

## CONTRIBUTO ALLA IDENTIFICAZIONE DEL CONCETTO DI «IDENTITÀ COSTITUZIONALE» NELL'ORDINAMENTO ITALIANO\*

di Mariangela Atripaldi\*\*

224

**Sommario.** 1. Il concetto di identità costituzionale nell'ordinamento italiano. – 2. Lo sviluppo del concetto di identità costituzionale nell'ordinamento tedesco: Il contributo della dottrina. – 2.1. Dalla Costituzione imperiale del 16 aprile 1871 al *Grundgesetz* del 23 maggio 1949. – 2.2. Il concetto di identità costituzionale nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*: la sentenza *Lissabon* del 2009. – 3. «Principi supremi» e «identità costituzionale» nell'ordinamento italiano: alcune considerazioni introduttive. – 3.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 1146/1988 e i suoi precedenti. – 3.2. L'utilizzo semantico e concettuale della identità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale. 4. Valutazioni conclusive.

**1. Il concetto di identità costituzionale nell'ordinamento italiano.** L'esigenza di analizzare nell'ordinamento italiano in termini di teoria costituzionale e di diritto costituzionale positivo il concetto di «identità costituzionale» è emersa allorché la Corte costituzionale, con la sentenza n. 1146/1988, ha iniziato a porre il problema della identificazione del nucleo sostanziale intangibile della Costituzione.

«La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»<sup>1</sup>. Sono tali quelli che la stessa Costituzione espressamente ritiene che non possano essere oggetto di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), «quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»<sup>2</sup>. Nella stessa sentenza si ribadisce «come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale [...]»<sup>3</sup> e che spetta alla stessa Corte la competenza «a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi

\* *Sottoposto a referendum*.

\*\* Professore Associato di Diritto Pubblico – Università di Roma Tre.

<sup>1</sup> Vedi il punto 2.1 del considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale 1146/1988, giudizio di legittimità in via incidentale, Pubblicazione in G. U. 11/01/1989, n. 2.

<sup>2</sup> Vedi il punto 2.1 del considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale 1146/1988.

<sup>3</sup> Cfr. il punto 2.1 del considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale.

La sentenza è stata oggetto di numerosi studi e approfondimenti. Si rinvia fra gli altri a S. Gambino, *Sui limiti materiali alla revisione costituzionale della forma repubblicana*, in *Astrid-online*, 2008; F. Dal Canto, *I principi fondamentali*, in R. Romboli (a cura di), *Manuale di Diritto costituzionale italiano ed europeo*, Vol. I, Torino, 2011, 121; P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 63 ss.; R. Manfredi, *Revisionismo costituzionale e rigidità della Carta*, in *Rivista AIC*, 12, 2022, 12; Q. Camerlengo, *Originalismo e «living Constitutionalism»*, tra domanda di Costituzione e principi supremi, in *Rivista AIC* 07, 2022.

costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale»<sup>4</sup>.

Questa impostazione è presente anche nell'impianto individuato dal *Bundesverfassungsgericht*, la Corte costituzionale federale tedesca. Ma è soprattutto rilevante la elaborazione offerta dalla dottrina tedesca in riferimento ad un concetto giuridico i cui contorni sono considerati da alcuni studiosi poco chiari e controversi<sup>5</sup>.

Pertanto, nell'itinerario che si andrà a percorrere, si partirà dalla configurazione operata dalla dottrina in riferimento ad un ordinamento, come quello tedesco, che ha una sua vicenda storica ben definita.

Successivamente, si ricostruirà la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, che nelle prime sentenze, destinate ad interpretare il terzo comma dell'art. 79 *Grundgesetz* (GG)<sup>6</sup>, individua soluzioni che mirano soprattutto a proteggere il nucleo essenziale dei principi, consentendo eventuali modifiche sempre che non incidano quel nucleo<sup>7</sup>. Una giurisprudenza che ha assunto connotati meno controversi allorché la Corte costituzionale tedesca ha valutato il concetto di identità costituzionale in riferimento all'ordinamento sovranazionale. Ciò si è verificato con la decisione *Solange I* del 29 maggio 1974 e, successivamente, con quella *Solange II* del 22 ottobre 1986. Con la *Solange I*, il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato la propria competenza a valutare la compatibilità delle norme di diritto comunitario con i diritti fondamentali del *Grundgesetz* fino alla compiuta disponibilità, da parte del diritto comunitario, di un catalogo di diritti adottato da un parlamento e adeguatamente comparabile con i diritti fondamentali nazionali<sup>8</sup>.

Nella successiva *Solange II* ha dichiarato di astenersi da tale attività di controllo «finché le Comunità europee assicurano un'efficace tutela dei diritti fondamentali» essendo la tutela dei diritti fondamentali diventata sufficientemente forte all'interno della CE/UE. Inoltre richiamando l'art. 24, co., 1 GG che consente di trasferire poteri sovrani ad organizzazioni internazionali, sosteneva che tale norma non attribuisce un potere di rinuncia al rispetto della identità costituzione determinata per la Repubblica federale.

