



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2017 FASC. III

(ESTRATTO)

AGATINO CARIOLA

**LE TRASFORMAZIONI ISTITUZIONALI A SESSANT'ANNI DAI
TRATTATI DI ROMA:
LA GIUSTIZIA, IN SPECIE QUELLA COSTITUZIONALE**

2 OTTOBRE 2017

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Agatino Cariola

**Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma:
la giustizia, in specie quella costituzionale***

SOMMARIO: 1. *Tempo di bilanci in periodi di sfide all'idea dell'inevitabile affermazione dell'integrazione europea.* – 2. *Il cosiddetto dialogo tra le Corti.* – 3. *Chi è il custode dei controlimiti?* – 4. *Il diritto giurisprudenziale è sempre lo stesso e per tutti?* – 5. *La tradizione e le tradizioni: perché non valorizzare dal basso la tradizione costituzionale comune? L'obbligo del giudice statale di individuare il diritto europeo "giusto".* – 6. *Salvaguardare il pluralismo giurisdizionale: è tempo per un controllo diffuso e per fare della Corte di giustizia una Corte suprema?*

1. *Tempo di bilanci in periodi di sfide all'idea dell'inevitabile affermazione dell'integrazione politica ed economica dell'Europa.*

L'anniversario dei sessanta anni dai Trattati di Roma del 1957 cade in un momento piuttosto difficile per il processo di integrazione europea, in un tempo cioè in cui sotto il versante politico si è persa la fiducia nell'ineluttabilità del movimento volto all'allargamento della Comunità prima e dell'Unione dopo, ed al contrario, dal punto di vista economico, si avverte il peso della situazione economica che da anni non vede crescita nei Paesi europei, almeno in tutti i Paesi. Sotto l'uno e l'altro aspetto si direbbe che si versi in situazione di crisi, se non fosse che il termine è stato abusato nei decenni scorsi e lo stesso presuppone l'idea che ad un certo tempo cessi la difficoltà e si ritorni alla situazione di prima: esito niente affatto scontato in qualsiasi campo e, specie, nelle vicende politiche come in quelle economiche.

Ogni riflessione sull'Europa non può fare oggi a meno di considerare la *Brexit*, ma non può essere trascurato – per andare ad avvenimenti recenti - che l'integrazione europea ha pur visto il fallimento del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa a mezzo ed a seguito dei referendum francesi ed olandesi, rispettivamente, del 29 maggio e del 1° giugno 2005; che non è dimenticata la vicenda austriaca sul mantenimento in quel Paese di condizioni democratiche; che le esperienze sugli assetti giurisdizionali di Polonia, Romania e Ungheria ripropongono il tema sugli standard e, soprattutto, sulla comune cultura politica (e, quindi, anche giuridica) dei Paesi dell'Unione; che ancora l'Europa vive a più velocità se la moneta unica non è estesa a tutti gli Stati-membri, se la BCE quindi non esercita allo stesso modo e per l'intera Unione gli stessi poteri, e se allora coesistono più modelli economici.

Il fatto è che il problema della democrazia all'interno dell'Europa non può dirsi mai risolto, ma allo stesso modo di come accade in ogni Paese membro.

Per anni si è discusso circa il deficit democratico della Comunità e si è anche addebitato ciò alla provenienza della normativa europea dal Consiglio piuttosto che dal Parlamento. Il Trattato di Lisbona ha portato a compimento il processo di codeterminazione dell'assemblea nell'adozione di regolamenti, direttive e decisioni (artt. 289 e 294 TFUE). È significativo che si sia utilizzato il termine di legge – *rectius* atti legislativi, art. 289, perché ciò rimanda a tutta la tradizione che ha visto nella legge l'espressione della giustizia (in Tommaso d'Aquino, «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*», Summa Theologica, Prima Secundae, q. 90 a. 4) e la manifestazione della stessa democrazia, se appunto «*La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse*», secondo l'art. 6 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 26 agosto 1789, ove si riprende la concezione che qualifica la legge solo come la regola adottata secondo determinate

* Testa dell'intervento al Convegno "Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma, Catania 31 marzo-1 aprile 2017, di prossima pubblicazione anche nel volume omonimo a cura di A. Ciancio.

procedure e che mantiene alcuni contenuti. Si tratta, come è noto, di una visione assolutamente selettiva e discriminatoria che giunge a qualificare come non costituzionali gli assetti di potere privi di separazione dei poteri e di garanzie dei diritti (art. 16).

Ma non per questo il problema di dare contenuto ai valori indicati dall'art. 2 TUE è risolto una volta per tutte. Si consideri solo che negli ordinamenti interni il potere legislativo sembra più nelle mani degli esecutivi che non delle assemblee parlamentari, sia in virtù delle delegazioni come delle decretazioni d'urgenza nei Paesi che le ammettono; sia per la possibilità di determinare o influire sul calendario dei lavori delle assemblee parlamentari; sia, ancora, per la tecnica di concentrare la gran parte delle scelte politiche, ad iniziare da quelle economiche, nella legge di bilancio annuale (che la si qualifichi così ovvero finanziaria e/o di stabilità), appunto predisposta dai Governi e votata "sotto pressione" di questi ultimi, se non addirittura della stessa Unione europea. Allora, ad ammettere che sia un "contenuto" della democrazia, si avverte che il problema della titolarità del potere normativo non è affatto tipico dell'Unione.

Allo stesso modo le trasformazioni che investono i partiti tradizionali, a seguito della "fine" delle ideologie e delle modificazioni delle classi sociali, riguardano gli assetti nazionali prima ancora che quello europeo. A livello nazionale come europeo si avverte il bisogno di assicurare trasparenza ai processi decisionali se non si vuole abbandonarli ai centri di interessi ed alle *lobby*, se in altri termini si insiste ancora sul legame tra esercizio del potere e connessa responsabilità pubblica, o *accountability* che dir si voglia. Le trasformazioni che riguardano i partiti incidono in realtà proprio sui processi volti «*a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione*» (art. 10 TUE), giacché i partiti dovrebbero essere sia le agenzie culturali che danno contenuto e sostengono la dimensione culturale europea, sia i soggetti che, alla fine, assumono decisioni per le quali rispondono. I meccanismi di *accountability* presuppongono ancora partiti capaci di ideare "narrazioni" sociali, mobilitare energie, esprimere istanze collettive; richiedono soggetti stabili, "carichi di storia" e non formazioni occasionali, giacché verrebbe a perdersi il presupposto medesimo del dover "rendere conto" di quanto si è fatto. L'*acquis communautaire* è prima di tutto un'esperienza culturale, che richiede appunto soggetti idonei ad elaborare contenuti ideologici (altri direbbero: narrazioni), a trasmetterli e svilupparli, sia sul versante istituzionale come su quello propriamente sociale, creando e cercando consenso attorno alcuni temi.

Ed oggi appare più pressante che mai la necessità di rafforzare le maglie culturali che tengano assieme l'Unione e le sue istituzioni.

Ciò riporta al campo dei rapporti tra le giurisdizioni: infatti, per riprendere note distinzioni, il giudice dovrebbe essere organo al tempo stesso dello Stato-persona-istituzione e dello Stato-ordinamento, *id est* comunità. La distinzione può essere applicata anche all'Unione e può aversi riguardo, ora all'apparato istituzionale, ora al versante comunitario e sociale. Ogni giudice è sul crinale dei rapporti tra l'assetto istituzionale e quello sociale, soggetto ed espressione di cultura che è, al tempo stesso, giuridica e sociale.

Il giudice europeo – ogni giudice, cioè, che si trova ad agire nei Paesi dell'Unione e ad applicarne il diritto, ad iniziare dai valori indicati dai trattati – fa riferimento all'unità del diritto da considerare, presuppone la connessione delle regole e la loro riconduzione a sistema a mezzo dei principi generali di un ordinamento giuridico che si è solo esteso oltre lo Stato.

In questa prospettiva va del tutto abbandonata l'idea che l'ordinamento (una volta definito) comunitario sia autonomo e distinto «*rispetto a quello interno*», che il diritto delle Comunità «*e il diritto interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato*» (secondo [Corte cost., n. 183/1973](#), ripresa dalla [sentenza n. 170/1984](#): «*l'ordinamento della Comunità e quello dello Stato - ed i rispettivi processi di produzione normativa - ... per quanto coordinati, sono distinti e reciprocamente autonomi*»). Per definizione ogni giudice applica l'intero ordinamento in tutte le sue componenti ed il diritto è segnato da una forte logica di integrazione e di bilanciamento tra valori ed interessi, non di mera giustapposizione di norme.

