

I controlimiti nelle mani dei giudici comuni

di Marco Bignami **
(16 ottobre 2012)

Sommario: 1. Introduzione al tema/ 2. La Corte di Cassazione “abroga” i controlimiti/ 3. La doppia natura dei controlimiti/ 4. Un’invasione di campo da respingere

1. Introduzione al tema.

Recenti vicende di giurisprudenza, di cui si dirà a breve, sono meritevoli di richiamare ancora una volta l’attenzione dello studioso sul chimerico istituto dei controlimiti con riferimento al processo di integrazione tra diritto dell’Unione e l’ordinamento giuridico nazionale¹. Una breve notazione di carattere generale sembra utile ad introdurre la questione che si vuole porre in luce, e che risente della molteplicità di funzioni cui il controlimite può servire.

Esso partecipa infatti di una duplice natura, che ne rende l’inquadramento sistematico piuttosto ostico: sul piano astratto, costituisce il punto di cerniera e di cesura² allo stesso tempo tra ordinamenti (nella prospettiva duale del nostro giudice costituzionale), o comunque nel crogiolo delle norme comunitarie e nazionali (secondo l’approccio monista della Corte di giustizia)³.

Benché, in altri termini, il controlimite valga, *quale cesura*, a rivendicare la primazia dei principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato, rendendoli impermeabili alla penetrazione comunitaria, nel contempo, *quale cerniera*, esso funge da inattiva valvola di sicurezza che, per il solo fatto di essere presente, giustifica nel senso inverso una larga

¹ La letteratura sui controlimiti è ampia: M. Cartabia, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano 1995, 130 ss; A. Ruggeri, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in www.forumcostituzionale.it; S. Gambino, *I diritti fondamentali dell’Unione europea fra “Trattati” (di Lisbona) e Costituzione*, in www.federalismi.it; E. Lupo, *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell’ordinamento*, in E. Falletti-V. Piccone (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Bari 2012, 8; F. Sorrentino, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in www.cortecostituzionale.it; U. Villani, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno, atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano 2008, 493; A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, *ibidem*, 479; F. Donati, *Corte costituzionale, “controlimiti” e rinvio pregiudiziale ex art. 234 trattato CE*, *ibidem*, 250; V. Onida, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, *ibidem*, 66; A. Celotto-T. Groppi, *Diritto UE e diritti nazionali: Primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2004, 1309; A. Cardone, *Diritti fondamentali (Tutela multilivello dei)*, in *Enc. Dir. Ann. IV*, 2011, 335 ss; G. Morbidelli, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 332; Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano 2007, 259 ss; S. Mangiameli, *Unchangeable core elements of National constitutions and the process of European integration. For the criticism to the theory of the “controlimiti” (counterlimits /Shranken-Shranken). Elementi essenziali immutabili delle costituzioni nazionali e il processo di integrazione europea. Per una critica alla teoria dei “controlimiti” ((counterlimits /Shranken-Shranken)*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2010, I, 68 ss.; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Bari 2012, 137 ss.

² Sulla natura di elemento e di separazione, e di integrazione tra ordinamenti, anche se secondo prospettive non del tutto coincidenti, M. Cartabia, *Principi*, cit. 81; A. Celotto, *Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo?*, in www.forumcostituzionale.it

³ Per quanto si sia osservato che l’approccio monista o dualista non impedisce, sul piano pratico, “*conclusioni convergenti*” tra le due Corti: V. Onida, *“Armonia tra diversi” e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni cost.* 2002, 549

tolleranza delle Costituzioni nazionali nei confronti della normativa dell'Unione, quand'anche in conflitto con disposizioni superprimarie prive del carattere della supremazia, e comunque non attinenti al nucleo essenziale⁴ dei diritti inviolabili dell'uomo. Se però si valuta in concreto l'effetto prodotto dalla dottrina dei controlimiti in Italia, non può sfuggire che sia stato proprio questo ultimo ruolo ad avere avuto la meglio sul primo, giacché è finora mancata, perlomeno nella giurisprudenza costituzionale, un'effettiva applicazione, in danno di disposizioni comunitarie; al contrario, la sola circostanza di poter, in linea teorica, preservare l'assetto fondante della Repubblica ha ben giustificato la cessione di una quota di potere pur sempre costituzionale, in virtù dell'art. 11 Cost.

Può apparire un paradosso che una costruzione finalizzata a contenere, in casi limite, il primato del diritto dell'Unione ne abbia alla fin fine di fatto agevolato l'ingresso nell'ordinamento nazionale; ma, in ultima analisi, tale funzione corrisponde all'origine storica dell'istituto⁵.

Quando, con la sentenza n. 183 del 1973, la Corte costituzionale rivendicò a se il sindacato sulla "*perdurante compatibilità del Trattato*" con i principi fondamentali del nostro ordinamento, ciò servì a fugare i dubbi che venivano avanzati in ordine alla compromissione del valore centrale della persona umana e dei suoi diritti, a fronte di una produzione normativa accusata di rispondere alla sola soffocante logica del mercato. Che la stessa Corte credesse poco alla effettiva utilità dello strumento, si desume facilmente sia dalla circostanza per cui esso veniva prospettato in termini drasticamente ultimativi, in quanto diretto a colpire non già il singolo atto comunitario viziato, ma la vigenza del Trattato in sé; sia dalla constatazione "confessoria", per la quale la limitazione delle competenze comunitarie ai "*rapporti economici*", rendeva "*difficile configurare anche in astratto*" un contrasto "*in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici*".

