e non nazionali «comunitari». Non solo: è proprio per la loro natura di principi generali dotati di un ruolo chiave per il progredire del processo di integrazione comunitaria che la Corte di giustizia, vista l'originaria inerzia legislativa degli Stati membri, ha ammesso l'efficacia diretta di tali previsioni nei sistemi giuridici nazionali.

3. - Rinvio pregiudiziale e controlimiti

La pronuncia in esame, peraltro, si segnala anche sotto due ulteriori profili, tra loro strettamente connessi: il primo relativo alla decisione di non operare il rinvio pregiudiziale a norma dell'art. 234 tr. Ce; il secondo concernente la prima effettiva applicazione della teoria dei controlimiti da parte di una delle supreme magistrature del nostro ordinamento.

Con riferimento alla prima questione, si deve anzitutto osservare che, ai sensi dell'art. 234 tr. Ce, quando una questione pregiudiziale «è sollevata in un giudizio pendente davanti ad una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia». Le sole eccezioni a tale obbligo, elaborate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Cilfit*, sono rappresentate, per un verso, dall'ipotesi c.d. dell'«atto chiaro» in cui «la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata» (p.to 16), per altro verso dal caso in cui la stessa questione «non sia pertinente, vale a dire la soluzione, qualunque essa sia, non

possa in alcun modo influire sull'esito della lite» (p.to 10).

Nella pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha fatto riferimento proprio a questa seconda ipotesi, citando peraltro espressamente la sentenza *Cilfit*. Nel farlo, però, ne ha stravolto il fine originario. Non vi è dubbio, infatti, che la soluzione che i giudici di Lussemburgo avrebbero potuto dare alla questione sollevata dagli appellanti, proprio per il fatto che la normativa comunitaria che si assumeva violata era, da un lato, come si è visto, dotata di efficacia diretta, dall'altro, palesemente in contrasto con la disciplina nazionale in questione, sarebbe stata senz'altro decisiva per la risoluzione del giudizio pendente davanti ai giudici amministrativi. La situazione di irrilevanza che, ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, avrebbe caratterizzato la questione interpretativa sollevata dagli appellanti è allora tutt'altra cosa rispetto al significato che la Corte di giustizia ha attribuito alla nozione di «non pertinenza» della questione. Essa esprime, piuttosto, l'intendimento del giudice amministrativo secondo il quale, qualunque fosse stata la soluzione fornita dalla Corte di Lussemburgo, non sarebbe stata per alcuna ragione presa in considerazione una interpretazione della norma in oggetto difforme da quella alla base della citata decisione della Corte costituzionale.

A prescindere dall'aspetto tecnico-giuridico della questione, del resto, la posizione del Consiglio di Stato non convince in quanto espressione di quella resistenza ad instaurare un qualsiasi confronto con il giudice comunitario che elimina, *ex ante*, ogni possibilità di attivazione del virtuoso processo di mutua alimentazione reciproca tra la dimensione nazionale e quella sovranazionale cui prima si faceva riferimento.

In riferimento alla seconda questione prima accennata, deve qui sottolinearsi come «l'arma» dei controlimiti, tradizionalmente solo minacciata dalla Corte costituzionale, sia stata, nel caso che si commenta, per la prima volta effettivamente adoperata da una nostra giurisdizione di ultimo grado. Tale presa di posizione è stata senza dubbio agevolata dalla brusca "frenata" nei procedimenti di ratifica del Trattato costituzionale, che ha fatto venire meno o quanto meno rinviato l'ingombrante spettro della codificazione del primato del diritto comunitario sul diritto interno prevista dall'art. 1-6 del Trattato costituzionale. Se in regime di «tolleranza costituzionale», infatti, le supreme magistrature (specie costituzionali) dei singoli Stati membri possono ancora minacciare di fare ricorso alla teoria dei controlimiti, la quale, com'è noto, si è, tra l'altro, rilevata una «pallottola spuntata», tale possibilità sarebbe senz'altro preclusa in un contesto di obbedienza obbligatoria quale quello previsto, per l'appunto, dall'art. 1-6 del Trattato costituzionale. A ciò si aggiunga che un passo in tale direzione è stato compiuto già con il Trattato di Amsterdam. Nel protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato, con il quale condivide gli effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri, si prevede, infatti, tra l'altro, che «l'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità non deve ledere i principi elaborati dalla Corte di giustizia relativamente al rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario». A ben vedere, tale clausola, passata per lo più inosservata, richiama e codifica indirettamente il principio della supremazia del diritto europeo elaborata dalla Corte di giustizia sin dal 1964. Ciò porta a riconsiderare l'esattezza della tesi secondo la quale il sistema comunitario non conterrebbe in sé gli strumenti per risolvere il conflitto tra l'orientamento della Corte di giustizia e quello di alcune Corti costituzionali circa l'apposizione di eventuali limiti al primato del diritto comunitario sul diritto interno. Non vi è, allora, più bisogno d'attendere l'entrata in vigore (sempre meno probabile) del Trattato costituzionale per poter affermare che ogni volta in cui i giudici nazionali, siano essi costituzionali o comuni, pongano degli ostacoli alla prevalenza di tutto il diritto comunitario su tutto il diritto interno, anche costituzionale, non solo si discostano dalla posizione assunta dalla Corte di giustizia da oltre 40 anni, ma violano anche i Trattati comunitari.

