



P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2015, pp. 210.

I principi supremi giocano un ruolo di decisiva importanza su due distinti versanti: da un lato, per il loro valore interno, che si esprime come limite per le revisioni costituzionali; dall'altro, come (eventuali) “controlimiti” per l'espansione – soprattutto – del diritto europeo. A livello costituzionale, in particolare, i principi supremi rappresentano una delle risposte a un problema fondamentale del diritto costituzionale: l'equilibrio tra ragioni del mutamento e ragioni della continuità.

Il dato che subito può riscontrarsi nell'elaborazione del concetto dei “principi supremi” è quello dell'incertezza. Incertezza che parte già dal lessico utilizzato di volta in volta: “principi supremi”, “principi fondamentali”, “nucleo duro della Costituzione”, “controlimiti”.

L'analisi della dottrina sul tema sembra non dare precise coordinate di riferimento a chi si accosta al concetto dei principi supremi. Infatti, è avvenuto che “cercando il massimo valore prescrittivo dell'art. 139 Cost. [...] si è raggiunta la massima incertezza. Si sono ricavate innumerevoli norme da poche disposizioni. Sono emerse norme senza disposizioni. La strada percorsa alla ricerca del massimo valore prescrittivo ha paradossalmente condotto alla massima incertezza interpretativa, che è un terreno con scarsissimo valore prescrittivo” (p. 62).

Per queste ragioni Pietro Faraguna, dopo l'analisi della dottrina e dello stato dell'arte sul tema, sceglie di far ri-partire la sua ricerca non dal *law in the books*, bensì dal *law in action*, analizzando in maniera empirica le prassi degli organi costituzionali di garanzia. Invero, questa appare una scelta obbligata, vista la “Babele terminologica e concettuale” che circonda il concetto. L'attenzione si sposta, quindi, sui principi supremi “in azione”, piuttosto che sui principi supremi nella teoria. L'Autore è andato a cercare i principi supremi non nella teoria della Costituzione, ma a Palazzo della Consulta e al Quirinale. Dapprima, dunque, ricostruendo la giurisprudenza costituzionale che sul tema è “ampia, eterogenea e apparentemente contraddittoria”, e tentando di “addomesticarla”. Poi,

tentando di inquadrare le prassi della Presidenza della Repubblica idonee a coinvolgere i principi supremi.

Già s'anticipano, fin d'ora, le conclusioni: neppure dalla ricostruzione dei principi supremi "in azione" si possono trarre coordinate esatte sulla loro precisa consistenza. Si riescono a scorgere solo alcuni punti sicuramente fermi.

Il punto di partenza dell'opera è, in particolare, la sentenza n. 238 del 2014. Senza qui ricostruire le vicende che hanno portato alla sentenza, basti ricordare le conclusioni: quella conformazione al diritto internazionale che si realizza tramite l'art. 10, comma 1 Cost., in questo caso *eccezionalmente* non avviene, perché il verificarsi del contrasto con i principi supremi esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale. La porta dell'art. 10, comma 1 Cost., quindi, "generalmente ben aperta al diritto internazionale consuetudinario, si chiude quando a voler entrare siano norme che contrastano con i principi supremi dell'ordinamento" (p. 18).

Nel primo capitolo l'A. si occupa della ricostruzione del concetto dei principi supremi nella dottrina. Quest'ultima ha dedicato sempre maggiore attenzione al tema dei principi supremi perché da un lato cresceva il dibattito sulle riforme costituzionali mentre dall'altro lato si espandeva il diritto europeo. I principi supremi "rappresentano una possibile risposta a un problema fondamentale del diritto costituzionale: l'equilibrio tra ragioni del mutamento e ragioni della conservazione" (p. 27), che non finisce nell'art. 138 Cost. che, infatti, non è l'ultimo articolo della Costituzione. Le norme sulla revisione costituzionale sono anch'esse interpretabili come motore di cambiamento, ma anche ad esse è necessario porre un limite: quello, appunto, dei principi supremi. Quella dei principi supremi è dunque categoria nata per fronteggiare fenomeni molto diversi, "per opporsi a fonti di trasformazioni dell'ordinamento dotate di diversa legittimazione, diversi strumenti e diverse finalità" (p. 29). Sul versante interno i principi supremi sono caricati di quella "funzione antimaggioritaria che in una dinamica costituzionale classica è attribuita non ai principi supremi, ma alla Costituzione stessa" (p. 21).

