

Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*

di Omar Chessa **
(11 ottobre 2019)

Sommario: 1. Esiste un diritto “costituzionale” dell’Unione europea? – 2. La costituzione della «tradizione liberal-democratica» – 3. L’UE ha una costituzione come «regola del procedimento legislativo»? – 4. Cosa consente l’art. 11 della Costituzione – 5. Critica di alcune tesi – 6. *Segue:* cosa significa la clausola dell’«identità costituzionale nazionale» – 7. Sulla «massimizzazione della tutela» – 8. Un’idea ancora attuale: il nesso tra “costituzione” e “Stato”.

1. Esiste un diritto “costituzionale” dell’Unione europea?

Da qualche tempo mi vado convincendo che il discorso di Antonio Ruggeri in tema di rapporti tra UE e ordinamenti nazionali sia riconducibile al «pluralismo costituzionale», un’influente corrente di pensiero che accomuna tutti coloro che, come Ingolf Pernice, Neil McCormick, Joseph Weiler, Neil Walker, ecc., scorgono nell’ordinamento dell’UE «a site of constitutional authority», affiancato ai «sites of constitutional authority» corrispondenti agli ordinamenti nazionali¹.

In altre parole, appartiene al *constitutional pluralism* chi afferma che l’ordinamento sovranazionale sarebbe irriducibile al paradigma classico del diritto internazionale e che avrebbe pertanto natura “costituzionale”, con ciò accreditando la possibilità che vengano contemporaneamente più assetti costituzionali (quello nazionale e quello europeo) entro il medesimo ambito territoriale, senza che tra essi intercorrano rapporti di gerarchia. Non c’è dubbio che anche il chiaro Autore che qui onoriamo si riconosca a grandi linee in questa linea di pensiero, pur con le peculiarità che connotano il suo pensiero².

Ma esiste veramente un diritto “costituzionale” dell’Unione Europea? E ammettendo che si possa legittimamente parlare di una Costituzione dell’Europa, è possibile concepire e praticare il rapporto tra questa e gli ordini costituzionali nazionali in termini non gerarchici, ma paritari e interattivi (come postulato dal *constitutional pluralism*)?

2. La costituzione della «tradizione liberal-democratica»

Per Antonio Ruggeri il *proprium* della costituzione europea coincide con ciò che di comune vi sarebbe nelle costituzioni degli Stati membri: i diritti fondamentali.

Riallacciandosi alla «tradizione liberal-democratica», Ruggeri identifica la costituzione con la «Carta dei diritti fondamentali», col *Bill of rights*, richiamando l’art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino (Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen)* del 1789, per il quale *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*. Poiché senza la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri (che formano il contenuto ideale invariabile della «tradizione liberal-democratica») non si avrebbe una costituzione, ne segue che essi sarebbero la costituzione³.

Seguendo quest’accezione ideologicamente connotata si arriva a postulare che la

* Contributo destinato agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, in corso di pubblicazione.

1 Traggio il virgolettato da N. Walker, *Constitutional Pluralism Revisited*, in *European Law Journal*, Vol. 22, No. 3, May 2016, 334.

2 Si vedano, riassuntivamente, le tesi esposte in A. Ruggeri, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, 2014, 1-22.

costituzione non sia la scrittura che incorpora i valori della tradizione liberal-democratica⁴, ma questi stessi valori, che ben possono venire espressi pure da altre fonti, ad esempio da carte sovranazionali dei diritti o dallo stesso diritto dell'UE, sia nelle sue norme di organizzazione che nei suoi principi di fondo e finalità. E difatti, per Ruggeri il documento formante la costituzione formale dello Stato non esaurisce «la Costituzione in senso tondo e pieno», la quale infatti «attinge (...), per un verso, ad altre Carte anche solo *materialmente* costituzionali in quanto esse pure idonee a dare riconoscimento ai diritti fondamentali, presentandosi dunque quale una sorta di “intercostituzione”; per un altro verso, poi, trae sostegno ed alimento da norme subcostituzionali, da regole (scritte e non), da regolarità della politica, che rinnovandosi incessantemente, concorrono altresì a rigenerare senza sosta il documento costituzionale, caricandolo di sempre nuovi significati»⁵.

È un'impostazione che conduce coerentemente all'esito della «europeizzazione dei controlimiti»⁶: i diritti inalienabili e i principi fondamentali non appartengono al livello costituzionale nazionale più di quanto appartengano al livello costituzionale europeo, che infatti esprime «la Costituzione in senso tondo e pieno», imperniandosi anch'esso sui valori della tradizione liberal-democratica. In questo quadro teorico di fondo, inoltre, acquista senso la proposta che i conflitti tra norme materialmente costituzionali siano risolti secondo il criterio o principio della «massimizzazione della tutela», prescindendo perciò dai tratti formali della fonte di provenienza e rinunciando di conseguenza a ordinare aprioristicamente i rapporti tra le diverse fonti (materialmente e formalmente) costituzionali secondo criteri di gerarchia o competenza⁷.

C'è il dubbio, tuttavia, che il “progetto costituzionale” al quale s'ispirano le fonti *esterne* non corrisponda a quello incorporato nel documento costituzionale *interno* vigente nella Repubblica italiana. Una volta aperto l'ombrello della «tradizione liberal-democratica», si assume, senza soddisfare oneri argomentativi ulteriori, che sotto la sua ombra stiano tutte le costituzioni degli Stati membri dell'UE e di tutte le nazioni che sono ascritte tra le democrazie industriali di questa parte occidentale di mondo. Ma va detto che, almeno per quel che concerne il dettato costituzionale italiano, questo può ricondursi nella sua interezza e complessità al costituzionalismo liberal-democratico solo al prezzo di una evidente forzatura, ché per un lungo tratto aspira invero a porsi ben oltre questa corrente di pensiero, perseguendo piuttosto le finalità che sono proprie del costituzionalismo democratico-sociale. Era questa, perlomeno, la percezione che ne avevano i padri costituenti e i più autorevoli giuristi costituzionalisti che operarono

3 A. Ruggeri, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, cit., 2, 5. In passato anche il sottoscritto aveva scorto nelle libertà fondamentali il contenuto tipico delle costituzioni, il solo perlomeno che potesse fondarne la superiorità rispetto alle altre fonti normative: vedi O. Chessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, IX ss.. Ma da qualche anno ho sottoposto a revisione quest'idea giovanile: vedi O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 17-50, 557-602.