La Corte inizia a prendere sul serio i controlimiti, pur dopo l'ampia rivisitazione sistematica compiuta con la storica sentenza n. 170 del 184, solo con la sentenza n. 232 del 1989⁶, che si risolve con una pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza di una questione (concernente il potere della Corte di giustizia di escludere dalla efficacia della dichiarazione di invalidità di un regolamento proprio il giudizio che aveva originato il rinvio pregiudiziale) che poneva consistenti dubbi circa l'osservanza di un principio fondamentale del nostro ordinamento, quale è il diritto di difesa assicurato dall'art. 24 Cost. E', infatti, in questa occasione che il giudice costituzionale mostra di essere stato ad un passo dal rivendicare il controlimite nei confronti non del Trattato tutto, ma delle singole disposizioni di quest'ultimo, ovvero di atti derivati del diritto comunitario (*recte*: della legge di esecuzione del Trattato, nella parte in cui ne consente l'ingresso nel nostro ordinamento), in conflitto con i diritti inalienabili dell'uomo, oppure con i principi fondamentali dell'ordine costituzionale. Il punto è significativo, poiché, superato l'approccio che ipotizzava un conflitto globale, tanto esplosivo, quanto improbabile, viene accettata l'idea di possibili, ripetuti scontri al confine, il cui esito non potrebbe comunque rivelarsi esiziale per il processo di integrazione.

Come tutti sanno, però, nei circa 25 anni seguiti alla pronuncia n. 232 del 1989 appena rammentata, il controlimite ha continuato a non trovare alcuna applicazione concreta nella giurisprudenza costituzionale, nonostante reiterate enunciazioni conformi ai precedenti sul piano teorico⁷. In effetti, in un contesto di progressiva apertura della Corte di giustizia alla tutela dei diritti dell'uomo, filtrata dalla ricezione delle tradizioni costituzionali comuni degli

⁴ S. Gambino, *I diritti cit.*, 11

⁵ L'evoluzione dei rapporti tra Corti quale specchio del processo di integrazione europea è da ultimo riassunta da G. Tesaurò, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in www.cortecostituzionale.it

⁶ Su cui M. Cartabia, *Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1989, 1001 ss

⁷ F. Sorrentino, *Il diritto europeo cit.* 10. Tra le pronunce della Corte, si vedano ad esempio, la sentenza n. 169 del 1991 e l'ordinanza n. 454 del 2006

Stati membri, l'ipotesi del controllo nazionale sull'atto comunitario in termini di controlimite viene resa ulteriormente residuale dagli spazi di intervento preventivo con cui i giudici lussemburghesi, anche per mezzo del rinvio pregiudiziale⁸, possono disinnescare il potenziale conflitto, caso per caso.

Vista da questo angolo prospettico, la svolta della Corte ancora una volta non agisce sul piano della cesura ordinamentale se non in via meramente astratta, mentre, nel concreto, rassicurando circa la vigilanza sulla primazia delle scelte fondanti l'ordinamento nazionale, lascia fluire liberamente il diritto dell'Unione, confidando nelle capacità correttive della Corte del Lussemburgo: la minor gravità degli effetti in caso di contrasto (dal superamento del Trattato inizialmente minacciato, fino alla sola invalidità di specifiche disposizioni comunitarie, ferma la vigenza del primo) dà conto del ridimensionamento dei timori circa una rottura grave e sistematica delle garanzie supreme dell'ordinamento nazionale, e permette di trovare un punto di equilibrio sulle singole fattispecie poste in discussione.

Ve ne è abbastanza per comprendere lo scetticismo maturato in dottrina circa l'istituto dei controlimiti, se non anche la tentazione di abbandonare del tutto questo elemento dei rapporti tra Stato membro ed Unione⁹.

2. La Corte di Cassazione “abroga” i controlimiti

A quanto pare, lo scetticismo di cui si è appena detto, come è inevitabile che accada quando un'opinione dottrinale assume carattere predominante, si è infine trasmesso ai giudici comuni.

Si ricorderà che proprio a questi ultimi si sono dovuti, in tempi anche recenti, gli unici tentativi di conferire un vigore effettivo al controlimite. È a tutti nota la sentenza n. 4207 del 2005, con cui il Consiglio di Stato rifiutò di valutare la compatibilità comunitaria di una norma di legge, poiché frutto di un intervento additivo della Corte costituzionale, che sarebbe stato compiuto in applicazione di un diritto inalienabile dell'uomo, rendendo in tal modo tale disposizione una sorta di controlimite vivente.¹⁰ Attenzione sotto questo profilo, sia pure per aspetti non del tutto coincidenti, merita anche la sentenza n. 16542 del 2006 della Cassazione penale (successivamente superata dalle Sezioni Unite con sentenza n. 4614 del 2007), nella quale, pur non enunciando espressamente un richiamo alla teorica dei controlimiti, il giudice non ha sollevato questione di costituzionalità di una norma di legge che vietava la consegna dell'individuo a seguito di mandato di cattura europeo in un caso non previsto dalla decisione-quadro, poiché tale norma “*riproduce una norma costituzionale (art. 13 Cost. u.c.)*”, ritenuta evidentemente prevalente sul diritto dell'Unione. Riservandomi di tornare in seguito su queste vicende, debbo ora segnalare gli episodi giurisprudenziali di segno opposto, cui si è già accennato.