Non può essere questa la sede per ricostruire le posizioni della dottrina sui principi supremi, basti giungere alla conclusione: vi è un'incertezza "sul *dove*, sul *come*, sul *se* dei principi supremi". Proprio su questa indeterminatezza Faraguna fissa il nuovo punto di partenza della ricerca, cominciando a cercare i principi supremi nel "diritto in azione", analizzando empiricamente le prassi di Corte costituzionale e Capo dello Stato.

Questa, dunque, la tesi dell'A.: riuscire a cogliere se sia possibile ricondurre ad unità il concetto di principi supremi a partire dal diritto in azione.

Il secondo capitolo è dedicato alla Corte. L'obiettivo è dare un ordine a quelli che si presentano come frammenti di una giurisprudenza non lineare e distesa lungo un arco di tempo molto ampio. Per fare questo l'A. stabilisce un sistema di riferimento convenzionale, così da misurare il "peso" e la posizione dei singoli frammenti di giurisprudenza. Come in uno spazio euclideo a tre dimensioni, si individuano i diversi

frammenti sulla base di tre assi: in un primo asse le questioni secondo l'oggetto (legge costituzionale, legge dotata di copertura costituzionale o legge ordinaria); sul secondo il parametro della questione; sul terzo, infine, la tipologia di pronuncia a valle del frammento esaminato.

Le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto leggi di rango costituzionale sono poche. Lo stesso non può dirsi per le leggi aventi ad oggetto leggi dotate di copertura costituzionale. Sono numerose le sentenze che richiamano i principi supremi soprattutto per quanto riguarda i rapporti tra diritto interno e diritto UE. Le norme di diritto europeo (ma anche quelle di diritto convenzionale e concordatario) se incompatibili con leggi ordinarie anche successive, trovano comunque applicazione in forza della copertura costituzionale loro fornita dagli artt. 11, 7 e 10 Cost. In particolare, la non applicazione di norme interne incompatibili può spingersi anche a far disapplicare norme costituzionali, ma non i principi supremi, che in nessun caso cedono se norme europee si trovano in contrasto con loro. I principi supremi, in questa veste, sono stati felicemente ribattezzati dalla dottrina "controlimiti".

Dopo una dettagliata analisi dei controlimiti in azione nelle sentenze della Corte, l'A. passa ad analizzare i principi supremi e il loro rapporto con le leggi ordinarie. Qui, non tutte le sentenze hanno lo stesso "peso". Infatti, quando la Corte affronta una questione su una legge ordinaria che viola un principio ordinario (non supremo) della Costituzione, la potrebbe risolvere secondo l'impostazione kelseniana: il vizio della legge è solo formale, perché il legislatore avrebbe potuto introdurre la disciplina incostituzionale seguendo il procedimento di cui all'art. 138 Cost. Se fosse stata in ballo, invece, la violazione di un principio supremo, la stessa legge non sarebbe stata costituzionalmente legittima neppure usando il procedimento *ex* art. 138 Cost.

Ad ogni modo, in questo campo la giurisprudenza è ricca ed eterogenea. Particolare disarmonia si trova nei parametri sui quali la Corte fa leva per individuare i principi supremi dell'ordinamento (per un elenco dei parametri utilizzati dalla Corte si v. p. 95).

Si passa così alla seconda coordinata: la giurisprudenza della Corte vista attraverso i parametri, cercando di individuare quali sono i principi costituzionali supremi. In 60 anni di giurisprudenza si ritrovano indizi sparsi. Alcuni frammenti sono del tutto isolati, altri invece ricorrono spesso e sono più vicini al cuore della motivazione delle sentenze. Tra i frammenti isolati si trovano il diritto all'elettorato passivo, il diritto alla vita, il principio del pluralismo, la tutela delle minoranze linguistiche. Complesso è l'intreccio tra principi supremi e diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. Una giurisprudenza più ampia vi è sul principio di laicità dello Stato, seppure con alcune peculiarità: è principio supremo che compare relativamente tardi (1989) ma una volta arrivato rimane fisso. È, inoltre, principio che esiste solo nella sua forma "suprema", essendo una combinazione di altri principi costituzionali e questa caratteristica lo contraddistingue dagli altri. Nella giurisprudenza sui controlimiti concordatari prima degli accordi di revisione il principio

supremo più utilizzato è quello di eguaglianza. Il parametro che si trova con più frequenza, ad ogni modo, è senza dubbio quello sulla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. sebbene non ogni esplicitazione del diritto alla tutela giurisdizionale è principio supremo, ma solo il suo nucleo essenziale.

