

## **I limiti costituzionali al dovere di ottemperanza alle sentenze interpretative della Corte di giustizia\***

di **Mario Esposito** – *Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi del Salento*

**ABSTRACT:** The essay is about the constitutionality of ordinary laws that ratify EU Treaties changing the constitutional order. Such issue has been highlighted again by the Constitutional Court with its ordinance 24/2017, as it requested the Court of Justice of the EU to give a preliminary ruling on a question concerning the limits of application of ECJ interpretative decisions.

**SOMMARIO:** 1. La questione posta dalla c.d. sentenza Taricco della Corte di Giustizia UE. 2. La “risposta (interlocutoria?)” della Corte costituzionale e i complessi profili di legittimità costituzionale implicati dalla ratifica dei Trattati UE con legge ordinaria anche nella parte in cui introducono modifiche all’ordinamento costituzionale.

### **1. La questione posta dalla c.d. sentenza Taricco della Corte di Giustizia UE**

Era prevedibile e, ancor più, auspicabile che la sentenza resa dalla Corte di Giustizia UE nel caso Taricco (causa C-105/2014) determinasse la reazione dei Giudici italiani e che questi invocassero il presidio della Corte costituzionale sui principi supremi del nostro ordinamento<sup>1</sup>.

Tale sentenza presenta infatti diversi profili di anomalia.

In primo luogo, a causa del tenore delle questioni sottoposte alla Corte lussemburghese: ben lungi dal proporre, con appropriata formulazione, domande di interpretazione del diritto europeo, esse erano volte a sollecitare ai Giudici del Lussemburgo uno scrutinio diretto di legittimità eurounitaria di disposizioni del codice penale, che non spetta loro, rientrando nella competenza propria della Corte costituzionale.

Dandovi ingresso, anziché dichiararle inammissibili, la Corte di Giustizia ha usurpato le attribuzioni di un organo costituzionale interno, emettendo una pronuncia che, conseguentemente,

---

\* Il presente commento è in corso di pubblicazione nella *Rivista di diritto tributario*, fasc. n. 3/2017.

<sup>1</sup> Resta così ulteriormente comprovato in concreto il rilievo di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 5, secondo cui, di contro a certo ingiustificato ottimismo circa l’inarrestabilità del processo storico di integrazione europea (ingiustificato anche in quanto assume che tale processo sia di per sé benefico), «i controlimiti non solo hanno una compiuta sostanza normativa e politica, ma sono stati utilizzati e potrebbero esserlo nuovamente e con ancor maggiore efficacia se sol lo si volesse».

non ha i tratti tipici della sentenza interpretativa ed ha addossato ai Giudici nazionali un *munus* estraneo alla disciplina costituzionale della funzione giurisdizionale e con essa contrastante.

Per un verso, viene accertata l'idoneità del combinato disposto degli artt. 160, ult. co., e 161 c.p. "a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE" non già in astratto e in generale, bensì "nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea": una declaratoria di illegittimità comunitaria *in eventum*, con riferimento a "circostanze che spetta al giudice nazionale verificare".

Per altro verso e in viziata conseguenza della anomala statuizione pseudoaccertativa, viene fatto carico ai Giudici di effettuare valutazioni che non soltanto esulano del tutto dal dovere di applicazione della legge, ma implicano una "posizione" nell'ordinamento (col correlativo strumentario istruttorio) ben diversa da quella propria degli uffici giudiziari ai sensi degli artt. 101 ss. Cost.

A ben vedere, infatti, la Corte di Giustizia demanda loro di disapplicare gli artt. 160, ult. co., e 161 c.p. quando ritengano, sulla base di una valutazione di carattere politico e non già di grado esecutivo-applicativo, che tali disposizioni urtino contro l'interesse finanziario dell'Unione Europea: ciò che è particolarmente evidente avuto riguardo alla prima delle ipotesi prospettate nel dispositivo, ossia l'impedimento alla inflizione di "sanzioni effettive e dissuasive", che è clausola generica, incapace *ex se* di definizione e di carattere essenzialmente suggestivo, tale quindi da fare appello alla individuale e soggettiva sensibilità di chi giudica (*recte*: decide).

