

GAETANO CARLIZZI

PER UNA SISTEMATICA DEL DISCORSO SUI RAPPORTI
TRA GLI ORDINAMENTI GIURIDICI.
RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA “SENTENZA MELLONI”

La filosofia non deve prendere decisioni, ma condurre proprio al cospetto di esse.
Né deve facilitare la vita, bensì, appunto, problematizzarla [...]
Quanto sospetta sarebbe una filosofia
che non considerasse il mondo una creazione finalistica della ragione,
e consentisse di risolverlo in un sistema razionale privo di contraddizioni!
E quanto inutile sarebbe una esistenza
se il mondo non fosse, in fondo, contraddizione,
e la vita decisione!
(G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (1932), Heidelberg, 2003, p. 77)

SOMMARIO: 1. Programma dell'indagine. – 2. Aree di discorso: tra Hans Kelsen e Santi Romano. –
2.1. L'area filosofica. – 2.2. L'area teorica. – 2.3. L'area scientifica e l'effettività giudiziaria. – 3.
Il caso Melloni. – 3.1. Le questioni poste dal *Tribunal Constitucional* e le riposte date dalla Corte
di Giustizia. – 3.2. Temi di teoria dell'interpretazione e di teoria dei rapporti tra gli ordinamenti.

1. *Programma dell'indagine*

Il peso sempre maggiore che il fattore *giudiziario* va assumendo nella sfera giuridica costituisce una sfida particolarmente impegnativa per il *filosofo del diritto*. Ciò non solo nel senso, ormai comunemente recepito, che la riflessione su cosa è il diritto (in confronto ad altri fenomeni sociali) deve render conto dell'autentico significato di quel peso. Ma anche e soprattutto nel senso, discendente dal primo, eppure non egualmente riconosciuto, che il giusfilosofo è chiamato a impegnarsi in prima persona, *iuxta propria principia*, nell'analisi della giurisprudenza, rinunciando alla tentazione di abbandonarsi ai pur importanti resoconti degli specialisti delle discipline positive. Diversamente, egli correrebbe un pericolo analogo a quello che incombe sullo storico della filosofia, il quale può illudersi che il risparmio di tempo e di energie assicurato dall'esame della sola “letteratura secondaria” valga la

pena di una comprensione a dir poco approssimativa delle opere dei grandi pensatori¹.

Proprio perché il filosofo del diritto si rivolge a questioni fondamentali, il suo interesse tenderà a essere attratto più da orientamenti complessivi che da pronunce singole. In effetti, è alquanto difficile che un'unica sentenza sia in grado di provocare un significativo riassetto del sistema nel quale si inserisce, essendo pur sempre legata alle particolarità del caso in giudizio. Tuttavia, come l'esperienza insegna, vi sono decisioni che, per l'autorevolezza dell'organo da cui promanano e per il fatto di investire i principi, le categorie e le logiche portanti di un certo ordinamento, finiscono per avere su di esso un impatto che va ben al di là della questione puntualmente risolta, e dunque per costituire delle vere e proprie pietre miliari. Con particolare riguardo alla materia penale, basti ricordare le celeberrime Corte cost. n. 364/1988 (sugli stretti intrecci tra principio di *legalità*, principio di *colpevolezza* e funzioni della *pena*) e Cass. pen., SS.UU., n. 30328/2002 (sulla dialettica tra la nozione *sostanziale* di "causalità" e le esigenze assiologiche sottostanti alla relativa prova in sede *processuale*).

È ancora presto per dire se anche la pronuncia che ha sollecitato le presenti riflessioni entrerà a far parte di questa ristretta cerchia. Mi riferisco alla "sentenza Melloni", emessa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), il 23 febbraio 2013, in causa C-399/11, su rinvio pregiudiziale del *Tribunal Constitucional* spagnolo (TC), effettuato in materia di Mandato di Arresto Europeo (MAE), in base all'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)².

Anzi, questa prematurità si collega a *una* delle due *tesi* principali che intendo sostenere. La difficoltà del giurista contemporaneo di dipanare la matassa dei rapporti tra i molteplici ordinamenti giuridici vigenti a livello globale³ non è il frutto

¹ Un ammonimento analogo era già stato autorevolmente formulato da Norberto Bobbio, tracciando la nota distinzione tra "filosofia del diritto dei filosofi" e "filosofia del diritto dei giuristi": cfr. N. BOBBIO, *Natura e funzione della filosofia del diritto* (1962), in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, pp. 43-46.

² Il testo in italiano della sentenza si trova su <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?-num=C-399/11>.

³ Su questi problemi, cfr., con varietà di accenti, G. ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in ID., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, pp. 29-60; S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008; G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, spec. pp. 43-90, 131-155; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, spec. pp. 269-285, 293-298; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2010, spec. pp. 101-158; S. MEDER, *Ius non scriptum*.

di impreparazione personale o di inadeguatezza delle categorie impiegate. Essa deriva da altri fattori, tra cui spicca la stessa logica di quei rapporti, la logica dell'effettività, nella specifica accezione di "effettività giudiziaria". La tesi che propongo, infatti, è lungi dalla convinzione, spesso esibita in letteratura, della con-naturale e insuperabile caoticità del diritto presente e di quello futuro. Essa presuppone, piuttosto, che la sistematizzazione dell'esperienza giuridica (come di ogni altra esperienza *culturale*) dipenda da una certa stabilità di *sensu* della materia indagata⁴, senza la quale ogni sua elaborazione finirebbe per risolversi in un vero e proprio mascheramento.

Ciononostante, la sentenza Melloni merita grande attenzione, come conferma la mole di commenti che le sono stati dedicati dagli studiosi delle principali discipline giuridiche⁵. Essa, infatti, prende posizione su alcuni snodi cruciali di uno dei rapporti intersistemici attualmente più controversi, il rapporto tra l'ordinamento dell'Unione Europea e quelli degli Stati membri, lasciando intravedere gli scenari che potrebbero aprirsi qualora le soluzioni proposte dalla Corte prendessero il sopravvento.

Anche l'altra tesi principale che intendo avanzare si collega al tema dei rapporti tra gli ordinamenti giuridici (d'ora in poi, di regola: ordinamenti *tout court*). Essa suona così: il relativo *discorso* non è riducibile a un unico tipo, ma va suddiviso in tanti *tipi* quanti sono i *tipi di questioni* rilevanti al riguardo. Come cercherò di documentare, lo studio delle trattazioni (giudiziarie e dottrinali) del tema induce a supporre che alcune delle incertezze che affliggono la giurisprudenza e la letteratu-

Tradizioni della produzione privata del diritto, ediz. it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2011, spec. pp. 141-148.

⁴ Sui concetti di "cultura" e di "sensu" e sui loro reciproci rapporti, con particolare riguardo all'esperienza giuridica, resta magistrale la lezione di G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (1932), a cura di R. Dreier e Stanley L. Paulson, Heidelberg, 2003, spec. pp. 9, 31, 34.

⁵ In riferimento alla letteratura italiana, si segnalano i seguenti commenti: D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, su www.penalecontemporaneo.it, 22 ottobre 2012 (limitato, per ragioni cronologiche, alla ordinanza di rinvio del TC); G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato di arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "Caso Melloni"*, *ivi*, 7 giugno 2013; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, *ivi*, 4 luglio 2013; S. CIVELLO CONIGLIARO-S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, *ivi*, 30 ottobre 2013; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscale)*, su www.diritto-comparati.it, 2 aprile 2013; R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (europolitano). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, *ivi*, 5 aprile 2013; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di Giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it, Osservatorio - Ottobre 2013.

ra dipendono proprio dalla inavvertita commistione di discorsi appartenenti ad aree *differenti*. Tale differenza, d'altro canto, non va radicalizzata, poiché la distinzione tra aree di discorso non equivale a netta separazione. Per la piena penetrazione delle questioni relative ai rapporti tra gli ordinamenti, occorrerà pertanto esaminare anche le *interazioni* tra le suddette aree, e ciò che ne consegue per le formulazioni dei rispettivi discorsi. L'esistenza di queste interazioni costituisce esattamente la ragione per la quale preferisco parlare di "aree" di discorso (metafora orizzontale), anziché di "livelli" o "piani" (metafore verticali). Alla luce del loro esame, sarà possibile, infine, individuare il collegamento esistente tra le due tesi proposte.

Conformemente a tali indicazioni, l'indagine sarà articolata in due paragrafi. Innanzitutto, svilupperò le due tesi proposte, individuando le aree principali del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti, il loro collegamento col tema dell'effettività giudiziaria e le ripercussioni dell'abituale, mancata distinzione tra di esse; per rendere più determinata e interessante la ricostruzione, la svolgerò sotto forma di confronto tra i due maggiori rappresentanti dei contrapposti approcci al tema in esame, Hans Kelsen e Santi Romano (2.). Alla luce di tali riflessioni preliminari, mi concentrerò sul "caso Melloni", esaminando gli argomenti addotti dalla CGUE a sostegno della relativa decisione, per interrogarmi sulle ripercussioni che potrebbe avere sul nostro ordinamento (3.).

Il lavoro è stato organizzato in modo tale che chi è interessato principalmente al "caso Melloni" può passare direttamente al § 3. Nondimeno, a mio avviso, la lettura del § 2 è determinante per l'individuazione delle categorie sottostanti a quella vicenda, e dunque è consigliabile per una comprensione più adeguata dei relativi problemi.

È infine superfluo rimarcare che, per la sua collocazione ed estensione, l'indagine vorrebbe soltanto offrire un contributo all'elaborazione dei principi sistematici del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti. Le relative questioni fondamentali verranno dunque affrontate per grandi linee e condurranno, tutt'al più, alla formulazione di ipotesi di soluzione. Una sistematica compiuta esigerebbe ben altro spazio, sforzo e ingegno.

2. Aree di discorso: tra Hans Kelsen e Santi Romano

L'idea di suddividere in aree il complessivo discorso sui rapporti tra gli ordinamenti è emersa nella ricerca della "struttura profonda" delle indagini che Hans Kelsen ha dedicato a quei rapporti. Data la sua capacità di coniugare concisione, chiarezza e acume, è preferibile assumere come punto di riferimento la *Teoria generale*

del diritto e dello Stato⁶, anziché la più densa (ma anche poderosa) *La dottrina pura del diritto*, cioè la seconda edizione dell'*opus magnum* del giusfilosofo praghe⁷.

Ebbene, nella *Teoria generale* si incontra di frequente il monito a non confondere le *interpretazioni* che consentono di individuare le norme del diritto positivo con le riflessioni *teoriche* che mirano a compendiare, in forma ipotetica e paradigmatica, il senso complessivo di quelle norme. Ancor più a monte, Kelsen si pone il problema, tipicamente *filosofico*, del principio costitutivo della realtà giuridica, che lo spinge alla formulazione della nota “tesi monista”. Interpretazione (o, più in generale, scienza⁸), teoria e filosofia costituiscono, dunque, le principali aree del discorso relativo al diritto, mentre chi (come me adesso) si rivolge a questa tripartizione, esaminando la funzione di ciascuna delle sue articolazioni, si muove su un’area ulteriore, che d’ora in avanti resterà sullo sfondo.

Come cercherò di mostrare, confrontando per grandi linee l’opera kelseniana con *L’ordinamento giuridico*⁹ di Santi Romano¹⁰, la suddetta *tripartizione* costituisce una guida di grande *utilità* anche ai presenti fini. Essa, distinguendo diversi tipi di discorsi, cioè di trattazioni disciplinate di problemi di un certo genere, consente, in primo luogo, di focalizzare le questioni salienti nel campo dei rapporti tra gli ordinamenti, nonché di affrontarle in maniera ordinata e vigile. Correlativamente a ciò, la stessa tripartizione consente anche di evitare alcune fallacie tipiche dei ragionamenti condotti in quel campo, in particolare l’illusione che possano ricavarsi norme di diritto positivo dalle costruzioni della scienza, della teoria o, addirittura, della filosofia.

⁶ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. Cotta-G. Treves, Milano, 1984 (d’ora in poi: *TGDS*).

⁷ Sui rapporti tra le due opere, e, prima ancora, per una introduzione eccellente al pensiero di Kelsen, v. M.G. LOSANO, *Premessa alla nuova edizione e Saggio introduttivo all’edizione italiana del 1966*, in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), ediz. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 1990, pp. XIII-LXV (spec. pp. LI-LVIII).

⁸ Nel senso lato, chiarito *infra*, nt. 69, di “conoscenza” razionale dei contenuti del diritto, non importa se di stampo dogmatico o giudiziario.

⁹ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1946 (d’ora in poi: *OG*). Sull’importanza della consultazione di questa seconda edizione dell’opera, v. *infra*, nt. 36. Sul pensiero di Romano, cfr. le suggestive riflessioni di: P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in ID., *Società, diritto, Stato*, Milano, 2006, pp. 143-162, e ID., *Il diritto tra potere e ordinamento*, ivi, pp. 163-187; S. CASSESE, *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli, 2012, pp. 33-44; V. OMAGGIO, *Individuo, persona e costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 1, 2014, §1, in corso di stampa.

¹⁰ Per un confronto tra l’approccio di Kelsen e di Romano ai temi di cui ci occuperemo, v. anche G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, pp. 65-78.

2.1. L'area filosofica

Ripercorrendo a ritroso il novero appena proposto, viene in rilievo, innanzitutto, l'area *filosofica*, impegnata dalla questione: “*che cosa è il diritto?*”. Qui si incontra da sempre una difficoltà preliminare, nelle vesti di un'aporia. O lo sforzo definitivo prende le mosse da certi fenomeni la cui natura giuridica è presupposta (es.: lo Stato), e allora si ha il sospetto di incorrere in una petizione di principio; oppure il concetto di diritto viene individuato facendo astrazione dalla realtà storica, e allora si ha l'impressione di fornire una definizione del tutto arbitraria.

Non posso soffermarmi su questo problema, ma devo almeno osservare che, nella misura in cui i due poli del discorso, il *concetto* e la *realtà* del diritto, sono trattati assecondando il movimento *dialettico* del pensiero, cioè la logica ermeneutica della domanda e della risposta, la suddetta aporia si rivela soltanto apparente. Ad ogni modo, il suo esame è utile poiché ci introduce al confronto tra Kelsen e Romano. Entrambi gli autori, infatti, si rivolgono direttamente alla realtà storica, e assumono come guida, valevole fino a prova contraria, l'idea che alcuni ordinamenti abbiano carattere giuridico¹¹. Ma poiché tali ordinamenti sono molteplici, sorge spontanea la domanda: “com'è possibile la loro coesistenza?”. È proprio questa la domanda che alimenta la nota e perdurante polemica tra la “concezione monista” e la “concezione pluralista” dei rapporti tra gli ordinamenti¹².