4 Una tesi svalutativa della «scrittura costituzionale» è in A. Ruggeri, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, cit., 2, 3.

5 A. Ruggeri, *op. ult. cit.*, 3,4.

6 A. Ruggeri, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti» e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, 827 ss.

7 A. Ruggeri, *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in *Consulta OnLine*, III/2015, 17 dicembre 2015, 835 ss., spec. 840 ss., e Id., *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 28 ss.

all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione del '48, da Crisafulli a Mortati⁸.

Non è un caso, del resto, che col progredire del processo di integrazione sovranazionale e dei fenomeni di globalizzazione sia iniziata da più di un ventennio un lavoro di reinterpretazione del significato complessivo del disegno costituzionale repubblicano italiano, finalizzato a ricondurlo sotto le insegne del paradigma liberal-democratico, in particolare accentuando le somiglianze anziché le differenze coi modelli costituzionali ormai egemonici degli USA e della Repubblica federale di Germania (che, com'è noto, non contemplano i diritti sociali).

3. L'UE ha una costituzione come «regola del procedimento legislativo»?

Inoltre bisogna intendersi sul concetto di "costituzione". Occorre riferirsi a quello della «tradizione liberal-democratica» e intenderlo perciò come «Carta dei diritti fondamentali» o si deve invece muovere da una definizione ideologicamente neutrale e spendibile per ogni tipo di ordinamento, prescindendo dal fatto che sia «liberal-democratico» o d'altro genere?

Se è vero infatti che l'UE ha già una costituzione nel senso liberal-democratico, non è detto che ne abbia una secondo il concetto propriamente scientifico e quindi ideologicamente neutrale. Può replicarsi che solo a partire dalla tradizione di pensiero liberal-democratico si darebbe l'idea di "costituzione" e la teoria e pratica del "costituzionalismo", inteso come insieme di limiti giudici al potere statale. Ma invero ogni forma e tipologia statale possiede una "costituzione", cioè una disciplina e modo di essere dell'assetto fondamentale di potere pubblico: è il concetto bodiniano di *Lex imperii* e hobbesiano di *Fundamental Law*, cui può ricondursi la tesi kelseniana secondo cui il «contenuto sostanziale tipico» di ogni costituzione, a prescindere dal suo carattere democratico o autocratico, sarebbe la «regola del procedimento legislativo», che stabilisce *chi e come* esercita il potere legislativo, cioè la competenza pubblica più importante⁹. Insieme alla disciplina dei modi di formazione della legge (e del diritto in genere) la costituzione stabilisce di riflesso il *frame of government*, cioè l'articolazione e la distribuzione essenziale del potere di direzione politica tra gli organi che compongono la forma di governo della comunità politica. La costituzione perciò assolve due compiti pratici: consente il riconoscimento del potere legislativo e degli altri organi di governo; e appresta gli strumenti per il riconoscimento del diritto valido e, indirettamente, di quello invalido. Dice, insomma, chi può legittimamente esercitare potere pubblico, offrendo nel contempo i criteri per distinguere il diritto dal non-diritto. Prendendo spunto da questa definizione, possiamo dunque affermare che esiste una costituzione europea e che il diritto pubblico europeo può connotarsi in senso autenticamente costituzionale?

A prima vista sembra che alla domanda non si possa che rispondere affermativamente. Non c'è dubbio che gli atti normativi dell'UE sortiscano da un procedimento formativo assimilabile a una regola del procedimento legislativo e, quindi, a una «costituzione materiale» (in senso kelseniano). Inoltre il diritto dell'Unione prevale sulle fonti nazionali interne ed è perciò forte l'impressione che le regole costituzionali nazionali sul procedimento legislativo siano subordinate alla regola del procedimento legislativo europeo: questo *a fortiori* sembra corroborare la tesi che una costituzione europea ci sia e che stia al di sopra delle costituzioni nazionali. Tuttavia questa conclusione inizia a vacillare se solo ci si interroga su quale sia la *Grundnorm* delle regole

⁸ V. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale* (1950), in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, ora in Id., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 250 ss.; C. Mortati, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Roma-Bologna, 1975, 11 ss.

⁹ H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, 1928, trad. ital. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)* in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, 152-153.

del procedimento legislativo europeo: come è noto, si tratta di norme contenute nei Trattati istitutivi, i quali però a loro volta acquistano vigore e giuridica coerenza per effetto degli ordini legislativi di esecuzione, nonché delle previsioni contenute nelle costituzioni nazionali. Il primato del diritto comunitario si fonda dunque sul diritto legislativo e costituzionale degli Stati membri.

Anche coloro che affermano la natura costituzionale dell'ordinamento sovranazionale non possono fare a meno di rilevare che comunque sussiste un nesso di derivazione giuridica coll'ordinamento (costituzionale) nazionale; e tuttavia ne sminuiscono il rilievo, quasi fosse un dato puramente formale, in sé incapace di celare o giustificare il carattere sostanzialmente auto-fondato del diritto dell'Unione, sebbene il legame derivativo sia in realtà il dato più importante proprio sotto il profilo sostanziale, perché è ciò da cui discende la stessa giuridicità delle norme europee nonché la possibilità del loro *enforcement*: non sarebbero, infatti, giustiziabili se non fosse possibile far risalire il loro titolo di validazione a un atto di volontà statale.