Va anzitutto posto in rilievo l'orientamento espresso dalla sezione tributaria della Corte di Cassazione in tema di recupero di aiuti di Stato giudicati incompatibili con il diritto

⁸ Tra i molti sul punto, M. Cartabia, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di); *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006, 99 ss, ed in particolare 120; A. Barbera, *I (non ancora chiari) “vincoli” internazionali e comunitari nel primo comma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Diritto com. cit.*, 107; A. Pace, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, *ibidem* 405 ss, ed in particolare 417; P. Caretti, *Corte e rinvio pregiudiziale*, *ibidem*, 142 ss.

⁹ In senso critico, U. Villani, *I “controlimiti” cit.*, 509 ss

¹⁰ La sentenza è stata ampiamente commentata: tra gli altri, si vedano, A. Ruggeri, *Le pronunzie della Corte costituzionale come “controlimite” alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario (a margine di Cons. St. sez. V, n. 4207 del 2005)* in www.forumcostituzionale.it; A. Celotto, *I “controlimiti” presi sul serio*, in www.giustamm.it; C. Di Seri, *Un “tentativo” di applicazione dei “controlimiti”*, in *Giur. cost.* 2005, 3408; G.P. Dolso-S. Amadeo, *Il Consiglio di Stato tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, *ibidem* 2006, 785; F. Donati, *La teoria dei “contro limiti” secondo una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in AAVV, *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa 2006, 421

dell'Unione: era successo che, pur a seguito dell'accertamento di incompatibilità maturato in sede europea, l'autorità nazionale avesse omesso di agire per la ripetizione dell'indebito, lasciando decorrere il termine nazionale di prescrizione stabilito dall'art. 2946 c.c. Pur essendo pacifica la necessità di disapplicare tale ultima disposizione per adeguarsi alle prescrizioni della Commissione e della Corte di giustizia, la Cassazione trova il modo di interrogarsi sull'improbabile natura di controlimite da assegnare alla previsione del termine prescrizione, e, invece che escluderla con poche parole, di affermare che la *“teoria dei controlimiti, se trovava ragionevoli giustificazioni negli anni 70-80 del secolo scorso (...) oggi sembra in netta contraddizione con il concetto stesso di integrazione (...) al punto che il conflitto tra diritto comunitario e quello statale non sembra più concepibile in uno spazio giuridico europeo veramente integrato”* (Cass. sez. trib. n. 23418 del 2010; in termini, *id.* n. 7659 del 2012). In questa vicenda, nella sostanza, la Corte di Cassazione provvede da sé a dichiarare abrogati i controlimiti, espropriando da tale funzione, come vedremo, la Corte costituzionale.

Una tecnica diversa, ma sempre diretta al superamento del controlimite, è stata invece osservata dal Tribunale di Bolzano, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che spicca anzitutto per le affermazioni da questa ultima rese in tema di rapporti tra CEDU e diritto dell'Unione¹¹. Questo significativo aspetto della pronuncia non deve però far passare in secondo piano il tentativo, respinto dalla Corte solo per “difetto di rilevanza”, volto ad affermare le ragioni del diritto comunitario anche nel conflitto con un principio fondamentale dell'ordine costituzionale italiano.

Il Tribunale, infatti, dubbioso sulla compatibilità comunitaria di una legge della Provincia di Bolzano che limita quantitativamente i sussidi riservati ai cittadini non comunitari, favorendo invece i cittadini italiani e comunitari a seconda dell'appartenenza al gruppo linguistico, ha domandato se la primazia del diritto dell'Unione consentisse la non applicazione della norma nazionale, benché quest'ultima fosse stata adottata (a parere, secondo chi scrive erroneo, del rimettente) in attuazione del fondamentale principio di tutela delle minoranze linguistiche (il controlimite da “abbattere”).

Insomma, specie se si pensa alla autorevolezza della fonte da cui si promana il primo dei due tentativi ora riassunti di chiudere i conti con i controlimiti, pare maturare un orientamento giurisprudenziale che dà alla fine voce alle perplessità, pratiche e teoriche, da sempre opposte al controlimite.

Curioso, però, è che esso alzi il capo proprio in una fase storica nella quale, viceversa, nuovi spunti di vitalità sono stati insufflati nella stanca teoria dei controlimiti, perlomeno sotto tre aspetti convergenti.

