

***Meglio tardi che mai***  
**La dogmatica dei controlimiti e il caso *Taricco*\***

di Omar Chessa\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le «limitazioni di sovranità» come deroghe all'ordine costituzionale delle competenze – 3. Una prima conclusione: tutte le norme costituzionali *sostanziali* sono controlimite – 4. L'art. 11 Cost. come norma di autorizzazione – 5. Dualismo o monismo? – 6. La critica alla dottrina dei controlimiti – 7. Breve storia di un equivoco: il primato del diritto europeo derivato sul diritto costituzionale interno – 8. Il limite dell'«identità costituzionale nazionale» – 9. Chi accerta la violazione dei controlimiti? – 10. Il diritto dell'UE gode di piena «interpretive autonomy»? – 11. Diritto internazionale vs diritto costituzionale – 12. Chi vigila sul principio di attribuzione? – 13. Il caso *Taricco* e il principio di attribuzione come controlimite.

### **1. Premessa**

È quasi intuitivo rilevare che l'aspirazione naturale delle norme giuridiche (regolative) sia quella di rimanere quiescenti. Si può dire che tanto più conseguono il loro scopo quanto più è efficace la loro funzione deterrente: si proibisce e sanziona l'omicidio nella speranza che nessun assassinio sia commesso e non certo nell'auspicio che la norma penale incriminatrice riceva quante più applicazioni possibili.

Vera questa premessa, non dovrebbe stupire e, anzi, dovrebbe essere accolto con soddisfazione il fatto che i controlimiti costituzionali al primato e ingresso del diritto dell'Unione Europea siano sempre invocati ma mai attivati. Può voler dire che sinora non ce n'è stato realmente bisogno; oppure, meno ottimisticamente, che si è finto che fosse così. Ma in tal caso l'inefficacia e la desuetudine avrebbero preso il posto della deterrenza, precipitando le norme costituzionali in un cono d'ombra e oblio.

Per amore di verità va detto che nel dibattito interno alla scienza costituzionale (e non solo) non c'è una posizione

---

\* Comunicazione al Convegno “Controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali”, tenutosi a Ferrara il 7-8 aprile 2016.

unanime sulla categoria dei controlimiti: e di regola, chi considera dogmaticamente infondato il tentativo di enucleare dei “principi supremi” (quale limite assoluto alla revisione costituzionale) sarà poco, o per nulla, incline a sottoscrivere la dottrina dei controlimiti. Date queste divergenze, è opportuno che l’elaborazione dogmatica si riappropri coraggiosamente della mole di problemi che stanno dietro al tema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo: non si può, infatti, offrire nessuna risposta sensata alla questione dei controlimiti senza interrogarsi pure sui presupposti e implicazioni del primato del diritto europeo sulle fonti interne (ivi comprese quelle costituzionali).

Peraltro non sarebbe un esercizio “inattuale”. Nei prossimi mesi il nostro giudice costituzionale dovrà decidere se attivare i controlimiti al primato del diritto europeo, accogliendo le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Appello di Milano e dalla Suprema Corte di Cassazione con riguardo al caso *Taricco*, un caso molto noto e ampiamente commentato dalla letteratura costituzionalistica, internazionalistica e penalistica<sup>1</sup>.

## **2. Le «limitazioni di sovranità» come deroghe all’ordine costituzionale delle competenze**

Il punto di partenza obbligato della riflessione dogmatica non può che essere l’art. 11 Cost., nella parte in cui afferma che «l’Italia (...) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (e) promuove le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

È – come è noto – una delle due disposizioni costituzionali in cui compare la parola “sovranità”. L’altra è l’art. 1, là dove si dice che «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione». Abbinando le due disposizioni nell’interpretazione sistematica si è autorevolmente suggerito di leggere l’art. 11 come se consentisse «limitazioni di sovranità (popolare)», di talché i controlimiti alle limitazioni di sovranità popolare non farebbero altro che ribadire

---

<sup>1</sup> Sul quale ritornerò nell’ultimo paragrafo, proponendo quella che, a mio avviso, è la soluzione corretta.

quest'ultima<sup>2</sup>. La tesi è condivisibile nella misura in cui muove dalla presunzione (teorica) che ogni «limitazione di sovranità» subita *direttamente* dagli organi costituzionali (e non) del nostro ordinamento ridondi *indirettamente* in limitazioni della sovranità popolare. Ma resta il fatto che senza il diaframma delle competenze degli organi rappresentativi, di governo, giudiziari, etc., a ben vedere, non si può dire che le «limitazioni di sovranità» introdotte finora abbiano inciso la sovranità del popolo in modo immediato<sup>3</sup>.

È inoltre opinabile che l'art. 11 riferisca le «limitazioni di sovranità» a quelle che colpirebbero le prerogative sovrane del popolo. L'interpretazione sistematica, infatti, deve tenere conto di almeno altri due elementi testuali. Il primo è il fatto che lo stesso art. 11, nell'asserire che «l'Italia consente alle limitazioni di sovranità», aggiunge che ciò deve avvenire «in condizioni di parità con gli *altri Stati*» (corsivo mio): il che comporta che l'Italia sia *uno* degli Stati che consente alle limitazioni della propria sovranità<sup>4</sup>. Il secondo dato testuale è l'art. 7 Cost., primo comma, che definisce lo Stato e la Chiesa cattolica, come «indipendenti e sovrani». Nella nostra Costituzione, dunque, non c'è solo il riconoscimento della sovranità popolare, ma ci sono pure dei cenni alla sovranità statale: ed è a quest'ultima che, precisamente, si riferisce l'art. 11 quando parla di «limitazioni di sovranità».

Bisogna però intendersi. Di “sovranità” può parlarsi sia in

---

<sup>2</sup> È l'interpretazione proposta da M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 7.

<sup>3</sup> Difatti, l'integrazione europea non ha limitato *direttamente* i diritti politici dei cittadini italiani, né ha formalmente compresso altre forme di manifestazione della sovranità popolare, sebbene sia innegabile che, con riguardo a taluni ambiti importanti della politica nazionale, abbia svuotato di senso politico l'esercizio dei diritti di elettorato attivo e passivo. Mi riferisco, in modo particolare, alla decisione di bilancio, ormai quasi interamente attratta nell'orbita sovranazionale della c.d. *governance economica europea*. Non c'è dubbio che sottraendo questa decisione alla rappresentanza politica nazionale si svilisce indirettamente il significato politico del voto popolare, cioè la sua capacità di contribuire effettivamente alla determinazione della politica nazionale con riguardo alle questioni cruciali della politica economica. Svolgo alcune considerazioni in tal senso nel breve lavoro *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche, vincoli sistemici dell'unione monetaria e principi costituzionali supremi*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2016.

<sup>4</sup> Di segno diverso l'interpretazione di M. Luciani, *Il brusco risveglio*, cit., 6-7, il quale esclude che «l'Italia» equivalga a Stato italiano.

senso teorico che dommatico, sebbene tra le due accezioni non manchino collegamenti e reciproci rimandi. Quando si affronta il tema sul piano teorico occorre confrontarsi con la linea di investigazione che da Bodin e Hobbes, passando per Schmitt e Kelsen, arriva fino ai giorni nostri. Alla luce della “teoria della sovranità”, formule come «limitazioni di sovranità» sono quasi improprie, poiché la sovranità, per definizione, indica ciò che è *superiorem non recognoscens* e che ammette trasferimenti e limitazioni soltanto a condizione che siano volontari e comunque sempre revocabili<sup>5</sup>. Ma mentre la “teoria della sovranità” può essere considerata fondata o infondata, a seconda che si consideri concepibile e possibile ovvero inconcepibile e impossibile un potere sovrano nel senso proprio messo a punto dalla riflessione teorica, invece la “dogmatica della sovranità”, se il testo costituzionale recepisce il termine, è inescapabile per il giurista. Possiamo criticare la teoria della sovranità, nelle diverse declinazioni offerte dalla storia del pensiero giuspolitico, e ritenere che non abbia diritto di cittadinanza al fine di inquadrare la natura del diritto e dello Stato; ma non possiamo rifiutarci di elaborare una ricostruzione dommatica della nozione di sovranità che è recepita nel testo costituzionale (se questo contiene un riferimento espresso a questo lemma, ovviamente).

Ora, la mia tesi è che il testo costituzionale, quando allude alla «sovranità dello Stato», voglia semplicemente richiamare l'insieme di quelle che Max Weber negli scritti dedicati alla nozione di «dominio» chiamava «potestà di comando»<sup>6</sup>, e cioè il complesso di potestà legislative, esecutive, di governo, giurisdizionali, di controllo, di indirizzo, etc., previste e disciplinate dalla Costituzione in giù, a prescindere dal fatto che siano competenze dello Stato inteso quale livello di governo, cioè quale ente costitutivo della Repubblica, ovvero delle Regioni e degli Enti Locali: è indubbiamente «limitazione di sovranità» ai sensi dell'art. 11 anche quella che riguarda le

---

<sup>5</sup> Ma va detto che l'art. 11 non sembra contraddire, a ben vedere, quest'assunto teorico, poiché è ancora lontano dall'essere dimostrata la tesi secondo cui il processo di integrazione europea sia irreversibile (nonché, di rimando, la tesi secondo cui le limitazioni di sovranità non sarebbero revocabili).

<sup>6</sup> M. Weber, *Herrschaft. Wirtschaft und Gesellschaft die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungsgen und Mächte*, J.C.B Mohr, Tübingen, 2005, trad. ital. *Dominio. Economia e società*, Donzelli Editore, Roma, 2012, 24 ss.

funzioni legislative regionali. Seguendo questa linea interpretativa, la «sovranità dello Stato (italiano)» equivale alla «sovranità della Repubblica (italiana)», cioè al complesso dei poteri e delle competenze previste dall'assetto costituzionale: indica, quindi, nient'altro che l'*ordine costituzionale delle competenze*<sup>7</sup>.

