



Antonio Ruggeri*

Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali**

SOMMARIO: 1. Il “primato”: una nozione “plurale”, suscettibile di essere variamente apprezzata a seconda dell’angolo visuale da cui è riguardata, del contesto in cui se ne inscrivono le manifestazioni, delle tecniche decisorie poste a base della risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme eurounitarie, e il modo approssimativo con cui la giurisprudenza fa luogo, secondo occasione, alla messa a punto della nozione stessa. – 2. L’influenza culturale che l’una Corte è in grado di esercitare sulle altre e le “catene” di atti giurisdizionali funzionalmente connessi. – 3. La composizione della Costituzione e delle altre Carte in “sistema”, secondo la giurisprudenza costituzionale. Critica dei lineamenti del “modello” da quest’ultima messo a punto e prospettazione di una ricostruzione teorica diversamente orientata. – 4. I più recenti approdi del “cammino

* Professore ordinario di diritto costituzionale nell’Università di Messina.

**Relazione al Convegno dell’AISDUE su *Costituzioni europee e primato del diritto dell’Unione europea*, Napoli 28-29 ottobre 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato.

comunitario” della Consulta, con specifico riguardo alla vistosa tendenza al “riaccentramento” del sindacato per i casi di antinomie tra norme interne e norme eurounitarie *self executing* relative ai diritti fondamentali. – 5. La “misura” del primato, in ragione delle tecniche poste a base della risoluzione delle antinomie: aporie teoriche e pratici inconvenienti discendenti dal sindacato accentrato. – 6. Il transito di materiali e suggestioni culturali dall’uno all’altro ordinamento e il ruolo da essi giocato al fine della riconformazione strutturale della identità costituzionale sia dello Stato che dell’Unione. – 7. L’art. 4.2 TUE, la micidiale questione teorica relativa alle sedi ed ai modi con i quali può farsi luogo al riconoscimento dei principi (e diritti) fondamentali e il bisogno di fare al riguardo riferimento a *consuetudini culturali* radicate e diffuse nel corpo sociale, tanto più laddove su di esse dovesse registrarsi la convergenza delle Corti europee e di quelle nazionali.

1. Il “primato” del diritto dell’Unione europea in ambito interno è stato (e seguita ad essere) fatto oggetto di una mole ormai incontenibile di studi di vario segno ed orientamento¹; come non di rado accade per i temi posti al centro della riflessione scientifica, il rischio è che le lingue finiscano con

¹ Solo per alcune prime indicazioni e facendo riferimento agli studi più di recente apparsi, v. AA.VV., *L’effetto diretto delle fonti dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell’Unione e fonti interne*, a cura di M. DISTEFANO, Napoli, 2017; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; A. ARENA, *Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 2, 2018, p. 317 ss.; A. RASI, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell’Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, n. 3, 2018, p. 555 ss.; A. IERMANO, *L’effetto diretto nelle situazioni triangolari e i relativi “limiti” nei rapporti internazionali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (fsjeurostudies.eu), n. 1, 2018, p. 27 ss.; i contributi di V. PICCONE, *Diritti fondamentali e tutele nel difficile “crossroad” fra le Corti*; G. AMOROSO, *Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie del lavoratore: rinvio pregiudiziale interpretativo versus questione incidentale di costituzionalità*; G. BRONZINI, *Il “Trittico” della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, tutti in *federalismi.it*, n. 10, 2019, e, con riferimento all’effettività delle fonti dell’Unione quale condizione di effettività dei diritti, G. ARMONE, *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2, 2019. Infine, con riguardo alla implementazione dei diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza-Strasburgo, specie per il modo con cui si fanno “diritto vivente” in linea con gli indirizzi interpretativi delineati dalla Corte dell’Unione (e con riserva degli approfondimenti che si faranno più avanti), indicazioni, di recente, in V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e giudici comuni*, in *rivistaaic.it*, n. 3, 2019, p. 404 ss., e V. SCARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Corte costituzionale*, in *ConsultaOnLine*, n. 3, 2019, p. 538 ss.

l'accavallarsi e, anziché fare opera di chiarificazione e di semplificazione, rendano viepiù complessa la matassa, al punto di rivelarsi estremamente disagiata il dipanarla.

Enuncio subito il punto di vista che tenterò qui di argomentare: si è in presenza di una nozione – come dire? – “plurale”, che esibisce molte facce, ciascuna meritevole di essere fatta oggetto di osservazione e di essere di conseguenza apprezzata in modo peculiare rispetto alle altre, a seconda appunto dell'angolo visuale dal quale ci si pone. Insomma, non c'è una sola idea di “primato” ma più d'una, tra di loro anche sensibilmente diverse; e questo obbliga coloro che ne parlano a precisare in anticipo a cosa fanno riferimento, altrimenti è evidente il rischio del reciproco fraintendimento, come d'altronde sempre si ha laddove il medesimo termine sia caricato di significati diversi.

In prima approssimazione, il primato è una condizione o, diciamo pure, un effetto che consegue ad un certo assetto delle relazioni interordinamentali (per ciò che è qui di specifico interesse, delle relazioni tra Stato ed Unione)², un effetto idoneo a concretarsi in varie forme, ciascuna delle quali dotata di una sua propria capacità d'incidenza, in dipendenza sia del contesto in cui esse s'inscrivono e sia pure delle tecniche decisorie poste in essere al fine della loro implementazione nell'esperienza. E, poiché – come si dirà a momenti – le tecniche stesse appaiono essere non ugualmente “efficienti”, se ne ha che a seconda di quale di esse sia messa in atto se ne avrà l'affermazione di una “misura” diversa del primato.

A rendere viepiù complicato il quadro è, poi, la circostanza, di tutta evidenza, per cui l'oggetto dello studio può essere (ed è) riguardato tanto dal punto di vista dell'Unione quanto da quello dello Stato, nel quale ultimo peraltro gli operatori hanno maturato col tempo orientamenti diversi, con conseguenti esiti ricostruttivi parimenti diversi.

Avverto subito di non prestare specifica attenzione al punto di vista dell'Unione, in specie quale risultante dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, pur consapevole dell'indubbio, cruciale rilievo che esso riveste per una (non dico compiuta ma quanto più possibile) organica ricostruzione. La mia formazione culturale mi porta infatti naturalmente a prediligere il punto di vista interno, facendo specifico riferimento alla giurisprudenza costituzionale (e con una rapida incursione nel campo coltivato sia dalla giurisprudenza sovranazionale che da quella comune). Pur così circoscritto

² Di “primato” può discutersi anche a riguardo del diritto internazionale nei suoi rapporti con il diritto interno; qui, anzi, il ventaglio delle forme con le quali si presenta e dei limiti ai quali va incontro appare essere ancora più esteso. Mi riprometto di farne oggetto di studio in altra occasione.

l'ambito di osservazione, ne risulta un quadro internamente assai articolato e frastagliato, dal momento che la giurisprudenza maturata presso la Consulta non soltanto ha col tempo manifestato orientamenti anche sensibilmente divergenti ma pure negli ultimi approdi raggiunti si presenta alquanto oscillante, afflitta – a me pare – da remore non rimosse e anche – a dirla tutta – da qualche vistosa contraddizione. L'impressione complessiva che se ne ha (perlomeno, quella che ne ho io) è che si proceda a tentoni, con una certa improvvisazione, secondo occasione, e dunque al di fuori di un quadro teorico-ricostruttivo precedentemente e nitidamente delineato anche solo nei suoi profili essenziali e qualificanti. Si va, insomma, procedendo per progressivi aggiustamenti e rifiniture di un materiale dapprima lasciato grezzo ed informe, specificamente emergenti nel campo in cui si manifestano le antinomie tra norme interne e norme dell'Unione coinvolgenti i diritti fondamentali.

Si dà, d'altronde, una giustificazione di questo stato di cose, in rapporto ad un contesto connotato da una marcata, seppur non lineare ed indolore, avanzata del processo d'integrazione sovranazionale, e segnato da plurime e gravi emergenze (da quella economica a quella terroristica, la ambientale, la migratoria, ecc.) che hanno comportato (e comportano) una vistosa compressione della sovranità dello Stato³. Un contesto, dunque, dei cui effetti hanno risentito (e risentono) non soltanto gli organi della direzione politica ma anche i garanti, a partire appunto dai giudici. E, poiché lo stesso è soggetto a continuo mutamento, anche gli indirizzi venutisi a formare nelle sedi istituzionali allo scopo competenti si sono trovati (e si trovano) obbligati a continue e significative correzioni. Per ciò che è qui di specifico interesse, i confronti (e talvolta gli scontri) tra la Corte costituzionale e le altre Corti hanno naturalmente portato (e portano) con sé non secondarie messe a punto di precedenti orientamenti. Si danno talora delle circostanze in cui si tocca davvero con mano come nell'indirizzo di una Corte s'immettano materiali, suggestioni, indicazioni provenienti dalle altre Corti che si mescolano con quelli originariamente presenti, riconformando la struttura stessa dell'impianto in cui si situano ed ivi lasciando il segno marcato della loro presenza. Forse, non è esagerato ed improprio affermare che ogni "diritto vivente" – com'è usualmente etichettato quello che viene a maturazione nelle sedi in cui si amministra la giustizia – possiede una struttura

³ Con specifico riguardo ai profili economico-finanziari, utili indicazioni al riguardo possono ora aversi dal corposo studio monografico di F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Milano, 2019, nonché ora dai contributi su *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, in *federalismi.it*, n. spec. 5, 2019.

Forme e limiti del primato del diritto UE dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale

internamente composita, “plurale” appunto, a motivo della eterogenea provenienza di alcune sue espressioni culturali.

2. Le notazioni da ultimo svolte confermano che, al di là dei *profili di stretto diritto positivo* esibiti dal primato (dei quali si dirà a momenti), si danno *profili di ordine culturale*, assai problematici da mettere in evidenza e darne la rappresentazione, non disponendosi di criteri e metri sicuri da far valere per la loro teorica sistemazione. Al piano culturale, peraltro, è da mettere in conto che il primato possa non di rado prendere forma in senso inverso a quello che si ha al piano positivo, risentendo la giurisprudenza eurolunitaria di suggestioni provenienti da questa o quella giurisprudenza nazionale (ed in maggiore misura dall’una rispetto alle altre).

Disponiamo di alcuni indici sicuri in tal senso. Si pensi solo al ruolo giocato dalle c.d. “tradizioni costituzionali comuni”, attinte dai serbatoi nazionali, seppur fatte oggetto di originale rielaborazione e di complessivo adattamento alle peculiari esigenze dell’Unione⁴; o, ancora, si pensi ai casi, quale da ultimo quello – come si sa – assai discusso su *Taricco*, in cui la Corte dell’Unione ha fatto luogo ad una sensibile correzione di rotta rispetto

⁴ Indicazioni, tra gli altri, in 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 L. D’ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, p. 93 ss., e *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. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 91 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di, Milano 2017, p. 1073 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *rivistaaic.it*, n. 3, 2017, p. 4 ss., nonché nei contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2017; G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra revirements e questioni irrisolte*, in *Consulta OnLine*, n. 2, 2018, p. 347 ss.; G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *federalismi.it*, n. 11, 2018; P. DE PASQUALE, *Rapporti tra le fonti di diritto dell’Unione europea*, in *DPCE*, n. spec. maggio 2019, p. 200 ss.