Non si tratta, pertanto, di una valutazione omogenea a quella che il Giudice compie all'esito della istruttoria processuale (e dunque del contraddittorio tra le parti), in doverosa conformità alle sue risultanze, al fine di verificare il ricorrere delle condizioni di applicazione delle disposizioni conferenti al caso sottoposto al suo giudizio, bensì di una decisione che egli assume per perseguire un obiettivo esterno rispetto al perimetro normativo e in forza della quale potrà sostituire la regola stabilita dal legislatore con quella che riterrà conforme a tale obiettivo<sup>2</sup>: diversamente dall'ipotesi

---

<sup>2</sup> Si rileva, in proposito, con particolare e critica evidenza – per l'incidenza sulle garanzie essenziali della persona - quella opposizione tra «produzione normativa dell'apparato, soprattutto legislativo» e «attività di un altro apparato, quello giurisdizionale, di per sé ancor più separato dalla società di quanto non possa essere l'altro», acutamente rilevata da A. PREDIERI, *Le fonti del diritto nella costituzione spagnola del 1978*, in E. GARCIA DE ENTERRIA, A. PREDIERI, *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, 223, nt. 99, che rende non solo realisticamente poco praticabile, ma, soprattutto, contrario ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale la pretesa formazione giudiziale di regole generali, per una sorta di impropria e, in Italia, inammissibile attribuzione di funzioni nomopoietiche all'autorità giudiziaria, la quale non è dotata né di legittimazione rappresentativa, né degli strumenti necessari a compiere il censimento delle esigenze che dovrebbero essere soddisfatte dalla normativa ad essa delegata e la indispensabile valutazione dei modi di farvi fronte.

Pare peraltro opportuno avvertire che anche le cennate difficoltà pratiche vengono spesso oblierate nella impostazione degli autori che ravvisano nella giurisprudenza il luogo di coltura e di formazione di quei principi che, costituendo un *prius* rispetto alle norme, dovrebbero fungere da strumento di emendamento delle (predicate) insufficienze di queste (erroneamente qualificate, in sede dottrinale, come *lacune* dell'ordinamento), allo scopo di sovvenire alle esigenze dei componenti della collettività, per come percepite dal giudice, e non già e non necessariamente di quelle delle parti del giudizio, negando, dunque, rilievo al principio, che ha invece carattere fondativo del nostro ordinamento, della necessaria derivazione di ogni norma di giudizio (statale e quindi destinata alla forza di cosa giudicata) da atti alla cui formazione la collettività abbia potuto partecipare (almeno) secondo le forme

tipica della disapplicazione per contrasto con il diritto eurounitario, nella fattispecie che qui interessa non v'è alcuna disposizione del c.d. diritto europeo derivato che, con pari o comparabile tassatività e determinatezza, succeda a quelle del codice penale.

Un siffatto costruito appare ancor più singolare quando si osservi che, nell'intesserlo, la Corte di Giustizia ha mostrato di ignorare o di tenere in nessun conto gli istituti fondamentali di uno Stato membro e soprattutto la riserva di "identità costituzionale" alla quale fa opportuno riferimento la Corte costituzionale nell'ordinanza che si annota.

## ***2. La "risposta (interlocutoria?)" della Corte costituzionale e i complessi profili di legittimità costituzionale implicati dalla ratifica dei Trattati UE con legge ordinaria anche nella parte in cui introducono modifiche all'ordinamento costituzionale***

Ben a ragione, dunque, la Corte costituzionale ha sollecitato, se non un ripensamento, certo un chiarimento di somma importanza sulla concezione che la Corte di Giustizia abbia intorno al rapporto tra le norme e i principi costituzionali degli Stati membri e le disposizioni dei Trattati europei.

A quanto è dato comprendere, l'ordinanza in esame, ancorché in forma di interpello, ha già prefigurato il suo orientamento.