In questa ricostruzione acquista un particolare rilievo anche la sentenza *Maastricht* del 12 ottobre 1993 nella quale la Corte è stata chiamata a verificare se l'atto di ratifica del Trattato di *Maastricht* si muova nell'ambito dei principi fissati dal *Grundgesetz*<sup>9</sup>, instaurando un campo di osservazione riguardante la erosione della sovranità nazionale determinata da atti comunitari *ultra vires* ed individuando il ruolo della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Questa giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca è confermata, come si vedrà, da una successiva decisione del 30 giugno del 2009, quella di Lisbona, con la quale si è voluto salvaguardare la identità costituzionale del *Grundgesetz* ai sensi dell'art. 23, co. 1,

<sup>4</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 1146/1988, punto 2.1 delle considerazioni in diritto.

<sup>5</sup> Su punto si rinvia alla ampia produzione sul tema e tra gli altri a Cfr. M. Polzin, *Verfassungsidealität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?*, Tübingen, 2018, 2 ss. e bibliografia ivi cit.; J. Meierhenrich, *The Soul of the State: The Question of Constitutional Identity in Carl Schmitt's Verfassungslehre*, in M. Goldoni, M.A. Wilkinson (a cura di), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge, 2023, 45-63.

<sup>6</sup> Secondo il quale: «Non è ammissibile alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati negli articoli 1 e 20».

<sup>7</sup> K. F. Gärditz, *Verfassungsidealität und Schutz der Verfassung*, in K. Stern – H. Sodan – M. Möstl (a cura di), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Tübingen, Vol. I, edizione 2, 2022, paragrafo 11, punto 4 ss., 114 ss.

<sup>8</sup> Su questo itinerario ricostruttivo si rinvia alle analisi condotte da P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principi di apertura e controlimiti*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2, 2016, 431 ss.

<sup>9</sup> Sul punto cfr., tra gli altri, V. Baldini, *Il Trattato di Lisbona e il rispetto della identità costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2010, 2 ss.

paragrafo 3 in concordanza con l'art. 79, co. 3, GG<sup>10</sup>.

Anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana si evidenzia l'esigenza di ritenere che i principi determinanti la identità costituzionale agiscano come controlimiti all'ingresso delle norme della Unione Europea. Invero, la Corte individua un quadro costituito dai «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» e dai «diritti inalienabili della persona» che operano quali «controlimiti», in quanto costituiscono «gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, perciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost. [...])»<sup>11</sup>. Un dato, quello dell'esistenza dei principi supremi, che era stato enunciato nella giurisprudenza della Corte costituzionale soprattutto nella già ricordata sentenza n. 1186/1988.

Ciò conferma che, nell'ordinamento italiano, è da considerare determinante il ruolo della Corte costituzionale nell'operare la individuazione della identità costituzionale che, solo successivamente, è stata fatta propria dalla dottrina, consentendole di offrire interventi significativi.

La Corte ha contribuito in modo incisivo nella identificazione della identità costituzionale riferibile all'ordinamento italiano attraverso tre ordini di decisioni: quelle destinate alla determinazione dei principi supremi, quelle finalizzate espressamente alla definizione del concetto di identità costituzionale e quelle tese a prospettare il ruolo della identità nei rapporti tra ordinamento comunitario/ internazionale e ordinamento nazionale.

Il dibattito sulla identità costituzionale, comunque, diventa sempre più universale, tanto da impegnare anche la cultura giuspubblicistica di oltre oceano dove il tema è inteso come identità della comunità e del popolo o di una sua nozione simile<sup>12</sup>.

Si tratta, pertanto, di una area tematica che pone diverse questioni. Sarebbe, comunque, opportuno programmare una ulteriore prospettiva di ricerca, volta a verificare su di un piano più strettamente comparatistico, il sistema dei rapporti in riferimento ad altri ordinamenti, diversi da quello tedesco. Un'analisi considerata quanto mai necessaria anche da von Bogdandy<sup>13</sup>, secondo il quale, ai fini della determinazione delle identità costituzionali degli Stati membri, un'indicazione è certamente fornita dalle disposizioni delle Costituzioni ma il suo contenuto può essere determinato soltanto ricorrendo alla giurisprudenza delle Corti costituzionali dei singoli Stati membri<sup>14</sup>.

## 2. Lo sviluppo del concetto di identità costituzionale nell'ordinamento tedesco: II

<sup>10</sup> Sulla sentenza di Lisbona, sul dibattito italiano intorno a questa sentenza e sul «principale effetto benefico» prodotto dal confronto scientifico vedi R. Bifulco, *La Costituzione italiana dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2012, 1.

