

Primato del diritto sovranazionale *versus* identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti")*

Antonio Ruggeri

(9 aprile 2016)

(in corso di pubblicazione in "Lo Stato")

SOMMARIO: 1. Gli introvabili controlimiti e limiti alla sovranità, in prospettiva assiologicamente orientata, nelle esperienze di diritto interno come pure in quelle al piano delle relazioni interordinamentali. – 2. L'"inesistenza" di norme internazionali incompatibili con i principi fondamentali, secondo Corte cost. n. 238 del 2014: una soluzione valevole altresì per i casi di superamento dei controlimiti da parte delle norme dell'Unione? – 3. L'integrazione della prospettiva eurounitaria e di quella costituzionale, la incessante ridefinizione della identità costituzionale per effetto delle operazioni di bilanciamento tra il principio di apertura nei riguardi del diritto internazionale e sovranazionale e i principi fondamentali restanti, il carattere condizionato dei controlimiti alla luce del canone della massimizzazione della tutela. – 4. *Controlimiti in senso formale* e *controlimiti in senso sostanziale*, esposti gli uni alla luce del sole, fatti valere gli altri per vie sotterranee, a mezzo di manipolazioni sostanziali dei testi di legge o di pronunzie dei giudici (specie europei) per via d'interpretazione. – 5. Al tirar delle somme: primato e (ed è), non già *versus*, identità.

1. *Gli introvabili controlimiti e limiti alla sovranità, in prospettiva assiologicamente orientata, nelle esperienze di diritto interno come pure in quelle al piano delle relazioni interordinamentali*

L'idea di "controlimite", nelle sue prime elaborazioni teoriche al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale, si presenta – come si sa – strettamente ed inscindibilmente legata a quella di sovranità, allo stesso tempo rimandando, per opposizione, a quella di "limite" (e, naturalmente viceversa). Con la seconda, la sovranità si contrae, con la prima si espande: due movenze, dunque, speculari o – se si vuole – due profili inautonomi di un solo, composito fenomeno. In un caso e nell'altro, punto costante di riferimento sono i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale¹ che – come si sa –, secondo

* Relazione al Convegno su *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Ferrara 7-8 aprile 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ ... e – tiene a chiarire la giurisprudenza costituzionale (part., sent. n. 183 del 1973 e succ.) – "i diritti inalienabili della persona umana" che, tuttavia – come si è fatto più volte notare – entrando a comporre uno dei principi suddetti, possono farsi pianamente riportare all'unico limite costituito da questi ultimi. Volendo, potrebbe dirsi che lo stesso riferimento ai principi sia pleonastico, ovverosia che si tratti della mera esplicitazione di ciò che è ovvio, non ammettendosi – per una dottrina assai risalente ed ancora oggi accreditata – nessuna possibile incisione da parte di qualsivoglia atto espressivo di potere costituito di norme che sono, in tesi, l'espressione più immediata e qualificante del potere costituente. Con la conseguenza che ammettere che il primato del diritto sovranazionale possa spingersi fino al punto di travolgere gli stessi principi equivarrebbe a riconoscere che si sia in presenza di un potere costituente europeo *in progress*. Una conseguenza che, tuttavia, non terrebbe conto del fatto che, trasposta l'idea di potere costituente dall'ambito dello Stato nazionale in cui è storicamente maturata nella dimensione europea, essa assume forma e contenuti originali, sì da potersi ammettere che per effetto dell'esercizio del potere stesso possa venire alla luce (se già non è venuto...) un ordine costituzionale dotato di connotati suoi propri, in seno al quale sia raccolta, preservata e viepiù promossa la tradizione liberale che ha la sua cifra più immediatamente caratterizzante ed espressiva appunto nella salvaguardia dei diritti fondamentali (alcune notazioni anticipatrici nel senso ora indicato possono, volendo vedersi nel mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2014, 1 ss.).

Ora, senza evocare qui scenari e loro raffigurazioni teoriche, che rimandano all'idea di una Costituzione europea già affermata o in via di affermazione, si vedrà a momenti che sono da rivedere le stesse premesse su cui poggiano

una tesi largamente diffusa ed accreditata, posseggono l' idoneità a resistere alla revisione costituzionale e, in genere, ad ogni innovazione che non sia forzosa, eversiva dell'ordine costituito: principi, dunque, che fanno ed esprimono l'identità costituzionale *assiologicamente intesa*², al cui servizio pertanto la sovranità si dispone, in essa rinvenendo la sua ragione d'essere, la giustificazione e il fine³.

Il rispetto dei principi⁴ si spiega e proietta, dunque, ad ogni piano, sia esterno che interno⁵. La sua osservazione nelle esperienze di diritto interno, pur non essendo di specifico interesse in questa sede⁶, merita ugualmente un cenno. Non è, infatti, senza significato la circostanza per cui anche nel corso dello svolgimento di siffatte esperienze il limite dei principi, che in buona sostanza è quello stesso dei "controlimiti", pur essendo ampiamente e vigorosamente predicato, non sia stato fatto in concreto valere⁷: al pari dell'araba fenice della tradizione, si sa che esso c'è e che deve esservi ma non si sa dove sia; quanto meno, non se ne rinviene esplicita traccia nella giurisprudenza costituzionale, il più eloquente indice delle quotidiane conversioni del diritto *vigente in vivente*⁸.

le indicazioni appena date, specificamente per la parte in cui si riferiscono al rapporto, complesso e fluido nelle sue concrete movenze, che s'intrattiene e svolge tra il primato del diritto dell'Unione e i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

² Non indugio qui sulla vessata questione concernente la distinzione tra valori e principi fondamentali dell'ordinamento (a riguardo della quale, di recente, L. MEZZETTI, *Teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015, 1 ss.); sta di fatto, nondimeno, che al piano positivo i valori stessi, per comune riconoscimento, hanno la loro più immediata e genuina proiezione e fedele rappresentazione appunto per il tramite dei principi, che li disvelano e servono *magis ut valeant*, alle condizioni oggettive di contesto.

³ Finemente argomentata la tesi secondo cui la stessa sovranità, nello Stato costituzionale, richiede una profonda rigenerazione semantica, a mezzo della sua "desoggettivizzazione" e ambientazione al piano assiologico-sostanziale, appuntandosi sui valori fondamentali dell'ordinamento (G. SILVESTRI, *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005 e, ora, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1/2015, 57 ss., sul cui pensiero, di recente, L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLOSI, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in www.forumcostituzionale.it, 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*).

⁴ Utilizzo d'ora innanzi, per brevità, il solo sostantivo, senza corredo dell'aggettivo che li qualifica, considerando implicitamente riferito al primo.

⁵ A quest'ultimo, di contro, è stata, ancora da ultimo, prospettata (da R. GUASTINI, *I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana*, in [ConsultaOnline](http://ConsultaOnline.it), 1/2016, 16 marzo 2016, 153 ss. e spec. 165) la tesi secondo cui nessuna alterazione dell'identità costituzionale si avrebbe in presenza di revisioni adottate nel rispetto delle procedure al riguardo stabilite dalla stessa Carta costituzionale, l'affermazione di un nuovo ordine costituzionale riconoscendosi appunto per il mero fatto della inosservanza delle procedure medesime. Ma è tesi che – come si sa – è decisamente contestata dalla dottrina pressoché unanime, decisamente orientata ad ambientare il riconoscimento della identità costituzionale al piano assiologico-sostanziale.

⁶ Inappropriato ed inopportuno, a giudizio di una sensibile dottrina (B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013, 186 ss., con richiamo ad un pensiero di C. Schönberger), l'accostamento tra l'ordinamento europeo e i regimi autoritari, per ciò che attiene all'incidenza esercitata nei riguardi dei principi di base dell'ordine costituzionale, malgrado il perdurare del deficit democratico che, per dottrina corrente, a tutt'oggi affligge l'organizzazione dell'Unione.

Ora, è ovvio che il confronto è improponibile; resta nondimeno il fatto che la stessa giurisprudenza costituzionale, trattando tanto dei limiti alla revisione costituzionale quanto dei controlimiti opposti all'ingresso in ambito interno delle norme eurounitarie, abbia fatto comunque riferimento ai principi stessi, senza nondimeno averne mai denunciato la violazione, della quale invece – come si sa – si ha riscontro unicamente nelle vicende processuali riguardanti le leggi comuni [riferimenti in P. GIANNITI, *Il sistema costituzionale italiano di protezione dei diritti fondamentali*, cap. V, parte I, in P. GIANNITI (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, I, Zanichelli, Bologna 2015, 193 ss.].

⁷ Su questa vicenda, da tempo fatta oggetto di notazioni di vario segno da parte di numerosa dottrina, ora, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015.

⁸ Riferimenti invece si hanno nella giurisprudenza non costituzionale (in specie, in una nota e discussa pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, la n. 4207 del 2005). Si vedrà poi più avanti che i "controlimiti" sono alle volte opposti all'ingresso di pronunzie delle Corti europee (e, per ciò che qui specificamente importa, della Corte dell'Unione) *in via di fatto*, attraverso cioè riletture manipolative delle stesse, secondo quanto ancora di recente testimoniato da una discussa pronuncia della Cassazione, che sarà a tempo debito richiamata.

Emblematica per tutte la vicenda della riforma del Titolo V operata nel 2001, che non soltanto non si è trovata soggetta a sindacato di costituzionalità ma è, anzi, stata posta a parametro – come si sa – di una nutrita serie di pronunzie del giudice delle leggi, molte delle quali – per ciò che qui maggiormente importa – riguardanti proprio quell’art. 117, I c., in cui è espressamente fatto obbligo di osservanza degli obblighi internazionali e “comunitari”⁹.