Anzi, proprio in quanto esperienza culturale, l'integrazione giurisprudenziale – che, prima ancora di essere realizzata dai giudici, muove dai cittadini i quali avanzano pretese e si sviluppa dalle corrispondenti azioni esercitate avanti i giudici nazionali – è uno di quei strumenti che servono a compensare il cd. deficit democratico, o meglio ad elaborare una diffusa cultura europea. L'esistenza di una rete giudiziaria europea significa appunto che i valori dell'integrazione europea fanno parte del comune patrimonio (sostanzialmente) costituzionale, ma deve anche comportare che il potere giurisdizionale sviluppi – o quantomeno conservi – la dimensione antimaggioritaria che le è propria. È ancora attuale la lezione che porta a mantenere “neutro” il potere giurisdizionale, cioè a separarlo dalla politica, specie se lo si considera “dalla parte dei diritti” individuali e non semplicemente *bouche de la loi*. In un certo senso è come riprendere l'insegnamento di Montesquieu, ma alla luce della nozione sostanziale accolta dall'art. 16 della *Déclaration* a proposito della Costituzione e della valorizzazione delle situazioni soggettive. Vi è anche la considerazione che il diritto attuale è in gran parte di origine giurisprudenziale: a suo mezzo ogni soggetto partecipa in qualche modo all'elaborazione del diritto, a quell'integrazione attraverso principi e valori che si svolge sul piano culturale e sociale.

Semmai va rilevato che la dimensione europea è all'insegna della competizione e dell'egemonia: vi si affermano le soluzioni più semplici e generalizzabili, anche se più grezze (si pensi alla disapplicazione delle norme interne accolta in [Simmenthal](#) rispetto alla soluzione di provocare questioni di legittimità costituzionale); vi vale il precedente, di modo che la decisione che si mostra idonea in maniera efficace ad esprimere un principio condivisibile diviene di fatto vincolante per gli altri; vi si esprimono fenomeni di egemonia culturale (in parte legati alla primazia economica e politica). È come se il mercato delle idee (di derivazione holmesiana) avesse contagiato anche il settore della giustizia: il che non è affatto sorprendente solo se si pensa al carattere tutto sociale e storico dell'esperienza giuridica ed alla concorrenza che inevitabilmente afferisce anche alle diverse culture giuridiche, protagoniste a loro modo di una lotta per la sopravvivenza/egemonia in una versione banalizzata della selezione darwiniana. Semmai il rischio, come pure è stato criticamente rilevato a proposito della globalizzazione, ma in termini riferibili anche all'esperienza europea, è che un mercato giuridico senza regole aumenti le asimmetrie e che si allunghi la distanza tra Paesi forti e deboli, solo i primi capaci di decidere e, comunque, di influire sugli sviluppi ordinamentali, sulla base della potenza economica ovvero dell'autorità politica o, anche, della forza culturale. Pertanto, ed in un certo senso, come l'evoluzione dello Stato liberale sino alla sua trasformazione in sociale ha richiesto di dare regole al mercato e garantire, perciò, la concorrenza, condizione primaria perché mercato vi sia, anche nell'esperienza giuridica europea si avverte la necessità di elaborare regole che assicurino il mantenimento di soluzioni diverse in competizione tra loro e che indichino sempre possibili alternative.

D'altra parte, non può certo ignorarsi che sessanta anni non sono passati invano e che, appunto, l'esperienza giuridica – e prima ancora quella sociale – è segnata dall'integrazione europea, dal suo diritto e dai presupposti culturali accolti. Si pensi solo all'attenzione prestata ad interessi quali la tutela del consumatore, la necessità di assicurare concorrenza nei mercati, il riconoscimento dei titoli di studio, la stessa tutela dell'ambiente, la cooperazione giudiziaria: tutti valori da tempo riconosciuti nel nostro ordinamento, ma certamente esaltati nella prospettiva europea. Si ricordino ancora le politiche di privatizzazione e di liberalizzazione dei servizi, con quanto è stato richiesto in ordine alla separazione tra rete e servizi. La formula normativa ancora oggi più significativa, perché ispirata ad una logica incrementale ed aperta a tutti gli sviluppi possibili, è quella dell'art. 1 della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, come modificata dalla l. n. 15/2005: vi si è disposto che l'attività amministrativa è retta dai criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza secondo le modalità stabilite dalla legge e «*dai principi dell'ordinamento comunitario*». Certezza del diritto, tutela dell'affidamento, criterio di proporzionalità sono alcuni degli istituti che segnano l'osmosi tra diritto europeo ed italiano proprio nella parte in cui riconoscono come necessaria l'azione pubblica e la conformano entro regole. In particolare, all'esperienza europea si deve il riconoscimento che l'attività amministrativa è sottoposta alle regole in comune con gli altri soggetti e che lo stesso

esercizio dei poteri autoritativi è da considerare fattispecie pressoché residuale, possibile le volte in cui gli strumenti di diritto comune si rivelino insufficienti.

Il fatto è che la dimensione europea rappresenta un elemento pressoché strutturale dell'esperienza giuridica, sia che ci si volga indietro a guardare le trasformazioni intervenute, sia che si considerino i possibili contrasti tra diritto statale ed europeo e si elaborino pertanto rimedi e soluzioni ovvero si individuino chiavi di possibile definizione di tali conflitti.

2. Il cosiddetto dialogo tra le Corti.

Paradossalmente le sentenze che hanno sancito il primato del diritto europeo su quello statale (soprattutto le decisioni [nn. 183/1973](#) e [170/1984](#)) hanno fatto riferimento al potere della Corte di giustizia di «assicurare "il rispetto del diritto nella interpretazione e nella applicazione del trattato" (art. 164), [ed] esercita[re] il controllo di legittimità sugli atti normativi del Consiglio e della Commissione», quasi a sollecitare i giudici comuni a sollevare questioni di legittimità comunitaria e farlo a tutto tondo, riguardo non solo i problemi relativi alla corretta interpretazione del diritto comunitario ed alla sua prevalenza su quello interno, ma anche quelli relativi al rispetto delle norme (costituzionali) dei trattati da parte del diritto comunitario (secondario). Potrebbe dirsi che in tal modo è stato riconosciuto e pressoché da subito il valore del dialogo tra i giudici nazionali e quello europeo: non a caso la sentenza *Granital* ha ricordato le ordinanze di rimessione della Corte di cassazione al Tribunale del Lussemburgo e la risposta di quest'ultimo (tecnica di citazione al tempo piuttosto inconsueta nella redazione delle sentenze della Corte costituzionale italiana).

Il dialogo, infatti, è stato in primo luogo tra giudici comuni e Corte di giustizia, anche se volto soprattutto all'interpretazione del diritto europeo ed alla sua primazia nei confronti del diritto statale: il paradigma concettuale, insomma, è stato quello che presuppone l'assunzione del diritto europeo a metro di giudizio del diritto statale. L'idea è stata espressa in maniera efficace da [Corte cost. n. 389/1989](#), che ha affermato il vincolo del giudice ed in generale di qualsiasi soggetto all'applicazione del diritto comunitario, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di giustizia: «*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. [al tempo quelli venuti in considerazione] 52 e 59 del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea*». «*Qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente "effetti diretti" - vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate*».

Anzi, da allora, «secondo il costante orientamento di questa Corte, «i principi enunciati dalla Corte di giustizia, riguardo a norme oggetto di giudizio di legittimità costituzionale, si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno con il valore di *ius superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia e devono essere applicate anche da parte del giudice a quo» ([ordinanze n. 80 del 2015](#), [n. 124 del 2012](#) e [n. 216 del 2011](#))», così [Corte cost. ord. n. 195/2016](#).