4. Cosa consente l'art. 11 della Costituzione

Per quanto riguarda l'ordinamento costituzionale italiano la norma che occorre considerare è quella che si evince dall'art. 11 Cost., nella parte in cui afferma che «l'Italia (...) consente (...) alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni». Il primato del diritto europeo sul nostro diritto nazionale è pertanto giustificato perché è la stessa Costituzione della Repubblica italiana a consentire «limitazioni di sovranità». In questo caso il termine «sovranità» si riferisce all'insieme delle competenze e dei poteri pubblici previsti dall'assetto costituzionale nazionale: alla loro limitazione corrisponde perciò l'attribuzione in capo a organi dell'UE di analoghe competenze.

Per giurisprudenza ormai costante si ritiene che l'art. 11 Cost. consenta a tutto il diritto dell'Unione, sia a quello originario che a quello derivato, di prevalere non solo sulle fonti legislative interne ma perfino sulle norme costituzionali, salvo il controlimite dei principi supremi. In passato ho provato a spiegare perché quest'indirizzo sia insostenibile¹⁰. Non bisogna mai dimenticare che l'art. 11 Cost. ha la classica struttura della norma autorizzativa, perché consente ciò che altrimenti sarebbe costituzionalmente vietato: se non ci fosse questa disposizione, gli organi costituzionali nazionali, e segnatamente il legislatore, non potrebbero spogliarsi delle competenze costituzionalmente previste per attribuirle agli organi di un'organizzazione sovranazionale. Infatti, l'art. 11, consentendo la limitazione della sovranità, autorizza *in generale* la possibilità della deroga all'ordine costituzionale delle competenze, mentre la legge di esecuzione del Trattato manifesta la volontà legislativa nazionale di consentire alla *particolare* deroga prevista dal diritto pattizio e, specialmente nel caso dei Trattati istitutivi della CEE e dell'UE, esprime la volontà del legislatore nazionale di autolimitarsi, consentendo che una quota delle sue competenze normative sia esercitata da organi dell'ordinamento europeo.

Come si vede, l'art. 11 Cost. non imputa l'effetto derogatorio alle norme comunitarie, prescindendo dalla mediazione della fonte legislativa interna autorizzativa del Trattato, ma ricollega tale capacità derogatrice *direttamente* alla legge di esecuzione dei Trattati. Dall'art. 11 non si evince un generico principio di «apertura (dell'ordinamento nazionale) al diritto di origine esterna», che trasmetterebbe a fonti normative sovranazionali e internazionali la capacità di penetrare nel nostro ordinamento con forza costituzionale¹¹.

¹⁰ O. Chessa, *Meglio tardi che mai. La dottrina dei controlimiti e il caso Taricco*, in A. Bernardi, *I controlimiti*, cit., 314 ss.

¹¹ Sul «principio di apertura» vedi A. Ruggeri, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale?*, cit., 28 ss., il quale però, a onor del vero, non afferma mai espressamente che esso

Difatti, l'art. 10 della Costituzione prevede l'adeguamento automatico solo per le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», con ciò circoscrivendo esplicitamente il grado di apertura del nostro ordinamento rispetto alle fonti esterne. Ogni altra fonte del diritto internazionale può produrre effetti nel nostro ordinamento soltanto sul presupposto di un trattato e di una relativa legge interna di esecuzione. Lo stesso deve valere per le norme comunitarie, non essendo norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

Assodato che in base al combinato disposto degli artt. 10 e 11 Cost. il diritto dell'UE può derogare alle norme costituzionali solo in forza di una legge di esecuzione (cui pertanto deve essere propriamente riferita la capacità derogatrice), ne discende che:

1) solo la fonte cui l'ordine di esecuzione rinvia, cioè il Trattato, può contenere regole in grado di sostituirsi a quelle costituzionali; ed è perciò escluso che fonti diverse dal Trattato, come – ad esempio – le fonti del diritto europeo derivato, possano sortire il medesimo effetto derogatorio¹²;

2) le «controlimitazioni» costituzionali, ossia i principi fondamentali e i diritti inalienabili, dovrebbero operare soltanto nei confronti delle deroghe stabilite dai Trattati, mentre nei confronti delle deroghe «aggiuntive», previste dal diritto europeo derivato, dovrebbe valere il limite della Costituzione nella sua interezza;

3) tutte le norme costituzionali di tipo sostantivo (ossia diverse da quelle competenziali e procedurali direttamente interessate dalle deroghe stabilite dal Trattato) sono controlimiti, considerato che l'art. 11 contempla solo «limitazioni di sovranità», lasciando perciò intangibile ciò che sovranità non è;

4) non è ammessa l'«europeizzazione dei controlimiti», cioè che il sindacato della Corte del Lussemburgo sulla validità degli atti normativi europei assorba il controllo delle corti nazionali circa il rispetto dei limiti costituzionali interni da parte del diritto comunitario;

5) infine, il legislatore nazionale può validamente esercitare un potere uguale e contrario a quello di autorizzazione alla ratifica dei trattati, ben potendo quindi abrogare il loro ordine di esecuzione e interrompere, così facendo, la vigenza del diritto europeo nell'ordinamento interno della Repubblica italiana.

Mi rendo conto che quanto asserito nei punti 1), 2) e 3) è, al momento, smentito dalla giurisprudenza costituzionale, la quale infatti afferma che anche il diritto europeo derivato debba, di regola, prevalere sulle norme costituzionali nazionali e che solo i principi costituzionali fondamentali possano valere come controlimiti. Si tratta, però, di un indirizzo che, a mio modesto avviso, non sviluppa coerentemente le conseguenze che sul piano della ricostruzione dogmatica debbono trarsi dall'art. 11 Cost. (disposizione alla quale la stessa Corte si richiama costantemente per inquadrare il rapporto tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale).

5. Critica di alcune tesi

Ma a difesa dell'orientamento seguito dalla Corte costituzionale si erge l'Autore che qui si onora, e proprio in un saggio scritto soprattutto allo scopo di ribattere alle tesi del

conferirebbe forza normativa interna al diritto esterno prescindendo dalla mediazione della legge di esecuzione.