D'altro canto, l'ambiguità semantica che il termine «Stato» assume nel testo costituzionale, ora riferito a un particolare ente costitutivo della Repubblica ora adoperato per indicare la Repubblica nella sua interezza, non deve stupire, poiché è perfettamente spiegabile e lecita. In origine era pacifico che la Costituzione del 1948 adoperasse come sinonimi i termini «Repubblica» e «Stato»: basti pensare che per la vecchia formulazione dell'art. 114 «la Repubblica si ripart(iva) in Regioni, Province e Comuni» e che gli artt. 117, 118, 119, 122, 123, etc., nella loro formulazione originaria, definivano le leggi statali come «leggi della Repubblica». È solo a partire dal 2001, con la riforma costituzionale del Titolo V e in particolare dell'art. 114, che s'introduce il concetto di «Stato» quale particolare livello di governo della Repubblica. Ciò però non fa venire meno il dovere di leggere le disposizioni non toccate dalla legge costituzionale 3/2001 secondo il canone interpretativo dell'*original public meaning*, cioè ricostruendo il significato che *originariamente e pubblicamente* era assegnato alle parole del documento costituzionale nel momento della sua entrata in vigore: e non c'è dubbio che nel 1948 (e negli anni seguenti) la «Repubblica italiana» fosse il nome ufficiale, costituzionalmente

---

<sup>7</sup> Pertanto ribadisco la tesi già illustrata in O. Chessa, *La resurrezione della sovranità statale nella sentenza n. 365 del 2007*, in *Le Regioni*, I, 2008, 227 ss., dove critico l'uso dogmaticamente (e finanche teoricamente) improprio che la Corte costituzionale fece della categoria della «sovranità statale» nella sentenza 365/2007 allo scopo di argomentare la primazia gerarchica (e assiologica) del complesso delle competenze statali rispetto a quelle regionali e degli altri enti costitutivi della Repubblica. Per la opposta tesi, vedi invece P. Caretti, *La "sovranità" regionale come illusorio succedaneo di una "specialità" perduta: in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 365 del 2007*, in *Le Regioni*, I, 219 ss., e A. Anzon Demmig, *Sovranità, processi federalistici, autonomia regionale. In margine alla sentenza n. 365 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007 (ai quali replico in O. Chessa, *Pluralismo paritario e autonomie locali nel regionalismo italiano*, in O. Chessa (a cura di), *Verso il federalismo "interno". Le autonomie locali nelle regioni ordinarie e speciali*, Giappichelli, Torino, 2009, 16, nt. 7).

prescelto, dello “Stato italiano”<sup>8</sup>.

### **3. Una prima conclusione: tutte le norme costituzionali sostanziali sono controlimitate**

Ho detto che per «limitazioni di sovranità» ai sensi dell’art. 11 Cost. deve intendersi tutto ciò che, per il tramite di trattati internazionali finalizzati alla «pace e alla giustizia fra le Nazioni», introduce deroghe all’ordine costituzionale delle competenze. Già da questa prima impostazione del problema si evincono due cose: 1) che non sono consentite deroghe impicanti lesioni dei diritti inviolabili e di qualsiasi altro principio costituzionale sostantivo, perché altrimenti le «limitazioni di sovranità» non sarebbero volute ad assicurare la «giustizia fra le Nazioni»<sup>9</sup>; e 2) che qualsiasi atto normativo (e non solo) dell’ordinamento UE dal carattere *ultra vires*, ossia adottato al di fuori (e non giustificabile alla luce) delle deroghe all’ordine costituzionale delle competenze e quindi in dispregio del Trattato e del “principio di attribuzione”, costituisce una «limitazione di sovranità» non consentita e una violazione della Costituzione. In entrambi i casi è legittima e doverosa l’attivazione dei controlimiti.

Uno dei pregi di questa ricostruzione, a mio avviso, è quello di spezzare l’analogia tra la dottrina dei controlimiti e quella dei “principi supremi” (quale limite alla revisione costituzionale), dal momento che rinvia nella previsione espressa dell’art. 11 – la finalizzazione delle «limitazioni di sovranità» alla «giustizia fra le Nazioni» – la necessità che le deroghe pattizie all’ordine costituzionale delle competenze siano rispettose dei diritti inviolabili e degli altri principi fondamentali, vale a dire di ciò che sostanzia la concezione costituzionale della «giustizia». È lo stesso testo costituzionale ad autorizzare in modo espresso le limitazioni di sovranità e a preconstituire, in modo altrettanto espresso, le «controlimitazioni» alle limitazioni di sovranità: non è detto,

---

<sup>8</sup> Illustro le ragioni a sostegno del canone interpretativo dell’*original public meaning* (nonché le condizioni e i limiti del suo utilizzo) in O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, 168-173, e in Id. *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, 31-37.

<sup>9</sup> Il concetto di «giustizia» richiamato dalla Costituzione all’art. 11, infatti, non può non corrispondere alla stessa “moralità politica” che è incorporata nel testo costituzionale e che risulta dall’insieme dei suoi principi sostantivi e diritti fondamentali.

perciò, che la categoria dei principi supremi e dei controlimiti *aut simul stabunt aut simul cadent* e che per riconoscere la fondatezza dei secondi si debbano reputare giuridicamente esistenti i primi.

Nell'orientamento maggioritario, invece, i controlimiti sono ritratti come norme costituzionali speciali, che per la loro importanza fondamentale spiccano rispetto alle altre e s'impongono come baluardi invalicabili: di qui la coincidenza con la categoria dei principi supremi. A mio avviso, invece, una corretta ricostruzione dottrinale suggerisce che sono norme costituzionali come tutte le altre: anzi, che tutte le norme costituzionali di tipo sostantivo (ossia diverse da quelle competenziali e procedurali direttamente interessate dalle deroghe stabilite dal Trattato) sono, di per sé, controlimiti. Difatti, deve escludersi che per «limitazioni di sovranità» possa intendersi qualcosa di più di quello che significa: in particolare, che si possa estenderne il senso fino a ricomprendere le limitazioni dei diritti inviolabili e di altra norma costituzionale di principio o comunque sostantiva (cioè diretta a porre vincoli di contenuto alle leggi). Se la «sovranità dello Stato» è l'assetto costituzionale delle competenze, per «limitazioni di sovranità» dovranno intendersi solamente quelle incidenti su norme di competenza o procedurali, che prevedono e disciplinano l'adozione di atti costituzionali (sia normativi che di altro tipo). Pur condividendo nella sostanza le perplessità manifestate nei riguardi della distinzione tra «costituzione dei diritti» e «costituzione dei poteri», per via dei reciproci rimandi e collegamenti sistemici tra l'una e l'altra Parte della nostra Costituzione<sup>10</sup>, ciò nondimeno in questo frangente la divisione è non solo utile sul piano euristico, ma sembra addirittura richiamata dal dato giuridico positivo là dove ammette «limitazioni» a carico della «sovranità», ossia della «costituzione dei poteri», escludendo *a contrario* che possa assoggettarsi al medesimo regime di deroga tutto quello che è concettualmente diverso dalla «sovranità», ossia la «costituzione dei diritti». Per logica conseguenza, le norme costituzionali che non possono essere violate nell'esercizio delle competenze attribuite agli organi eurounitari sono le stesse che non potrebbero violarsi se

---

<sup>10</sup> In tal senso vedi M. Luciani, *La "costituzione dei diritti" e la "costituzione dei poteri". Note sulle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Vol. II, Cedam, Padova, 1985, 497 ss.

quelle competenze fossero rimaste a livello statale anziché dislocate a livello sovranazionale: controlimite è pertanto qualsiasi norma costituzionale che il legislatore nazionale avrebbe dovuto osservare se avesse trattenuto a sé la competenza anziché trasferirla all'ordinamento dell'Unione.

Un altro pregio, infine, della proposta dommatica che avanza in queste pagine è quello di rinvenire un controlimite nello stesso "principio di attribuzione", con la conseguenza che non soltanto le norme costituzionali sostanziali ma pure quelle competenziali, organizzative e procedurali possono atteggiarsi, in determinate circostanze, a controlimite, sia pure con le precisazioni che farò nel corso del lavoro. Infatti, per cogliere appieno la portata di questa seconda tesi occorre prima sciogliere alcuni nodi concettuali, finora ignorati o comunque rimasti nella sostanza insoluti. A partire da quello relativo alla struttura nomologica dell'art. 11 come "norma autorizzativa".

#### **4. L'art. 11 Cost. come norma di autorizzazione**

L'art. 11 Cost., nella parte che qui interessa, ha la classica struttura della norma autorizzativa, perché consente ciò che altrimenti sarebbe costituzionalmente vietato: se quest'autorizzazione costituzionale non ci fosse, il legislatore non potrebbe certo spogliarsi delle competenze costituzionalmente previste per attribuirle agli organi di un ordinamento sovranazionale. Grazie perciò alla "triangolazione" tra la disposizione costituzionale che consente «limitazioni di sovranità», il contenuto normativo del Trattato e la legge di esecuzione dello stesso, si possono legittimamente attribuire agli organi dell'ordinamento comunitario quote di competenze altrimenti spettanti in via esclusiva agli organi costituzionali nazionali.

Al fine di determinare una legittima deroga dell'ordine costituzionale delle competenze occorrono, quindi, tutti e tre gli elementi del "terzetto" illustrato sopra: l'art. 11, consentendo la limitazione della sovranità, autorizza *in generale* la possibilità della deroga; la legge di esecuzione del Trattato manifesta la volontà legislativa nazionale di consentire, alla *particolare* deroga prevista dal diritto pattizio, e specialmente, nel caso dei Trattati istitutivi della CEE e dell'UE, manifesta la volontà del legislatore nazionale di autolimitarsi, consentendo che una quota delle sue competenze normative sia esercitata da organi dell'ordinamento europeo; e infine il contenuto normativo del

Trattato precisa *in particolare* l'ampiezza della deroga. Il riparto dei compiti tra legge di esecuzione e Trattato è, perciò, chiaro: la prima, ordinando, prescrivendo la vigenza del Trattato, produce in concreto l'effetto derogatorio autorizzato in termini generali dall'art. 11 Cost.; e il secondo offre i criteri per ricostruire portata e confini della deroga (alla Costituzione) così introdotta<sup>11</sup>.