Sembra infatti di poter ragionevolmente prevedere che, se la Corte di Giustizia dovesse confermare la propria decisione, negando che l'interpretazione da essa proposta trovi limite nelle disposizioni della nostra Costituzione e nei principi che esse esprimono e che pertanto i giudici nazionali debbano seguirla a dispetto delle une e degli altri, addirittura con una disapplicazione casuistica delle norme penali in questione, sarà allora inevitabile pervenire ad una pronuncia di incostituzionalità.

Ove la Corte costituzionale accogliesse le questioni di legittimità prospettate dai giudici remittenti con riferimento ai principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e al rispetto dei diritti inalienabili della persona "*espressi dagli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale*", affermerebbe il principio secondo cui sarebbe illegittima la legge di autorizzazione alla ratifica di un trattato internazionale che contenesse norme le quali, per espresso disposto o per interpretazione vincolante datane dagli organi competenti, violassero dettati o principi costituzionali: e ciò anche quando si ritenesse che il trattato ratificato abbia i contenuti e risponda alle finalità di cui all'art. 11 Cost.

Nella specie, in presenza di un trattato eurounitario, del quale finora, secondo la stessa costante giurisprudenza della Corte costituzionale, si è ritenuto che la copertura *ex art. 11 Cost.* fosse sufficiente a giustificare le profonde deroghe al sistema costituzionale delle fonti e alla organizzazione statale di apparato – come esemplarmente dimostra la competenza esercitata dalla Corte di Giustizia – il Giudice delle leggi dovrebbe rimeditare il problema e avviarlo a diversa soluzione, attraverso lo scrutinio delle forme e dei limiti di esercizio del potere di cui all'art. 11

---

della rappresentanza politica (art. 101, co. 2, Cost., che, secondo l'acuta ricostruzione di S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 659 ss., ora anche in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010, 437 ss., dà fondamento positivo al principio di legalità).

Cost., ove occorra sollevando dinnanzi a sé questione di legittimità costituzionale della legge di ratifica del trattato in questione per violazione dell'art. 138 Cost.

Com'è ben noto, è invalsa in proposito una sorta di consuetudine interpretativa<sup>3</sup> in forza della quale le limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost. possono disporsi, a norma dell'art. 80 Cost., con autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali e connessi ordini di esecuzione che abbiano forma di legge ordinaria, alla quale, tuttavia, non spetta alcuna addizione di efficacia, se non quella di fungere da parametro del giudizio di costituzionalità riguardante leggi ordinarie o atti aventi tale forza che si assumano in contrasto col trattato ratificato.

Senonché l'art. 80 Cost., quando fa riferimento alla legge di ratifica senz'altra specificazione circa il rango (a differenza di quanto avviene per esempio con l'art. 77, co. 1, Cost, che esplicitamente qualifica la legge ivi contemplata come ordinaria), lascia aperta la questione circa la natura dello strumento legislativo, se ordinario o costituzionale, a seconda della materia che ne forma oggetto.

Se ne desume che, quando il trattato da ratificare contenga norme che incidano in senso modificativo, derogatorio o limitativo sulle disposizioni costituzionali, la legge di autorizzazione alla ratifica non può che essere adottata secondo le procedure di cui all'art. 138 Cost., salvo che quelle modifiche, quelle deroghe o quei limiti non infrangano il divieto di cui all'art. 139 Cost. o gli altri limiti impliciti alla revisione costituzionale.

La questione non è nuova e aveva, anzi, suscitato ampio dibattito, segnatamente in sede parlamentare, al tempo della ratifica del Trattato CECA e, poi, di quello di Roma<sup>4</sup>, i cui effetti costituiscono del resto a tutt'oggi la matrice dei problemi che, nell'ormai lungo "cammino comunitario", si sono manifestati, a causa, per quanto qui più interessa, proprio delle gravi alterazioni della struttura costituzionale in cui tali effetti si sono risolti.

Ma è stata troppo rapidamente archiviata<sup>5</sup>, benché si potesse o, piuttosto, dovesse riproporre in occasione di ogni successiva modifica del Trattato del 1957<sup>6</sup>.