Un cenno merita anche un ultimo passaggio della pronuncia in esame, ove, nel tentativo di motivare il ricorso alla teoria dei controlimiti, si denunciava la «valenza quasi sperimentale» del tentativo compiuto dall'Unione europea di dotarsi di un catalogo di diritti fondamentali, al momento non vincolante, pur non disconoscendo, peraltro, «la tendenza invalsa nel diritto comunitario e nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo specie dopo la firma del Trattato di Nizza (*sic*) ad assicurare la salvaguardia dei diritti soggettivi in ambiti sempre più ampi, anche estranei alla vocazione prettamente economica che ha caratterizzato le origini e una larga parte della Comunità e ora dell'Unione».

Tale passaggio suggerisce due rapide osservazioni.

La prima è che il Consiglio di Stato pare disconoscere l'ampio e consolidato orientamento giurisprudenziale dei giudici di Lussemburgo, i quali, ben prima del 2000, hanno fatto propria l'esigenza di salvaguardare i diritti fondamentali nella dimensione comunitaria. Com'è ben noto, infatti, già dal 1974 la Corte di giustizia ha stabilito che i diritti fondamentali rientrano tra i principi giuridici generali che essa deve salvaguardare e che nella protezione di tali diritti deve fare riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Qualche anno più tardi, lo stesso giudice comunitario ha aggiunto che «non può essere legittima nessuna misura incompatibile con i diritti fondamentali riconosciuti e tutelati

nelle Costituzioni di detti Stati». Tale portato giurisprudenziale è stato poi sostanzialmente codificato alla lett. f, c. 2, (ora art. 7) del Trattato di Maastricht, ove è ora espressamente sancito che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

La seconda osservazione è relativa alla terminologia utilizzata dal Consiglio di Stato nel passo della motivazione citato. Il riferimento al Trattato di Nizza è frutto di una svista e sta, ovviamente, per la Carta di Nizza. Non si tratta, però, di una svista da sottovalutare. Dopo aver ignorato una giurisprudenza trentennale della Corte di giustizia concernente l'efficacia diretta delle disposizioni fondamentali del Trattato comunitario per la realizzazione del mercato unico europeo, aggirato l'obbligo previsto dal Trattato istitutivo di esperire il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE, non preso atto che il primato del diritto comunitario sul diritto interno non è solo alla base di una dottrina monolitica della Corte di giustizia ma anche di una disposizione normativa parte integrante di un Trattato (quello di Amsterdam) ratificato dallo Stato italiano, nonché dimenticato che il rispetto dei diritti fondamentali fa parte dell'*acquis* comunitario da una trentina d'anni, niente sarebbe stato più coerente che confondere la Carta dei diritti fondamentali con il Trattato di Nizza: in fondo la città è la stessa.

In corso di pubblicazione in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*.

Cfr. A. Ruggeri, *Le pronunzie della Corte costituzionale come controlimiti alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario?*, in *forum di quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it.

Una precisazione preliminare d'ordine terminologico è necessaria prima di criticare l'assunto appena richiamato della motivazione in esame. A ben vedere, infatti, i giudici amministrativi hanno utilizzato il termine diretta applicabilità riferendosi però, sostanzialmente, all'operare tipico della diversa nozione di efficacia diretta. A conferma di ciò si rilevi che gli stessi giudici prendevano in considerazione, per poi scartarla, l'ipotesi di un'interpretazione conforme al diritto comunitario facendo riferimento, senza peraltro citarla espressamente, alla c.d. *Marleasing doctrine* elaborata dalla Corte di giustizia a proposito dell'obbligo di interpretazione conforme del diritto comunitario, in forza della quale, *in assenza di effetto diretto* di una disposizione europea (*in primis* le direttive) il giudice nazionale è comunque obbligato a interpretare il diritto nazionale quanto più possibile conformemente alla disciplina comunitaria che non è possibile applicare direttamente perché priva di un'efficacia diretta nell'ordinamento interno. Cfr. Corte giust., sent. 13-11-1990, *Marleasing*, causa C-106/89, in *Racc.*, I-4135. È quindi evidente che, visto il richiamo esplicito nella motivazione della decisione che si commenta alla teoria dell'interpretazione conforme, deve, per forza di cose, essere implicito nel ragionamento del Consiglio di Stato, sebbene sotto la nomenclatura di applicazione diretta, il riferimento sostanziale al concetto di efficacia diretta del diritto comunitario che non può non essere sottinteso in quello, logicamente susseguente, di interpretazione conforme.