È interessante notare come anche per il tramite delle tradizioni in parola si realizzi quella “migrazione” di idee costituzionali da un ordinamento all’altro, di cui ha di recente discorso una sensibile dottrina (O. POLLICINO, *Corti costituzionali e migrazione di “idee costituzionali” da occidente a oriente. La bussola e una metafora*, in *ConsultaOnLine*, n. 3, 2019, p. 439 ss.), che finiscono quindi per fondersi e divenire una sola cosa. Ciò che, ovviamente, non equivale all’appiattimento delle identità costituzionali degli Stati appartenenti all’Unione, che esibiscono pur sempre tratti peculiari di ciascuno di essi pur radicandosi su un terreno comune, illuminato dai valori richiamati nell’art. 2 del Trattato, secondo quanto si preciserà meglio più avanti.

alla direzione di marcia dapprima imboccata dietro sollecitazione in tal senso da parte del giudice nazionale.

Non sono in grado di dire quanta parte della giurisprudenza eurounitaria porti in sé il segno della influenza esercitata dalle giurisprudenze nazionali e, in genere, dalla cultura giuridica maturata in ambito interno. È naturale, ad ogni buon conto, che ciò si abbia, perlomeno per una duplice ragione.

Per un verso, con specifico riferimento alla salvaguardia dei diritti fondamentali, cui qui si presterà particolare attenzione, non si dimentichi che il costituzionalismo è venuto a formazione in relazione alle esperienze degli Stati e che il riconoscimento e la protezione dei diritti hanno avuto il terreno elettivo in cui hanno messo radici negli Stati stessi, diffondendosi poi di qui in ambito internazionale e sovranazionale.

Per un altro verso, i componenti le Corti europee sono estratti dagli ordinamenti nazionali, in seno ai quali si sono culturalmente formati, e di siffatta loro formazione, pur laddove di taglio specificamente internazionalista o europeista, portano il segno⁵.

Tutto ciò posto, all'esito di un monitoraggio costante che vado facendo sia della giurisprudenza delle Corti europee che di quella dei giudici nazionali (e, specificamente, del giudice delle leggi), credo però di poter affermare che oggi sia forse ancora più consistente e diffusa l'influenza esercitata dalle Corti suddette nei riguardi degli operatori nazionali di quella che invece si ha lungo il verso "ascendente".

Se ne hanno numerose e marcate tracce, in particolare, sul terreno sul quale maturano le esperienze di tutela dei nuovi diritti.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi⁶, vengono non di rado a formarsi "catene" di pronunzie giurisprudenziali che si avviano in ambito internazionale e sovranazionale e ricevono quindi il loro prolungamento in ambito interno grazie all'aggiunta di "anelli" da parte del tribunale costituzionale e/o dei giudici comuni sollecitati a riprendere, specificandole ed adattandole alle peculiari condizioni dei casi, talune essenziali indicazioni di principio risultanti dalle pronunzie suddette. Non è poi raro – come ha appunto testimoniato *Taricco* – che, a seguito di decisioni dei giudici nazionali, si abbiano ulteriori pronunzie, ora confermatrice ed ora correttive,

⁵ Sui criteri che stanno a base della selezione dei giudici europei, v., ora, A. FUSCO, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli 2019, spec. il cap. III; F. BATTAGLIA, *Il sistema di selezione dei membri della Corte di giustizia dell'Unione europea fra valutazioni di merito e problemi di trasparenza*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2019. Utili indicazioni anche da G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019.

⁶ Da ultimo, v. il mio *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (fsjeurostudies.eu), n. 2, 2019, p. 51.

di questa o quella Corte europea, ovvero si abbia il rifacimento di alcuni “anelli” dapprima posti e la loro sostituzione con altri, fintantoché la singola vicenda processuale non pervenga a compiuta maturazione in ambito nazionale⁷.

Possono farsi molti esempi di un andamento siffatto delle esperienze processuali, reso palese già solo dai richiami sempre più frequenti che le decisioni dei giudici reciprocamente si fanno.

In congiunture siffatte, come si è fatto notare in altri luoghi, all’effetto proprio dei singoli atti componenti una “catena” data si accompagna e *quodammodo* sovrappone l’effetto unitario della “catena” stessa che i primi riassume e comprende. Ogni atto vi dà il proprio concorso; ed è bensì vero che può assegnarsi un particolare rilievo o, diciamo pure, una sorta di *primauté* culturale all’atto iniziale, che dà la spinta e l’orientamento a quelli che ad esso si saldano convergendo verso il raggiungimento del fine comune. Non è tuttavia affatto scontato che le cose stiano sempre così. Anche al piano della normazione, la più avveduta teoria delle fonti ha da tempo messo in chiaro che la disciplina “attuativa” (in larga accezione), oltre ad essere per norma più corposa, non è alle volte meno rilevante di quella “attuanda”, che traccia il verso e il fine della normazione a seguire. Con riferimento alle esperienze processuali, alcune decisioni-pilota della Corte EDU o additive di principio della Consulta sono seguite da pronunzie “attuative” dotate alle volte del medesimo spessore che ha una disciplina positiva adottata al fine di darvi la opportuna specificazione ed implementazione⁸, senza peraltro tacere i casi – come si sa, non infrequenti –

⁷ L’“anello” di chiusura della catena è posto sempre dalla mano del giudice comune che tuttavia non si limita molte volte a dare mera “applicazione” bensì (ed ancora più significativamente) “attua” le indicazioni date da altri giudici, in ispecie da quelli costituzionali (maggiori ragguagli su ciò subito *infra*).

⁸ Sulle non poche né lievi questioni legate all’adozione delle additive di principio, indicazioni, di recente, in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI ed., Torino, 2019, p. 198 ss. In generale, un’accreditata dottrina discorre del giudice chiamato in ogni caso ad “applicare” la legge [M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *rivistaaic.it*, n. 3, 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, n. 4, 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, p. 37 ss., spec. p. 43 ss.; ma v., con riguardo all’attività “creativa” del giudice, R. ROMBOLI, *L’attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l’entrata in vigore della Costituzione*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Torino, 2009, p. 25 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell’interpretazione costituzionale nell’ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014, e, più di recente, G. P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2018, p. 313 ss., e, nella stessa *Rivista*, ora, C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, n. 2, 2019, p. 549 ss., spec. p. 556 ss. Sulla centralità del ruolo

in cui la disciplina stessa non veda la luce, restando pertanto interamente demandato ai giudici il compito, assai delicato ed impegnativo, dell’“attuazione”⁹.

Non si dà, ad ogni buon conto, una regola fissa ed immutabile, uno schema predefinito e bisognoso unicamente di essere portato a meccaniche e ripetitive applicazioni; si dà, di contro, un quadro aperto, connotato da strutturale duttilità, sì da potersi adattare a condizioni di contesto continuamente cangianti, alla varietà dei casi, alle esigenze complessive di giustizia da ciascuno di essi espresse.

D’altro canto, al piano culturale, al quale ora specificamente si guarda, il primato si coglie ed apprezza solo in concreto; e – come si è venuti dicendo – non di rado, al pari di ciò che si ha tra due litiganti, la ragione non sta tutta da una sola parte.

Quel che è ormai provato, a mio modo di vedere, è che la messa a fuoco degli elementi che compongono le “catene” suddette e di queste ultime nella loro interezza può farsi a modo solo *al piano della teoria della interpretazione*, non già a quello della *teoria delle fonti*, quanto meno di una teoria d’ispirazione formale-astratta, qual è quella usualmente adottata; e proprio sul terreno sul quale vengono a maturazione le esperienze relative ai diritti fondamentali (in ispecie ai nuovi) se ne ha la più attendibile riprova.

Su questo terreno, infatti, nulla può dirsi in partenza o *in vitro* a riguardo dell’affermazione del primato, se si abbia e, ammesso che si abbia, quale fonte (o, meglio, *norma*) ne tragga maggiore beneficio.

3. Non posso ora far luogo ad un’analisi mirata e dettagliata delle dinamiche attraverso le quali prende forma, nelle singole vicende processuali, la tutela dei diritti fondamentali, di cui mi sono fatto carico in altre sedi. Mi limito solo qui a ribadire che i lineamenti del modello, a mia opinione, risultante tanto dalla Costituzione quanto dalle altre Carte dei diritti in ordine alle modalità con le quali la tutela stessa prende forma sono

dei giudici quali “fabbricanti di regole” v. F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell’ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in *federalismi.it*, n. 15, 2019, spec. p. 5.

⁹ In merito ai “diritti senza legge” ed al ruolo al riguardo giocato dalla giurisprudenza, specie attraverso la tecnica della c.d. “applicazione” (*rectius*, “attuazione”) diretta della Costituzione, v. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, e G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, entrambi in *Scritti in onore di G. Silvestri*, vol. 2, Torino, 2016, risp., p. 1452 ss. e p. 1486 ss.; i contributi ospitati nel n. 2 del 2016 di *Diritto pubblico*.; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in *federalismi.it*, n. 14, 2017; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *costituzionalismo.it*, n. 1, 2018.

sensibilmente divergenti da quelli che invece risultano tracciati nella giurisprudenza costituzionale.

Ne riassumo in breve le ragioni.

La Consulta, pur con talune non rimosse aporie di costruzione di cui subito dirò, si fa complessivamente portatrice di un disegno di stampo piramidale, ambientando le relazioni tra le Carte in parola alla luce di taluni schemi della teoria delle fonti ormai inveterati e pervenendo all'esito di assoggettare comunque, in maggiore o minore misura, le Carte stesse alla legge fondamentale della Repubblica. La Carta dell'Unione, al pari del diritto eurounitario in genere, è infatti – come si sa – obbligata a prestare ossequio ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (i cc.dd. “controlimiti”)¹⁰; la CEDU (e, viene da pensare, ogni altra Carta venuta a formazione in seno alla Comunità internazionale¹¹) è, invece, con una non rimossa ambiguità, qualificata quale fonte “subcostituzionale”, come tale piegata davanti ad ogni norma della Costituzione e di fonte provvista di forma costituzionale. È poi di tutta evidenza che la sistemazione gerarchica in parola ha la sua immediata proiezione al piano delle relazioni istituzionali, comportando – piaccia o no – una speculare ordinazione gerarchica tra le Corti che delle Carte suddette sono istituzionalmente garanti.

La stessa giurisprudenza, tuttavia, entra fatalmente in contraddizione con se stessa nel momento in cui, spostando l'osservazione dal piano delle fonti a quello della interpretazione (e delle relative vicende), già da tempo ritiene che tutti i documenti normativi in parola si debbano reciprocamente e – non è inopportuno precisare – paritariamente integrare nei fatti interpretativi (sent. n. 388 del 1999): conseguenza, questa, che linearmente discende dal previo riconoscimento della loro natura “tipicamente costituzionale” (così, nella famosa sent. n. 269 del 2017, con specifico riguardo alla Carta di Nizza-Strasburgo ma con notazione evidentemente dotata di generale valenza)¹². Ancora la giurisprudenza, poi, ammette che la *gerarchia secondo*

¹⁰ Sulla equivalenza in parola si riscontra una larga convergenza degli studiosi (riferimenti in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2015; si vedano, nondimeno, le precisazioni teoriche che sono nell'accurato studio monografico di S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018; notazioni critiche a riguardo della equivalenza dei “controlimiti” ai principi supremi sono, tuttavia, ora in C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2019, p. 491 ss.).

¹¹ Quale, ad es., la Carta Sociale Europea (su cui, part., Corte cost. nn. 120 e 194 del 2018, ampiamente annotate).

¹² Contrari, da ultimo, all'assimilazione della Carta dell'Unione (e delle Carte internazionali dei diritti in genere) alla Costituzione, G. MARRA, M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali. Riflessioni in merito all'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117*, in *Diritto penale contemporaneo*, nn. 8 e 9, 2019, spec. p. 154

forma possa trovarsi obbligata a recedere davanti ad una *gerarchia secondo valore*; il che poi sta a significare che la *gerarchia delle fonti* può essere messa da canto davanti ad una *gerarchia delle norme*, fatta e rifatta di continuo, secondo i casi, in applicazione del “metaprincipio” – come lo si è altrove chiamato – della ricerca della massima tutela possibile dei diritti in campo (sent. n. 317 del 2009 ed altre ancora)¹³.

