

Il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte di giustizia

di Wolfgang Däubler.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Da «Finché I» a «Finché II». - 2.1. La decisione del 29 maggio 1974: precedenza ai diritti fondamentali nazionali. - 2.2. La dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione del 5 aprile 1977. - 2.3. Il ritiro della competenza di controllo nella decisione del 22 ottobre 1986. - 3. La decisione Maastricht della Corte costituzionale federale. - 3.1. I primi segnali di un nuovo orientamento. - 3.2 La nuova impostazione: la mobilitazione della dottrina dell'*ultra-vires*. - 3.3. Le conseguenze. - 4. La diatriba sulla disciplina del mercato delle banane. - 5. Valutazioni di politica del diritto.

1. *Introduzione*

Il rapporto tra la Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht* = *BVerfG*) e la Corte di giustizia delle Comunità europee fa parte delle «grandi questioni» del diritto costituzionale. Da alcuni anni si scrive su tale rapporto con un grado crescente di partecipazione emozionale (v., da ultimo, Zuck e Lenz 1997 nonché Zuleeg 1997). Gli schieramenti percorrono obliquamente la tradizionale distinzione tra destra e sinistra; notevole rilevanza assume la funzione svolta, in passato e nel presente, dal singolo interlocutore. Due giudici della Corte di giustizia – uno di orientamento progressista e l'altro conservatore – tendono entrambi a «svitare» le competenze della Corte costituzionale federale (cfr. Zuleeg 1997 e Hirsch 1996); un giudice costituzionale, sia egli di orientamento progressista o conservatore, tende, invece, a volerle mantenere se non addirittura aumentare (cfr. Grimm 1996 e Kirschhof 1992). All'attuale *status quo* ha in una certa misura contribuito anche il fatto che fino ad oggi la Corte costituzionale federale e la Corte di giustizia si sono servite di una terminologia presa a prestito più dalla diplomazia che dalla matematica e per

Traduzione di Luca Nogler.

la quale la chiarezza e l'assenza di contraddizioni non rappresentano necessariamente un obiettivo primario.

Il problema possiede la sua storia, che risale agli inizi degli anni '70. Solo chi conosce le singole tappe del percorso è in grado di orientarsi in qualche misura nella situazione attuale.

2. Da «Finché I» a «Finché II»

2.1. La decisione del 29 maggio 1974: precedenza ai diritti fondamentali nazionali

La storia ebbe inizio con un «colpo di timpano». L'occasione fu data da una questione tutto sommato modesta. Un imprenditore dedito all'export e domiciliato a Francoforte sul Meno era stato obbligato, per ottenere una licenza ad esportare oltre 20.000 tonnellate di semi di granturco, a depositare una cauzione di 17.000 marchi. Poiché la licenza non fu utilizzata interamente, l'ufficio per l'importazione e l'immagazzinamento dei cereali e dei mangimi dichiarò la cauzione decaduta e si richiamò a tal fine al diritto comunitario. L'imprenditore fece ricorso al tribunale amministrativo della città sul Meno, che decise, in via preliminare, di interrogare la Corte di giustizia per chiarire la validità ed il contenuto della norma comunitaria da applicare al caso concreto. L'esito del giudizio risultò scontato ed il ricorso avrebbe conseguentemente dovuto essere respinto. Il tribunale ritenne tuttavia inaccettabile tale soluzione e sostenne la tesi che in tal modo si intaccava il «contenuto essenziale» della libertà economica dell'esportatore, garantita dall'art. 12 della *Grundgesetz*¹. Esso rinviò pertanto tale questione alla Corte costituzionale federale la quale deve decidere, ex art. 100, 1° comma, GG, tutte le ipotesi in cui un tribunale specializzato ritiene che sussista una questione di incostituzionalità di una legge².

La Corte costituzionale federale ritenne la questione ammissibile; il diritto comunitario secondario deve infatti essere trattato alla stessa stregua di una legge nazionale³. Nel merito essa prese posizione, in particolare, su due questioni.

L'art. 24, 1° comma, della GG prevede la possibilità di trasmettere per legge ad istituzioni sovrastatali (*zwischenstaatlichen Einrichtungen*)

¹ L'esposizione è tratta dal BVerfG 29 maggio 1974, in *BVerfGE*, 37, 271, p. 272 ss.

² Si parla pertanto di un «monopolio di rigetto» da parte del BVerfG.