2.1.1. Per la concezione *monista*, rappresentata da Kelsen, la coesistenza tra gli ordinamenti è possibile poiché essi formano un tutto unitario¹³. E tale raffigurazione non costituisce un'ipotesi tra le tante formulabili, bensì una *necessità logica*. Ragionando diversamente, ossia ammettendo l'idea della contemporanea vigenza di ordinamenti *indipendenti* l'uno dall'altro, il diritto risulterebbe scisso e sarebbe impossibile pensarlo, e dunque conoscerlo, in modo coerente, cioè razionale. Ecco in che senso Kelsen sostiene che l'unità in esame costituisce un “postulato epistemologico”¹⁴. L'intero diritto attuale, il “diritto universale” di un certo momento storico, non può che essere inteso come un “ordinamento totale”, cioè il risultato

¹¹ Cfr., ad es., *TGDS*, p. 15 (“Se limitiamo la nostra indagine al diritto positivo, e se confrontiamo tutti quegli ordinamenti sociali, passati e presenti, che vengono generalmente chiamati ‘diritto’, troveremo che essi hanno una caratteristica in comune, che non presentano gli altri ordinamenti sociali di altro genere”); *OG*, p. 44 (“La definizione del diritto deve essere data in modo che vi si possa comprendere quello che, non soltanto per tradizione scientifica, ma per sentimento comune, e soprattutto, per pratica costante, e non mai smentita, viene considerato tale”).

¹² Sulla controversia tra “monismo, dualismo e pluralismo”, e in particolare sui suoi profili di rilevanza, v. l'articolata disamina di G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie*, cit., pp. 33-60.

¹³ Nella *TGDS*, luoghi rilevanti per l'analisi del monismo kelseniano e della critica al pluralismo sono spec. le pp. 368-373, 378 s., 384-386, 392-394.

¹⁴ *Ivi*, p. 378.

della somma dei vari ordinamenti simultaneamente vigenti, visti come “ordinamenti parziali”¹⁵. Più in particolare, Kelsen afferma che il diritto universale è composto dall’ordinamento internazionale e dai vari ordinamenti statali¹⁶ (sottintendendo che gli altri sistemi pacificamente considerati giuridici, come, ad es., quelli delle corporazioni, siano in qualche maniera collegati a questi ultimi¹⁷). Quanto al modo in cui tutti questi ordinamenti compongono il diritto universale, Kelsen individua due sole possibilità logiche: o essi sono tutti fondati, cioè coordinati, da un ordinamento ulteriore, supremo; oppure uno di essi sta a fondamento di tutti gli altri. E poiché un ordinamento ulteriore non si dà, non resta che assumere il secondo capo dell’alternativa¹⁸. È così che il pensiero giuridico è sospinto dall’idea di unità a quella di *gerarchia*.

Tuttavia, come ammonisce lo stesso Kelsen¹⁹, non bisogna farsi ingannare dal rivestimento *metaforico* di questa idea. Che un ordinamento sia sovraordinato a un altro, significa soltanto che il primo pone la norma fondamentale del secondo, cioè ne legittima la produzione giuridica, e dunque ne sostiene la validità²⁰. Ciò non implica, invece, che l’ordinamento superiore sia in grado di produrre da sé i contenuti di quello inferiore. La tesi di questa implicazione non solo si porrebbe in contrasto con l’idea della dinamica che, secondo Kelsen, caratterizza la produzione normativa giuridica, e la differenzia, in particolare, da quella morale (“nomodinamica”)²¹. La tesi contraddirebbe, altresì, l’assunto kelseniano della indipendenza degli assetti di diritto positivo dalle concezioni vertenti su di essi. L’osservazione si rivelerà di grande importanza per il problema del tipo di influsso che il diritto dell’UE è in grado di esercitare sugli ordinamenti degli Stati membri (v. *infra*, sub 3.2.2.).

Ora, mentre la questione relativa alla coesistenza tra gli ordinamenti ha un chiaro rilievo *filosofico*, lo stesso non sembra valere per la soluzione data da Kelsen. La concezione del diritto universale come sintesi dell’ordinamento internazionale e di quelli statali sembra basata, infatti, su un preciso pregiudizio *teorico*, indotto dalla situazione del diritto della sua (e della nostra) epoca. È il pregiudizio secondo cui i suddetti ordinamenti rappresenterebbero i sistemi giuridici “elementari”. Ma si tratta davvero di una svista? Oppure del risultato della “naturale” *interazione* tra il discorso filosofico e quello teorico? Cioè del fatto che mentre il primo indica la direzione in cui deve svolgersi il secondo, questo fornisce i riferimenti necessari, eppu-

¹⁵ Sulle nozioni (relative) di “ordinamento totale” e “ordinamento parziale”, cfr. *ivi*, spec. p. 309.

¹⁶ *Ivi*, pp. 330.

¹⁷ *Ivi*, ad es., p. 100 s.

¹⁸ *Ivi*, p. 379.

¹⁹ *Ivi*, p. 390.

²⁰ *Ivi*, pp. 116-123.

²¹ *Ivi*, p. 113 s.

re provvisori e disputabili, per seguire quell'indicazione? La seconda rappresentazione mi sembra molto più convincente.

2.1.2. Ben diverso è l'atteggiamento che *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano assume verso il problema della coesistenza tra gli ordinamenti. Anzi, si può dire che il suo *pluralismo* si contraddistingue proprio per il fatto di non considerare tale coesistenza come un problema, bensì come un fenomeno reale, dunque come qualcosa da *spiegare*, piuttosto che da giustificare.

Il punto di partenza delle riflessioni di Romano è costituito da una ben determinata *definizione* di “diritto”, volta a cogliere le peculiarità condivise dai fenomeni pacificamente considerati giuridici. In questo senso, dove vi è organizzazione sociale, lì si dà giuridicità, e “diritto” non equivale primariamente a norma, bensì ad assetto organizzativo, cioè a “istituzione”²². La definizione non viene proposta in maniera del tutto arbitraria, ma è fondata su diverse ragioni. In particolare, l'organizzazione, intesa – in sostanza – come distribuzione e svolgimento effettivo di compiti e risorse per un fine comune, è ciò che solo costituisce il peculiare carattere organico²³, obiettivo²⁴ e sanzionatorio²⁵ delle norme attraverso le quali essa pure si manifesta; soprattutto, è ciò che, direttamente (come nel caso degli Stati) o indirettamente (come nel caso degli enti derivati)²⁶, sta all'origine di tutte le istituzioni, e dunque fonda la validità di ogni ordinamento²⁷.

Ad avviso di Romano, la sua definizione di “diritto”, insieme al riconoscimento della effettiva molteplicità delle organizzazioni umane, implica il “principio della pluralità degli ordinamenti giuridici”. Esso ha una formulazione semplice ma significativa: “ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni”²⁸. Non solo dunque, i vari Stati del globo²⁹ e la comunità da essi composta³⁰, ma anche la Chiesa³¹ e altri ordinamenti cosiddetti minori³², fino ad arrivare, addirittura, alle organizzazioni illecite³³.

Tutto ciò vale nell'area filosofica, relativa, come pure Romano riconosce, alla “distinzione del diritto dalla morale e dalla economia, in una parola, dalle altre ma-

²² *OG*, spec. pp. 22 s., 29-33, 43.

²³ *Ivi*, p. 10.

²⁴ *Ivi*, p. 15 s.

²⁵ *Ivi*, p. 18 s.

²⁶ *Ivi*, p. 43.

²⁷ *Ivi*, p. 42.

²⁸ *Ivi*, p. 86 s.

²⁹ *Ivi*, pp. 59 s., 91 s.

³⁰ *Ivi*, p. 93 s.

³¹ *Ivi*, p. 94-99.

³² *Ivi*, pp. 61-63.

³³ *Ivi*, pp. 100-102.

nifestazioni della c.d. vita pratica”³⁴. Qui la distanza da Kelsen è effettivamente notevole. Lo conferma l’affermazione tranciante: “tanto meno si ha un’istituzione così comprensiva da abbracciare tutte indistintamente le altre”³⁵ – cioè qualcosa di analogo all’ordinamento universale teorizzato dal giusfilosofo praghese.

Come vedremo, la distanza tra i due pensatori si assottiglierà nell’area teorica e in quella scientifica, tanto da risultare dotata di un rilievo essenzialmente ideale. Nel frattempo, tuttavia, viene da chiedersi se la posizione di Romano sia davvero filosoficamente sostenibile. Come è ovvio, non è questa la sede per deciderlo. Mi limito a osservare che è vero che *L’ordinamento giuridico*, il cui testo principale risale agli anni 1917-1918³⁶, non si confronta in modo aperto con Kelsen (che pure cita saltuariamente³⁷). Ma è pur vero che quell’opera replica a un’obiezione al principio del pluralismo giuridico, la quale trova riscontro nella *Teoria generale*. Mi riferisco alla nota postuma in cui Romano afferma che non ha senso criticare l’istituzionalismo in base all’argomento per cui esso valorizza un *fatto*, l’organizzazione, mentre il diritto ha carattere essenzialmente *normativo*. Tale obiezione, infatti, è tutta calata nella prospettiva normativista, che è proprio quella che egli ha inteso integrare³⁸, e non si sforza di contrastare la nuova visione da lui introdotta. Sennonché, sarebbe agevole controbattere che il positivismo normativista – ivi compreso, anzi, direi: specialmente Kelsen – è ben consapevole che una delle soluzioni fornite al problema del fondamento di validità del diritto è di matrice empirica³⁹ (“forza normativa del fatto”⁴⁰: “*ex facto oritur ius*”). Ma esso, in genere, rifiuta tale soluzione⁴¹, perché la trova in contrasto col principio logico, di de-

³⁴ *Ivi*, p. 84. La distinzione tra la prospettiva (scientifico-)giuridica (che Romano – come vedremo – considera promiscuamente con quella teorico-giuridica) e altre prospettive, in particolare filosofica e sociologica è ripetutamente sottolineata in quest’opera: cfr., altresì, ad es., pp. 34 nt. 30ter, 39 nt. 33bis, 84, 92, 98.

³⁵ *Ivi*, p. 87.

³⁶ L’edizione del 1946, cui faccio riferimento, si distingue, infatti, per l’aggiunta di alcune rilevantissime note, in cui Romano precisa gli sviluppi nel frattempo intervenuti nel suo pensiero, e risponde ad alcune critiche mosse alla sua opera.

³⁷ Cfr., ad es., *ivi*, pp. 40 nt. 34, 68 nt. 54, 88 nt. 70, 119 nt. 95bis.

³⁸ Questo aspetto è trascurato da alcuni interpreti di Romano: egli non nega che il diritto abbia carattere normativo, ma ritiene soltanto che tale carattere non esaurisca la giuridicità. Ma se è così, allora ciò che è in questione nel normativismo non può non fare problema, in qualche misura, anche per Romano.

³⁹ Sulle varie configurazioni assumibili (e assunte) dalla norma fondamentale (ivi compresa quella empirica), cfr., per tutti, R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, trad. it. di F. Fiore, Torino, 2001, pp. 97-127.

⁴⁰ In generale su tale concetto, cfr. ARTH. KAUFMANN, *Analogia e “natura della cosa”*. *Un contributo alla dottrina del tipo* (1982), ediz. it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2003, p. 25.

⁴¹ Una significativa eccezione, è costituita dalla “norma di riconoscimento” teorizzata da H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), ediz. it. a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, 2002, spec. pp. 118-130, la quale, in R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 125, viene giustamente denominata

rivazione humanea, della inderivabilità del dover essere dall'essere (e viceversa). La *Grundnorm* kelseniana mira proprio a risolvere questo problema, mentre Romano (e in genere il pensiero pluralista) lo salta a piè pari.

2.2. L'area teorica

Mentre la domanda tipica dell'area filosofica attiene al "che cosa" del diritto, quella dell'area *teorica* attiene al "come". Tale distinzione, tuttavia, non deve far perdere di vista la segnalata interazione tra discorso filosofico e teorico. Nell'area teorica, infatti, ci si chiede in che modo si realizza l'unità del diritto postulata in sede filosofica, intesa in termini strettamente deontici (come in Kelsen) o semplicemente concettuali (come in Romano). Nella prospettiva dei rapporti tra gli ordinamenti, si tratta, più specificamente, di comprendere in quali forme si compie il *collegamento* tra di essi, che per Kelsen è necessario, mentre per Romano contingente.

L'aspetto di diversità più interessante tra gli approcci teorici dei due autori è però un altro. Esso merita di essere approfondito perché consente di mettere in luce una fallacia analoga a quella denunciata per l'area filosofica, ma ben più ricorrente di quest'ultima nei discorsi dei giuristi. Alludo alla fallacia consistente nel trarre norme di diritto positivo direttamente dalle costruzioni teoriche relative ai rapporti tra gli ordinamenti – fallacia da cui Kelsen, come detto, ci mette in guardia, e in cui Romano, invece, incorre più di una volta.

2.2.1. La suddetta configurazione del discorso teorico trova esplicito riscontro nelle riflessioni di Kelsen. Dopo aver affermato che l'unità del diritto internazionale e di quello statale si fonda sul rapporto gerarchico che intercorre tra di essi, egli pone il problema della individuazione dell'ordinamento preminente. Una prima risposta proviene dalla dottrina del riconoscimento, secondo cui il diritto internazionale diverrebbe valido per lo Stato solo grazie alla sua accettazione da parte di quest'ultimo. Tale dottrina, infatti, implica l'idea del primato del diritto statale.

Secondo Kelsen, questa forma di monismo costituisce una mera "ipotesi fatta dal giurista teorico nel suo tentativo di comprendere il modo del diritto. Essa non concerne affatto il contenuto del diritto positivo, ma concerne il fondamento ipotetico della validità del diritto internazionale". Lo stesso discorso, d'altro canto, vale per la concezione opposta, che afferma il primato del diritto internazionale⁴². In de-

"norma fondamentale empirica"; un'altra importante eccezione si collega all'assoluta primazia assegnata all'"atto (o alla situazione) costituente" nella imponente ricostruzione di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 288-293, spec. 292 ("[...] ne risulta confermata l'antica massima «*ex facto oritur ius*»").

⁴² *TGDS*, p. 387 s.

finitiva, entrambe le ipotesi moniste “sono semplicemente due modi diversi di comprendere tutti i fenomeni giuridici come parti di un unico sistema”, ed è erroneo il loro frequente utilizzo “come basi di affermazioni relative al contenuto del diritto positivo”⁴³. Esempi di fallacie di questo tipo sono, nell’ottica del primato del diritto statale, la tesi secondo cui lo Stato non potrebbe essere convenuto davanti a un Tribunale internazionale contro la sua volontà; nell’ottica del primato del diritto internazionale, la tesi secondo cui una norma statale contrastante con esso sarebbe senz’altro nulla⁴⁴. Solo l’interpretazione del diritto positivo può porsi a fondamento di conclusioni del genere⁴⁵.

Il punto è che entrambe le ipotesi moniste costituiscono espressione di “preferenze etiche e politiche”⁴⁶. Così, l’ipotesi del primato del diritto statale, nella illustrata versione della dottrina del riconoscimento, mira a salvaguardare nella misura maggiore possibile la sovranità dello Stato⁴⁷. All’opposto sta l’ipotesi del primato del diritto internazionale, secondo cui il relativo ordinamento, fondato su una norma ipotetica che legittima il suo caratteristico sviluppo consuetudinario⁴⁸, avrebbe prodotto per tale via la norma fondamentale di ogni ordinamento statale, il principio di effettività⁴⁹. Tale ipotesi, affermando la parità di tutti gli Stati, si oppone “al nazionalismo e all’imperialismo” della prima, e promuove, piuttosto, i valori “[de]ll’internazionalismo [e de]l pacifismo”⁵⁰. Questa è l’ipotesi trascelta da Kelsen⁵¹, con buona pace di tutti coloro i quali lo considerano il campione di uno stualismo miope e anacronistico.