Benché non possano nutrirsi dubbi – e sia anzi ampiamente riconosciuto – che già nel 1957 la ratifica e la esecuzione del Trattato istitutivo della CEE avessero comportato modifiche alla struttura costituzionale, in sue parti essenziali (forma di governo, sistema delle fonti, tutela dei diritti, organizzazione e attribuzioni del potere giudiziario), tuttavia, per concorde indirizzo delle maggioranze di governo e, soprattutto, della Corte costituzionale, e con l'avallo della dottrina maggioritaria, si ritenne sin da subito sufficiente invocare l'art. 11 Cost. per legittimare la tesi secondo cui sia la ratifica, sia l'ordine di esecuzione, sia l'adattamento dell'ordinamento nazionale a tale trattato potessero farsi con legge ordinaria, salvi i limiti dei principi supremi della Costituzione e dei diritti inalienabili della persona umana.

---

<sup>3</sup> Cfr., al riguardo, l'ampia e documentatissima indagine di G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, spec. 173 ss.

<sup>4</sup> Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 276 ss., con ampi riferimenti ai rispettivi lavori parlamentari.

<sup>5</sup> Cfr. le osservazioni di A. GUZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale*, Milano, 2016, 131 s. e nt. 1.

<sup>6</sup> Val la pena di rammentare le precise indicazioni che Paolo Barile dava agli organi costituzionali in relazione al Trattato di Maastricht, definito, a giusto titolo, di importanza capitale e che, per il suo impatto sulla Costituzione, avrebbe dovuto essere oggetto di un ordine di esecuzione in forma di legge di revisione costituzionale: P. BARILE, *La Costituzione dopo Maastricht*, ne *La Repubblica* del 13 settembre 1992.

E ciò sull'assunto che l'art. 11 Cost. funga proprio da autorizzazione costituzionale alla ratifica e alla esecuzione di trattati che comportino limitazioni di sovranità, diverse da quelle che ordinariamente conseguono alla stipulazione di un trattato internazionale<sup>7</sup>.

È da credere che abbiano in tal senso agito piuttosto considerazioni di opportunità politica, che non l'esatta deduzione di precetti estraibili dalla suddetta disposizione costituzionale, la quale, anche a non voler accedere alla nota opinione di Giorgio Balladore Pallieri<sup>8</sup>, secondo cui essa sarebbe una mera direttiva di politica estera<sup>9</sup>, per la sua formulazione e per una ineludibile esigenza logica, deve essere interpretata nei limiti del mandato conferito all'Assemblea Costituente, nonché nell'unitario contesto dell'atto normativo del quale fa parte<sup>10</sup>.

La sovranità passibile di limitazione è, infatti, quella che, ex art. 1 Cost., appartiene al popolo<sup>11</sup>, la cui prima ed essenziale manifestazione è ovviamente la Carta del 1948, a sua volta frutto della scelta istituzionale e costituente del 1946.

Qualora dunque l'art. 11 Cost. si interpretasse come norma attributiva del potere di autorizzare con legge ordinaria la ratifica di trattati che comportino modificazioni costituzionali, lo si porrebbe in rapporto di contraddizione con la sovranità popolare, per come positivamente configurata dalla Costituzione: in deroga a quanto dispone l'art. 138 – e peraltro in assenza, come puntualmente

<sup>7</sup> Il punto è di particolare importanza, poiché proprio sul discrimine di tale distinzione è stata condotta una parte significativa della polemica sul rapporto tra gli artt. 11 e 138 Cost., essendosi sostenuto, da quanti patrocinavano l'opinione che fosse sufficiente una legge ordinaria, che, ove la stipulazione di trattati comportanti limitazioni di sovranità avesse richiesto le forme di cui all'art. 138 Cost., l'art. 11 sarebbe risultato ridondante.