³ BVerfG 29 maggio 1974, cit., p. 284 ss. *

diritti di sovranità (*Hobheitsrechte*). È ciò che ha avuto luogo con l'adesione della Rft al Trattato Ce il quale ha creato un proprio ordinamento giuridico. L'art. 24, 1° comma, GG incontra, tuttavia, dei limiti (impliciti); esso non permette di modificare con legge «la struttura fondamentale della Costituzione, quella sulla quale si basa la sua identità». Le «strutture portanti» della *Grundgesetz* vengono così protette dall'eventualità di un loro «crollo»⁴. Una componente irrinunciabile della vigente costituzione è rappresentata dalla parte sui diritti fondamentali⁵. Essa non può, nella fase attuale dell'integrazione, essere relativizzata. Una soluzione diversa sarà possibile solo allorché un futuro Parlamento europeo eletto democraticamente avrà deliberato un catalogo di diritti fondamentali che sia «adeguato» rispetto a quello contenuto della *Grundgesetz*⁶. «Finché» («solange») non verrà in essere tale condizione, gli atti collegati al diritto comunitario secondario dovranno essere valutati in base ai diritti fondamentali previsti nella Costituzione⁷. Il fatto che, in virtù della giurisprudenza comunitaria, devono essere rispettati i diritti comunitari fondamentali non viene, infine, ritenuto sufficiente per decidere diversamente⁸.

La Corte costituzionale federale ha, in secondo luogo, analizzato il contenuto delle disposizioni sulla disciplina del mercato dei cereali applicate al caso in oggetto, giungendo alla conclusione dell'insussistenza, nel caso di specie, di un contrasto con la Costituzione⁹.

2.2. La dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione del 5 aprile 1977

Secondo un giudizio diffuso, la descritta decisione della Corte costituzionale federale ha originato la dichiarazione congiunta del Parlamento, del Consiglio e della Commissione del 5 aprile 1977¹⁰. Nelle premesse della dichiarazione si sottolinea che le disposizioni giuridiche fondamentali di carattere generale ed «in particolare» i diritti fondamentali, i principi ed i diritti che compongono il fondamento del diritto costituzionale degli Stati aderenti, fanno parte del diritto comunitario. La dichiarazione

⁴ BVerfG 29 maggio 1974, cit., p. 279.

⁵ BVerfG 29 maggio 1974, cit., p. 280.

⁶ È la sintesi di quanto si legge in BVerfG 29 maggio 1974, cit., p. 285.

⁷ BVerfG 29 maggio 1974, cit., p. 280.

⁸ BVerfG 29 maggio 1974, cit., p. 288 ss.

⁹ BVerfG 29 maggio 1974, cit., p. 288 ss.

¹⁰ In *Racc.*, 1977, p. 1763.

è in sé da intendere, nel suo significato letterale, quale invito al pieno rispetto degli *standards* giuridici nazionali. Vi si afferma, infatti, che: «1. Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sottolineano il significato prioritario che attribuiscono al rispetto dei diritti fondamentali così come sono in particolare configurati dalle Costituzioni degli Stati membri nonché dalla Convenzione europea sui diritti umani e sulle libertà fondamentali. 2. Nell'esercizio delle loro funzioni e nel perseguimento degli obiettivi della Comunità europea, essi rispettano tali diritti ed a ciò si atterranno anche in futuro».

Ciò deve essere inteso come una sorta di principio di favore per i diritti fondamentali (*grundrechtliches Günstigkeitsprinzip*): un determinato limite basato sui diritti fondamentali deve essere rispettato dagli organi comunitari anche se riguarda l'ordinamento di un solo Stato membro.

2.3. Il ritiro della competenza di controllo nella decisione del 22 ottobre 1986

Dopo che la Corte costituzionale federale aveva, nella sua decisione del 25 luglio 1977, lasciata impregiudicata la questione se – considerato lo sviluppo economico e giuridico della Comunità – ci si dovesse ancora attenere o no alla precedente decisione del 29 maggio 1974¹¹, si giunse, con la sentenza del 2 ottobre 1986¹², ad un modo fondamentalmente nuovo di porre la questione.

La situazione di partenza era caratterizzata da notevoli analogie con il caso del 1974. La richiesta di un importatore di ottenere un'autorizzazione ad importare conserve di funghi prataioli era stata respinta dall'ufficio competente in base al diritto comunitario. Il conseguente ricorso indusse il tribunale amministrativo federale a rivolgersi, *ex art. 177* del Trattato, alla Corte di giustizia la quale, tuttavia, si limitò a confermare l'orientamento giuridico sostenuto fino ad allora. Il ricorso fu, dunque, respinto e l'imprenditore presentò ricorso costituzionale per lesione illegittima dei suoi diritti fondamentali¹³.

Dal punto di vista costituzionale, il punto di partenza rimase identico: il 1° comma. dell'art. 24 GG non legittima «ad abbandonare attraverso

¹¹ BVerfG 25 luglio 1977, in *BVerfGE*, 187, p. 202; è per questo motivo che nella relativa letteratura tale decisione viene denominata come «decisione forse» (*«vielleicht»-Entscheidung*).

¹² In *BVerfGE*, 73, p. 339 ss.