La sovranità che, in ambito interno, emblematicamente e nel modo più elevato si esprime attraverso la revisione costituzionale non va dunque – perlomeno in apparenza¹⁰ – incontro al limite suddetto¹¹. Certo, si può obiettare che, in punto di diritto, la soggezione astrattamente c’è ed è da tenere ferma e che non v’è stato bisogno di farla valere a motivo dell’osservanza che sarebbe stata prestata nei riguardi dei principi di base dell’ordinamento dalle leggi di revisione, tra le quali quella del 2001, in ogni loro norma, nessuna esclusa. Cionondimeno, la circostanza per cui del limite non si sia avuto riscontro induce a ritenere che non già le leggi stesse si siano sempre presentate immacolate¹² bensì che ragioni varie, sulla cui origine e consistenza non è qui possibile indagare, abbiano indotto a non azionare il limite.

Questa vicenda non è, dunque, priva di interesse anche al fine dell’indagine che ora si avvia avente ad oggetto i controlimiti, a motivo delle assonanze che – al di là delle plurime e rilevanti peculiarità delle esperienze poste a raffronto – è dato riscontrare negli esiti cui il loro svolgimento ha fino ad oggi condotto.

2. L’“inesistenza” di norme internazionali incompatibili con i principi fondamentali, secondo Corte cost. n. 238 del 2014: una soluzione valevole altresì per i casi di superamento dei controlimiti da parte delle norme dell’Unione?

I due versanti lungo i quali i controlimiti possono affermarsi sono quello dei rapporti internazionali e l’altro dei rapporti (ieri con le Comunità europee ed oggi) con l’Unione europea¹³. È interessante notare come i profili di diritto sostanziale si presentino strettamente intrecciati con quelli processuali. Se è vero che questi ultimi fanno da specchio ai primi e ne rivelano (e, per un’accreditata ricostruzione teorica, ne fanno¹⁴) le sembianze, è specificamente volgendo lo sguardo verso le esperienze processuali che può aversi l’immagine e la conferma dell’effettiva consistenza dei controlimiti.

⁹ Opportuna la correzione del termine, ormai inappropriato, da parte della riforma costituzionale “Renzi-Boschi”.

¹⁰ Si vedrà infatti tra un momento che il rispetto dei limiti all’esercizio della sovranità può essere (ed effettivamente è) assicurato in via di fatto, adeguando in via interpretativa i contenuti dell’atto di revisione ai principi fondamentali dell’ordinamento.

¹¹ Non credo che possano addursi quali esempi di una eccezione a questa regola i casi d’intervento ablativo sullo statuto siciliano, volti a realizzare il suo pur parziale, ma necessitato, adeguamento alla Carta costituzionale (specie per ciò che concerne l’affermazione del principio della unicità della giurisdizione costituzionale), ove si consideri il carattere risalente, precostituzionale, dello stesso statuto, non accostabile dunque agli atti espressivi del potere di revisione costituzionale.

¹² Tutt’altro! Tant’è che la giurisprudenza si è trovata costretta ad impegnarsi in una complessa ed ardua opera volta al complessivo rifacimento del Titolo stesso, alla sua “riscrittura”, come si è detto da una sensibile dottrina (A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in www.forumcostituzionale.it, ma trattasi di un sentire largamente diffuso). Ciò che nei fatti equivale – come si diceva – all’adeguamento della legge di revisione ai principi ed al suo complessivo aggiustamento in vista del recupero di una organicità e coerenza originariamente mancanti.

¹³ Connotati peculiari presentano poi altre norme di origine esterna, quali quelle relative ai rapporti tra Stato e Chiesa cattolica (e, per una tesi ad oggi minoritaria, ancorché finemente argomentata, con le Chiese in genere, *ex art. 8, III c., cost.*), alle quali nondimeno non è qui possibile riservare neppure un cenno.

¹⁴ Basti solo tenere a mente l’impostazione di un’autorevole dottrina processualistica a riguardo dei rapporti tra diritto sostanziale e processo o, più in genere, l’indirizzo metodico-teorico patrocinato da note dottrine di stampo realista.

È noto che di questi ultimi si è avuto di recente riscontro in un caso che ha fatto molto discutere, deciso con sent. n. 238 del 2014; e si tratta allora di chiedersi se le indicazioni che sono venute da questa importante pronunzia possano (e, se sì, in che misura o fino a che punto) valere altresì al piano dei rapporti con l'Unione.

Nella decisione *de qua*, la Corte sembra disporsi nell'ordine di idee secondo cui l'incisione dei principi fondamentali ad opera di una norma di diritto internazionale non scritto comporta (o, come si vedrà a momenti, *può comportare*¹⁵) la "inesistenza" della norma interna di adattamento, prodotta *ex art. 10, l c.*, cost. La Corte dichiara di non aver titolo per far luogo ad un'autonoma ricostruzione della norma esterna, dovendo allo scopo far riferimento al modo con cui essa è intesa nell'ordinamento di appartenenza¹⁶; tuttavia, al fine di stabilire se la corrispondente norma interna di adattamento si è, o no, prodotta, deve conoscerla: è *come se* la norma stessa facesse idealmente ingresso in ambito interno per essere però subito respinta fuori da esso e considerata *come se non fosse mai entrata*, laddove se ne riscontri la irriducibile incompatibilità coi principi fondamentali. Se si vuole, può anche dirsi che la norma *c'è* (o, meglio, che *appare*), quale "fenomeno" del mondo fisico¹⁷ ma che è da qualificare come *giuridicamente inesistente*, a motivo appunto dell'acclarato contrasto in cui si pone rispetto ai principi: una frontale contrapposizione, un'"*anticostituzionalità*", piuttosto che una mera *incostituzionalità*, ovverosia – come pure è stato detto, con diversità di espressione ma sostanziale comunanza di idee – una *invalidità in senso forte*, non già *in senso debole*¹⁸. Rimane, ad ogni buon conto, misterioso il fatto

¹⁵ Non è detto, infatti, che in altre, analoghe circostanze la Corte terrà ferma la qualifica della "inesistenza" delle norme internazionali non scritte che rechino offesa ai principi (ma, su ciò, subito *infra*).

¹⁶ È questa una linea interpretativa che la Consulta ha già altre volte tracciato, ad es. per ciò che attiene all'interpretazione della CEDU, rimessa in via esclusiva alla Corte di Strasburgo, dandosi tuttavia allo stesso tempo alle autorità nazionali (e, in specie, ai giudici comuni ed alla stessa... Corte costituzionale) il potere/dovere di discostarsi laddove i suoi esiti risultino da pronunzie del giudice europeo diverse da quelle "pilota" ovvero inespressive di un indirizzo "consolidato" ed appaiano incompatibili col dettato della Carta costituzionale e principalmente, appunto, coi suoi principi fondamentali (sent. n. 49 del 2015).

¹⁷ Non si dimentichi che il lemma "fenomeno" rimanda al verbo greco *faínomai*, che designa appunto ciò che *appare* essere. Resta, ad ogni buon conto, ferma la differenza non da poco che, *il più delle volte*, si registra laddove siffatta "apparenza" si abbia di norme scritte, che possono avvalersi, del tangibile sostegno di una disposizione che la esprime rispetto al caso in cui la disposizione stessa non vi sia, trattandosi di norma non scritta per la cui ricognizione in seno al corpo sociale un ruolo di particolare rilievo gioca l'operatore [sottolinea, tra gli altri, quest'ultimo punto, P. DE SENA, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, in www.sidi-isil.org, 17 novembre 2014, spec. al § 2]. Dico *il più delle volte*, non potendosi negare in partenza che vi siano casi in cui risulti meno incerta (e, per ciò stesso, "creativa") la ricognizione di norme consuetudinarie (nazionali e non) rispetto a norme estratte da disposizioni linguisticamente carenti [delle non lievi, vessate questioni poste dal linguaggio, sia della Costituzione che delle leggi, si è tornati di recente a discutere in occasione delle VIII Giornate internazionali di diritto costituzionale (Brasile-Italia-Spagna) su *La lingua dei giuristi*, Pisa-Firenze 23-24 settembre 2015, i cui Atti sono in corso di stampa, a cura di P. Caretti e R. Romboli, per i tipi della Plus di Pisa; alcuni contributi sono però già apparsi in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2015].

¹⁸ La distinzione tra *anticostituzionalità* e *incostituzionalità* è di A. SPADARO, che ne ha fatto per la prima volta uso nel suo *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.; la bipartizione delle due forme d'invalidità evocate nel testo è di R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

Ho fatto richiamo dei concetti suddetti in alcuni miei commenti alla sent. 238, dal titolo *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in [Consulta OnLine](http://www.consultaonline.it), 17 novembre 2014, e, nella stessa *Rivista*, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili "seguiti" della 238 del 2014?*, 1/2015, 4 marzo 2015, 78 ss.; di "anticostituzionalità" hanno, nella circostanza, discorso anche M. LONGOBARDO, "Il non-essere non è e non può essere": *brevi note a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario*, in www.sidi-isil.org, 10 novembre 2014, e A. LANCIOTTI - M. LONGOBARDO, *La Corte costituzionale risponde alla Corte di Giustizia internazionale: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità*, in www.federalismi.it, *Focus Human Rights*, 2/2015, 3 aprile 2015, § 4, ma in un ordine di idee distante da quello nel quale io mi riconosco.