Si è già avuto modo di rilevare la noncuranza del sommo giudice di giustizia amministrativa nei confronti delle evoluzioni giurisprudenziali e normative in tema di pari opportunità uomo/donna; noncuranza che ha portato la Corte costituzionale a dichiarare manifestamente inammissibile una questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di Stato giacché la configurazione del parametro costituzionale presente nell'ordinanza di rinvio mancava di qualsiasi riferimento alla sent. 49/2003 della stessa Corte di legittimità costituzionale, considerata da molti la decisione di svolta in tema di misure preferenziali nell'ambito della rappresentanza politica. Cfr. O. Pollicino, *Perché nessuno ha informato il Consiglio di Stato della nuova stagione costituzionale delle pari opportunità?*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2005, 802 ss.

Corte giust., sent del 14-12-1995, *Procedimento penale a carico di Lucas Emilio Sanz de Lera e al.*, cause riunite C-163/94, C-165/94 e C-250/94, in *Racc.*, I-4821, p.to 12. (Corsivo nostro).

Ora divenuto art. 56 CE.

Cfr. conclusioni AG Geelhoed, presentate il 10-4-2003 per la causa C-452/01, *Margarethe Ospelt e al. c. Unabhangiger Verwaltungssenato des Landes Vorarlberg*, in *Racc.*, I-9743.

Divenuto ora art. 43 CE.

Corte giust., sent., *Reyners c. Belgio*, causa C-2/74, in *Racc.*, I-631, p.to 27. (Corsivo nostro).

Cfr. Corte giust., sentt. 28-1-1986, *Commissione/Francia*, causa C-270/83, in *Racc.*, I-273, p.to 13; 29-4-1999, *Royal Bank of Scotland*, causa C-311/97, in *Racc.* I-2651, p.to 22 e 13-4-2000, *Baars*, causa C-251/98, in *Racc.*, I-2787, p.to 27.

Com'è noto il periodo transitorio è scaduto il 1° gennaio del 1970.

Corte giust., sent 11-3-2004, *Hughes de Lasteyre du Lasterye du Saillant c. Ministere de l'économie des Finances e de L'Industrie*, causa C-09/02, in *Racc.*, I-2409, p.to 40. (Corsivo nostro).

Cfr. sent. 8-10-1980, *Uberschar/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, causa C-810/79, in *Racc.*, I-2747, p.to 16 ove la Corte affermava che «il principio generale d'uguaglianza, di cui il divieto di discriminazione a motivo della nazionalità è solo un'espressione specifica, è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario. Questo principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata» (p.to 16).

Diventato ora art. 12 CE.

Corte giust., sent. 2-2-1989, *Cowan, c. Tresor public*, in causa C-186/87, in *Racc.*, I-195, p.to 11. (Corsivo nostro).

Corte giust., sent. 20-10-1993, *Phil Collins contre Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul c EMI Electrola GmbH*, cause riunite C-92/92 et C-326/92, in *Racc.*, I-5145, p.to 34. (Corsivo nostro).

Corte giust., sent. 20-9- 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, causa C-184/99, in *Racc.*, I-0619.

Curiosamente, a detta del Consiglio di Stato, all'opposto, era proprio la qualificazione in termini di principi generali che avrebbe impedito alle previsioni degli artt. 12, 43 e 56 del tr. Ce di godere di un'applicazione diretta negli ordinamenti degli Stati membri.

A ben vedere, per le stesse ragioni, i giudici comunitari hanno ammesso, nel 1976, con la storica pronuncia *Defrenne II*, l'efficacia diretta (orizzontale) della previsione contenuta nell'art. 119 (ora 141) in tema di parità retributiva tra lavoratori di sesso maschile e femminile per uno stesso lavoro (o per un lavoro di valore equivalente). Cfr. Corte giust., sent. 8-4-1976, *Defrenne c. Sabena*, causa C-43/75, in *Racc.*, I-1365.