¹³ È quanto si ricava dal BVerfG 2 ottobre 1986, cit., p. 343 ss.

so l'attribuzione di diritti di sovranità ad entità sovrastatali l'identità dell'attuale ordinamento costituzionale della Rft attraverso la lesione delle sue strutture di fondo, dei suoi aspetti strutturali»¹⁴. Nell'affermare ciò si fece espresso riferimento alla comparabile situazione giuridica italiana. Questo limite non viene oltrepassato allorché nell'istituzione sovrastatale vengono garantiti i diritti fondamentali con modalità «che siano, dal punto di vista del contenuto e dell'efficacia della tutela degli stessi diritti fondamentali, sostanzialmente equivalenti alla tutela inderogabile prevista nella *Grundgesetz*»¹⁵. Nel caso di specie sussisteva tale presupposto. In particolare, lo standard di diritti fondamentali sviluppato dalla Corte di giustizia è «sufficientemente consolidato» come viene dimostrato con numerose citazioni¹⁶. La Corte fece, inoltre, riferimento alla dichiarazione comune del Parlamento, del Consiglio e della Commissione così come al fatto che tutti gli Stati membri hanno ratificato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In ciò, e nella richiamata dichiarazione comune, risiede anche un sufficiente riconoscimento parlamentare dei diritti fondamentali¹⁷. Da ciò fu tratta la conseguenza che, «finché» le Comunità europee garantiscono un'efficace tutela dei diritti fondamentali nei confronti del potere sovrano della Ce, la Corte costituzionale federale non eserciterà più la sua giurisdizione relativamente all'applicazione del diritto secondario di natura comunitaria; eventuali ricorsi *ex art. 100*, 1° comma, GG, saranno considerati inammissibili¹⁸. Una funzione di controllo verrebbe presa in considerazione solo allorché la Corte di giustizia non fosse più in grado «in via generale e nel singolo caso concreto» di garantire la tutela dei diritti fondamentali. Poiché il ritiro della competenza di controllo non ha, anche in questa ipotesi, luogo in via definitiva e per tutte le possibili circostanze, si parla comunemente anche in relazione a questa pronuncia di una decisione «Finché» (*Solange*), che, per facilitare la comprensione, viene denominata «Finché II» (*Solange II*).

La «firma della pace» con il diritto comunitario viene, infine, suggerita dal fatto che la Corte di giustizia viene qualificata quale «giudice previsto dalla legge» ai sensi dell'art. 101, 1° comma, seconda parte della GG¹⁹. Se un organo giurisdizionale di ultima istanza ha omesso di rispettare l'obbligo di sottoporre, *ex art. 177*, 3° comma, del Trattato, una questione alla Corte di giustizia, ciò potrebbe pertanto venir corretto attra-

¹⁴ BVerfG 2 ottobre 1986, cit., p. 375 ss.

¹⁵ BVerfG 2 ottobre 1986, cit., p. 376.

¹⁶ BVerfG 2 ottobre 1986, cit., pp. 378-381.

¹⁷ BVerfG 2 ottobre 1986, cit., p. 384.

¹⁸ È questa la conclusione a cui si giunge in BVerfG 2 ottobre 1986, cit., p. 387.

¹⁹ BVerfG 2 ottobre 1986, cit., p. 366 ss.

verso un ricorso costituzionale basato sull'art. 101, 1° comma, seconda frase della GG. In tal modo non vengono, tuttavia, ricompresi tutti i casi di potenziale applicazione errata; la deviazione dall'art. 177, 3° comma, deve essere «obiettivamente arbitraria». Malgrado questo generoso parametro è la giurisprudenza che dovrà praticamente chiarirne il significato. Nella decisione dell'8 aprile 1987²⁰ è stato dichiarato come «obiettivamente arbitrario» il comportamento del tribunale tributario federale che, pur senza dar inizio ad un procedimento *ex art. 177* del Trattato, non aveva seguito la giurisprudenza comunitaria sull'efficacia diretta delle direttive. Nella medesima sentenza, la Corte costituzionale ha espressamente sottolineato che la Corte di giustizia si muove, allorché interdice agli Stati membri di richiamarsi dinanzi ai cittadini alle proprie norme contrarie alle direttive, nell'ambito di un legittimo «diritto giurisprudenziale di adeguamento delle disposizioni» (*Rechtsfortbildung*)²¹.

3. La decisione Maastricht della Corte costituzionale federale

3.1. I primi segnali di un nuovo orientamento

La giurisprudenza «Finché II» non comportava assolutamente che la Corte costituzionale federale non si sarebbe più occupata di diritto comunitario. È solo mutato il contesto processuale: in due importanti procedimenti è stato intrapreso il tentativo di influenzare, con l'aiuto della Corte costituzionale federale, il voto della Rft in seno al Consiglio.