Il punto è di cruciale rilievo; e denota una complessiva indecisione ed una vistosa oscillazione tra *criteri di formale fattura* e *criteri d'ispirazione assiologico-sostanziale*, un trapassare continuo dalle *fonti* alle *norme*. Persino in una stessa pronunzia (ad es., nella n. 49 del 2015 o nella n. 25 del 2019), troviamo il riconoscimento che in una Carta, come la CEDU, possa rinvenirsi una tutela più “ampia” dei diritti in gioco e però, allo stesso tempo, un autentico crampo mentale – se posso esprimermi con franchezza – affligge il giudice costituzionale inducendolo ad affermare che sia pur sempre da tenere fermo il “predominio assiologico” della Costituzione sulle

ss., nonché in *penalecontemporaneo.it*. Sta di fatto, però, che le Carte dei diritti condividono con la Costituzione proprio quello che è il loro tratto maggiormente identificante ed espressivo, secondo la ispirata e pregnante formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, come pure omogeneo si presenta il linguaggio dei documenti normativi qui posti a raffronto, prestandosi pertanto a dinamiche interpretative non dissimili (sulla lingua della Costituzione e i problemi ad essa connessi, v., almeno, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1989, p. 229 ss., e P. CARETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, Pisa, 2016). La qual cosa, ovviamente, non esclude che diversa possa essere la natura delle Corti che dei documenti stessi sono garanti e diversa, di conseguenza, l'efficacia delle loro pronunzie; ciononostante, tra talune tecniche argomentative di cui esse si avvalgono si riscontrano assonanze che non meritano di essere fatte passare sotto silenzio.

¹³ Fortemente dibattuta la esistenza stessa del “metaprincipio” in parola, del quale nondimeno si ha – com'è noto – esplicito riscontro sia nella CEDU che nella Carta dell'Unione e, a mia opinione, implicitamente nella stessa Costituzione. Particolarmente agguerrita la critica mossa al canone fondamentale in parola da R. BIN, in più scritti, tra i quali *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. p. 63 ss., ma *passim*, e, da ultimo, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., nonché nell'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna*, a cura di R. G. CONTI, in *giustiziainsieme.it*, 2019; v., inoltre, le riserve manifestate in merito al canone in discorso da M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *costituzionalismo.it*, n. 1, 2018, p. 272 ss. e, da ultimo, I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, relazione al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Pisa, 25 ottobre 2019, in *gruppodipisa.it*, vers. provv. Una difesa dello stesso può, invece, vedersi nell'intervista da me resa a R. G. Conti, in *giustiziainsieme.it*, 10 aprile 2019, nonché nei miei *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2019, spec. al § 4, e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, cit., spec. p. 45 ss., ed *ivi* altri riferimenti. V., pure, ora, le precisazioni che sono in A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *ConsultaOnline*, n. 2, 2019, spec. p. 364 ss., e E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relazione al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit.

altre Carte; e non posso qui trattenermi, ancora una volta, dal manifestare il convincimento circa il fatto che le due affermazioni non possono – a me pare – stare assieme¹⁴.

Il vero è che tra due documenti *materialmente* o, se più piace dire, “*tipicamente*” costituzionali non può, in alcun caso o modo, intrattenersi una ordinazione gerarchica; se ciò fosse possibile, sarebbe la negazione del carattere propriamente costituzionale del documento posto in secondo piano. Può invece aversi (ed è normale che si abbia) il momentaneo accantonamento di un documento rispetto all’altro, ove si riconosca che in un caso l’uno non sia in grado di offrire la tutela ai diritti in campo che risulti invece apprestata dall’altro. Questo è – come si sa – ciò che pressoché quotidianamente ricorre ogni qual volta prende forma un’operazione di bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti. Gli stessi principi fondamentali – come pure è noto – non si sottraggono a questo destino; e, se le cose possono stare (come, invero, stanno) così laddove la ponderazione abbia luogo all’interno della stessa Costituzione, non si vede per quale ragione ciò non possa aversi al piano delle relazioni interordinamentali.

Di qui, una duplice conclusione già in altri luoghi raggiunta e che è ora da tenere ferma: che i c.d. “controlimiti” non esistono, e non possono esistere, come “tipo” o categoria teorica, assumendosi dunque in partenza che *ogni* disposto di una Carta diversa dalla Costituzione debba *sempre* portare rispetto ad *ogni* principio fondamentale di diritto interno. Di contro, è il “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela a far pendere di volta in volta la bilancia a favore di questa o quella *norma* (non di questa o quella *fonte ut sic*), quale che ne sia appunto la forma o la provenienza, fermo tuttavia restando che la soluzione ottimale è quella che porta l’operatore di turno a non far luogo ad una scelta esclusivizzante, in applicazione cioè della “logica” perversa e comunque perdente dell’*aut-aut*, ma alla *congiunta e paritaria* applicazione di tutte le Carte, *reciprocamente integrate nell’interpretazione*. E di qui inoltre – per ciò che è ora di specifico interesse per questo studio – l’impossibilità di fissare, “graduandolo”, in astratto o *in vitro* il primato di questa o quella norma sull’altra, aprendosi le operazioni di bilanciamento ad esiti imprevedibili, peculiari in ragione dei connotati complessivi dei casi e dei beni della vita che in essi reclamano tutela.

È, dunque, a dir poco ingenuo, comunque semplicistico e forzoso, immaginare che *per sistema* un documento normativo, quale la Carta di Nizza-Strasburgo, debba mostrarsi rispettoso di un altro nei suoi principi fondamentali, trascurando il dato elementare e di comune esperienza che

¹⁴ Argomentate riserve sul punto manifesta ora anche E. MALFATTI, *op. cit.*

vede questi ultimi costantemente soggetti a reciproco bilanciamento, ovvero immaginare che un altro documento, quale la CEDU, sia tenuto all'osservanza di *tutta* la Costituzione (e la disciplina di forma costituzionale in genere), laddove proprio a motivo della sua natura e struttura il documento in parola si trova naturalmente portato a confrontarsi con gli enunciati della Costituzione espressivi di principi e di diritti fondamentali.

La omogeneità quoad substantiam osta alla gerarchizzazione quoad formam.

Se poi a tutto ciò si aggiunge che una stessa Carta, quale quella dell'Unione, chiede di essere intesa e fatta valere alla luce di un'altra (la CEDU), salva la eventuale maggior tutela dalla prima apprestata ai diritti in campo¹⁵, se ne ha la finale conferma della impossibilità di assegnare alla prima un rango "paracostituzionale" (o costituzionale *tout court*) ed alla seconda invece uno "subcostituzionale". Ciò che potrebbe avere un significato meramente retorico-astratto, tosto contraddetto però dal modo con cui le previsioni dei documenti in parola si fanno in concreto valere e si portano ad effetto¹⁶.

4. La "misura" del primato è, poi, largamente debitrice – come si faceva notare all'inizio di questa riflessione – nei riguardi delle tecniche di risoluzione delle antinomie e, dunque, a seconda delle sedi istituzionali in cui si fa ad esse luogo.

¹⁵ Singolare – come si è fatto altrove notare – questo dover andare avanti ed indietro dell'interprete, sollecitato a far luogo ad una doppia interpretazione della Carta dell'Unione, ora chiusa dentro quest'ultima ed ora invece aperta ed orientata verso la CEDU, ponendone a raffronto gli esiti e stabilendo quale di essi debba valere per il caso. Ovviamente, occorre, allo stesso tempo, far luogo alla interpretazione della CEDU ed a quella della Costituzione, sempre in vista dell'ottimale appagamento da apprestare ai beni della vita in campo. Il carattere artificioso di un siffatto modo di procedere è però testimoniato dal fatto che nessuna Carta può essere intesa chiusa in se stessa, in modo autoreferenziale, tutte invece sempre aprendosi a vicenda e potendosene perciò avere la messa a punto e il costante aggiornamento solo attraverso la loro reciproca alimentazione semantica.

Come si è infatti altrove tentato di mostrare, l'interpretazione o è circolarmente conforme oppure semplicemente non è.

¹⁶ Non si trascuri tuttavia il fatto che, a dire della giurisprudenza costituzionale (part. sent. n. 49 del 2015, pur con il temperamento introdotto dalla sent. n. 43 del 2018), la Carta dell'Unione, nel suo farsi diritto vivente per il tramite della Corte di giustizia, esprime un vincolo interpretativo maggiormente stringente di quello che invece risulta dalla CEDU, considerandosi i giudici abilitati a discostarsi dalle letture di quest'ultima prospettate dalla Corte di Strasburgo che si palesino inidonee a dar vita ad indirizzi "consolidati". L'interpretazione della Carta suddetta orientata verso la Convenzione risente, dunque, della (supposta) duttilità strutturale di quest'ultima, nel suo farsi appunto diritto vivente, senza che peraltro sia chiaro quale sia il fondamento teorico-positivo del diverso trattamento riservato alla giurisprudenza delle Corti europee.

Non è il caso qui di ripercorrere, neppure per sommi capi, a motivo della sua notorietà, il “cammino comunitario” della Corte, per riprendere una fortunata etichetta di una non dimenticata dottrina¹⁷. Mi limito solo ad osservare, con riguardo agli ultimi tratti di strada percorsi ed agli approdi ad oggi raggiunti, che è ancora largamente indefinito il quadro che va delineandosi e, soprattutto, che non si è ancora in grado di stabilire puntualmente quali effetti di sistema potranno conseguire alla svolta giurisprudenziale impressa da Corte cost. n. 269 del 2017 e proseguita per un verso, corretta per un altro, dalle pronunzie venute alla luce nell’anno in corso. In forza di alcune indicazioni da esse date, temo però che il processo d’integrazione sovranazionale possa risultare frenato e, comunque, esposto a gravi rischi, dei quali a me pare che non si abbia forse la dovuta consapevolezza: rischi, dunque, suscettibili di riflettersi sul primato del diritto dell’Unione, malgrado il nuovo indirizzo sia motivato *anche* (e specificamente) con l’argomento che da esso potrebbero aversene non pochi, rilevanti benefici per il diritto sovranazionale, specie nelle sue più qualificanti espressioni riguardanti i diritti fondamentali.

È opportuno tenere a mente l’assetto raggiunto, sia pure attraverso un non lineare e non poco sofferto percorso, dalla Consulta con la sent. n. 170 del 1984, con la quale il sindacato accentrato al fine della risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali era stato – come si sa – messo risolutamente da canto per i casi in cui alle seconde fosse riconosciuta l’attitudine ad essere portate ad immediata applicazione. È vero che negli anni successivi il sindacato stesso aveva recuperato spazi di non poca consistenza, specie in sede di giudizi in via d’azione, oltre che per la eventualità, già da tempo ammessa¹⁸ e però praticamente remota, che venisse azionata contro la normativa sovranazionale l’arma dei “controlimiti” (quanto meno che fosse “esposta” – come si è altrove detto, in relazione alla vessata vicenda *Taricco* – seppur non “opposta”¹⁹); spazi che, particolarmente a seguito della riforma del Titolo V del 2001 e per effetto

¹⁷ Ovvio il richiamo al magistero di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2406 ss.

¹⁸ Part. da Corte cost. n. 183 del 1973.

