

«Indipendentemente dalla collocazione dei fatti»: i principî supremi come problema di rigidità costituzionale (in margine al caso Taricco)*

di Fabio Ferrari **
(22 giugno 2018)

Della miriade di spunti evocati dalla vicenda *Taricco*, due meritano di essere qui segnalati: il primo riguarda il *rule of law* dell'UE; il secondo attiene al rapporto tra principî supremi e rigidità costituzionale.

Quanto al primo, induce a riflettere il fatto che il conflitto sia sorto in tema di irretroattività della legge penale: si tratta di un pilastro non solo della storia costituzionale, bensì anche del *rule of law* dell'UE. Quest'ultimo è scolpito nel diritto primario, e rappresenta uno dei punti saldi dell'identità sovranazionale. Che sussista un patrimonio *differenziale* ancora netto tra quest'ultima e i principî supremi degli Stati costituzionali appare evidente (cfr. C.G., P-2/13, § 192) ma ciò sembrerebbe dipendere da ragioni attinenti *in primis* alla mancanza del principio di eguaglianza sostanziale nella 'Costituzione' europea, e alle conseguenze sistemiche che da ciò derivano (soprattutto in ordine alla lacunosa protezione dei diritti sociali: *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights* 2016, europa.eu, § 2).

Al contrario, il nodo *Taricco* poggia sulla diversa concezione di un tipico diritto di prima generazione, posto a fundamenta del *rule of law*, sulla comune condivisione del quale in ambito UE non parrebbe esservi alcun dubbio. Peraltro, le conclusioni della Commissione sullo *Stato di diritto* (Comunicazione dell'11 Marzo 2014, europa.eu, § 2) aderiscono specularmente agli esiti dell'encomiabile sforzo profuso dalla Commissione di Venezia (*Rule of law checklist*, www.venice.coe, § 18): organo istituito in seno al Consiglio d'Europa a fini consultivi – anche a favore degli Stati membri – in tema di contenuto del 'patrimonio costituzionale europeo'; date queste premesse, pareva dunque lecito ritenere ispessita l'impermeabilità di un tale 'nucleo duro'.

Ma così non è stato. Ciò, oltre a ribadire il peso che, ancora oggi, l'*imprinting* economicista UE gioca talvolta nelle pronunce della Corte del Lussemburgo, sembra confermare la distanza tra le concezioni astratte, ireniche dei diritti solennemente proclamati nelle Carte *lato sensu* costituzionali e la loro concreta attuazione. Il diritto è e rimane una scienza pratica, che poggia inevitabilmente su modelli teorici articolati, ma che svela il vero lato di sé a contatto con la realtà. Che il conflitto sorga non nell'ambiente *armonico* delle disposizioni, bensì in quello assai più *distonico* delle norme appare dunque inevitabile, anche quando si tratti del 'comune' *rule of law* (sulle gradazioni del quale Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, *Pub. law & LTRPS* 2008, 45 ss.).

Si può anche obiettare al giudice nazionale una visione opinabile della prescrizione, ma la competenza a stabilire il significato dell'identità costituzionale interna complessiva spetta ad esso, e se la sua giurisprudenza poggia su principî costituzionali nel concreto solo parzialmente – e dunque apparentemente – coincidenti con quelli dell'UE, la contrapposizione diviene strutturale (Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, 107 ss.).

Il nodo, peraltro, non è nuovo in letteratura; si pensi alla categoria dei limiti *logici* alla revisione costituzionale: non nel significato legato a Ross e al suo *puzzle*, bensì nella versione sostanziale dell'aggettivo, concepita al fine di individuare principî costituzionali supremi comuni a tutti gli ordinamenti orientati al costituzionalismo. Autorevole dottrina ha proposto elenchi astratti di tali limiti, senza però trovare soluzioni concrete pienamente

* Scritto sottoposto a *referee*.

soddisfacenti, tanto da vedersi costretta a virare su terreni meno impervi rispetto a quello del nudo, crudo diritto positivo (problematicamente Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Roma 2005, 136 ss.).

Le 'tradizioni costituzionali comuni' sembrano percorrere la stessa strada, poiché per ciò che non è condiviso – astrattamente nelle disposizioni o come nel caso in esame concretamente nella loro interpretazione – risultano inservibili (Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, Riv. AIC 2016, 8).

Quanto poi al rispetto dell'*identità* costituzionale da parte dell'UE, è qui sufficiente sottolineare l'inciso della Corte riportato nel titolo di questa nota (3 c.i.d.): nonostante la parziale retromarcia della Corte di giustizia in *Taricco II*, rimaneva ivi scoperto il nervo dell'armonizzazione in materia penale a seguito dell'adozione della Dir. UE 17/1371; e proprio sul punto la Corte costituzionale sembra aver eretto un muro granitico, giungendo ad una sorta di applicazione *de facto* dei controlimiti che, sommata al precetto indirizzato ai giudici comuni nella sent. 269/2017, non pare lasciare molto spazio alla fantasia.

Difficile che una tale soluzione soddisfi l'UE e il suo giudice. Ciò posto, questi aspetti suggeriscono di prendere in esame il secondo profilo accennato in premessa.

