

Tolleranza costituzionale, controlimiti e codificazione del primato del diritto comunitario

di Oreste Pollicino

È giusto e comprensibile che il costituzionalista italiano provi, anche convincentemente, come ha fatto da ultimo Alfonso Celotto nel suo scritto di qualche tempo fa in questo *forum*, a guardare con una nuova luce l'annosa problematica dei "controlimiti" attraverso una lettura sistematica delle disposizioni del (nuovo) Trattato costituzionale dell'Unione europea, argomentando, sulla scia di una autorevole dottrina,^[1] come sia ragionevole ed auspicabile una lettura costituzionalmente orientata del principio di *primauté* del diritto comunitario in modo da reinterpretare tale principio in chiave dinamica ed evolutiva, concludendo non solo per la perdurante esistenza di limiti invalicabili al processo di integrazione comunitaria rappresentati dal necessario rispetto dei principi costituzionali degli Stati membri ma anche per una loro possibile "rivitalizzazione" in concomitanza con la nuova stagione del costituzionalismo europeo apertasi con la firma solenne del Trattato costituzionale a Roma, il 29 ottobre 2004. Chi sposa tale "lettura" in *bonam (internam) partem* delle nuove disposizioni comunitarie fa leva, in particolare, sulla formulazione dell'art. I-5 del Trattato costituzionale che non solo comporterebbe, e nessuna obiezione può muoversi a tale felice intuizione, una "interiorizzazione" dei controlimiti all'interno dello stesso ordine europeo^[2] ma sarebbe anche in grado di offrire sufficiente fondamento argomentativo per poter ragionevolmente sostenere una vera e propria anteposizione dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale alla affermazione della superiorità del diritto comunitario, prevista dal successivo art I-6^[3].

Di fronte a tali lodevoli sforzi dottrinali, improntati, a fronte di una modifica, sul piano normativo, del parametro costituzionale di riferimento, alla conservazione, sul piano ermeneutico, se non dello *status quo*, di una complessiva continuità rispetto al regime precedente, sembra però rimanere sul tappeto un interrogativo «perché non viene data altrettanta importanza all'art. I-6 del Trattato costituzionale»? La norma, quest'ultima, più "costituzionalmente europea" del Trattato che, codificando il portato giurisprudenziale della Corte di giustizia, ormai da più di 40 anni^[4] quasi ossessivamente ribadito ad ogni occasione utile dai giudici di Lussemburgo, prevede che «la Costituzione ed il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a queste attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri». Non può fingersi che dall'art. I-5 si passi all'art. I-7. C'è un'art. I-6 ed il suo esserci ha una portata rivoluzionaria perché, sul piano della teoria delle fonti, è codificata perentoriamente la posizione gerarchicamente superiore delle fonti comunitarie su quelle interne, anche nel caso in cui quest'ultime siano di grado costituzionale. A questo riguardo, se è assai lodevole il riferimento della maggior parte della dottrina all'interpretazione sistematica, sulla cui capacità di attenuare la crudezza del significato letterale di tale disposizione attraverso la sua rilettura alla luce del contesto normativo in cui essa stessa si innesta è fondato il tentativo di celare in un cono d'ombra l'ingombrante novità rappresentata dal portato della disposizione in esame, non può non vedersi come la definitiva attestazione di superiorità di tutto il diritto comunitario rispetto a tutto il diritto (anche costituzionale) degli Stati membri è il risultato cui ci porta una interpretazione testuale dell'art. I-6. Risultato da cui non si può non partire per un'indagine delle novità che la Costituzione europea sembra covare in *nuce*. E, a ben vedere, quello in esame non è solo punto di partenza ma anche punto di non ritorno in quanto l'ubbidienza volontaria degli Stati membri al diritto comunitario, per cui quest'ultimi accettano la disciplina "europea", nei settori di competenza della Comunità, come atto volontario di subordinazione che, almeno a detta della dottrina al momento più in voga^[5], continua ad essere il tratto unico del costituzionalismo europeo, assumerà i nuovi connotati, al momento dell'entrata in vigore del Trattato costituzionale, di obbligo di ubbidienza al diritto comunitario fondato in Costituzione (europea). La dimensione interordinamentale verticale (Comunità-Stati membri) cambia dunque le sue coordinate costituzionali e non c'è più spazio per il principio di "tolleranza"^[6] o "ubbidienza volontaria". Un tale mutamento di "longitudine costituzionale" ha delle immediate ripercussioni anche sul modo di concepire la teoria dei controlimiti. Se, infatti, in un clima interordinamentale di generale tolleranza costituzionale in cui l'accettazione dei *diktat* di Bruxelles era, per dirla con Weiler, un atteggiamento di volontaria subordinazione rinnovato ad ogni occasione, potevano anche essere previste delle "eccezioni di intollerabilità" - quali, in altre parole, hanno enucleato le Corti costituzionali italiana, tedesca, seguite a ruota da altri Tribunali costituzionali, attraverso la teoria dei controlimiti -; quando, al contrario, la tolleranza costituzionale si trasforma in obbligo giuridico di ubbidienza allora il legislatore comunitario perde la sua neutralità rispetto alla visione antagonista delle Corti costituzionali da una parte e della Corte di giustizia dall'altra, in quanto l'inadempimento all'obbligo giuridico di "ubbidire" al diritto comunitario ora comporta la violazione espressa della Costituzione europea.