¹⁹ Così, nel mio commento alla ord. n. 24 del 2017, dal titolo *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, p. 393 ss., nonché in *ConsultaOnLine*, n. 1, 2017, p. 81 ss. Diversamente sono, invece, andate le cose sul terreno dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, secondo quanto testimoniato dalla vicenda definita da Corte cost. n. 238 del 2014, nel corso della quale i “controlimiti” sono stati in concreto fatti valere, mentre tratti complessivi peculiari hanno avuto altre vicende ancora maturate al piano dei rapporti tra Stato e Chiesa, alla luce di quanto stabilito dalla normativa concordataria.

della crescita esponenziale delle controversie tra Stato e Regioni ad essa legata, avrebbero potuto (e potrebbero) ulteriormente espandersi. Sta di fatto, però, che il giudizio in via incidentale rimane pur sempre la sede naturale, privilegiata, per la salvaguardia dei diritti fondamentali²⁰; ed in questa sede, in forza dell'approdo raggiunto nell'84, si è dato modo di poter azionare con profitto il meccanismo dell'applicazione diretta delle norme sovranazionali in vece di quelle interne con esse incompatibili, senza alcuna differenza a seconda della natura sostanziale delle une norme o dell'oggetto da esse riguardato, senza cioè che potesse farsi (e giustificarsi) alcun diverso trattamento alle norme relative ai diritti rispetto a quello riservato ad altre norme, non riguardanti i diritti stessi.

La svolta avutasi nell'84 può, senza alcuna concessione alla retorica, definirsi davvero epocale, e tale è stata peraltro avvertita da una nutrita schiera di studiosi, a motivo della formidabile accelerazione da tale pronuncia impressa al processo d'integrazione sovranazionale, supplendosi in tal modo alla mancata adozione di quella *Europaklausel* con disciplina di rango costituzionale opportunamente avutasi invece in altri ordinamenti. La qual cosa ha, dunque, portato – come si è altrove rilevato – all'effetto, in buona sostanza, della “invenzione” di un anomalo sistema di giustizia costituzionale “diffusa”, in deroga rispetto alla regola del sindacato accentrato stabilita dall'art. 134 per ogni forma di violazione, diretta o indiretta, della Carta, una regola – è appena il caso qui di rammentare – bisognosa di essere fatta valere a tutto campo. Non a caso, pur di centrare l'obiettivo, si è dovuto pervenire all'esito di far luogo ad una *rottura della Costituzione* risultante – ed è una vera stranezza – dalla deroga apportata da un *principio*, di cui all'art. 11, nei riguardi della *regola* fissata nell'art. 134, laddove per norma si ha proprio l'opposto²¹.

V'è di più.

²⁰ Le stesse Regioni, per vero, potrebbero offrire un concorso di non secondario rilievo alla tutela in parola, così come hanno peraltro già dimostrato di saper fare in particolare alcune di esse (specie in alcuni ambiti materiali), se solo però si avesse da parte di tutti gli enti in parola la testimonianza di una maggiore intraprendenza e sempre che – beninteso – gli organi della direzione politica dello Stato per un verso, lo stesso giudice costituzionale per un altro, gliene offrissero l'opportunità (indicazioni al riguardo nella corposa ricerca su *Diritti e autonomie territoriali*, curata da A. MORELLI e L. TRUCCO, Torino, 2014; v., inoltre, con specifica attenzione alle garanzie processuali, D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2019, p. 131 ss.). Tutto ciò posto, nulla poi esclude, anche con riferimento alle discipline regionali, che sia poi battuta la via incidentale al fine della verifica della rispondenza delle discipline stesse a Costituzione (ed alle altre Carte).

²¹ Una deroga, quella qui rilevante, suscettibile peraltro di indefinita espansione, in considerazione della moltiplicazione e dilatazione degli ambiti materiali con il tempo attratti nella sfera di competenza dell'Unione, e però ora frenata – come si dirà a momenti – dall'indirizzo inaugurato dalla sent. n. 269 del 2017.

Aver spianato la via, in forza della lettura comunemente data dell'art. 11, all'applicazione del meccanismo del controllo diffuso, in realtà non consentito (perlomeno, *expressis verbis*) dalla Carta, ha fatto sì che si sia determinato – come si è fatto altrove notare²² – un autentico ossimoro. Non essendo infatti ad oggi pervenuto a compiuta maturazione il processo costituente europeo (né, per vero, si sa se mai e con quali forme vi perverrà²³) ed abbisognando dunque le norme sovranazionali in genere di appoggiarsi all'art. 11 al fine di potersi affermare in ambito interno, se ne ha che la loro violazione ridonda automaticamente in violazione dello stesso art. 11 e, come tale, richiederebbe *sempre* di essere rilevata attraverso il sindacato del giudice costituzionale²⁴. Per un altro verso, però, è proprio l'art. 11, nella lettura ormai consuetudinariamente affermata²⁵, a richiedere che sia messo in moto il meccanismo dell'applicazione diretta da parte dei giudici e degli operatori in genere per i casi di antinomie riguardanti norme sovranazionali *self executing, da qualunque fonte prodotta* (dunque, anche se risultanti dalla Carta di Nizza-Strasburgo o da altra fonte idonea a dare tutela ai diritti fondamentali). Insomma, il sindacato accentrato dovrebbe, essere *sempre* utilizzato al fine di risolvere le antinomie in discorso e però, *allo stesso tempo*, non potrebbe aversi *mai* per quelle riguardanti norme eurounitarie idonee ad essere portate ad immediata applicazione.

Conosciamo tutti la svolta segnata dalla 269 rispetto a quest'assetto che pareva essere ormai definito in ogni sua parte e solidamente piantato sul terreno in cui si svolgono le relazioni tra diritto dell'Unione e diritto interno. Un indirizzo, quello inaugurato con la pronuncia in parola, che ha quindi ricevuto, per un verso, una ulteriore accelerazione ad opera della sent. 20 del

²² V., da ultimo, il mio *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in *rivistaoidu.net*, n. 3, 2019, p. 522, in nota 25.

²³ Si è altrove affacciata l'ipotesi che esso possa restare perennemente *in progress*, diversamente dalle vicende costituenti che si sono avute (e si hanno) in ambito statale, le quali o riescono, dando quindi vita ad un nuovo ordine costituzionale nel segno della discontinuità rispetto a quello preesistente, oppure falliscono, portando alla restaurazione dell'ordine dalle forze eversive combattuto.

²⁴ Ovviamente per i soli casi in cui la violazione sia opera delle leggi e degli atti aventi forza di legge. Affaccerò, nondimeno, più avanti una ipotesi ricostruttiva secondo la quale potrebbe assistersi ad una ulteriore dilatazione dell'area del sindacato accentrato, attraverso il critico ripensamento della nozione di "valore di legge".

²⁵ È verosimile che inizialmente si sia venuta a formare una convenzione costituzionale siglata dalla Consulta con i giudici comuni e, dietro le quinte, con la stessa Corte di giustizia, quindi risoltasi in una consuetudine ormai stabilmente radicatasi nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. Una vicenda, questa, che ha avuto spianata la via dalla innaturale conversione, operata dal giudice delle leggi con il benevolo avallo degli operatori restanti, di una *norma di valore*, di cui all'art. 11, in *norma sulla produzione giuridica*, che – come qui pure si viene dicendo – ha portato all'effetto della deroga a carico della regola di cui all'art. 134.

2019 e, per un altro verso, una parziale (ma significativa) correzione ad opera della stessa decisione da ultimo richiamata²⁶, nonché (e soprattutto) della sent. n. 63 e della ord. n. 117 di quest'anno.

²⁶ La correzione, contrariamente all'avviso della dottrina pressoché unanime, non si è, a mia opinione, registrata in relazione all'ordine temporale in cui possono essere messe in atto le due pregiudizialità, la euorunitaria e la costituzionale, un ordine che sarebbe stato dalla 269 ribaltato rispetto al passato, dovendosi dare – a stare a questa tesi – la precedenza a quella costituzionale. Di contro, la 20 e, soprattutto, la 63 darebbero carta bianca al giudice in merito alla scelta al riguardo da compiere, pur non tacendo il giudice costituzionale la propria spiccata preferenza per la soluzione che lo vede investito per primo [preferenza, ancora di recente, esplicitamente confermata da un autorevole studioso e giudice costituzionale, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, p. 487 ss.; v., inoltre, R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme (giustiziainsieme.it)*, 2019; F. SALMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *federalismi.it*, n. 8, 2019; nella stessa Rivista, G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, n. 10, 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, e, dello stesso, ora, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *osservatorioaic.it*, n. 4, 2019, p. 157 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *aisdue.eu*, n. 1, 2019, 6 maggio 2019, p. 27 ss.; O. POLLICINO, G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019*. A ciascuno il suo: *ancora sui rapporti tra Carte e Corti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, p. 434 ss.; G. REPETTO, *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell'UE*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2019, p. 255 ss.; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *federalismi.it*, n. 13, 2019; M. GALIMBERTI, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 2019; V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica)*, cit., spec. p. 428 ss.; A. M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 2019; L. CAVALLARO, *Le carte e le corti. Note minime su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia di efficacia della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2, 2019, spec. § 3; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2, 2019 e, nella stessa Rivista, M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*; P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in *aisdue.eu*, n. 1, 2019, p. 55 ss., spec. p. 70 ss.; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019, p. 615 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *rivistaaic.it*, n. 3, 2019, p. 642 ss.; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *federalismi.it*, n. 18, 2019; V. SCARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale*, cit., spec. p. 551 ss. Infine, G. MARTINICO, *L'idea di "concorrenza" fra Corti nel diritto costituzionale europeo, paper in vers. provv. illustrato all'incontro di studi su Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17-18 ottobre 2019, spec. § 3; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*

Un particolare rilievo, nel quadro ricostruttivo che si va ora delineando, è da assegnare alla 20, per la spinta che ne è venuta per una indefinita espansione dell'area in cui può svolgersi il sindacato accentrato, in vece del collaudato meccanismo del controllo diffuso di "costituzionalità-eurounitarietà", fatto risalire – come si diceva – al principio fondamentale di cui all'art. 11.

È vero che, a giudizio della Consulta, il recupero del sindacato accentrato può aversi limitatamente ai casi di antinomie riguardanti norme sovranazionali che, raccordandosi alla Carta dell'Unione, concorrono per la loro parte a dare tutela di diritti. Non è tuttavia chi non veda quanto evanescente sia il criterio della "connessione" in parola e scivoloso il terreno su cui se ne dovrebbe avere riscontro, salvo che la futura giurisprudenza non riesca in qualche modo a precisarlo meglio, arginando una deriva "neocentralistica" potenzialmente dirompente e – come si dirà a momenti – dagli effetti imprevedibili nei riguardi dei diritti (anche negativi, dunque).

