

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## **RIFLESSIONI A MARGINE DI “AI CONFINI DELLA COSTITUZIONE” DI PIETRO FARAGUNA (FRANCO ANGELI, 2015)**

*Posted on Gennaio 25, 2016 by [Giorgio Repetto](#)*

Negli ultimi anni il tema dei principi supremi è tornato al centro della riflessione dei costituzionalisti e dei comparatisti. Da tema classico, assestato su coordinate ormai ritenute in fondo acquisite, ha visto in certa misura mutare la sua fisionomia e il suo rilievo per effetto di una serie di circostanze, alcune più note ed evidenti, altre ricollegabili a trasformazioni di più lunga durata dello Stato costituzionale. Tra le prime, è ovvio richiamare la sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale e le implicazioni che questa ha avuto nella costruzione, da molti criticata, di un modello di integrazione del diritto internazionale, in particolare consuetudinario, nel diritto interno incentrato sul tendenziale assoggettamento del primo al rispetto dei principi supremi garantiti dal secondo. Ma nella stessa direzione di una rinnovata attenzione nei confronti dei principi in questione ha spinto, in una prospettiva più ampia, l'enfasi sui caratteri fondamentali dei singoli ordinamenti dei paesi membri dell'UE quali elementi principali della loro identità nazionale “insita nella loro struttura ... costituzionale”, secondo quanto recita oggi

l'art. 4(2) del Trattato sull'Unione europea. È una prospettiva, quella che emerge dall'evoluzione più recente, che ha quindi richiesto e richiede un notevole ampliamento dello sguardo dello studioso del diritto pubblico, per cui i principi supremi non rappresentano più solamente una categoria che acquista senso in un orizzonte tutto interno al proprio sistema di riferimento, perché si apre ad una molteplicità di relazioni, in cui assume un peso rilevante il dinamismo della loro individuazione e caratterizzazione.

Il libro di Pietro Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale* (Franco Angeli, Milano, 2015, coll. *Studi di diritto pubblico*, prefazione di Sergio Bartole) si muove consapevolmente in questa dimensione, attenta prima di ogni altra cosa a saldare la riflessione classica sull'argomento a quella "temperie costituzionale che vede gli ordinamenti costituzionali nazionali esposti ad influenze sovranazionali di vario livello", di cui scrive nella prefazione Sergio Bartole (p. 9). Ed indubbiamente poche altre occasioni potevano fornire a Faraguna migliore occasione per affrontare questa temperie della sentenza n. 238 del 2014, presa in esame nella introduzione del volume quale esempio emblematico di "controlimiti in azione". Più che non l'analisi dettagliata dell'*iter* motivazionale, a destare interesse è piuttosto la constatazione che questa sentenza, oltre a ricorrere espressamente all'espressione "controlimiti", sembra restituire un "concetto unitario di limiti giuridici che garantiscono l'identità dell'ordinamento costituzionale" (p. 20) laddove invece gli itinerari giurisprudenziali consolidati fino a quel momento avevano tutt'al più fatto emergere un lessico non sempre omogeneo (in cui si alternano principi "fondamentali" a principi "supremi", "valori essenziali" al "nucleo di identità dell'ordinamento") a cui è corrisposta una notevole frammentarietà nell'impiego del concetto. La tesi del libro consiste, a partire da qui, nel cogliere se e come prima ancora dell'ontologia dei principi supremi sia possibile ricondurre ad unità i tasselli frammentari dell'uso dei principi fondamentali nella loro concreta dimensione operativa, *in action*, a partire dalla giurisprudenza della Corte

costituzionale e dalla prassi dei rinvii presidenziali.