Assodato che il diritto dell'UE può derogare alle norme costituzionali solo in forza di una legge di esecuzione (cui pertanto deve essere propriamente riferita la capacità derogatrice), ne discende che solo la fonte cui l'ordine di esecuzione rinvia, cioè il Trattato, può contenere regole in grado di sostituirsi a quelle costituzionali; ed è perciò escluso che fonti diverse dal Trattato, come – ad esempio – le fonti del diritto europeo derivato, possano sortire il medesimo effetto derogatorio<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Come si vede, questa ricostruzione risponde altresì alla domanda su quale sia la fonte normativa cui spetta il potere di disporre deroghe all'ordine costituzionale delle competenze. Più precisamente, la domanda è se l'art. 11 Cost. imputi l'effetto derogatorio alle norme comunitarie, prescindendo perciò dalla mediazione della fonte legislativa interna autorizzativa del Trattato, o se invece ricollegghi tale capacità derogatrice *direttamente* alla legge di esecuzione dei Trattati (e quindi *indirettamente* al diritto europeo primario in quanto "incorporato", per così dire, nella legge nazionale che ne ordina l'esecuzione). Mi sembra che la prima ipotesi sia condivisibile solo presumendo che dell'art. 11 si evinca un generico principio di «apertura (dell'ordinamento nazionale) al diritto di origine esterna»: un principio che trasmetterebbe a fonti normative sovranazionali e internazionali la capacità di penetrare nel nostro ordinamento con forza costituzionale (sul «principio di apertura» suddetto vedi A. Ruggeri, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti"*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 2016, 7, il quale però, a onor del vero, non afferma mai espressamente che esso conferirebbe forza normativa interna al diritto esterno prescindendo dalla mediazione della legge di esecuzione). Tuttavia la portata di tale «principio di apertura», se ricostruita così, sarebbe troppo estesa, considerato che l'art. 10 della Costituzione prevede l'adeguamento automatico solo per le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», con ciò circoscrivendo esplicitamente il grado di apertura del nostro ordinamento rispetto alle fonti esterne. Se ne evince inoltre che ogni altra fonte del diritto internazionale può produrre effetti nel nostro ordinamento sul presupposto di un trattato e di una relativa legge interna di esecuzione; e che lo stesso deve valere per le norme comunitarie, non essendo norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

<sup>12</sup> Qui occorre una precisazione. Indubbiamente il diritto europeo derivato, in quanto competente con riferimento agli ambiti trasferiti al

## 5. Dualismo o monismo?

Alla luce delle considerazioni finora svolte si chiarisce inoltre il senso dell'alternativa tra monismo e dualismo, integrazione e separatezza, nella ricostruzione dei rapporti tra gli ordinamenti nazionale ed europeo.

Si è autorevolmente sostenuto che le dottrine del primato e dell'effetto diretto del diritto europeo realizzerebbero «un *continuum* tra gli ordinamenti, uno dei quali diviene in grado di prescrivere, non solo *quali norme* devono prevalere, ma anche *con quali strumenti processuali* ciò deve avvenire» col risultato che «le tradizionali categorie del dualismo – e quindi il richiamo degli ordinamenti distinti ed autonomi – diviene del tutto inutilizzabile»<sup>13</sup>. Il potere/dovere dei giudici nazionali di disapplicare la norma interna per dare luogo all'applicazione della norma comunitaria *self-executing* dimostrerebbe che il rapporto tra ordinamento sovranazionale e ordinamento nazionale deve intendersi secondo una visione monista, cioè come se fossero ormai un solo ordinamento, e non secondo una visione dualista, cioè come se fossero ancora due ordinamenti separati, ciascuno provvisto di proprie fonti e criteri di validità.

La tesi, pur finemente argomentata, non è però condivisibile. Anzitutto occorre una precisazione terminologica.

---

legislatore sovranazionale, concretizza le astratte sottrazioni di competenza legislativa nazionale operate dai Trattati, cioè dà corpo alle (e perciò si inserisce nell'alveo delle) deroghe pattizie al diritto costituzionale interno. Ma una cosa è l'esercizio di una competenza che il Trattato prevede come derogatoria rispetto all'ordine costituzionale delle competenze, altra cosa è che, attraverso l'esercizio di tale competenza normativa, si introducano nuove deroghe al diritto costituzionale oltre a quelle già previste dal Trattato.

<sup>13</sup> F. Sorrentino, *Il diritto europeo nella giurisprudenza costituzionale: problemi e prospettive*, Relazione al seminario su "Diritto comunitario e diritto interno", tenuto presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007, 4. Un argomento sintonico con quello di Sorrentino, e contrario alla «tesi della separazione», era quello di L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 426-427, il quale si chiedeva retoricamente: «come si potrebbe ammettere che le autorità giurisdizionali italiane siano tenute ad applicare in modo immediato il diritto comunitario, se questo venisse collocato in una sfera non comunicante con il diritto interno? Come reggerebbe l'imperativo contenuto nel capoverso dell'art. 101 Cost., onde "i giudici sono soggetti soltanto alle legge", se i regolamenti e le direttive delle Comunità non rientrassero *anche* tra le fonti di produzione dell'ordinamento nazionale».

Se riferita al rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'UE, la distinzione tra monismo e dualismo ha un significato parzialmente diverso da quello che assume nel contesto del pensiero kelseniano. È noto che per il Maestro praghese dovrebbe sempre postularsi, sul piano teoretico, l'unità sistematica tra diritto statale interno e diritto internazionale, come se costituissero un unico ordinamento<sup>14</sup>. Ciò però non implica che il giudice nazionale debba risolvere l'antinomia tra norma interna e norma internazionale, scegliendo tra l'una e l'altra, per la semplice ragione che il diritto internazionale non si vale delle autorità giurisdizionali nazionali e reagisce quindi alle violazioni secondo modalità sue peculiari. Può dunque accadere che i giudici debbano applicare le norme interne che contrastano con quelle internazionali, senza che ciò faccia venire meno la validità e la vigenza delle seconde, le quali sono assistite da propri rimedi sanzionatori – la rottura delle relazioni diplomatiche, la rappresaglia, la guerra, etc. – che prescindono da prestazioni giudiziali interne. Nell'ottica kelseniana, infatti, il diritto internazionale, al contrario del diritto statale, mette capo a un ordinamento il cui potere esecutivo, coattivo e sanzionatorio è decentrato e non accentrato<sup>15</sup>. E se gli Stati adottano in sede legislativa e applicano in sede giurisdizionale norme il cui contenuto è incompatibile con norme del diritto internazionale, ciò non equivale alla negazione dell'unità sistematica tra i due ordinamenti (statale e internazionale) né alla negazione della validità delle norme esterne, che infatti è fatta valere (o può essere fatta valere) nelle forme sanzionatorie decentrate che sono tipiche del diritto internazionale.

La premessa teoretica kelseniana – a ben vedere – appare perfettamente compatibile con la visione dualista del rapporto tra ordinamento nazionale ed europeo, per come la intendo in questo saggio: è vero che i giudici nazionali applicano direttamente le norme comunitarie in luogo di quelle interne, agendo perciò come garanti dell'unità sistematica tra diritto nazionale e sovranazionale, ma fanno ciò in forza della legge interna di esecuzione del Trattato; Trattato che, tra le diverse deroghe all'ordine costituzionale delle competenze, prevede pure una deroga alla regola costituzionale che

---

<sup>14</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. ital. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, 360 ss.

<sup>15</sup> H. Kelsen, *op. cit.*, 355.

stabilisce la soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.). È dunque in esecuzione di un obbligo imposto da norme legislative interne che le autorità giurisdizionali nazionali agiscono altresì come giudici del diritto sovranazionale (oltre che del diritto nazionale). Ma la legge di esecuzione può essere dichiarata incostituzionale e quindi può darsi il caso che i giudici nazionali siano liberati dall'obbligo di applicare norme europee, senza che ciò faccia venire meno «l'unità sistematica» tra ordinamenti nel senso kelseniano della formula: in tal caso infatti emergerebbe comunque la responsabilità internazionale dello Stato per inadempimento di obblighi pattizi, con quel che ne potrebbe conseguire sul piano dei rapporti con gli altri Stati contraenti.

Ebbene, il fatto che la deroga all'ordine costituzionale delle competenze, e in particolare all'art. 101 Cost., sia così ampia da prevedere perfino che i giudici nazionali diano diretta applicazione al diritto europeo, disapplicando se necessario le norme interne, non fa venire meno la paratia tra i due ordinamenti, i quali rimangono comunque separati da una legge interna di esecuzione: questa, infatti, è la giuntura di connessione, che pone in rapporto i due diversi sistemi normativi, ma è anche la prova della loro separatezza, visto che senza una manifestazione di volontà legislativa interna, cioè senza un ordine legislativo di esecuzione, la connessione non potrebbe certo realizzarsi spontaneamente. Si può dunque postulare un assetto monista di rapporti solo a condizione che l'ordinamento europeo abbia in sé le risorse per imporsi con forza propria, prescindendo dal consenso legislativo interno: dovrebbe essere, in definitiva, un ordinamento originario, auto-fondato e generale, che ingloba quelli statali particolari.

#### **6. La critica alla dottrina dei controlimiti**

È invece sintomatico di una visione monista (o comunque di una visione contraria alla «tesi della separazione») il rifiuto della dottrina dei controlimiti. A tale proposito si è asserito che il difetto inemendabile di tale dottrina starebbe in ciò: poiché prospetta «che il regolamento comunitario, nel violare i controlimiti “costituzionali”, coinvolgerebbe, in fin dei conti, la norma del Trattato che lo disciplina (e cioè l'art. 249 TCE), (avrebbe) il difetto di far risalire i “peccati” della norma *di produzione* – e cioè del regolamento comunitario (o della direttiva *self executing*) – alla norma *sulla produzione* giuridica,

la quale però, a ben vedere, si limita a disporre la generale e immediata obbligatorietà»<sup>16</sup>.