In primo luogo, è certamente venuta meno la premessa valorizzata dalla sentenza n. 183 del 1973 della Corte, già a quei tempi in verità piuttosto discutibile, secondo cui la restrizione delle competenze comunitarie al campo economico avrebbe reso residuale lo spazio di attrito con l'area dei diritti e delle libertà individuali: è del tutto evidente che le accresciute attribuzioni dell'Unione, in una con l'acquisizione di piena efficacia da parte della Carta di Nizza¹², moltiplicano in modo esponenziale le occasioni di conflitto tra punti di bilanciamento di diritti contrapposti, raggiunti nell'ordinamento nazionale ed in quello comunitario.

In secondo luogo, sono proprio le vicende storiche degli ultimi anni ad avere rivitalizzato i controlimiti in alcuni Stati aderenti all'Unione, in affinità con quanto appena evidenziato¹³. Certo, la molteplicità degli approcci che ciascun ordinamento riserva in punto di compatibilità del proprio diritto costituzionale con quello dell'Unione riflette il carattere

¹¹ Come è noto, la Corte di giustizia ha escluso che il diritto dell'Unione imponga al giudice nazionale di disapplicare una norma interna incompatibile con la CEDU, anziché sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale.

¹² Pur applicabile nelle sole materie di competenza dell'Unione: Corte cost. sent. n. 80 del 2011

¹³ U. Villani, I “controlimiti” cit., 516 ss

parziale, ed in prospettiva, contingente, che la teoria dei controlimiti assume, laddove essa ha trovato spazio¹⁴. Nondimeno, sono celebri i recenti casi di applicazione di essa da parte di giudici costituzionali, con riguardo sia al mandato di cattura europeo, sia al Trattato di Lisbona. La stessa “svolta europeista” che si è voluto vedere nella sentenza della Corte costituzionale tedesca del 6 luglio 2010 *Mangold*, indubbiamente non manca di offrire un ramoscello d’ulivo alla Corte lussemburghese per le violazioni di minore rilievo (al punto da poter essere ristorate mediante indennizzo da parte del diritto nazionale), ma è ben lungi dal rinunciare all’arma del controlimite nei confronti degli atti delle istituzioni dell’Unione, che perpetrino gravi lesioni dell’ordine costituzionale¹⁵.

In terzo luogo e soprattutto, si è molto insistito sul processo di assorbimento dei controlimiti nel tessuto ordinamentale europeo, conseguente all’art. 5 del Trattato costituzionale (ora, art. 4, n. 2 TUE), nella parte in cui esso vincola l’Unione al rispetto delle identità nazionali degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale. Si tratta della cd. “comunitarizzazione dei controlimiti”¹⁶, della quale il meno che si possa dire è che essa si profila come un’arma a doppio taglio, poiché l’ingresso di uno strumento di difesa dell’identità nazionale nel sistema europeo potrebbe anche consentire a quest’ultimo di depotenziarlo¹⁷, anziché di rispettarlo. In ogni caso, tale funzione è stata riconosciuta anche alla clausola sul maggior livello di protezione dei diritti contenuta nell’art. 53 della Carta di Nizza, che salvaguardia il più favorevole ambito applicativo delle libertà eventualmente vigente in seno, tra l’altro, alle Costituzioni degli Stati membri¹⁸.

¹⁴ Per una esaustiva rassegna sul punto, T. Agropi, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *Astrid-Rassegna* n. 13 del 2005

¹⁵ R. Caponi, *Addio ai “controlimiti”? (Per una tutela della identità nazionale degli Stati membri dell’Unione europea nella cooperazione tra le Corti)*, in *Il nodo gordiano* cit. 43 ss;

¹⁶ A. Celotto-T. Agropi, *Diritto Ue* cit., 1309; M. Cartabia, *“Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2005, 593 ss; G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel “processo costituente europeo*, in *Rass. dir. pub. eur.* 2002, 9 ss; da ultimo, B. Guastaferrò, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”*, in *Quad. cost.* 2012, 1, 152 ss