Nel primo caso, un produttore di sigarette si era rivolto con un ricorso costituzionale alla Corte costituzionale federale formulando la richiesta che quest'ultima obbligasse, in via di decisione d'urgenza, il governo federale a votare contro la proposta di direttiva sulla etichettatura delle confezioni di tabacco²². La Corte costituzionale federale ha respinto il ricorso con la motivazione che la partecipazione del governo federale al Consiglio Ce non è espressione di un potere sovrano diretto nei confronti del ricorrente. I diritti di quest'ultimo vengono colpiti solo con il recepimento della direttiva. Ma in tale fase egli ha la possibilità di rivolgersi alla Corte di giustizia. Solo se in tale sede non viene garantito lo standard di tutela dei diritti fondamentali inderogabilmente previsto nella GG, la Corte costituzionale federale potrebbe essere investita della questione.

²⁰ In *BVerfGE*, 75, p. 233.

²¹ *BVerfG* 8 aprile 1987, cit., pp. 240-244.

²² *BVerfG* 12 maggio 1989, in *NJW*, 1990, p. 974.

Politicamente e giuridicamente più rilevante è risultata l'iniziativa del libero Stato della Baviera di indurre il governo federale a respingere la direttiva comunitaria sulla radiodiffusione. Sullo sfondo della questione stava una delibera del Parlamento del Land bavarese secondo cui la Comunità non poteva occuparsi della sovranità culturale dei Länder tedeschi. La Corte costituzionale federale, senza entrare nel merito, respinse, con decisione dell'11 aprile 1989, la richiesta di un provvedimento d'urgenza²³; essa diede comunque, successivamente in sede di giudizio ordinario, ragione al Land ricorrente per il fatto che il governo federale non aveva sufficientemente coinvolto, nel processo decisionale, il libero Stato della Baviera²⁴. In dottrina venne successivamente richiamato il fatto che proprio per evitare un legame di diritto internazionale della Rft, la Corte costituzionale federale aveva fino allora garantito la tutela giurisdizionale preventiva (Scholz 1990, p. 946). Il sistema di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia non è stato evidentemente considerato come sufficiente.

3.2. La nuova impostazione: la mobilitazione della dottrina dell'*ultra-vires*

Il Trattato di Maastricht ha suscitato – analogamente a quanto è avvenuto in molti altri Stati membri – perplessità per il fatto che esso determina la rinuncia ad aspetti essenziali della sovranità statale e nazionale. Risultava al contempo per lo meno dubbio che la creatura sovranazionale denominata «Unione europea» corrispondesse alle esigenze democratiche, giuridiche e proprie dello Stato sociale che appartengono al patrimonio irrinunciabile dell'ordinamento costituzionale²⁵. Tenuto conto della forte sottolineatura del principio rappresentativo che emerge dall'analisi letterale della *Grundgesetz*, non poteva comunque venire preso in considerazione un referendum popolare; le correzioni di decisioni parlamentari non possono provenire dal popolo bensì dalla Corte costituzionale federale²⁶.

La possibilità di impugnare con un ricorso costituzionale una legge (in questo caso, la legge di adesione al Trattato sull'Unione europea) di-

²³ In *BVerfGE*, 80, p. 74 ss.

²⁴ *BVerfG* 22 marzo 1995, in *BVerfGE*, 92, p. 203 ss.

²⁵ I dubbi sono stati espressi con maggior vigore da parte della destra ma i ricorsi costituzionali contro la legge d'adesione provengono sia dalla destra che dalla sinistra.

²⁶ Estremizzando si potrebbe affermare che in Germania il potere costituzionale è stato delegato in modo definitivo dal popolo alla Corte costituzionale federale che è divenuto un organo sovrano di se stesso; il punto non può essere (purtroppo) sviluppato in questa sede.

pende, nel diritto tedesco, dal fatto che il singolo abbia subito una lesione diretta ed attuale dei suoi diritti fondamentali. Il testo costituzionale non contempla alcun diritto del singolo al mantenimento della sovranità statale e nazionale, ma la Corte costituzionale federale ha indicato un percorso alternativo: il generale diritto di voto del *Bundestag* proprio di ciascun cittadino, garantito dall'art. 38 della GG, risulta violato allorché vengono attribuite ad un'entità sovranazionale un numero tale di competenze e di prerogative che al Parlamento non permangono più compiti e attribuzioni di «importanza sostanziale». In tale ipotesi, non risulta più garantito il principio democratico considerato irrinunciabile dall'art. 79, 3° comma, della GG²⁷.

Nel merito, la Corte costituzionale decise contro coloro che avevano presentato il ricorso. Il principio democratico non risultava violato dal momento che il «programma d'integrazione» contemplato dal trattato sull'Unione europea risulta «sufficientemente determinato» e soprattutto tiene fermo il principio fondamentale della «autorizzazione specifica» (*Einzelermächtigung*). Ciò vale anche per le disposizioni sull'unione monetaria²⁸. Tale conclusione è tuttavia valida – e qui risiede il punto decisivo – solo se il diritto comunitario viene interpretato in un modo particolare. Tre punti devono a tal fine essere presi in considerazione.

a) Dai compiti previsti nel trattato non possono farsi derivare specifiche prerogative; queste sussistono solo se sono espressamente contemplate²⁹. Così, ad esempio, l'art. F, 3° comma, del Trattato sull'Unione non legittima l'Unione a procurarsi in via propria i mezzi finanziari necessari per adempiere ai propri scopi.