Ora, è sicuramente condivisibile l'affermazione generale secondo cui non si possono far risalire i vizi di una norma *di* produzione alla norma *sulla* produzione. Tuttavia l'affermazione non si applica al problema particolare di cui ci stiamo occupando, per la semplice ragione che né la norma europea di produzione né la norma europea sulla produzione costituirebbero l'oggetto di un'eventuale declaratoria d'incostituzionalità pronunciata in nome dei controlimiti. Non sarebbe la fonte del diritto comunitario derivato – il regolamento o la direttiva – a essere viziata da incostituzionalità, visto che essa *non conosce*, per così dire, la Costituzione, appartenendo a un altro ordinamento: può considerarsi viziata e invalida solo se contrasta col Trattato, sicché nessun «peccato di incostituzionalità», né originario né derivato, macchierebbe la virtù della norma di produzione. Lo stesso deve dirsi della regola sulla produzione contenuta nell'art. 249 TCE (ora art. 288 TFUE): neanche questa può essere dichiarata incostituzionale, visto che anch'essa appartiene a un ordinamento diverso e separato da quello che è disciplinato dalla nostra Costituzione. Per la dottrina dei controlimiti, infatti, è solo la legge interna di esecuzione che può essere sindacata sotto il profilo della sua conformità costituzionale e dichiarata incostituzionale: e precisamente quando ordina ciò che non può essere ordinato, cioè quando ordina l'esecuzione di un Trattato da cui deriverebbero «limitazioni di sovranità» non consentite dalla Costituzione o limitazioni di diritti inviolabili o altri principi costituzionali (anziché «limitazioni di sovranità» in senso proprio).

Sia chiaro, inoltre, che la legge di esecuzione non è norma *sulla* produzione. Non è certo la fonte legislativa interna ad autorizzare l'esercizio delle competenze normative sovranazionali. Essa si limita a disporre, ordinare la vigenza obbligatoria di un Trattato che a sua volta autorizza le competenze sovranazionali<sup>17</sup>. Ed è pertanto direttamente

---

<sup>16</sup> A. Pace, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, Relazione al seminario su "Diritto comunitario e diritto interno", tenuto presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007, 10.

<sup>17</sup> La legge di esecuzione è norma autorizzativa solo con riguardo agli organi costituzionali nazionali, nel senso che autorizza il Capo dello Stato a ratificare i trattati, ordinandone nel contempo l'esecuzione.

contrastante con la Costituzione se prescrive, ordina la vigenza di un Trattato che rientra tra quelli incompatibili col dettato costituzionale interno. Certo, per decidere la questione se la legge nazionale contenga un ordine di esecuzione incostituzionale occorre ricostruire il contenuto normativo di ciò la cui esecuzione è ordinata, cioè il Trattato, o di ciò che è stato adottato sulla base del Trattato (ossia sulla base di ciò la cui esecuzione è ordinata)<sup>18</sup>. Ma questo è quasi scontato, considerato che sempre, per decidere se un ordine è illegittimo, bisogna analizzare il suo contenuto, fermo restando però che l'ordine e il suo contenuto non sono propriamente la medesima cosa<sup>19</sup>.

### **7. Chi accerta la violazione dei controlimiti?**

Resta, infine, il problema se l'accertamento della violazione dei controlimiti sia riservato esclusivamente alla Corte costituzionale o se possa disporlo anche il giudice comune.

È noto che si tratta di questione «poco sondata in dottrina»<sup>20</sup>. In giurisprudenza, peraltro, c'è un solo precedente, seppure di un giudice particolarmente autorevole: la pronuncia n. 4207 del 2005 della sez. V del Consiglio di Stato. Ma va detto che con questa decisione il supremo giudice amministrativo non disapplicò, in nome dei controlimiti, una

---

<sup>18</sup> Ciò spiega quell'impressione di una dissociazione tra "forma" e "sostanza" segnalata da ultimo da R. Bin, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali.it*, 2015, quando osserva che «di fatto la Corte giudica della costituzionalità della norma internazionale, ma formalmente l'oggetto dell'impugnazione è l'ordine di esecuzione del trattato o della disposizione legislativa di rinvio "nella parte in cui" consenta l'ingresso nell'ordinamento italiano della norma incompatibile con i principi costituzionali»

<sup>19</sup> Ad esempio, l'ordine di fare "questo o quello" può essere illegittimo non perché "questo o quello" siano in sé un male da evitare (e che quindi nessuno dovrebbe fare), bensì perché "questo o quello" sono qualcosa che non si può ordinare di fare o di non fare. Analogamente, un Trattato che pone norme (di produzione e sulla produzione) incompatibili con la nostra Costituzione non è di per sé viziato (nulla esclude che sia compatibile con la Costituzione di un altro Stato contraente): semmai è viziata la norma legislativa interna che ne ordina l'esecuzione con riguardo al nostro ordinamento.

<sup>20</sup> M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 9.

norma comunitaria direttamente applicabile, ma solo omise di operare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per questione di interpretazione<sup>21</sup>.

L'alternativa si scioglie considerando, ancora una volta, l'art. 101 Cost., da cui si evince la ragione per la quale *soltanto* la Corte costituzionale, e non anche il giudice comune, può attivare il rimedio dei controlimiti. Come si è detto, in forza dell'ordine disposto dalla legge di esecuzione (a sua volta autorizzata dall'art. 11 Cost.) le autorità giurisdizionali nazionali debbono, in deroga alla doverosa soggezione dei giudici alla legge ex art. 101 Cost., disapplicare la fonte legislativa interna per dare applicazione a quella europea suscettibile di effetto diretto: il primato del diritto europeo sulla legge interna e il suo effetto diretto sono, perciò, nient'altro che il risultato di una deroga legittima all'art. 101 (legittima in quanto ricadente tra quelle astrattamente autorizzate dall'art. 11 e in quanto concretamente "ordinata" dalla legge di esecuzione del Trattato).

Tuttavia la deroga all'art. 101, cioè alla norma costituzionale che prescrive la soggezione dei giudici alla legge, è disposta solo al limitato fini di consentire la prevalenza immediata del diritto europeo sulle fonti legislative interne; e non può certo invocarsi nei confronti della stessa legge interna di esecuzione del Trattato. Ne discende che il giudice comune è

---

<sup>21</sup> Nel caso di specie la disciplina comunitaria che veniva in rilievo era costituita da diverse disposizioni del Trattato insuscettibili di applicazione diretta, mentre la disciplina nazionale era una norma legislativa, a sua volta modificata da una sentenza additiva della Corte costituzionale diretta a tutelare il diritto fondamentale alla salute: a giudizio degli appellanti era proprio la particolare fisionomia che questa norma assumeva per effetto della pronuncia della Corte a contrastare con le norme del Trattato (*rectius*: a indurre il sospetto che contrastasse col Trattato, poiché in assenza di un "atto chiaro" era interpretativamente dubbio se contrasto ci fosse). Al Consiglio di Stato fu perciò richiesto di disapplicare la fonte interna o, in alternativa, di operare rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo per questione di interpretazione: ma nessuna delle due vie fu quella infine prescelta, vuoi perché le norme comunitarie invocate non rientravano tra quelle *self-executing*, vuoi soprattutto perché il supremo giudice amministrativo ritenne «non consentito che il giudice nazionale in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che lo vincola alla applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, possa prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana, incidente nell'area della tutela dei diritti ad essa riservata» (punto 3.4. del Diritto).

obbligato, in base all'ordine di esecuzione, ad applicare il diritto europeo e che può (provare a) liberarsi da tale vincolo solo sollevando una questione di legittimità costituzionale con riguardo alla legge di esecuzione. È dunque escluso che i giudici comuni, in caso di violazione dei controllimiti, possano disapplicare la fonte europea: se agissero così, violerebbero l'ordine legislativo di esecuzione del Trattato, con ciò trasgredendo indirettamente all'art. 101 Cost. In conclusione, se è la legge di esecuzione a poter legittimamente ordinare deroghe all'art. 101, non si può tuttavia violare la legge di esecuzione (che prescrive il primato del diritto europeo nei limiti delle competenze attribuite), ritenendo che pure in questo caso si stia agendo in forza di una deroga all'ordine costituzionale delle competenze.

#### **8. Breve storia di un equivoco: il primato del diritto europeo derivato sul diritto costituzionale interno**

Ho detto che, in virtù dell'ordine legislativo di esecuzione, le norme del diritto sovranazionale primario, ossia le norme dei Trattati, possono introdurre eccezioni alle norme costituzionali sulla competenza, sottraendo loro ambiti per assegnarli alle competenze di organi dell'Unione. L'art. 11, infatti, autorizza il legislatore nazionale (che autorizza a sua volta la ratifica e ordina l'esecuzione dei trattati) a spogliarsi *volontariamente* di una parte delle proprie competenze normative per riservarle all'Unione. Ma da ciò non si può inferire che autorizzi altresì il legislatore europeo istituito dai Trattati a introdurre ulteriori eccezioni al diritto costituzionale interno.

E difatti, si oltrepassa il limite dell'autorizzazione concessa dall'art. 11 se questa è letta come se fosse disposta pure a favore del legislatore europeo, cioè a favore di chi è competente a produrre le norme del diritto europeo derivato: l'art. 11 si rivolge solamente (e non potrebbe rivolgersi ad altri che non) al legislatore nazionale. Ma se si afferma che anche il diritto europeo derivato può, di regola, prevalere sul diritto costituzionale interno, si presume che l'autorizzazione prevista dall'art. 11 si rivolga pure ad altri legislatori oltre a quello che è istituito dalla nostra Costituzione.

La distinzione tra norme europee convenzionali (o primarie od originarie) e norme europee derivate (o secondarie) è, qui, di cruciale importanza. È vero che anche le seconde esprimono delle «limitazioni di sovranità» perché insistono su

ambiti materiali che altrimenti ricadrebbero nelle competenze costituzionali degli organi nazionali. Ma da ciò non può certo indursi che possano introdurre ulteriori limitazioni di sovranità, cioè deroghe ulteriori all'ordine costituzionale delle competenze, rispetto a quelle previste nel Trattato e quindi volontariamente consentite dal legislatore nazionale.