<sup>11</sup> Nella sentenza n. 238/2014, punto 3.1. Sui controlimiti all'ingresso delle norme dell'Unione Europea cfr. *ex plurimis*: sentenze della Corte costituzionale n. 183/1973, n. 170/1984, n. 232/1989, n. 168/1991, n. 284/2007.

<sup>12</sup> Negli Stati Uniti, l'identità costituzionale è più legata all'identità nazionale e ai valori della comunità politica. Cfr. Su questi aspetti, fra gli altri, G. Jacobsohn, *Constitutional identity*, Cambridge, 2010; M. Rosenfeld, *The identity of the constitutional subject*, London, 2010.

Diversamente dall'interpretazione che ne viene data nell'ordinamento americano, il termine *Basic Structure Doctrine* «dottrina della struttura di base» sviluppato dalla Corte Suprema dell'India si avvicina di più alla concezione di identità costituzionale, intesa come nucleo immodificabile di una Costituzione. La *Basic Structure Doctrine* agisce come un custode della Costituzione indiana, assicurando che qualsiasi modifica o emendamento rispetti le fondamenta su cui si basa il documento costituzionale. Sul punto si rinvia più ampiamente a S. Krishnaswamy, *Democracy and Constitutionalism in India, A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford, 2011.

<sup>13</sup> Si rinvia al lavoro di A. von Bogdandy, S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag - Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, in *ZaöRV*, 2010, 701 ss.

<sup>14</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag - Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, cit., 701.

**contributo della dottrina.** Il percorso che ha portato allo sviluppo del concetto di identità costituzionale nell'ordinamento tedesco ha impegnato la cultura giuridica nelle sue diverse fasi.

Come si potrà constatare successivamente, vi sono posizioni molto significative che hanno illustrato le prime tappe di questo itinerario, come quelle espresse da Carl Bilfinger e Carl Schmitt.

Ma anche in tempi più recenti si possono individuare contributi che hanno come prospettiva quella di definire il contenuto della identità costituzionale.

Si vuol far riferimento, tra una produzione scientifica quanto mai estesa, alle ricostruzioni offerte da Paul Kirchhof e da Monika Polzin, il primo perché delinea un quadro di riflessioni che successivamente sono prese in considerazione anche dal *Bundesverfassungsgericht* nel 2009<sup>15</sup>. La seconda in quanto analizza il tema in un contesto di teoria generale e di diritto positivo<sup>16</sup>. Peraltro, in una situazione di crisi determinata anche da aspetti di natura politica, è quanto mai opportuno richiamarsi al pensiero di Autori che cercano di individuare le cause che possono determinare la delegittimazione della Costituzione. Ed è questa l'operazione prodotta dalla ricostruzione offerta da Kirchhof. La «Costituzione cerca di garantire un minimo di conquiste giuridiche della comunità culturale». «L'inviolabilità della dignità dell'uomo, lo stato di diritto, il principio democratico, i principi della repubblica, dello stato sociale e dello stato federale, sono il risultato degli sforzi costituzionali e culturali dietro i quali la comunità costituzionale non vuole più ripiegare». Di qui l'esigenza di identificare un nucleo essenziale, la «identità costituzionale» nei suoi contenuti immutabili, tutelati da qualsiasi spinta di «ottimismo costituzionale» o di ricercare un «progresso in meglio», che «metta a repentaglio un insieme elementare di regole indispensabili»<sup>17</sup>.

In questo contesto, si evidenziano anche posizioni critiche tese a disconoscere l'esistenza della concettualizzazione ovvero a considerare solo positivamente l'esistenza di un nucleo resistente al cambiamento, da qualificarsi come espressione della identità di una Costituzione. È il caso, ad esempio, di Klaus Ferdinand Gärditz che, in un saggio pubblicato nel 2022, ricostruisce il percorso che ha portato alla identificazione del concetto, individuando le matrici che hanno determinato la scelta del terzo comma dell'art. 79 GG<sup>18</sup>.

In questa ricostruzione, Gärditz parte dal riconoscere Carl Schmitt quale ideatore intellettuale dell'esistenza del nucleo identitario. Secondo l'Autore, Schmitt avrebbe ipotizzato un concetto metafisico di Costituzione materiale sottostante a quella formale per cui la modifica della Costituzione riguarderebbe questa nel suo complesso costruita come espressione del potere costituente laddove le modifiche possono riguardare solo le leggi costituzionali. Un'impostazione, questa, non accolta da Gärditz in quanto il modello di Costituzione moderna «si basa sull'autonomia e sulla piena positività della legge, la cui ragione di validità risiede in se stessa, non deriva da qualcosa di più alto e in particolare da una teologia politica». Una soluzione che non disconosce l'esistenza di una identità costituzionale da salvaguardare ma positivizza la configurazione del concetto<sup>19</sup>.