Di contro a tale tesi, pare possa ancora validamente opporsi: a) che, se si prescinde dall'art. 11, la disciplina costituzionale del *treaty making power* è limitata ai soli aspetti procedurali; b) che l'obiettivo della pace e della giustizia tra le Nazioni, è proprio di ogni accordo internazionale – come finisce per riconoscere anche chi sostiene la tesi della "specialità" dell'art. 11 Cost. – sia in quanto regoli consensualmente oggetti che, diversamente, potrebbero dare luogo a divergenze potenzialmente suscettibili di essere risolte con mezzi contenziosi, sia, più ampiamente, in quanto costituisca legami di cooperazione con altri Stati; c) che, soprattutto, la stipulazione di un trattato non comporta limitazione, bensì esercizio della sovranità, così come la conclusione di un negozio giuridico è espressione e non limitazione della capacità negoziale (cfr. Corte permanente di giustizia internazionale, sent. 17 agosto 1923, *Wimbledon*, Series A, n. 1, 25).

<sup>8</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Competenza della Corte costituzionale riguardo al diritto delle Comunità europee*, in *Dir. int.*, 1966, 255 ss. e 262 ss.

<sup>9</sup> Impregiudicato poi il valore da attribuire alla direttiva in parola, per quanto attiene, in particolare, all'*an* e al *quomodo* della sua collocazione nel sistema delle fonti. E in proposito pare condivisibile il richiamo alle ormai risalenti, consolidate ricostruzioni che hanno esattamente individuato specifici caratteri di precettività anche nelle norme c.d. programmatiche: F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1970, 90 s.

<sup>10</sup> Rilevava, molti anni or sono, G. TREVES, *Le droit des États membres et le droit des Communautés européennes*, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, II, Bruxelles-Paris, 1972, 515 (richiamato da G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie*, cit., 293, nt. 77) come, da parte di certa dottrina, «Ci si limita a valorizzare gli argomenti a favore di una tesi, quella della prevalenza del diritto comunitario, sollecitando abusivamente l'interpretazione delle costituzioni dei paesi membri. Gli entusiasmi d'un tempo non possono che essere fonte di confusione metodologica».

Il rilievo conserva attualità.

<sup>11</sup> Lo rileva, con la consueta finezza di analisi, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 7, il quale precisa peraltro che l'attribuzione all'Italia e, dunque alla Repubblica, del potere di acconsentire alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost. e non al popolo «lo si deve semplicemente al fatto che questo non ha soggettività internazionale».

Quanto a tale ultima considerazione, corrispondente alla vigente dottrina del diritto internazionale, può forse soggiungersi, senza poter ovviamente affrontare qui la complessa questione, che la predicata carenza di soggettività del popolo: a) connota a maggior ragione quella statale come personalità strumentale; b) trova preciso e doveroso contrappeso nella necessità di far luogo alle limitazioni modificative della Costituzione esclusivamente nelle forme e con i limiti di cui agli artt. 138 e 139 Cost.

rilevava Carlo Esposito, di anche una sola parola «che suffraghi la tesi»<sup>12</sup> – la revisione della legge fondamentale non necessiterebbe, in tali ipotesi, della procedura c.d. aggravata e dell'eventuale *referendum* costituzionale, essendo sufficiente una scelta compiuta da una maggioranza parlamentare semplice, che ritenga sussistenti gli estremi teleologici della pace e della giustizia tra le Nazioni, i quali, considerati soprattutto da tale punto di vista, appaiono davvero genericamente definiti: scelta così sottratta sia al controllo referendario di cui all'art. 138 Cost., sia a quello di cui all'art. 75 Cost.

Se dal piano dell'analisi strettamente normativa si passa ai profili organizzativi, si coglie agevolmente che la deroga in parola corrisponde ad una speciale competenza parlamentare<sup>13</sup>, abilitata alla sostituzione dell'ordinamento costituzionale interno con “elementi” di derivazione internazionale: nel che, a ben vedere, consiste quella natura permanente delle limitazioni *ex art.* 11 Cost. alle quali faceva acutamente riferimento Carlo Esposito<sup>14</sup>.

Ne discende un effetto di “flessibilizzazione” della Costituzione<sup>15</sup>, che incide in senso gravemente privativo del diritto della collettività di darsi un assetto giuridico conforme alla propria volontà, di contro – come si è detto – al principio di sovranità popolare e del suo presidio di garanzia di cui all'art. 138 Cost.