Il punto necessita di un chiarimento. Ciò che qui si vuole mettere in rilievo è che se è vero che le "Corti costituzionali" degli Stati membri hanno a più riprese affermato come i principi fondamentali, espressione della identità costituzionale

di ciascun ordinamento, siano in grado di fungere da diga invalicabile "all'erompere del diritto comunitario", è anche vero che il potere giurisdizionale europeo non ha mai condiviso questa impostazione, affermando perentoriamente, già dal 1970 in *Handelsgesellschaft* che «il fatto che siano menomati i diritti fondamentali di una Costituzione di uno Stato membro o comunque i suoi principi costituzionali non può sminuire la validità di un atto comunitario né la sua efficacia nel territorio di uno Stato» (p.to 3). 34 anni dopo tale decisione, circa un anno fa, il Tribunale di primo grado[7] affermava, sulla stessa lunghezza d'onda, richiamando peraltro *Costa/Enel*, che «i ricorrenti non possono sostenere nelle loro osservazioni (...) che la Corte costituzionale italiana potrebbe non dare applicazione agli atti comunitari incompatibili con i diritti fondamentali contenuti nella Costituzione nazionale in quanto il diritto comunitario, secondo una giurisprudenza consolidata, prevale sul diritto nazionale» (p.to 57).

Se la tensione tra la giurisprudenza costituzionale nazionale e sovranazionale, che come è stato di recente ricordato, ha dato vita ad un "duplice monologo" giurisprudenziale tra Corti costituzionali degli Stati membri da un lato e Corte di Lussemburgo dall'altro[8], poteva essere "tollerata e tollerabile" in un regime appunto, di tolleranza costituzionale "protetto" da una fonte comunitaria primaria che non prendeva posizione a riguardo, la codificazione del primato nella Costituzione europea sembra aver spezzato l'esile equilibrio a favore dell'impostazione della Corte di giustizia, ponendosi, almeno in relazione alla positivizzazione del criterio di gerarchia come risoluzione delle antinomie tra le fonti, al livello del dettato costituzionale caratteristico degli ordinamenti federali.[9] Se tutto questo è vero e quindi l'accettazione del primato non è più volontaria, ma effetto di un obbligo giuridico in tal senso, deve esserci allora, a "mò di contrappunto", un sistema alternativo per lo Stato che non si voglia piegare a quella subordinazione che da volontaria è diventata imposta.