Oltre tutto, il giudice costituzionale sembra non prendere in considerazione la circostanza, sulla quale ho in altri luoghi particolarmente insistito, per cui solo dopo aver interpellato la Corte dell'Unione il giudice comune può, in molti casi, aver chiaro il significato degli enunciati della Carta dell'Unione stessa (e, dopo la 20, anche di altri ad essa connessi), sì da potersi determinare circa la effettiva sussistenza dell'antinomia e, con riguardo ad enunciati non contenuti nella Carta, circa il rapporto di

sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali, in *rivistaaic.it*, n. 4, 2019, nonché i contributi al Seminario su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, cit., di R. ROMBOLI, Relazione introduttiva; I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, cit., e M. LAZE, *Rapporti tra ordinamenti, doppia pregiudizialità e tutela dei diritti*. La correzione ha, invece, investito i "profili" che possono essere portati alla cognizione della Corte di giustizia: per la 269 – com'è noto (ed è stato da molti criticamente rilevato) – essi avrebbero dovuto essere "altri" rispetto a quelli dapprima denunciati alla Consulta, sempre che – come si diceva – quest'ultima sia appunto chiamata per prima a pronunciarsi sulla questione (una diversa lettura della 269 è, però, in G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, n. 3, 2018, p. 265 ss., a cui opinione la pronuncia in parola non avrebbe delimitato nel senso appena detto l'esercizio del rinvio alla Corte dell'Unione conseguente alla proposizione di questione di costituzionalità). Di contro (ed a fugare ogni residuo dubbio), con le decisioni di quest'anno è finalmente ed opportunamente scomparsa ogni limitazione di sorta, peraltro da sempre (e, dal suo punto di vista, giustamente) non tollerata dalla Corte di giustizia (*ex plurimis*, Corte giust. 20 dicembre 2017, *Global Starnet*; 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*) e decisamente contestata dagli stessi giudici comuni (in specie, dalla Cassazione, sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47 e 48; della stessa Cass., sez. lav., v., già, nn. 12108 e 13678 del 2018). In tema, di recente, gli scritti, appena citati, di C. AMALFITANO, M. MASSA e, ora, R. ROMBOLI, relazione sopra citata.

connessione suddetto, stabilendo di conseguenza se ricorrano, o no, le condizioni per la chiamata in campo della Consulta.

Sta di fatto che, in conseguenza dell'adozione del criterio assiologico-sostanziale inaugurato con la 269, viene ad essere messo da canto il criterio strutturale che sta a base dell'applicazione diretta del diritto sovranazionale; la qual cosa si ha – si presti attenzione – in casi prevedibilmente crescenti, non solo per effetto della novità introdotta dalla 20 ma anche in considerazione della sensibilità viepiù diffusa testimoniata dai giudici comuni, che li porta a fare frequenti richiami alla Carta di Nizza-Strasburgo.

Se, poi, a ciò si aggiungono i casi di antinomie riguardanti norme eurolunitarie non *self executing*²⁷, se ne ha un quadro complessivo che vede l'area del sindacato accentrato soggetta ad una costante e progressiva espansione.

5. È giunto finalmente il momento di chiedersi quale sia o possa essere la “misura” del primato del diritto dell'Unione in ragione della tecnica di volta in volta posta in essere al fine della risoluzione delle antinomie che lo vedono coinvolto unitamente al diritto interno. Non si trascuri, poi, l'avvertenza dianzi esplicitata a riguardo del fatto che anche per una stessa tecnica la “misura” stessa può variare (ed effettivamente varia) in ragione del contesto e delle singole vicende processuali che in esso s'inscrivono.

Al tirar delle somme, non mi pare che possa dirsi in astratto e con soluzione valevole per ogni caso se offra migliori garanzie il meccanismo del sindacato accentrato ovvero quello del sindacato diffuso. Una disputa, questa, che – come si sa – si trascina stancamente da tempo, senza costrutto. Mi pare però che l'opzione per il sindacato della prima specie, che la

²⁷ Non rinnovo qui, dopo averne detto altrove (segnatamente, nel mio *Effetti diretti delle norme eurolunitarie e Costituzione*, in M. DISTEFANO (a cura di), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, Napoli, 2017, p. 65 ss., nonché in *rivistaaic.it*, n. 2, 2015, spec. al § 5), le perplessità che in me solleva la soluzione ormai invalsa in merito a siffatta specie di antinomie, specie ove si consideri che – si abbia o no l'intervento della Corte (segnatamente, nel senso dell'annullamento della norma interna) – tocca poi pur sempre al giudice rinvenire dal tessuto dell'ordinamento, prontamente ricucitosi a seguito della caducazione da parte della Consulta ovvero dell'accantonamento da parte dello stesso giudice (ove gliene sia data l'opportunità), la norma buona per il caso ovvero estrarre dal disposto eurolunitario violato la regola da applicare al caso stesso. Che, poi, grazie all'intervento del giudice costituzionale si abbiano dei vantaggi, quale quello della rimozione con effetti *erga omnes* della norma interna contraria al diritto sovranazionale, e però pure, a mia opinione, non pochi svantaggi è un'altra questione, della quale si dirà a breve. Sta di fatto, ad ogni buon conto, che, o prima o poi, il giudice si trova ugualmente solo con se stesso nella ricerca (o, diciamo pure, nella “invenzione”) della regola con cui chiudere la partita (v., sul punto, anche A. MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell'Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *federalismi.it*, Focus Fonti, n. 1, 2017, § 4).

Consulta dalla 269 in avanti risolutamente sollecita ai giudici comuni ogni qual volta siano in gioco i diritti fondamentali, vada incontro a talune obiezioni di ordine teorico e – ciò che, forse, ancora di più importa – a gravi inconvenienti di ordine pratico, dei quali occorre avere piena avvertenza.

Non indugio ora specificamente sulle prime, che nondimeno non meritano di essere fatte passare sotto silenzio o, come che sia, sottovalutate. Mi limito solo a rinnovare qui le non poche né lievi perplessità che solleva in me la soluzione patrocinata dalla Corte, specificamente laddove vede nell'art. 11 un principio fondamentale... *a scomparsa*, che si proietta in primo piano sulla scena e pretende (giustamente...) di farsi valere, laddove si tratti di assicurare il rispetto di norme *self executing* non relative ai diritti, mentre è (o sarebbe...) obbligato a ritrarsi ed a cedere il campo al generale precetto di cui all'art. 134 nel caso che l'antinomia investa norme riguardanti, seppur indirettamente, i diritti stessi.

V'è poi da considerare (e il punto mi pare stranamente trascurato anche dalla più avvertita dottrina) che, disattivandosi il meccanismo dell'applicazione diretta nel caso da ultimo indicato, viene per ciò stesso ad esserne frenato il processo d'integrazione sovranazionale che – come si sa – ha nell'ingranaggio suddetto il motore ingegnosamente messo a punto al fine di spingere con vigore ed incessantemente in avanti il processo stesso. Piaccia o no, occorre infatti prendere consapevolezza del fatto che le tecniche di risoluzione delle antinomie danno voce e forma ad un certo tipo di assetto delle relazioni interordinamentali; e la tecnica dell'applicazione diretta è immediatamente e genuinamente espressiva di quella "logica" della *integrazione* che si è inteso affermare al posto dello schema della *separazione* degli ordinamenti, adottato – come si sa – per i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale pattizio.

A ciò si aggiunga il dato (ampiamente rilevato da quanti, già in tempi risalenti, hanno messo in evidenza uno dei difetti strutturali del nostro sistema di giustizia costituzionale) per cui si danno non pochi casi al cui ricorrere norme di legge invalide producono effetti idonei a radicarsi nell'ordinamento e nell'esperienza al punto di dimostrarsi quindi materialmente non rimuovibili, effetti che invece potrebbero essere vanificati dal pronto ed incisivo intervento del giudice comune, se abilitato a mettere subito da canto norme siffatte²⁸.

²⁸ Tanto più, poi, laddove dovesse darsi modo al giudice di far luogo all'accertamento della radicale inesistenza di una delle norme in campo, mettendola subito da canto in relazione al caso sottopostogli. Anche su ciò, però, si registrano incomprensibili resistenze da parte della Corte delle leggi che non ha in più occasioni nascosto il proprio orientamento volto ad attrarre a sé la cognizione anche delle antinomie in parola, secondo quanto si preciserà meglio a momenti.

Certo, non si negano neppure i benefici che potrebbero aversi da un'opera di "bonifica" del terreno minato dalla presenza delle norme in parola posta in essere dalla Consulta, il solo giudice da noi abilitato a rimuoverle con effetti *erga omnes*²⁹. La stessa 269 ha fatto – come si sa – leva principalmente su questo vantaggio, a presidio della certezza del diritto. Eppure, come si è fatto in altri luoghi notare, la certezza stessa, specificamente nella sua forma più elevata e genuinamente espressiva, quale *certezza del diritto costituzionale*, ha pregio unicamente in quanto riesca, specie nelle più spinose vicende della vita, a convertirsi e ad interamente risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela. E proprio da ultimo si è fatto notare che *solo* il sindacato diffuso in alcune congiunture è in grado di assicurarla.

Su un ultimo punto mi preme fermare, ancora una volta, l'attenzione; ed è che la soluzione patrocinata dalla Consulta fa correre il rischio (che temo essere certezza...) che abbia drasticamente a diminuire il numero dei rinvii pregiudiziali³⁰, di certo non compensato (se non, appunto, in minima parte)

²⁹ Su ciò hanno molto insistito i non pochi studiosi schieratisi a favore della soluzione patrocinata da Corte cost. n. 269 del 2017, di cui si passa subito a dire: di recente, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, cit.

³⁰ Si sono di recente soffermati sul punto anche G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit., p. 270 s., e C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., p. 16 ss.; quest'ultima, in particolare, ha fatto tra l'altro notare che la rimessione degli atti alla Consulta senza la certezza che quest'ultima si rivolgerà alla Corte di giustizia «potrebbe infine sfociare, appunto, in una violazione del diritto dell'Unione» (p. 18). L'A. prende quindi in considerazione l'ipotesi affacciata da una sensibile dottrina (R. CONTI, richiamato in nota 53) volta a dar modo al giudice comune di rivolgersi contestualmente sia alla Corte dell'Unione (in via pregiudiziale) che alla Corte costituzionale (in sede di giudizio di costituzionalità). Anche M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit., p. 20 ss., ragiona attorno alla ipotesi di "rinvii pregiudiziali paralleli", e così pure, in buona sostanza, G. MARTINICO, *L'idea di "concorrenza" fra Corti nel diritto costituzionale europeo*, cit., spec. § 3, a cui opinione sarebbe consentita la simultaneità dei rinvii: una soluzione, presa altresì in considerazione da N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 22, e, da ultimo, I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, cit., che tuttavia la giudicano non rispondente al principio di leale cooperazione; e una soluzione, per vero, ingegnosa ma che, per un verso, non sembra situarsi entro la cornice delineata nella 269 e nelle pronunzie successive favorevoli alla precedenza del ricorso alla Consulta, nel mentre, per un altro verso, si rischia di mettere in croce il giudice comune per il caso che le due Corti dovessero emettere verdetti reciprocamente incompatibili (su ciò, subito *infra*). Non è, poi, chiaro come possa il giudice far subito luogo all'applicazione immediata della norma eurounitaria al posto di quella interna, laddove a ciò sia indotto da una sollecita pronunzia della Corte di giustizia, dal momento che, avendo in tesi trasmesso il fascicolo di causa alla Consulta, cui pure si è rivolto, sarebbe comunque costretto ad attendere il verdetto di quest'ultima.

dall'aumento (promesso...) dei rinvii ad opera della Consulta stessa³¹. Ed è appena il caso di rammentare che siffatta contrazione incide immediatamente e pesantemente sul primato, proprio delle norme dal punto di vista costituzionale maggiormente espressive, quelle relative ai diritti, non dando modo alla Carta dell'Unione (ed alla disciplina a questa "connessa") di potersi diffusamente far valere, per bocca della Corte di giustizia, nelle aule in cui si amministra la giustizia comune, radicandosi sempre più a fondo nel "diritto vivente".