Sulle forme dell'invalidità, con specifico riguardo alle leggi, v., part., di recente, G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, del quale v.

che, a giudizio della Corte, si debba comunque passare dal sindacato di costituzionalità al fine di avere riscontro della inesistenza della norma di adattamento, un riscontro che invece, proprio a motivo della sua invalidità di tipo forte, dovrebbe considerarsi a pieno titolo rientrante tra le competenze (e le responsabilità) di ogni operatore (e, segnatamente, del giudice comune)¹⁹. Analogamente – accenno qui di passaggio ad un punto che ho altrove più volte toccato e sul quale rinnovo qui l'invito a fermare l'attenzione²⁰ – vi rientra il caso che l'antinomia sia meramente apparente, la norma di origine esterna e quella interna offrendo una “graduata” tutela dello stesso diritto e perciò disponendosi – se può dirsi così – a diverse “altezze” lungo la medesima linea retta che porta ai valori fondamentali (e, in specie, a quelli di libertà ed eguaglianza), visti nel loro fare “sistema”; diciamo pure, ad una diversa distanza dagli stessi, senza nondimeno urtarli o pregiudicarli. Non dandosi, dunque, in tesi, l'antinomia, non si vede come possa giustificarsi l'appello al giudice costituzionale perché sanzioni il presunto (ma, appunto, insussistente) *vulnus* recato ai “controllimiti”.

Parimenti “graduato” può poi essere (sempre che, appunto, vi sia...) il contrasto coi principi fondamentali, avendosi ora appunto una invalidità di tipo forte, che si converte nella qualifica della inesistenza delle norme che ne sono affette, ed ora una di tipo debole, che può portare all'annullamento delle norme stesse, pur convenendo non essere affatto agevole la determinazione della linea di confine tra l'una e l'altra specie d'invalidità. D'altro canto, se è vero che possono darsi casi in cui il *vulnus* recato alla Carta (e, segnatamente, ai suoi principi) può portare a considerare radicalmente viziate le norme che se ne rendono responsabili, non è meno vero che le esperienze della giustizia costituzionale conoscono innumeri casi in cui la violazione degli stessi principi è causa di mera annullabilità delle norme stesse²¹. Sarebbe altrimenti ben strano che le sole offese recate ai principi da nor-

pure Forma dat esse rei, ovvero quand'è che può parlarsi di “legge” e di legge “nulla-inesistente”, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1699 ss.; diversamente, A. PACE, *Postilla: la legge incostituzionale come nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giur. cost.*, 6/2010, 5100, e, dello stesso, *Postilla. La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1708 ss.; D. NOCILLA, “Inesistenza” della legge di conversione?, in *Giur. cost.*, 1/2014, 715 ss., spec. 726 ss., nonché, se si vuole, il quadro di sintesi che è in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 98 ss.

¹⁹ Tralascio, poi, qui di riprendere la questione, fatta oggetto di esame nei miei commenti alla 238 sopra cit., relativa alla (in)idoneità di norme non attizie a costituire oggetto del sindacato di costituzionalità, così come invece ritenuto possibile dalla Consulta. Sta di fatto che, ammessa siffatta evenienza per la norma di adattamento nei riguardi di norme non scritte aventi origine esterna, essa parrebbe doversi parimenti ammettere per le stesse consuetudini costituzionali, sempre che si superi – come a me pare si possa (v., infatti, volendo, il mio *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012) – la radicale obiezione mossa da un'accreditata dottrina che in via generale ne esclude la configurabilità (così, part., R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, spec. 38 ss., e in altri scritti; vari punti di vista al riguardo in *Prassi convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli 2015).

Ad oggi, come si sa, delle norme in parola la Consulta ha riconosciuto l'idoneità ad integrare il parametro nei giudizi di costituzionalità; qui, si ragiona della loro attitudine a porsi ad oggetto dei giudizi stessi. Una eventualità che – a stare all'ordine di idee patrocinato dalla Consulta stessa – non mi sentirei in partenza di escludere, anche se l'ipotesi ora teoricamente fatta sembra invero essere di assai remoto riscontro, ove si convenga che, spettando in ultima istanza il riconoscimento della loro esistenza, in vista della sottoponibilità a sindacato, allo stesso giudice costituzionale, quest'ultimo potrebbe agevolmente sgravarsi della questione escludendo appunto che, nella circostanza, una vera e propria consuetudine si sia formata (magari “derubricandola” in mera prassi: così, P. CARNEVALE, *A Corte ... così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2014, 494), sì da non doverne quindi dichiarare la successiva... *inesistenza* per contrasto coi principi fondamentali. Insomma, non sembra credibile che la Corte accerti, in un primo momento, l'esistenza della norma consuetudinaria per quindi dichiararla... *inesistente* a causa della sua invalidità di tipo forte. A meno che la Consulta non giudichi maggiormente conveniente che la norma stessa perda, sì, effetti ma solo coi limiti usuali discendenti *ex art.* 136; nel qual caso, la Corte potrebbe dichiarare la norma sindacata esistente e invalida in senso debole.

²⁰ Da ultimo, nel mio *Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in [Consulta OnLine](#), 1/2016, 15 febbraio 2016, 121 ss.

²¹ Forse il principio che con maggiore frequenza è stato utilizzato quale parametro nei giudizi di costituzionalità è quello di eguaglianza, anche nella sua peculiare espressione *sub specie* della ragionevolezza.

me internazionali non scritte debbano sempre, per sistema, far qualificare queste ultime come inesistenti. Insomma, non sembra che sia l'origine o la natura delle norme a giustificare la qualifica suddetta; di contro, è la violazione in sé e per sé, quali che siano le norme che la producano (interne o esterne e di questa o quella specie), a tradursi in questa o quella forma d'invalidità. La conclusione non può, pertanto, che avere generale valenza. E, dunque, ciò che si considera valere al piano delle relazioni con la Comunità internazionale, non può che valere – a me pare – altresì al piano delle relazioni con l'Unione. Di modo che, così come, non risultando urtati i principi fondamentali, è fatto obbligo al giudice comune (ed all'operatore in genere) di far subito applicazione di norme eurounitarie *self-executing*, facendosi al contempo “non applicazione” di norme interne con esse incompatibili, allo stesso modo potrebbe (e dovrebbe) aversi l'inverso laddove si sia in presenza di norme eurounitarie “anticostituzionali”, che portino cioè a considerare inesistente la norma interna che ne garantisce l'osservanza, contenuta nella legge di esecuzione. Perché mai infatti – si torna a dire – dovrebbero darsi casi d'inesistenza di una norma interna non scritta, e non pure di una scritta, cui sia demandato il compito di dare efficacia ad una norma di origine esterna? Non si trascuri, peraltro, che la stessa giurisprudenza ha più volte riconosciuto che si danno casi di enunciati delle Carte che sostanzialmente “razionalizzano” norme di diritto internazionale consuetudinario. Di modo che inesistenti essendo, in tesi, queste ultime, per logica ed ineluttabile conseguenza inesistenti non possono che essere altresì le prime che vi danno voce.

L'appello al giudice costituzionale, in una congiuntura siffatta, dovrebbe pertanto considerarsi una garanzia in più²², che può ma non deve essere necessariamente azionata, restando nelle responsabilità del giudice comune l'adozione della qualifica dell'invalidità, se di tipo forte ovvero debole²³.

²² ... e che dovrebbe, a mia opinione, tradursi in una dichiarazione di manifesta inammissibilità produttiva di effetti *erga omnes* (*Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo*, cit.). L'utilizzo alquanto originale degli strumenti processuali nella circostanza *de qua* è stato, con varietà d'impostazione e di svolgimenti, rilevato da molti autori, tra i quali, S. LEONE, *La sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 902 ss.; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini*, in *Quest. giust.*, 1/2015, 84 ss., spec. 88 s., nonché in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; C. PINELLI, *Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between undue fiction and respect for constitutional principles*, in www.qil-qdi.org, 19 gennaio 2014, spec. al § 6; O. POLLICINO, *From Academia to the (Constitutional) Bench*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 1117 ss., spec. 1127 ss.; M.E. GENNUSA, *Corte costituzionale e obblighi internazionali: qualcosa di nuovo e molto di vecchio*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 834; R. BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in www.forumcostituzionale.it, 11 gennaio 2016, spec. al § 3; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in www.federalismi.it, *Focus Fonti*, 1/2016, 29 febbraio 2016, § 4. Diversamente, R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 3914 s. e T. CANTELMO - V. CAPUOZZO, *Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte costituzionale sentenza n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015*, in www.federalismi.it, 1/2016, 13 gennaio 2016, spec. al § 4.1. Fa ora il punto sulla vessata questione P. VERONESI, *Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014*, in *Quad. cost.*, 1/2016).

²³ D'altro canto, pur laddove sia impugnata davanti alla Consulta una norma di legge che si assuma essere incompatibile con norma dell'Unione (in tesi, rispettosa dei “controlimiti”), la Corte che abbia accertato l'antinomia non dovrebbe caducare la prima norma laddove la seconda risulti *self-executing*, ancora una volta rigettando la questione perché inammissibile. Può, poi, discutersi se la sua pronuncia risulti o no, nella circostanza, produttiva di effetti generali, effetti che non si sarebbero avuti qualora l'accertamento fosse stato posto in essere dal giudice comune.