Tuttavia, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 1973 inizia a insinuarsi il dubbio che il primato delle norme comunitarie sul diritto costituzionale interno debba essere affermato sia con riguardo al diritto convenzionale che al diritto derivato (regolamenti, direttive e pronunce della Corte di giustizia), senza distinguere tra l'uno e l'altro. Invero, in nessun passo della sentenza l'affermazione compare in modo così chiaro e netto. C'è invece un rapido (e confuso) passaggio, il Punto 9 del *considerato in diritto*, in cui la Corte asserisce che «deve escludersi» che le «limitazioni (di sovranità) concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma (...) possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana». E aggiunge infine che «sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante *compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali*» (corsivi miei). Non mancano le ambiguità, come si vede. Da un lato, infatti, si riferisce sempre e solo alle norme del Trattato (e mai alle norme del diritto derivato) la forza di disporre le «limitazioni di sovranità», così come si riferisce al Trattato il limite dei «principi fondamentali», nel senso che è il Trattato a dover essere compatibile con i principi fondamentali, ossia con quelli che nel commento alla pronuncia Paolo Barile definisce «controlimitazioni» al diritto comunitario<sup>22</sup>. Dall'altro, però, la pronuncia aggiunge che non può riconoscersi agli organi comunitari «un inammissibile potere di violare i *principi fondamentali* del nostro ordinamento costituzionale», con ciò

---

<sup>22</sup> Lo stesso P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2416, concepisce, in prima battuta, i controlimiti come diretti a controbilanciare le limitazioni di sovranità disposte nel Trattato, cioè come un argine interno, direttamente opponibile alle limitazioni di sovranità stabilite nel diritto convenzionale. Ci sarebbe dunque, «la necessità di rinvenire "controlimitazioni" tali da ridurre le limitazioni di sovranità a dimensioni che non sovvertono le linee fondamentali della costituzione materiale del nostro Paese».

ingenerando l'equivoco che gli organi comunitari abbiano invece il potere di violare le norme costituzionali che non pongono principi fondamentali<sup>23</sup>.

Probabilmente la distrazione dei giudici costituzionali era dovuta alla novità "rivoluzionaria" della sentenza, che ammetteva per la prima volta la possibilità che la Corte interrompesse la vigenza del Trattato di Roma in nome dei principi costituzionali fondamentali: sicché non si badò al fatto che il richiamo delle «controlimitazioni», se poteva avere senso nei confronti del diritto comunitario convenzionale, non poteva averne nessuno nei confronti del diritto comunitario derivato, per il quale invece sarebbe stato corretto rimarcare la sua inidoneità a disporre ulteriori limitazioni di sovranità, ossia ulteriori deroghe al dettato costituzionale interno<sup>24</sup>.

Ma non fu da quel momento, cioè dalla sent. 183/1973, che tutti presero a ragionare come se il giudice costituzionale avesse affermato chiaramente il primato del diritto europeo derivato sul diritto costituzionale interno, salvo i controlimiti. E neppure fu dalla fondamentale sent. 170/1984 (*Granital*), nella quale, in ossequio alla precedente pronuncia, la Corte si limitò a ribadire «come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana». Fu invece la sent. 399/1987 la prima pronuncia ad ammettere esplicitamente la legittima possibilità che il diritto comunitario derivato possa derogare a

---

<sup>23</sup> Equivoco peraltro alimentato dal commento di P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 2418, cui si deve la netta affermazione secondo cui «il sindacato sul rispetto delle controlimitazioni andrà operato anche sui regolamenti comunitari».

<sup>24</sup> Del resto, sarebbe stata una precisazione perfettamente coerente con talune premesse della pronuncia relative al rango della legge di ratifica ed esecuzione del Trattato. Per i giudici costituzionali non era necessario «il ricorso al procedimento di revisione costituzionale per l'approvazione della legge di ratifica e di esecuzione», nel presupposto che la disciplina dell'art. 11 «risulterebbe svuotata del suo specifico contenuto normativo, se si ritenesse che per ogni limitazione di sovranità prevista dall'art. 11 dovesse farsi luogo ad una legge costituzionale». In quanto norma autorizzativa, l'art. 11 consente perciò al legislatore ordinario di spogliarsi di talune sue competenze per attribuirle al legislatore europeo. Ma è palese che una tale autorizzazione non potrebbe certo giustificare che il legislatore nazionale attribuisca al legislatore europeo il potere di modificare la Costituzione: una tale attribuzione di competenza esigerebbe, a rigore, la ratifica del Trattato con legge costituzionale.

norme costituzionali interne (sempre salvo il rispetto dei controlimiti). Infatti nel punto 2 del *considerato in diritto* si legge che «gli organi delle Comunità europee non sono tenuti ad osservare puntualmente la disciplina nazionale e, in particolare, la ripartizione delle competenze pur prevista da norme di livello costituzionale, ma possono emanare, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, disposizioni di differente contenuto: le quali però, come questa Corte ha già avvertito, debbono rispettare i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale nonché i diritti inalienabili della persona umana». Pertanto, fatto salvo il rispetto dei controlimiti, «le norme comunitarie (...), se hanno derogato a disposizioni di rango costituzionale, debbono ritenersi equiparate a queste ultime, in virtù del disposto dell'art. 11 Cost., il quale consente la limitazione della sovranità nazionale al fine di promuovere e favorire organizzazioni internazionali tra cui, com'è *ius receptum*, le Comunità europee».

Come si vede, smentendo nella sostanza il postulato della separazione tra ordinamenti (affermato dalla sent. 170/1984), la pronuncia assegna addirittura rango costituzionale alle norme comunitarie derivate, riconoscendo loro una ben precisa posizione del nostro sistema interno delle fonti. Per giustificare questa conclusione si richiama il fatto che l'art. 11 «consente la limitazione della sovranità nazionale», senza tuttavia aggiungere altro e dando praticamente per scontato che tale

tesi possa trovare ospitalità sotto l'ombrello protettivo della disposizione costituzionale richiamata<sup>25</sup>.

Può ipotizzarsi, allora, che siano gli stessi Trattati ad autorizzare ciò che dall'art 11 non potrebbe trarsi, e, cioè, che sia il diritto europeo primario a consentire al diritto europeo derivato di introdurre ulteriori deroghe al diritto costituzionale interno: in base a questa possibile ricostruzione, l'ordine di esecuzione imporrebbe la vigenza di un Trattato che autorizza gli atti normativi sovranazionali a stabilire eccezioni al diritto costituzionale interno; e quindi, seppure per il tramite indiretto del diritto primario, anche il primato del diritto derivato sul diritto costituzionale interno sarebbe riconducibile sotto l'ombrello protettivo dell'art. 11 Cost.

Senonché, una disamina attenta del TUE, in particolare dell'art. 4(2), non sembra suffragare questa conclusione.

### **9. Il limite dell'«identità costituzionale nazionale»**

Secondo l'art. 4(2) del TUE «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». Con riferimento alla questione se il diritto costituzionale interno sia, nella sua interezza, un limite invalicabile dal diritto europeo derivato sono possibili due interpretazioni alternative della disposizione richiamata.

---

<sup>25</sup> Né può dirsi che la sent. 399/1988 non abbia fatto altro che sviluppare premesse implicite nelle pronunce precedenti, come giustamente osservava F. Sorrentino, *Ammissibilità del conflitto e "cammino comunitario" della Corte. Un passo avanti o due indietro?*, in *Giur. cost.*, 1987, 2818, nel suo commento alla sentenza citata. Inoltre l'Autore rimarcava la «perplexità» che «discende dal riconoscimento di "valore" costituzionale interno al diritto comunitario globalmente considerato»: infatti, «se un qualche rango superlegislativo può riconoscersi al diritto comunitario nascente dai trattati e dagli atti equiparati in ragione del fatto che essi ripartiscono (sempre sulla base dell'art. 11 Cost.) le competenze tra le fonti nazionali e quelle comunitarie, non ne discende certo automaticamente che anche le fonti comunitarie derivate (regolamenti) partecipino della medesima natura superlegislativa». Insomma, «se è ben difficile fondare il valore costituzionale del diritto comunitario primario sulla sua semplice idoneità a derogare a norme della costituzione, ancor più ardua si presenta la dimostrazione, sulla base delle medesime premesse, per il diritto comunitario derivato, la cui autonoma capacità derogatoria di norme costituzionali trova, negli stessi richiamati precedenti della Corte, più smentite che conferme».

La prima interpretazione circoscrive la portata della «identità costituzionale nazionale» ai soli principi fondamentali o supremi. È una lettura che muove da una ben precisa sussunzione concettuale dei termini contenuti nella formula «identità nazionale insita nella (...) struttura fondamentale, politica e costituzionale»: l'aggettivo «costituzionale» è considerato più ampio e comprensivo dell'aggettivo «fondamentale», sicché la «identità nazionale» (che il diritto unionale derivato deve osservare) è quella che risulterebbe dalla “struttura costituzionale fondamentale” e non pure quella che risulterebbe dalla “struttura costituzionale non fondamentale”. Si postula quindi che occorre distinguere tra parti fondamentali e parti non fondamentali delle discipline costituzionali nazionali: e soltanto le prime potrebbero condizionare la validità del diritto europeo derivato.

Tuttavia è praticabile pure una seconda interpretazione, che ricostruisce in modo esattamente rovesciato il rapporto tra i due aggettivi «fondamentale» e «costituzionale», presumendo cioè che il primo sia più generale e comprensivo del secondo. In questo modo il limite della «identità nazionale» corrisponde non alla “struttura costituzionale fondamentale”, ma – con più fedeltà al testo – alla «struttura fondamentale, politica e costituzionale»: l'aggettivo «costituzionale» (insieme all'aggettivo «politica») specifica il concetto di «struttura fondamentale», nel senso che questa deve intendersi come sinonimo di “struttura costituzionale” (oltre che di “struttura politica”). Ne discende dunque che il legislatore sovranazionale non può violare l'identità nazionale intesa come struttura costituzionale di uno Stato membro: è un'interpretazione che eleva a limite delle norme europee l'assetto costituzionale complessivo di ciascun paese membro.

Delle due interpretazioni, è la seconda quella più rispettosa sia della formulazione testuale dell'art. 4(2) TUE, sia del canone ermeneutico della interpretazione conforme a Costituzione. Certo, può essere dubbio che la Corte europea di giustizia debba interpretare le disposizioni del TUE in senso conforme ai documenti costituzionali nazionali, ma è fuor di dubbio che, dal nostro punto di vista *interno*, dell'ordinamento italiano, le disposizioni pattizie devono essere rispettose del dettato costituzionale, sicché s'impone il canone di interpretazione costituzionale conforme.