Su queste basi è stato anzi strano che si sia dovuto attendere parecchio tempo perché la stessa Corte costituzionale sollevasse questioni di pregiudizialità europea avanti il Tribunale del

Lussemburgo: dapprima con la [sentenza 102](#) e l'[ordinanza 103/2008](#), nel giudizio instaurato in via principale sulla cd. tassa sul lusso in Sardegna, vicenda definita con la [sentenza n. 216/2010](#); e, poi, con l'[ordinanza 207/2013](#) in un procedimento in via incidentale che rimane ancora la via numericamente più rilevante di accesso alla giustizia costituzionale nel nostro Paese. La stessa Corte italiana vi è giunta dopo altri giudici costituzionali e quasi costretta, per evitare di rimanere tagliata fuori nel rapporto tra giudici comuni ed il Tribunale del Lussemburgo, che da [Stauder](#) del 1969 in poi sempre più si fa interprete e tutore dei diritti.

Comunemente si rileva che le [ordinanze del 2008](#) e del [2013](#) avrebbero introdotto il cd. dialogo tra le Corti.

In una prospettiva storica la prudenza della rimessione in sede di giudizio principale espressa nel [2008](#) sembra ormai solo l'episodio di un inevitabile percorso; anzi, a distanza di tempo quella soluzione appariva più rivolta a riaffermare il cd. vincolo del potere estero alla potestà legislativa regionale (infatti, le regioni non potrebbero lamentare la violazione delle norme comunitarie da parte dello Stato), che non ad estendere gli strumenti di intervento a disposizione del giudice costituzionale ed a farlo "parlare" con il linguaggio del diritto europeo.

È da considerare che il dialogo non riguarda solo l'esperienza giurisdizionale, ma forse ancor prima quella amministrativa se, come anticipato e secondo quanto ancora tra poco si noterà, molti istituti del procedimento amministrativo sono espressioni dei medesimi principi in ambito europeo e nazionale.

Sulle modalità del dialogo sviluppato di frequente da taluni giudici rimettenti nei confronti della Corte di giustizia è da avanzare una riserva le volte in cui esso riguarda alla fine gli spazi in cui si possono creare problemi di circolazione (di persone, risorse, servizi) e non consente più di tanto il rafforzamento e l'affinamento di istituti (che sono di diritto interno quanto di livello sovranazionale), che è poi la prospettiva dell'operatore di fronte alle istanze di tutela delle situazioni soggettive. Sia che si tratta di vicende relative ai diritti della personalità, sia che si abbia a che fare con l'azione ed i comportamenti delle PP.AA., sia che si guardi ai contenuti ed agli strumenti dell'iniziativa economica, l'esigenza del giurista è quella di pervenire alla definizione di un modello da applicare, composto sì da diverse tessere ma pur sempre unitario, e sulla base di esso decidere una concreta fattispecie. Insomma, l'obiettivo dovrebbe essere quello di elaborare parametri di giudizio in cui principi ed istituti (statali e/o sovranazionali) si raffinano e si perfezionano. Per fare un esempio, la partecipazione dell'interessato al procedimento riconosciuta nel nostro ordinamento solo dalla legge ordinaria, ma secondo diffuse tesi fondata sui principi di imparzialità e buon andamento ed addirittura una delle forme in cui si esercita la sovranità popolare, può arricchirsi dell'art. 41 della Carta dei diritti (ed in una prospettiva sostanziale anche del contenuto dell'art. 6 CEDU), ed a loro volta le citate prescrizioni sovranazionali (di contenuto materialmente costituzionale) potrebbero richiamarsi a loro fondamento alla sovranità popolare, che è appunto una base ben diversa dall'accordo tra gli Stati che hanno adottato un trattato.

L'osservazione spontanea è che non si dialoga se si tratta solo di chiedere alla Corte di giustizia la sua interpretazione del diritto comunitario per poi applicarla. In questa forma si tratta di un cattivo dialogo.

Allo stesso modo viene da dire che non si fa diritto comparato alla stregua del "così fan tutti", cioè della constatazione di quanto avviene in altri ordinamenti. Il riferimento polemico è a quel filone della giurisprudenza costituzionale che guarda alle esperienze diverse per confermare alcune sue scelte. Ne è un esempio la nota [sentenza n. 10/2015](#), sull'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento, dove si legge che «*la comparazione con altre Corti costituzionali europee - quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese - mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi*». È mancata in quell'occasione un'osservazione sulla legittimità della prassi ricordata o, meglio, sull'idoneità della stessa alla tutela

delle situazioni giuridiche soggettive, specie alla luce del precedente di [Corte costituzionale n. 232/1989](#).

Invero, anche quando si dialoga, si dovrebbe cercare di cambiare l'esistente, di influire sugli altri ovvero di individuare un percorso comune, e non semplicemente mutuare schemi e soluzioni.

Allora, nei confronti di un dialogo che si limiti a chiedere "cosa fare" alla Corte di Lussemburgo, come spesso è avvenuto ed avviene, sono da avanzare critiche: in ordine alla giurisprudenza costituzionale si tratta di osservazioni per così dire storiche, nel senso di essere riferite soprattutto ad una fase della giurisprudenza costituzionale precedente alla cd. [ordinanza Taricco n. 24/2017](#).

Il medesimo *refrain* del costituzionalismo multilivello risulta piuttosto descrittivo di sedi e tecniche processuali che non espressione di cd. patriottismo costituzionale, cioè di un'istanza prima di tutto assiologica che procede, si muove e si sviluppa in ambito sociale ed interessa soprattutto l'elaborazione culturale. I diritti non possono essere proclamati secondo una logica parcellizzata ed una dimensione territoriale: appunto dall'art. 16 *Déclaration* i diritti innescano una dinamica universale, oggi si direbbe globalizzante. Né è possibile attendere che la tutela dei diritti sia rinviata a tante sedi ed a tempi successivi, in ognuno dei quali si apprezzi un parametro diverso, dalla tutela della concorrenza alla garanzia da fornire ai diritti della personalità: il giudice delle libertà è quello di prima istanza, addirittura quello della fase cautelare. Invero, poiché muove dall'esigenza di tutela della situazione giuridica soggettiva, la logica del giudizio (se non dell'intero costituzionalismo) dovrebbe essere per definizione quella dell'integrazione tra i valori e, quindi, non quella della separazione (per ogni sede giurisprudenziale adottare un diverso parametro), ma quella del confronto, della conoscenza e dell'assimilazione, dell'apporto reciproco, della costruzione di un parametro unitario, che è espressione oltretutto di una comune cultura. Per definizione il tempo è in funzione della tutela giurisdizionale da riconoscere ai diritti.

Può aggiungersi che la rimessione di questioni pregiudiziali al Tribunale del Lussemburgo ed alla Corte di Strasburgo ai sensi dell'art. 267 TFUE e del XVI Protocollo CEDU valorizza appunto la dimensione unitaria del parametro da applicare subito ad opera del "primo" giudice, piuttosto che la logica delle tante sedi cui rivolgersi. Ad intenderlo come ammettere che le occasioni ed i parametri di riconoscimento e tutela dei diritti possano essere tanti, ognuno in qualche modo autosufficiente e piuttosto autoreferenziale, potrebbe dirsi che il *multilevel constitutionalism* sarebbe oggi superato dal diritto positivo e appunto dall'estensione della logica della pregiudizialità al sistema CEDU.

Dubbi solleva anche l'idea che nei rapporti tra diritto statale e diritto europeo (o ordinamenti europei) ci sia una sorta di vicenda ascensionale per cui bisogna fare riferimento al sistema che (nell'occasione almeno) offre maggior tutela. La tesi opera un chiaro richiamo al cd. principio della protezione equivalente, sviluppato nei rapporti tra diritto CEDU e ordinamento comunitario a partire dalla decisione [M. & Co. C. Repubblica federale tedesca](#), 1990, al tempo adottata dalla Commissione Diritti dell'uomo. Oggi essa può avere un sostegno nell'art. 53 della Carta Nizza-Strasburgo, ed anche – sia pur paradossalmente - nell'art. 23 del *Grundgesetz* come riformulato nel 1992 ed ancora nel 2008, e secondo cui «*per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica federale tedesca collabora allo sviluppo dell'Unione Europea che è fedele ai principi federativi, sociali, dello Stato di diritto e democratico nonché al principio di sussidiarietà e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della presente Legge fondamentale*».