L'analogia col caso, appena discusso, di cui alla sent. n. 238, si rivela invero alquanto problematica, specie ove ci si disponga nell'ordine di idee, fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui in una congiuntura siffatta la legge sarebbe da considerare non già invalida (in senso debole o forte) bensì meramente “non applicabile” e, perciò, irrilevante al fine della risoluzione del caso.

Se, di contro, dovesse ritenersi che, per il mero fatto dell'accertamento da parte del giudice costituzionale dell'antinomia in parola, la pronuncia che vi faccia luogo debba considerarsi provvista di efficacia generale, si avrebbe allora un incentivo per il giudice comune che punti all'accertamento stesso a dar vita ad una rimessione “suicida” della questione.

Ad ogni buon conto, seppure dovesse giudicarsi il verdetto della Consulta di per sé sprovvisto di generalità di effetti, ugualmente per il solo fatto di esserci risulterebbe dotato di una *vis* persuasiva innegabile, venendo quindi ad incoraggiare ed alimentare un “diritto vivente” ad esso conforme.

Il punto è però stabilire al ricorrere di quali condizioni si giustifica l'attivazione dei controlimiti, facendosi dunque prevalere le ragioni dell'identità costituzionale su quelle del primato del diritto sovranazionale.

3. *L'integrazione della prospettiva eurounitaria e di quella costituzionale, la incessante ridefinizione della identità costituzionale per effetto delle operazioni di bilanciamento tra il principio di apertura nei riguardi del diritto internazionale e sovranazionale e i principi fondamentali restanti, il carattere condizionato dei controlimiti alla luce del canone della massimizzazione della tutela*

Trattandosi di rapporti interordinamentali viene naturale pensare che gli stessi possano essere riguardati dall'una ovvero dall'altra parte, tanto dal punto di vista dell'Unione quanto da quello dello Stato²⁴.

Non contesto, ovviamente, la correttezza dell'operazione; mi pare però che si renda necessaria una precisazione di ordine metodico-teorico, il cui significato si può cogliere appieno facendo oggetto di osservazione la struttura dell'identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato, una struttura – si è fatto altrove notare²⁵ – composita, dal momento che tra i principi fondamentali di diritto interno v'è altresì quello dell'apertura al diritto di origine esterna, un'apertura non incondizionata bensì governata dal canone della massimizzazione della tutela²⁶. Ne sono espressione, da un canto, l'art. 4.2 del Trattato

Accenno, infine, al fatto che le considerazioni sopra svolte non valgono – a stare all'indirizzo giurisprudenziale ormai invalso – con riferimento alle impugnazioni col procedimento in via d'azione, avendo la Corte – come si sa – acconsentito ai ricorsi da parte dello Stato o delle Regioni di norme nazionali non rispettose di quelle eurounitarie, pur se queste ultime siano autoapplicative, determinandosi quindi la loro caducazione con effetti *erga omnes*. E confesso che ancora oggi misteriosa ai miei occhi appare, come già dicevo annotando a caldo la pronuncia che più di vent'anni addietro ha dato vita all'indirizzo in parola, la ragione che porta a qualificare un medesimo “fatto” (l'antinomia di norma interna con norma sovranazionale) quale causa ora di mera “non applicazione” ed ora invece di annullamento della norma responsabile dell'illecito “comunitario”.

²⁴ Non a caso, d'altronde, anche nell'incontro di oggi si ha testimonianza della dualità delle prospettive, la cui trattazione è stata demandata a studiosi di diverse appartenenze disciplinari e sensibilità culturali.

²⁵ Riprendo sul punto, con ulteriori precisazioni, gli esiti di uno studio di recente portato a termine: v., dunque, volendo, il mio *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in [Consulta OnLine](#), III/2015, 17 dicembre 2015, 835 ss., spec. 840 ss.

²⁶ Al canone in parola la più sensibile dottrina ha prestato un'attenzione crescente: tra i molti altri e di recente, v. A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 32 ss.; L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in [www.Cortecostituzionale.it](#), dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte europea tra “guerra” e “dialogo”. Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista*, e V. VALENTINI, *La giustizia penale convenzionale e l'oltranzismo dei controlimiti. Dall'euro-entusiasmo della prima ora all'ermeneutica della sorveglianza*, entrambi in S. SONELLI (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Giappichelli, Torino 2015, rispettivamente, 229 ss. e 253 ss.; G. D'AMICO, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza costituzionale*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAITTA (curr.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2015, 55 ss., e *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (cur.), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in [Consulta OnLine](#), II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa Rivista, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sotto-*

dell'Unione, un principio di base dell'Unione stessa che si riempie di contenuti attraverso il richiamo fatto ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali, *quodammodo* dunque – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – “europeizzati”²⁷, e, dall'altro canto, gli artt. 10 e 11 della nostra Carta, nel loro fare “sistema” coi principi fondamentali restanti (e, in ispecie, a me pare, con quelli di cui agli artt. 2 e 3, la “coppia assiologica fondamentale” in funzione servente della quale si pongono gli artt. sopra citt.²⁸).

La prospettiva eurounitaria, dunque, rimanda a quella nazionale, la sussume e fa propria, così come la prospettiva nazionale rimanda a quella sovranazionale.

Le due prospettive rimangono, sì, *distinte* e però, allo stesso tempo, sono *integrate* o, diciamo meglio, *parzialmente integrate*. Se ne ha lampante riprova dalla osservazione delle dinamiche della interpretazione; e basti solo al riguardo tenere a mente il modo con cui vengono a formazione le c.d. “tradizioni costituzionali comuni”²⁹. È vero che – come si è fatto ripetutamente notare dalla più avveduta dottrina – la Corte di giustizia ne ha fatto (e seguita a farne) oggetto di originale rielaborazione piegata alle peculiari esigenze dell'ordinamento dell'Unione (e, in ispecie, appunto a quelle legate all'affermazione del primato); non è però meno vero che il punto costante di riferimento è dato proprio da quel *diritto costituzionale vivente* di cui si fanno interpreti e garanti le Corti nazionali (e – si badi – non solo, seppur principalmente, quelle costituzionali³⁰). Tradizioni “comuni” che, poi,

sa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli, spec. al § 10; *ivi* pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*, e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. al § 5, che preferisce discorrere di una tutela più “equilibrata”, conforme a ragionevolezza.

²⁷ La formula, che è nel mio *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (cur.), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino 2006, 827 ss., nonché in www.forumcostituzionale.it, ha – come si sa – fatto molto discutere: indicazioni, tra gli altri, in G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, Roma 2011, spec. 206 ss.; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in F. VIOLA (cur.), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook Eur. Law*, 1/2012, 263 ss., e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, cit., spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; M. BRANCA, *Il punto sui “controlimiti”*, in *Giur. cost.*, 5/2014, spec. 3903.

²⁸ Sulle mutue implicazioni che si danno tra i principi in parola, v., per tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

²⁹ Su ciò, di recente, oltre a G.M. SALERNO, *op. et loc. ult. cit.*, part. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l'incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), 1/2015, 242 ss., e, dello stesso, ora, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., in *paper*, e *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa: il senso di un gerundio, e di un seminario*, in www.diritticomparati.it, 14 dicembre 2015, nonché G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e vincoli alla comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 953 ss.

³⁰ Particolarmente meritevole di considerazione è il ruolo al riguardo giocato dai giudici comuni, un ruolo crescente, di centrale rilievo, che testimonia una sensibilità viepiù diffusa ed avvertita, protesa ad un fecondo ed intenso “dialogo” con le Corti europee, senza il quale molti diritti resterebbero senza risposta o, comunque, insufficientemente appagati. Non si dimentichi, peraltro, che sono pur sempre i giudici ad attivarsi sollevando questioni di legittimità costituzionale o azionando il meccanismo del rinvio pregiudiziale e dando, perciò, modo sia alla Corte costituzionale che alla Corte di giustizia di svolgere il proprio servizio a tutela dei diritti. Il limite strutturale cui va incontro la giurisprudenza comune è dato dalla sua scarsa visibilità, comunque più ridotta di quella di cui gode la giurisprudenza costituzionale. Anche a questo inconveniente, tuttavia, si sta tentando di porre rimedio, come tra l'altro testimonia, per un verso, l'introduzione del meccanismo di consultazione lungo il versante dei rapporti con la Corte EDU, di cui al prot. 16, e, per un altro verso, la sottoscrizione di recente di un protocollo d'intesa tra la Cassazione e la stessa Corte europea volto a dar vita a forme plurime (e, si spera, anche incisive) di reciproca collaborazione (una opportuna sottolineatura del suo

tornano in ambito interno sotto varie forme asservendo alla loro osservanza norme, pronunzie dei giudici ed attività giuridicamente rilevanti in genere e, prima ancora – per ciò che qui maggiormente importa –, entrando a comporre i processi interpretativi degli stessi enunciati normativi di diritto interno (a partire da quelli costituzionali e, dunque, anche di quelli espressivi dei... *controlimiti*).

Il circolo interpretativo è, insomma, provato e non richiede, ovviamente, che qui si torni ad insistere su ciò che è ormai di comune dominio. Se si vuole la separazione (ma, forse, meglio, la *distinzione*) rimane tra le *fonti* (e, risalendo, gli *ordinamenti* cui esse appartengono), ma non è, non può essere, delle loro *norme* che, *proprio perché tali*, evocano l'idea della integrazione interordinamentale³¹: una integrazione che cambia volto di continuo, in ragione dei casi, delle norme in campo, degli interessi in gioco, delle combinazioni tra i valori dagli stessi sollecitate a prendere forma.