Il primo capitolo si diffonde sulla ricerca di una nozione condivisa di principi supremi nella riflessione costituzionalistica del dopoguerra per chiarire però, sin dalle prime battute, come sui diversi fronti di impiego della nozione di principi supremi (quello cioè *intra moenia* concernente i limiti alla revisione costituzionale e quello *extra moenia*, relativo alle varie declinazioni dei controlimiti di fronte al diritto concordatario, comunitario e internazionale), alla frequenza del ricorso ad essi corrisponda invece una “babele terminologica e concettuale”, la cui cifra caratterizzante è data dalla “marcata arbitrarietà delle ricostruzioni dei principi supremi che la dottrina ha prodotto negli ultimi 60 anni di storia repubblicana” (p. 30). Più che ripercorrere gli itinerari suggeriti dall’autore, conviene invece cogliere tra le righe il significato più profondo della difficoltà di trovare un accordo sul punto, che muove dalla tensione tra il ruolo necessario dei principi supremi come elementi identificativi di un *proprium* costituzionale (per dirla con le parole di Mortati: “la funzione propria della costituzione di identificare per tutta la sua vita il particolare tipo di ordinamento cui essa si riferisce”) e la centralità assegnata all’art. 139 Cost. e alle interpretazioni che da esso sono scaturite. È una tensione, quella che matura nelle riflessioni della dottrina, che non è riferibile solamente alla non sovrapposibilità tra la funzione originaria dei principi supremi (porsi come argine a modifiche incostituzionali della Costituzione) e quelle in certo modo sopravvenute (i controlimiti nelle loro varie declinazioni), ma che emerge piuttosto da un interrogativo teorico più profondo, che Faraguna molto bene riassume nell’incertezza generata dai tentativi di trarre, crisafullianamente, “dalle disposizioni costituzionali il massimo valore prescrittivo”. Ciò che è avvenuto, infatti “è che cercando il massimo valore prescrittivo dell’art. 139 Cost. ... si è raggiunta la massima incertezza. Si sono ricavate innumerevoli norme da poche disposizioni. Sono emerse norme senza disposizioni. La strada percorsa alla ricerca del massimo valore prescrittivo ha paradossalmente condotto alla massima incertezza

interpretativa, che è un terreno con scarsissimo valore prescrittivo (laddove non si riesca a discernere ciò che è consentito alla legge costituzionale, da ciò che non lo è)” (pagg. 61-62). La notazione appare in fondo convincente, soprattutto se riferita agli esiti della riflessione, a patto però di riconoscere che la dimensione dei principi rimanda ad un diverso e più peculiare tipo di prescrittività nel momento in cui si sgancia dagli itinerari testuali più evidenti e si affida a categorie interpretative più duttili. Dopo tutto, se per alcuni autori questa è anzi la dimensione propria dei principi (Betti prima di ogni altro), è difficile negare come lo stesso pensiero crisafulliano mostri sul punto una significativa evoluzione, se solo si tiene conto della distanza che separa gli scritti dei primi anni '40 dalla celebre voce su *Disposizione (e norma)*, tutta impegnata a mostrare la pluralità dei nessi generativi di norme dalle disposizioni scritte e il ruolo costitutivo, sul punto, dell'interpretazione e degli interpreti.

Ad ogni modo, il più evidente merito del libro è quello di affrontare una tematica classica come i principi supremi cercando di sciogliere il nodo gordiano della loro ontologia sulla base di un'analisi realistica, che muove da una disamina dei frammenti di essi presenti nella giurisprudenza costituzionale (cap. 2) e nella prassi dei rinvii presidenziali (cap. 3). Il primo test è sicuramente il più ovvio, ma l'analisi di Faraguna è decisamente apprezzabile per il fatto di scansare le ricostruzioni consolidate, evitare inutili compilazioni, e lanciarsi invece nel tentativo di discernere, per dirla con le parole di Jerome Frank, “ciò che la Corte fa e non ciò che dice di fare” (p. 66). E in questa prospettiva, l'analisi che emerge dal volume è di estremo interesse per il fatto di cogliere l'uso, talvolta strategico e talvolta retorico, che la Corte fa del richiamo ai principi nei vari frangenti in cui questi vengono in questione. Basti pensare, tra i molteplici spunti di interesse di questo versante dell'analisi, alla ricostruzione del percorso secondo il quale alla espansione dell'oggetto del controllo indiretto della Corte sugli atti comunitari (consacrata dalla seconda metà degli anni '80) ha fatto da contraltare “un'interpretazione ancor più rigorosa e restrittiva dei parametri alla stregua dei quali

accordare l'ammissibilità a un tal tipo di questioni di legittimità costituzionale" (p. 87), tale da rendere del tutto eccezionale un'eventualità del genere. Non diversamente, *mutatis mutandis*, le cose sono andate nei rapporti col legislatore ordinario: esaminando il filone giurisprudenziale delle immunità per le alte cariche dello Stato, viene evocata la prudenza che ha spinto la Corte a "non mirare il fucile dei principi supremi dritto verso il legislatore, bensì di evocarli tangenzialmente" (p. 99), affidandosi a soluzioni meno impegnative, anche se non sempre convincenti. Pur rimarcando il percorso di affinamento della giurisprudenza e il suo sforzo di garantire su questo fronte un approccio evolutivo, resta convincente l'approccio realista di Faraguna, la cui tesi di fondo, sul punto, è che la Corte abbia finito per saldare nella categoria unitaria dei "principi supremi" di cui alla sent. n. 1146 del 1988 materiali normativi dotati di una morfologia e, soprattutto, di una funzione diversa, perché coniatati in relazione ad esigenze e a situazioni non sempre assimilabili (limiti alla revisione costituzionale, al diritto dell'UE e via dicendo).