Alla luce di queste considerazioni si chiarisce, altresì,

quale debba essere il riparto dei compiti tra i giudici nazionali, il giudice europeo e la Corte costituzionale.

Se il giudice nazionale dubita che il diritto europeo derivato sia in contrasto con norme costituzionali perché introduce eccezioni al dettato costituzionale ulteriori rispetto a quelle disposte dai trattati, dovrà operare un rinvio pregiudiziale alla Corte europea di giustizia, chiedendo un controllo di validità sulla norma in oggetto ai sensi dell'art. 4(2) del TUE. Infatti il giudizio sulla validità del diritto europeo derivato non può che competere, secondo quanto stabilito dal Trattato, alla Corte del Lussemburgo: ciò è perfettamente coerente con la logica del diritto internazionale pubblico. Gli Stati, cioè, hanno convenuto di devolvere a un'apposita istanza giurisdizionale le controversie relative al rispetto del Trattato e, di conseguenza, in questo caso non possono essere le autorità giurisdizionali interne ovvero altra autorità nazionale a sindacare le violazioni del diritto internazionale pattizio.

Se la Corte europea di giustizia respinge il dubbio di invalidità prospettato dal giudice nazionale, vuol dire che non c'è un problema di rispetto del diritto internazionale pattizio: il problema allora diventa un altro, quello della compatibilità dello stesso diritto internazionale pattizio (per come interpretato e applicato dalla Corte del Lussemburgo) col diritto costituzionale nazionale e, in particolare, con l'art. 11 Cost. La questione può riassumersi nei seguenti termini: la legge poteva legittimamente ordinare l'esecuzione di un trattato che autorizza un legislatore sovranazionale a violare le norme costituzionali italiane? Una siffatta questione non è più, evidentemente, di competenza degli organi sovranazionali istituiti dal trattato, perché è uno schietto problema di diritto costituzionale interno, per ciò stesso riservato alla cognizione del giudice costituzionale nazionale: la Corte di Lussemburgo non può sindacare la validità costituzionale dell'ordine di esecuzione del trattato, poiché può assumere il suddetto trattato solo come parametro e non pure come oggetto del controllo rimesso alla sua competenza. Così come deve escludersi che i giudici nazionali possano sindacare in via definitiva la validità convenzionale del diritto derivato, parimenti deve escludersi che il giudice europeo possa sindacare la validità (per il diritto interno) del diritto convenzionale che fonda la sua esistenza e che disciplina le sue funzioni. Il diritto dei trattati non è legittimo per il nostro ordinamento interno se è in contrasto con la Costituzione, in

particolare se eccede l'autorizzazione disposta dall'art. 11: e tale questione di legittimità non può essere attratta dentro l'orbita giuridica sovranazionale per essere trattata come se fosse un problema di diritto europeo. Per questa ragione non è possibile alcuna «europeizzazione dei controlimiti»<sup>26</sup>.

In base alla ricostruzione qui proposta il rispetto dei c.d. controlimiti non potrà opporsi al diritto europeo derivato, poiché questo è rimesso al controllo della Corte europea di giustizia e poiché, secondo il nostro diritto costituzionale interno e (sostituirei nonché: allitterazione con i due poiché precedenti) secondo lo stesso TUE, tutte le norme costituzionali, e non solo talune, sono sottratte alla disponibilità del diritto eurounitario derivato. Il problema del rispetto dei controlimiti si pone invece per il diritto europeo convenzionale, il quale è escluso che possa disporre «limitazioni di sovranità» non consentite dal nostro ordinamento costituzionale: e tra le limitazioni di sovranità non consentite figurano quelle che pregiudicherebbero l'attuazione di principi fondamentali come i diritti inviolabili e altre norme obiettive di giustizia, fermo restando che comunque l'art. 11 consente solo le limitazioni di sovranità previste dal diritto pattizio, cioè quelle volontariamente assunte dagli organi costituzionali nazionali, soprattutto attraverso l'ordine legislativo di esecuzione, con l'esclusione pertanto di quelle limitazioni di sovranità che provengono da fonti diverse e che non sono quindi il prodotto immediato di una autolimitazione volontaria degli organi costituzionali nazionali.

#### **10. Il diritto dell'UE gode di piena «interpretive autonomy»?**

L'ordinamento UE non ha una *Kompetenz-Kompetenz* nel senso pregnante del termine, poiché non dispone sovranamente delle sue competenze (nel senso che non le determina, né quindi può ampliarle). È infatti soggetto al “principio di attribuzione”, nel senso che gli organi sovranazionali possono esercitare solo le competenze attribuite dai Trattati, i quali a loro volta sono vigenti per effetto della legge interna che ne ordina l'esecuzione.

---

<sup>26</sup> *Contra* A. Ruggeri, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2006.

Ciò detto, dobbiamo chiederci se invece sia possibile riconoscere all'ordinamento europeo una *Kompetenz-Kompetenz* di tipo giurisdizionale, cioè se abbia una «strong interpretive autonomy», ossia il potere di interpretazione ultima in ordine al contenuto e alla estensione delle competenze attribuite<sup>27</sup>.

Le tesi alternative sono essenzialmente due. Il primo approccio muove dalla questione «whether only Community institutions are competent to interpret Community law, including the European Treaties themselves (strong interpretive autonomy) or whether the Member States have some say in that matter (weak interpretive autonomy)», per giungere alla conclusione che «general international law does not provide any guidance on this question»<sup>28</sup>. Insomma, in base al diritto internazionale generale – secondo l'opinione riportata – la questione se l'ultima parola circa l'interpretazione e l'applicazione del diritto europeo spetti a organi dell'ordinamento sovranazionale ovvero a organi degli Stati membri sarebbe irresolubile.

Il secondo approccio rovescia la conclusione del primo, ammettendo, per certi versi, il fenomeno della «europeizzazione dei controlimiti». Sono paradigmatiche in tal senso le tesi di Joseph Weiler<sup>29</sup>, per il quale la *Kompetenz-Kompetenz giurisdizionale* della Corte di giustizia è perfettamente coerente con la logica del diritto internazionale pubblico, considerato che «il diritto internazionale non concederebbe certo agli Stati, presi singolarmente, il diritto di avere l'ultima parola sulle questioni riguardanti le competenze di un'organizzazione internazionale, proprio come non concederebbe tale strumento decisivo ad uno Stato su qualsiasi aspetto del trattato a cui avesse aderito (...) Tutt'al più, gli Stati membri dell'Unione, agendo all'unanimità, seguendo, generalmente, la procedura di revisione prevista dal trattato, possono determinare, emendare e modificare i trattati, inclusa

---

<sup>27</sup> Problema sollevato da T. Schilling, *The Autonomy of the Community Legal Order. An Analysis of Possible Foundations*, in *Harvard International Law Journal*, n. 37, 1996, 389 ss., leggibile pure su [www.jeanmonnetprogram.org](http://www.jeanmonnetprogram.org).

<sup>28</sup> T. Schilling, *op. cit.*

<sup>29</sup> Illustrate in J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe* (1999), trad. ital. *La Costituzione dell'Europa*, il Mulino, Bologna, 2003, 391-449.

la portata delle competenze»<sup>30</sup>. E a maggior ragione, se «un trattato istituisce una procedura per la soluzione vincolante di controversie, e in particolare organi giudiziari, l'autointerpretazione è giuridicamente ridotta al silenzio», tanto più che «la risoluzione vincolante ottenuta in via giudiziaria risulterebbe svuotata di significato se gli Stati soggetti a tali procedure fossero, poi, giuridicamente liberi di ricorrere alla "autointerpretazione" di ignorare la decisione del tribunale internazionale»<sup>31</sup>.

### **11. Diritto internazionale pubblico vs diritto costituzionale interno**

Per ammissione degli stessi partecipanti al dibattito, il confronto si svolge interamente sul piano del diritto internazionale pubblico e non su quello del diritto costituzionale (interno). Ma anche se l'interpretazione dei Trattati istitutivi dell'UE, correttamente condotta secondo le regole del diritto internazionale, non consente il potere di autointerpretazione degli Stati membri, non si capisce che rilievo possa avere questa conclusione ai fini del diritto costituzionale nazionale.

È sempre possibile, infatti, una dissociazione tra diritto internazionale e diritto pubblico statale. Il primo postula la regola secondo cui le volontà statali che convergono nella conclusione di un trattato generano obblighi internazionali vincolanti per le parti contraenti, ma non si pone il problema giuridico se tali volontà statali si siano formate in modo costituzionalmente corretto; non distingue tra volontà statali costituzionalmente legittime e illegittime, sicché pure le seconde potrebbero essere alla base di trattati, con quel che ne consegue sotto il profilo della responsabilità internazionale dello Stato in caso di inadempimento degli obblighi pattizi<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> J.H.H. Weiler, *op. cit.*, 398.

<sup>31</sup> *Ibidem*, 418, 420.

<sup>32</sup> A tale proposito vengono in rilievo due disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. L'art. 26 dispone che «una parte non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato». Ma ai fini del nostro problema è indubbiamente più calzante la previsione dell'art. 46, secondo cui «il fatto che il consenso di uno Stato ad essere vincolato da un trattato sia stato espresso violando una disposizione del suo diritto interno concernente la competenza a concludere trattati, non può essere invocato da tale Stato per infirmare il proprio consenso, a meno che tale violazione non sia stata manifesta e non concerna una norma di importanza

Pertanto la regola *pacta sunt servanda*, se anche è produttiva di obblighi e responsabilità internazionali, non potrebbe comunque fondare, sul piano giuridico interno, la vincolatività di trattati che per il diritto costituzionale non potevano essere legittimamente conclusi<sup>33</sup>. Ad esempio, l'art. 11 della nostra Costituzione consente solo le «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», cosicché non sarebbe certo valido, sul piano costituzionale interno, un trattato che trasferisse stabilmente competenze legislative in favore di un'organizzazione internazionale costituita per fini che contrastassero coi valori della «pace e della giustizia fra le Nazioni» (per esempio, un'organizzazione che perseguisse l'obiettivo di un'espansione coloniale militare, con la conseguente creazione di strutture di governo autoritarie nei territori occupati).