La sentenza n. 1146 del 1988 contiene infine una compiuta teorizzazione dei principi supremi dell'ordinamento. In tale sentenza, peraltro, si saldano per la prima volta i controlimiti con i limiti alla revisione costituzionale, unendoli nell'unica nozione di "principi supremi dell'ordinamento". Tale saldatura resterà ferma, finendo per giungere a una concezione dei principi supremi come "quei contenuti indefettibili della comunità politica inerenti alla struttura dell'ordinamento, senza i quali la Costituzione non sarebbe più quella che è, ma verrebbe modificata irrimediabilmente nella sua più profonda identità" (F. Gallo, *Possibilità e limiti della revisione costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2013, p. 713).

Una volta analizzata una giurisprudenza costituzionale non esente da oscillazioni interpretative, nel terzo capitolo si indaga, invece, l'uso dei principi supremi "attorno" al Capo dello Stato. L'ipotesi, infatti, è che l'esercizio delle attribuzioni presidenziali – e in particolare in sede di promulgazione delle leggi – si pone a presidio dei principi supremi. Si ipotizza non tanto che il Presidente della Repubblica possa rinviare le leggi se ravvisa il rischio di violazione dei principi supremi (lettura questa troppo rigida dell'ipotesi), bensì che il Presidente sia libero di rinviare in diversi casi, ma che debba farlo certamente se e quando ravvisa una violazione dei principi supremi. La dettagliata analisi dei rinvii presidenziali nella "stagione maggioritaria" non dà conforto all'ipotesi iniziale. I parametri su cui si basano i rinvii, infatti, sono radicati nella Parte seconda della Costituzione, mentre quelli usati dalla giurisprudenza della Corte in relazione ai principi supremi si rintracciavano tutti nella Parte prima. Ma, soprattutto, a sconfessare la tesi iniziale non è l'analisi dei rinvii, quanto i rinvii "mancati". I Presidenti hanno infatti firmato leggi che più di altre – che invece sono state rinviate alle Camere – sembravano afflitte dalla "manifesta non costituzionalità" nata con la c.d. "dottrina Ciampi".

Si arriva così a un bilancio interlocutorio: né, infatti, attraverso l'analisi della dottrina, né attraverso quella dell'esperienza costituzionale degli organi di garanzia è stato possibile trarre definite coordinate sulla portata della categoria dei principi supremi dell'ordinamento. A livello lessicale, concettuale e giurisprudenziale l'argomento che certamente non manca è, infatti, l'incertezza.

Un punto sembra, però, essere fermo: si ragiona di principi e non di regole, con tutte le conseguenze che questa constatazione porta con sé. Limiti e controlimiti sono sempre e comunque principi, mai regole. Da principi, invero, quelli supremi sarebbero bilanciabili con principi antagonisti. Qui l'A. formula tre ipotesi: che i principi supremi sono anomali e non entrano nel bilanciamento; entrano nel gioco del bilanciamento e prevalgono sempre; si bilanciano e possono anche soccombere, così come gli altri. Per verificare tali ipotesi l'A. analizza i principi supremi nel bilanciamento in senso proprio e

in senso lato. In senso proprio, è facile verificare come la Corte “non riserva nessun trattamento privilegiato a quei principi che essa stessa ha qualificato nella sua giurisprudenza alla stregua di principi supremi dell’ordinamento” (p. 159). Si passa così all’analisi della possibilità in cui vi sia un ruolo dei principi supremi nei conflitti tra principi costituzionali, nonché di un eventuale conflitto tra principi supremi. Infatti i principi supremi ben potrebbero prestarsi a giocare non un ruolo di argine negativo, bensì essere “generatori di norme che risolvano quella tensione tra principi costituzionali” (p. 161).