Invero, la disposizione appena riportata fa della Costituzione tedesca la cartina di tornasole del processo di integrazione europea e della stessa tutela dei diritti. Si tratta in fondo del filone espresso in [Maastricht Urteil del 1993](#) e confermato in [Lissabon Urteil del 2009](#), e già – come noto - in [Solange I del 1974](#) e [Solange II del 1986](#). Antesignana di questa posizione era stata appunto la Corte costituzionale con la [sentenza n. 183/1973](#), nella parte in cui aveva insistito sull'omogeneità tra l'ordinamento europeo e quello italiano e sulle garanzie apprestate nel primo sia in ordine alla potestà normativa del Consiglio e della Commissione, sia riguardo lo «*speciale sistema di tutela giurisdizionale, caratterizzato dalla pienezza di funzioni attribuite alla Corte di giustizia*». Quella giurisprudenza, particolarmente quella tedesca, può essere intesa come avvertenza ad ogni fuga in avanti che finisca per limitare i principi fondamentali delle Costituzioni statali e le rispettive strutture,

ad iniziare dalla forma federale e dalla legittimazione democratica che deve investire chi assume decisioni, e quindi in funzione frenante del processo di integrazione. Epperò, ad accentuare il profilo dell'omogeneità tra ordinamenti, la stessa posizione può leggersi da una prospettiva che guarda con favore all'inevitabile cammino verso la stessa integrazione, un processo bisognoso sì di ritocchi e perfezionamenti, ma in ogni caso obbligato: il freno sarebbe solo temporaneo, anzi il modello più evoluto sarebbe per definizione destinato ad affermarsi nel diritto interno come in quello europeo. L'insistenza sull'omogeneità e sulla tutela dei diritti, insomma, porta talvolta a sottovalutare i conflitti, malgrado proprio [Lissabon-Urteil](#) ha avvertito che «*Insoweit gehen die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand*» (n. 240), che cioè diritto europeo e nazionale si muovono ancora su un piano di parità.

Per questo la tesi che insiste sul livello maggiore di tutela della singola posizione soggettiva è in fondo un'elaborazione ottimistica che marginalizza la "paura" dei controlimiti: infatti, se l'ordinamento europeo è omogeneo a quello statale, non vi sarà mai occasione nel dover applicare i controlimiti, tanto è vero che la [sentenza n. 183](#) riferiva l'esito alla «*sì aberrante interpretazione*» dell'art. 189 del Trattato CEE, come se si trattasse di una vicenda sul piano meramente culturale, appunto quell'interpretazione, piuttosto che quello fattuale. Ed i controlimiti (erano e) sono a tal punto un "orrore" (se si vuole un "incubo") lontano che la soluzione è stata all'inizio vista nel prendere o lasciare per intero l'ordinamento comunitario.

Invero, il problema è sempre il bilanciamento tra interessi diversi. Se è vero che «*[l]a Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi*», come affermato nella [sentenza n. 85/2013](#), richiamata dalla [n. 10/2015](#), è da concludere che non sempre esiste la linea più avanzata di tutela dei diritti, ma alcune volte si torna indietro sul campo di riconoscimento e garanzia dei medesimi diritti fondamentali o, se si vuole, delle modalità di loro esercizio.

In maniera retorica è da chiedersi, di fronte ai problemi che l'immigrazione ed il terrorismo internazionale pongono alla sicurezza collettiva (il vecchio "ordine pubblico", bandito come tale anche nel nome), quale sia oggi la linea più avanzata di tutela su tali temi. Analoghi dubbi – anche se qui si toccano terreni abbastanza scivolosi dove talvolta prevalgono logiche derivanti dalle possibilità offerte dalla tecnica che non le regolazioni giuridiche sulla base dei valori considerati (più) meritevoli di tutela – possono nutrirsi riguardo le questioni della bioetica e, su altro livello ancora, nel campo dei rapporti tra costumi religiosi e necessaria laicità dello Stato. In realtà, i problemi esigono un bilanciamento tra valori tutti meritevoli di tutela ed il bilanciamento va operato alla stregua di un parametro del quale entrano a far parte sia i dati provenienti dal diritto statale che quelli (più) tipici e propri delle esperienze sovranazionali, giacché occorre elaborare sempre il criterio di decisione più opportuno.

E ciò non vale solo per gli *hard cases*, per i temi di frontiera e legati alle emergenze, ma riguarda anche vicende più minute. Ne costituisce un tipico esempio il caso Taricco che alla fine riguarda la perseguibilità dei reati tributari: vi vengono in rilievo i tempi dell'azione penale e per questo è tirato in considerazione il principio di legalità; ma a tutta evidenza si tratta pur sempre di una fattispecie tutta segnata dal diritto positivo per definizione mutevole. Come ha avvertito [l'ordinanza Taricco n. 24/2017](#), l'istituto della prescrizione ed in particolar modo la disciplina dei suoi termini sono oggetto di regolazione ad opera del legislatore sulla base dei diversi interessi coinvolti e di valutazioni di opportunità: anche ad ammettere che costituzionalmente necessari (in un'accezione sostanziale che comprende anche la parte di disciplina comunitariamente necessaria) siano alcuni segmenti, non per questo la normativa discendente sarebbe tutta vincolata, ma in ogni caso ed in gran parte frutto di scelte legislative contingenti (in ordine ai tempi di persecuzione dei reati come, sul versante meramente civilistico-tributario, riguardo modalità e tempi di recupero dell'evasione tributaria). Allora, nella vicenda non vengono tanto in considerazione i principi supremi della democrazia, quanto l'affermazione di una o di un'altra regolamentazione, il primato – potrebbe dirsi – della soluzione italiana o di quella accolta in altri Paesi, ovvero la possibilità della loro coesistenza in un

sistema europeo che ammetta differenze. Ma, come si vede, non per questo possono invocarsi i grandi principi in una versione – che si direbbe alla Schmitt - tirannica.

E lo stesso potrebbe dirsi per la disciplina del processo contumaciale, oggetto delle decisioni *Melloni* ad opera del [Tribunal Constitucional 13 febbraio 2014](#), e già della [CGUE, 26 febbraio 2013](#).

Ed ancora ciò potrebbe rilevarsi per talune ipotesi di contrapposizione di soluzioni legislative statali alla CEDU, in ordine alle quali vanno citate [le decisioni della Corte costituzionale n. 236/2011](#), relativa all'applicazione del regime prescrizione più favorevole e che ha indotto addirittura a precisare la portata della sentenza della Corte EDU sul cd. [caso Scoppola nel 2009](#); e le più recenti [n. 193/2016](#) e [n. 2/2017](#), sull'applicazione della legge successiva più favorevole per gli autori di illeciti amministrativi.

Al di là della soluzione adottata nelle singole vicende giurisdizionali, molto spesso si tratta della distanza tra modelli accolti nelle legislazioni nazionali, uno dei quali è accolto quale il più rispondente alle prescrizioni sovranazionali ovvero risulta egemone.

3. Chi è il custode dei controlimiti?

Insomma, l'idea che quello statale e quello europeo siano due ordinamenti distinti dovrebbe risultare ormai tra le ricostruzioni ormai appartenenti alla storia, frutto dell'impostazione dualista nei rapporti tra diritto statale e diritto internazionale e che, quindi, portava a riconoscere efficacia al secondo solo alle condizioni e nei limiti dettati dal primo. Si è già rilevato che tale prospettiva ha condotto a considerare l'intero ordinamento comunitario come un tutt'uno, in una logica in cui ogni problema si risolveva in una sorta di *aut aut* nell'accettazione ovvero nel rigetto dell'intero sistema.

La Corte costituzionale ha subito adottato quella soluzione, facendosi tutrice dei controlimiti come suo naturale campo di intervento. Epperò, la posizione assunta è rimasta per tanta parte vana.

In via generale essa appare attendista, nel senso che postula che si verifichi la grave incisione sui principi supremi e sui diritti fondamentali e che un giudice comune sollevi la questione alla Corte, senza considerare i tempi in cui la lesione dei diritti intanto si integra e, soprattutto, senza apprendere la lezione della storia che ha visto involuzioni in senso antidemocratico avvenute in via incrementale, magari sullo scheletro della giustificazione della “prima” violazione alla stregua di qualche interesse pubblico, di modo che solo alla fine di un percorso di eventi succedutisi ed ognuno di per sé giustificato si constata l'inevitabile trasformazione dell'ordinamento. Ma a quel punto lo strumento – la stessa soluzione – sarebbe inevitabilmente tardivo.