¹² Qui occorre una precisazione. Indubbiamente il diritto europeo derivato, in quanto competente con riferimento agli ambiti trasferiti al legislatore sovranazionale, concretizza le astratte sottrazioni di competenza legislativa nazionale operate dai Trattati, cioè dà corpo alle (e perciò si inserisce nell'alveo delle) deroghe pattizie al diritto costituzionale interno. Ma una cosa è l'esercizio di una competenza che il Trattato prevede come derogatoria rispetto all'ordine costituzionale delle competenze, altra cosa è che, attraverso l'esercizio di tale competenza normativa, si introducano nuove deroghe al diritto costituzionale oltre a quelle già previste dal Trattato.

sottoscritto¹³.

Anzitutto Ruggeri osserva che alla base dell'integrazione tra ordinamenti ci sarebbe il seguente «vizio di origine»: «le limitazioni di sovranità avutesi al momento della istituzione delle Comunità europee si sono concretate – come si sa – a mezzo di leggi comuni che hanno fatto da veicolo per la immissione in ambito interno di norme, originarie e derivate, aventi origine esterna cui tuttavia la comune opinione, con l'apporto determinante di una coraggiosa (o temeraria?) giurisprudenza, ha riconosciuto l'idoneità ad esprimere una forza "paracostituzionale" o, diciamo pure, costituzionale *tout court*»¹⁴. Un vizio di origine che, invece, non si sarebbe manifestato se la ricezione del diritto europeo fosse avvenuta con legge costituzionale¹⁵.

Ora, a parte il fatto che la disciplina dell'art. 11 «risulterebbe svuotata del suo specifico contenuto normativo, se si ritenesse che per ogni limitazione di sovranità prevista dall'art. 11 dovesse farsi luogo ad una legge costituzionale»¹⁶, mi pare, inoltre, che l'approccio riportato scambi la causa coll'effetto, l'antecedente col conseguente. A fare problema, e a costituire perciò un «vizio di origine», non era il carattere ordinario, anziché costituzionale, delle leggi di autorizzazione ed esecuzione dei Trattati europei, bensì la conseguenza indebita che la Corte costituzionale ritenne di ricavarne allorquando, a partire in particolare dalla sent. 399/1987, asserì inopinatamente che «le norme comunitarie (...), se hanno derogato a disposizioni di rango costituzionale, debbono ritenersi equiparate a queste ultime, in virtù del disposto dell'art. 11 Cost.», senza distinguere tra norme europee primarie o derivate. Il vero «vizio di origine», a conti fatti, sta in questo orientamento giurisprudenziale, che arriva perfino a smentire nella sostanza il postulato della separazione tra ordinamenti, affermato dalla precedente sent. 170/1984, nella misura in cui, assegnando addirittura rango costituzionale alle norme comunitarie derivate, riconosce loro una ben precisa posizione nel nostro sistema interno delle fonti¹⁷.

Senonché, per Ruggeri il rango paracostituzionale o costituzionale *tout court* delle norme europee derivate, e quindi la loro prevalenza sulle norme costituzionali interne, sarebbe una soluzione «obbligata, per la elementare e risolutiva ragione che, ove le norme eurounitarie dovessero arrestarsi davanti a questa o quella norma costituzionale di questo o quel Paese appartenente all'Unione, si correrebbe il rischio (che, però, è quasi certezza) di non poter raggiungere gli obiettivi che giustificano l'esistenza stessa dell'Unione (e, per ciò stesso, si pregiudicherebbe il mantenimento della pace e della giustizia tra le Nazioni)»¹⁸.

Dico subito che ho difficoltà ad accettare l'idea che l'esigenza di attuare gli «obiettivi dell'Unione» abbia la precedenza rispetto a quella di garantire la vigenza di previsioni costituzionali (le quali, infatti, devono essere sempre il punto di partenza dei ragionamenti giuridici). Mi pare, inoltre, che sia finora indimostrato, e francamente indimostrabile, che «la pace e la giustizia tra le Nazioni» dipenda dalla costante prevalenza delle norme europee (secondarie) sulle norme costituzionali interne: gli svolgimenti degli ultimi anni

13 A. Ruggeri, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti*, cit., 473 ss.

14 A. Ruggeri, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie*, cit., 477.

15 E difatti A. Ruggeri, *op. ult. cit.*, 478, precisa che «una legge costituzionale che, una volta per tutte, conferisse a norme di origine esterna il titolo per derogare alle stesse norme costituzionali (oltre che, ovviamente, a quelle comuni) non avrebbe potuto far storcere il naso neppure ai più strenui difensori della sovranità "nazionale"».

16 Così, correttamente, la sent. 183 del 1973.

17 Neanche si può dire che la sent. 399/1987 abbia sviluppato delle premesse implicite nelle pronunce precedenti, come giustamente osservava F. Sorrentino, *Ammissibilità del conflitto e "cammino comunitario" della Corte. Un passo avanti o due indietro?*, in *Giur. cost.*, 1987, 2818.

18 A. Ruggeri, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie*, cit., 481.

paiono provare il contrario, visto che la tensione nei rapporti tra gli Stati membri ha raggiunto livelli inediti dal dopoguerra, nonostante decenni di prassi giurisprudenziale (e ricostruzione dottrinale) volta ad assegnare “prevalenza costituzionale” al diritto europeo. Quanto al pericolo che le norme comunitarie si arrestino «davanti a questa o quella norma costituzionale di questo o quel Paese», con ciò frustrando gli «obiettivi» e «l’esistenza stessa dell’Unione», mi sembra che ciò sia fisiologicamente implicato pure dalla tesi, propugnata dallo stesso Ruggeri, secondo cui il criterio di prevalenza tra norme materialmente costituzionali in concorrenza, siano esse di provenienza *esterna* o *interna*, e quindi europea o nazionale, debba essere il principio della «massimizzazione della tutela»: tesi che produrrebbe, appunto, l’effetto di determinare un’applicazione “a macchie di leopardo” del diritto europeo, secondo che offra oppure no una «maggiore tutela» dei valori costituzionali coinvolti¹⁹.