In conclusione, il ruolo delle suddette ipotesi non va sopravvalutato: si tratta di congetture di senso, relative al modo in cui si realizza l’unità del diritto effettivo, e non certo di fonti immediate di quest’ultimo. Ciò non toglie che, proprio in quanto

⁴³ *Ivi*, p. 393.

⁴⁴ *Ivi*, p. 393 s. (dove si trovano altri interessanti esempi dell’uno e dell’altro ordine).

⁴⁵ Per altri esempi, cfr. p. 384, dove, peraltro, forse, affiora una inconsapevole, occasionale resa di Kelsen alla tendenza appena criticata. Mi riferisco al seguente passo: “Il diritto internazionale ha bisogno di venir trasformato in diritto statale solo quando tale necessità sia stabilita dalla costituzione dello Stato. Se la costituzione tace in proposito – come talvolta avviene – i tribunali dello Stato sono competenti ad applicare direttamente il diritto internazionale [...]”.

⁴⁶ *Ivi*, p. 394.

⁴⁷ *Ivi*, pp. 389, 394.

⁴⁸ *Ivi*, p. 375: “La norma fondamentale del diritto internazionale deve, pertanto, essere una norma che sostenga la consuetudine come fatto creativo di norme, e possa essere formulata così: «Gli Stati devono comportarsi come si sono consuetudinariamente comportati»”.

⁴⁹ *Ivi*, pp. 116-124 (spec. 120 e 123), 373 (“La costituzione prima storicamente è valida perché l’ordinamento coercitivo costruito sulla sua base è efficace[, cioè rispettato dai suoi destinatari,] nel suo complesso”).

⁵⁰ *Ivi*, p. 394.

⁵¹ Tale preferenza, ovviamente, si ricava dall’analisi complessiva della sua ricostruzione, ma un’affermazione esplicita e significativa in tal senso si trova, ad es., *ivi*, p. 390.

volte a fornire una rappresentazione lineare e organica del funzionamento degli ordinamenti positivi, esse non sorgano *in vacuo*, ma sempre riflettendo l'assetto di questi ultimi. È qui che va colta la *dialettica* tra il discorso teorico e il discorso scientifico sul diritto positivo.

2.2.2. Se è vero che Romano, a differenza di Kelsen, mostra di considerare il *collegamento* tra gli ordinamenti come il risultato di una mera possibilità, e dunque come un fenomeno contingente (questo è il significato autentico del suo "principio pluralista"), nondimeno egli è ben consapevole della pervasività di tale fenomeno. Anzi, in verità, ciò è del tutto congruente con le sue convinzioni di fondo: se il diritto è una delle massime espressioni della socialità umana⁵², allora è naturale che ognuna delle istituzioni in cui esso si rimaterializza di continuo tendano a rapportarsi le une con le altre. Sociali sono non soltanto gli uomini, ma anche i gruppi che essi compongono.

La pervasività dei collegamenti tra gli ordinamenti non è soltanto sincronica, ma anche diacronica. L'intera storia della civiltà umana offre esempi innumerevoli di legami tra le istituzioni delle varie epoche, e la differenza tra tali legami può essere apprezzata facendo uso di modelli capaci di ridurre l'intima complessità. Questo è un compito della teoria, di cui Romano intende farsi carico, pur dichiarando di volersi limitare a "un abbozzo sommario di poche e semplici linee"⁵³. Ovviamente, qui non posso procedere a un'esposizione integrale della tipologia in tal modo tratteggiata. Mi limiterò, piuttosto, dopo aver accennato ai suoi principi organizzativi preminenti, a svolgere alcune considerazioni sulla posizione assegnata da Romano agli ordinamenti statali.

La ricostruzione romaniana ruota attorno a due concetti: "rilevanza"⁵⁴ e "titolo"⁵⁵. Un ordinamento è *rilevante* per un altro quando influisce sulla esistenza, sul contenuto o sulla efficacia di esso. E tale influsso, che può essere unilaterale o reciproco, si fonda su *titoli*, cioè su ragioni, diversi a seconda dei casi, ciascuno dei quali corrisponde alla particolare qualità che un ordinamento assume effettivamente rispetto all'altro: superiorità/inferiorità totale, presupposizione, coordinamento per mezzo di un terzo sistema, autolimitazione parziale e incorporazione. La tipologia elaborata da Romano costituisce esattamente la risultante della combinazione tra tipi di rilevanza e tipi di titoli⁵⁶. Ad esempio, può darsi che un ordinamento *superiore* condizioni l'*esistenza* di quello ad esso inferiore (es.: Stato-comune – sotto

⁵² *OG*, spec. p. 31.

⁵³ *Ivi*, p. 115.

⁵⁴ *Ivi*, p. 118 s.

⁵⁵ *Ivi*, pp. 120 s.

⁵⁶ *Ivi*, pp. 121-159.

il vigore dello Statuto albertino –)⁵⁷; oppure che più ordinamenti *inferiori* condizionino l'*esistenza* di quello ad essi superiore (es.: Stati-comunità internazionale)⁵⁸; o, ancora, che un ordinamento *autolimiti* la propria estensione *materiale*, lasciando a un altro ordinamento, da cui è indipendente, la disciplina del campo così residuante (es.: ordinamento di uno Stato contenente norme cd. di diritto internazionale privato, di rinvio, per certe situazioni, al diritto straniero)⁵⁹; e così via. Al di là di queste combinazioni, si versa nel campo della *manca*za di collegamenti giuridicamente *rilevanti* tra gli ordinamenti, che non equivale, peraltro, a completa indifferenza (es.: Stato-organizzazioni illecite)⁶⁰.

Non è questa la sede per svolgere una critica approfondita del quadro così delineato. Basti dire che esso, nella sua analiticità, potrebbe certamente risultare utile anche per la teoria contemporanea dei rapporti tra gli ordinamenti. Ciò sempre che venga emendato dall'eccedenza classificatoria che lo affligge, a causa, tra l'altro, dalla eterogeneità dei titoli e sottotitoli di rilevanza selezionati da Romano. Lo conferma il fatto che egli considera equivalenti l'ipotesi della rilevanza di un ordinamento superiore per l'esistenza di quello inferiore e l'ipotesi inversa.

Secondo quanto anticipato, mi interessa maggiormente esaminare l'atteggiamento di Romano verso l'ordinamento *statale*. Infatti, vorrei mostrare, da un lato, che il suo pensiero non è così distante da quello di Kelsen, come in genere si ritiene; e d'altro canto, che l'uno incorre in alcune fallacie che l'altro ha cura di evitare.

Sotto il primo profilo, Romano è ben consapevole che, nel corso della storia, alcuni ordinamenti acquistano e conservano una preminenza su molti altri, condizionando, a seconda dei casi, esistenza, contenuto o efficacia di essi. Il caso dello Stato contemporaneo è esemplare: esso condiziona sia variamente le istituzioni pubbliche e private assoggettate al suo potere (es.: Comuni, corporazioni ecc.), sia l'esistenza dell'ordinamento internazionale che pure gli è superiore. Ma se è così, ecco che la distanza da Kelsen, come anticipato, si ridimensiona, restando apprezzabile soprattutto nell'area filosofica, dove si atteggia come contrapposizione tra pluralismo e monismo. Ed ecco che l'autonomia giuridica che Romano riconosce ad ogni istituzione finisce per rivelare un valore prettamente ideale.

D'altro canto, esaminando la concezione romaniana dei rapporti tra ordinamenti statali e ordinamento internazionale⁶¹, si rileva una certa inclinazione a trarre con-

⁵⁷ *Ivi*, p. 121 s.

⁵⁸ *Ivi*, p. 127-132.

⁵⁹ *Ivi*, pp. 136-144.

⁶⁰ *Ivi*, pp. 159-166 (160).

⁶¹ Al riguardo, cfr., soprattutto, *ivi*, pp. 44-54, 87, 93 s., 117, 120 s., 125, 127, 133-135, dalle quali non si ricava un'immagine del tutto definita, né priva di contraddizioni. Grosso modo può dirsi che, per Romano, il diritto internazionale implica, sì, la soggezione degli Stati al suo potere, inteso come

clusioni di diritto positivo dalle classificazioni teoriche proposte. Significative in tal senso sono, ad esempio, l'affermazione che, poiché il diritto internazionale si rivolgerebbe soltanto agli Stati⁶², esso non potrebbe invalidare rispetto ai cittadini norme nazionali che lo contraddicono⁶³; o l'affermazione che l'ordinamento internazionale non potrebbe disciplinare le competenze degli organi che agiscono nel suo ambito in rappresentanza degli Stati, trattandosi di materia "necessariamente" riservata al diritto costituzionale nazionale⁶⁴; e così via⁶⁵. In verità, pare che nessuna di queste conclusioni possa essere imposta da ragioni puramente teoriche, e che la loro fondatezza dipenda, piuttosto, dal concreto assetto che gli ordinamenti considerati hanno assunto al riguardo.

2.3. *L'area scientifica e l'effettività giudiziaria*

L'osservazione appena fatta ci introduce all'area *scientifica*, contraddistinta dalla questione relativa a "quale contenuto ha effettivamente un certo ordinamento storico", ossia all'individuazione e sistematizzazione delle norme (principi e regole) che lo compongono. Nella prospettiva intersistemica, la questione si specifica rispetto alle *norme di correlazione*, cioè alle regole che stabiliscono se e come attuare la pretesa di un certo ordinamento di far valere in qualche modo i propri contenuti nell'ambito di un altro⁶⁶. Ed è chiaro che essa non può che essere affrontata dal punto di vista di un solo ordinamento per volta, sebbene nulla escluda che i rapporti reciproci tra due sistemi siano da loro regolati egualmente, in tutto o in parte, in forma esplicita o implicita. Anzi, che si dia una corrispondenza del genere, almeno parziale è necessario per poter sensatamente affermare che i due ordinamenti sono correlati.

2.3.1. Qui non mi dilungherò nuovamente sul rischio che le costruzioni degli studiosi – che ora si presentano come "categorie dogmatiche", cioè come compendi di collegamenti che un certo ordinamento consente di stabilire, in determinate ma-

potere impersonale, ma, poiché ne afferma l'indipendenza, non li incorpora in sé, non può influire, se non indirettamente, sui loro ordinamenti, e ne dipende per la propria esistenza.

⁶² Nella seconda edizione, tuttavia, Romano mostra di non condividere più questa premessa: cfr. *ivi*, p. 131 nt. 100*bis*.

⁶³ *Ivi*, p. 125. In senso analogo, cfr. *ivi*, all'inizio di p. 127.

⁶⁴ *Ivi*, p. 129.

⁶⁵ Per esempi relativi ad altri rapporti, cfr. *ivi*, pp. 124 e 175.

⁶⁶ Al di fuori di questo schema (es.: rinvio di un ordinamento a un altro, che non pretende di valere nell'ambito del primo), non mi sembra sensato configurare una questione "correlazionale", la quale presuppone pur sempre due entità, *ognuna* delle quali si atteggia in qualche modo verso l'altra.

terie, tra certi presupposti e certi effetti, alla luce di un principio ispiratore – siano utilizzate per ricavare norme giuridiche nuove⁶⁷.

Né, soprattutto, proseguirò il confronto tra il pensiero di Hans Kelsen e quello di Santi Romano. In primo luogo, perché i sistemi che essi hanno in mente sono ben diversi: nel primo caso, soprattutto il sistema austriaco e tedesco, nonché quello americano (a causa della fuga dall'Europa alla quale Kelsen fu costretto dall'ascesa del regime nazista); nel secondo caso, il sistema italiano vigente tra l'unità di Italia e l'adozione della Costituzione repubblicana. Inoltre, perché le riflessioni dei due autori hanno essenzialmente finalità filosofiche e teoriche, dunque si riferiscono al diritto positivo soprattutto per trarne materiale empirico, spesso senza neppure citarne le fonti, anziché per sottoporlo a una ricognizione analitica e capillare. Infine, con particolare riguardo alla dimensione sovranazionale, perché la situazione giuridica dell'epoca di Kelsen e Romano era ben diversa da quella attuale. Basti pensare che, in entrambi i casi, erano di là da venire non solo l'ONU, l'UE e la CEDU, ma anche e soprattutto gran parte delle attuali Costituzioni rigide, contenenti regole di disciplina più o meno puntuali dei rapporti con ordinamenti di quel tipo⁶⁸.

È proprio sotto quest'ultimo profilo che si giustifica il collegamento col tema della *effettività giudiziaria*⁶⁹. Kelsen e Romano si muovevano su uno sfondo in cui la disciplina positiva dei rapporti tra ordinamenti statali e sovranazionali era caratterizzata da una relativa elementarità e stabilità. Entrambi, pertanto, poterono fondare le proprie speculazioni su interpretazioni confortate da un consenso diffuso. Lo conferma il fatto che le principali controversie trattate nelle due opere esaminate attengono a temi filosofici o teorici, anziché di esegesi del diritto positivo.

⁶⁷ Illuminanti su questi temi restano le riflessioni di L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pp. 46-58, il quale distingue tre funzioni della dogmatica (espositivo-didattica; euristica; giustificativa), nessuna delle quali ha di per sé funzione propriamente creativa.

⁶⁸ Sulle ricadute della “costituzionalizzazione” e della “internazionalizzazione” del diritto, cfr., per tutti, V. OMAGGIO, *Il diritto nello Stato costituzionale*, Torino, 2011, pp. 13-27, 50-61, 83-87.

⁶⁹ Da un certo punto di vista, sarebbe sostenibile che avrei potuto enucleare un'ulteriore area di discorso, affermando che l'area giudiziaria viene al di là di quella scientifica. Una tesi del genere è già stata sostenuta da quegli autori che considerano il discorso giudiziario un discorso caratterizzato, da un lato, dal fatto di vertere sul discorso legislativo, dall'altro, di formare oggetto di quello scientifico (nel senso stretto di discorso della cd. dogmatica giuridica). La tesi è stata, cioè, sostenuta da chi ragiona secondo la logica “discorso/metadiscorso/metametadiscorso...”. Sennonché, come rilevato all'inizio, la mia ricostruzione non è improntata a una logica siffatta, verticale, bensì a una logica dialettica, orizzontale. E in questo senso mi pare che dogmatica e giurisprudenza, entrambe impegnate nella individuazione dei contenuti del diritto positivo, non possano essere collocate in aree diverse, ma vadano ricomprese sotto la comune etichetta di “scienza”, cioè di “conoscenza” razionale del diritto.