In questo senso la principale "nota in contrappunto" alla codificazione del principio di supremazia, più che risiedere nell'art. 1-5[10], potrebbe allora essere identificata in quanto previsto dalla nuova Costituzione e che, in regime di "tolleranza costituzionale", almeno in forza della dottrina e giurisprudenza dominante[11], non era ammesso, vale a dire la possibilità di recesso del singolo Stato dall'Unione.

In altri termini, se in precedenza le regole del gioco, essendo volontaria la loro osservanza, potevano essere anche non rispettate, caso per caso, dagli Stati membri, che ciò nondimeno restavano parte del gioco, al contrario, ora, o meglio se e quando il Trattato costituzionale entrerà in vigore, essendo l'osservanza obbligatoria per tutti i partecipanti, l'unico modo per non rispettare le regole ora imposte è "uscire dal gioco". Non così *extrema* sembra allora la *ratio* della secessione[12], specie, altro punto spesso sottovalutato nel dibattito, per quelli che, tra i nuovi Paesi aderenti alla UE nel 2004, facevano parte della cortina frantumata nel 1989 insieme al muro di Berlino. Se, infatti, "gli Stati dell'ovest" hanno avuto tutto il tempo di metabolizzare il principio della superiorità del diritto comunitario in più di 40 anni di regime di "ubbidienza volontaria" e di "tolleranza costituzionale" per uno strano scherzo del destino i Paesi dell'est sono diventati soci del club Europa proprio quando dall'*invitation to obey* si è in procinto di passare alla *obligation to obey*. Non era forse il momento migliore per il passaggio. Come, infatti, dimostra una recente decisione della Corte costituzionale ungherese che ha annullato una disposizione legislativa interna, attuativa di un regolamento comunitario in materia di zuccheri, perchè violava il principio fondamentale di irretroattività della legge,[13] non sembra che Budapest, Praga o Varsavia, dopo aver riscoperto, solo recentemente, i principi dello stato liberale, dopo anni di assoggettamento a Mosca, possano fare degli sconti su un terreno così sensibile, se pur ovviamente in un altro contesto storico e democratico, a Bruxelles. Fino a quando sarà possibile, i custodi di tale sensibilità costituzionale e conseguente rigidità nei confronti dell'eccessive invadenze di Bruxelles (o di Lussemburgo) saranno le Corti dell'Est che potranno sfoderare (o minacciare di farlo) l'arma dei controlimiti, decidendo di non tollerare, in determinate occasioni, una supremazia generalmente tollerata ma non imposta. Una volta "disarmate" dall'entrata in vigore del Trattato costituzionale e dalla conseguente applicazione dell'obbligo all'ubbidienza sancito dall'art. 1-6 dello stesso, potrebbero essere i rispettivi Parlamenti, appellandosi all'art. 1-60, a decidere che sia venuto il tempo del *game over*.

Attenzione: se l'ipotesi del recesso non sembra essere così *extrema* come *ratio*, con questo non si vuole essere così ingenui da sostenere che essa possa rappresentare la reazione "fisiologica" all'imposizione di un precetto comunitario non "costituzionalmente gradito", nel senso della possibilità concreta del recesso da parte di uno Stato membro ad ogni possibile violazione, ad opera della legge comunitaria, di un principio fondamentale identificativo dell' "assetto fondamentale" di un ordinamento o possibile prevaricazione, in ragione della vocazione all'uniformità di Bruxelles, sulla identità culturale dello stesso (ordinamento). È, infatti, a questo riguardo, assai arduo immaginare che chi, come i Paesi dell'Est, hanno per lungo tempo atteso prima di salire sul treno "Europa", una volta in corsa tirino il freno d'emergenza al primo "risentimento costituzionale". Al contrario, a ben guardare, la reazione degli Stati membri alle occasionali violazioni dei principi fondamentali da parte dell'Unione o all'invadenza della stessa nei confronti del nucleo duro rappresentativo dell'identità socio culturale degli stessi, sarà molto probabilmente nel segno della continuità con il

passato: una mancata ribellione ed un "abbozzo" di fatto. Con l'unica differenza che, se in regime di tolleranza costituzionale, i singoli Stati membri possono ancora minacciare di sfoderare l'arma dei controlimiti che, com'è noto, si è rilevata una pallottola spuntata, in un contesto di obbedienza obbligatoria, a norma dell'art. I-5, sarà, a monte, "il porto d'armi" a venire meno.