Ma la faretra ruggeriana non si svuota in fretta e altri argomenti sono portati contro la tesi che il diritto eurounitario non possa, di regola, prevalere su ogni norma costituzionale interna, salvo il controlimite dei principi fondamentali (e quindi contro la tesi, da me sostenuta, che ogni norma costituzionale sostantiva, diversa dalle norme di competenza, sia controlimite). In particolare, ve ne sono due.

Il primo fa leva sul tenore letterale dell’art. 11 Cost., rilevando come «nessuna esplicita indicazione in tal senso si (abbia) nell’enunciato costituzionale»²⁰. In realtà, la disposizione richiamata offre solidi elementi testuali a supporto della tesi che le norme europee non possano prevalere sulle norme costituzionali sostantive diverse da quelle competenziali: l’art. 11, infatti, consente e autorizza solamente le «limitazioni di sovranità», sicché non dovrebbero essere consentite né autorizzate le limitazioni che concernono ciò che non è sovranità. Orbene, se in ossequio a una lunga tradizione terminologica, da sempre invalsa nel diritto pubblico, per “sovranità” s’intende la dimensione del potere, delle competenze o funzioni pubbliche²¹, le «limitazioni di sovranità» dovranno intendersi come “limitazioni dell’ordine costituzionale delle competenze”, con la logica esclusione di tutti quei contenuti normativi costituzionali che non attribuiscono poteri²². Non è vero, pertanto, che il testo costituzionale sul punto taccia. L’art. 11 consente che, nei modi costituzionalmente prescritti, cioè per il tramite di leggi di autorizzazione ed esecuzione dei Trattati, talune competenze siano attribuite all’Unione. Ma così come quelle stesse competenze, se esercitate a livello nazionale, debbono rispettare le norme costituzionali sostanziali relative a diritti e altri principi di giustizia, parimenti non si vede per quale ragione ciò non debba valere nel caso in cui esse siano invece trasferite ed esercitate a livello europeo.

Con ciò non intendo (ri-)proporre la consueta cesura tra «costituzione dei diritti» e «costituzione dei poteri», tra organizzazione costituzionale e principi costituzionali, ma al contrario intendo proprio ribadire il legame stretto tra diritti e poteri, tra le finalità incorporate nei primi e la strumentazione di tutela apprestata dai secondi. Non c’è dubbio,

19 Usando le stesse parole di A. Ruggeri, *op. ult. cit.*, 491, il criterio della massimizzazione della tutela assegna «spazio al primato (delle norme europee, *ndr*) laddove ne possano avere giovamento i diritti, rispetto alle cure che essi potrebbero ricevere facendosi esclusivo riferimento al diritto nazionale (anche costituzionale!), ma vuole anche che il diritto sovranazionale si faccia da parte, per il caso che la tutela offerta dal diritto interno possa risultare maggiormente appagante».

20 *Ibidem*, 480.

21 Vedi, per tutti, M.S. Giannini, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 225, che definiva la sovranità come «somma delle potestà pubbliche dello Stato».

22 In altri lavori, ivi compreso quello criticato da Ruggeri, ho provato ad argomentare perché l’art. 11 faccia riferimento alla sovranità statale e non a quella popolare; e perché la sovranità dello Stato debba qui intendersi per sovranità della Repubblica complessivamente intesa, e quindi ricomprendente pure le competenze legislative regionali.

ad esempio, che la protezione dei diritti dipenda non meno dalle scelte legislative che dalle garanzie giudiziali e che i principi fondamentali siano non solo un limite “negativo” ed “esterno” ma anche un limite “positivo” ed “interno” ai poteri, valendo come loro vincolo finalistico. Alla luce di questa premessa, appare quasi scontato che la cessione di competenze, di “poteri” a favore dell’UE in tanto possa giustificarsi in quanto si assuma che il loro esercizio a livello europeo sia più utile ed efficace proprio in relazione alle finalità di principio in vista delle quali furono originariamente concepite le competenze poi trasferite, ossia in quanto sia conservato e non negato il legame originario tra «costituzione dei poteri» e «costituzione dei diritti»: un legame che, invece, si spezza irrimediabilmente se si assume che il trasferimento di competenza comprenda anche il potere di ignorare il vincolo finalistico che nel disegno costituzionale nazionale lega le competenze ai diritti, salvo il loro rispetto nel contenuto minimo²³.

6. Segue: cosa significa la clausola dell’«identità costituzionale nazionale»

L’altro argomento fa leva sull’art. 4.2. del Trattato UE, a mente del quale «l’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». A giudizio di Ruggeri tale disposizione «fissa nei soli principi di struttura di diritto interno la soglia invalicabile dalle norme eurounitarie», sicché chi sostiene una tesi diversa, come il sottoscritto, dovrebbe argomentare il necessario annullamento dell’art. 4.2. TUE²⁴.

Ora, chi scrive ha già preso posizione contro l’interpretazione che circoscrive la portata della clausola della «identità costituzionale nazionale» ai soli principi fondamentali o supremi²⁵. In base al tenore letterale del testo tale «identità» è «insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale (dello Stato membro, *ndr*)». Come si vede, non è scritto che sia insita nella “struttura costituzionale fondamentale”, formula nella quale l’aggettivo “fondamentale” specificherebbe l’aggettivo “costituzionale”. In realtà il rapporto tra i due aggettivi è rovesciato, perché “costituzionale” segue a “fondamentale”, presumendo con ciò che la «struttura fondamentale» sia più generale e comprensiva di quella «costituzionale». Ecco dunque che al legislatore sovranazionale è fatto divieto di violare l’identità nazionale intesa *anche* come struttura costituzionale di uno Stato membro: è un’interpretazione che, evidentemente, eleva a limite delle norme europee l’assetto costituzionale complessivo di ciascun Paese dell’UE.