Nella impostazione dell'Autore, si evidenzia l'esigenza di cogliere, in termine di diritto

<sup>15</sup> P. Kirchhof, *Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten*, in J. Isensee-P. Kirchhof (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Vol. I, 1987, 775-814.

<sup>16</sup> M. Polzin, *Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?*, cit., 1 ss.

<sup>17</sup> P. Kirchhof, *Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten*, cit., 777. Per una valutazione del ruolo delle costituzioni rispetto alla struttura sociale vedi, di recente, G. Di Cosimo, *Il "limite naturale" delle riforme istituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2024.

<sup>18</sup> K. F. Gärditz, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, in K. Stern, H. Sodan, M. Möstl (a cura di), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., 435 ss.

<sup>19</sup> Sul punto cfr. K. F. Gärditz, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., punto 1 ss.

positivo, il perché, in una Costituzione, si ponga l'esigenza di individuare un nucleo resistente al cambiamento, la cui dissoluzione non produca una modifica costituzionale formale, ma, bensì, una sostanziale «modifica rivoluzionaria»<sup>20</sup>.

Di qui lo sforzo di cogliere, da una parte, in chiave positiva, il concetto, dall'altra di «fornire una risposta alle sfide democratico-teoriche ed istituzionali insite in un divieto di emendamento inevitabilmente segnato da anomalie all'interno di un ordine costituzionale funzionante»<sup>21</sup>.

Più recentemente, Monika Polzin affronta il tema ricostruendo in maniera dettagliata il concetto di identità costituzionale così come identificato dalla dottrina tedesca, e come individuato nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, che lo definisce come un principio assoluto e un limite invalicabile alle modifiche costituzionali e all'integrazione europea. Tutto ciò malgrado che il concetto non sia menzionato esplicitamente nella Legge fondamentale, consentendo, pertanto, solo alla giurisprudenza costituzionale di rafforzare progressivamente la sua rilevanza, rendendolo un elemento centrale del diritto costituzionale tedesco.

Comunque, al termine della sua analisi dottrinale e giurisprudenziale la Polzin mette in discussione la legittimità e l'opportunità dell'uso del concetto come strumento giuridico autonomo, ritendendo che possa portare ad una interpretazione eccessivamente ampia dei limiti costituzionali e a un rafforzamento non previsto del ruolo della Corte costituzionale federale<sup>22</sup>.

Il tutto con una incidenza riferibile soprattutto alla delimitazione dei rapporti tra ordinamento tedesco e processo di integrazione europea.

### **2.1. Dalla Costituzione imperiale del 16 aprile 1871 al Grundgesetz del 23 maggio 1949.**

Per determinare l'origine del concetto di identità costituzionale in termini di teoria costituzionale e di diritto costituzionale, la dottrina tedesca risale già alla Costituzione imperiale del 16 aprile 1871<sup>23</sup>.

Nella valutazione di una parte della dottrina, quella Costituzione è considerata flessibile sia perché legittimata da una monarchia costituzionale, sia perché non ci sarebbero stati né limiti materiali espliciti al procedimento di revisione né la previsione di un organo speciale cui imputare il potere di dar vita ad innovazioni costituzionali<sup>24</sup>.

Ma nel panorama della cultura giuridica, emergeva quella posizione che intravedeva nel complesso normativo l'esistenza di limiti impliciti sostanziali al cambiamento costituzionale. Come è il caso del costituzionalista Georg Meyer che riteneva che i fondamenti dell'organizzazione federale del Reich non potessero essere modificati e che pertanto non si

<sup>20</sup> Cfr. K. F. Gärditz, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., punto 1.

<sup>21</sup> Cfr. K. F. Gärditz, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., punto 1.

<sup>22</sup> A queste conclusioni giunge la Polzin nella parte quinta del suo volume *Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?*, cit. 223 ss.

Un approccio critico lo si trova anche nei lavori di A. Ingold, *Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 140, 1, 2015, 1-30; K. Wetz, *Funktionen von Verfassungsidentität als gerichtliches Konzept in der Europäischen Union*, Tübingen, 2021, 343 ss.

Un'analisi del concetto in senso giuridico la si trova in C. Walter, M. Vordermayer, *Verfassungsidentität als Instrument richterlicher Selbstbeschränkung in transnationalen Integrationsprozessen*, in *JöR*, 63, 2015, 129.

<sup>23</sup> Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, 149.

Invero secondo la testimonianza offerta da Carl Schmitt, già prima, la Costituzione Norvegese del 17 maggio 1814 al paragrafo 112 non consentiva modifiche che contraddicessero ai principi, in quanto ogni norma non poteva «cambiare lo spirito della Costituzione».