L'ipotesi prospettata del "game over" riacquista invece credibilità immaginando non un singolo atto comunitario offensivo dei principi fondamentali degli Stati membri ma un vero e proprio disegno eversivo da parte di Bruxelles che si attui attraverso una serie di atti comunitari chiaramente configgenti con l'assetto non solo costituzionale ma anche politico-amministrativo di uno Stato membro o comunque in conflitto con l'identità socio-culturale dello stesso. Nel caso prospettato, non potendo sollevare delle eccezioni di intollerabilità in un nuovo contesto che non si fonda più sulla tolleranza costituzionale, l'unica alternativa all'ubbidienza giuridica ipotizzabile per lo Stato membro offeso sembra essere proprio il recesso ex art. 1-60. Ipotesi, quest'ultima, che sembra essere molto meno di scuola dal momento dell'adesione all'UE, l'anno scorso, di dieci nuovi Stati non solo per le ragioni, cui si è fatto già cenno, relative, da una parte, al duro impatto, di quest'ultimi, con la codificazione del primato comunitario nel contesto di una ubbidienza obbligatoria ed in assenza della preventiva (e preziosa) "metabolizzazione" dello stesso principio nella sua versione *soft* di portato giurisprudenziale e, dall'altra inerenti, la particolare "sensibilità costituzionale" nei confronti delle limitazioni di sovranità da parte della maggioranza di questi Paesi che solo recentemente ha riscoperto il valore di tale nozione.

A chi potrebbe, infatti, obiettare che una regolamentazione comunitaria in grado di pregiudicare uno o più principi fondamentali di uno Stato membro o comunque di mettere in crisi la sua identità socio-culturale provocherebbe non tanto il recesso da parte dello Stato in questione ma una frattura insanabile in seno all'Unione per il probabile "effetto domino" nei confronti della maggioranza degli Stati membri accomunati dalle ormai celebri (e celebrate) tradizioni costituzionali comuni, si potrebbe rilevare che, se questo era senz'altro vero prima del 2004, allo stato attuale non sembra un'eresia immaginare che una potenziale lesione comunitaria dell'assetto costituzionale o della identità socio-culturale dell'Estonia o di Malta, della Bulgaria tra un anno, e chissà, in un futuro prossimo, anche della Turchia possa anche non intaccare il patrimonio costituzionale comune europeo, nucleo duro del costituzionalismo del vecchio continente che forse trova le sue radici altrove.

(di Oreste Pollicino, Assegnista di ricerca in diritto pubblico comparato - Università Bocconi)

[1] Cfr. M. Cartabia, *Unità della diversità: il rapporto tra Costituzione europea e le costituzioni nazionali*, Atti del Convegno di Firenze del 18 febbraio 2005, "Giornata di Studio in onore di Alberto Predieri", *Paper*, e specialmente A. Ruggeri, "Trattato costituzionale" e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, al bivio tra separazione ed integrazione, Relazione al convegno su *il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, Le costituzioni nazionali e i diritti fondamentali*, a cura di S. Gambino, Cosenza 11-12 aprile 2005, in corso di stampa in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2/2005 e già ora visionabile in www.astridonline.it.

[2] Così, suggestivamente, A. Ruggeri, "Trattato costituzionale", *cit.*, par. 3.

[3] Così, testualmente, A. Celotto, *Una nuova ottica dei controlimiti*, *cit.*, in questo *forum*.

[4] *Costa/Enel* è del 1964.