Il punto è che, per come è stata elaborata, la teoria dei controlimiti risulta imperniata su un'alternativa secca, appunto secondo lo schema dell'*aut aut*, sino a presupporre che un organo giurisdizionale quale la Corte costituzionale adotti la decisione politica per eccellenza, quella della permanenza dell'Italia nel sistema europeo e costringa i soggetti politici per eccellenza (Governo e Parlamento) ad operare di conseguenza. Non può non ricordarsi che in materia di relazioni internazionali i giudici sono spesso ricorsi alla tecnica abdicatoria delle *political questions*. Si tratta di elementi che, specie se sommati assieme, danno l'idea della difficile applicazione del criterio elaborato.

Al contrario, se lo spazio naturale di tutela dei diritti fondamentali – cioè a dire proprio quello dei controlimiti – è di competenza del giudice ordinario, risulta conseguente che sia quest'ultimo a farli valere sino ad ammettere da parte sua la disapplicazione del diritto europeo. Nella prospettiva storica è da riconoscere che dei controlimiti non ha saputo fare applicazione [Corte costituzionale n. 232/1989](#) (paradossalmente ignorata dalla più recente [n. 10/2015](#)), ma lo ha fatto [Consiglio di Stato n. 4207/2005](#). Anche la possibilità che l'affermazione dei controlimiti comporti l'assoggettabilità della «legge di esecuzione del Trattato» al sindacato della Corte ([n. 170/1984](#)) solo nella parte in cui consentirebbe l'ingresso nell'ordinamento italiano di una disposizione dal contenuto «*aberrante*», ferma restando l'adesione del nostro Paese (alla Comunità prima ed oggi) all'Unione e rimanendo

pertanto l'applicazione dell'ulteriore diritto europeo, risulta in contrasto con l'esigenza di definizione rapida del contrasto a tutela delle situazioni giuridiche coinvolte.

Quel che non convince nella teoria dei controlimiti riferiti alle comuni vicende giuridiche è che, in fondo, essa risulta pressoché di corto respiro, nel senso cioè che si preoccupa della situazione italiana, chiusa in difesa ad impedire l'accesso di disposizioni contrastanti con la nostra Costituzione, piuttosto che tentare di influire sul diritto europeo ed a conformare quest'ultimo alla stregua dei valori accolti nell'ordinamento italiano o almeno tentarci.

La realtà è che con i controlimiti si ha che fare in ogni esperienza ed in ogni tempo e che, come si è osservato, vengono in considerazione sia vicende in cui sono implicati principi supremi, sia molto più di frequente fattispecie più minute in cui si tratta di definire criteri di decisione alla stregua di tutti gli interessi coinvolti. Paradossalmente riguardo i casi che vedano la lesione dei principi supremi, può anche adottarsi la logica del "prendere o lasciare", di modo che se l'ordinamento europeo dovesse risultare «*aberrante*», sarebbe logico e naturale esercitare il diritto di recesso, secondo quanto oggi dispone l'art. 50 TUE. In ordine ad eventi che importino solo la ricerca della soluzione oggi più opportuna, nella competizione delle idee e delle tecniche, si tratta invece di individuare il bilanciamento idoneo ad affermarsi, anche se ciò dovesse comportare la compromissione parziale e temporanea di un interesse dell'ordinamento europeo, ad esempio quelli alla creazione di mercati ed alla più vasta concorrenza al loro interno.

In altri termini, come si dirà ancora appresso, si tratta di riportare i controlimiti nell'ambito dell'ordinamento europeo e considerarli prima di tutto antinomie all'interno di esso. La violazione di un diritto fondamentale integra il contrasto già con i principi medesimi del diritto europeo; anzi, a richiedere la base normativa risulterebbe violato l'art. 2 TUE, di modo che il giudice non farebbe altro che dichiararlo e spingere per la trasformazione del diritto europeo. Nella pratica quotidiana non si tratta spesso di problemi insolubili che esigono il recesso dello Stato dall'UE (malgrado su questo [Lissabon Urteil](#) abbia insistito), ma di vicende più minute che richiedono aggiustamenti e modifiche legislative. Invero, dalla [sentenza n. 183/1973](#) si continua a riferire lo stesso termine sia alle grandi questioni relative alla democrazia (della CEE, prima ed ora) dell'UE, sia a problemi più specifici e affatto risolvibili, di interpretazione delle norme ovvero di bilanciamento di interessi.

Alle operazioni di bilanciamento sono legittimati/competenti tutti i giudici, specie se li si qualifica come organi dell'ordinamento europeo. La giurisdizione è per definizione deputata a decidere sulle singole vicende, ad affermare i diritti individuali come a rinvenire il punto di equilibrio tra interessi opposti. Il diritto europeo che risultasse contrastante con i principi supremi della Costituzione italiana sarebbe probabilmente illegittimo anche dalla prospettiva europea. Ma se il contrasto fosse solo sotto il versante del diritto statale e lo stesso fosse insolubile, la scelta non può che essere quella della disapplicazione di un diritto europeo tanto "estraneo" e finanche "ostile" ad opera del giudice comune chiamato a giudicare dei diritti. Si tratterebbe di una soluzione sufficiente, proporzionata ed adeguata, pressoché obbligata, e non a caso suggerita da tempo nella dottrina italiana. Del resto, se abbandonasse la tesi che la violazione dei controlimiti richieda di necessità la fuoriuscita dell'Italia dall'UE e fosse sufficiente la disapplicazione di una singola disposizione europea, la stessa Corte costituzionale non potrebbe che suggerirla al giudice *a quo*, quasi ad indicargli il principio di diritto da applicare, *ad instar* della Corte di cassazione. Non a caso l'[ordinanza Taricco n. 24/2017](#) ha riaffermato sì la competenza del giudice costituzionale, giacché «*se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo*»; ha proposto un'interpretazione dell'art. 325 TFUE «*compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro*»; ed ha paventato la possibilità di disapplicare una regola, addirittura del trattato istitutivo, incompatibile «*con i principi supremi dell'ordine costituzionale*». La Corte assumerebbe l'iniziativa – o avallerebbe quella del remittente – accertando, «*se del caso, l'incompatibilità, e conseguentemente esclude[ndo] che la regola possa avere applicazione in Italia*».

La giurisprudenza che si è sviluppata tra il *Bundesverfassungsgericht* e la CGUE prima sul programma della BCE di acquisti Omt, Outright Monetary Transactions (da ultimo [BVGE del 21](#)

[giugno 2016](#)), e quella che sempre su iniziativa del giudice costituzionale tedesco nell'agosto 2017 si formerà sul programma QE, utilizzato nel 2015 dalla BCE per sostenere l'inflazione nella zona Euro ([Beschluss del 18 luglio 2017 – 2 BvR 859/15](#)), mostrano che il terreno di confronto tra i giudici assume i contenuti di un diritto unitario, se nel parametro da utilizzare entrano in considerazione il principio di sovranità popolare (si direbbe con [Lissabon Urteil](#) di diritto costituzionale statale), ma anche il rispetto delle competenze degli organi dell'Unione ed il divieto di aiuti di stato, vero e proprio fondamento da sempre dell'ordinamento europeo.

Il pluralismo delle giurisdizioni svolge certo una funzione positiva per arricchire il “mercato dei diritti”, ma ciò non significa configurare sedi e/o spazi di esclusività che mal si giustificherebbero alla luce del principio di effettività e speditezza della tutela giurisdizionale. Allora la stessa Corte costituzionale svolge un ruolo servente nei confronti dei giudici comuni: amplifica le loro richieste, le sostiene in ambito sovranazionale, offre loro supporto, magari le sistematizza e le sviluppa, ma non si sostituisce giammai e completamente ai giudici comuni.

E le volte in cui la prevalenza da riconoscere ad un controlimite, ossia ad un diritto fondamentale che è anche un valore dell'ordinamento europeo, portasse a disapplicare una disposizione dettata dall'UE, non vi sarebbe spazio per affermare la lesione del medesimo ordinamento e, di conseguenza, la responsabilità dello Stato e per esso dell'organo giudicante per la pretesa violazione del diritto europeo.

4. Il diritto giurisprudenziale è sempre lo stesso e per tutti?

Ad un profilo, infatti, va posta attenzione in prospettiva sintetica ed è quello se al diritto, in specie a quello giurisprudenziale, dall'ottica italiana e da quella europea si guardi allo stesso modo: il che renderebbe assai diverso lo stesso dialogo tra giudici che coltivano concezioni diverse dell'esperienza giuridica e, soprattutto, si auto-rappresentano in maniera diversa.