Ben più complessa è la situazione in cui operano i giuristi contemporanei interessati ai suddetti rapporti, i quali devono fare i conti non solo con una *molteplicità di fonti* della materia, tanto al di qua, quanto al di là dei confini statali, ma anche e soprattutto con una *pluralità di Corti Supreme*. Ciascuna di queste Corti, infatti, operando in un ordinamento che, dal punto di vista strutturale e assiologico, resta pur sempre distinto dagli altri, può fare e ha fatto valere per esso regole di correlazione con gli altri non del tutto coincidenti con quelle effettivamente invalse in questi ultimi. E tali regole di correlazione, a loro volta, a differenza della maggior parte delle altre regole giuridiche, dipendono *esclusivamente* dagli orientamenti giurisprudenziali non solo nel momento della loro *individuazione*, ad opera delle stesse Corti Supreme, ma anche della loro *osservanza*, da parte dei giudici comuni, che in genere si uniformano alle direttive di queste ultime. Il *sensu* autentico della *prima tesi* che ho proposto dovrebbe essere ora più chiaro: la difficoltà del giurista contemporaneo di dipanare la matassa dei rapporti tra gli ordinamenti vigenti a livello globale non dipende da impreparazione personale, né da inadeguatezza delle categorie impiegate, ma da altri fattori, tra cui spicca la stessa logica di quei rapporti, la logica della “*effettività giudiziaria*”⁷⁰. Una effettività, questa, che si distingue non solo da quella kelseniana, perché dipende dalle prassi delle Corti, anziché dell’intera popolazione; ma anche da quella hartiana⁷¹, in quanto ha un fondamento *esclusivamente* giurisprudenziale e, soprattutto, una portata circoscritta alle discipline dei collegamenti tra gli ordinamenti.

2.3.2. Alla luce di tutto ciò, è chiaro che, se la corrispondenza reciproca effettiva tra i *regimi di correlazione intersistemica* è carente o precaria, il giurista finisce per disorientarsi. Per “*corrispondenza reciproca effettiva*”, intendo una situazione in cui il regime di correlazione che un certo ordinamento fa valere stabilmente verso un altro, attraverso la giurisprudenza della propria Corte Suprema, combacia nei punti essenziali con quello che l’altro fa valere in modo analogo verso il primo⁷².

⁷⁰ L’importanza della effettività giudiziaria nella costituzione del diritto in generale è stata valorizzata in maniera tanto rigorosa quanto radicale da Michel Troper, il quale ha suscitato le critiche serrate di Otto Pfersmann: cfr. M. TROPER-O. PFERSMANN, *Dibattito sulla teoria realista dell’interpretazione*, ediz. it. a cura di V. Omaggio, Napoli, 2007, su cui v. anche la densa postfazione di V. OMAGGIO, *Su alcuni presupposti della teoria realista dell’interpretazione*, pp. 153-173.

⁷¹ H.L.A. HART, *Il concetto del diritto*, cit., p. 137: “Vi sono perciò due condizioni minime necessarie e sufficienti per l’esistenza di un ordinamento giuridico. Da un lato devono essere generalmente obbedite le norme di comportamento che sono valide in base ai criteri definitivi di validità dell’ordinamento, e dall’altro devono essere effettivamente accettate come criteri comuni e pubblici del comportamento ufficiale, da parte dei funzionari dell’ordinamento, le norme di riconoscimento che stabiliscono i criteri di validità giuridica e le sue norme di mutamento e di giudizio”.

⁷² L’idea del fondamento ermeneutico dei regimi di correlazione in esame trova riscontro nelle riflessioni che autorevoli studiosi hanno dedicato al tema delle fonti del diritto. Cfr., per tutti: G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars Interpretandi*,

Ad esempio, come si dirà tra breve, la correlazione tra l'ordinamento italiano e quello dell'UE, *rectius*: quella sua parte composta dalle norme direttamente efficaci, ha funzionato finora in base alla corrispondenza reciproca tra il regime stabilito dalla nostra giurisprudenza costituzionale, soprattutto *ex art. 11 Cost.*, e il regime racchiuso dalla Corte di giustizia nel c.d. principio del primato del diritto dell'UE.

Tale schema, peraltro, è destinato a complicarsi in maniera esponenziale. Non di rado, infatti, i singoli regimi in esame hanno carattere complesso, essendo composti da norme del rispettivo ordinamento e da norme di altri sistemi, che il primo fa valere a qualche titolo per le proprie esigenze di collegamento a ordinamenti terzi. Ad esempio, il citato regime di correlazione tra l'ordinamento italiano e quello dell'UE è integrato, su entrambi i versanti, in forme ancora bisognose di assestamento, dalle norme della CEDU relative ai singoli diritti fondamentali⁷³.

In quest'ottica, anche il fenomeno denominato "*dialogo tra le Corti*"⁷⁴ rivela un significato in qualche misura nuovo. Nel caso in cui a dialogare siano le Corti Supreme di sistemi che ambiscono a coordinarsi l'uno all'altro, su questioni a tal fine determinanti, non si tratta soltanto di apprezzabili aperture a punti di vista in parte diversi dai propri. Si tratta, piuttosto, della ricerca, nella forma certamente inedita di una "cooperazione ermeneutica", di un indirizzo operativo non tanto comune, quanto *condiviso*, senza il quale non si darebbe autentico coordinamento intersistemico.

Proprio l'evoluzione dei regimi di correlazione tra il sistema italiano e quello eurounitario (prima del Trattato di Maastricht del 1992: comunitario) offre numerosi spunti di riflessione al riguardo e getta un ponte ideale tra la prima e la seconda parte della indagine⁷⁵. A riprova di quanto detto in precedenza circa la centralità del *fattore giudiziario* nella definizione dei regimi in esame, due dati meritano di essere sottolineati. Innanzitutto, la suddetta evoluzione è avvenuta pressoché interamente nella forma di un ripetuto "botta e risposta" tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia, nel corso del quale la prima si è via via adeguata alle indicazioni che le provenivano dalla seconda, pur indicando, al contempo, il confine che non sarebbe stata comunque disposta a oltrepassare. Inoltre e soprattutto, l'opera di al-

XVI - *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, 2011, § 4; A RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, su www.astrid-on-line.it, p. 5.

⁷³ Per una precisa classificazione di queste interazioni, corredata da interessanti esemplificazioni, cfr. C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, spec. pp. 55-64 (dove, dal punto di vista costituzionale nazionale, si configurano: giudizi di legittimità comunitaria delle norme nazionali, di legittimità costituzionale delle norme comunitarie, di legittimità convenzionale delle norme comunitarie).

⁷⁴ Sul punto, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; in sintesi, ID., *Il dialogo transnazionale fra le Corti*, Napoli, 2010.

⁷⁵ Su tale evoluzione, con riguardo sia al versante comunitario, sia a quello italiano, v. anche la dettagliata ricostruzione di G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie*, cit., risp. pp. 85-156 e 157-263.

lineamento della Consulta si è fondata su una disposizione, l'art. 11, II parte, Cost.⁷⁶, da un lato, caratterizzata da una formulazione assai vaga (come quella di ogni altra norma di principio), e dunque suscettibile di essere interpretata in modi alternativi (es.: autorizzazione *una tantum* al legislatore italiano a emanare norme limitative di aspetti *puntuali* della sovranità nazionale, pur sempre oggetto di copertura costituzionale); dall'altro, introdotta per dare allo slancio sovranazionale della nascente Repubblica italiana un respiro davvero universale, anziché soltanto regionale, in particolare europeo⁷⁷.

Più precisamente, nel caso di conflitto tra norme nazionali e norme comunitarie direttamente efficaci, la prevalenza di queste ultime è stata per lungo tempo subordinata dal nostro Giudice delle leggi al verificarsi di precise condizioni *positive*, non richieste dalla Corte di Giustizia. Dapprima, alla condizione che le norme comunitarie fossero successive a quelle nazionali⁷⁸; poi, a prescindere da ciò, alla condizione che fosse dichiarata l'incostituzionalità delle norme interne con esse contrastanti⁷⁹. Solo alla fine la Consulta ha accolto un regime di correlazione sostanzialmente corrispondente a quello stabilito dalla Corte di Giustizia: in caso di contrasto, il giudice nazionale deve applicare le norme comunitarie e non applicare quelle nazionali, senza doverne considerare gli aspetti cronologici e senza dover sollevare questione di costituzionalità⁸⁰; tale regime, però, vale solo fino a un certo

⁷⁶ “[L’Italia] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”.

⁷⁷ Sul punto, cfr. la sintetica e precisa ricognizione dei lavori dell’Assemblea costituente fatta da M. CARTABIA-L. CHIEFFI, *sub* art. 4, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I (artt. 1-54), a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, p. 266 s., la quale si conclude con le significative parole del suo Presidente, Camillo Ruini: “possiamo fermarci al testo proposto dalla commissione, che, mentre non esclude la formazione di più stretti rapporti nell’ambito europeo, non ne fa un limite ed apre tutte le vie ad organizzare la pace e la giustizia tra tutti i popoli”.

⁷⁸ Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14 (caso Costa-Enel): “[...] nessun dubbio che il trattato spieghi l’efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione. Ma poiché deve rimanere saldo l’impero delle leggi posteriori a quest’ultima, secondo i principi della successione di leggi nel tempo, ne consegue che ogni ipotesi di conflitto tra l’una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità” (verso la fine del punto 6. del “Considerato in diritto” – d’ora in poi: CID).

⁷⁹ Corte cost., 30 ottobre 1975, n. 232 (caso Industrie chimiche Italia centrale): “Per quanto concerne le norme interne successive, emanate con legge o con atti aventi forza di legge ordinaria, questa Corte[, così come le S.U. civili rimettenti,] ritiene che il vigente ordinamento non conferisca al giudice italiano il potere di disapplicarle, nel presupposto di una generale prevalenza del diritto comunitario sul diritto dello Stato. [In particolare,] il trasferimento agli organi della Comunità del potere di emanare norme giuridiche, sulla base d’un preciso criterio di ripartizione delle competenze per determinate materie, [...] fa sorgere [soltanto] il [...] problema della legittimità costituzionale dei singoli atti legislativi” (punto 6, cpv. 2 del CID).

⁸⁰ Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170 (caso Granital): “Il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L’effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell’accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale

punto, ossia alla condizione *negativa* che il diritto comunitario non violi “i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana” (c.d. *controlimiti*⁸¹), poiché, altrimenti, “sarebbe [comunque] assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”⁸².

Ebbene, è soprattutto grazie alla fermezza e nettezza della riserva in materia di controlimiti, peraltro fatta valere finora solo in ipotesi dalla Corte costituzionale, e mai apertamente contestata dalla Corte di Giustizia⁸³, che l'esaminato regime di coordinamento intersistemico ha raggiunto col tempo un certo equilibrio, quanto meno virtuale.

3. Il caso *Melloni*

Uno dei principali motivi di interesse, se non il principale, della sentenza *Melloni* può cogliersi a partire dall'*explicit* del precedente paragrafo. Allo stato, infatti,

norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale e ad opera delle sue fonti” (a metà del punto 5 del CID).

⁸¹ Sul tema dei controlimiti, in generale, cfr. A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. del dir.*, *Annali*, VI, 2011, pp. 359-361, 402-404. La dottrina dei controlimiti è stata fatta valere dalla Consulta anche nei rapporti con l'ordinamento della CEDU, ma in modo non perfettamente coincidente con quello emerso nei rapporti col diritto dell'UE. A seguito delle storiche “sentenze-gemelle” del 2007, che hanno configurato le norme della CEDU come parametri di rango subcostituzionale, in quanto interposti tra la legislazione ordinaria e la norma costituzionale sugli obblighi internazionali dello Stato che il legislatore deve rispettare (art. 117 co.1 Cost.), le norme convenzionali devono rispettare quelle costituzionali in genere: cfr. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 (punto 4.7. del CID) e Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349 (punto 6.2. del CID). Su questi problemi, cfr. le acute riflessioni di O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello della interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, fasc. 1, 2013, su www.penalecontemporaneo.it, spec. pp. 159-164, e di V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., pp. 151-155, cui si rimanda anche per ulteriori riferimenti casistici e integrazioni giurisprudenziali.

⁸² Così, per la prima volta, Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183 (caso Frontini), verso la fine del punto 9 del CID. Tale presa di posizione è stata confermata dalla giurisprudenza successiva del Giudice delle leggi: Corte cost. n. 170/1984, cit. (caso Granital), punto 7 del CID; Corte cost., 31 marzo 1994, n. 117 (caso Zerini), punto 2 del CID.

⁸³ Al riguardo, non può condividersi l'affermazione contenuta nell'articolo, peraltro molto chiaro e istruttivo, C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo*, cit., p. 15, secondo cui la teoria dei controlimiti “non è (di fatto) mai stata condivisa dalla Corte di Giustizia”. Ciò in quanto, la Corte di Giustizia, in genere (e in particolare nelle sentenze citate a p. 9, nt. 24 di quell'articolo), ha affermato, sì, il primato del diritto comunitario (anche) sulle norme costituzionali nazionali, ma solo in linea di principio, senza cioè specificare apertamente se ciò valga altresì qualora queste ultime racchiudano i valori capitali del relativo ordinamento. Anzi, nello stesso articolo in esame, si citano due sentenze della Corte di Giustizia che, applicando, sia pure a titolo ausiliario, l'art. 4, par. 2, TUE (“considerato codificazione a livello pattizio della teoria dei controlimiti”), giustificano la prevalenza della normativa nazionale su quella eurounitaria (p. 15, nt. 45).

non si può prevedere se l'assolutezza delle sue affermazioni circa il primato del diritto dell'UE verrà confermata in futuro dalla Corte di giustizia, e se comporterà una reazione della nostra Corte costituzionale (e/o di altri Stati membri), in nome della dottrina dei controlimiti. Né si è in condizione di presagire con precisione quali conseguenze ne potrebbero derivare per la tenuta dell'equilibrio raggiunto dai rispettivi regimi di correlazione⁸⁴.

3.1. *Le questioni poste dal Tribunal Constitucional e le risposte date dalla Corte di Giustizia*

Le difficoltà di previsione appena segnalate dipendono da varie ragioni, che esporrò in seguito, dopo aver analizzato l'antefatto della sentenza in commento, nonché le sue motivazioni.

3.1.1. La vicenda Melloni può essere riassunta come segue. Nel 1996, i giudici dell'*Audiencia Nacional* di Madrid concedono l'estradizione in Italia di Stefano Melloni, in base a due mandati di arresto del Tribunale di Ferrara, dinanzi al quale era in corso un procedimento a suo carico per bancarotta fraudolenta; quasi subito Melloni, libero su cauzione, si rende latitante. Nel 1997, lo stesso Tribunale (a causa della irreperibilità dell'imputato⁸⁵) dispone che le notifiche gli siano fatte presso i difensori di fiducia. Nel 2000, Melloni viene condannato in contumacia a 10 anni di reclusione, con sentenza confermata in appello e in Cassazione. Nel 2004, il Procuratore generale presso la Corte di appello di Bologna emette a suo carico mandato di arresto europeo (MAE) per l'esecuzione della condanna. Melloni viene arrestato nel 2008 dalle autorità spagnole sulla base di tale MAE, alla cui esecuzione immediata, però, si oppone; egli chiede, in particolare, che la Spagna, in conformità alla propria giurisprudenza costituzionale, pretenda dall'Italia, come condizione per l'esecuzione del MAE, che questa gli assicuri la possibilità di impugnare la condanna definitiva subita in contumacia, sebbene tale possibilità non sia prevista incondizionatamente dal nostro codice di rito penale (art. 175, comma 2, c.p.p., nella versione vigente all'epoca). Nello stesso anno, l'*Audiencia Nacional* dà invece corso al MAE e autorizza la consegna di Melloni all'Italia; questi, dal canto suo, propone ricorso di costituzionalità ("*recurso de amparo*") contro la relativa ordinanza, facendo valere nuovamente l'argomento già avanzato in sede di opposizione

⁸⁴ Una panoramica delle interazioni tra sistema italiano ed europeo (UE e CEDU), particolarmente utile come introduzione per il penalista, anche perché corredata da numerosi riferimenti giurisprudenziali, è offerta da F. VIGANÒ-O. MAZZA, *Europa e diritto penale*, num. spec. di *Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 4-50.