7. Sulla «massimizzazione della tutela»

Infine, qualche considerazione sulla «massimizzazione della tutela», il criterio offerto da Ruggeri per comporre le antinomie tra fonti europee e fonti interne e consistente nell’assegnare prevalenza alla norma che invero una più intensa valorizzazione dei beni

23 E infatti, una cosa è postulare che i diritti siano un vincolo finalistico ai poteri, secondo una visione forte del rapporto tra “costituzione dei diritti” e “costituzione dei poteri”, un’altra è ritenere che le competenze attribuite all’UE debbano rispettare i diritti in quanto “principi fondamentali”, e quindi solo nel loro nucleo profondo di valore e, in sostanza, solo come limite negativo ed esterno e non certo come limite interno e positivo, cui l’esercizio della competenza sia funzionalizzato.

24 E difatti A. Ruggeri, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie*, cit., 485, mi accusa di non avere «prefigurato il possibile (ed anzi doveroso) annullamento dell’art. 4.2 (come di consueto, per il tramite della legge di esecuzione)», né di avere «ragionato a riguardo della ipotesi teorica di ricomprendere nell’area stessa, unitamente alle norme originarie della Carta, altresì ogni altra che si rivesta delle forme indicate nell’art. 138». Ma come dirò subito nel testo, si tratta di un rilievo infondato, poiché ho già proposto, e proprio nel saggio che Egli cita, una ricostruzione ermeneutica dell’art. 4.2. volta a ricomprendere ogni norma costituzionale sostantiva.

25 Vedi O. Chessa, *Meglio tardi che mai. La dottrina dei controlimiti e il caso Taricco*, cit., 318 ss.

costituzionali implicati dal caso.

Stando alle parole esplicite dell'Autore, è indubbio che tale criterio debba trovare applicazione in caso di conflitto tra norme interne formalmente costituzionali e norme europee materialmente costituzionali. Non è invece altrettanto chiaro se si applichi pure nel caso che il conflitto sorga tra norme che fossero prive di rango costituzionale, sia formale che materiale. È presumibile che in tali ipotesi si debba guardare al riparto di competenza tra fonti europee e fonti interne stabilito dai Trattati. Ma la distinzione formale/materiale complica assai il ragionamento, poiché – dal punto di vista di Ruggeri – potrebbe sempre darsi il caso che la norma europea o la norma interna, pur essendo contenuta in una fonte europea secondaria o in una fonte interna di rango legislativo ordinario, sia comunque provvista di un rilievo materialmente costituzionale nella misura in cui fosse connotata da un particolare pregio assiologico in quanto volta a un'intensa concretizzazione di valori costituzionali. In tal caso essa dovrebbe applicarsi in luogo di quella concorrente, prescindendo da considerazioni attinenti al rango formale. Insomma, sembra che, in abbinamento alla distinzione formale/materiale (laddove l'aggettivo "materiale" concerne il particolare pregio assiologico della norma), il criterio della «massimizzazione della tutela» abbia l'inarginabile tendenza a espandere il proprio ruolo e a porsi come onnipervasivo criterio di risoluzione delle antinomie tra fonti interne ed europee, *bypassando* i formali riparti competenziali e ordinazioni gerarchiche²⁶.

Tutto ciò, però, non appare esente da difetti, alcuni dei quali particolarmente evidenti.

Il primo è il fatto di relativizzare oltre il consentito il vincolo che discende dall'ordine legislativo di esecuzione del trattato: se si afferma che in nome della «massima tutela» il giudice interno può e deve disapplicare il diritto europeo in favore del diritto nazionale provvisto di maggiore pregio assiologico, invero si sta prima ancora asserendo che il giudice può e deve, senza la previa sollevazione di una q/c, disapplicare l'ordine legislativo interno di esecuzione del trattato, da cui propriamente deriva il vincolo ad applicare il diritto europeo competente in luogo della fonte interna.

Un altro limite della tesi qui esaminata è quello di eludere il problema della *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale. Il discorso ruggeriano infatti si svolge avendo riguardo esclusivo alle norme e ignorando totalmente la problematica dei rapporti tra le diverse autorità giurisdizionali coinvolte. Provo a spiegarmi meglio: sia i giudici europei che i giudici nazionali dovrebbero essere, in teoria, vincolati dal criterio della «massima tutela», nel senso che esso dovrebbe imporsi tanto agli uni che agli altri, cosicché di volta in volta si abbia la prevalenza della norma interna o di quella europea secondo che veicoli una più estesa attuazione di valori costituzionali. Ma come ci si regola nel caso in cui corti diverse non fossero d'accordo su quale norma sia più pregiata assiologicamente? In particolare a chi spetta l'ultima parola, in caso di disaccordo tra la Corte europea di giustizia e la Corte costituzionale italiana?

Va osservato che, muovendo dal postulato della «europeizzazione dei controlimiti» (che connota l'orientamento di Ruggeri), la risposta appare già orientata in favore del giudice europeo, al quale dovrebbe pertanto riconoscersi il giudizio definitivo sul pregio assiologico-costituzionale delle norme configgenti: la «massimizzazione della tutela» si

²⁶ È eloquente in tal senso la domanda retorica che A. Ruggeri, *op. ult. cit.*, 489, pone: «possiamo (...) mai escludere in partenza, per un assiomatico preorientamento, che possano esservi norme di legge comune che offrano ai principi di cui agli artt. 2 e 3 una tutela ancora più efficace ed avanzata di quella che è loro data dagli stessi disposti costituzionali agli artt. 13 ss.? E analogamente: possiamo escludere che possano darsi norme derivate dell'Unione che possano allargare gli spazi di libertà ed eguaglianza rispetto alle previsioni della Carta dei diritti dell'Unione stessa o di ciò che possa risultare dalle "tradizioni costituzionali comuni"? Il primato di una norma sull'altra, insomma, non discende – tengo qui, ancora una volta, a rimarcare – né dalla forma né dalla provenienza delle norme ma solo dalla loro "pregevolezza", in prospettiva assiologicamente orientata».

coniugherebbe, così, a una spiccata gerarchizzazione dei rapporti tra autorità giurisdizionali europee e nazionali.