Emblematica testimonianza di questo stato di cose, qui sommariamente rappresentato ma estremamente complesso e vario nell'esperienza, si ha per il tramite dei rimandi fatti dall'una giurisprudenza all'altra o alle altre³².

Non a caso, la sent. 238, sopra richiamata, fa esplicito rinvio alla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia: non discute, cioè, il contenuto della norma configurata in ambito internazionale; solo che l'esito del bilanciamento tra il principio di apertura e i principi fondamentali restanti (sopra tutti, quello che dà protezione alla dignità della persona umana) porta ad una schiacciante vittoria dei secondi, al punto da far considerare inattivo, "inesistente" nella peculiare vicenda processuale data, lo stesso principio di apertura.

Il rinvio, nondimeno, può assumere forme varie, "graduate" per intensità ed effetti, a seconda del tipo di norma cui si indirizza. Come si è dietro accennato, anche sul versante dei rapporti con la Corte EDU, il giudice costituzionale ha con insistenza tenuto a rimarcare l'obbligo dei giudici nazionali di far riferimento alla giurisprudenza europea. Qui, tuttavia, si è avuta una flessibilizzazione dei rapporti stessi, l'obbligo in parola considerandosi valevole – come si è rammentato – unicamente ove si sia in presenza di decisioni-pilota e, particolarmente, di indirizzi interpretativi "consolidati"³³. Una sia pur relativa autonomia di giudizio che, di contro, non si considera possibile sul versante dei rapporti con la Corte di giustizia i cui indirizzi, siano o no "consolidati", sono considerati comunque vincolanti per gli operatori di diritto interno³⁴.

Sta di fatto che l'identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato, per il fatto di annoverare tra i suoi elementi costitutivi e qualificanti il principio dell'apertura all'altro, obbliga a far luogo a delicate e non di rado complesse e sofferte *operazioni di ponderazione assiologica interne all'identità stessa*, tra la spinta a favore dell'apertura e quella alla chiusura, in vista dell'ottimale appagamento dell'identità stessa, dei beni della vita che ad essa fanno capo e che abbisognano di bilanciamenti governati – come si è venuti dicendo – da

rilievo è nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015* del Presidente della Cassazione, G. CANZIO, 92 s.).

³¹ Nell'idea di "norma", dunque, come si è venuti dicendo, è insita quella della integrazione interordinamentale, ponendosi la prima quale il terminale di un processo interpretativo che si alimenta e rinnova incessantemente a mezzo della seconda.

³² Il quadro è infatti assai più articolato e composito di quanto sia ora rappresentato, non di rado intrecciandosi con le relazioni qui fatte oggetto di specifica attenzione quelle che sia lo Stato che l'Unione intrattengono in seno alla Comunità internazionale (in particolare, con la CEDU). D'altro canto, come si è sopra rammentato, le Carte dei diritti, quella di Nizza-Strasburgo al pari della CEDU, "razionalizzano" talvolta norme di diritto internazionale consuetudinario, senza peraltro sottacere i casi, non infrequenti, di sostanziale corrispondenza tra i diritti protetti dall'una Carta con quelli previsti dall'altra. Un intreccio di cui rendono conferma proprio i casi di plurimi e congiunti riferimenti giurisprudenziali presenti in molte pronunzie giudiziali.

³³ Il riferimento è, ovviamente, alla già cit. sent. n. 49 del 2015.

³⁴ Tornerò sul finire della riflessione che vado facendo su questa che ai miei occhi appare essere un'autentica, irrisolta aporia della costruzione teorica corrente delle relazioni interordinamentali.

quella autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali³⁵ che è data dal principio della miglior tutela.

Ci si avvede così che l'identità costituzionale viene rimessa di continuo a punto, in ragione delle esigenze dei casi, per il modo cioè con cui viene in concreto ad affermarsi la Costituzione come "sistema": un sistema che è *in nuce*... "intersistemico"³⁶, per effetto della sussunzione in ambito interno di norme di origine esterna idonee ad offrire, per la loro parte, un servizio ai principi costituzionali, che alle volte può risultare – perché no? – ancora più adeguato di quello che sulla base delle stesse norme costituzionali si ha da parte del diritto nazionale. Non si dimentichi che la Carta di Nizza-Strasburgo, al pari per questo verso della CEDU, espressamente ritaglia per sé un ruolo meramente "sussidiario", dichiarando di voler entrare in campo unicamente laddove si dimostri in grado d'innalzare il livello della tutela. Un riconoscimento, questo, che è da considerare implicito negli stessi principi della Carta (e, segnatamente, in quelli di cui agli artt. 2 e 3), siccome espressivo della loro indeclinabile vocazione ad affermarsi *magis ut valeant*: tanto, cioè, che ciò si abbia grazie a norme nazionali (anche costituzionali!) volte a dare specificazione-attuazione ai principi stessi, quanto che invece l'ottimale svolgimento dei principi si abbia a mezzo di norme non nazionali.

Di qui, la conclusione, in precedenti studi raggiunta e che si ritiene ora di dover tener ferma, secondo cui, a stare al modello, tanto dalla prospettiva del diritto eurounitario (e della CEDU) quanto da quella costituzionale, reciprocamente convergenti (e anzi, come si è veduto, integrate), i controlimiti dovrebbero essere attivati unicamente laddove la lesione causata ai principi da una norma di origine esterna risulti maggiore del servizio dalla stessa reso, nel mentre dovrebbe esser mandata assolta una norma che, seppur incompatibile con questo o quel principio, si dimostri nondimeno in grado di offrire ai principi un servizio ancora più apprezzabile di quello che si avrebbe per effetto della sua caducazione o non applicazione. Essendo quello dell'apertura un principio fondamentale di diritto interno, se ne ha che il bilanciamento interordinamentale si converte e risolve in un bilanciamento inordinamentale (tra lo stesso principio dell'apertura e i principi restanti), e viceversa³⁷: a testimonianza e conferma appunto di quella integrazione delle prospettive, di cui si è venuti dicendo.

4. Controlimiti in senso formale e controlimiti in senso sostanziale, *esposti gli uni alla luce del sole, fatti valere gli altri per vie sotterranee, a mezzo di manipolazioni sostanziali dei testi di legge o di pronunzie dei giudici (specie europei) per via d'interpretazione*

Tutto ciò posto, è però ugualmente da chiedersi perché nelle esperienze della giustizia costituzionale maturate lungo il versante dei rapporti con l'Unione non si sia mai assistito ad esiti dei bilanciamenti in parola tali da portare all'entrata in campo dei controlimiti³⁸; e, peraltro, è naturale attendersi che, quand'anche essi dovessero essere in qualche

³⁵ ... e non solo: anche nei raffronti tra norme di produzione interna i giudizi di costituzionalità si chiudono non di rado con la caducazione ovvero con l'assoluzione della norma sindacata a seconda del modo con cui viene a determinarsi la tutela dei diritti fondamentali e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, visti nel loro fare "sistema".

³⁶ Di un "sistema di sistemi" vado discorrendo da tempo: tra gli altri miei scritti, può, volendo, vedersi *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in A. BERNARDI (cur.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli 2015, 153 ss., nonché in www.rivistaaic.it, 2/2014, 30 maggio 2014. In argomento, ora, anche L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, cit.

³⁷ Ho avuto modo di rappresentare le varie movenze di siffatta conversione in altri luoghi, a partire da *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 1° marzo 2011.

³⁸ Fa il punto sullo stato delle cose, interrogandosi altresì sui suoi probabili, prossimi sviluppi, A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in www.forumcostituzionale.it.

circostanza “esposti”, si tratterebbe pur sempre di evenienze eccezionali, diversamente di ciò che è invece proprio delle vicende di diritto interno (con specifico riguardo al caso di norme di legge caducate per violazione dei principi fondamentali). E, invero, può apparire singolare la circostanza per cui, mentre le norme interne vanno incontro ad esiti di vario segno per effetto delle operazioni di bilanciamento su basi di valore, tra i quali v'è appunto anche quello della loro (parziale o totale) caducazione, di contro le norme di origine esterna (e, segnatamente, quelle eurounitarie) sono ad oggi uscite indenni dai giudizi di costituzionalità³⁹. La qual cosa può, dunque, esser vista come la più probante testimonianza di un primato che parrebbe essere inarrestabile e praticamente incondizionato: un primato, cioè, quale autentico cuore pulsante della costituzione materiale sia dell'Unione che dello Stato⁴⁰, davanti al quale docilmente e per sistema si piega la sovranità dello Stato stesso⁴¹.

Questa conclusione richiede tuttavia una precisazione. Altro sono infatti i casi di aperta “ribellione” ed altra cosa quelli in cui si assiste ad una manipolazione per via d'interpretazione, abilmente mascherata, per canali sotterranei, operata a carico della giurisprudenza sovranazionale (e qui il riferimento è tanto a quella eurounitaria quanto a quella convenzionale) al momento della loro implementazione in ambito interno, specie per mano dei giudici comuni, i terminali delle operazioni di bilanciamento assiologicamente orientate. Una evenienza, questa, che peraltro si ha anche nei riguardi della giurisprudenza costituzionale, la quale pure ha comunque bisogno – come si sa – del “seguito” datovi dai giudici al fine di poter essere compiutamente e fedelmente svolta; ed un'evenienza sempre più frequente, dal momento che sono appunto ricorrenti i casi in cui le Corti europee e i tribunali costituzionali adottano decisioni strutturalmente aperte, espressive di principi, che quindi si consegnano agli operatori di diritto interno per la loro *attuazione*, più e prima ancora che per la loro *applicazione* (altamente istruttiva in tal senso è l'esperienza

Spunti di particolare interesse anche in B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, cit., spec. 149 ss. e 159 ss.; v., inoltre, T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in www.federalismi.it, 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUOZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*; M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIBENE (cur.), *Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Giuffrè, Milano 2015, 119 ss.