¹⁷ Sul punto, una parola determinante è attesa dalla Corte di giustizia nella causa n. 399/11 *Melloni*, promossa dal Tribunale costituzionale spagnolo. Quest’ultimo, trovatosi a giudicare della compatibilità del mandato di arresto europeo con la Costituzione spagnola, che assicurerebbe un più elevato livello di protezione del diritto di difesa, ha chiesto in via pregiudiziale se l’art. 53 della Carta consenta di dare applicazione al diritto nazionale, negando nel caso di specie l’esecuzione del mandato. Le conclusioni rassegnate dall’Avv. Bot il 2 ottobre 2012, ove recepite dalla Corte, sembrerebbero minare gran parte delle costruzioni finora elaborate in punto di “comunitarizzazione dei controlimiti” per effetto dell’art. 4.2 TUE e dell’art. 53 della Carta. Ciò sotto due prospettive convergenti. In primo luogo, l’Avv. Bot nega che la clausola di salvaguardia del maggior livello di protezione del diritto possa permettere l’applicazione del diritto nazionale in danno del punto di bilanciamento raggiunto in sede europea ed afferma, nella sostanza, che essa si espande nei “*casi che non rientrano nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione*” (punto 134). Per questa via, il depotenziamento dell’art. 53 è assoluto, giacché esso viene ridotto a pleonastica garanzia circa la sopravvivenza delle libertà costituzionali nazionali, purché non ne venga alterato l’equilibrio comunitario (punto 125). In secondo luogo, l’Avv. Bot mostra di credere che la decisione circa l’attribuzione di una norma interna alla sfera delle disposizioni fondanti l’identità costituzionale dello Stato membro non spetti a quest’ultimo, ma alla Corte di giustizia (punti 140-142). Insomma, pare che si sia davvero lontani dall’osmotica circolazione del controlimite nel tessuto ordinamentale europeo, in segno di rispetto nei confronti dei tratti costitutivi delle Costituzioni nazionali. Piuttosto, l’esigenza di uniformità nell’applicazione del diritto dell’Unione suggerisce nuove strategie di contenimento del controlimite: la “comunitarizzazione” serve non a dargli spazio, ma piuttosto a rivendicarne la gestione monopolistica, per ridurlo ai minimi termini. Naturalmente, spetterà alla Corte di giustizia la parola definitiva nell’ordinamento comunitario, ma, quale che essa sia, pare fin d’ora improbabile che le Corti costituzionali si lascino spogliare della competenza a decidere su quali disposizioni definiscano l’identità costituzionale dello Stato.

¹⁸ A. Celotto, *Una nuova ottica* cit. Su questo aspetto, si veda, tuttavia, la nota 17 *supra*

Ciò, si è detto, dovrebbe consentire, *in forza dello stesso diritto dell'Unione*, la mancata applicazione di norme comunitarie, laddove sia più elevato lo standard di tutela nazionale del diritto individuale¹⁹.

In definitiva, il giudice comune vuole riporre in soffitta uno strumento di cui non aveva finora dubitato, proprio quando esso è tornato a suscitare attenzione, sia perché arma estrema di difesa della sovranità nazionale, oramai estenuata, quanto agli elementi costitutivi dell'ordine costituzionale, sia perché potenziale mezzo non più di divisione, ma di raccordo tra ordinamenti.

Bisogna dunque chiedersi se si rientri nell'episodica giurisprudenziale, o piuttosto se in ciò non si specchi un problema più ampio, che attinge direttamente alla ambiguità intrinseca della dottrina del controlimito.

3. La doppia natura dei controlimiti

Si è già osservato che il controlimito è ambivalente: se, da un punto di vista teorico, funge da spartiacque difensivo a tutela delle prerogative dell'ordinamento nazionale, da un lato concreto è servito a rendere accettabile il riconoscimento della primazia del diritto dell'Unione persino sulle norme costituzionali, e, secondo quanto prospettato da taluni, si offre per il futuro quale mezzo di raccordo flessibile tra ordinamenti.

Volendo approfondire questa ambivalenza, è ipotizzabile che essa sia dovuta al fatto che il controlimito agisce su due livelli qualitativamente distinti, ed in ultima analisi incomparabili.

Sul primo di essi, ci si muove sull'abituale terreno del sistema delle fonti del diritto, ordinate secondo criteri di gerarchia e competenza²⁰, e capaci di dirci, una volta per tutte ed in termini generali, da quale ordinamento debba promanare la disposizione normativa da applicare al caso di specie, nell'ipotesi di conflitto tra diritto nazionale e diritto dell'Unione. Naturalmente, si tratta di un'operazione a propria volta soggetta ai margini di incertezza implicati da scelte interpretative pur sempre necessarie: si tratterà, in particolare, non solo di attribuire un significato alle proposizioni normative in questione, ma anche di valutare se esse possano conciliarsi secondo uno schema definito di "doppia interpretazione conforme"²¹, ed ancora di stabilire, ove tale ultimo approccio fallisca, quali principi costituzionali assurgano al rango di supremi, così da rendersi refrattari al diritto comunitario.

Tuttavia, sul piano teorico, i termini della questione sono chiari: una volta riconosciuto che, all'interno della Costituzione, vivono principi dotati di un più elevato grado di resistenza rispetto alle altre disposizioni superprimarie (sentenza n. 1146 del 1988), è ben possibile sottrarli alla disponibilità delle stesse istituzioni dell'Unione.

In quest'accezione, il controlimito, quale elemento costitutivo del sistema delle fonti, è un obiettivo elemento di contrasto con le pretese di primazia dell'Unione, poiché, al contrario, ricorda che in ultima istanza lo Stato membro resta padrone di un'intangibile sfera di sovranità.

Sul secondo livello cui si è accennato, il controlimito si sgancia dal cosmo delle fonti del diritto, e diviene, per il solo fatto di essere stato enunciato in linea astratta, uno strumento di composizione dei rapporti aspramente dialettici che talvolta punteggiano le relazioni tra Corti costituzionali e Corte europea.