<sup>24</sup> M. Polzin, *Verfassungsidentität: Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?*, cit., 11.

sarebbe potuto istituire uno Stato unitario<sup>25</sup>. Infatti, secondo l'art. 78 della Costituzione imperiale del 1871, le «modificazioni alla Costituzione hanno luogo sotto forma di legge. Esse si ritengono come respinte quando, nel seno del Consiglio federale, quattordici voti si pronunciano contro. Le disposizioni della Costituzione dell'Impero, che stabiliscono, in favore di certi Stati confederati, diritti speciali di fronte al complesso della Confederazione, non possono essere modificati senza consenso degli Stati di cui si tratta»<sup>26</sup>.

Questo dato normativo consente di ritenere valida la interpretazione offerta da Georg Meyer. L'ulteriore itinerario da percorrere offre la possibilità di riflessioni altrettanto ampie e complesse allorché l'esame è condotto in riferimento alla Costituzione di *Weimar*. In questo caso vanno anche evidenziate le posizioni di quei giuristi finalizzate ad individuare l'esistenza di limiti materiali impliciti al potere di modifica della Costituzione<sup>27</sup>.

La disciplina normativa della Costituzione di *Weimar* dedicava al procedimento di revisione costituzionale l'art. 76 che, nel contesto del capo V riguardante il potere legislativo, stabiliva che le leggi finalizzate a modificare la Costituzione dovessero essere deliberate dal *Reichtag* con presenza dei due terzi dei membri e con il consenso dei due terzi dei presenti. «Anche le decisioni del *Reichsrat* dirette al mutamento della costituzione richiedono la maggioranza dei due terzi dei voti. Se per iniziativa popolare un mutamento costituzionale deve aver luogo con *referendum* è necessario che si raggiunga il consenso della maggioranza degli elettori.

Se il *Reichstag* abbia approvato una legge modificativa della costituzione contro l'opposizione del *Reichsrat* il presidente non potrà procedere alla sua pubblicazione se il *Reichsrat* entro due settimane richieda la decisione popolare su di essa».

È chiaro che dinanzi ad un testo come quello di *Weimar*, non legittimato da una istituzione monarchica e come tale non eccessivamente stabile, emergeva l'esigenza di individuare eventuali limiti materiali impliciti alla revisione costituzionale.

In questo contesto si evidenziano le posizioni di alcuni studiosi per i quali era opportuno il raggiungimento di questo obiettivo. A riguardo, appaiono significative le soluzioni espresse da Carl Bilfinger e Carl Schmitt.

Un volume pubblicato di recente offre ulteriori elementi alla conoscenza di una personalità come quella di Carl Bilfinger<sup>28</sup> che, tra l'altro, è stato professore alle università di Halle, Heidelberg e Berlino e membro del partito Nazionalsocialista.

Ma quale è stato il contributo di Bilfinger ad una riflessione finalizzata a identificare quel nucleo essenziale della Costituzione che non può essere oggetto di revisione costituzionale? L'apporto, anche se giudicato minoritario, è determinante. Le istanze di revisione costituzionale devono rispettare un nucleo di componenti essenziali<sup>29</sup> in riferimento ad una Costituzione che certamente appariva come un sistema chiuso «armonioso»<sup>30</sup>. Non si poteva utilizzare lo strumento dell'art. 76 di *Weimar*, dando vita ad «isolate revisioni parziali», tese a «sconvolgere il sistema costituzionale o a capovolverlo»<sup>31</sup>. Andava rispettato il «principio di preservare le fondamenta della Costituzione»<sup>32</sup>. Una Costituzione che avrebbe permesso di

<sup>25</sup> Su pensiero di Georg Meyer si rinvia a G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, München, sesta edizione, 1905.

<sup>26</sup> G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, cit., 30 ss.

<sup>27</sup> Cfr. H. Dreier, *Art. 79 GG*, (a cura di) H. Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, terza edizione, vol. II, Tübingen, 2015, 2029.

<sup>28</sup> Vedi P. Glahé, R. Mehring, R. Rieß, *Der Staats- und Völkerrechtler Carl Bilfinger*, Baden Baden, 2024. Al quale si rinvia anche per una valutazione dei processi che hanno determinato le vicende storiche successive.

<sup>29</sup> C. Bilfinger, *Der Reichsparkommissar*, Berlin und Leipzig, 1928, 17.

<sup>30</sup> C. Bilfinger, *Der Reichsparkommissar*, cit., 16 ss.

<sup>31</sup> C. Bilfinger, *Der Reichsparkommissar*, cit., 17.

<sup>32</sup> C. Bilfinger, *Verfassungsfrage und Staatsgerichtshof*, in *ZfP*, 20, 1931, 86.

modificare la sua identità costituzionale per via legale non avrebbe potuto essere considerata come una Costituzione<sup>33</sup>.

Un complesso di rilievi, quelli di Bilfinger, che vengono accolti positivamente dalla dottrina successiva anche se mancava, in queste analisi, la identificazione di quali fossero i dati fisionomici del nucleo essenziale imm modificabile della Costituzione.