³⁹ Fanno storia a sé i rapporti tra Stato e Chiesa, quali regolati dai Patti richiamati dall'art. 7 e dalle loro modifiche. Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui le note pronunzie della Consulta del 1971 avevano ad oggetto una normativa risalente al 1929 e, dunque, adottata in un contesto politico-istituzionale distante anni-luce da quello in cui sono venuti a formazione i trattati riguardanti le Comunità europee prima e, ora, l'Unione e rispondenti a finalità incomparabili con quelle che stanno a base della complessiva vicenda dell'integrazione europea, accompagnandone ed orientandone i non sempre lineari e comunque sofferti sviluppi.

⁴⁰ ... secondo quanto ha, ancora di recente, fatto opportunamente notare V. PICCONE, *La primauté nell'Unione allargata*, intervento al *workshop* su *Diritto dell'Unione Europea e Internazionale*, tenutosi presso la Corte di Cassazione il 12 e 13 novembre 2015, in *paper*.

⁴¹ Di una sostanziale acquiescenza nei riguardi della giurisprudenza eurounitaria da parte delle giurisprudenze nazionali ha, di recente, discusso il Presidente della Corte lussemburghese, K. LENAERTS, *The Legacy of Costa v. Enel*, relaz. al *workshop* sopra cit., in *paper*; solo sporadici infatti – come si sa – i casi di “resistenza” opposta dalle Corti nazionali all'affermazione del primato, illustrati da O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss. e J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in A. SAIZ ARNAIZ - C. ALCOBERRO LLIVINA (curr.), *National constitutional identity and European integration*, Intersentia, Cambridge 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, cit., spec. 41 ss.; M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, Intervento al II Seminario annuale di *Diritticomparati.it* su *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015, in *paper*. Riferimenti anche in alcuni contributi che sono in B. NASCIBENE (cur.), *Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, cit.

delle decisioni-pilota della Corte EDU, per un verso, e, per un altro verso, quella delle additive di principio della Corte costituzionale)⁴².

Ora, la giurisprudenza comune si presenta al proprio interno, strutturalmente, “plurale”, disperdendosi in mille rivoli e rendendosi in cospicua misura inconoscibile. Consiglierei, nondimeno, di tentare fin dove possibile di esplorare anche questo versante al fine di verificare fino a che punto i controlimiti sono costretti alla resa davanti alla marea montante del primato del diritto di origine esterna e dove invece riescono a farsi ugualmente, nei fatti, valere, pur se ricorrendo a tecniche decisorie volte a far luogo alle manipolazioni per via d’interpretazione, di cui si viene ora dicendo.

Ancora una volta, può su questo terreno riscontrarsi una sostanziale assonanza con le esperienze di diritto interno.

Si è rammentata poc’anzi la vicenda che ha visto sottratta la legge di revisione del Titolo V del 2001 alla sua parziale caducazione per il superamento dei limiti ad essa posti. È però di comune riconoscimento la circostanza per cui molti degli enunciati della legge stessa sono stati sostanzialmente “riscritti” ad opera della giurisprudenza costituzionale, nel mentre poco, quasi nulla, si sa di ulteriori manipolazioni di quest’ultima (dunque, potrebbe dirsi, di “*manipolazioni delle... manipolazioni*”) da parte di pronunzie dei giudici comuni o di leggi che al Titolo stesso risultino funzionalmente connesse e che, nondimeno, non siano state portate al giudizio della Consulta.

Si diceva all’inizio di questa riflessione che limiti e controlimiti della sovranità sono le due facce di una stessa medaglia. Molte norme di legge (costituzionale e non) e pronunzie dei giudici aggirano, in maggiore o minor misura e con varia intensità di effetti, i principi di base dell’ordinamento, facendola nondimeno franca (anche per la parziale inadeguatezza degli strumenti sanzionatori o – come nel caso del giudice costituzionale – per l’impossibilità di impugnarne le decisioni in qualunque sede⁴³) e molte norme di legge e sentenze difendono i principi e li fanno sostanzialmente valere a fronte di minacce provenienti *ab extra*, dando pertanto voce – pur se non dichiaratamente – ai controlimiti.

⁴² Punta, invece, risolutamente a tenere fermo l’antico paradigma che vuole il giudice sempre (e soltanto) chiamato ad *applicare* la legge M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014, 10 ottobre 2014, e, su di lui, però, i rilievi di R. BIN, in più scritti, tra i quali *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013, 215 ss., spec. 224 ss. Di una “co-produzione” normativa tra giudici e legislatore discorre, ora, anche A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015. Il ruolo “creativo” degli interpreti (e, segnatamente, dei giudici), è, ancora di recente, rimarcato con opportuni rilievi anche da M. NISTICÒ, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2015, spec. 199 ss.

Ora, al di là di ciò che può, a mia opinione (v., infatti, volendo, il mio *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine.it), III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss., spec. 781 ss.), opporsi al piano teorico-ricostruttivo avverso siffatto modo di vedere le cose, innegabile mi parrebbe essere la tendenza, di cui si hanno numerose testimonianze tanto in ambito sovranazionale quanto in ambito interno, volta ad una complessiva responsabilizzazione del ruolo dei giudici, comuni e costituzionali, sollecitati dunque ad un impegno costante e viepiù incisivo al fine di dare risposte appaganti alle domande pressanti di giustizia. Che, poi, tutto ciò significhi che sia in atto una trasformazione strutturale della giurisdizione, in ciascuna delle sue plurime manifestazioni, è questione di cui non possibile ora farsi carico.

⁴³ Lo stesso principio di cui all’art. 137, ult. c., cost., nondimeno, richiede oggi, a mio modo di vedere, di essere complessivamente ripensato, specie alla luce del nuovo contesto internazionale e sovranazionale e delle novità registatesi in seno alle relazioni (anche, e specificamente, tra le Corti), sì da non potersi escludere in partenza che esso possa, al pari di ogni altro principio, partecipare ad operazioni di bilanciamento secondo valore, segnatamente che possa farlo col principio di apertura al diritto di origine esterna. D’altro canto, se è vero – come ci è stato insegnato dai rivoluzionari francesi – che la Costituzione si ha unicamente laddove i diritti siano riconosciuti ed effettivamente fatti valere, a me pare che la stessa certezza del diritto costituzionale (in senso oggettivo) abbia teorico e pratico senso unicamente alla condizione che si converta ed interamente risolva in certezza dei diritti costituzionali, vale a dire appunto nella effettività della loro tutela, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto. Ciò che può, dunque, talora passare attraverso la stessa riconsiderazione del giudicato costituzionale, per effetto di un sopravveniente verdetto di Corte europea che, a giudizio della stessa Consulta, porti ad un innalzamento della tutela suddetta.

In un caso e nell'altro, come si vede, ci si può trovare in presenza di *modifiche tacite* della Costituzione⁴⁴, ora a finalità di svuotamento ed ora a finalità di difesa dei suoi enunciati maggiormente espressivi e qualificanti, i principi: le une e le altre apprezzabili unicamente in prospettiva assiologicamente orientata.

Se ne ha la necessità di distinguere – a me pare – tra un'affermazione dei *controlimiti in senso formale* ed una *in senso sostanziale*. L'una può anche fare difetto, come si è veduto, per ciò che specificamente attiene alle relazioni col diritto dell'Unione, non averse ne cioè il testuale riscontro; l'altra, invece, esserci, seppur in misura non compiutamente determinabile, non dandosi ad oggi strumenti adeguati per un monitoraggio a tappeto della giurisprudenza comune e criteri suscettibili di sicure applicazioni al fine dell'accertamento delle manipolazioni sostanziali per via d'interpretazione⁴⁵.

È, poi, interessante notare, con riferimento alla proiezione dei controlimiti sul terreno dei rapporti sovranazionali, che le maggiori risorse "difensive" parrebbero essere dal giudice costituzionale messe in campo lungo il versante che collega l'ordine interno al diritto convenzionale piuttosto che su quello che porta all'Unione (spiegherò a momenti l'uso della forma verbale condizionale).

Se infatti si presta attenzione alle tecniche decisorie utilizzate dal nostro giudice delle leggi, parrebbe che questi tema maggiormente l'"aggressività" – com'è stata felicemente chiamata da una sensibile dottrina⁴⁶ – della Corte EDU piuttosto che gli assalti provenienti da Lussemburgo. Non a caso – come si è sopra rammentato – è alla giurisprudenza della Corte suddetta che si è ritenuto di poter applicare il "filtro" (ieri della "sostanza" ed oggi del carattere "consolidato"⁴⁷) degli indirizzi giurisprudenziali vincolanti per i giudici nazionali in sede d'interpretazione conforme. Un filtro del quale – ad onor del vero – s'ignora quale sia il fondamento, somigliando piuttosto ad una sorta di *deus ex machina* che, come nelle an-

⁴⁴ ... al pari, peraltro, di quelle che possono investire altri documenti normativi, di origine interna o esterna (e, tra questi ultimi, in special modo le Carte dei diritti che con la Carta costituzionale condividono il tratto dell'apertura strutturale degli enunciati tra le cui trame, dunque, trovano fertile terreno per impiantarsi e crescere le modifiche in parola).