⁸⁵ Tale causa (rilevante ai sensi dell'art. 159 del nostro c.p.p.) è solo presumibile, data l'assenza di indicazioni sul punto nella sentenza in commento.

all'esecuzione del MAE. Infine, nel 2011, il *Tribunal Constitucional* (TC) adito emette ordinanza di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla CGUE, ponendo tre questioni, che, secondo lo schema di tale norma, possono qualificarsi così: la prima, di interpretazione; la seconda, di validità; la terza, di incerto inquadramento⁸⁶.

Per facilitare la comprensione delle ragioni effettive del rinvio, tali questioni saranno presentate in una formulazione un po' più articolata di quella ricavabile dal testo della sentenza Melloni. Ebbene, i giudici di Madrid hanno chiesto alla CGUE, in un ordine di rigorosa concatenazione logica:

A) se l'art. 4-*bis*, par. 1, della Decisione Quadro (DQ) 2002/584/GAI (d'ora in poi: "art. 4-*bis*, par. 1")⁸⁷, introdotto dalla DQ 2009/299/GAI (in sostituzione del previgente art. 5⁸⁸), e posto a disciplina dell'esecuzione di MAE emessi sulla base di "Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente" (così la sua rubrica), stabilisca un regime divergente da quel-

⁸⁶ In senso analogo, cfr. D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 3, che, infatti, non prende esplicitamente posizione sulla natura della terza questione.

Nella fase di composizione delle bozze del presente articolo, il *Tribunal Constitucional* ha definito con sentenza il *recurso de amparo* di Melloni: cfr. TC, 13 febbraio 2014, su www.penalecon-temporaneo.it, con nota di F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, ivi, 9 marzo 2014. In sintesi, come illustrato in questo perspicuo resoconto, il TC adotta una soluzione di compromesso: esordisce ribadendo in linea di principio l'invalidità dei controlimiti nazionali, ma conclude ridimensionando la propria precedente concezione del diritto a un processo equo. Ora, infatti, essa ritiene che l'effettiva presenza in giudizio dell'imputato sia imposta dalla Costituzione spagnola solo per l'ambito della giurisdizione nazionale, e che per l'ambito delle giurisdizioni straniere valga, invece, lo standard meno rigoroso chiarito dalla sentenza Melloni. Tutto ciò con la conseguenza ultima del rigetto del *recurso de amparo* presentato da quest'ultimo.

⁸⁷ Secondo il quale, per quanto qui interessa direttamente (tenendo conto delle indicazioni della sentenza in commento, là dove afferma "Il giudice del rinvio osserva che [...] è pacifico che il sig. Melloni aveva dato mandato a due avvocati di sua fiducia, ai quali il Tribunale di Ferrara ha notificato la futura celebrazione del processo, cosicché egli ne aveva conoscenza. È altresì assodato, secondo lo stesso giudice che il sig. Melloni è stato effettivamente difeso da tali due avvocati, durante il processo di primo grado e nei successivi ricorsi in appello e in cassazione": cfr. punto 23 – corsivi miei), "L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può altresì rifiutare di eseguire il mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione, salvo che il mandato d'arresto europeo indichi che l'interessato, conformemente agli ulteriori requisiti processuali definiti nel diritto interno dello Stato membro emittente:[...] b) essendo al corrente della data fissata, aveva conferito un mandato ad un difensore, nominato dall'interessato o dallo Stato, per patrocinarlo in giudizio, ed è stato in effetti patrocinato in giudizio da tale difensore".

⁸⁸ In questa sede non è consentito affrontare la questione se l'applicazione dell'art. 4-*bis*, par. 1 (anziché dell'art. 5 cit.) nel caso Melloni fosse giustificata *ratione temporis*. La questione, ad ogni modo, è stata risolta positivamente dalla sentenza in commento: cfr. punti 25 e 27-34. Al riguardo, cfr. anche i precisi rilievi di G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali*, cit., pp. 7-9.

lo invalso nell'ordinamento spagnolo⁸⁹. In termini più espliciti: se l'art. 4-*bis*, par. 1 escluda la potestà dello Stato destinatario di un MAE di subordinarne l'esecuzione alla condizione che lo Stato richiedente assicuri al condannato *in absentia* la possibilità di chiedere un riesame della condanna subita. Il condizionamento, infatti, sebbene non previsto esplicitamente dalla legge spagnola di esecuzione della citata DQ 2002/584/GAI, la legge n. 3/2003, è stato successivamente preteso dal TC in una serie di decisioni, le quali hanno esteso al MAE il regime già previsto per l'analogo istituto della estradizione. Tale estensione è stata dettata dall'idea che solo la possibilità di riesame concessa al condannato *in absentia* impedisca la violazione, sia pure "indiretta", del suo diritto a un processo equo, garantito dall'art. 24 Cost. spagn.; ciò in quanto la partecipazione diretta dell'imputato alla fase dibattimentale corrisponde al contenuto *minimo, inderogabile e assoluto*, di tale diritto⁹⁰. È qui che emerge il *sensu* autentico della prima questione posta: l'art. 4-*bis*, par. 1 è suscettibile di essere *interpretato* in una certa maniera, che comporta la negazione del contenuto essenziale del diritto fondamentale a un processo equo nell'ordinamento spagnolo?

B) se, anche ammettendo la correttezza della interpretazione dell'art. 4-*bis*, par. 1 paventata dal TC, essa individui una norma contrastante con quelle dell'art. 47 e dell'art. 48, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE) (d'ora in poi: "art. 47" e "art. 48"), posti a tutela, rispettivamente, del diritto a un processo equo e del diritto di difesa⁹¹. Sotto questo profilo, infatti, va considerato che, *ex art.* 6, par. 1, del Trattato sull'Unione Europea (TUE), la "Carta [...] ha lo stesso valore giuridico dei trattati", cioè rilievo capitale. Alla luce di ciò, nonché di quanto osservato alla fine della lettera precedente, è chiaro il *reale obiettivo* che il TC si pone nel formulare la presente questione, di *validità*. In sostanza, anche ammesso che l'art. 4-*bis*, par. 1 sia astrattamente interpretabile nel predetto modo, lesivo del nucleo che la Costituzione spagnola assegna al diritto a un processo equo, è possibile evitare in concreto tale lesione, negando la validità della norma così ricavata, per-

⁸⁹ Questo modo di formulare la questione non è stato tenuto presente da buona parte dei commentatori della sentenza Melloni, con la considerevole eccezione di D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali*, p. 3 nt. 7: "Il giudice spagnolo, indirettamente, solleva dubbi sulla compatibilità della legge interna di attuazione con la decisione quadro, secondo l'invalso uso alternativo del rinvio pregiudiziale".

⁹⁰ Rispettivamente: TC, 5 giugno 2006, n. 177, e TC, 28 settembre 2009, n. 199; TC, ord. 9 giugno 2011, n. 86 (tutte reperibili sul sito ufficiale del TC, attraverso il motore di ricerca disponibile all'indirizzo: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es>). La parte preliminare della sentenza Melloni richiama la seconda e la terza pronuncia, mentre tutte e tre sono puntualmente analizzate (insieme ad altre pertinenti), nel quadro più ampio dell'ordinamento spagnolo, da M. IACOMETTI, *Il caso Melloni*, cit., pp. 8-13.

⁹¹ Secondo i quali, rispettivamente, "Ogni persona [i cui diritti e le cui libertà garantiti dall'ordinamento dell'Unione siano stati violati] ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente [...]" e "Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato".

ché contrastante con altre norme dell'ordinamento dell'UE, di rango superiore, anzi supremo?

C) se, anche ammettendo la correttezza dell'interpretazione dell'art. 4-*bis*, par. 1 paventata dal TC, nonché la sua compatibilità con gli artt. 47 e 48, par. 2, il conseguente regime di esecuzione del MAE non sia neutralizzabile a favore di quello costituzionale spagnolo, collegando gli stessi artt. 47 e 48, par. 2 all'art. 53 CDFUE⁹² (d'ora in poi: "art. 53"). Il modo scarno e in parte ellittico in cui la questione viene presentata nella sentenza Melloni⁹³ non consente di riformularla, e dunque di inquadrarla, in termini più netti di quelli appena proposti. In effetti, il ragionamento che conduce alla questione e, prima ancora, la sua formulazione letterale⁹⁴, la fa apparire come una questione di interpretazione relativa all'art. 53. Provo a sviluppare il ragionamento sottostante. Come visto *sub B*), non può escludersi che la corretta interpretazione degli artt. 4-*bis*, da un lato, e 47 e 48, par. 2, dall'altro lato, sia nel senso che il primo vieta allo Stato che riceve un MAE, per una condanna *in absentia*, di condizionarne l'esecuzione alla promessa di celebrazione di un nuovo processo, mentre gli altri due legittimano una disciplina siffatta. D'altro canto, come visto *sub A*), tale disciplina confligge col contenuto minimo che la Carta fondamentale spagnola assegna al diritto a un processo equo (art. 24). Dunque, seguendo questa linea ermeneutica, tra gli artt. 47 e 48, par. 2, da un lato, e l'art. 24, dall'altro, si profilerebbe un contrasto. Ma ciò non sarebbe tollerabile se si ritenesse che l'art. 53 stabilisca che le altre norme della Carta debbano essere interpretate in modo da assicurare sempre il rispetto, tra l'altro, dei diritti fondamentali previsti dalle Costituzioni degli Stati membri. Cioè se si ritenesse che l'art. 53 fissi un particolare dovere di esegesi adeguatrice: il dovere di interpretare la Carta in maniera orientata alle norme costituzionali nazionali relative a quei diritti. Ecco perché si impone l'individuazione dell'effettivo significato dell'art. 53. Ed ecco perché, in definitiva, il TC, prima, e la CGUE sulla sua scia, poi, mostrano di considerare la questione in esame come una tipica questione di interpretazione nel senso dell'art. 267 TFUE. Ciò non toglie che, per tale via, il TC persegua uno *scopo ultimo* ben

⁹² Secondo il quale "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione Europea, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri".

⁹³ Ecco gli estremi essenziali della relativa formulazione: "[...] se l'articolo 53 della Carta, interpretato sistematicamente in relazione ai diritti riconosciuti dagli artt. 47 e 48 della stessa, consenta ad uno Stato membro di subordinare [...], al fine di evitare un'interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di tale Stato membro" (punto 26 – corsivi miei).

⁹⁴ Cfr. la parola "interpretato" usata nel punto 26 della sentenza Melloni, la quale trova pedissequo riscontro nella parte del dispositivo che dà risposta alla questione ("3) [...] interpretato [...]").

preciso: superare l'ostacolo che l'interpretazione dell'art. 4-*bis*, par. 1 da esso paventata frappone al soddisfacimento del contenuto minimo assegnato dalla Costituzione iberica al diritto a un processo equo⁹⁵.

3.1.2. Le *risposte* date dalla CGUE alle tre questioni illustrate sono tanto nette quanto concise, e muovono da una rapida ricognizione del sistema introdotto dalla citata DQ 2002/584/GAI, quale risulta determinato dalla funzione assegnata all'istituto ivi disciplinato⁹⁶. In questo senso, si sottolinea come l'introduzione del MAE, fondata sul "principio del riconoscimento reciproco" e della fiducia che gli Stati membri dell'UE ripongono l'uno nell'altro, miri a creare uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" comune, mediante il superamento del tradizionale sistema dell'estradiizione, con tutte le sue complicazioni *politico-burocratiche*⁹⁷. In sostanza, in base al nuovo sistema, l'autorità *giudiziaria* che procede penalmente contro una persona può farla arrestare anche se si trova sul territorio di un altro Stato membro, semplicemente presentando una richiesta in tal senso (il MAE) all'autorità nazionale omologa. Il MAE, infatti, deve essere eseguito per il sol fatto di contenere certe indicazioni di garanzia (artt. 1, par. 2, 8)⁹⁸. In questo quadro si colloca anche l'art. 4-*bis*, par. 1, l'oggetto della prima questione posta dal TC alla CGUE, che essa risolve, unitamente alle altre due, come segue:

A) l'art. 4-*bis*, par. 1 va interpretato nel modo paventato dal TC, ossia nel senso che non consente allo Stato destinatario di un MAE, per una condanna *in absentia*, di subordinarne l'esecuzione all'assicurazione, da parte dello Stato richiedente, di un riesame della sentenza su istanza del condannato. Tale conclusione viene basata su tre argomenti interpretativi eterogenei.

Innanzitutto, su un argomento *letterale*: la disposizione, dopo aver stabilito, in via eccezionale, la facoltà di "rifiutare" l'esecuzione del MAE nel caso in cui esso si basi su una condanna *in absentia*, esclude tale facoltà – così ripristinando il re-

⁹⁵ Sotto quest'ultimo profilo, la terza questione avrebbe forse dovuto essere concepita e formulata in termini più complessi, tali da coinvolgere, di nuovo, *anche* la *validità* dell'art. 4-*bis*, par. 1, questa volta per contrasto con gli artt. 47 e 48, par. 2, interpretati nel modo appena indicato. Anzi, a ben vedere, dell'opportunità di questa versione alternativa vi sono tracce nella stessa formulazione effettivamente prescelta dal TC, là dove valorizza il collegamento sistematico tra l'art. 53 e gli artt. 47 e 48, par. 2 (collegamento infine trascurato dalla Corte: cfr. *infra*, sub 3.2.2.). Ad ogni modo, ai fini di un esame fedele della pronuncia in commento, la presente questione verrà considerata nelle vesti dichiarate di una questione ermeneutica.

⁹⁶ Cfr. punti 35-38.

⁹⁷ Sul quale, v. la densa panoramica di G. LATTANZI, *Il mandato di arresto europeo nell'ordinamento italiano (Intervento all'incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, 16 novembre 2012)*, spec. pp. 1-5, su www.cortecostituzionale.it.

⁹⁸ Sulla figura della c.d. "eurordinanza", fondata sul "principio del mutuo riconoscimento", v. G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali*, cit., p. 13.

gime generale – in quattro ipotesi, una delle quali abbraccia proprio il caso Melloni (conoscenza della data del processo, da parte dell'imputato, e nomina di un difensore, che interviene in giudizio). In definitiva, secondo la Corte, l'art. 4-*bis*, par. 1 è univocamente formulato nel senso che, se non vale la regola generale dell'obbligo di eseguire il MAE, vale l'eccezione della sua prima parte, e allora c'è spazio soltanto per un rifiuto secco. *Tertium non datur*: in particolare non si dà la facoltà di sottoporre a "condizioni" l'esecuzione del mandato.

In secondo luogo, la conclusione della Corte si basa su un argomento "sistematico": l'art. 4-*bis*, par. 1 non può essere interpretato nel senso di prevedere la facoltà di condizionamento appena indicata, in quanto tale facoltà era stabilita proprio dalla disposizione da esso sostituita in base alla DQ 2009/299 (art. 5)⁹⁹.

Infine e correlativamente a ciò, la CGUE adduce un argomento *teleologico*: dai "considerando" 2-4 e dall'art. 1 DQ appena citata, emerge che tale riforma persegue uno scopo di armonizzazione che verrebbe frustrato proprio dalla interpretazione scartata dalla Corte, cioè mira a evitare che la decisione di dare corso a un MAE possa dipendere dalle eterogenee e mutevoli normative nazionali in materia¹⁰⁰.