Una posizione, all'apparenza, più moderata e salomonica è quella che si evince da una certa visione del diritto internazionale pubblico secondo la quale la Corte del Lussemburgo avrebbe l'ultima parola sull'interpretazione delle competenze attribuite dal Trattato²⁷, mentre alle corti costituzionali spetterebbe l'interpretazione definitiva in ordine al dettato costituzionale interno. Senonché, quando la Corte di giustizia esercita il potere di interpretazione ultima delle disposizioni pattizie in ordine al riparto di competenza tra l'ordinamento europeo e quelli nazionali, si pronuncia indirettamente anche sulla estensione o intensità delle «limitazioni di sovranità» consentite dal dettato costituzionale nazionale: e quanto più estensiva sarà l'interpretazione delle competenze europee tanto maggiore sarà il limite posto a carico di quelle nazionali. Poiché il Trattato deroga alle norme costituzionali sulla produzione normativa, chi ha l'ultima parola sull'interpretazione del Trattato decide altresì quanto debbano considerarsi ampie le deroghe al dettato costituzionale, con ciò condizionando l'interpretazione costituzionale che, a diritto, dovrebbe competere ai tribunali costituzionali nazionali.

Non può esserci pertanto una perfetta separazione ed equiordinazione tra il compito della Corte del Lussemburgo e quello delle corti costituzionali, poiché il potere di stabilire, in via interpretativa, l'ampiezza delle deroghe pattizie al diritto costituzionale interno si traduce nel potere di vincolare il modo in cui si devono interpretare le costituzioni nazionali. Bisogna chiedersi allora se i tribunali costituzionali possano accettare il metodo dell'interpretazione costituzionale conforme ai Trattati (per come questi sono interpretati dalla Corte di giustizia) o se invece sia più naturale che affermino l'obbligo di interpretazione dei Trattati conforme a Costituzione. L'alternativa è una di quelle cui non si può sfuggire: o prevale il punto di vista della Corte costituzionale su quali deroghe la Costituzione consente (e quali esclude) o prevale il punto di vista della Corte europea su quali deroghe il diritto europeo pattizio pone a carico della Costituzione. Nel primo caso è l'interpretazione della Costituzione a guidare l'interpretazione dei Trattati, nel secondo è l'interpretazione dei Trattati a guidare l'interpretazione della Costituzione. Nel primo caso il primato è della Corte costituzionale, nel secondo è della Corte europea di giustizia. Ma il primato dell'una autorità giurisdizionale sull'altra è, a ben vedere, il primato di un ordinamento sull'altro.

8. Un'idea ancora attuale: il nesso tra “costituzione” e “Stato”

Per questo complesso di ragioni non mi convince la tesi che sia possibile un *Constitutional Pluralism*, ovverosia che i rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti nazionali possano ricostruirsi come relazioni paritarie e interattive tra ordini costituzionali diversi.

Tra il supposto diritto pubblico europeo (o diritto costituzionale dell'UE) e il vigente diritto pubblico statale (o diritto costituzionale nazionale) non potrebbe che esserci un *trade-off*, un gioco a somma zero. All'espansione dell'uno corrisponde l'erosione dell'altro. Anche ammettendo che il rapporto non sia rigidamente alternativo, del tipo “se c'è l'uno non c'è l'altro, e viceversa”, resta comunque il fatto che tra i due ordini costituzionali ci sarebbe una relazione fisiologicamente competitiva, tanto che è impossibile l'espansione contemporanea di entrambi: l'avanzamento di uno non potrebbe che essere sempre

²⁷ Vedi J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe* (1999), trad. ital. *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, 398, per il quale la *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale della Corte di giustizia è perfettamente coerente con la logica del diritto internazionale pubblico, considerato che «il diritto internazionale non concederebbe certo agli Stati, presi singolarmente, il diritto di avere l'ultima parola sulle questioni riguardanti le competenze di un'organizzazione internazionale, proprio come non concederebbe tale strumento decisivo ad uno Stato su qualsiasi aspetto del trattato a cui avesse aderito».

l'arretramento dell'altro. La scommessa del «pluralismo costituzionale» è proprio quella di scoprire o elaborare il modo, il criterio della convivenza tra assetti costituzionali diversi e concorrenti, nel presupposto che ciascuno di essi non possa reclamare spazi ulteriori senza sottrarli all'altro. E difatti, chi afferma la natura costituzionale dell'Unione Europea spesso coincide con chi registra una de-statalizzazione del diritto pubblico, cioè uno scollamento crescente tra i due fenomeni della “costituzione” e dello “Stato”.

Senonché la narrazione del «pluralismo costituzionale» ha tenuto fintantoché ha retto il diffuso consenso politico e sociale sul progetto liberal-democratico. Per anni si è creduto che gli Stati europei avessero ormai definitivamente neutralizzato e superato l'idea di conflitto sociale che aveva ispirato la stesura delle costituzioni democratico-sociali del secondo dopoguerra. Ma la crisi economica e finanziaria degli ultimi anni, con i suoi effetti strutturali negativi sui livelli di occupazione e sul benessere di larghi strati sociali, ha posto nuovamente all'attenzione l'esigenza di politiche redistributive e, prima ancora, di stimolo fiscale delle attività economiche: ossia di tutto ciò che i trattati europei non consentono più o che non consentono nella stessa misura di un tempo. L'egemonia dell'ideologia che esalta la funzione delle libertà di mercato e della concorrenza quali unici ed esclusivi fattori produttivi di benessere generale sta segnando il passo, pressata dalla richiesta crescente di misure nazionali di protezione sociale: ecco dunque che i limiti posti dai trattati all'azione statale sono vissuti con insofferenza nella misura in cui ostacolano l'interventismo statale finalizzato ai principi di welfare e di promozione sociale in genere. A ciò si aggiunga lo scarso *appeal* che il progetto liberal-democratico riscuote presso talune forze politiche in ascesa, che se anche non contestano i classici diritti di libertà nel loro contenuto essenziale, appaiono tuttavia restie a favorirne lo sviluppo in direzioni nuove, come – ad esempio – il campo della bioetica.