⁴⁵ Alle volte, peraltro, la stessa giurisprudenza costituzionale, che pure è – come si sa – soggetta ad una particolare visibilità, fa luogo a raffinate manipolazioni (non soltanto dell'oggetto ma) dello stesso parametro dei suoi giudizi e persino di... *se stessa*, a mezzo di un uso alquanto disinvolto della tecnica dell'autocitazione, del *distinguishing* e di altre ancora (della manipolazione del parametro ho discorso in più luoghi, a partire da *La Costituzione allo specchio: linguaggio e "materia" costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999, spec. l'ult. sez.; a riguardo della tecnica dell'autocitazione, v., part., A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996, spec. 160 ss.).

Un esempio assai istruttivo di manipolazione per via d'interpretazione della giurisprudenza eurounitaria ci è stato di recente offerto da una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, cui si farà più avanti richiamo, che marca in modo netto la distanza dall'analogo decisione del tribunale costituzionale spagnolo sul caso *Melloni*.

È poi da mettere in conto che la pronuncia della Grande Camera su *Taricco* possa alimentare non poche, particolarmente incisive riletture da parte della giurisprudenza comune, quale quella avutasi da parte della Cass., IV sez. pen., 25 gennaio 2016, 7914/16 (annotata a prima lettura da A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 marzo 2016), specificamente per il caso che la Consulta, il cui verdetto è ad oggi atteso, non dovesse esplicitamente opporre l'osservanza dei "controlimiti". Si ha notizia che la stessa Cass., III sez. pen., avrebbe pochi giorni addietro sollevato una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 325 TFUE per come interpretato in *Taricco*, nella parte in cui impone la disapplicazione dell'art. 160 e 161 c.p., per contrasto con gli artt. 3, 11, 25, II c., 27, III c., e 101, II c., cost.; l'ordinanza di rimessione non è tuttavia ad oggi disponibile.

⁴⁶ Mi rifaccio qui ad una nota indicazione di O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010 e *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in G. REPETTO (cur.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Intersentia, Cambridge 2013, 99 ss.

⁴⁷ Non è chiaro se la seconda formula – come si sa, introdotta da Corte cost. n. 49 del 2015, dietro cit. – costituisca una mera variante o esplicitazione linguistica della prima ovvero se si riferisca a nuovi concetti (di ciò, nondimeno, in altri luoghi).

tiche tragedie, cala dal cielo per sbrogliare una matassa talmente aggrovigliata da rendersi altrimenti non dipanabile.

Sta di fatto che il vincolo discendente dalle pronunzie della Corte di giustizia è ritenuto stringente, con ogni probabilità a motivo della riconosciuta natura delle stesse quali fonti di diritto a tutti gli effetti (una natura essa pure di cui non è chiaro il fondamento...) ⁴⁸, qualità questa di cui sarebbero invece prive le decisioni del giudice di Strasburgo ⁴⁹. La qual cosa, poi, passando dalle Corti alle Carte cui le prime danno voce, rischia di riflettersi in una diversa condizione, a conti fatti, riconosciuta alle Carte stesse: quasi che quella dell'Unione sia una fonte di diritto *optimo iure*, come tale appieno prescrittiva, salvo a denunziarne (in punto di astratto diritto) il superamento, in una vicenda processuale data, dei "controlimiti", laddove la Convenzione sarebbe una fonte solo... *parziale* o, diciamo meglio, *sub condicione*, ponendosi a punto di riferimento obbligato per gli operatori di diritto interno unicamente laddove sulla stessa si radichino indirizzi giurisprudenziali "consolidati" o decisioni-pilota e cessando invece di esserlo in difetto di siffatta condizione ⁵⁰.

⁴⁸ Una emblematica testimonianza di questa complessiva tendenza, che non appare essere esclusivamente caratterizzante i rapporti tra il nostro giudice costituzionale e la Corte dell'Unione ma comune ad altre esperienze di relazioni interordinamentali, può vedersi nella remissività dimostrata dal tribunale costituzionale spagnolo nel caso *Melloni* che, dopo aver posto un quesito in termini che chiaramente rivelavano la preoccupazione avvertita dal giudice nazionale per il rispetto dei principi della Carta spagnola, davanti ad una risposta inequivoca e ferma nel ribadire il bisogno di una scrupolosa osservanza del primato, vi si è docilmente allineato, "senza se e senza ma". Di ben altro stampo l'orientamento manifestato in un caso analogo dal *Bundesverfassungsgericht*, nella decisione (sopra accennata) del 15 dicembre 2015 – 2 BvR 2735/1 –, laddove è enunciato il principio secondo cui nel procedimento di consegna per effetto di mandato di arresto europeo conseguente a condanna in contumacia a trent'anni di reclusione va comunque salvaguardato il diritto di difesa. In tema di mandato di arresto europeo, si segnala ora la decisione della Grande Camera del 5 aprile 2016, *Aranyosi*, adottata dietro rinvio pregiudiziale dell'*Hanseatisches Oberlandesgericht* di Brema, in cui è detto che la decisione-quadro sul MAE richiede di essere intesa e fatta valere alla luce e nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 4 della Carta di Nizza-Strasburgo, non acconsentendosi dunque all'esecuzione di un mandato laddove vi siano fondate ragioni che il soggetto destinatario dello stesso possa trovarsi esposto a trattamenti disumani e degradanti. Uno speciale significato va, a mio avviso, assegnato all'affermazione secondo cui il dettato della decisione-quadro può essere colto appieno nella sua portata prescrittiva unicamente se orientato verso la fonte, la Carta appunto, che dà voce e tutela al valore indisponibile della dignità della persona umana. Gli enunciati normativi dell'Unione, insomma, richiedono sempre, tutti, di essere fatti oggetto di letture assiologicamente orientate.

⁴⁹ Natura ed effetti delle decisioni in parola, pur essendo – come si sa – fatte oggetto di studi numerosi ed approfonditi [riferimenti, di recente, in P. GIANNITI, *L'incidenza delle sentenze della Corte EDU sul sistema italiano*, sez. III, cap. VII, parte I, in P. GIANNITI (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, cit., 391 ss., e S. VANNUCCINI, *Lineamenti essenziali sull'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e sulle modalità di espletamento dell'attività in ordine alla c.d. "post-judgment phase"*, in www.federalismi.it, *Focus Human Rights*, 1/2016, 22 gennaio 2016] attendono ancora oggi una loro adeguata definizione e sistemazione. Per ciò che qui se ne può dire, ho l'impressione che sia in atto una marcata tendenza alla diffusione ed al radicamento delle pronunzie in parola, anche oltre ciò che è al riguardo positivamente stabilito: insomma, nella "costituzione materiale" delle relazioni tra Convenzione e diritti nazionali si va – a me pare – verso un primato della prima, nel suo farsi "diritto vivente", non molto distante, nei suoi termini essenziali, rispetto a quello che è proprio del diritto eurounitario. Un discorso a sé dovrebbe poi farsi per ciò che attiene al "seguito" dato dal legislatore, rispettivamente, ai verdetti della Corte dell'Unione ed a quelli della Corte europea, laddove si registrano ad oggi perduranti ritardi e non rimosse carenze, la cui illustrazione porterebbe tuttavia troppo oltre l'*hortus conclusus* entro il quale la riflessione ora svolta deve tenersi (per talune prime indicazioni, con specifico riguardo all'attenzione prestata alla CEDU in Parlamento e dal Governo, v. M. MIDIRI, *La CEDU in Parlamento*, in *Dir. pubbl.*, 1/2015, 85 ss. e A. GUAZZAROTTI, *Obbligo di rimediare alle violazioni della CEDU e logiche emergenziali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 1047 ss.).

⁵⁰ A rigore, la Convenzione *ut sic* è sempre punto di riferimento obbligato per gli operatori nazionali, dovendosi distinguere la condizione della Carta da quella della Corte istituita a sua salvaguardia. Non v'è però chi non veda come questa dissociazione si dimostri essere nei fatti estremamente problematica e, con ogni verosimiglianza, impossibile da far valere. L'intento della Consulta, reso palese dalla sent. n. 49, cit., è infatti nel senso di somministrare ai giudici nazionali la direttiva di metodo di mettere da canto, puramente e semplicemente, la Convenzione in caso di mancanza di un indirizzo interpretativo "consolidato" o, meglio, di considerarne, in siffatta evenienza, facoltativa la osservanza, non essendo abilitati – a quanto pare – i giudici stessi a confrontarsi in modo diretto con la Convenzione stessa, senza la mediazione necessaria della giurisprudenza messa a punto a Strasburgo. Quand'anche, poi, si dovesse, con buoni argomenti, rigettare l'ipotesi ora fatta, ragionando nel senso che la Convenzione, siccome rilevante in ambito interno per il tramite della legge che vi ha dato esecuzione, obbliga comunque i giudici a prestarvi ossequio, il rischio – come si diceva – è che proprio l'ipotesi sopra formulata finisca con l'affermarsi.

Ancora una volta, tuttavia, consiglieri di non fermarsi alla crosta del fenomeno indagato. La conclusione appena raggiunta, infatti, è apprezzabile al piano formale-astratto, non pure ad uno sostanziale. In quest'ultimo, anzi, *proprio* la circostanza per cui la Consulta ritiene non potersi far luogo a selezioni della giurisprudenza eurounitaria può indurre non di rado a manipolazioni sostanziali della stessa abilmente camuffate e presentate quale forma peculiare di attuazione o applicazione in ambito interno⁵¹.