In definitiva, quello che può essere legittimo e obbligante sul piano del diritto internazionale pubblico potrebbe invece essere invalido e nient'affatto vincolante sul piano del diritto pubblico statale. Di qui il grave dilemma se debba riconoscersi il primato del primo ovvero del secondo<sup>34</sup>: un dilemma che si

---

fondamentale del proprio diritto interno»; e ancora, sempre l'art. 46 precisa che «una violazione è manifesta quando essa appaia obiettivamente evidente ad ogni Stato che si comporti, in materia, in base alla normale prassi ed in buona fede». Ebbene, va detto che per le loro caratteristiche naturali di complessità le questioni di legittimità costituzionale delle leggi di esecuzione (e delle leggi, in genere) raramente sono annoverabili tra le «violazioni manifeste» cui si riferisce l'art. 46; e in ogni caso un'eventuale pronuncia di incostituzionalità che colpisse una legge di esecuzione difficilmente individuerebbe un vizio di costituzionalità «obiettivamente evidente ad ogni Stato che si comporti, in materia, in base alla normale prassi e buona fede», cioè difficilmente potrebbe essere condivisa, senza obiezioni, dalle altre parti contraenti il trattato, sicché – anche alla luce della Convenzione di Vienna – rimane aperta e fisiologica la possibilità di un conflitto irresolubile tra diritto internazionale pattizio e diritto costituzionale interno. In tema di responsabilità internazionale per violazione del diritto comunitario vedi R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 315-345.

<sup>33</sup> Così come non potrebbe giustificare la vincolatività interna di decisioni e pronunce da parte di organi sovranazionali, che pur conformi al diritto pattizio siano tuttavia lesive delle regole costituzionali nazionali.

<sup>34</sup> A mo' di precisazione, faccio presente che non intendo certo proporre l'alternativa tra il primato della sovranità statale e il primato dell'ordinamento internazionale. Il fulcro della mia ricostruzione non è il

ripropone esattamente in questi termini allorquando ci si interroga sulla questione se il potere di interpretazione ultima della portata delle competenze sovranazionali – ossia il potere di vigilare sul rispetto del principio di attribuzione – spetti alla Corte di giustizia ovvero ai tribunali costituzionali nazionali<sup>35</sup>.

Infatti, quando la Corte di giustizia esercita il potere di interpretazione ultima delle disposizioni pattizie in ordine al riparto di competenza tra l'ordinamento europeo e quelli nazionali, si pronuncia indirettamente anche sulla estensione o intensità delle «limitazioni di sovranità» consentite dal dettato costituzionale nazionale: e quanto più estensiva sarà l'interpretazione delle competenze europee tanto maggiore sarà il limite posto a carico di quelle nazionali. Poiché il Trattato deroga alle norme costituzionali sulla produzione normativa, chi ha l'ultima parola sull'interpretazione del Trattato decide altresì quanto debbano considerarsi ampie le deroghe al dettato costituzionale, con ciò condizionando l'interpretazione costituzionale che, a diritto, dovrebbe competere ai tribunali costituzionali nazionali.

Non può esserci pertanto una perfetta separazione ed equiordinazione tra il compito della Corte del Lussemburgo e quello delle corti costituzionali, poiché il potere di stabilire, in via interpretativa, l'ampiezza delle deroghe pattizie al diritto costituzionale interno si traduce nel potere di vincolare il modo in cui si devono interpretare le costituzioni nazionali. Bisogna chiedersi allora se i tribunali costituzionali possano accettare il metodo dell'interpretazione costituzionale conforme ai Trattati (per come questi sono interpretati dalla Corte di giustizia) o se invece sia più naturale che affermino l'obbligo di interpretazione dei Trattati conforme a Costituzione.

L'alternativa è una di quelle cui non si può sfuggire: o

---

concetto di sovranità caratteristico di antiche costruzioni del diritto pubblico statale (la cui fondatezza o infondatezza è tema troppo complesso per essere svolto in questa sede); e non è quindi l'idea che lo Stato possa, conservando sempre immutata la propria libertà e sovranità, auto-limitarsi e revocare la propria auto-limitazione. Al contrario, la base del mio discorso è l'idea di una sovranità statale non già libera e incondizionata, bensì vincolata da prescrizioni costituzionali.

<sup>35</sup> Per una diversa impostazione vedi A. Pace, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, Relazione al seminario su "Diritto comunitario e diritto interno", tenuto presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007, 11-12, 6 del *paper*, il quale sostiene che la competenza giurisdizionale in esame appartiene senz'altro alla Corte di giustizia in via esclusiva.

prevale il punto di vista della Corte costituzionale su quali deroghe la Costituzione consente (e quali esclude) o prevale il punto di vista della Corte europea su quali deroghe il diritto europeo pattizio pone a carico della Costituzione. Nel primo caso è l'interpretazione della Costituzione a guidare l'interpretazione dei Trattati, nel secondo è l'interpretazione dei Trattati a guidare l'interpretazione della Costituzione. Nel primo caso il primato è della Corte costituzionale, nel secondo è della Corte europea di giustizia. Ma il primato dell'una autorità giurisdizionale sull'altra e, a ben vedere, il primato di un ordinamento sull'altro. Ecco perché la questione su chi debba vigilare circa il rispetto del principio di attribuzione non è di quelle che possano decidersi solo in base al diritto internazionale pubblico, come se esulasse dalla materia costituzionale interna.

## **12. Chi vigila sul principio di attribuzione?**

Giunti fin qui, la grande domanda è la seguente: a chi spetta l'ultima parola sul principio di attribuzione? Alla Corte di giustizia oppure alla Corte costituzionale? È l'ordinamento europeo a definire l'interpretazione corretta delle proprie attribuzioni (mediante le pronunce di un proprio organo giurisdizionale) o è invece l'ordinamento nazionale a definire l'interpretazione costituzionale corretta delle proprie limitazioni (mediante le sentenze di un proprio organo giurisdizionale)?

Una soluzione salomonica parrebbe quella di ripartire i compiti in modo da riservare alla Corte del Lussemburgo il principio di attribuzione e alla Corte costituzionale i controlimiti, cioè i principi supremi dell'ordinamento costituzionale interno, nel senso che la prima non dovrebbe poter interpretare le attribuzioni europee in modo così esteso da implicare lesioni del nucleo profondo dell'identità costituzionale nazionale. È una divisione del lavoro in base alla quale la Corte costituzionale non potrebbe censurare la violazione in sé del principio di attribuzione, ma solo quelle che ridondassero in violazioni dei controlimiti, coll'onere di indicare precisamente le norme costituzionali fondamentali violate. È noto che è proprio questa, ad oggi, la "dottrina" seguita dalla nostra Corte costituzionale: una posizione indubbiamente più moderata rispetto a quella del tribunale costituzionale tedesco, che in più occasioni ha rivendicato la propria competenza in ordine allo stesso principio

di attribuzione<sup>36</sup>. Ma non è affatto detto che l'orientamento più corretto sia quello italiano anziché quello germanico o che non ci siano criteri obiettivi per scegliere tra l'uno e l'altro. Può darsi che l'attivismo di Karlsruhe e il *self-restraint* della Consulta poggino su sensibilità "politiche" diverse in ordine all'integrazione europea e al rapporto tra ordinamenti, ma ciò non ci esime dal prendere posizione sulla fondatezza dell'uno o l'altro orientamento secondo criteri e principi giuridici: non possiamo liberarci dal dilemma sostenendo che la scelta non potrebbe che essere solamente "politica".

Se teniamo fermo che le «limitazioni di sovranità» ex art. 11 Cost. sono costituzionalmente legittime solo se derivano da un atto legislativo interno (la legge di esecuzione del Trattato) che dispone una sorta di "autolimitazione" delle competenze legislative interne, e quindi una deroga alle norme costituzionali sulla produzione normativa, è chiaro – a mio avviso – a chi dovrebbe spettare il potere di decidere (in via interpretativa) quanto a fondo possa spingersi quest'autolimitazione. Qui entra in gioco la vecchia (ma ancora attuale) questione se la forza derogatoria delle norme costituzionale sia da imputarsi alla legge di esecuzione ovvero allo stesso contenuto normativo del Trattato: questione che, come si è detto, è semplicemente risolvibile in favore della prima ipotesi, visto che senza legge di esecuzione il trattato non potrebbe certo trovare applicazione nell'ordinamento interno. Il principio di attribuzione è, dunque, *in ultima istanza*, un problema di interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina legislativa interna, che è la sola abilitata a fondare le attribuzioni europee e a derogare alle norme costituzionali sulla competenza.

Si obietterà che è la stessa legge di esecuzione a rinviare al potere di interpretazione ultima della Corte di giustizia. È quanto si evince dagli artt. 263 e 267 del TFUE, ove peraltro si prevede per le giurisdizioni nazionali di ultima istanza *l'obbligo*

---

<sup>36</sup> Come osserva D. Murswiek, *Partecipazione della Germania all'integrazione europea e poteri di controllo dello stato tedesco attraverso il Bundervassungsgericht*, in N. Zanon (a cura di), *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2015, 115, 117, il tribunale costituzionale tedesco «trattiene a sé la competenza a ricorrere al controllo su atti normativi e altri provvedimenti degli organi EU, ovvero se essi si siano mantenuti nei confini delle loro circoscritte competenze o siano da queste fuoriusciti». Si tratta, come è palese, di «Ultra-vires-Kontrolle», cioè «il Bundesverfassungsgericht verifica se un organo EU ha oltrepassato le sue competenze, ovvero se ha agito *ultra vires*». {*BVergGE* 89, 155 (188)}.

del rinvio pregiudiziale sull'interpretazione dei Trattati e sulla validità del diritto europeo secondario. I giudici nazionali dovrebbero, pertanto, in base allo stesso dettato legislativo interno (che incorpora le norme del TFUE), astenersi dall'esercitare un controllo *finale* sull'esercizio *ultra vires* delle competenze attribuite all'Unione, lasciando l'ultima parola alla Corte di giustizia? Ciò sarebbe perfettamente compatibile col diritto internazionale pubblico, ma il punto è se sia compatibile col diritto costituzionale interno: cioè, se la legge di esecuzione, che importi deroghe alle norme costituzionali, possa validamente affidare il controllo ultimo sulla portata di tali deroghe a un'autorità giurisdizionale sovranazionale. È costituzionalmente legittimo che la legge di esecuzione autorizzi lo stesso ordinamento europeo a decidere in modo ultimativo sul rispetto delle proprie attribuzioni e, di conseguenza, sull'ampiezza delle deroghe al diritto costituzionale?