Nel nostro contesto l'interpretazione è soprattutto opinione, per il vincolo del giudice solo alla legge (art. 101 Cost.) e per una cultura giuridica che ha esaltato il pluralismo. Non si dispone ancora di una teoria del precedente, del vincolo che ne deriva come dei suoi limiti, cioè a dire della possibilità di superarlo ed a quali condizioni anche di carattere motivazionale. Solo in tempi piuttosto recenti sono stati codificati alcuni strumenti per istituire un filtro all'azione ovvero per valorizzare il ruolo del decidente (art. 360-*bis* c.p.c.; art. 99 d.lgs. n. 104/2010; artt. 11, 114 e 117 d.lgs. n. 174/2016). Si pensi che, ancora dopo le prime ordinanze interpretative di rigetto, ci si era posto il problema che potrebbe definirsi della terza via, cioè dello spazio da riconoscere al giudice rimettente che avrebbe potuto elaborare un'ulteriore interpretazione della disposizione indubbiata, in modo appunto da salvare la libertà del giudice *a quo* nell'individuazione del diritto da applicare.

L'interpretazione che del diritto europeo dà la Corte di giustizia è comando, ordine, *befehlen*: niente affatto opinione tra le altre e tra le tante. Insomma, la rappresentazione che la Corte di giustizia ha di sé è del tutto diversa da quella riferita ad ogni altro giudice.

Prova ne è la responsabilità del giudice statale comune per la violazione di tale diritto, da [Köbler del 2003](#) a [Traghetti del Mediterraneo del 2006](#), a [Danske Slagterier del 2009](#), in C-445/06, a [Commissione c. Italia del 2011](#), in T-370/10; a [Fernand Ullens de Schooten. c. Belgio del 5 novembre 2016](#), in C-268/15, a [Lucio Cesare Aquino c. Belgio del 15 marzo 2017](#), in C-3/16. Lo aveva avvertito [Corte costituzionale n. 389/1989](#) che l'attività dichiarativa del diritto ad opera della Corte europea ha lo stesso contenuto delle disposizioni normative. Soprattutto la Corte di giustizia ha marcato una netta differenziazione tra sé e gli altri giudici, se questi ultimi sono gli autori dell'illecito costituito dalla violazione del diritto europeo, compreso quello indicato dalla stessa Corte a mezzo della “sua” interpretazione. Il fatto costituito dall'infrazione delle regole europee è meramente un illecito, a prescindere da chi lo commesso; ed è un illecito civile, produttivo di danno e fonte di responsabilità risarcitoria, prima ancora che di altra natura.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, risultano piuttosto stonate tra loro le previsioni dell'art. 2 della l. n. 117/1988, sulla responsabilità civile del giudice, come modificato ad opera della l. n. 18/2015, appunto sulla pressione della citata giurisprudenza europea. Nel testo riformulato si trova che «*costituisce colpa grava la violazione manifesta della legge [qualunque] nonché del diritto dell'Unione europea*», e che «*in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*». Rimane, però, la formula generale, tipica della nostra cultura giuridica, secondo la quale, «*fatti salvi i [casi citati], nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove*»; ma la disposizione sembra oramai più riferita al diritto italiano che non a quello europeo. Il fatto è che la normativa del 1988 faceva perno sull'irresponsabilità del giudice nell'attività di interpretazione; quella del 2015, appunto di derivazione europea, conferma l'obbligo del giudice di applicare il diritto europeo nell'interpretazione data dalla Corte di giustizia e non violarlo, così come tale obbligo si è andato conformando ed è stato affermato nel nostro ordinamento.

A questo punto il sistema risulta piuttosto squilibrato. Ad esempio non si comprende perché dia luogo a responsabilità la mancata rimessione della questione di pregiudizialità europea ai sensi dell'art. 267 TFUE, riguardo la quale sono anche intervenute le decisioni CEDU [Vergauwen c. Belgio, 10 aprile 2012](#), e [Dhahbi c. Italia, 8 aprile 2014](#); ma allo stato non integri una fattispecie di responsabilità la circostanza che non si sia chiesto al giudice costituzionale di definire il sospetto di incostituzionalità. Anche il mancato esercizio del dovere di sollevare la questione di costituzionalità può integrare una fattispecie di danno a carico del privato: perché risulta lesa l'interesse sostanziale fatto valere; perché si produce una vera e propria disparità tra vicende simili, una sola delle quali definita a mezzo del legittimo diritto; perché in ogni caso è violato il diritto al giusto processo avanti il giudice naturale competente. Altra cosa è la quantificazione delle poste di danno per i diversi profili accennati.

In generale sorgono dubbi sul fatto che per diritto si intenda la medesima cosa; che, in altri termini, la violazione del diritto statale, compreso quello di fondamento costituzionale, sia intesa un mero problema di interpretazione, quasi un accidente alla Don Ferrante, e non dia luogo ad alcuna forma di risarcimento. In realtà, la soluzione accolta nel nostro ordinamento risulta stonata: dal punto di vista del diritto soggettivo violato non vi è ragione di differenziare tra il danno procurato dall'inosservanza del diritto europeo ed il danno prodotto dalla violazione del diritto statale; anzi, se ne avverte il contrasto con il principio di solidarietà e con quello di eguaglianza se un danno causato da un organo dello Stato non viene risarcito. Ad ammettere che il diritto possa e debba evolversi a mezzo dell'interpretazione, ciò dovrebbe valere per lo stesso diritto europeo. Gli errori nell'interpretazione giurisprudenziale sarebbero ammissibili giacché “naturale” costo di quel bene costituito dall'evoluzione giurisprudenziale. Il fatto è che non vi è ragione di distinguere tra il diritto statale e quello europeo: il giudice organo dello Stato che viola il diritto, produce danno al soggetto privato, anche solo per il tempo necessario a far valere le proprie ragioni, e tale danno va risarcito. La tutela dei diritti ed il principio di solidarietà, entrambi sanciti nell'art. 2 Cost., reclamano di non lasciare senza protezione le situazioni giuridiche private ed anzi di farsi carico delle affezioni che possono essere state infitte ad alcuni cittadini per l'esercizio delle funzioni pubbliche.

Per ritornare al diritto europeo ed alla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo può essere avanzato il sospetto che la [decisione della Corte di giustizia sulla vicenda Taricco, 8 settembre 2015](#), in causa C-105/14, sia anche il frutto della consapevolezza di non permettere che il diritto europeo mostri crepe, soprattutto laddove si tratta di assicurare all'Unione i mezzi finanziari necessari.

5. *La tradizione e le tradizioni: perché non valorizzare dal basso la tradizione costituzionale comune? L'obbligo del giudice statale di individuare il diritto europeo “giusto”.*

[Lissabon-Urteil](#) ed in parte anche l'[ordinanza Taricco](#) affermano una soluzione di stampo identitario che intende valorizzare la differenza/distanza tra il diritto europeo e quello statale: sotto il versante giurisdizionale esse sembrano adottare uno schema secondo il quale la Corte di giustizia dovrebbe lasciare agli Stati la loro identità giuridica e, prima ancora, culturale. Con le parole del Bundesverfassungsgericht *«Die verfassungsgebende Gewalt der Deutschen, die sich das Grundgesetz gab, wollte jeder künftigen politischen Entwicklung eine unübersteigbare Grenze setzen. Eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die in Art.1 und Art.20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig (Art.79 Abs.3 GG). Mit der sogenannten Ewigkeitsgarantie wird die Verfügung über die Identität der freiheitlichen Verfassungsordnungselbst dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus der Hand genommen. Das Grundgesetz setzt damit die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch.»* (n. 216).