Di che ci si meraviglia, d'altronde? Non poche volte – come attesta anche un approssimativo scrutinio della giurisprudenza costituzionale – infatti, ritenendo essergli precluse addizioni e manipolazioni dei testi di legge, il giudice costituzionale penetra la corazza degli enunciati linguistici e punta diritto al cuore della sostanza normativa in essi racchiusa, sottoponendola a (ora maggiori ed ora minori, e tuttavia pur sempre consistenti) rifacimenti. Certo, rimane poi la diversità degli effetti, le manipolazioni testuali dispiegandosi verso tutti, laddove quelle operate per via d'interpretazione posseggono – secondo la comune opinione – efficacia circoscritta ai casi. Il fatto in sé della manipolazione, nondimeno, rimane e con esso, dunque, il carattere intrinsecamente “normativo” della decisione che vi fa luogo.

5. *Al tirar delle somme: primato e (ed è), non già versus, identità*

Quale, allora, la conclusione del discorso fin qui svolto?

Due i punti sui quali, al tirar delle somme, mi pare che convenga particolarmente fermare l'attenzione, anche negli studi a venire e che dovranno tenere in adeguato conto gli svolgimenti delle relazioni interordinamentali, specie sul terreno delle esperienze giudiziali, ad oggi maturati e le linee di tendenza da essi tracciate.

Il primo.

Immaginare che il primato e l'identità costituzionale siano, a mo' di eserciti schierati e pronti a farsi una guerra senza risparmio di colpi, per loro vocazione cioè portati ad una insanabile contrapposizione è, a mia opinione, metodicamente prima ancora che teoricamente sbagliato. E ciò, per la elementare ragione che il primato, persino laddove sembri urtare con uno o più dei principi che fanno l'identità, può in realtà concorrere all'affermazione *magis ut valeat* dell'identità stessa, consentendo pertanto di pervenire a sintesi assiologicamente apprezzabili dei valori costituzionali nel loro fare “sistema”. Quando questo si abbia, e quando invece no, è questione ovviamente da risolvere di volta

⁵¹ Non è chiaro quale ruolo possano al riguardo giocare i rinvii pregiudiziali operati dallo stesso giudice costituzionale. In generale, a me pare che, esponendosi a mezzo della richiesta presentata alla Corte dell'Unione, il giudice nazionale possa quindi esserne condizionato in misura maggiore rispetto a quella che si avrebbe in mancanza della richiesta stessa. Non è però detto che le cose stiano poi davvero così: anche i giudici *a quibus* nei giudizi di costituzionalità rivolgono domande al giudice delle leggi ma poi – come si è sopra accennato – non è affatto sicuro che si conformino sempre fedelmente alle risposte di quest'ultimo. Ad ogni buon conto, la questione, pur non essendo priva di interesse, a me pare che meriti di essere ridimensionata, se non altro per il fatto che i rinvii da parte della Consulta si contano – com'è noto – sulle dita di una mano e nulla fa al momento presagire che questo *trend* debba nel prossimo futuro subire una inversione di rotta.

Mutatis mutandis, qualcosa di simile potrebbe valere con riferimento alle consultazioni richieste alla Corte EDU, ai sensi del prot. 16 aggiunto alla CEDU, laddove parimenti viene da pensare che l'utilizzo di tale strumento da parte della Corte costituzionale, una volta a ciò abilitata, sarà estremamente contenuto. È vero che i pareri emessi dalla Corte europea, a differenza delle pronunzie dietro rinvio pregiudiziale, non sono vincolanti ma è anche vero – come si è fatto altrove notare – che il giudice nazionale che vi si discosti, sa di esporsi a successivi ricorsi alla stessa Corte consultata, stavolta in sede giurisdizionale. La qual cosa, poi, apre scenari inquietanti ed oscuri per ciò che specificamente riguarda i rapporti tra la Corte europea e la Corte costituzionale, stante la previsione del divieto di qualsivoglia impugnazione a carico delle decisioni di quest'ultima, cui si è già fatto sopra cenno. Una previsione che però, tanto lungo l'asse dei rapporti con la Corte europea quanto lungo quello dei rapporti con la Corte di giustizia, potrebbe – come si accennava poc'anzi – considerarsi essa pure passibile di bilanciamento assiologicamente orientato, soggetto cioè a quel canone della massimizzazione della tutela in cui – come si fatto notare – è da rinvenire la *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali in genere.

in volta; negare tuttavia, per partito preso, la possibilità stessa di configurare questa ipotesi equivale a considerare che la Costituzione sia perfetta, inarrivabile per capacità di apprestare tutela ai diritti, sì da non temere *in alcun caso* il confronto con ogni altra Carta⁵² e di potersi dunque chiudere a riccio in se stessa, senza bisogno di aprirsi alle altre Carte e da esse attingere quanto di meglio sono in grado di offrire al servizio dei diritti. L'esperienza, di contro, ci dimostra che le cose non stanno affatto così, secondo quanto – a tacer d'altro – testimoniano i non pochi casi in cui lo stesso diritto costituzionale vivente si rinnova al proprio interno per effetto delle suggestioni ed indicazioni che vengono *ab extra* (e, segnatamente, tanto dalla giurisprudenza eurounitaria quanto da quella convenzionale)⁵³. Si tratta, dunque, di soppesare tra i costi e i benefici che possono aversi per effetto dell'ingresso di norme di origine esterna, puntando pur sempre all'obiettivo della ottimale affermazione della Costituzione come "sistema" (... di "sistemi"). Ciò che, nondimeno, tengo qui pure in special modo a rimarcare è che, pur laddove si dia spazio alla prevalenza di norme di origine esterna che mettano sotto *stress* uno o più principi fondamentali, quest'esito pur sempre si avrebbe e giustificerebbe in ragione dell'affermazione dell'identità costituzionale, nei limiti in cui si renda possibile alle condizioni oggettive di contesto. Di modo che *primato ed identità possono, secondo modello, realizzarsi (ed effettivamente si realizzano) congiuntamente*, quanto meno laddove si faccia un uso congruo degli strumenti processuali e dei bilanciamenti che per il loro tramite prendono corpo nelle esperienze giudiziali.

Il secondo punto.

Cogliere se e dove i controlimiti sono fatti realmente valere a carico del diritto di origine esterna è estremamente disagiata e problematico, dovendosi svolgere l'indagine su un piano inclinato e scivoloso e non disponendosi di strumenti adeguati al monitoraggio richiesto. E ciò, ove si ammetta – come, a mia opinione, deve – che i casi di esposizione dei controlimiti, da noi come altrove, possono essere assai contenuti o, addirittura, assenti, trovando tuttavia gli stessi ugualmente il modo di affermarsi, sia pure per vie sotterranee percorse dai giudici, specie comuni, che si rendano artefici di più o meno corpose manipolazioni dei testi di legge o di pronunzie di altri giudici (e, alle volte, come si è veduto, persino delle... *proprie*), cui pure si dichiara di prestare scrupoloso ossequio.

I controlimiti, insomma, ci sono e sono vivi e vegeti, rimanendone nondimeno legata l'affermazione agli esiti di bilanciamenti secondo valore; rintracciarli e darne un'adeguata rappresentazione rimane, ad ogni buon conto, un'impresa improba. È in questo loro continuo oscillare che si consuma il destino di un rapporto tra primato del diritto sovranazionale

⁵² Non si dimentichi tuttavia, che la stessa Corte costituzionale ha fissato, in una ormai risalente ma non per ciò inattuale pronunzia, la n. 388 del 1999, il principio, di straordinario spessore metodico-teorico, secondo cui la Costituzione e le altre Carte dei diritti "*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*" – ciò che farebbe pensare ad un loro rapporto paritario –, precisandosi tuttavia subito prima che "i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione".

⁵³ Ci si può, poi, chiedere perché mai ciò che quotidianamente si riscontra nelle pratiche interpretative ed applicative, specie giurisprudenziali, non possa (e, a mia opinione, debba) altresì aversi per effetto di innovazioni apportate al dettato costituzionale con la via piana della revisione.

Qualcuno dovrà dunque, prima o poi, spiegare perché mai, in nome della canone della miglior tutela, dietro richiamato, le previsioni della Carta costituzionale possano andare soggette ad innovazioni anche corpose all'incontro con le previsioni di altre Carte dei diritti, innovazioni candidamente presentate quale mero aggiornamento per via d'interpretazione, mentre non possano esserlo per mano del legislatore di revisione. Un autentico tabù, infatti, è – come si sa – considerata l'ipotesi di modifiche alla parte sostantiva della Carta, tanto più poi se riguardanti i principi fondamentali, innovati non già, ovviamente, a finalità di "restaurazione" (in cui è da rinvenire, secondo la più sensibile dottrina, il solo limite delle revisioni: G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206) bensì allo scopo di assicurarne un'accresciuta implementazione nell'esperienza (con specifico riguardo al catalogo costituzionale dei diritti l'opportunità di un suo congruo e *temporis ratione* efficace aggiornamento è patrocinata nel mio *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Rendiconti degli anni 2007-2008* dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Bononia University Press, Bologna 2009, 215 ss., nonché in *Studi in onore di P. Grossi*, II, Giuffrè, Milano 2012, 1103 ss.).

e salvaguardia della identità costituzionale che attende di essere costantemente ridefinito e rimesso a punto secondo i casi.

Forum di Quaderni Costituzionali