### **13. Il caso *Taricco* e il principio di attribuzione come controlimite**

In parte si è già risposto con riguardo al diritto europeo derivato. Se questo non è attuazione legittima di deroghe alle competenze costituzionali previste dal diritto primario pattizio ma è invece introduttivo di deroghe ulteriori al dettato costituzionale, cioè nuove o ampliative rispetto a quelle disposte dai Trattati, allora siamo fuori dal principio di attribuzione e, nonostante il diverso orientamento della Corte di giustizia (che potrebbe riconoscere piena validità a tali deroghe ulteriori), le autorità giurisdizionali nazionali possono e debbono reagire per ripristinare la primazia del diritto costituzionale interno sul diritto europeo derivato.

Ma il caso *Taricco* è parzialmente diverso. Qui il problema non è il carattere *ultra vires* e incostituzionale del diritto derivato, poiché la disciplina di cui la Corte di giustizia pretende il rispetto fa parte del diritto europeo primario. I giudici lussemburghesi argomentano, infatti, la necessità di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. in virtù del loro contrasto con l'art. 325 TFUE, laddove dispone che «l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure (...) che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione»; e che «gli Stati

membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari». A giudizio di molti<sup>37</sup> in questo caso alla applicazione dell'art. 325 TFUE e alla conseguente disapplicazione della disciplina legislativa interna, relativa a termini prescrizionali massimi, osterebbe la riserva di legge in materia penale ex art. 25, comma secondo, Cost. Come si vede, è richiamata in modo puntuale una disposizione costituzionale quale controlimite al diritto europeo (primario): il dibattito, pertanto, si focalizza sulla questione se tale disposizione individui veramente un principio supremo – il che parrebbe invero scontato – e soprattutto sulla questione se la disciplina *procedurale* relativa a termini prescrizionali massimi ricada dentro l'ombrello protettivo della riserva di legge penale (dal momento che può ipotizzarsi che questa riguardi solo i profili *sostanziali* della disciplina, relativi alla determinazione delle fattispecie incriminatrici).

Tuttavia la questione potrebbe impostarsi pure in un altro modo, prescindendo dalla presunta violazione dell'art. 25, comma secondo, Cost. È noto che le pronunce della Corte europea di giustizia sono considerate alle stregua di fonti del diritto, vincolanti *erga omnes*<sup>38</sup>: anche per esse, quindi, come per qualsiasi altra fonte del diritto europeo derivato, può porsi il problema se siano *ultra vires* e, di conseguenza, lesive del principio di attribuzione. Nel caso di specie il dubbio è se la sentenza della Corte lussemburghese in oggetto, resa in occasione di un rinvio pregiudiziale di interpretazione, sia rispettosa della dottrina dell'effetto diretto: dubbio che appare, *ictu oculi*, fondato, considerato che non ricorre praticamente nessuna delle condizioni cui dovrebbe essere subordinata la produzione di effetti diretti.

Infatti non pare che l'art. 325 TFUE esprima una norma chiara, precisa e, soprattutto, non condizionata: invero ha più la

---

<sup>37</sup> Ma non di tutti, come dimostra l'orientamento manifestato da una parte della dottrina penalistica, su cui vedi, per tutti, F. Viganò, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 settembre 2015.

<sup>38</sup> Per quanto riguarda la nostra giurisprudenza costituzionale il riconoscimento delle sentenze interpretative della Corte lussemburghese come fonti normative è esplicito nelle sentt. 113 del 1985 e 389 del 1989.

struttura di una classica norma programmatica<sup>39</sup>. Non per caso è richiamata solo per inibire l'applicazione degli artt. 160 e 161 c.p., e non certo al fine di enucleare una regola del caso concreto, che sia applicabile direttamente e in alternativa alla disciplina nazionale. Inoltre la sua applicazione non è contestuale e connessa al riconoscimento di un diritto soggettivo in capo a un singolo individuo che abbia interesse a ottenere l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale<sup>40</sup>: il solo interesse che viene in rilievo, in questo caso, è l'interesse finanziario dell'UE alla percezione della quota di IVA dovuta.

Si obietterà che è la stessa Corte di giustizia ad avere elaborato la dottrina dell'effetto diretto; che è perciò la Corte stessa a dover vigilare sulle condizioni della sua applicazione; e che, infine, non può escludersi la possibilità che i giudici lussemburghesi imprimano un'evoluzione ulteriore al loro orientamento, ampliando le ipotesi in cui poter riconoscere effetti diretti alla disciplina comunitaria. Si dà il caso però che, pur essendo un'elaborazione originale della Corte di giustizia, la dottrina dell'effetto diretto, intesa nei termini sopra riportati, non è *solo* una dottrina del giudice europeo, ma è *anche* una dottrina della Corte costituzionale italiana<sup>41</sup>. Integra cioè il modo in cui il nostro giudice costituzionale concepisce le «limitazioni di sovranità» che sono consentite ai sensi dell'art. 11 Cost. È dunque parte di un orientamento complessivo di interpretazione costituzionale circa il modo corretto di intendere il rapporto tra assetto costituzionale delle competenze nazionali e deroghe previste dal diritto europeo<sup>42</sup>. Se la Corte di giustizia ascrive al

---

<sup>39</sup> Anche R. Calvano, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in [Federalismi.it](#), n. 1/2016, 8, definisce l'art. 325 TFUE come una «norma di principio», per ciò stesso «di difficile applicazione al caso concreto».

<sup>40</sup> Sul punto vedi le osservazioni di R. Bin, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirme fuori?*, Intervento al Convegno "Controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali", tenutosi a Ferrara il 7-8 aprile 2016.

<sup>41</sup> Da questa dottrina dipende, peraltro, la distinzione tra i diversi casi di incompatibilità tra diritto europeo e diritto interno: nel senso che quando la norma comunitaria è provvista di effetto diretto il rimedio è la non applicazione della disciplina nazionale e la diretta applicazione giudiziale di quella europea, mentre il rimedio è il sindacato di costituzionalità della norma interna quando alla disposizione comunitaria non può riconoscersi effetto diretto.

<sup>42</sup> Infatti, il potere del giudice nazionale di disapplicare (o non applicare) la legge nazionale contrastante con la norma comunitaria

diritto europeo un effetto diretto in relazione a condizioni diverse rispetto a quelle riconosciute dalla Corte costituzionale, quest'ultima potrebbe eccepire che l'orientamento del giudice lussemburghese non rientra tra le «limitazioni di sovranità» che debbono ritenersi legittime ai sensi dell'art. 11 Cost. A ben vedere, il principio leso sarebbe proprio quello di attribuzione, prima ancora che la riserva di legge penale.

Certo, pure il principio di cui all'art. 25, comma secondo, Cost., se inteso alla luce della giurisprudenza costituzionale, cioè in modo comprensivo sia degli aspetti sostanziali che procedurali della disciplina penale, è indubbiamente un controlimite che inficia il *dictum* della Corte di giustizia; e la sua invocazione, pertanto, non potrebbe che rafforzare sul piano della motivazione un'eventuale declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione.

Tuttavia, a ben vedere, è la violazione del principio di attribuzione il principale vizio di costituzionalità. Può eccepirsi che tale controlimite generale non potrebbe invocarsi di per sé quale parametro del giudizio di costituzionalità e che quindi occorrerebbe indicare in modo puntuale la norma costituzionale violata. Ritengo però che questo sia un falso problema, per le ragioni che seguono. Come ho detto, la violazione del principio di attribuzione si produce ogniqualvolta gli organi dell'ordinamento UE esorbitano dalle competenze legislative, giurisdizionali e in genere decisionali che sono attribuite dal Trattato: tali competenze, infatti, avendo carattere derogatorio rispetto al dettato costituzionale, si traducono in corrispondenti compressioni di competenze interne previste dal diritto costituzionale nazionale. Quindi è sempre possibile rinvenire per ogni lesione del principio di attribuzione la corrispondente violazione di una disciplina costituzionale interna, nel senso che sarebbe compressa e derogata più di quanto consentito.

Ad esempio, nel caso Taricco è l'art. 101 Cost., nella parte in cui stabilisce la soggezione dei giudici soltanto alla legge, a segnalare la violazione del principio di attribuzione: come ho detto, il Trattato (anche per come interpretato dalla Corte di giustizia) introduce una deroga a tale previsione costituzionale, stabilendo che i giudici nazionali debbono disapplicare (o non

---

suscettibile di effetto diretto rientra proprio tra le deroghe all'ordine costituzionale delle competenze, previste dal Trattato: in particolare, è una deroga all'art. 101 Cost., secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge.

applicare) la legge nazionale che contrasti col diritto europeo *self-executing*. Ma il limite di questa deroga al nostro diritto costituzionale sarebbe, evidentemente, forzato qualora si pretendesse che i giudici nazionali disapplicino la norma legislativa interna in nome di norme comunitarie sprovviste di effetto diretto: infatti, in assenza di norme europee *self-executing* la portata normativa dell'art. 101 Cost. si riepande e ritorna la soggezione del giudice alla legge, dalla quale può liberarsi solo mediante la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale.

Il principio di attribuzione è, in definitiva, un controlimite costituzionale *generale* al primato del diritto europeo, per il quale può sempre rintracciarsi la violazione di una norma costituzionale *particolare*. È peraltro una conclusione che il nostro ordinamento farebbe propria con oltre vent'anni di ritardo rispetto al tribunale costituzionale tedesco<sup>43</sup>. Ma in questo caso suona opportuno il detto: *meglio tardi che mai*.

\*\* Ordinario di Diritto costituzionale. Università di Sassari.

---

<sup>43</sup> Mi riferisco soprattutto alla sentenza "Maastricht" del 1993.