Il vero è che – come si è pure tenuto a precisare in altre sedi³² – la soluzione ottimale parrebbe esser data dal cumulo dei rimedi, non già dal loro utilizzo in modo alternativo; ma, per far ciò, vale a dire per dar modo al giudice di fare subito applicazione della norma sovranazionale violata ed allo stesso tempo sollecitarne la caducazione in via generale alla Consulta, si rende – a me pare – necessaria una specifica innovazione positiva che metta da canto la regola della rilevanza per il caso ora nuovamente discusso³³; allo

³¹ Un caso di rinvio da parte del giudice costituzionale al quale la dottrina ha giustamente assegnato un particolare significato si è avuto – come si sa – con la ord. n. 117 del 2019; si tratta, nondimeno, come si viene dicendo, di eventualità assolutamente remota rispetto a quella dei rinvii che, ormai pressoché quotidianamente, si hanno ad opera dei giudici comuni. Un dato, questo, che rischia di pesare come un macigno sugli sviluppi delle relazioni tra le Corti (e, di riflesso, tra gli ordinamenti di appartenenza), pur laddove la Consulta desse ascolto alla sollecitazione, ancora di recente venuta da una sensibile dottrina (C. AMALFITANO, nello scritto appena cit., p. 22 ss.) e volta a far luogo ad un utilizzo non sporadico dello strumento del rinvio. È poi un fatto che, anche ad assumere (con la dottrina appena richiamata) che il rinvio stesso sia da considerare in talune congiunture doveroso per il giudice costituzionale, non si vede come quest'ultimo possa essere nei fatti obbligato ad adempiervi.

³² V., dunque, i miei *Effetti diretti delle norme europolitane e Costituzione*, cit., § 5, e, *amplius*, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *ConsultaOnLine*, n. 1, 2018, p. 155 ss.; adesivamente, A. MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell'Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., § 5; riserve nei riguardi di questa proposta sono, invece, in S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, cit., § 7; vi hanno fatto di recente richiamo anche N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *federalismi.it*, n. 13, 2019, p. 6, in nota 9; A. M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, cit., 18 s., e C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., p. 25 ss.

³³ È poi pur vero che la stessa giurisprudenza vi ha fatto (e seguita a farvi) luogo in occasioni viepiù ricorrenti; ciò che è, peraltro, segnalato con non celata preoccupazione da molti autori. La qual cosa sta, dunque, a testimoniare che il canone processuale in parola è avvertito dai giudici comuni prima e dalla stessa Corte poi come una sorta di gabbia di ferro, perlomeno in relazione a talune circostanze o tipi di disciplina (quale, ad es., quella relativa alla materia elettorale). La via piana, però, a mia opinione non è quella dello scostamento dalle regole a forza, *ope juris prudentiae*, bensì l'altra della loro riscrittura (o, meglio, della loro flessibilizzazione) per mano del solo organo che può disporne, il legislatore. Quali, poi, possano essere le implicazioni di ordine istituzionale e le ricadute di questo *trend* sempre più

stesso tempo, sarebbe consigliabile prevedere una sorta di corsia preferenziale a beneficio delle questioni di “costituzionalità-eurounitarietà” sì da contenere per quanto possibile (se non pure di parare del tutto) quel rischio che abbiano a radicarsi effetti materialmente irreversibili prodotti dalle norme interne, cui si è dietro fatto cenno; ed è auspicabile che, in attesa dell’intervento riparatore del legislatore, a ciò provveda di propria iniziativa la Consulta per via di autonormazione³⁴.

Si è di recente affacciata da parte di una sensibile dottrina³⁵ l’idea che il cumulo dei rimedi in parola possa aversi ugualmente per mano della giurisprudenza, mettendosi da canto il canone della rilevanza con specifico riguardo alle antinomie di cui si viene ora dicendo: una eventualità, questa, che francamente non giudico probabile; non resterei, tuttavia, sorpreso qualora se ne avesse un domani riscontro (d’altronde, come si sa, molte volte la Consulta si è trovata costretta a rimboccarsi le maniche ed a far luogo ad innovazioni anche assai rilevanti, che avrebbero piuttosto dovuto aversi per mano del legislatore).

Sta di fatto che, a mio modo di vedere, la soluzione più lineare resta pur sempre quella della naturale precedenza della pregiudizialità “comunitaria” rispetto alla pregiudizialità costituzionale; ove così non fosse, incumbente sarebbe pur sempre il rischio di “cortocircuiti” e conflitti tra le Corti la cui risoluzione sarebbe poi assai problematica, comunque non poco disagiata e sofferta.

Si consideri, ad es., il caso che il giudice comune si rivolga in prima battuta alla Consulta e, a seguito dell’eventuale rigetto della questione di “costituzionalità-eurounitarietà”, adisca la Corte dell’Unione³⁶, la quale

vistoso, con effetti a carico dei principi di struttura dell’ordinamento (a partire da quello della separazione dei poteri), è questione che non può essere qui trattata a modo.

³⁴ Maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounitarietà”*, in *ConsultaOnLine*, n. 3, 2019, p. 474 ss.

³⁵ Ancora C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., p. 25 ss., ma v., già, R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1, 2015, p. 27 s., e *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *rivistaaic.it*, n. 3, 2014, p. 31, dichiaratosi favorevole al superamento della rilevanza, seppur con riguardo alle sole questioni sollevate dai giudici di ultima istanza (si richiama a questa proposta, ora, anche D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, cit., p. 636). Non è, tuttavia, chiaro quale sia il fondamento che dia modo solo ad alcuni giudici di mettere da canto il canone della rilevanza: insomma, o a tutti o a nessuno; e proprio quest’ultima è – come si sa – la soluzione ormai affermata nel “diritto vivente”, alla luce della ricostruzione invalsa del meccanismo di giustizia costituzionale attivato per mano dei giudici.

³⁶ Una eventualità, questa, giudicata ora remota (P. GAETA, *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in *giustiziainsieme.it*, 2019, § 3) ed ora, all’opposto, altamente probabile (I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità*

quindi manifesti al riguardo un orientamento divergente da quello del giudice costituzionale. In siffatta ipotesi, con ogni probabilità – come si è fatto altrove notare – il giudice potrebbe essere tentato di tornare a rivolgersi alla Consulta. Ad oggi, come si è venuti dicendo, a me pare che questa facoltà non possa essergli riconosciuta, in forza di una rigorosa applicazione del canone della rilevanza che non dà modo di sollevare questioni di costituzionalità aventi ad oggetto norme dallo stesso giudice ritenute non applicabili al processo. *Nulla quaestio*, invece, ad ammettere il cumulo dei rimedi, tanto più ove si ammetta – come a me pare si debba³⁷ – che il sopravvenire della pronuncia del giudice eurounitario può considerarsi espressivo di un mutamento di “situazione normativa” rispetto a quella dapprima prospettata.

S’immagini, ora, il caso che il giudice disapplichi subito la norma interna giudicata incompatibile con il diritto sovranazionale, e quindi – sempre in forza del possibile cumulo dei rimedi – rimetta gli atti alla Consulta, la quale potrebbe però rigettare la questione o, ancora, adire in via pregiudiziale la Corte dell’Unione e, all’esito della risposta ricevuta da quest’ultima, far luogo al rigetto stesso. Ciò che suonerebbe come una sostanziale smentita e delegittimazione dell’operato del giudice comune. È vero che – perlomeno in alcuni casi – si potrebbe rimediare all’“errore” commesso da quest’ultimo con gli usuali rimedi delle impugnazioni; se, però, a rendersene responsabile dovesse essere un giudice di ultima istanza ovvero se comunque la pronuncia del giudice stesso dovesse essere andata in giudicato, non si saprebbe come fare per ripristinare l’ordine giusto delle cose.

Di qui, appunto, la conferma che sia pur sempre opportuno – quanto meno, il più delle volte³⁸ – che il giudice comune, prima di assumere ogni determinazione in relazione al caso assegnatogli, interpellì la Corte dell’Unione. Laddove, poi, riceva da quest’ultima una indicazione nel senso della sussistenza dell’antinomia, appoggiandosi ad essa potrebbe (e, per l’ipotesi ora ragionata, dovrebbe), per un verso, far luogo alla immediata applicazione della norma sovranazionale in vece di quella interna e, quindi, per un altro verso, adire la Consulta al fine di pervenire alla caducazione di quest’ultima norma con effetti *erga omnes*. Un caducazione – si faccia caso – alla quale il giudice costituzionale non potrebbe sottrarsi, disattendendo l’indicazione venuta dalla Corte di Lussemburgo, salvo ad opporre contro di

delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d’ingaggio, cit.).

³⁷ V. il mio *Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di costruzione*, in *ConsultaOnLine*, n. 3, 2019, 2019, p. 504.

³⁸ Salvi i casi, quale quello che sia “chiaro” il significato del disposto sovranazionale, che attorno allo stesso si sia consolidato un indiscusso “diritto vivente”, e via dicendo.

essa l'arma dei "controlimiti" o, con maggiore cautela, ad *esporli*, così come ha fatto in *Taricco*, tornando dunque ad interpellare per la sua parte la Corte sovranazionale, nell'intento di farle mutare avviso.

È chiaro che, avendosi riscontro di quest'ultima eventualità, la delegittimazione *ex post* dell'operato del giudice comune potrebbe pur sempre aversi; questo, però, è un effetto naturale ed inevitabile di un sistema che, comunque, dà modo alla Corte dell'Unione di tornare a pronunziarsi più volte sul medesimo caso con esiti anche divergenti.

Certo si è – e il punto mi pare meritevole di essere particolarmente rimarcato – che gli inconvenienti sarebbero ancora più gravi e frequenti nel caso che il giudice comune dovesse rivolgersi subito alla Consulta – come da quest'ultima sollecitato –, non foss'altro che per il fatto che i rinvii pregiudiziali posti in essere da quest'ultima, come si diceva, non avranno mai la diffusione che hanno quelli ad opera dei giudici comuni. E, poiché lo stesso giudice costituzionale ha, nella sua più recente giurisprudenza, spianato la via per l'utilizzo dello strumento del rinvio da parte dei giudici in ogni tempo e senza limite di sorta, se ne ha che l'eventualità di divergenti pronunzie da parte delle Corti ha maggiori probabilità di riscontro a dare la precedenza alla pregiudizialità costituzionale.

6. Siamo finalmente in grado di tirare le fila dall'analisi appena svolta.

La "logica" dei bilanciamenti, una volta fatta valere secondo la propria incontenibile vocazione altresì al piano delle relazioni interordinamentali, porta a dire che solo di volta in volta si può stabilire, peraltro non di rado in modo assai approssimativo e problematico, se vi sia e quale possa essere la "misura" del primato. Il ventaglio delle possibili opzioni si dispone, infatti, a farsi aprire a tutto campo, e si va dal corno della integrale e piena affermazione del diritto sovranazionale su quello interno al corno opposto dello sbarramento delle porte all'ingresso del primo in nome dei "controlimiti". Eppure – è questo il punto su cui maggiormente mi preme ora invitare a fermare l'attenzione – *in ogni caso* sarebbe improprio e fuorviante affermare che si dia la prevalenza, addirittura schiacciante, dell'uno sull'altro ordinamento. Una conclusione siffatta sarebbe, a dir poco, viziata da palese astrattismo e grave ingenuità. E ciò, per la elementare ragione che, in forza della integrazione in corso, seppur ad oggi largamente incompiuta ed accompagnata da tendenze sia degli organi della direzione politica che degli stessi garanti francamente intollerabili e bisognose di essere urgentemente e significativamente corrette, né la identità costituzionale dello Stato, che ha proprio nei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (nei "controlimiti") la sua prima e più qualificante

espressione, né la identità costituzionale dell'Unione risultano composte esclusivamente da elementi o materiali formati entro le mura dell'ordinamento di appartenenza, impermeabili alle suggestioni ed alla vera e propria opera di riconformazione strutturale esercitata da elementi o materiali provenienti *ab extra*³⁹, per il cui tramite viene tra l'altro a prendere forma quella "migrazione" di idee costituzionali dall'uno all'altro ordinamento, cui si faceva poc'anzi cenno⁴⁰. E che le cose stiano così come qui sono rappresentate è avvalorato, a tacer d'altro, dal fatto che uno dei principi fondamentali sia dell'ordinamento interno che dell'Unione è quello della reciproca apertura⁴¹. Un principio, questo, che poi – come si è veduto – risulta governato nelle sue concrete e più salienti movenze dal "metaprinzipio" del massimo *standard*: le porte insomma si aprono, mettendo in comunicazione gli ordinamenti e dando loro l'opportunità di potersi fecondare e rigenerare a vicenda, ovvero si chiudono a seconda di come l'operatore di turno intenda e reputi di far valere, in verso ora ascendente ed ora discendente, il canone fondamentale in parola, senza peraltro escludere la eventualità – forse, proprio quella di maggior frequenza – che le porte stesse restino socchiuse, ora più ed ora meno aperte a seconda del modo con cui prendono corpo le operazioni di bilanciamento.