b) Prescindere dall'autorizzazione significherebbe porre in essere una modifica del Trattato. Ciò risulterebbe illegittimo ed eventuali azioni comunitarie in tal senso non sarebbero vincolanti per la Rft. Sul punto – pur senza nominare l'interessato – viene esercitata una critica veemente nei confronti della giurisprudenza della Corte di giustizia. Si afferma infatti che «fino ad oggi l'ampliamento dinamico dei trattati esistenti si è appoggiato su di una applicazione estensiva dell'art. 235 del Trattato Ce nel senso di una competenza di arrotondamento del trattato stesso, della concezione della competenza inerente alle Comunità europee («implied powers»), e della interpretazione del Trattato nel senso dello sfruttamento più ampio possibile di tutte le possibilità relative alle attribuzioni delle Comunità («effet utile»); in futuro si dovrà di conseguenza fare attenzio-

ne, in relazione all'interpretazione delle norme di attribuzione resa dalle istituzioni e dagli organi della Comunità, al fatto che il trattato sull'Unione distingue in via di principio fra la tutela di una competenza sovrana trasferita e la revisione del Trattato; risulta quindi che la sua interpretazione non deve essere equivalente ad un ampliamento del Trattato; una tale interpretazione delle norme sulla competenza non esplicherebbe alcun effetto vincolante per la Germania»³⁰.

c) Spetta alla Corte costituzionale federale valutare se sussista o no un'ipotesi di tal fatta, se gli organi comunitari oltrepassino l'ambito delle loro prerogative. Si afferma testualmente che: «sarebbe interdetto agli organi statali tedeschi, per motivi giuridici di ordine costituzionale, l'applicazione in Germania di tali atti giuridici»³¹.

Non viene espressamente affrontata la questione se la Corte costituzionale federale attribuisca esclusivamente a se stessa una competenza di tal fatta oppure se ogni singolo specifico tribunale oppure addirittura funzionario debba omettere di applicare il diritto comunitario non conforme all'ambito delle proprie competenze.

In punto a diritti fondamentali viene confermata, in linea di principio, la giurisprudenza «Finché II» ma essa viene al contempo modificata nella misura in cui si afferma che la Corte costituzionale federale deve potenzialmente garantire la tutela dei diritti fondamentali non solo nei confronti di autorità tedesche che applichino il diritto comunitario ma anche nei confronti degli organi comunitari³². Non sussiste, invece, concordanza di vedute se per attivare la competenza della Corte costituzionale sia necessario un abbandono generalizzato della giurisprudenza della Corte di giustizia oppure se sia sufficiente anche una precisa violazione, nel singolo caso specifico, di un diritto fondamentale; è tuttavia da ritenere che le motivazioni più convincenti depongano a favore della seconda soluzione (Zuck e Lenz 1997 con espressi riferimenti).

3.3. Le conseguenze

Secondo molti tribunali specializzati la decisione Maastricht è da intendere nel senso che essi devono d'ora in poi valutare autonomamente se un comportamento di un organo comunitario si muova o no all'interno dei poteri ad esso riconosciuti. Ciò ha avuto luogo soprattutto in rela-

²⁷ BVerfG 12 ottobre 1993, in *BVerfGE*, 89, p. 155.

²⁸ BVerfG 12 ottobre 1993, cit., pp. 187 ss. e 205 ss.

²⁹ BVerfG 12 ottobre 1993, cit., p. 192 ss.

³⁰ BVerfG 12 ottobre 1993, cit., p. 210.

³¹ BVerfG 12 ottobre 1993, cit., p. 188.

³² BVerfG 12 ottobre 1993, cit., p. 155.

zione a decisioni della Corte di giustizia che sono state riconosciute come corrette dal punto del diritto comunitario dal *Bundesgerichtshof*³³, dal tribunale tributario federale³⁴ nonché dall'*Oberverwaltungsgericht* di Münster³⁵. In senso contrario ha, invece, deciso il tribunale tributario del *Rheinland-Pfalz*³⁶: la Corte di giustizia avrebbe oltrepassato l'ambito dei propri poteri nell'interpretare un provvedimento emanato nel corso del procedimento tributario giurisdizionale. Tale modo di impostare la questione appare, tuttavia, di dubbia correttezza dal momento che la Corte costituzionale federale ha nella sua decisione «Finché I» riservato a sé la competenza di rigetto (*Verwerfungskompetenz*) in relazione a norme comunitarie contrarie a diritti fondamentali e che per comportamenti contrari della Corte di giustizia possa difficilmente valere una diversa soluzione (è critico anche Hirsch 1996, p. 2461).