Effetto che non può essere né attutito, né tantomeno eliso dalle analogie di principio tra ordinamento italiano e ordinamento europeo che vengono usualmente evocate a dimostrazione del sostanziale rispetto di quei principi che dovrebbero rappresentare i c.d. controlimiti alle limitazioni di cui all'art. 11 Cost.

E non soltanto perché di tali controlimiti si danno definizioni per linee molto generali<sup>16</sup>, ma anzitutto perché la deroga che si pretende di ricavare dall'art. 11 Cost. si traduce in una rinuncia alla indipendenza nazionale, ossia a quel “fattore primordiale” che, secondo Charles Eisenmann, rappresenta il presupposto dal quale dipende la effettiva capacità di darsi una costituzione<sup>17</sup>.

In funzione della c.d. integrazione europea – da tempo sempre più simile ad una sorta di “lega egemonica”, che concretizza un rischio paventato all'alba del suo avvio da Emilio Betti e da Rolando Quadri<sup>18</sup> – si è fatto luogo non già a limitazioni della sovranità, men che meno di carattere

<sup>12</sup> C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, 1963, 189 ss., ora in ID., *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992, 370, nt. 24.

<sup>13</sup> Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 9° ed., Padova, 1976, 1500, nel prendere posizione a favore della tesi criticata nel testo, con grande lucidità qualifica la legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati (allora) comunitari come «un atto di volontà del parlamento, abilitato, entro certi limiti, che saranno appresso considerati, a sostituirsi all'organo di revisione per effetto dell'art. 11».

<sup>14</sup> C. ESPOSITO, *op. cit.*, 371, nt. 24, in fine.

<sup>15</sup> Ancorché in un diverso ordine di idee, cfr. G. CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 43 ss., ora anche in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1977, 327 ss., il quale, come segnala G. ITZCOVICH, *op. cit.*, 193, «già nel 1952 individuò proprio nell'art. 11 Cost. l'elemento più importante su cui basare la propria teoria del carattere necessariamente «elastico» della nuova Costituzione».

<sup>16</sup> Cfr., ad es. e per tutti, C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1501 ss.

<sup>17</sup> V. C. EISENMANN, *Le projet de Traité sur la Communauté européenne de défense et la Constitution française*, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, Paris, 2002, 496.

<sup>18</sup> E. BETTI, *Possibilità e limiti di un diritto di convivenza europea*, in *Foro it.*, 1953, IV, 177 ss.; R. QUADRI, *Convegno di studi sulla politica sociale della Comunità economica europea* (1959), in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1988, 17 s., opportunamente richiamati da G. ITZCOVICH, *op. cit.*, rispettivamente 269 ss. e 352 ss.

negoziale, bensì a vere e proprie cessioni di funzioni sovrane<sup>19</sup> alle istituzioni europee, senza diritto di recesso unilaterale<sup>20</sup>, con conseguente sostituzione di plessi organizzativi costituzionali, profonda alterazione delle forme (e dei limiti) di esercizio della sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost. e detrimento, in primo luogo, delle situazioni giuridiche soggettive di carattere politico delle quali sono titolari i cittadini italiani, così violando anche i limiti di cui all'art. 139 Cost., la cui rilevanza è stata paradossalmente obliterata dal rango ordinario della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Roma e, poi, degli altri accordi che a questo sono succeduti<sup>21</sup>.

Il richiamo alle forme di cui all'art. 138 Cost., non presuppone, dunque, una concezione illimitata della sovranità nazionale: risponde, viceversa, alla elementare esigenza logico-giuridica di preservazione della identità strutturale e funzionale dell'ordinamento, che, ai sensi della vigente Costituzione, non può essere rimessa alle scelte di una qualsiasi maggioranza parlamentare (che allora godrebbe, essa sì, di una "sovranità" illimitata), senza con ciò sconfinare nella eversione del disegno costituente e, quindi, della volontà popolare alla quale esso corrisponde.