Un contributo più incisivo è quello offerto da Carl Schmitt non solo nelle analisi prodotte nella *Dottrina della Costituzione* ma anche in quelle presenti nel volume *La dittatura*, in particolare nella Prefazione alla seconda edizione del 1927<sup>34</sup>.

C'è innanzitutto in Schmitt una impostazione di metodo. Senza «profonde ricerche di storia della costituzione e della dottrina della costituzione», non si possono prendere in considerazione questioni scientificamente rilevanti<sup>35</sup>. Quando si affronta il concetto di Costituzione bisogna differenziare i concetti di Costituzione da quello di legge costituzionale<sup>36</sup>. Prima di ogni legge costituzionale «c'è una *decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente*, cioè in una democrazia del popolo, nella monarchia pura del monarca»<sup>37</sup>.

Tutto ciò anche se per Carl Schmitt è opportuno «parlare della costituzione come di una unità e a tal riguardo conservare un significato assoluto della costituzione»<sup>38</sup>.

Una impostazione che consente anche alla dottrina tedesca di ascrivere la posizione di Carl Schmitt ad un concetto di costituzione in senso materiale. Sotto questo profilo, sono rilevanti le riflessioni di quella parte della cultura giuridica riferite alla Costituzione bavarese del 1818 che ha sostenuto che solo «la Costituzione vera e propria, la costituzione in senso materiale, la forma di stato», dovrebbero essere inalterabili<sup>39</sup>.

Altrettanto interessante è l'elencazione che Carl Schmitt fa delle decisioni politiche fondamentali, tra cui: «la decisione per la democrazia, che il popolo tedesco ha preso in forza della sua esistenza politica consapevole come popolo»; «la decisione per il mantenimento dei Länder, ossia di una struttura federale dei Reich (anche se non confederale)»; «la decisione per una forma di legislazione di governo fundamentalmente rappresentativo – parlamentare»; «infine, la decisione per lo Stato borghese di diritto con i suoi principi: diritti fondamentali e distinzioni dei poteri»<sup>40</sup>.

Una analisi che trova riscontro nel contributo offerto successivamente dalla dottrina che, nell'individuare le fonti di legittimazione del pensiero schmittiano, si ricollega al saggio giovanile dell'Autore, pubblicato nel 1912 e dedicato a *Gesetz und Urteil*, laddove individua il problema che Schmitt pone di «produrre decisioni certe, calcolabili ed affidabili». «Il valore da perseverare è dunque quello della *Rechtsbestimmtheit*, della determinatezza giuridica»<sup>41</sup>.

Una prospettiva di riflessione che, secondo una parte della dottrina italiana, è stata affrontata da Costantino Mortati che, nel suo saggio del 1940, evidenzia l'esigenza di individuare il fondamento della Costituzione che non può concretizzarsi in dati esclusivamente procedurali ma deve esprimere principi fondanti e un indirizzo per il futuro<sup>42</sup>. Di qui la convinzione che

<sup>33</sup> Su questi aspetti vedi più ampiamente M. Polzin, *Verfassungsidentität: Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?*, cit., 22 ss.

<sup>34</sup> Cfr. C. Schmitt, *La dittatura*, a cura di Antonio Caracciolo, Roma, 2006.

<sup>35</sup> Cfr. C. Schmitt, *La dittatura*, a cura di Antonio Caracciolo, Roma, 2006, *Prefazione* (1927), 18 ss.

<sup>36</sup> Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 38.

<sup>37</sup> Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 41.

<sup>38</sup> Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 41.

<sup>39</sup> Cfr. M. von Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, 1, *Die Staatsverfassung*, München, 1913, 126.

<sup>40</sup> Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 42.

<sup>41</sup> Cfr. M. Fioravanti, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in *Historia Constitucional*, n. 12, 2011, 25

<sup>42</sup> Cfr. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*. Ristampa inalterata con premessa di G. Zagrebelsky, Milano, 1998.

lo «Stato può continuare a esprimere il principio di unità politica solo se dotato di un indirizzo consapevolmente individuato e scelto».

Ed ancora: «Lo Stato continuerà a essere sovrano solo se sarà capace di essere espressione coerente di un indirizzo fondamentale, scaturito dalla stessa comunità e tradotto in principi e norme costituzionali»<sup>43</sup>.

Ne consegue che si può riconoscere un potere di modificare la Costituzione nel senso che «singole o più discipline costituzionali possono essere sostituite da altre, ma solo nel presupposto che l'identità e la continuità della Costituzione nella sua interezza rimangano garantite»<sup>44</sup>.