¹⁹ Per una recente vicenda, P. Faraguna, *Il caso Sayn-Wittgenstein: la Corte di giustizia traccia un modello di "controlimiti" europeizzati?*, in *Quad. cost.* 2011, 2,437 ss

²⁰ Pur nella consapevolezza della crescente tensione cui la stessa idea di sistema delle fonti è sottoposta: A. Pizzorusso, *E' possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Foro it.*, 2009, V, 215 ss

²¹ A. Ruggeri, *Trattato costituzionale cit.*

Chi scrive ha già cercato di suggerire che la gran parte di simili rapporti può essere gestita dal nostro giudice costituzionale con ampia flessibilità, fino all'estremo limite costituito dalla ricezione nell'ordinamento interno, e ai fini del controllo di costituzionalità, dei significati delle disposizioni normative, dell'Unione e della CEDU, enunciati dalle Corti europee : si tratta, in definitiva, di allocare presso queste ultime un segmento del processo logico-giuridico che conduce alle pronunce della Corte, la quale può rinunciare a parte della sua libertà interpretativa, poiché non è soggetta all'art. 101 Cost.²²

Sotto questo versante, il controlimite opponibile all'ingresso del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale funziona in modo pressoché analogo ad un istituto che pure ha natura giuridica del tutto differente, ovvero il controllo di costituzionalità esercitabile sulla legge di esecuzione della CEDU, ove essa abbia prodotto norme lesive di disposizioni costituzionali. Come è ovvio, se si rimane ancorati al sistema delle fonti, si tratta di fenomeni incomparabili sia nei presupposti teorici, sia negli effetti (basti pensare che la CEDU recede innanzi a qualsivoglia norma costituzionale).

Ma, nella prospettiva del rapporto tra Corti, le analogie balzano all'occhio: in entrambi i casi, la Corte costituzionale si riserva una via di recupero delle ragioni dell'ordinamento interno a fronte delle pretese espansionistiche governate dalle Corti cugine, e per ipotesi estreme.

Certamente, l'eccezionalità del controlimite al diritto dell'Unione non è paragonabile, in linea di principio, con il più comune esercizio del controllo di costituzionalità sulle norme prodotte in seno alla CEDU; e, tuttavia, non è forse privo di significato che, perlomeno fino ad oggi, neppure quest'ultimo sia mai stato in concreto attivato.

Pur nella diversità, ciò che ha pesato è verosimilmente, nell'uno come nell'altro caso, la scelta di politica costituzionale della Corte di appianare, anziché esacerbare, i conflitti, rendendosi remissiva innanzi alla giurisprudenza europea.

Naturalmente, siamo in un campo contraddistinto da grande discrezionalità da parte del giudice costituzionale, sicché le Corti europee non possono ignorare che, in casi limite, il *self-restraint* potrebbe venir meno: controlimiti e sindacato di legittimità costituzionale sulla legge di esecuzione della CEDU sono, o perlomeno dovrebbero essere nel quadro di un leale rapporto tra istituzioni giudiziarie, un monito a temperare la propria giurisprudenza, in modo tale da recepirvi le sollecitazioni più urgenti che provengano dagli Stati membri.

Si tratta, in altri termini, di armi deterrenti che servono bene allo scopo solo se non vengono impiegate, posto che esercitano una pressione affinché i principi dell'ordinamento nazionale siano incorporati nella soluzione che la giurisprudenza europea conferisce al caso di specie, mitigando in concreto il contrasto che potrebbe sorgere tra disposizioni normative astrattamente divergenti.

Ciò che in ogni caso emerge è la grande distanza che separa la teoria delle fonti da questo impiego accorto e flessibile di strategie costituzionali per il governo giudiziale del processo di integrazione europea. Queste ultime, però, come restano ispirate a logiche di "patteggiamento" tra Corti superiori cui il giudice comune non dovrebbe accedere²³, così non valgono a cancellare la prima, che resta comunque garanzia di ordine e, soprattutto, di democraticità dell'ordinamento²⁴.

²² Si consenta il rinvio, per una trattazione dei punti qui accennati, a M. Bignami, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it e ora, in *editio minor*, in M. D'Amico-B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, 169 ss

²³ Si è cercato di evidenziare la indisponibilità dei poteri interpretativi del giudice comune in M. Bignami, *I poteri interpretativi del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.* 2008, 595

²⁴ Nel senso che in ogni caso le scelte fondanti circa la provenienza delle norme che incidono sui diritti fondamentali ed i criteri di composizione delle antinomie secondo adeguati bilanciamenti debbono provenire,

E questa osservazione introduce al cuore della questione posta dalle sentenze della Cassazione di “abrogazione “ dei controlimiti, da cui si è partiti.

4. Un’invasione di campo da respingere

Si sono innanzi ricordate due applicazioni, da parte dei giudici comuni, della dottrina dei controlimiti, che a prima lettura parrebbero ben distanti dalla più recente presa di posizione della sezione tributaria della Cassazione circa il definitivo superamento di essa. Eppure, se si valuta con maggior attenzione, subito questa pretesa distanza si accorcia, fino al punto da poter rinvenire in siffatte decisioni una linea di pensiero non così dissimile come sembrerebbe di primo acchito.