Corte giust., sent. 6-10-1982, s.r.l. *CILFIT e Lanificio di Gavardo contro Ministero della Sanità*, causa C-283/81, in *Racc.*, I-3415.

Nello stesso passaggio la Corte aggiungeva, al fine di limitare ulteriormente la suddetta ipotesi applicativa, che «prima di giungere a tale conclusione il giudice nazionale deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di giustizia». Non certo, tra i più facili e rapidi degli accertamenti per il giudice nazionale.

Non uno stop definitivo. Nonostante i numerosi *requiescat in pace* pronunciati anche, solennemente, a seguito dell'esito negativo dei referendum tenutisi in Francia ed Olanda, rispettivamente il 29-5-2005 ed il 1-6-2005 nei confronti del Trattato costituzionale di Roma, deve qui rammentarsi come, in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del 16 e 17 giugno 2005, i Capi di Stato e di Governo dei 25 Stati membri abbiano deciso di rinviare al primo semestre 2006 la valutazione del processo di ratifica del Trattato di Roma. Se, conseguentemente, appare certamente ormai irrealistica la data del 1° novembre 2006, fissata originariamente per la conclusione del processo di ratifica, sembra, allo stesso modo, prematuro parlare di "cronaca di una morte annunciata". A conferma di quanto sostenuto basti pensare che i procedimenti di ratifica sono proseguiti anche dopo il 1 giugno 2005, con la vittoria, il successivo 10 luglio, dei "si" nel referendum tenutosi in Lussemburgo.

Per uno studio sulla tolleranza costituzionale sia consentito rinviare a O. Pollicino *Principio di tolleranza costituzionale tra self restraint e judicial activism della Corte di giustizia*, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Atti dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Università degli Studi di Teramo, 27-28 giugno 2003, R.Orù - L. Sciannella (a cura di), Giappichelli, Torino, 2004, 273 ss.

Un tale riferimento al principio di obbedienza obbligatoria che sembra essere il dato emergente da un'analisi non solo testuale del nuovo art. 1-6 del Trattato costituzionale non vuole disconoscere il temperamento che al principio stesso è in grado di apportare il disposto dell'art. 1-5, non a caso immediatamente precedente, che obbliga l'Unione a rispettare, tra l'altro, l'identità nazionale degli Stati membri. Per un efficace tentativo di combinare le due disposizioni citate, apparentemente in aperto conflitto, v. A. Ruggeri, "Trattato costituzionale" e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, al bivio tra separazione ed integrazione, Relazione al convegno su *il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, Le costituzioni nazionali e i diritti fondamentali*, a cura di S. Gambino, Cosenza 11-12 aprile 2005, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2/2005, 642 ss.

Corte giust., sent. 15-7-1964, *Costa/ENEL*, causa C-6/64, in *Racc.*, I-1131.

Da *Costa/Enel* in poi. Si aggiunga, a questo riguardo, come i giudici di Lussemburgo non abbiano mai condiviso l'impostazione che dei controlimiti è stata elaborata dalle Corti costituzionali europee, affermando perentoriamente, già dal 1970 in *Handelsgesellschaft*, che «il fatto che siano menomati i diritti fondamentali di una Costituzione di uno Stato membro o comunque i suoi principi costituzionali non può sminuire la validità di un atto comunitario né la sua efficacia nel territorio di uno Stato» (p.to 3). Cfr. Corte di giust., sent. 17-12-1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, I-1125. Trentaquattro anni dopo tale decisione, circa un anno fa, il Tribunale di primo grado affermava, sulla stessa lunghezza d'onda, richiamando peraltro il portato di *Costa/Enel*, che «i ricorrenti non possono sostenere nelle loro osservazioni (...) che la Corte costituzionale italiana potrebbe non dare applicazione agli atti comunitari incompatibili con i diritti fondamentali contenuti nella Costituzione nazionale in quanto il diritto comunitario, secondo una giurisprudenza consolidata, prevale sul diritto nazionale» (p.to 57). Tribunale di primo grado, ordinanza del 2-5-2004, *Gonelli e Aifo c. Commissione*, in causa T-231/02, in www.curia.eu.int. Ordinanza che, non essendo stata impugnata, è dotata di forza di giudicato.

Corte giust., sent. 24-5-1974, *Nold*, causa C-4/73, in *Racc.*, I-491.

Corte giust., sent. 18-6-1991, *ERT*, causa C-260/89, in *Racc.* I-1295, p.to 41.