La rigidità è un principio supremo (C. cost. 48/1979, 3 c.i.d.): per certi aspetti è il presupposto della categoria, dato che l'esistenza di un nucleo fondamentale di norme sottratto alla revisione implica, secondo logica, la revisione medesima. Essa protegge la superiorità normativa della Costituzione innanzi alle fonti ordinarie *tipiche*, grazie all'art. 138 Cost. ed alla giurisdizione costituzionale. Ma ciò vale anche per le fonti ordinarie *atipiche*? Il problema non è un'inezia: una legge atipica, nonostante le sue peculiarità sostanziali, è pur sempre una legge ordinaria, e in quanto tale non può essere immune dalla rigidità.

Il discorso però si complica: l'atipicità implica una forza passiva superiore a quella espressa dalla mera forma; nel caso dell'UE la legge è dotata, come è ovvio, di copertura costituzionale, grazie al rinforzo ex art. 11 Cost. Posto che in ambito di *propria competenza* le fonti UE sono autorizzate a derogare anche a disposizioni di rango costituzionale, le conseguenze sul piano della rigidità sono rilevanti: una fonte ordinaria (atipica) 'prevale' su quella costituzionale, e a quest'ultima non sembra residuare alcun titolo di intervento in caso di antinomia (*ex pluribus* C. cost. 117/1994, 2 c.i.d.).

La genesi giurisdizionale dei controlimiti sembra confermare il tema: fu proprio innanzi a fonti atipiche recettive di fonti-fatto *esterne* che la Corte costituzionale, impossibilitata ad opporre l'ordinario muro della rigidità (seppur in modo diverso: gli effetti dell'art. 11 Cost. non sono identici a quelli, per esempio, dell'art. 7.2 Cost.) eresse l'ultima fortezza: i principî supremi; e se è vero che si deve al Costituente l'iscrizione nella Carta di limiti alla revisione, fu però il giudice delle leggi a dotarli di un esplicito rimedio giurisdizionale (Dogliani, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la 'sdrammatizzazione del diritto costituzionale'*, *Le Regioni* 1990, 778).

La Corte, dunque, rispose all'*assedio* al rango costituzionale di (talune) fonti atipiche: lo fece distillando dalla Carta un nucleo fondamentale di principi sostanziali sottratti a qualsivoglia potere politico, esterno od interno, e ponendosi a presidio di essi. Così facendo, configurò un nuovo modo di proteggere la rigidità, per il semplice motivo che differente era la fonte del conflitto: non più la legge ordinaria tipica, bensì la sua omologa *atipica*.

Si è soliti convogliare la rigidità lungo la traiettoria legge ordinaria-procedimento aggravato-*judicial review*. Ciò è corretto, ma come è stato sottolineato (Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano 1997, 563), Kelsen costruì la sua teoria a gradi profondamente influenzato dal contesto storico-politico in cui era immerso: in esso, gli interessi erano 'interamente' rappresentabili entro la dialettica parlamentare; dunque,

l'aggravamento della procedura imposto per la modifica della Carta, richiedendo il concorso della minoranza parlamentare, appariva sufficiente a garantire la rigidità.

Oggi il conflitto è assai diverso, e spesso si svolge altrove, con soggetti del pluralismo che non abitano i confini nazionali. Le fonti atipiche riflettono la salutare apertura verso l'esterno della Costituzione, prevalendo innanzi alle mere fonti ordinarie tipiche. La rigidità, però, deve valere anche nei loro confronti, con mezzi che non sempre possono essere analoghi a quelli tradizionali: i controlimiti rispondono esattamente a questo compito (in precedenza, pur innanzi a discutibili opzioni processuali, sent. 238/2014).

Peraltro, la presenza di un nucleo *sostanziale* di principî sottratto al dominio del potere politico, interno od esterno che sia, sembra rappresentare una possibile chiave di lettura dello Stato costituzionale, nonché un profilo della sua frattura con lo Stato di diritto: in quest'ultimo l'intero contenuto costituzionale poteva essere modificato nel rispetto della procedura *formale* – pattizia – prevista dalla Carta (Ferrari, *Original intent e rigidità dello Statuto albertino*, *Quad. cost.* 2016, 609 ss.). Il fatto che la Corte si eriga a giudice anche di tale nucleo, dunque, risulta comprensibile e condivisibile, quale che sia il soggetto che intenda insidiarlo.

In quest'ottica, risulta difficile aderire alla raffinata tesi della 'europeizzazione' dei controlimiti: sia perché il giudizio su di essi non può che essere riservato alla Corte costituzionale, trattandosi di un potere la cui delega ad un giudice esterno risulterebbe *ultra vires*; sia perché il bilanciamento operato (o giudicato) dalla Corte di giustizia risulta ancora, in parte, costitutivamente difforme rispetto a quello nazionale (su entrambi i punti Bin, *op. e pp. cit.*).

E da ultimo, proprio perché i controlimiti sono strutturalmente concepiti per garantire la *rigidità* della Costituzione innanzi a talune *fonti ordinarie atipiche*, non potendo dunque in alcun modo essi divenire di competenza dell'ordinamento avverso il quale si giustifica la ragione della loro esistenza (sul rapporto tra genesi e funzione dello strumento M. Luciani, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, *Oss. AIC* 2017, 9 ss.).

** Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università di Verona