È d'altra parte significativo che tra gli argomenti addotti, già molti anni or sono, per definire la questione delle procedure di ratifica dei trattati comunitari, si annoveri il richiamo alla "forza normativa del fatto", *sub specie* di vera e propria consuetudine costituzionale o di consuetudine interpretativa<sup>22</sup>: col che resta vanificato il principio della rigidità costituzionale, giustamente fatto consistere in primo luogo nella *scrittura* della costituzione<sup>23</sup>, il cui essenziale riflesso sta nel divieto di disporre delle norme costituzionali in forme diverse da quelle stabilite nella stessa legge fondamentale.

Nello stesso tempo, la mutazione indotta nell'art. 11 Cost., di contro al suo stesso dettato, per farne una "norma sulla produzione"<sup>24</sup>, in ciò simile all'art. 24 del *Grundgesetz* tedesco – ove però è ben individuata la legge ordinaria in funzione di strumento per il trasferimento di diritti sovrani ad istituzioni internazionali – appare come il frutto della volontà di offrire *ex post* una giustificazione razionale ad una forzatura del sistema costituzionale.

Ciò risulta particolarmente evidente ove si consideri che, nei primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, molti insigni giuristi dubitarono della capacità precettiva e della stessa

---

<sup>19</sup> A tale cessione corrisponde perfettamente l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia, risalente nel tempo e sostanzialmente assertivo della originarietà dell'ordine giuridico comunitario - di contro, tra l'altro, all'art. 222 del Trattato di Roma (ora art. 325 TFUE), che sottrae alle istituzioni europee il regime giuridico delle appropriazioni - secondo cui "Il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emananti dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. La validità di detti atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza, il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato" (Corte di Giustizia CEE, sent. 17 dicembre 1970, in causa 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft*).

<sup>20</sup> Cfr. F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit., 106.

<sup>21</sup> ...nonostante debba ritenersi persino ovvio che se «la stessa Costituzione stabilisce limiti alla propria rivedibilità, quei medesimi limiti devono valere nei confronti della c.d. "apertura internazionalista" della Repubblica»: così M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 7, il quale richiama adesivamente, quanto al profilo qui considerato, Corte cost., sent. n. 328/2014 (che può leggersi in *Giur. cost.*, 2014, 3853 ss., con note di B. CONFORTI, C. PINELLI, M. BRANCA, R. CAPONI e F. RIMOLI).

<sup>22</sup> V., anche per riferimenti, F. SORRENTINO, *op. cit.*, 94 s.

<sup>23</sup> Il riferimento, ovviamente, è allo studio di A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1995.

<sup>24</sup> V. G. ITZCOVICH, *op. cit.*, 195.

giuridicità delle proposizioni contenute nell'art. 11 Cost.<sup>25</sup> e che la stessa disposizione, assolutamente immutata, divenne, su impulso della giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>26</sup>, tanto precisa e determinata da permettere, come si è visto, la cessione di quote di sovranità in favore di una “entità” non statale e, soprattutto, non organizzata secondo i principi democratici di cui all'art. 1 Cost.

Questo atteggiamento un po' corrivo verso l'art. 11 Cost. quale strumento di compartecipazione alla costruzione dell'ordinamento europeo poteva forse trovare una ragione di “politica costituzionale” nel perseguimento dell'obiettivo di assecondare il compimento della integrazione comunitaria in forma statale.

Ma nella situazione attuale<sup>27</sup>, in cui sembra ormai se non fallito, certamente rinviato indeterminatamente il progetto di unificazione in forma federalista<sup>28</sup>, quella precaria, strumentale giustificazione perde consistenza e perfino senso. Viene meno, in altri termini, la presupposizione che avrebbe dato luogo alla consuetudine interpretativa alla quale sopra si è fatto cenno, o, secondo altro punto prospettico, a quella convenzione costituzionale, con effetti disapplicativi dell'art. 138 Cost., instaurata dal convergere delle condotte, commissive ed omissive, degli organi di indirizzo politico e della Corte costituzionale.