Non può dirsi se tale soluzione avrà risultato. Quella del Lussemburgo è una Corte che preserva in maniera forte l'idea di un diritto europeo che non ammette spazi di differenziazione né di disapplicazione; la quale oppone ancora ostacoli all'adesione dell'UE alla CEDU pur prevista dal Trattato di Lisbona del 2007. Si pensi al [parere 18 dicembre 2014, n. 2/13](#), volto a mantenere l'autonomia del diritto dell'Unione e la competenza esclusiva della stessa Corte di giustizia riguardo la sua interpretazione, anche al costo di insistere sul carattere pattizio del fondamento del diritto europeo primario, appunto i trattati firmati dagli Stati, quasi a negare che abbia natura sostanzialmente costituzionale un percorso di integrazione attorno a valori e che, soprattutto, vede il coinvolgimento di milioni di persone impegnate nelle più varie attività, comprese quelle di produzione di beni e di servizi, e che addirittura eleggono un parlamento rappresentativo. Che il diritto europeo assuma ancora la sua legittimazione dai trattati è stato un punto sul quale [Lissabon Urteil](#) ha insistito: *«Aus der fortbestehenden, mitgliedstaatlich verankerten Volkssouveränität und aus dem Umstand, dass die Staaten die Herren der Verträge bleiben, folgt - jedenfalls bis zur förmlichen Gründung eines europäischen Bundesstaates und dem damit ausdrücklich zu vollziehenden Wechsel des demokratischen Legitimationssubjekts -, dass den Mitgliedstaaten das Recht zur Prüfung der Einhaltung des Integrationsprogramms nicht entzogen sein kann»* (n. 334); *«Der europarechtliche Anwendungsvorrang bleibt auch bei Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ein völkervertraglich übertragenes, demnach abgeleitetes Institut, das erst mit dem Rechtsanwendungsbefehl durch das Zustimmungsgesetz in Deutschland Rechtswirkung entfaltet. Dass das Institut des Anwendungsvorrangs nicht ausdrücklich in den Verträgen vorgesehen ist, sondern in der Frühphase der europäischen Integration durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs durch Auslegung gewonnen worden ist, ändert diesen Ableitungszusammenhang nicht. Es ist eine Konsequenz der fortbestehenden Souveränität der Mitgliedstaaten, dass jedenfalls dann, wenn es ersichtlich am konstitutiven Rechtsanwendungsbefehl mangelt, die Unanwendbarkeit eines solchen Rechtsaktes für Deutschland vom Bundesverfassungsgericht festgestellt wird»* (n. 339).

A seguito della [sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona](#) in Germania è stata adottata subito la legge volta ad aumentare i poteri di decisione del Parlamento tedesco all'elaborazione del diritto europeo. Si ricorderà che anche a seguito della [sentenza Kreil della CGCE del 2000](#) si modificò prontamente con legge costituzionale l'art. 12a *Grundgesetz*. Epperò, in ordine ai contenuti del diritto europeo cd. derivato sembra che talvolta non ci sia comunicazione alcuna tra giudici, legislatori e governi nazionali, come se le questioni sollevate dai giudici statali che rilevano contrasti tra il diritto europeo ed i principi del diritto nazionale, specie quando si tratta delle Corti costituzionali o supreme, non trovassero alcun ascolto né nella sede nazionale ove si provvede appunto alla legislazione statale, né nella sede europea, ove Commissione, Consiglio dei ministri e Parlamento, composti pur sempre da rappresentanti degli Stati, continuano ad elaborare un diritto europeo derivato che risulta antinomico a principi definiti fondamentali in ambito nazionale. La separazione dei poteri e l'indipendenza da riconoscere al potere giurisdizionale non significa certo che i decisori politici non debbano tener conto delle indicazioni provenienti dai giudici in ordine al conflitto tra valori coinvolti. Dovrebbe essere pressoché scontato che dalle decisioni giurisdizionali

(europee come statali) giungano segnali che i soggetti politici valutino in occasione della predisposizione normativa. Eppure bisogna constatare che molte volte il contrasto paventato rimane affidato alle sedi giurisdizionali e non travalica sino ad estendersi all'ambito normativo. Anche a questo proposito l'[ordinanza Taricco n. 24/2017](#) inaugura un corso assai significativo perché distingue tra il piano della tutela dei diritti individuali fondamentali e quello della «*responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione*»; si interroga sulla legislazione sopravvenuta e giunge, in caso di esito negativo della verifica, a ritenere «*urgente un intervento del legislatore per assicurare l'efficacia dei giudizi sulle frodi in questione, eventualmente anche evitando che l'esito sia compromesso da termini prescrizionali inadeguati*».

Alla fine la soluzione identitaria risulta frenare il processo di integrazione europea oppure lo lega alle scelte di qualche ordinamento risultato egemone e le cui soluzioni – di ordine sostanziale come processuale – divengono dominanti nello spazio sovranazionale. Infatti, a volte il contrasto tra diritto statale e diritto europeo è tra diritti statali in competizione per l'esclusiva affermazione, quasi a far diventare decisione europea una soluzione (dapprima solo) statale. L'obiettivo dovrebbe essere quello di conservare in Europa i presupposti della concorrenza di soluzioni giuridiche, che è condizione medesima della costruzione dell'Unione. È significato che la sentenza del [Tribunal Constitucional sul caso Melloni](#) nel momento in cui si è pur riferita al primato del diritto europeo, abbia discusso di singole tradizioni costituzionali statali: «*la primacía del Derecho de la Unión Europea jurisdiccionalmente proclamada opera respecto de un Ordenamiento, el europeo, que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales, lo que nos llevó a subrayar que es el propio Derecho de la Unión el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados, el presupuesto para la aplicación de su primacía, que no es otro que el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales (en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 3)*». In tal modo la decisione ha ripreso la formulazione dell'art. 6 TUE, eppure ne ha mutato il contenuto, giacché non ha richiesto che tali «tradizioni» siano «comuni» e quindi ha valorizzato i presupposti costituzionali nazionali, anch'essi “legittimati” a stare dentro l'ordinamento europeo, anch'essi riconosciuti e, forse, un giorno destinati a generalizzarsi e divenire comuni. E paradossalmente il [Tribunal Constitucional](#) lo ha fatto in premessa per “salvare” la disciplina italiana sul processo penale contumaciale alla stregua della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo.

Nell'[ordinanza Taricco, n. 24/2017](#), la Corte costituzionale italiana ha sollevato il problema del vincolo del giudice nei confronti della legge specie in materia penale: «*un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law*», «*limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale*». L'ordinanza, infatti, si è impegnata in un costruttivo esame dei rapporti tra ordinamento costituzionale italiano, tradizione di *civil law*, ordinamento europeo che ha da sempre accolto il principio di legalità, sino a proporre un'«*interpretazione [che] se da un lato serve a preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, dall'altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità*». Insomma, la Corte italiana si è esercitata a ricostruire proprio i presupposti valoriali del diritto europeo ed a proporre, quantomeno, che la concezione “forte” del principio di legalità discendente dalla considerazione sostanziale della prescrizione valga per alcuni Paesi.

Il punto è che devono farsi convivere unità/omogeneità con differenziazione e se va ricercata l'uniformità attorno alcune regole-principi, può accettarsi che altri spazi rimangano nella disponibilità degli Stati. In altri termini si tratta di accentuare i caratteri del diritto europeo volti all'armonizzazione più che all'uniformità.

È come se anche all'ordinamento europeo dovessero riferirsi i caratteri, al tempo stesso, dell'unità e del riconoscimento dell'autonomia che l'art. 5 Cost. riferisce ai rapporti tra Stato ed autonomie. A

lungo si è discusso in passato circa la natura federale (della Comunità e) dell'Unione. La circostanza che manca tuttora una politica unitaria in materia di politica estera e militare porta a ritenere che non si sia ancora pervenuti allo stadio della federazione di stati; (anche se fenomeni di secessione non sono sconosciuti nell'epoca contemporanea: si pensi al Quebec ed alla stessa Catalogna). L'uscita del Regno Unito dall'Unione, poi, dimostra che il processo di integrazione può essere ancora e sempre contrastato. Il rigetto del Trattato che adotta(va) una Costituzione per l'Europa è un ricordo piuttosto recente e dà prova che fondamento dell'Unione è ancora la volontà degli Stati quale risulta espressa a mezzo dei Trattati, che non un testo idoneo a suscitare un (vero e proprio) patriottismo costituzionale. [Lissabon-Urteil](#) ha insistito sul punto con osservazioni che hanno assunto a fondamento addirittura il principio di sovranità popolare.

Epperò, il modello dell'art. 5 Cost. (ma anche degli artt. 20 e 28 del *Grundgesetz* e dell'art. 2 della Costituzione spagnola) è di carattere generale e ben può applicarsi a tutti gli ordinamenti (di stampo federale o no) che pretendono di mettere assieme unità ed autonomia. Allorquando nell'art. 4 TUE si afferma che «*l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali*», si pone un principio che fonda i criteri di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dall'art. 5 e dal relativo Protocollo n. 2, che vale anche per il diritto derivato, ma che dovrebbe riguardare anche la fase dell'applicazione giurisprudenziale.