Il vero è che, specie per il tramite del "dialogo" tra le Corti, non di rado i materiali suddetti transitano da un ordinamento all'altro, lasciando ovunque il segno della loro corposa presenza: un segno però – qui è il punto – spesso non immediatamente visibile, e tuttavia ugualmente marcato, quale si ha laddove senza farsi esplicito richiamo le Corti risentano dell'influenza culturale che esercitano l'una nei riguardi dell'altra (o delle altre)⁴².

³⁹ Ho avuto modo di illustrare la struttura composita della identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato in altri luoghi [tra i quali, i miei *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, n. 10, 2018, p. 549 ss.]; le notazioni ivi svolte richiedono, ad ogni buon conto, di essere ora riviste alla luce di quanto qui si viene dicendo.

⁴⁰ Richiamo ora nuovamente lo studio di O. POLLICINO, *Corti costituzionali e migrazione di "idee costituzionali" da occidente a oriente. La bussola e una metafora*, cit.

⁴¹ Con i dovuti adattamenti, la cui illustrazione non è ora consentita, i rilievi adesso fatti valgono altresì per l'apertura al diritto internazionale, e specificamente alla CEDU, tanto più se si considera che proprio sul terreno su cui maturano le esperienze di garanzia dei diritti anche la Convenzione, al pari della Carta dell'Unione, ritaglia per sé un ruolo "sussidiario", intendendosi uniformare al "metaprinzipio" della massimizzazione della tutela e, perciò, a ritrarsi laddove in ambito interno dovesse offrirsi una più adeguata salvaguardia ai diritti stessi.

⁴² Riferimenti, con riguardo al ruolo esercitato dalla Corte dell'Unione al fine della implementazione in ambito interno dei diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza-Strasburgo possono ora aversi da V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica)*, cit., e V. SCIARABBA, *La*

D'altronde, com'è noto, certe idee, una volta che riescano a farsi largo ed a radicarsi a fondo nel tessuto sociale, entrano a far parte del patrimonio culturale di una comunità che in esse si identifica ed alle quali attinge, pur rinnovandosi incessantemente e tuttavia restando ad ogni buon conto fedele a se stessa nel passaggio da una generazione all'altra: idee che, dunque, entrano in circolo e sono metabolizzate dal corpo sociale, anche inavvertitamente.

Per ciò, il piano culturale – come si è veduto sin dall'inizio di questa succinta riflessione – è quello al quale maggiormente si coglie ed apprezza il “primato”, anzi – possiamo ora dire – i “*primati*” che, di volta in volta e secondo le peculiari esigenze dei casi, vengono a stabilirsi in forme continuamente cangianti ed entro limiti parimenti mobili e relativi, pronte le une a mutare connotazione e gli altri a spostarsi per ricercare nuovi e maggiormente appaganti equilibri con l'avvicinarsi incessante dei casi.

L'identità costituzionale dello Stato per un verso, quella dell'Unione per un altro, sono così naturalmente portate a rinnovarsi, a cambiare camaleonticamente pelle in ragione delle vicende processuali nel corso delle quali e l'una e l'altra sono sollecitate ad affermarsi. Quel che è certo – come si è venuti dicendo – è che la messa a punto dei principi e dei diritti fondamentali di questo o quell'ordinamento si avvale, *deve* con profitto avvalersi, dell'azione riconformativa esercitata *ab extra*, se è vero – come la stessa giurisprudenza costituzionale già rilevava in una sua ispirata

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale, cit. Non si trascuri, poi, al riguardo l'opera quotidianamente svolta al servizio dei diritti dalla Corte EDU. A quest'ultima qui si è potuto riservare unicamente qualche cenno ma la sua presenza in seno al circuito in cui gli indirizzi giurisprudenziali vengono a formazione ed incessantemente si rinnovano è – per diffuso riconoscimento – d'immediata evidenza e di primario rilievo [riferimenti in A. OSTI, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2017, p. 851 ss.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *ConsultaOnLine*, n. 3, 2018, p. 618 ss.; V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Frosinone, 2019, e, dello stesso, *Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato*, in *ConsultaOnLine*, n. 1, 2019; R. ROMBOLI, A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino-Valencia 2019; F. NOCETO, *Intorno alla sentenza CEDU in tema di violazione dei diritti umani e (ir)revocabilità del giudicato civile*, in *Pol. dir.*, n. 2, 2019, p. 337 ss.; G. MARTINICO, *L'idea di “concorrenza” fra Corti nel diritto costituzionale europeo*, cit., spec. parte II; E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., e C. SICCARDI, *I ricorsi “in via diretta” alla Corte EDU riguardanti una legge o un'omissione legislativa: una potenziale alternativa al giudizio in via incidentale?*, Intervento al Seminario su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit.].

pronunzia, dietro già richiamata, la n. 388 del 1999 – che la Costituzione e le altre Carte “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”⁴³.

Insomma, se guardiamo all’essenza della Costituzione, secondo la mirabile sua definizione scolpita nell’art. 16 della Dichiarazione del 1789, e ne proiettiamo l’immagine nel presente contesto segnato da un costituzionalismo c.d. “multilivello” (o – seconda la opportuna precisazione di una sensibile dottrina⁴⁴ – “interlivello”), ci rendiamo subito conto che non si danno, non possono più darsi diritti fondamentali *esclusivamente* nazionali ovvero sovranazionali (o, con riferimento ad altre Carte che li riconoscono, quale la CEDU, internazionali) ma si danno diritti tendenzialmente nazionali *in quanto* sovranazionali (ed internazionali) e questi ultimi *in quanto anche* nazionali.

D’altronde, dei principi di base dell’Unione entrano – come si sa – a far parte le “tradizioni costituzionali comuni”, attinte ed originalmente rielaborate per le peculiari esigenze dell’Unione stessa dalla Corte di giustizia; più ancora, il diritto sovranazionale è impegnato – com’è pure noto – dall’art. 4, par. 2 TUE a mantenersi rispettoso dei principi di struttura dei singoli ordinamenti nazionali.

Qui, però, il discorso per vero si complica, specie ove si consideri che la (supposta) invalidità della norma eurolunitaria potrebbe essere denunciata, ad un tempo, davanti alla Corte costituzionale⁴⁵ e davanti alla Corte di giustizia, con esiti che potrebbero anche reciprocamente divergere.

In siffatte circostanze, il giudice comune potrebbe davvero trovarsi messo in croce dalle pronunzie di segno opposto delle due Corti; ed è

⁴³ Per le ragioni appena dette, parziale mi sembra essere il punto di vista, di recente rappresentato da I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d’ingaggio*, cit., secondo cui l’identità costituzionale, a conti fatti, si risolverebbe nella sovranità popolare, ponendosi la Consulta quale sua istituzionale garante. Nulla, infatti, togliendo al ruolo di cruciale rilievo quotidianamente esercitato dal giudice costituzionale al servizio della legge fondamentale della Repubblica, per un verso, l’identità in parola – come si è venuti dicendo – non s’identifica ed esaurisce nel solo principio enunciato nell’art. 1 della Carta; per un altro verso, garante della stessa, in sede giurisdizionale, sono tutti gli operatori di giustizia; infine, per ciò che qui maggiormente preme mettere in chiaro, la struttura della identità, nella sua conformazione culturale, assiologicamente pregnante, risulta da materiali di natura ed estrazione composita che si compongono in un “gioco” senza fine in ragione dei casi e delle peculiari esigenze a ciascuno di essi facenti capo.

⁴⁴ V., part., L. D’ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in *ConsultaOnLine*, 2014.

⁴⁵ Salvo il caso che il giudice comune reputi essere la norma stessa affetta da vizio di radicale nullità-inesistenza, rilevandolo *motu proprio*. Va, però, rammentato che, specie dopo la 269, la Consulta non cela la propria preferenza per essere comunque chiamata in campo; e, peraltro, anche in altri ambiti di esperienza, pur in presenza di norme espressamente qualificate come “inesistenti”, la Consulta stessa ha avvocato a sé la loro cognizione (così, in particolare, nella sent. n. 238 del 2014, dietro cit.).

verosimile attendersi che avverso la pronunzia della Corte dell'Unione sia quindi azionata l'arma dei "controlimiti" o, quanto meno, che se ne abbia – come si diceva – la *esposizione*, come si è avuto con la già richiamata ord. n. 24 del 2017 su *Taricco*.

7. Su un punto, nondimeno, mi preme ora particolarmente fermare l'attenzione, alla luce delle notazioni dietro svolte a riguardo del rilievo al piano culturale del primato; ed è che eccessivamente semplificato e, a conti fatti, forzoso appare essere il modo con cui una nutrita schiera di autori intende l'art. 4, par. 2 TUE⁴⁶, assumendo che, una volta chiamata a giudicare della sua osservanza da parte di un atto dell'Unione, la Corte di giustizia non potrebbe far altro che recepire le indicazioni date dalla Corte costituzionale in merito ai principi di struttura dell'ordinamento interno⁴⁷.

Più d'una sono, infatti, le obiezioni che possono muoversi a siffatto argomentare.

In primo luogo, non è chiara la ragione per cui dovrebbe farsi capo alle indicazioni della Consulta e non pure di altri operatori, quasi che la prima

⁴⁶ Riferimenti al riguardo, nella ormai nutrita schiera di scritti venuti alla luce in relazione all'enunciato suddetto, tra gli altri e di recente, in G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, e, dello stesso, ora, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, p. 333 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, cit.; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *DPCE*, n. 3, 2018, p. 781 ss., e, dello stesso, ora, *L'idea di "concorrenza" fra Corti nel diritto costituzionale europeo*, cit.; L. S. ROSSI, *2, 4, 6 TUE... l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *federalismi.it*, n. 20, 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2018, p. 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. FARAGUNA, C. FASONE, G. PICCIRILLI, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2, 2018, p. 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli 2018, spec. p. 82 ss. e p. 163 ss.; C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della "doppia fedeltà". L'esperienza italiana*, Relazione al Convegno del "Gruppo di Torino" su *La Constitución como pacto*, Valencia, 23 marzo 2019, in *Rev. gen. der. cost.*, n. 29, 2019; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, cit., p. 338 ss., e, della stessa, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *rivistaaic.it*, n. 2, 2019.

⁴⁷ Il punto è stato rimarcato da molti degli scritti a commento del caso *Taricco* [con particolare decisione, v. M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *osservatoriocostituzionale.it*, n. 1, 2017].

possa (e debba) considerarsi l'autentico interprete e l'esclusivo garante dei principi suddetti.