Dopo altre analisi che qui si tralasciano, si giunge alla conclusione che i principi supremi sembrano bilanciarsi esattamente come tutti gli altri principi costituzionali, e a volte soccombono anche. Non vi è nella Costituzione, infatti, una gerarchia interna, così da far sì che alcuni principi prevalgano su altri. È questa una diretta conseguenza del carattere “pluralistico” della Costituzione: le tensioni tra i principi che vi sono affermati sono intrinseci alla sua funzione. La declinazione plurale delle Costituzioni moderne, infatti, “convive con la negazione della loro assolutezza” (p. 182). Questo è legato alla presenza, in Costituzione, di “accordi non completamente teorizzati” (C. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni? Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, p. 71 s.). Non può che essere la Corte costituzionale a definire tali accordi. Se avrebbe potuto farlo un altro organo costituzionale (Parlamento, magistratura, ecc.), infatti, il Costituente non avrebbe incluso tali accordi non completamente teorizzati in Costituzione, ma avrebbe codificato l’esito dell’accordo. Di qui il ruolo dei principi supremi: il riequilibrio dei principi costituzionali – tramite una categoria di fattura giurisprudenziale e non definita nei suoi contorni – a cui ci si “appoggia”.

I principi supremi dunque “esistono, ma non sono individuati una volta per tutte”. Interagiscono tra loro “in infiniti assetti, dando vita a infiniti scenari di bilanciamenti, e per i quali non è dato alcun equilibrio predeterminabile e immutabile” (p. 188).

Nonostante tutte le incertezze che circondano la categoria, in fine, Pietro Faraguna può individuare almeno tre punti fermi.

Un primo punto fermo è quello della funzione “dialettica” dei principi supremi. L’efficacia dissuasiva che l’esistenza dei principi supremi assume: la Corte, evocandoli anche quando sono ininfluenti ai fini della decisione, affida ai principi supremi una velata “minaccia” al destinatario (legislatore costituzionale o interlocutore europeo, concordatario o internazionale).

Un secondo punto fermo si rintraccia nella vita dei principi supremi nell’ambito di una Costituzione pluralista. In queste, è fisiologico incontrare contraddizioni a livello testuale; la ricerca dell’equilibrio è affidata a una continua operazione di bilanciamento in senso lato. I principi supremi, in questo senso, possono essere ricondotti a una sorta di “costituzione invisibile” (L. H. Tribe, *The invisible Constitution*, Oxford-New York, 2008). Come le figure topologicamente equivalenti – cioè quelle che possono essere ottenute

con trasformazioni senza rotture – i principi supremi ambiscono a “determinare i limiti di trasformazione di un ordinamento, anche attraverso le più qualificate fonti di mutamento, senza determinarne una rottura” (p. 191). Così sono essenziali “al fine di stabilire che esiste un limite tra rottura e trasformazione dell’ordinamento, ma non sono prevedibili tutte le forme in cui l’ordinamento potrà trasformarsi rimanendo omeomorfo [...], né sono predeterminabili quali mutamenti ne determinano la rottura” (*ivi*).

Terzo punto fermo, infine, riguarda la collocazione della riflessione sui principi supremi nel cuore delle dottrine del costituzionalismo: i limiti giuridici al potere politico. L’art. 1 Cost. e la sua irriducibile complessità sono infatti la pietra angolare sulla quale ruota la ricerca. Se la nozione di principi supremi non esistesse, il legislatore costituzionale potrebbe fare tutto. Affermare, invece, l’esistenza di tali principi – su cui la Corte è competente a vigilare, ma il cui contenuto rimane incerto – è in ultima analisi un modo per “descrivere la frammentazione incomponibile della sovranità: nessuno ha diritto all’ultima parola” (p. 193). Nonostante questo, e anzi proprio per questo, la Corte custodisce con delicatezza la sua posizione nel sistema; non pare un caso, infatti, che il “fucile dei controlimiti” abbia sempre sparato *extra moenia*, dove il rischio di contraccolpi sulla sua legittimazione pare essere minore.

Il bel libro di Pietro Faraguna, oltre ad essere un’utile analisi prima teorica e poi pratica dei principi supremi, conferma l’estrema sfuggevolezza della categoria in questione. Ma conferma anche che i principi supremi, lungi dall’essere un’inutile elaborazione della Corte, hanno una funzione ordinamentale fondamentale: infatti “la prassi dei principi supremi e la loro incerta definizione svelano una loro funzione strumentale a garantire che la sovranità, in ogni sua epifania – compresa la legislazione costituzionale – venga sempre esercitata ‘nelle forme e nei limiti della Costituzione’”.

In questo modo l’art. 139 Cost., per antonomasia limite alla revisione, si ricollega all’art. 1 Cost., chiudendo in modo “circolare” il dettato costituzionale. I principi supremi sono, dunque, quelli che non solo collegano le due “estremità costituzionali”, ma sono anche “l’anima” della Costituzione, poiché non definiti una volta per tutte, ma una volta per tutte suoi ultimi difensori.

Luca Bartolucci