Non è un caso che nella letteratura giuridica più recente sia emersa la «prospettiva dei conflitti» quale chiave di lettura dei rapporti tra ordinamenti²⁸. Per cogliere la natura di queste relazioni – a giudizio della suddetta linea di ricerca – occorrerebbe guardare non già al consenso (politico, sociale, ideologico, ecc.) che fa da supporto all'integrazione sovranazionale, ma ai conflitti che il processo integrativo riesce a disinnescare o a innescare.

Non è questa la sede per esaminare a fondo la «prospettiva dei conflitti». Dico solo che forse dobbiamo prendere atto che ancora non è riuscita l'impresa teorica di disconnettere il concetto di “costituzione” dal concetto di “Stato”. Quando si dice, ad esempio, che “gli Stati sono i signori dei trattati” e si evoca, così, la sovranità statale *esterna*, non si fa riferimento ad altro che a questo: e cioè, al fatto che il diritto internazionale, o comunque di provenienza esterna, vige nell'ordinamento interno alle condizioni stabilite dalla costituzione. Quando si dice che tutto il diritto è infine diritto statale, si sta solo asserendo che una fonte normativa deve considerarsi vigente e quindi vincolante solo alla condizione di farne risalire la validità fino alla costituzione (non nel senso che debba essere quest'ultima a prevederne direttamente la vigenza, ma nel senso che è dal dettato costituzionale che deve partire la catena di validazioni da cui deriva la sua giuridicità).

Si obietterà che non necessariamente il concetto di “costituzione” deve essere ricostruito ripetendo quelle che tradizionalmente erano descritte come prerogative dello Stato sovrano (assolutezza, originarietà, esclusività, etc.). Ma è difficile pensare a una costituzione che non sia, in sé, *superiorem non recognoscens*²⁹. È sempre assunta come il punto di partenza, o di arrivo, dipende dai punti vista, delle catene di validazioni con le

²⁸ M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013; E. Olivito, G. Repetto, *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2016.

quali ricostruiamo le fonti normative vigenti; è il criterio supremo per distinguere il diritto dal non-diritto che vige nel seno di una comunità politica che non possiamo descrivere in altro modo se non come una “comunità politica statale”. Si può sfuggire a questo modello di delimitazione geografica del diritto valido solo negando la territorialità del diritto positivo, cioè il suo radicamento in un ambito spaziale limitato da confini territoriali.

È difficile dire se la dimensione territoriale del diritto positivo vigente sia la causa o l'effetto del concetto di costituzione qui esaminato: la costituzione è regola superiore, assoluta, esclusiva, auto-cefala, originaria, etc., perché ogni diritto positivo, comunque fondato, è sempre il diritto che vale per un territorio circoscritto da confini (cioè il territorio di uno Stato) e in seno al quale, perciò, deve sempre individuarsi una fonte delle fonti, una norma delle norme che ordina il sistema normativo territorialmente vigente? Oppure, rovesciando i termini della questione, è la presenza di una costituzione come legge superiore, originaria, esclusiva, auto-fondata, etc., a produrre la territorializzazione del sistema giuridico positivo? Probabilmente entrambi i termini del dilemma sono veri.

Ogni costituzione aspira a essere legge superiore. Che poi ci riesca è altra questione. Ma resta il fatto che, sul piano concettuale, il documento che stabilisce la regola del procedimento legislativo è una costituzione e che, sul piano dogmatico, deve assumersi come norma in sé immodificabile (salvo che non sia essa stessa a prevedere le condizioni e i modi della propria revisione). In quanto legge superiore, la costituzione è originaria ed esclusiva, nel senso che non ammette, di per sé, la vigenza di altre costituzioni o di altre fonti concorrenti, salvo che non sia essa stessa a consentirlo o prevederlo³⁰.

** Ordinario di diritto costituzionale, Università di Sassari, omchessa@tin.it

29 E anche se prevede, tra i principi costituzionali, pure quello di «apertura» alle fonti normative di formazione esterna ovvero un meccanismo di adattamento automatico al diritto extratatale, ciò significa soltanto che è la costituzione a stabilire le condizioni della propria apertura e i casi in cui viene meno la propria esclusività.

30 Qui però bisogna intendersi: cosa significa, ad esempio, che la costituzione italiana non ammette la vigenza della costituzione francese? Significa che non ammette che essa sia vigente al suo posto, cioè nell'ambito in cui è vigente la costituzione italiana: e questo ambito è quello delimitato da un territorio statale. Infatti per la costituzione italiana non è un problema se in ambiti territoriali diversi vigono altre costituzioni: è un dato che ammette tranquillamente. La superiorità della costituzione è perciò tale perché non riconosce al di sopra di sé o accanto a sé alcuna altra fonte, ma ciò con riguardo a una sfera spaziale determinata, che è quella dello Stato di cui è, appunto, la costituzione. Dentro i confini del territorio statale la costituzione prevale, di regola, su ogni altra fonte interna ed esclude, sempre di regola, la vigenza di ogni fonte esterna. È una superiorità che, a ben vedere, può affermarsi solo presupponendo un ambito spaziale di vigenza: è quindi il punto di arrivo di un processo di gerarchizzazione delle fonti costitutive di un ordinamento statale vigente su un territorio dato.