Anche sul piano europeo, la decisione Maastricht non è rimasta priva di conseguenze. Nel suo parere sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia si è pronunciata nel merito sull'art. 235 del Trattato; essa non parla più di una «competenza di arrotondamento del Trattato». Si afferma, invece, che «tale disposizione, costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basata sul principio dei poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri della Comunità al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato, ed in particolare di quelle che definiscono i compiti e le azioni della Comunità. Essa non può essere in ogni caso utilizzata quale base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, a una modifica del Trattato che sfugga alla procedura all'uopo prevista nel Trattato medesimo»³⁷.

Date queste premesse non stupisce che l'art. 235 del Trattato Ce non rappresenti nella visione della Corte di giustizia un idoneo fondamento per l'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nella letteratura tedesca ciò è stato giustificato, tra gli altri, con il motivo che diversamente si sarebbe introdotta una potenziale limitazione (attraverso, appunto un chiaro vincolo in relazione ai diritti fondamentali) del raggio d'azione degli organi comunitari (Ruffert 1996, p. 625). Un atteggiamento diverso era ancora emerso in relazione alla direttiva del 9 febbraio 1976 che non aveva

³³ In *NJW*, 1994, p. 2607.

³⁴ In *NJW*, 1996, p. 1367.

³⁵ In *EuZW*, 1996, p. 158.

³⁶ In *EuZW*, 1995, p. 588.

³⁷ Parere della Corte di giustizia del 28 marzo 1996, in *JZ*, 1996, n. 30, p. 624.

fatto nient'altro che concretizzare il diritto umano alla parità di trattamento tra uomo e donna e che era, fino ad oggi in modo incontestato, basata sull'art. 235 del Trattato (per altri esempi relativi al diritto ambientale cfr. Ruffert 1996).

4. *La diatriba sulla disciplina del mercato delle banane*

Il rapporto tra il *Bundesverfassungsgerichtshof* e la Corte di giustizia è stato nuovamente messo alla prova dalla contrapposizione sulla disciplina del mercato delle banane. L'esito di tale contrapposizione è a tutt'oggi incerto.

Con il Regolamento Ce n. 404/93 il Consiglio ha creato un'organizzazione comunitaria del mercato delle banane. Essa favorisce i produttori comunitari e degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico dal momento che aggrava con un oneroso dazio doganale gli importatori da paesi terzi (le cosiddette banane-dollaro) che oltrepassano uno specifico contingente. Questa regolamentazione colpisce soprattutto gli importatori domiciliati nella Rft che si riforniscono di banane soprattutto attraverso l'America latina.

La Rft si è pertanto rivolta alla Corte di giustizia chiedendo che venisse dichiarata l'invalidità della disciplina del mercato delle banane. Accanto a numerosi rilievi, che si riferiscono ad aspetti procedurali e che riguardano gli artt. 39 e 40 del Trattato Ce, si è, in particolare, fatto valere che in tal modo si finiva per intaccare illegittimamente il diritto di proprietà e di libertà professionale degli importatori. La Corte di giustizia ha respinto il ricorso: limitazione al diritto di proprietà ed alla libertà professionale sono possibili se dettate da interessi comunitari, nel caso di specie non viene leso il principio di adeguatezza³⁸.

La disciplina del mercato prevede l'attribuzione agli importatori che hanno in passato importato banane da paesi terzi di determinati contingenti di banane-dollaro agevolate dal punto di vista delle tasse doganali. A tal fine si fa riferimento ad uno specifico criterio di distribuzione sulle cui particolarità non è il caso di soffermarsi. Singoli importatori tentano di ottenere un contingente più alto di quello che dovrebbe loro spettare in base a tale criterio e richiedono ai tribunali amministrativi di riconoscere loro tale contingente in via d'urgenza. In un caso il tribunale amministrativo di Kassel ha respinto il ricorso per mancanza del *fumus iuris*

³⁸ Corte di giustizia, 5 ottobre 1994, in *EuZW*, 1994, p. 688.

così come per il fatto che altrimenti si sarebbe anticipata una decisione nel merito³⁹. Il ricorso costituzionale presentato contro tale decisione ha, invece, avuto successo. Nella sua decisione del 25 gennaio 1995⁴⁰, la Corte costituzionale federale ha sostenuto la tesi che il tribunale amministrativo avrebbe dovuto valutare se, tenuto conto dell'incombente fallimento dell'importatore, fosse stato o no violato il diritto di proprietà previsto dall'art. 14, comma 1 della GG. Avrebbe a maggior ragione depresso in tal senso il fatto che la disciplina del mercato prevedesse disposizioni d'eccezione per i casi più gravi.

La controversia è quindi tornata al tribunale amministrativo di Kassel il quale, con decisione del 9 febbraio 1995⁴¹, ha riconosciuto la maggior quota d'importazione ma ha, al contempo, sottoposto alla Corte di giustizia la questione se un giudice nazionale sia o no legittimato ad adottare una decisione d'urgenza prima ancora che la Commissione abbia adottato un provvedimento sul singolo caso di natura grave (*Härtefall*).