Quando tale obiettivo dovesse ripresentarsi con carattere di attualità e ci si trovasse di fronte, una volta che ne fossero maturati effettivamente i presupposti, alla condivisa necessità di creare uno Stato federale o una federazione di Stati, non basterà il solo ricorso all'art. 138 Cost. – che serve solo allo scopo di rivedere la Costituzione, quando essa permanga come tavola fondativa di uno Stato indipendente – ma dovranno farsi i conti con l'art. 139 Cost., che dalle procedure revisionali esclude la forma repubblicana e a maggior ragione la persistenza stessa dello Stato.

L'art. 138 Cost., infatti, copre e legittima – ciò che finora non è stato – le limitazioni di sovranità finalizzate al completamento del processo integrativo delle comunità statali europee in uno Stato unitario, purché democraticamente strutturato secondo i principi irrinunciabili dell'art. 1 Cost. (le forme ed i limiti di esercizio della sovranità popolare a livello nazionale devono cioè trovare corrispondenza nella più larga scala dell'ordine giuridico eurounitario). Ma non consente lo scioglimento o la liquidazione dello Stato né la sua fusione per incorporazione in un soggetto preesistente o per confluenza in altro soggetto costituendo, ostandovi l'art. 139 Cost. e prima ancora lo stesso principio di identità, di indipendenza nazionale e di continuità dello Stato.

A questo fine, sarebbe necessario, come si accennava, l'instaurazione di un processo costituente, come del resto venne intuito nel 1989, quando, proprio a fronte della accelerazione quantitativa e qualitativa degli elementi di integrazione comunitaria, che sembravano prossimi a sfociare in una unificazione politica strutturata in forme statuali, si fece luogo, in Italia, ad un *referendum extra ordinem*, da taluno definito, in sede di approvazione della legge costituzionale di indizione, quale

<sup>25</sup> V. G. ITZCOVICH, *op. cit.*, 188 ss. e ivi dettagliatissimi riferimenti.

<sup>26</sup> A far data, com'è ben noto, dalla sentenza n. 14/1964 (in *Giur. cost.*, 1964, 129 ss., con note di M. BON VALSASSINA e L. PALADIN).

<sup>27</sup> Osserva giustamente M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 6, che «Solo il più inguaribile degli euro-ottimisti potrebbe non avvedersi che siamo di fronte ad una costruzione sbilenco».

<sup>28</sup> V., per un ampio quadro ricostruttivo e critico, S. MANGIAMELI, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, in *Dir. soc.*, 2016, 59 ss.; ID., *Sovranità costituzionale degli Stati membri e vincoli europei. Il difficile percorso per l'integrazione politica*, in *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact. Gli effetti dell'integrazione economica e politica europea sull'ordinamento nazionale* a cura di A. IACOVIELLO, Milano, 2016, 321 ss.



consultazione istituzionale analoga a quella del 1946: il quesito referendario chiamava infatti gli Italiani a pronunciarsi sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Non pare condivisibile la caustica definizione del *referendum* del 1989 come «risibile», utilizzata invece da G. ITZCOVICH, *op. cit.*, 198, nt. 110: ancorché criticabile quanto al merito tecnico del quesito, si trattava, infatti, di un tentativo di ricondurre le scelte fondamentali già compiute in sede comunitaria, dal 1957 sino al 1986, anno, com'è ben noto, dell'Atto Unico, e quelle che si era in procinto di fare (il Trattato di Maastricht sarebbe stato stipulato e ratificato pochissimi anni dopo), nell'alveo del principio di sovranità popolare, sulla scorta dell'autorevolissima tesi di Carlo Esposito (*Commento all'art. 1*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 7), secondo cui, in considerazione del principio democratico di cui all'art. 1 Cost., l'art. 139 Cost. «non dovrebbe significare che non possa essere modificata la forma repubblicana di governo, ma che, instaurata con un *referendum*, possa esserlo solo con *referendum* eccezionale disposto con una legge speciale»: ciò che si tentò di fare, essendosi di fronte a mutamenti alterativi della forma istituzionale e, quindi, contrastanti con il limite di cui all'art. 139 Cost., indicando il suddetto *referendum* con un legge costituzionale speciale, quasi provvedimentoale, come pure fu criticamente prospettato in sede di dibattito parlamentare.