B) D'altro canto, l'art. 4-*bis*, par. 1, interpretato nel modo paventato dal TC, non contrasta con gli artt. 47 e 48, par. 2, dunque non è affetto da invalidità. Al riguardo, il ragionamento della Corte è particolarmente stringato. Dopo aver ricordato un proprio precedente, che afferma, in generale, il carattere rinunciabile del diritto dell'imputato a comparire personalmente in giudizio (quale elemento essenziale del diritto a un processo equo)¹⁰¹, essa osserva che tale carattere giustifica, in particolare, la disciplina delle prime due ipotesi di divieto di rifiuto della seconda parte dell'art. 4-*bis*, par. 1, ivi compresa quella relativa al caso Melloni. In altre parole, escludere la facoltà di rifiuto in tali ipotesi, nelle quali si assume che l'imputato abbia avuto conoscenza del processo e la sua contumacia sia frutto di una libera scelta, è pienamente congruente col carattere disponibile del diritto suddetto. Tale assetto, d'altro canto, trova riscontro anche nella giurisprudenza della Corte EDU relativa al diritto a un processo equo (art. 6, par. 1 e 3)¹⁰², e si tratta di un riscontro importante, dato il tacito presupposto che, *ex* art. 52, comma 3, CDFUE, il livello di protezione dei diritti che la Carta prevede in comune con la CEDU non possa essere nel primo ambito inferiore a quello valevole nel secondo¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. punto 41 s.

¹⁰⁰ Cfr. punto 43.

¹⁰¹ CGUE, 6 settembre 2012, C-619/10 (caso Trade Agency).

¹⁰² Corte EDU, 14 giugno 2001, *Medenica c. Svizzera*, ric. n. 20491/92; Corte EDU, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, ric. n. 56581/00; Corte EDU, 24 aprile 2012, *Haralampiev c. Bulgaria*, ric. n. 29648/03.

¹⁰³ Art. 52, comma 3, CDFUE: "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzio-

C) Infine, l'art. 53 non può essere inteso in modo da neutralizzare l'interpretazione dell'art. 4-*bis*, par. 1 paventata dal TC, e dunque da far riespandere il regime costituzionale spagnolo di esecuzione del MAE, compreso dalla risposta data alla questione *sub A*). La presente conclusione investe direttamente la dottrina dei controlimiti e, pertanto, merita la massima attenzione. Anche qui l'argomentazione della Corte finisce per risultare netta, quantunque meno ordinata di quelle relative ai punti precedenti, nonché, per certi versi, non del tutto congruente con la questione posta. Rimandando al punto 3.2.2. per la critica di quest'ultimo aspetto, quanto ai primi due, il ragionamento della sentenza può essere ricostruito come segue¹⁰⁴. Tutto deve ruotare attorno al principio del *primato del diritto dell'UE*, il quale, costituendo una "caratteristica essenziale"¹⁰⁵ dell'ordinamento eurounitario, ha carattere non solo fondamentale, ma altresì *assoluto*. Esso, pertanto, vale anche qualora comporti una violazione delle norme costituzionali nazionali, così come affermato più di una volta dalla Corte¹⁰⁶. In questa prospettiva va letto pure l'art. 53: è vero che esso "conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, è consentito alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali"; ma ciò vale solo "a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"¹⁰⁷. Ora, il primato del diritto dell'Unione è proprio ciò che verrebbe messo in crisi se si permettesse a ciascuno Stato di applicare il proprio regime del MAE in deroga alla norma dell'art. 4-*bis*, par. 1 (come sopra individuata). Già si è detto, infatti, che lo scopo della citata DQ 2009/299 è proprio di fissare un'unica disciplina della materia a livello europeo. Ecco perché, in ultima analisi, l'art. 53 non consente di far valere il diverso regime del MAE invalso nella giurisprudenza costituzionale spagnola¹⁰⁸.

ne. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

¹⁰⁴ Cfr. punti 55-64.

¹⁰⁵ Cfr. punto 59.

¹⁰⁶ CGCE, 17 dicembre 1970, C-11/70 (caso *Internationale Handelsgesellschaft*): "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 nella sua efficacia nel territorio dello stesso Stato", punto 3 del "In diritto"; nello stesso senso, cfr. CGUE, 8 settembre 2010, C-409/06 (caso *Winner Wetten*), punto 61.

¹⁰⁷ Cfr. punto 60.

¹⁰⁸ Va rilevato che, così facendo, la Corte non dà indicazioni sul significato generale dell'art. 53. Alla luce della ben più articolata ricostruzione contenuta nelle "Conclusioni" dell'Avv. Gen. presso la Corte Yves Bot (reperibili all'indirizzo: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C->

3.2. Temi di teoria dell'interpretazione e di teoria dei rapporti tra gli ordinamenti

Dopo aver illustrato le questioni poste nel caso Melloni, e le risposte fornite dalla Corte, è giunto il momento di riflettere su queste ultime. Per esigenze di chiarezza, tali riflessioni saranno ripartite in due punti, relativi, rispettivamente, a temi di teoria dell'interpretazione e a temi di teoria dei rapporti tra gli ordinamenti.

3.2.1. I profili della sentenza Melloni maggiormente interessanti dal punto di vista della *teoria dell'interpretazione* si incontrano nell'esame della prima e della terza questione principale. Si è visto che, nel trattare la prima questione, la Corte fa uso di tre argomenti interpretativi, appartenenti ad altrettanti tipi: letterale, sistematico e teleologico. L'impressione che se ne ricava, in generale, è che l'apparato metodologico-ermeneutico impiegato sia davvero rudimentale. Ciò non sorprende più di tanto, poiché si tratta di un fenomeno comune nella giurisprudenza, raramente attenta alla struttura (*lato sensu*) logica degli argomenti interpretativi e alla costituzione tipica dei loro rispettivi elementi¹⁰⁹.

La suddetta impressione trova conferma, innanzitutto, nell'uso che la Corte fa dell'argomento *letterale*, affetto da alcuni vizi comuni e insidiosi, che si annidano tra le pieghe della giustificazione, e richiedono, pertanto, un notevole sforzo ricostruttivo, nonché un'attenzione costante alla formulazione del relativo discorso¹¹⁰.

399/11#), spec. punti 88-127 (dove si dà analiticamente conto delle tre interpretazioni alternative proposte dal TC), può forse sostenersi che la Corte ritiene che gli standard costituzionali nazionali, *ex art. 53*, solo nei campi di interesse puramente statale (cfr. la locuzione, ivi contenuta, "nel rispettivo ambito di applicazione").

¹⁰⁸ Cfr. punto 52.

¹⁰⁹ Assai istruttive, al riguardo, le analisi di D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Torino, 2013, pp. 316-349, spec. 340-347, e di P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, pp. 11-47; molto utile anche la sintesi che si trova in R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, spec. pp. 139-141 (sulla struttura delle tecniche interpretative), e in ID., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, spec. pp. 257-262 (sulla distinzione, ormai recepita anche in giurisprudenza, tra "giustificazione interna" e "giustificazione esterna" della decisione del giudice).

¹¹⁰ Cfr. punto 40, che esaurisce integralmente la "interpretazione letterale" della Corte: "Dal tenore letterale dell'art. 4-bis, paragrafo 1, [...] risulta che tale disposizione prevede un motivo facoltativo di non esecuzione di un mandato d'arresto europeo [...] per il caso in cui l'interessato non sia comparso personalmente al processo conclusosi con la sentenza di condanna. Tale facoltà è tuttavia accompagnata da quattro eccezioni, che privano l'autorità giudiziaria dell'esecuzione della possibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo in questione. Ne risulta che tale art. 4-bis, paragrafo 1, impedisce all'autorità giudiziaria dell'esecuzione, in questi quattro casi, di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla possibilità di una revisione, da effettuarsi alla sua presenza, della sentenza di condanna".

A rigore, per risolvere una questione interpretativa in via letterale, bisognerebbe: aver presente, almeno approssimativamente, cos'è, come si configura e come opera un significato, in particolare lessicale e frasale; formulare su questa base una direttiva ermeneutica conveniente; applicarla in modo coerente nell'esegesi della disposizione interpretata. Ben poco di tutto ciò si incontra di solito nelle motivazioni giudiziali che dichiarano di ricorrere al criterio letterale. E a tale carenza non sfugge il frettoloso punto della sentenza Melloni che pure dichiara di farne uso. Esso, infatti, sembra operare due salti logici¹¹¹, là dove passa dalla proposizione¹¹²: “Il testo dell'art. 4-bis, par. 1, II parte, non consente il rifiuto di esecuzione di un MAE nei quattro casi ivi indicati”, alla proposizione: “Il condizionamento di esecuzione di un MAE, in quei quattro casi, rileva per il significato letterale dell'art. 4-bis, par. 1, II parte (e dunque non è consentito)”. Il primo salto logico emerge chiedendosi: com'è possibile passare dall'una all'altra proposizione, se non si è previamente chiarito cosa significa, in particolare, “rifiuto di esecuzione”? D'altro canto, data la stretta correlazione esistente tra intensione ed estensione normativa, questo primo salto logico ne comporta un altro, di tipo *estensivo*: per concludere che il rifiuto di esecuzione rileva per il significato letterale della disposizione citata, è necessario non solo stabilire *cosa* significa “rifiuto di esecuzione”, ma anche *perché* il condizionamento di esecuzione rientra nella portata del concetto così individuato. In termini più semplici: la Corte, mentre dichiara di interpretare letteralmente l'art. 4-bis, par. 1, sottintende, senza però fornire alcuna giustificazione, che la locuzione-chiave “rifiutare l'esecuzione (di un MAE)” abbia un certo significato letterale (salto logico intensivo), e che esso sia integrato proprio dal caso in giudizio (salto logico estensivo). Ossia, sottintende esattamente ciò che avrebbe dovuto spiegare

¹¹¹ Per la piena comprensione di questa critica, bisogna aver presente il semplice ma illuminante modello di struttura giustificativa proposto da Karl Engisch con la sua “tesi dell'avvicinamento” (tra testo di legge e caso giuridico). Tale modello – in sostanza – mostra che una decisione giudiziaria può ritenersi razionalmente fondata se le proposizioni addotte a suo sostegno sono – si noti – ricostruibili come gli anelli di una catena argomentativa, la quale, a partire dal testo della disposizione: dapprima, ne ricava l'*intensione* normativa, ossia le caratteristiche comuni ai fatti da essa disciplinati; poi, ne specifica l'*estensione* normativa, cioè una sottoclasse di casi che presentano quelle caratteristiche (“subordinazione”); inoltre, constatata, eventualmente, che il caso da decidere appartiene a questa sottoclasse, e dunque è in essa sussumibile; infine, in base a questa sussunzione, trae una regola giuridica puntuale, che collega al caso le conseguenze pratiche previste dalla disposizione di partenza. Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), ediz. it. a cura di A. Baratta, 1968, pp. 98-105, spec. 104 s. In questa sede non posso soffermarmi sul fatto che questa è soltanto una rappresentazione *idealtipica* della razionalità della giustificazione giuridica (di cui io stesso mi sono avvalso nel testo), la quale, per ciò stesso, non può ambire a cogliere l'*effettività* della *formazione* della relativa decisione: sul punto, cfr., volendo, V. OMAGGIO-G CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, spec. pp. 137-142, 160-169.

¹¹² Per “proposizione”, secondo la comune terminologia logica, intendo il contenuto di senso di un enunciato interpretato. Dunque le proposizioni sopra indicate non si ritroveranno nel testo della sentenza, ma sono il frutto della mia interpretazione di essa.

per compiere una autentica interpretazione letterale. Ecco perché riesce a concludere con tanta facilità e rapidità che, nei quattro casi indicati dalla norma, *non è permesso* (altresi) condizionare l'esecuzione di un MAE.

Si potrebbe obiettare che, tutto sommato, la mia critica sia troppo severa, data l'apparente ovvietà del significato letterale dell'art. 4-*bis*, par. 1. Sennonché, a parte il fatto che, se quest'ultimo rilievo fosse davvero fondato, lo stesso indugio della sentenza Melloni sul terreno letterale sarebbe ultroneo, il punto è che la questione non è affatto così semplice come indurrebbe a ritenere la modesta attenzione che riceve dalla Corte. Anzi, se si leggono le "Conclusioni" dell'Avvocato generale presso la Corte, Yves Bot, ben più articolate anche sul tema in esame, si arriva alla conclusione opposta. Bot riferisce, infatti, che il TC, nel porre la prima questione, cerca di accreditare la seguente opinione: "l'art. 4-*bis*, paragrafo 1, [...] potrebbe essere interpretato letteralmente nel senso che[, nelle quattro ipotesi ivi contemplate,] impedisce all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, ma non necessariamente di subordinarla a condizioni, quali la possibilità di un nuovo processo"¹¹³. Si faccia attenzione: "interpretato letteralmente", l'art. 4-*bis*, par. 1 *permetterebbe* il condizionamento dell'esecuzione di un MAE nei quattro casi ivi indicati – tesi, questa, esattamente contraria a quella infine sostenuta dalla Corte. Ciononostante, la Corte non prende affatto posizione su questa "interpretazione letterale".

Ma si tratta, poi, davvero, di una interpretazione letterale? Credo proprio di no. Certo, il presumibile punto di partenza della tesi è di natura semantica, consistendo nell'idea, anche qui sottintesa, che, secondo le comuni regole d'uso linguistico, "rifiutare l'esecuzione" significhi qualcosa di preciso, del tipo: "esprimere la volontà categorica di non dare corso alla richiesta di fare qualcosa". L'art. 4-*bis*, par. 1, II parte, starebbe dunque a significare letteralmente che, nei quattro casi ivi indicati, *non è permesso* esprimere proprio la suddetta volontà di *ripulsa*. Tuttavia, come si fa a passare da questa norma a quella, che sola consentirebbe di fondare le pretese del TC, secondo cui è *permesso* esprimere una diversa volontà, in particolare di *condizionare* l'esecuzione del MAE? Non certo sulla base di una interpretazione letterale della stessa disposizione, giacché qui si tratta di una trasformazione logica del suo contenuto. Peraltro, tale trasformazione neppure sarebbe giustificabile, come il TC potrebbe avere inconsapevolmente ritenuto, sulla base dell'argomento (si noti: non letterale) *a contrario* nella "variante costruttiva"¹¹⁴. Ciò in quanto la con-

¹¹³ Cfr. "Conclusioni", cit., punto 52.

¹¹⁴ Sull'argomento *a contrario*, cfr. l'articolata ricostruzione di D. CANALE-G. TUZET, *Struttura inferenziale e assunzioni ontologiche dell'argomento a contrario*, in *Ars Interpretandi*, XV - *Diritto, ragion pratica e argomentazione*, 2010, pp. 189-205; in termini più sintetici, v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., spec. pp. 289-292.

trarietà in base alla quale esso opera attiene, innanzitutto, al piano della fattispecie¹¹⁵, e non si esaurisce, come avviene qui, sul piano delle conseguenze.