La Corte di giustizia ha reagito in modo insolitamente veloce con la decisione del 26 novembre 1996⁴². Essa ha confermato, da un lato, la competenza del giudice nazionale ad adottare provvedimenti d'urgenza in relazione ad atti amministrativi presi da autorità nazionali in esecuzione del diritto comunitario⁴³. Al contempo ha però negato la possibilità di adottare siffatti provvedimenti in settori nei quali non sia stata ancora adottata alcuna decisione da parte degli organi comunitari. In questi casi, spetta al tribunale di primo grado ed alla Corte di giustizia garantire la tutela giurisdizionale d'urgenza. Nel caso di specie l'importatore si sarebbe potuto rivolgere anche direttamente alla Commissione richiedendo una decisione per caso grave; se tale domanda non fosse stata accolta egli si sarebbe potuto rivolgere agli organi giurisdizionali comunitari⁴⁴.

Le descritte decisioni della Corte costituzionale federale e della Corte di giustizia sono difficilmente conciliabili tra loro. La Corte costituzionale ha intravisto un contrasto con la *Grundgesetz* proprio nel fatto che il tribunale amministrativo non garantiva alcuna tutela d'urgenza mentre la Corte di giustizia ha dichiarato contraria al diritto comunitario proprio tale soluzione. Sussistono inoltre divergenze anche in relazione al parametro utilizzato per la valutazione nel merito: l'argomento secondo cui il

diritto comunitario dovrebbe essere valutato in base all'art. 14, 1° comma, GG potrebbe significare un ritorno alla decisione «Finché l» che potrebbe non essere stata ovviamente pienamente condivisa dalla Corte di giustizia (v. in senso critico nei confronti della giurisprudenza costituzionale Nettessheim 1995; Pache 1995). D'altra parte sarebbe possibile anche un'interpretazione basata sugli opposti presupposti: si potrebbe ritenere che la Corte costituzionale federale abbia presumibilmente considerato come risolti i suoi dubbi di conformità ai diritti fondamentali del sistema di tutela d'urgenza nell'ambito comunitario e che il ricorso all'art. 14, 1° comma, riguardi quei comportamenti di autorità tedesche che sono relativi a propri ambiti decisionali.

Il tribunale amministrativo di Francoforte ha quindi dato luogo ad un nuovo round nella controversia sulle banane. Dopo aver coinvolto *ex art.* 177 del Trattato Ce la Corte di giustizia ed aver ottenuto da essa la semplice risposta che la disciplina del mercato delle banane è valida in base a ciò che si afferma nel ricorso del governo tedesco⁴⁵, il suddetto tribunale amministrativo, con una motivata decisione interlocutoria del 24 ottobre 1996 basata sull'art. 100, 1° comma, GG, si è rivolto alla Corte costituzionale federale. Si afferma che malgrado che nel caso di specie risultano lesi i diritti fondamentali degli importatori ricorrenti previsti dall'art. 14, 1° comma, GG (proprietà), dall'art. 12, 1° comma, GG (libertà professionale) e dall'art. 3, 1° comma, GG (principio d'uguaglianza), i ricorrenti stessi non possono ottenere una soddisfacente tutela dal sistema giurisdizionale comunitario. La Corte costituzionale federale è così chiamata a ripensare ancora una volta il proprio rapporto con la Corte di giustizia. Il fatto che un organo arbitrale dell'organizzazione internazionale del commercio (*WTO-Panel*) abbia nel frattempo criticato parte della disciplina comunitaria del mercato delle banane⁴⁶, smussa in parte la durezza della controversia pur lasciando intatta la questione di principio.

5. Valutazioni di politica del diritto

Se tra il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte di giustizia sussista realmente quel «rapporto di cooperazione» di cui parla (perfino) la decisione Maastricht, è una questione che deve essere accompagnata da un punto

³⁹ VGH Kassel 23 dicembre 1994, in *EuR*, 1995, p. 86.

⁴⁰ In *EuZW*, 1995, p. 126.

⁴¹ In *EuZW*, 1995, p. 222.

⁴² In *EuZW*, 1997, p. 61.

⁴³ Corte di giustizia, 26 novembre 1996, *cit.*, p. 62 richiamandosi a Corte di giustizia, 9 novembre 1995, in *EuZW*, 1996, p. 837.

⁴⁴ Corte di giustizia, 26 novembre 1996, *cit.*, p. 64.

⁴⁵ Corte di giustizia, 9 novembre 1995, in *EuZW*, 1995, p. 836.