La parte più interessante del volume, perché legata ad una prospettiva d'indagine più originale, è invece quella in cui l'autore si cimenta nell'opera di identificazione della natura e della funzione dei principi supremi a partire dalla prassi del Presidente della Repubblica, con particolare riferimento al rinvio delle leggi. Scansando anche in questa occasione gli esercizi di ricostruzione dottrinale del problema, Faraguna si sofferma ad esaminare se nelle motivazioni degli atti di rinvio sia in qualche modo rinvenibile una dottrina presidenziale sui principi, da cui si possa di conseguenza far derivare un legame non occasionale tra questi ultimi e le prestazioni di unità garantite dal Capo dello Stato. Benché questo legame potesse apparire in qualche modo incentivato da alcuni indirizzi applicativi degli ultimi anni (penso in particolare alla "dottrina Ciampi" in materia di presupposti del rinvio ex art. 74 Cost.), non si può non concordare con l'autore quando sottolinea l'inidoneità strutturale della prerogativa in questione a gettare luce sui principi supremi come categoria unitaria che identifica un nucleo duro della

Costituzione. E questo non solo perché, come si ritiene nel volume, “l’esercizio del potere di rinvio non pare proprio essere ispirato dalle stesse logiche del sindacato di costituzionalità, e perciò tantomeno può ritenersi ispirato alla funzione di tutela dei principi supremi” (p. 141), o perché il Presidente resta estraneo ai percorsi “esterni” di identificazione dei principi supremi, quelli relativi ai rapporti con gli altri ordinamenti (p. 146). A militare nel senso di questa estraneità si potrebbe aggiungere il fatto che pochi altri poteri del Presidente come quello di effettuare il rinvio risentono costitutivamente, in ultima analisi, da quella elasticità dei suoi poteri pur richiamata nel libro, che dipende da così tanti fattori da rendere non assimilabili le funzioni di garanzia assegnate alla Corte costituzionale e quelle attribuite al Presidente della Repubblica, perché diverso – in fondo – è il circuito che conduce i due organi a perseguire i rispettivi disegni di unificazione.

Nell’ultimo capitolo del volume, Faraguna porta alle estreme conseguenze il tentativo di individuare i presupposti distintivi dei principi supremi rispetto alle altre norme costituzionali analizzando il loro ruolo nei bilanciamenti operati dalla Corte costituzionale sui vari fronti in cui questi sono venuti in discussione. Anche in questa occasione, l’impressione è che il tentativo consapevolmente sfumi in ragione dell’uso variabile e strategico che la Corte ha fatto della categoria dei principi, accettando senza esitazioni la strada di un loro ingresso nelle dinamiche del bilanciamento e, anzi, astenendosi dallo “stabilire alcuna gerarchia interna, in forza della quale alcuni principi sono destinati a prevalere sempre su altri” (p. 181).

Ciò, però, nulla toglie al percorso seguito dall’autore, ma anzi avvalorata la sua tesi che vuole i principi supremi come espressione della natura in fondo non conclusa della sovranità come accolta dall’art. 1 della Costituzione, intesa quest’ultima come apparato di valori e di procedure idonee a condurre alla risoluzione dei conflitti ultimi, quelli nei quali si concorre (o più spesso si confligge) per il diritto all’ultima parola.

Se quindi si può concludere nel senso che “la non sottrazione a bilanciamento di ogni principio costituzionale, principi supremi compresi, sembra essere una vicissitudine ordinaria dell’esperienza di una Costituzione pluralista” (p. 182), l’interrogativo che sorge, in conclusione, è se e in che misura ciò sposti le categorie d’indagine su di essi verso la presa d’atto dell’irriducibilità dei loro significati e della loro apertura a dinamiche interpretative ed evolutive più ampie rispetto non solo a quelle di pertinenza delle corti costituzionali, ma anche degli stessi organi costituzionali. Anche se queste dinamiche oggi enfatizzano sempre di più l’opera ermeneutica dei giudici costituzionali rispetto alla funzione di attuazione affidata al legislatore, non per questo esse devono restare ingabbiate in una valutazione delle relative strategie decisionali, per aprirsi certamente (soprattutto sul versante *extra moenia*) a Parlamenti e Governi (come auspica Faraguna in conclusione del volume), ma accanto a questi, in prospettiva, anche a quell’opera di continua specificazione di essi che è rimandata, sempre di più, all’azione dei giudici ordinari e alle prassi degli attori sociali.