In secondo luogo, come si è altrove osservato, nessun giudice ed operatore in genere (neppure il legislatore costituzionale) può fregiarsi del titolo di autentico interprete dei principi fondamentali, per la elementare ragione che l'interpretazione in parola compete all'organo (o, meglio, all'atto) che, disponendo del potere di innovare all'atto bisognoso di chiarificazione, ne può, volendo, fissare autoritativamente il senso. La qual cosa, però, secondo dottrina e giurisprudenza correnti, non sarebbe possibile per i principi fondamentali, idonei a resistere ad ogni innovazione per via legale e suscettibili di essere travolti unicamente a mezzo di un nuovo fatto costituente⁴⁸.

Sta di fatto che lo stesso riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali appare essere operazione di estremo impegno teorico, comunque assai scivolosa, rischiosa e gravida di implicazioni⁴⁹ e che, già solo per ciò, non conviene considerarla riservata ad un solo, seppur autorevolissimo interprete e garante, qual è il giudice costituzionale, fatalmente portato a convertirsi – come si è altrove detto – in un *potere costituente permanente*, specie ove si consideri che avverso le decisioni del giudice stesso non è ammessa – come si sa – alcuna impugnazione⁵⁰.

Nessuna Corte può, insomma, rivendicare per sé l'abilitazione a dire l'*ultima* parola in fatto di protezione dei diritti, men che mai può pretendere di porsi in sovrana solitudine al vertice di una immaginaria costruzione piramidale che veda ogni altra Corte situata in posizione ancillare, per la medesima ragione per la quale sarebbe insensato – come si diceva – fare

⁴⁸ Confesso qui pure di non riconoscermi in questo modo corrente d'intendere i limiti alla revisione costituzionale, essendo a mia opinione possibili (ed anzi auspicabili) innovazioni agli stessi principi, sempre che aventi finalità inclusiva, volte cioè a fare espandere il loro raggio d'azione ed a renderne viepiù salda la *vis* prescrittiva; è, anzi, urgente che a ciò si faccia luogo specie nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, nonché in considerazione dell'affermazione di nuovi diritti fondamentali, fin qui peraltro avutasi in modi alle volte incerti ed altalenanti dalla giurisprudenza o a mezzo di leggi comuni e bisognosa piuttosto di un'adeguata nuova disciplina nella legge fondamentale della Repubblica, allo scopo opportunamente novellata.

⁴⁹ Basti solo pensare al fatto che il diritto eurounitario va incontro – come sappiamo – unicamente alla osservanza dei principi in parola e che i nuovi (ed innominati) diritti fondamentali hanno titolo a partecipare ad armi pari ad operazioni di bilanciamento con i vecchi.

⁵⁰ È nondimeno da vedere se il disposto di cui all'art. 137, ultimo comma, Cost., quand'anche – come pare – lo si consideri espressivo di un principio fondamentale o, come che sia, "coperto" da un principio stesso (o, meglio ancora, dall'intera tavola dei principi nel loro fare "sistema"), possa partecipare ad operazioni di bilanciamento con altri principi della Carta; ciò che, a mia opinione, non è da escludere, secondo quanto peraltro è proprio – come si è rammentato – di ogni principio costituzionale.

graduatorie di sorta tra documenti tutti egualmente, “tipicamente” costituzionali.

Il vero è che – come si è tentato qui pure di mostrare – la messa a punto semantica degli enunciati espressivi di principi e diritti fondamentali e il loro incessante rinnovamento sono demandati ad un “gioco” senza fine al quale partecipano tutte le espressioni della cultura giuridica in genere e costituzionale in specie. Ed è proprio per ciò che, a mio modo di vedere, la più efficace garanzia avverso improvvisate o improvvide ricognizioni dei principi e dei diritti fondamentali la si ha obbligando l’operatore di turno che vi fa richiamo a far capo a delle autentiche *consuetudini culturali* di riconoscimento dei principi e diritti medesimi, profondamente diffuse e radicate nella comunità⁵¹; tanto più, poi, ove della loro esistenza dovesse aversi riscontro al piano delle relazioni interordinamentali, registrandosi attorno ad esse la convinta adesione dei giudici nazionali (costituzionali e non) e delle Corti europee. Insomma, marcate convergenze interpretative e un vero e proprio “*diritto vivente*” *interordinamentale*, frutto del concorso delle Corti europee, dei giudici costituzionali e di quelli comuni, è la migliore garanzia di cui si dispone circa una corretta ricognizione delle consuetudini culturali suddette, specie poi se l’indirizzo consolidato in parola dovesse godere del favorevole apprezzamento del più largo schieramento possibile degli studiosi.

V’è poi anche una ragione, per dir così, di ordine tecnico che depone a sostegno della soluzione ricostruttiva qui caldeggiata; ed è che il principio della reciproca apertura degli ordinamenti, pur presentando – come si è veduto – carattere ambiverso, non risulta tuttavia sorretto da meccanismi di consultazione (oltre che ascendenti anche) discendenti⁵². La Corte

⁵¹ Per l’aspetto ora considerato, si ha – come si vede – conferma della bontà della mirabile intuizione della tradizione romanistica, cui peraltro si sono rifatti anche il fondatore della scienza del diritto pubblico in Italia V. E. Orlando ed i suoi epigoni ed è ancora oggi ripresa da una dottrina assai accreditata (part. P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, del quale v., ora, anche *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3, 2019, p. 763 ss.), secondo cui il diritto in genere (e costituzionale in specie) non “crea” ma porta alla luce ciò che è a fondo radicato negli strati sociali, razionalizzandolo ed apprestandovi la più adeguata tutela [sul pensiero orlandiano, v., part., il corposo studio monografico di V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari 2018, nonché, se si vuole, anche il mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull’una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *rivistaaic.it*, n. 4, 2017].

⁵² Al di fuori dei casi in cui la Corte di giustizia sia adita in sede di rinvio pregiudiziale e solleciti chiarimenti all’autorità nazionale interpellante (invita a fermare l’attenzione sul punto C. AMALFITANO, *La “saga Taricco”*: dalla sentenza della Corte di giustizia nella causa C-105/14 all’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale, in AA.VV., *Primato del diritto dell’Unione e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit., p. 10 e nota 22; v., inoltre, C.

dell'Unione, al pari peraltro della Corte EDU, non ha infatti modo – come si sa – d'interpellare i giudici nazionali ed avere lumi a riguardo dei disposti normativi (specie se costituzionali) coinvolti nei casi portati alla sua cognizione, segnatamente circa la loro riconducibilità alla previsione di cui all'art. 4, par. 2 TUE. Gli unici strumenti di cooperazione sono – come si sa – utilizzabili unicamente in verso ascendente: vale – per ciò che qui specificamente importa – per il rinvio pregiudiziale⁵³ e vale pure per lo strumento di consultazione previsto dal prot. 16 allegato alla CEDU⁵⁴, del quale si auspica la sollecita entrata in vigore anche da noi.

NAOMÉ, *sub* artt. 61, 62 e 101 reg. proc. CG, in AA.VV., *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea. Commento articolo per articolo*, a cura di C. Amalfitano - M. Condinanzi - P. Iannuccelli, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, rispettivamente, 496 ss., 497 ss., 637 ss.). Qui, però, come si viene dicendo, si ragiona di rinvii “discendenti” *motu proprio* azionati dal giudice dell'Unione, tuttavia – come si sa – non previsti.

⁵³ Invita a fermare l'attenzione sul punto anche A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in www.forumcostituzionale.it, spec. al § 3.

⁵⁴ Hanno, tra gli altri, ragionato in merito alle possibili valenze dello strumento in parola O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *DUE*, n. 2, 2014, p. 293 ss.; N. POSENATO, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani*, in *DPCE*, 2014, p. 1421 ss.; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, cit.; R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *ConsultaOnLine*, 2014; E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015; E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2015, p. 182 s., e, della stessa, ora, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., § 7; A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura della stessa A. DI STASI, Padova, 2016, p. 63 ss.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., 328 ss.; I. ANRÒ, *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le corti?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2019, e, della stessa, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1, 2019, p. 189 ss.; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla Cedu entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, p. 719 ss.; R. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *questionegiustizia.it*, 2019; M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 3, 2019, e, nella stessa Rivista, G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, n. 5, 2019, e, ora, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, in *paper*. Infine, volendo, anche il mio *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in*

Si capisce peraltro la ragione del fatto che non si danno canali percorribili nel verso discendente, nel timore che dai giudici nazionali possano venire indicazioni suscettibili di recare pregiudizio al processo d'integrazione sovranazionale e d'implementazione dei diritti di cui le Corti europee sono istituzionalmente garanti.

V'è poi una difficoltà di ordine pratico non agevolmente superabile, dal momento che, alla luce delle notazioni sopra svolte circa la insussistenza di un monopolio interpretativo degli enunciati espressivi dei principi e dei diritti fondamentali, non si saprebbe a quale giudice nazionale dovrebbe essere portata la richiesta di chiarimento di cui il giudice europeo possa avere bisogno. Il rischio, insomma, sarebbe quello di una vistosa alterazione degli equilibri istituzionali interni, specificamente per ciò che concerne i rapporti tra i giudici comuni e la Corte costituzionale. Un rischio che già al presente si corre in base a quanto previsto dal prot. 16 che, di tutta evidenza, rafforza il ruolo dei giudici abilitati a chiedere pareri alla Corte di Strasburgo rispetto a quello esercitato dai giudici che ne sono invece esclusi⁵⁵. I protagonisti del "dialogo" vedono, dunque, naturalmente sottolineato e promosso il loro ruolo culturale di garanti dei diritti.

Anche dalla prospettiva ora adottata, ne viene dunque naturalmente confermata la tesi, sopra esposta, che sollecita a fare riferimento a *consuetudini culturali* diffuse di riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali: la migliore garanzia avverso improvvisate soluzioni fatte valere secondo occasione da questo o quell'operatore di giustizia.

vigore del Prot. 16), in *rivistaaic.it*, n. 1, 2014. Con riferimento alla prima esperienza di consultazione della Corte EDU, v., tra gli altri, R. G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *questionegiustizia.it*, 2019; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (fsjeurostudies.eu), n. 2, 2019, p. 160 ss.; L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *DUDI*, n. 2, 2019, p. 418 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2, 2019; M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *osservatorioaic.it*, n. 5, 2019, p. 1 ss.

⁵⁵ Un rafforzamento al quale danno poi un ulteriore, fattivo concorso i raccordi cui hanno dato vita le supreme magistrature nazionali con la Corte europea (un loro raffronto con il meccanismo di cui al prot. 16 è in R. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 ammesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, cit.).

ABSTRACT

Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali

Lo scritto mette in evidenza che il primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno può essere apprezzato a seconda della prospettiva da cui è riguardato, del contesto in cui si manifesta e delle tecniche decisorie adottate per la risoluzione delle antinomie tra le norme dei due ordinamenti. Sottopone quindi ad esame critico la giurisprudenza costituzionale che lo riguarda, specie nell'indirizzo inaugurato dalla sent. n. 269 del 2017 e ulteriormente precisato da talune importanti decisioni del 2019, rilevando che la tendenza all'accentramento del sindacato di validità anche per i casi di antinomie coinvolgenti norme sovranazionali *self executing* dà luogo a non lievi contraddizioni teoriche ed a parimenti gravi inconvenienti pratici.

Forms and limits of EU law primacy, from the perspective of constitutional case law. Theoretical and institutional approaches

The paper points out as EU primacy over national law could be appreciated according to the perspective, the context and the judicial techniques adopted in order to solve the conflict between provisions of the two different legal orders. It is then object of critical review the relevant case law, especially related to the new trend originated by decision 269/2017, and then further developed in some important decisions of 2019, letting emerging as the further tendency to centralized constitutional review in case of conflict between provisions of national law and European law self executing leads to significative theoretical contradictions and also to practical inconveniences.