A mio avviso, se si ammette, da un lato, che, nei quattro casi indicati dall'art. 4-*bis*, par. 1, II parte, vale *letteralmente* la norma per cui non è permesso il rifiuto di esecuzione nel senso di ripulsa *categorica*; dall'altro, che il *condizionamento* di esecuzione non rientra per definizione in tale portata letterale (condizionato è il contrario di categorico); bisogna concludere diversamente sia dal TC sia dalla CGUE: il significato letterale dell'art. 4-*bis*, par. 1, II parte, è neutro rispetto al condizionamento. Ossia: non lo permette e non lo vieta, cioè mostra una lacuna sul punto, da colmare, eventualmente, con norme ricavabili per altre vie ermeneutiche, magari nel solco dello stesso dell'art. 4-*bis*, par. 1.

Il secondo argomento usato dalla Corte per risolvere la prima questione principale è da essa qualificato “*sistematico*”. Si tratta dell'argomento secondo cui l'art. 4-*bis*, par. 1 non può essere interpretato nel modo auspicato dal TC, perché tale interpretazione corrisponde al contenuto della disposizione che lo stesso art. 4-*bis*, par. 1 ha sostituito nel 2009 (art. 5). La critica che vorrei svolgere al riguardo riguarda l'accezione che la Corte assegna implicitamente al termine “sistema”. In termini generici, per “sistema” si può intendere quel complesso di elementi collegati reciprocamente da un fattore organizzativo (ideale o materiale), il quale consente loro di produrre certi risultati che altrimenti non potrebbero essere prodotti. Come è stato messo in luce dagli studi più analitici e documentati sul tema¹¹⁶, in ambito giuridico questa nozione, che si specifica in tanti modi, corrispondenti ai particolari interessi teorici dei giuristi, sta alla base dei vari tipi di argomenti sistematici. Una tassonomia ricca e istruttiva li ripartisce in quattro classi: sistematico-testuali (es.: *sedes materiae* e costanza terminologica); sistematico-logici (es.: coerenza); sistematico-teleologici (es.: congruenza); sistematico-dogmatici (es.: costruzioni dogmatiche)¹¹⁷. Ciascun tipo di argomento valorizza un certo tipo di collegamento tra disposizioni, per ricavare una o più norme che altrimenti non potrebbero essere ricavate, o comunque per dotarle di un grado di fondatezza ermeneutica che altrimenti non avrebbero.

Ebbene, per quanto lata sia questa rappresentazione, essa non sembra in grado di ricomprendere il collegamento valorizzato nella sentenza Melloni tra l'4-*bis*, par.

¹¹⁵ Logisticamente: $[(F \leftarrow C) \rightarrow (\neg F \rightarrow \neg C)]$.

¹¹⁶ Mi riferisco agli studi di Vito VELLUZZI, in particolare al dettagliato e documentato lavoro monografico *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, spec. pp. 70-79, 123-168; in forma più concisa, o per questioni particolari, v. anche ID., *Le preleggi e l'interpretazione*, Pisa, 2013, pp. 46-53; ID., *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, 2013, pp. 33-63.

¹¹⁷ Cfr. ID., *Le preleggi e l'interpretazione*, cit., p. 52 s.; *amplius*, ID., *Interpretazione sistematica*, cit., pp. 73-78.

1 e il suo “predecessore”, l’art. 5. In tal caso, in realtà, la Corte non fa altro che valorizzare lo scopo del solo 4-*bis*, par. 1, ossia la minimizzazione degli ostacoli che le normative nazionali potrebbero frapporre alla pronta esecuzione dei MAE. Scopo, questo, la cui realizzazione verrebbe frustrata da pretese del tipo di quelle fondate sulla giurisprudenza del TC in materia. E che a tal fine il richiamo al previgente art. 5 sia puramente accidentale, se non addirittura fuorviante, lo mostra non solo l’autosufficienza normativa che l’art. 4-*bis*, par. 1 esibisce nella configurazione dell’argomento appena proposta, ma anche il rilievo dell’Avv. gen. Bot (che la Corte non approfondisce) secondo il quale lo Stato spagnolo non avrebbe potuto subordinare l’esecuzione del MAE neppure se fosse stato applicabile l’art. 5¹¹⁸. In definitiva, l’argomento in esame finisce per corrispondere al terzo argomento usato dalla Corte per risolvere la stessa prima questione, e dunque per rientrare nella classe degli argomenti teleologici *tout court*¹¹⁹.

3.2.2. Veniamo, infine, alla terza questione affrontata dalla sentenza Melloni, che è forse quella più interessante sotto il profilo scientifico e, soprattutto, rilevante sotto il profilo pratico. Prima di affrontarla, vorrei porre brevemente in evidenza un’ultima anomalia, che conferma ancora una volta la delicatezza degli aspetti tecnico-ermeneutici dell’attività giudiziaria. Se la Corte, in apertura, enuclea la questione attraverso il collegamento “sistematico” degli art. 47 e 48, par. 2 all’art. 53, la risposta che dà in seguito e alla fine – come si evince dalla parte propriamente giustificativa¹²⁰ e, soprattutto, dal dispositivo – tralascia le prime due disposizioni. Senonché, il riferimento esclusivo all’art. 53 fa svanire il senso autentico del problema (che ho cercato di ricostruire *sub* 3.1.1.C), ancorché ciò risulti irrilevante per la soluzione negativa data dalla Corte.

Ora, la particolare importanza della questione in esame trova riscontro nell’attenzione nettamente maggiore che ha suscitato nei commentatori della sentenza Melloni. E questo non a caso: la questione tocca direttamente quel “nervo scoperto” della giurisprudenza costituzionale nazionale che è la dottrina dei contro-limiti, illustrata *sub* 2.3.2. Pertanto, si comprende altresì come mai il relativo dibattito abbia finito col polarizzarsi¹²¹.

¹¹⁸ Cfr. “Conclusioni”, cit., punto 63.

¹¹⁹ Cfr. V. VELLUZZI, *Le preleggi e l’interpretazione*, cit., pp. 39-44; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, pp. 383-390, 411-425.

¹²⁰ Cfr. punti 55-64.

¹²¹ Le critiche, com’è intuibile, hanno investito la categoricità dell’affermazione del primato del diritto eurounitario: ad es., S. CIVELLO CONIGLIARO-S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 5 s.; A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia*, cit., § 1. Le difese, invece, hanno sottolineato soprattutto la stretta aderenza della decisione al caso in giudizio: ad es., C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo*, cit., p. 19; R. CONTI, *Da giudice (nazionale)*, cit., verso la fine (“i ‘confini’ della decisione [...]

In ragione delle riflessioni svolte *sub* 2., non prenderò partito a favore dell'uno o dell'altro schieramento, se non nella misura consentita dall'interesse prettamente speculativo che le ha alimentate. In particolare, non mi chiederò se la sbrigatività della affermazione del primato del diritto europolitano sia compatibile con la quantità e complessità delle disposizioni che esso stesso, a vario titolo, pone a disciplina dei propri rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri (cfr., ad es., oltre all'art. 53 cit.: artt. 1, comma 1 e 3, 3, comma 6, 4, comma 3, 5, 6, comma 3, 7, comma 3, TUE; 2, comma 1 e 2, 258-260, 267, comma 3, 288, comma 2, TFUE; 52, comma 4, CDFUE). Questo è un problema tipicamente *dogmatico*, la cui soluzione, per quanto plausibile, può ispirare, ma non *costituire* l'assetto effettivo dei rapporti tra quei sistemi.

Né, d'altro canto, cercherò di stabilire se il principio del primato del diritto europolitano, così come principi di segno diverso o contrario, riceva sostegno dalle discussioni tra monismo e pluralismo, oppure tra statalismo e internazionalismo. Queste sono discussioni, a seconda dei casi, *filosofiche* o *teoriche*, che, per quanto detto *sub* 2., non possono servire a giustificare conclusioni di diritto positivo. Ciononostante, la Consulta e la Corte di Giustizia, in passato, hanno seguito la strada opposta, sebbene in modo non del tutto rigoroso. Infatti, se la prima ha fondato le proprie conclusioni *anche* sull'idea che "diritto comunitario e diritto interno [...] sono configurati come [sistemi] autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato"¹²², la seconda ha fatto ricorso al diverso argomento *ausiliario* secondo cui "il Trattato [...] ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri"¹²³. Dunque, mentre la Consulta si è ispirata al modello *dualista*, peraltro in maniera poco fedele, dato che un coordinamento reciproco da parte di due sistemi che restano autonomi non sembra compatibile con esso; i Giudici di Lussemburgo si sono orientati verso il modello *monista-sovranozionalista*, anche qui in maniera spuria, dato che, dal relativo punto di vista, non sembra sostenibile che la fondazione di un sistema sovranazionale da parte di più sistemi nazionali comporti l'ingresso di quello in questi¹²⁴.

Soprattutto, non mi porrò il problema se siano più buone e giuste le istanze di armonizzazione giuridica, fatte valere dalla Corte di Giustizia, anziché quelle di

devono essere ben delineati in relazione allo specifico tema trattato"); M. IACOMETTI, *Il caso Melloni*, p. 17 s.

¹²² Cfr. Corte cost. n. 170/1984, cit., punto 4 del CID.

¹²³ Cfr. CGCE, 15 luglio 1964, C-6/64 (caso Costa-Enel), in *Racc. giur. della Corte*, p. 1144.

¹²⁴ Illuminanti, anche al riguardo (ma pure da prendere *cum grano salis*, dato il loro carattere idealtipico), sono le pagine della *TGDS* che Kelsen dedica al modello dello *Stato federale* (pp. 321-329), il quale, per molti versi, potrebbe essere utile per l'inquadramento teorico del rapporto tra UE e Stati membri.

conservazione della nostra identità costituzionale minima, coltivate dalla Consulta. Questo è un problema essenzialmente *politico*, che un'indagine come quella che sto svolgendo non può prendere in considerazione.

Piuttosto, mi interessa mettere a frutto le riflessioni svolte *sub* 2. circa il *significato* e i *limiti* dell'effettività giudiziaria nel campo dei rapporti tra gli ordinamenti. Sotto il primo profilo, la presa di posizione della sentenza Melloni va presa per quello che è: l'adempimento, da parte della Corte di Giustizia, della sua funzione codeterminativa del regime di correlazione tra l'ordinamento dell'UE e quello degli Stati membri. Insomma, la Corte non ha fatto altro che continuare a promuovere quella evoluzione che, come visto *sub* 2.3.2, sta alla base, tra l'altro, dell'attuale regime di coordinamento tra sistema eurounitario e sistema italiano.

Senonché, e veniamo al secondo profilo, la funzione connettiva che l'effettività giudiziaria ha nel campo in esame non è smisurata. Al contrario, essa incontra dei limiti ben precisi, che non sono di ordine giuridico o morale, bensì *concettuale*. In questo senso, non si può trascurare che ogni *coordinamento* postula non solo due sistemi, ma anche e soprattutto un interscambio tra di essi. Un coordinamento, pertanto, non può avvenire soltanto nel *senso* indicato da uno dei due sistemi, specie se ciò comporti la violazione dei principi e delle istanze fondamentali dell'altro. Con riguardo al campo dei rapporti tra sistema dell'UE e sistemi degli Stati membri, ciò significa che non si può concepire – come fanno, invece, così gli “eurofanatici” come gli “euronichilisti” – una regia *a senso unico* da Lussemburgo o dalla capitale nazionale di turno. Tale idea è una *contraddizione* in termini e può pretendere un avallo solo da chi accetti o, addirittura, promuova l'evenienza della esclusiva affermazione di uno dei due sistemi a scapito dell'altro¹²⁵.

Con questo non intendo dire che, lungo la via dell'effettività giudiziaria, non si possa arrivare a una prevalenza sostanzialmente integrale di un sistema sull'altro. Come visto *sub* 2.3.1., infatti, le Corti costituzionali degli Stati membri operano – *absit iniuria verbis* – da “cinghie di trasmissione” del diritto dell'UE nelle prassi dei giudici comuni, i quali, a loro volta, hanno un peso decisivo nella determinazione dell'ordinamento nazionale. La prevalenza sostanzialmente integrale di un sistema sull'altro è dunque un'evenienza possibile (oltre che moralmente neutra) e, se si presentasse, non resterebbe altro che prenderne atto. In tal caso, tuttavia, si tratterebbe – appunto – di prevalenza integrale, e non più di coordinamento, sicché sarebbe comprensibile se, prima del suo verificarsi, l'apparato giudiziario del si-

¹²⁵ Lucidamente, in termini analoghi, v. A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia*, cit., § 2, 6° cpv., in riferimento al tema del bilanciamento tra i due principi in contrapposizione nel caso Melloni: “[...] un bilanciamento... *squilibrato*, a senso unico, che veda sempre l'affermazione di questo o quel principio sarebbe una contraddizione insanabile, svilendo questo o quello degli elementi costitutivi della struttura sia dell'Unione che degli stati e, per ciò stesso, del fisiologico modo di essere dei loro rapporti” (corsivo nell'originale).

stema virtualmente recessivo, in particolare la sua Corte Suprema rappresentativa, vi si opponesse strenuamente. Le severe precisazioni della Consulta sull'insuperabilità dei controllimiti potrebbero essere lette proprio come avvisaglie in tal senso.

Tenendo di mira questo punto di fuga, si può finalmente porre la domanda: quali ripercussioni potrebbe avere la sentenza Melloni nell'assetto dei rapporti tra l'ordinamento dell'UE e gli ordinamenti degli Stati membri, in particolare quello italiano? Un punto è certo, nonostante alcuni tentativi di minimizzare la portata della pronuncia. Il TC ha posto tre questioni, facendo capire chiaramente che certe soluzioni avrebbero comportato una violazione, non già di una norma qualsiasi della Costituzione spagnola, bensì – si faccia attenzione – del contenuto minimo di un diritto capitale della persona. La Corte di Giustizia, ciononostante, ha seguito quelle soluzioni, facendo valere l'assolutezza del primato del diritto eurounitario. A cosa condurrà, dunque, questa contrapposizione netta eppure ancora puntuale ed episodica? Fare previsioni al riguardo è molto difficile, per molteplici ragioni, tra cui segnalo le seguenti.

Innanzitutto, la sentenza Melloni è stata pronunciata a seguito di rinvio pregiudiziale del TC, motivato da istanze superiori dell'ordinamento *spagnolo*, che non trovano pari riscontro nel nostro. Si è visto, infatti, che l'effettiva partecipazione dell'imputato al giudizio costituisce un'esigenza di rilievo costituzionale soltanto nel primo ordinamento¹²⁶. Ne deriva che le limitazioni apportate dalla Corte di Giustizia alle garanzie concedibili nel caso di processo *in absentia* non dovrebbero rilevare direttamente nel sistema italiano: né in quanto tale, né, per quanto visto *sub* 3.1.2.B), in quanto collegato al sistema della CEDU.

In *secondo* luogo, questa valenza tipicamente casistica, che accomuna la giurisprudenza della Corte di Giustizia a quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU), si manifesta non solo sul versante nazionale, ma prima ancora su quello dell'UE. Qui viene in rilievo un problema di teoria dell'argomentazione, in particolare di teoria del *bilanciamento* tra diritti fondamentali, assai complesso, sul quale, purtroppo, non posso soffermarmi quanto vorrei¹²⁷. Mi limito ad osservare che, contrariamente a quanto ritengono le teorie "moniste" del bilanciamento, secondo le quali esso opererebbe in modo uniforme (es.: preferenza, aritmeticamente calcolata, di un diritto all'altro, accompagnata, però, dall'ottimizzazione di entrambi¹²⁸); sacrificio totale eppure episodico, per scelta ar-

¹²⁶ Tale affermazione va intesa ora nei limiti precisati *supra*, nella seconda parte della nt. 86.