Anzi, quelli appena indicati da elementi di debolezza possono diventare elementi di forza, cioè di un processo di legittimazione sociale dal basso dell'Unione, se il contenuto del diritto europeo derivato in misura maggiore di quanto succede adesso fosse conformato in modo da richiedere omogeneità su alcune disposizioni di principio e consentire spazi di regolazione diversificata ad opera degli Stati e/o delle loro articolazioni (Regioni, *Länder*, *Comunidades Autónomas*, ecc.). Lo si ripete: secondo una dinamica già presente nell'ordinamento europeo e che va estesa e diffusa.

La tradizione costituzionale comune, allora, potrebbe sciogliersi nell'ammettere che, attorno ad un suo nucleo duro, vi siano sue diverse espressioni, tutte legittime: in altri termini, potrebbe dirsi, che oltre alla tradizione, anzi sviluppandosi da essa, esistano e vadano conservate proprie tradizioni, da non travolgere all'insegna della uniformità. La stessa nozione è stata sinora utilizzata più quale strumento per estendere i poteri della Corte di giustizia che non per indicare un patrimonio culturale della società europea. L'impressione è che non sia diventata un concetto giuridico usato anche nelle sedi giurisdizionali ordinarie, come se in tali sedi di volta in volta si debbano utilizzare diversi parametri di decisione. Eppure, l'idea di un parametro unitario integrato delle diverse componenti giuridiche da utilizzare risponde all'esigenza di indicare da subito risposte ai cittadini ed agli operatori economici, i quali oltretutto richiedono certezza sulla regolazione dei mercati.

Dalla prospettiva che considera unitario l'ordinamento composta da segmenti statali ed europei il primo "custode" della tradizione costituzionale comune e di quella nazionale è il giudice ordinario chiamato a decidere su un fatto e ad applicarvi l'unico diritto. Ad esso spetta operare il primo bilanciamento tra le esigenze di uniformità e di differenziazione. Ad esso compete anche indicare per primo il diritto europeo di riferimento.

In occasione della rimessione alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE della questione pregiudiziale, molte ordinanze si limitano a chiedere in maniera asciutta alla Corte la compatibilità di discipline interne con il diritto comunitario, senza prendere posizione in maniera argomentata sulla vicenda, cioè senza anticipare quale dovrebbe essere la risposta e/o la soluzione. Anzi, l'insistenza sull'obbligo degli organi giurisdizionali di ultima istanza di sollevare le questioni di pregiudizialità europea e sulla responsabilità dello Stato per l'inattività degli stessi organi rischia di indurre ad una forma di burocratico rispetto di un onere inteso soprattutto quale di ordine processuale. Epperò, risulta paradossale che nel corso di un giudizio sulla questione la Commissione e gli Stati possano prendere posizione suggerendo alla Corte la soluzione da adottare, ma che il giudice si limiti a formulare una domanda in termini piuttosto concisi.

La mia idea è che, come già operano alcuni tribunali e come appunto ha fatto l'[ordinanza Taricco n. 24/2017](#), diventi un fatto istituzionale e pressoché automatico che il giudice *a quo* indichi già

nell'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia la sua soluzione: dal giudice delle situazioni giuridiche soggettive provenga già la risposta al giudice che deve dichiarare il "giusto" diritto europeo, pressoché una proposta da confermare, respingere, modificare, integrare, ecc. In tale soluzione, ovviamente, il giudice *a quo* si farebbe carico di conciliare per quanto possibile le esigenze di unità e di differenziazione; e nel caso di insuccesso indicherebbe il valore cui riconoscere preminenza.

6. *Salvaguardare il pluralismo giurisdizionale: è tempo per un controllo diffuso e per fare della Corte di giustizia una Corte suprema?*

In tal modo il diritto europeo non è altro né diverso da quello statale perché fin dalla prima sede giurisdizionale viene in considerazione l'intero contesto normativo da applicare, composto da principi, regole e prassi interpretative di derivazione al tempo stesso statale ed europea, spesso in relazione di contiguità perché gli uni sono in sviluppo degli altri, espressioni in parte di un nucleo duro comune ed in parte di differenze che "resistono" alla tendenza uniformizzante.

In un certo senso è come riferire alla fase discendente ed applicativa del diritto europeo le esigenze partecipative che hanno da tempo ispirato la fase ascendente e che hanno provocato il rafforzamento dei poteri dei parlamenti nazionali all'elaborazione, appunto, del diritto europeo, come nella l. n. 234/2012, che sancisce in termini generali il potere del parlamento italiano a partecipare «*al processo decisionale dell'Unione europea*» (art. 1), ed arriva a sancire la riserva di esame parlamentare (art. 10); come è avvenuto in maniera esemplare con la riforma dell'art. 23 *Grundgesetz* in ordine a cui è intervenuta appunto la decisione [Lissabon](#); ma come prevedono già i principi di sussidiarietà e proporzionalità dell'art. 5 TUE ed il Protocollo n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali. Ora, il rispetto dell'«*identità nazionale*» degli Stati membri (art. 4 TUE) – e sarebbe da dire degli ordinamenti/comunità statali – caratterizza ed ispira per intero l'esperienza giuridica, compresa quella applicativa ad opera del giudice. L'esito è pressoché necessitato: in sede giurisdizionale vengono in rilievo non solo le disposizioni particolari dei singoli atti legislativi (artt. 288-289 TFUE), ma le norme dei trattati istitutivi ed appunto i principi e/o i valori sui quali l'Unione si fonda (art. 2 TUE) e l'interpretazione delle une e degli altri, che è una tipica produzione giurisprudenziale.

A ritenere appunto che il giudice sia organo dello Stato-ordinamento, ed a riferire all'Unione la distinzione tra persona ed ordinamento, e sempre a fare del giudice il tutore dei diritti soggettivi, la soluzione che potrebbe dirsi d'integrazione giurisdizionale rafforza la dimensione sociale del diritto europeo e, quindi, la sua legittimazione. Il pluralismo delle giurisdizioni è un'esigenza perdurante discendente dal valore del pluralismo sociale accolto appunto dall'Unione.

Il modello di un giudice che definisce per primo il diritto da applicare, compreso quello di derivazione europea, fa superare l'idea che l'art. 267 TFUE assegni alla Corte di giustizia una competenza esclusiva sull'interpretazione dei trattati e degli atti europei e sulla validità di questi ultimi. Ciò non sembra impedito secondo la normativa attuale: la "proposta" della corretta soluzione europea introduce elementi di controllo/sindacato diffuso, ma allo stato ciò non sembra un esito inattuabile. Sullo sfondo emerge la possibilità di intervenire sull'art. 267 e fare della Corte di giustizia una corte suprema che verifichi la legittimità delle soluzioni definite dai giudici comuni. Nell'uno e nell'altro modello si prospetta un dialogo effettivo tra le giurisdizioni, che involge soprattutto la dimensione culturale, della quale il diritto rimane significativa esperienza.

Si ricorderà che il problema di conciliare unità attorno a valori e strumenti, addirittura voci che indichino tali valori, è vecchio ed è tipico di ogni organizzazione che acquista un minimo di complessità: in *Numeri* (11, 16) si racconta della prima assemblea del popolo ebreo in cammino verso la terra promessa. Dio chiese a Mosè di radunare settanta uomini con i quali condividere il peso delle decisioni; in termini piuttosto laici si passava dal monopolio di Mosè nel parlare in nome di Dio ad una dimensione collettiva che serviva al tempo stesso in funzione ascendente (i settanta erano in qualche modo rappresentanti delle tribù) e con un ruolo discendente (le decisioni assunte avrebbero

dovuto essere spiegate e si sarebbe dovuto cercare il consenso attorno ad esse). Due dei selezionati cominciarono a parlare in nome di Dio, malgrado non avessero raggiunto l'assemblea, cioè il luogo e/o la sede deputati alla decisione. Era inevitabile che insorgessero gelosie, eppure Mosè apprezzò il fatto, convinto che le voci riguardanti i valori non possano avere pretesa di esclusività e che il popolo che egli stesso formava attorno alla regolazione normativa esigesse strumenti ispirati ad un consenso quanto mai ampio e ad una logica più socializzante di quella seguita sino allora.