⁴⁶ Una parte della decisione è pubblicata in *EuZW*, 1997, p. 569; cfr. Meier (1997).

di domanda. Innanzitutto perché ciascuna delle due Corti dispone del proprio «ambito di controllo» entro il quale è indiscutibilmente libera dall'influsso dell'altra. A ben vedere risultano anzi controversi solo i confini del rispettivo *dominium*, sulle cui modalità attuative, a seconda dei momenti, o si instaurano buoni rapporti di vicinato oppure si provoca una sorta di «guerra continua». Tutto sommato fino ad oggi si è trattato di una coesistenza pacifica il che è, non da ultimo, dimostrato dal fatto che l'effettiva dichiarazione d'invalidità del diritto comunitario rappresenta attualmente un fenomeno del tutto eccezionale. Anche nella decisione «Finché I», la Corte costituzionale federale non ha infine negato validità alla norma comunitaria considerata. La pace è, tuttavia, garantita soprattutto dal fatto che nessuno osa ipotizzare con sicurezza quali sarebbero le conseguenze di un conflitto e cioè di un esplicito confronto.

Su due questioni decisive la Corte costituzionale federale ha tuttavia sopravanzato il diritto comunitario; il che non ha certamente nuociuto a quest'ultimo, e anzi gli ha dato un importante impulso. Si tratta, innanzitutto, del vincolo nei confronti dei diritti fondamentali e, in secondo luogo, della sottolineatura del principio della autorizzazione specifica che attribuisce al cittadino un minimo di capacità di orientamento e di controllo sull'evoluzione della Comunità europea.

Il giuslavorista è legittimato ad analizzare la controversia anche dal punto di vista della politica sociale. Pur se le decisioni considerate in questo saggio non riguardano il diritto del lavoro e della sicurezza sociale – ma, invece, prodotti agricoli nonché il trattato di Maastricht – esse producono arretramenti anche per la nostra disciplina.

Tanto più ampia è l'operazione di allargamento dell'ambito di applicazione del diritto comunitario e tanto più ampio è, infatti, l'influsso delle disposizioni della relativa costituzione economica nel campo del lavoro dipendente. Sul punto non sempre viene considerato con sufficiente chiarezza che l'art. 102a del Trattato riconosce esplicitamente «l'economia aperta di mercato». Ciò comporta non solo che addirittura una parte delle funzioni statali (comprendenti del collocamento) vengono sottoposte al principio della libera concorrenza⁴⁷. Molto più rilevante è il vincolo ai criteri di convergenza e alla collegata stabilità monetaria che fissa – in base a specifiche concezioni – le priorità della politica economica. La politica sociale rappresenta in tale contesto solo un valore secondario. Si può in tal senso rinviare agli artt. 92 ss. del Trattato Ce che escludono sovvenzioni per il mantenimento dei posti di lavoro.

Le costituzioni nazionali sono sul punto, sebbene in misura diversa, più aperte e legittimano rispetto ai diritti fondamentali anche concezioni del tutto differenti. Già oggi queste differenze risultano evidenti nel settore stesso del diritto del lavoro: se si confronta lo standard normativo comunitario con gli ordinamenti nazionali, allora viene in evidenza che sul piano comunitario sono previsti (quasi) esclusivamente diritti d'uguaglianza e normative di natura procedimentale (Däubler 1998, pp. 201, 208 ss.). Entrambe non «disturbano» l'andamento del mercato; negli ordinamenti nazionali dominano, invece, le prescrizioni di natura sostanziale. «Più Europa» potrebbe portare silenziosamente a «più mercato nel diritto del lavoro» e ad una spinta verso la deregolamentazione. Non intendo in questa sede entrare nel merito di tale questione. Gli «europeisti» ed i «nazionalisti» dovrebbero tuttavia – almeno in Germania – considerare più attentamente quali conseguenze derivano ai loro concittadini dalle rispettive prese di posizione.

Riferimenti bibliografici

- Däubler W. (1998), *Verso un diritto del lavoro europeo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano: Giuffrè, tomo I, p. 201.
- Grimm D. (1996), *Europäischer Gerichtshof und nationale Arbeitsgerichte aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in *RdA*, p. 66 ss.
- Hirsch G. (1996), *Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?*, in *NJW*, p. 2457 ss.
- Kirchhof P. (1992), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, in *ZfA*, p. 459 ss.
- Meier G. (1997), *Der Endbericht des WTO-Panels im Bananenrechtsstreit*, in *EuZW*, p. 566 ss.
- Nettesheim M. (1995), *Art. 23, Nationale Grundrechte und EU-Recht*, in *NJW*, p. 2083 ss.
- Pache E. (1995), *Das Ende der Bananenmarktordnung? Zum Beschluß des Bundesverfassungsgericht vom 25.1.1995*, in *EuR*, p. 95 ss.
- Ruffert M. (1996), *Anmerkung*, in *JZ*, p. 625.
- Scholz R. (1990), *Wie lange bis «Solange III»?*, in *NJW*, p. 946.
- Zuck R., Lenz C. (1997), *Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz gegen Europa*, in *NJW*, p. 1193 ss.
- Zuleeg M. (1997), *Bananen und Grundrechte – Anlaß zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit*, in *NJW*, p. 1201 ss.

⁴⁷ Corte di giustizia, decisione 23 aprile 1991, C-41/90, in *Racc.*, 1991.