[5] «I soggetti costituzionali negli Stati membri accettano la disciplina costituzionale europea non in nome di un principio giuridico per cui, come negli Stati federali, sono soggetti ad una sovranità ed autonomia superiore (...) Essi accettano la disciplina, nei settori di competenza della Comunità, come atto volontario autonomo di subordinazione rinnovato all'infinito ad ogni occasione nei confronti di una norma che è la manifestazione di altre volontà politiche (...) Agli abitanti del Quebec si dice: in nome del popolo canadese siete obbligati ad ubbidire. Ai francesi, italiani ed oggi anche ad ungheresi e polacchi, in nome dei popoli europei, siete invitati ad obbedire. In entrambi i casi viene richiesta un'obbedienza costituzionale. Quando accettazione e soggezione sono volontarie, e continuative, si è di fronte ad un atto di vera libertà, un'espressione di altissima tolleranza costituzionale». V. J.J.H.Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, trad. it. a cura di F. Martines, Bologna, il Mulino 2003, 531, (corsivo aggiunto). Sulla stessa lunghezza d'onda, con specifico riferimento alla collaborazione tra giudici nazionali e sovranazionali, v. B. De Witte secondo cui è proprio

l'accettazione da parte delle Corti del loro mandato ad essere anche *giudici decentrati di diritto comunitario* che continua a distinguere la supremazia del diritto comunitario da quella di qualsiasi altro ordinamento federale. Tali riflessioni sono estrapolate dal bel saggio dello studioso olandese: *Direct effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order*, in P. Graig - G. De Burca, (a cura di), *The Evolution of EU Law*, 1999, 177 ss., in particolare 209. (Il corsivo è aggiunto).

[6] Per uno studio sulla tolleranza costituzionale sia consentito rinviare a O. Pollicino, *Principio di tolleranza costituzionale tra self restraint e judicial activism della Corte di giustizia in limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Atti dell'associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Università degli Studi di Teramo, 27-28 giugno 2003, R. Orrù e L. Sciannella (a cura di), Torino, Giappichelli, 2004, pp. 273 ss. e *amplius*, Id., *Discriminazione sulla base del sesso nel rapporto di lavoro e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, in corso di stampa in ADAPT, Fondazione Marco Biagi, Giuffrè, Milano, 2005.

[7] Si tratta dell'ordinanza del Tribunale di primo grado del 2 aprile 2004, in causa T-231/02, *Gonelli e Aifo c. Commissione*. Ordinanza che, come rilevato a giusto titolo da G. De Vergottini, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea* in questo *forum*, non essendo stata impugnata è dotata di forza di giudicato.

[8] M. Cartabia, *Unità*, cit., 5 dove si cita P. Paul Cassia, *L'article I-6 du traité établissant une Constitution pur l'Europe et la hierarchies de normes*, in *JurisClasseur - Europe*, n. 12, Dec., 2004, 12 ss..

[9] Non sono di sostanza le differenze dell'art. I-5 nella sua traduzione tedesca, rispetto all'art. 31 della Legge fondamentale di Bonn, secondo cui «Bundersecht bricht Landesrecht».

[10] Come con lucide argomentazione ritiene invece M. Cartabia, *Unità nella diversità*, cit., 9 rifacendosi all'intuizione di M. Poiares Maduro, *Contrapunctual law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walzer, (a cura di), *Sovereignty in Transition*, 501 ss., Oxford, Oxford University Press, 2003.

[11] Cfr. J.H.H. Weiler, *La Costituzione*, cit., 44 e Id., *Alternative from an International Organization: the Case of European Economics Communities*, in *Israel Law Review*, 1985, 284 ss., in particolare 282.

[12] Come invece definisce tale ipotesi A. Celotto, *Una nuova ottica dei "controlimiti"*, cit., in questo *forum*.

[13] Decisione 17/2004, che può essere consultata, purtroppo solo in lingua ungherese, sul sito della Corte costituzionale magiara www.mkab.hu.