Un punto fermo, infatti, non può essere obliterato, quando si riflette sulle modalità di azione del controlimite nell’ordinamento nazionale, ovvero che *l’applicazione di esso spetta alla sola Corte costituzionale*²⁵, mentre il giudice comune vi può accedere esclusivamente nella veste, che gli compete in via generale, di promotore dell’incidente di legittimità costituzionale, semmai previo esperimento del rinvio pregiudiziale allo scopo di sollecitare da parte della Corte di giustizia un’interpretazione della norma comunitaria conforme ai principi fondamentali del nostro ordinamento.

Sotto questo aspetto, la giurisprudenza costituzionale è chiara: sia che si tratti di diritto comunitario che il giudice comune non può applicare direttamente, sia che venga in conto una norma dell’Unione direttamente applicabile, e dunque nei casi in cui il giudice potrebbe provvedere da sé alla mancata applicazione della legge nazionale con esso in conflitto, in ogni caso, quando si dubiti della conformità del diritto dell’Unione rispetto al controlimite, i nostri tribunali dovranno investire la Corte della relativa questione.

Si può dire, dunque, che in questa prospettiva il controlimite si manifesta innanzi al giudice comune esclusivamente nell’ambito del primo livello di azione di cui si è detto al paragrafo precedente, ovvero quale elemento sistemico delle fonti del diritto, rigidamente costruito per assicurare la supremazia dell’ordine costituzionale sul diritto dell’Unione. Pertanto, il giudicante lo apprezza quale origine, e parametro, del dubbio di costituzionalità che investe la legge di esecuzione del Trattato, nella parte in cui essa consente l’ingresso di una norma comunitaria con cui si opera una radicale rottura della Costituzione. Un apprezzamento, quindi, debole, in quanto alimentato dalla sola valutazione della non manifesta infondatezza, anziché dalla diretta e convinta presa in carico della questione.

Se è così, appare evidente che l’iniziativa “abrogatrice” lanciata dalla Cassazione non ha diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento: non spetta affatto al giudice comune decidere sulla sopravvivenza di un istituto costitutivo del sistema delle fonti, poiché con ciò, in definitiva, tale giudice non si limita, come si vorrebbe, a prendere atto della definitiva conciliazione tra ordinamento nazionale e dell’Unione, ma cancella invece un’ipotesi di controllo di costituzionalità, con ciò esorbitando dal proprio compito di dare applicazione alle sole disposizioni normative conformi alla Costituzione.

Al Tribunale di Bolzano tale colpa non può essere ascritta nei medesimi termini, giacché il tentativo di affossare il controlimite è qui passato dalla via del rinvio pregiudiziale: tuttavia,

secondo chi scrive, dalla Costituzione, e dai legislatori, e non dai giudici. Sul punto, è fondamentale il saggio di M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.* 2006, in particolare 1661 ss, secondo il quale “*ridurre i diritti all’oggetto di un accertamento giudiziale delle correnti profonde della società equivale a consegnare al ceto dei giudici il governo dei diritti, sottraendolo (...) alle istanze decisionali democratiche*”. Sulla persistente distinzione tra “*fonte di legittimazione dell’attività normativa*” del legislatore e del giudice, R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all’evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell’ordinamento giudiziario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

²⁵ G. Tesaurò, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. un. eur.* 2009, 207

a ben vedere, ci muoviamo anche in questo caso sul terreno dell'emarginazione del giudice costituzionale²⁶.

Non solo, infatti, per effetto di un' eventuale affermazione positiva della Corte di giustizia, il Tribunale avrebbe verosimilmente applicato una norma dell'Unione di cui sospettava il contrasto con un principio fondamentale dell'ordinamento, omettendo di investire la Corte del dubbio di costituzionalità. Ma, fatto ugualmente rimarchevole, il giudice avrebbe traslato dall'ordinamento nazionale a quello dell'Unione la valutazione circa la sussistenza di un istituto che è proprio invece del primo, e non del secondo. Una volta acclarato che il controlimite nasce per assicurare una riserva interna contro la primazia del diritto comunitario, non ha infatti alcun senso assegnare a quest'ultimo, per il tramite della Corte di giustizia, la decisione persino sulla configurabilità in astratto di simile riserva, se non nell'ottica di riconoscersi oramai prioritariamente vincolati ai valori dell'Unione, anziché a quelli fondanti la Repubblica. Se non, in altri termini, al prezzo di ammettere che la fonte della sovranità si è decisamente trasferita dalla Costituzione al Trattato, che oramai è competente a disciplinare da sé il sistema delle fonti.

Se ora si pone nuovamente lo sguardo sui casi giurisprudenziali che invece hanno reso applicazione del controlimite, ne risulta una significata coincidenza di significato, sia pure limitata alla estromissione della Corte costituzionale dal governo delle fonti del diritto.

Quando la Cassazione penale rifiuta di eseguire un mandato di arresto europeo, affermando che la decisione quadro contrasta con una norma di legge italiana prevalente, in quanto riproduttiva di una disposizione costituzionale, con ogni evidenza si arroga la funzione di decidere da sé che tale ultima disposizione, in tema di limiti alla carcerazione preventiva, costituisce principio fondamentale dell'ordinamento, anziché limitarsi a manifestare sul punto un dubbio, tale da condurre necessariamente all'incidente di legittimità costituzionale.