Sono questi alcuni aspetti che vengono utilizzati dalla cultura giuridica tedesca per attribuire a Carl Schmitt la individuazione di una barriera materiale implicita alle modifiche costituzionali in riferimento alla Costituzione di *Weimar*<sup>45</sup>. Peraltro, si tratta di elementi non sempre valutati positivamente, in quanto identificati sul piano della teoria costituzionale e non radicati nel testo costituzionale<sup>46</sup>.

I limiti alle modifiche costituzionali sono invece esplicitamente riconosciuti dal *Grundgesetz*. Il *Grundgesetz*, promulgato il 23 maggio 1949, ha avuto un procedimento di formazione alquanto complesso che ha portato all'approvazione di un articolo, il 79 che al primo comma prevede: «La Legge fondamentale può essere modificata soltanto da una legge che modifichi o integri espressamente il testo della Legge fondamentale»<sup>47</sup>. Questa legge richiede l'approvazione dei due terzi dei membri del *Bundestag* e del *Bundesrat*.

Ma il terzo comma dello stesso art. 79 GG non consente una modifica della Legge Fondamentale avente ad oggetto l'articolazione in *Länder*, il principio della partecipazione dei *Länder* alla legislazione o i principi enunciati negli artt. 1 e 20 GG.

Si è in presenza di un complesso normativo che pone problemi interpretativi di diversa natura. Innanzitutto, l'individuazione dei principi che sostengono l'identità, è determinata in modo assoluto in quanto nasce non solo dall'esigenza di una rottura con il precedente sistema nazionalsocialista ma anche per intervenire sulle cause che, vigente la Costituzione di *Weimar*, hanno determinato la crisi del sistema costituzionale<sup>48</sup>. Inoltre, la loro interpretazione deve avvenire sistematicamente, utilizzando anche i canoni interpretativi fondati sulla elasticità<sup>49</sup>. È quindi individuato un elenco che è certamente ben determinato ma che comunque va interpretato<sup>50</sup>.

Al di là di queste considerazioni è opportuno evidenziare che tutto l'impianto è costruito su di una distinzione tra potere costituente e potere di modifica della Costituzione. Un dato, questo, che emerge dall'analisi degli studiosi che hanno dedicato interesse alla interpretazione

<sup>43</sup> Cfr. M. Fioravanti, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, cit., 28.

Per una valutazione complessiva del pensiero di Mortati si rinvia, fra gli altri, a F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati, Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, 2017; G. M. Salerno, G. Caporali (a cura di), *Costantino Mortati a Macerata: la Costituzione materiale e il pensiero giuridico*, Macerata, 2024.

<sup>44</sup> Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 145.

<sup>45</sup> Vedi M. Polzin, *Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetz?* cit., 23 ss. e *biblio* ivi cit.

<sup>46</sup> Su questi aspetti si rinvia a M. Herdegen, *Art. 79 GG*, in G. Dürrig, R. Herzog, R. Scholz (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar*, München, 2024.

<sup>47</sup> Vedi sul punto più ampiamente M. Herdegen, *Art. 79 GG*, cit., punto 1 ss.; cui *adde*, fra gli altri, M. Polzin, *Verfassungsidentität*, cit., 85.

<sup>48</sup> Cfr. F. Lanchester, *Il costituzionalismo contemporaneo e l'incubo di Weimar*, Padova, 2023, 35 ss.

<sup>49</sup> In tal modo si ribadisce che i limiti interpretativi che vanno oltre l'art. 79, co. 3, GG non sono giustificati dalla formulazione della Legge Fondamentale ma dalle ipotesi di teoria costituzionale utilizzate per interpretare o comprendere la Legge fondamentale. Cfr. M. Polzin, *Verfassungsidentität*, cit., 86.

<sup>50</sup> P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione*, cit., 151.

del terzo comma dell'art. 79 GG<sup>51</sup> e che correttamente ritengono che il potere di modificare la Costituzione non possa dar vita ad una nuova Costituzione, in quanto violerebbe le indicazioni fissate dal *Grundgesetz* finendo «per incorrere in una azione rivoluzionaria della Costituzione e nella creazione (parziale o totale) di una nuova Costituzione»<sup>52</sup>.

Questi dati interpretativi offerti dalla dottrina e riferibili al terzo comma dell'art. 79 GG, ottengono una conferma dalla successiva giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* chiamata ad interpretare le singole situazioni espresse dalla norma.

È evidente che, nel richiamare questa giurisprudenza, si farà contestualmente riferimento alla riflessione prodotta dalla cultura giuridica chiamata a valutare i contributi interpretativi della Corte costituzionale federale.

Da una valutazione complessiva del dibattito determinato dall'art. 79 terzo comma GG, si evince che il significato della clausola di inalterabilità non nasce esclusivamente dalla esigenza di collegarsi al pensiero di Bilfinger e Schmitt. Si voleva, infatti, preservare soprattutto il testo costituzionale dalle azioni tese a produrre un rovesciamento rivoluzionario della Costituzione o, comunque, a proteggerla contro «una graduale erosione» tenendo in considerazione la progressiva dissoluzione della Costituzione dello Stato di *Weimar* che consentì l'instaurarsi del regime nazionalsocialista<sup>53</sup>.