¹²⁷ Sul tema del bilanciamento tra principi, v., per tutti, G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, pp. 173-199.

¹²⁸ Così, R. ALEXI, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, trad. it. di G. Carlizzi, in *Ars Interpretandi*, XV - *Diritto, ragion pratica e argomentazione*, 2010, pp. 33-36.

bitraria del giudice, di uno dei due diritti, a completo beneficio dell'altro¹²⁹), il bilanciamento funziona in maniera diversa a seconda dei casi. Più precisamente, la sua operatività dipende dal tipo di struttura dei diritti che ne formano oggetto e di conflitto che, correlativamente a ciò, si istituisce in concreto tra di essi. Così – a prescindere dalla questione della calcolabilità del bilanciamento –, vi sono certamente conflitti tra diritti (o beni o valori) che si prestano a essere risolti in modo tale da soddisfare entrambi¹³⁰. Tuttavia, si danno anche casi in cui ciò non sembra possibile. In tali casi, in cui vale la logica del “tutto-o-niente” – anziché quella del “più-o-meno”, che in genere caratterizza i diritti quali contenuti di norme di principio –, i due diritti (o beni o valori) sono legati da un rapporto tale che non è possibile soddisfarli entrambi, persino in piccola misura¹³¹. Una situazione del genere sembra essersi profilata nel caso Melloni¹³², giacché delle due l'una: o si prediligeva la pretesa di assicurazioni circa la celebrazione di un nuovo processo, fondata sulla Costituzione spagnola, ma nettamente scartata dal diritto dell'UE, con conseguente vanificazione delle esigenze di uniformità delle discipline nazionali del MAE; oppure si accordava una preferenza di segno contrario, ma sempre a costo del completo sacrificio del contrapposto interesse recessivo, considerato nel suo contenuto minimo. Se tutto questo è vero, è pur vero che in futuro ben potranno darsi casi di conflitto tali da consentire un temperamento tra il principio del primato del diritto dell'UE (sempre che non sia concepito in termini *generalmente* assoluti) e il diritto fondamentale nazionale di volta in volta confliggente con esso (sempre che non si presenti nel suo contenuto minimo). Ed è chiaro che, se ciò ac-

¹²⁹ Così, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 203-211.

¹³⁰ Esempari sono: l'affermazione, da un lato, della rilevanza penale, *ex art.* 414, comma 2, c.p., della sola apologia di reato concretamente pericolosa (Corte cost. n. 65/1970); dall'altro, della liceità dell'esercizio del diritto di cronaca lesivo dell'altrui reputazione, ma rispettoso dei limiti “codificati” dalla giurisprudenza (per tutte: Cass. pen., SS.UU., n. 37140/2001).

¹³¹ Ad esempio: diritto a lasciarsi morire quale forma di manifestazione del diritto di autodeterminazione terapeutica (art. 32, comma 2, Cost.) e indisponibilità del diritto alla vita (valore costituzionale allo stato – per così dire – diffuso). Su questo conflitto, con particolare riguardo al caso “Welby-Riccio”, cfr., volendo, G. CARLIZZI, *Forma e valore nella decisione giuridica. Spunti di riflessione a partire dal caso Welby/Riccio*, in *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di U. Pomarici, Napoli, 2010, pp. 116-131.

¹³² Questo dato sembra essere sfuggito al pur attento studio di G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali*, cit., p. 23 s., secondo cui la sentenza Melloni avrebbe “stabilizzato [la] tutela [del diritto a un processo equo] a un livello intermedio [...] La Corte, dunque, [...] ha individuato un punto di equilibrio ordinamentale [...]”. All'opposto, che ci fosse spazio per un bilanciamento, costruito, però, in relazione a norme in parte diverse da quelle che ho indicato sopra (“si tratta di un bilanciamento tra due norme sulla normazione”: il principio del primato dell'UE e il principio dell'art. 4, par. 2, TUE), e di fatto non realizzato, è la tesi di A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia*, cit., § 2, 6° cpv.

cadesse, l'equilibrio virtuale conseguito anche grazie alla dottrina dei controlimiti ne uscirebbe intatto¹³³.

Infine, la dottrina dei *controlimiti* elaborata dalla nostra Corte costituzionale ha sempre operato nelle vesti di un'ipotesi, ma non è mai stata applicata per negare in concreto la preminenza del diritto dell'UE. Stando così le cose, non è facile presagire come si comporterebbe la Consulta qualora la Corte di Giustizia continuasse ad affermare senza esitazione e senza eccezioni il principio del primato del diritto eurounitario. E l'incertezza si incrementa se solo si considerano altri due aspetti di tale dottrina, che mostrano come essa, se davvero vorrà funzionare da baluardo della nostra identità costituzionale, dovrà essere precisata ulteriormente. Infatti, in primo luogo, sebbene, come visto *sub* 2.3.1., i controlimiti al primato del diritto dell'UE siano stati individuati nei "principi *fondamentali* [dell'ordinamento *costituzionale*] e diritti *inalienabili* della persona *umana*", la relativa elaborazione è in genere avvenuta in riferimento a casi che non coinvolgevano direttamente quei valori capitali¹³⁴. Pertanto, la Consulta non ha realmente avuto modo di puntualizzare la logica sottostante alla dottrina in esame, quale dottrina posta a presidio di interessi non semplicemente superiori, bensì supremi¹³⁵. Anzi, a ben vedere, una "ine-

¹³³ Sul punto, v. i precedenti giurisprudenziali indicati *supra*, verso la fine della nt. 83. Che in futuro la Corte di Giustizia possa sentirsi in dovere di operare questo tipo di bilanciamento, lo ipotizza C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo*, p. 20 s., la quale individua nell'art. 4, par. 2, TUE la norma di "europeizzazione" dei controlimiti nazionali. Come visto nella nt. precedente, sull'importanza di questa norma insiste particolarmente anche A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia*, cit., § 2, 6° cpv. Sulla norma dell'art. 4, par. 2, TUE come norma di tutela "della identità nazionale", aveva, peraltro, già posto l'accento l'Avv. Gen. presso la Corte nel caso Melloni, senza peraltro ritenerla ad esso applicabile: cfr. "Conclusioni", cit., punti 139-145.

¹³⁴ Così nei tre casi citati *supra*, nt. 82. Infatti, nel primo, veniva in gioco l'interesse (economico) di un cittadino italiano a non subire attraverso regolamenti CEE quella imposizione di "prestazioni patrimoniali" che l'art. 23 Cost. riserva alla "legge" (caso Frontini). Nel secondo, era in discussione se l'interesse (economico) di una società italiana di importazione a ottenere l'applicazione di un certo dazio, più favorevole di quello originariamente subito, dovesse essere regolato dalla normativa nazionale (d.P.R. n. 695/1978), che lo riconosceva, oppure da quella comunitaria (art. 15 regolamento CEE 67/120), che lo escludeva (caso Granital). Nel terzo, addirittura, norma costituzionale (principio di determinatezza delle pene *ex art.* 25, comma 2, Cost.) e normativa comunitaria (direttiva CEE 79/409) costituivano due ragioni di censura, autonome l'una dall'altra, di alcuni articoli di una legge nazionale in materia di caccia (l. n. 157/1992) (caso Zerini).

¹³⁵ Lo conferma il tenore delle argomentazioni svolte al riguardo nelle tre sentenze citate nella nt. precedente, le quali finiscono per sganciarsi dai rispettivi casi in giudizio e per atteggiarsi a proclamazioni di principio, volte, tutt'al più, da un lato, a rassicurare il giudice rimettente (cfr., ad es., l'*incipit* del punto 9 del CID della sentenza della Corte cost. n. 183/73, cit.: "Appaiono egualmente infondati i dubbi relativi alla carenza di controllo giurisdizionale da parte di questa Corte, a salvaguardia dei diritti fondamentali garantiti dalla nostra Costituzione ai cittadini"); dall'altro, a prefissare a futura memoria un argine alle possibili degenerazioni espansive dell'ordinamento dell'UE (cfr., ad es., verso la fine dello stesso punto 9: "[...] qualora dovesse mai darsi all'art. 189 [del Trattato di Roma] una sì aberrante interpretazione [...]").

sperienza” analoga vale per la stessa controparte eurounitaria dei controlimiti: i due casi più rilevanti nei quali la Corte di Giustizia ha affermato che il principio del primato del diritto dell’UE si impone pure a costo della violazione di norme costituzionali nazionali coinvolgevano anch’essi interessi prevalentemente economici¹³⁶. Ne deriva che neppure i Giudici di Lussemburgo hanno potuto “toccare con mano” le ripercussioni che le loro affermazioni di principio potrebbero avere sui beni sottostanti ai controlimiti. Inoltre, e correlativamente a queste incertezze, la stessa linea tracciata dalla Consulta per perimetrare i veri e propri controlimiti, corrispondente alla formula “principi *fondamentali* e diritti *inalienabili*”, è alquanto mobile e sfuggente¹³⁷. Lo stesso diritto coinvolto nel caso Melloni, il diritto a un

¹³⁶ Anche qui occorre distinguere i due casi citati *supra*, nt. 106. Nel primo, si era profilato un contrasto tra la disciplina delle cauzioni per esportazioni contenuta in un regolamento CEE (67/120), da un lato, e alcuni principi della Costituzione tedesca (di libertà di azione e di disposizione, di libertà economica e di proporzionalità), funzionali all’attività di esportazione sottoposta a cauzioni, dall’altro lato (caso *Internationale Handelsgesellschaft*). Nel secondo, la vicenda è un po’ più complicata, ma la logica è fondamentalmente la stessa. Si discuteva, in sostanza, se le conseguenze della riconosciuta illegittimità non solo costituzionale, ma anche comunitaria del monopolio in materia di attività di intermediazione nella raccolta di scommesse, stabilito dalla legge tedesca a favore delle società pubbliche e simili, e pregiudicante le società private, potessero essere differite, in deroga al principio del primato del diritto comunitario; ciò al fine di evitare vuoti legislativi, seppur transitori, pericolosi per l’ordine pubblico. Sotto tale profilo, dunque, il valore nazionale in contrasto col suddetto principio sembra essere di capitale importanza. Sennonché, il contrasto è puramente apparente: come afferma la relativa sentenza della Corte di Giustizia (punto 67 s.), è lo stesso giudice nazionale del rinvio a riconoscere che la normativa nazionale da disapplicare è disfunzionale alla tutela dell’ordine pubblico, con la conseguenza che quest’ultimo non viene concretamente in rilievo come controlimite al principio del primato del diritto comunitario. In altre parole, se la disciplina nazionale in contrasto con quella comunitaria non serve a tutelare l’ordine pubblico statale, allora gli unici interessi in gioco, ancora una volta, sono di natura economica, ed essi vanno tutelati secondo tale normativa (caso *Winner Wetten*).

¹³⁷ Approcci diversi, ma egualmente stimolanti, al tema dei diritti fondamentali sono quelli di: L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 724-845, che propone una definizione formale, volta a stabilire (non già quali, bensì) cosa essi sono, e tale da contrapporli ai diritti patrimoniali; T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali*, in *Atlante di filosofia del diritto. Selezione di voci*, a cura di U. Pomarici, Torino, 2013, pp. 75-113, che insiste proprio sul carattere controverso della nozione; G. PALOMBELLA, *L’autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2004, che ne coglie la cifra sul piano funzionale. Un contributo autorevole alla chiarificazione della clausola sui controlimiti è provenuto in questi giorni dal Presidente della Corte costituzionale, Gaetano Silvestri, nella sua relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale (del 2013), reperibile su www.cortecostituzionale.it: “Il perfezionamento dell’integrazione sovranazionale non deve tuttavia far dimenticare quanto questa Corte ha affermato in una serie di pronunce (fondamentale la n. 170 del 1984), con le quali ha ricordato l’esistenza di quelli che la dottrina ha definito ‘controlimiti’, vale a dire i principi e i diritti *fondamentali* tutelati dalla Costituzione italiana, che *mai potranno essere intaccati* da norme esterne di *qualsiasi rango e provenienza*. Se la sovranità nazionale tende a restringersi per la maggiore cogenza dei vincoli *comunitari*, i valori *fondamentali* che stanno alla base del *patto costituzionale* devono rimanere integri sempre e comunque. Il giudice delle leggi ha, dunque, il dovere di vegliare sull’intangibilità del *nucleo essenziale della Costituzione non disponibile* da parte di alcuna autorità né nazionale, né sovranazionale, né interna-

processo equo, non è di agevole inquadramento: se è vero che il suo *esercizio* (in particolare: *sub specie* di comparsa in giudizio), è *rinunciabile*, come ha riconosciuto la Corte di Giustizia in conformità alla giurisprudenza della Corte EDU, lo stesso non è sostenibile per la sua *titolarità*. Dunque, di nuovo, è difficile fare previsioni sul modo in cui il nostro Giudice delle leggi potrebbe applicare in concreto la suddetta clausola¹³⁸.

L'indagine termina così, con molti punti interrogativi, congruenti con la stessa logica che l'ha guidata. L'unico punto fermo resta l'idea che, tra le cause più gravi del disorientamento del giurista contemporaneo, vi sia la precarietà della corrispondenza reciproca dei regimi di correlazione tra sistemi statali e sistemi sovranazionali (ma lo stesso potrebbe dirsi per i rapporti con altri sistemi, in cui il ruolo di "cerniera" delle Corti Supreme è svolto da organi diversi). Certo, anche questa indicazione non offre alcuna soluzione immediatamente praticabile; ma compito della speculazione non è fornire rimedi bell'e pronti: tutt'al più indicazioni problematiche, come suggeriscono le incantevoli parole dell'esergo.

zionale" (punto 5.1, ult. cpv. – corsivi miei, volti a evidenziare, in particolare, l'accezione *ristretta* in cui vengono intesi i controllimiti al primato del diritto dell'UE).

¹³⁸ Nondimeno, alcune indicazioni al riguardo possono trarsi dai precedenti della Consulta relativi agli altri diritti e principi costituzionali valevoli in ambito processuale. Cfr., ad es., le affermazioni – peraltro, ancora una volta, di carattere incidentale – contenute in Corte cost. n. 232/89 (caso Fragd): "Alla stregua della consolidata giurisprudenza di questa Corte non vi è poi dubbio che l'art. 24 Cost. enunci un principio fondamentale del nostro ordinamento. Valga per tutte richiamare la sentenza n. 18 del 1982, nella quale è testualmente affermato che il diritto alla *tutela giurisdizionale*, già annoverato fra quelli *inviolabili* dell'uomo, va ascritto 'tra i principi *supremi* del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio'. Ed ancora: 'Il diritto di *agire e resistere in giudizio a difesa* dei propri diritti – strettamente connesso ed in parte coincidente con il diritto alla tutela giurisdizionale cui si è fatto dianzi riferimento – trova la sua base soprattutto nell'art. 24 della Costituzione" (corsivi miei). Su queste e analoghe categorie, cfr., per tutti, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, Torino, 2013, spec. pp. 19-24, 107-135, 143-180.