Quando, allo stesso modo, il Consiglio di Stato conclude che la componente additiva di una sentenza della Corte costituzionale rende la norma nazionale intangibile dal diritto comunitario, ancora una volta decide in proprio che il processo di addizione ha reso giustizia ad un principio fondamentale, impedendo alla Corte di giustizia (tramite il rinvio pregiudiziale sollecitato dalle parti) di avviare un dialogo con la nostra Corte, e comunque evitando che sia alla fine questa ultima a decidere della sussistenza, o no, del controlimite²⁷.

Se, pertanto, si soppesano questi precedenti con riguardo agli effetti, sortiti o mancati, che essi hanno prodotto nei confronti del giudizio di costituzionalità, ne viene fuori l'ipotesi che essi celino, in forme differenti, *l'ambizione del giudice comune di scavalcare il primo livello del controlimite di cui si è detto supra (il livello delle fonti del diritto) per accedere al secondo di essi (il livello delle strategie flessibili di governo dei conflitti tra ordinamenti)*.

In altre parole, il giudice, al quale compete di gestire il controlimite esclusivamente quale elemento del sistema delle fonti, pretende, ora dandovi diretta applicazione, ora postulandone il superamento, di inserirsi nel gioco dialettico dell'integrazione comunitaria e dei limiti che ad essa continuano ad esservi opposti, che invece spetterebbe, sul piano della tutela giudiziale dei diritti, alla sola Corte costituzionale, in riferimento alla giurisprudenza della Corte europea.

L'obiettivo di ciascun tribunale può essere differente, a seconda che esso voglia assicurare la supremazia dell'ordinamento nazionale, ovvero di quello dell'Unione, ma il metodo è identico. Applicando direttamente il controlimite, il giudice comune sceglie i

²⁶ In contrasto con l'idea che debba invece essere favorita quanto possibile la concentrazione presso la nostra Corte delle questioni relative ai diritti fondamentali, ove venga in conto anche la prospettiva del diritto comunitario: in questo senso, V. Sciarabba, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, in *Il nodo gordiano* cit. 122 ss

²⁷ Sul punto, oltre agli Autori citati nella nota 10, si veda da ultimo T. Giovannetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino 2009, 86 ss

valori del nostro ordine costituzionale, impedendo alla Corte costituzionale di arretrare la linea di difesa a favore dell'integrazione. Dichiarando tramontato il controlimito, o comunque sollecitandone una dichiarazione di incompatibilità con il diritto dell'Unione, il giudice all'opposto aderisce alla primazia indiscutibile dell'ordinamento comunitario, e taglia fuori la nostra Corte dalla funzione, che invece le spetta, di ergersi a custode della Costituzione.

In entrambi i casi, in definitiva, il giudice comune cessa di preservare l'integrità del sistema delle fonti, ma ne diviene il padrone, decidendo a chi spetti la parola ultima sulla tutela dei diritti fondamentali.

Questa linea di condotta forse non dispiacerà a chi, con dovizia e robustezza di argomenti, ha già da tempo segnalato il passaggio, sul piano della garanzia delle libertà, dal governo astratto delle fonti alla flessibile applicazione del diritto al caso concreto²⁸.

Non è certo questa la sede per poter prendere posizione in termini compiuti su questa opinione: certamente, però, chi scrive non ritiene che sia opportuno lasciare ai giudici comuni un'opzione così larga, da consentir loro di "pescare" la disposizione che preferiscono nell'ambito di una pluralità di ordinamenti, secondo scelte assiologicamente orientate²⁹. Il giudice declina la giustizia nella fattispecie sottoposta al suo giudizio, ma nell'ambito di coordinate valoriali disegnate dalla Costituzione, secondo le linee interpretative osservate dalla Corte. Ciò si dovrebbe tradurre, se vero, nella perdurante soggezione ai criteri ordinatori delle fonti.

Per chi condivida questa premessa, diviene conseguente respingere con fermezza ogni tentativo giurisprudenziale di svincolarsi autonomamente dalla teoria dei controlimiti, sulla quale la parola definitiva, sul piano sia della perdurante configurabilità dell'istituto, sia delle sue puntuali manifestazioni pratiche, non può venire che dalla Corte costituzionale.

** Magistrato amministrativo e assistente di studio alla Corte costituzionale.

²⁸ A. Ruggeri, *Corti costituzionali e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Si veda anche L. Daniele, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'unione europea*, 2009, III, 652; R. Conti, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed euro unitari*, in E. Falletti-V. Piccone, (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, 2010, 279; V. Piccone, *L'interpretazione giurisdizionale fra diritto interno e diritto euro unitario*, ivi 109. Per un approccio in parte convergente. G. Silvestri, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.* 2006, 1, 7 ss. Tuttavia, in senso diverso, C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.* 2007, 3518 ss; M. Luciani, *Costituzionalismo* cit. 1643 ss

²⁹ Debbo rinviare sul punto, volendo, a M. Bignami, *Costituzione* cit., in particolare nota 38 del testo *on line* (nota 27 del testo su stampa)