Una prospettiva che dovrebbe vietare una interpretazione eccessivamente estensiva che, così come le rapide «cementazioni normative», rischiano di «favorire forze che mirano a un rovesciamento rivoluzionario della Costituzione attraverso un nuovo ordinamento»<sup>54</sup>.

Si è comunque in presenza di una giurisprudenza che, in un primo tempo, offre elementi interpretativi che richiedono qualche osservazione.

È opportuno, a questo punto, far riferimento alle indicazioni destinate a verificare il nucleo essenziale dei principi sanciti negli artt. 1 e 20 GG che non possono essere modificati o intaccati utilizzando un procedimento di revisione costituzionale. Tutto ciò perché secondo questa prima giurisprudenza, le modifiche sarebbero consentite qualora non fosse toccato il nucleo essenziale dei principi<sup>55</sup>.

Rilevante è l'attribuzione della intangibilità del rispetto della dignità umana anche se il *Bundesverfassungsgericht* ritiene che non sia un valore assoluto applicabile in modo astratto e automatico, ma richiede valutazioni contestuali e bilanciamenti<sup>56</sup>. Collegati con riferimento alla dignità umana, vengono considerati molti diritti di libertà: il diritto della personalità, la libertà di credo, la tutela della vita, la garanzia della proprietà, considerata quest'ultima come uno strumento per la libertà personale<sup>57</sup>.

Anche la formula contenuta nel secondo comma dell'art. 1, riferita agli «inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo», ha sollecitato la interpretazione giurisprudenziale per evitare il rischio di un uso arbitrario o soggettivo. Viene considerato esempio di arbitrarietà la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* che, in riferimento alle espropriazioni dell'est della Germania, ha

<sup>51</sup> M. Herdegen, *Art. 79 GG*, cit., punto 13 ss.

<sup>52</sup> M. Herdegen, *Art. 79 GG*, cit., al punto 7-12.

<sup>53</sup> Cfr. M. Herdegen, *Art. 79 GG*, cit., punto 12.

<sup>54</sup> Cfr. M. Herdegen, *Art. 79 GG*, cit., punto 7 ss.

<sup>55</sup> La determinazione del nucleo essenziale intangibile dovrebbe richiedere: 1) analizzare l'ambito di applicazione delle garanzie sancite negli artt. 1 e 20 GG; 2) valutare come l'intento del legislatore costituente possa ridurre l'efficacia normativa di tale garanzia; 3) considerare il valore normativo ed il principio guida di ogni standard protetto, tenendo conto delle sue specifiche declinazioni al di fuori degli artt. 1 e 20 GG. Su questi aspetti si rinvia a M. Herdegen, *Art. 79 GG*, cit., punto 111 e bibliografia ivi cit.

<sup>56</sup> M. Herdegen, *Art. 79 GG*, cit., punto 114 ss.

<sup>57</sup> Cfr. M. Herdegen, *Art. 79 GG*, cit., punto 116.

individuato un obbligo per il legislatore di conformarsi a fondamentali postulati di giustizia<sup>58</sup>. Altrettanto rilevanti sono considerati gli interventi a tutela della protezione dell'ordine democratico, per il quale, se è vero che la giurisprudenza ritiene il principio come «non negoziabile» e «intangibile», allo stesso tempo questo viene talvolta considerato diversamente, consentendo, «molteplici relativizzazioni o persino deroghe»<sup>59</sup>.

Un aspetto della giurisprudenza che merita qualche considerazione è anche quello dedicato al sistema federale e al ruolo affidato ai Länder. Come già si è evidenziato, l'art. 79 comma 3, GG nello stabilire i limiti di immodificabilità della Legge fondamentale, determina il divieto di modifiche che riguardino l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione, il principio dello stato federale. Una garanzia che è determinata da elementi espressi nella storia costituzionale tedesca: la Costituzione dell'impero del 1871, la Costituzione della Repubblica di *Weimar* del 1919, l'esistenza dei Länder come nucleo fondante l'ordinamento tedesco anche dopo la Seconda guerra mondiale.

Il principio federale, quindi, previsto dall'art. 20 GG esclude qualsiasi scelta che non derivi dallo Stato federale.

**2.2. Il concetto di identità costituzionale nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la sentenza Lissabon del 2009.** La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha assunto un deciso rilievo quando si è trattato di esaminare il concetto di identità costituzionale rispetto alla Unione. Già in una prima sentenza *Solange I* del 29 maggio 1974 la Corte riteneva che i diritti fondamentali previsti dal *Grundgesetz* costituissero un «contenuto essenziale e irrinunciabile» dell'ordinamento costituzionale, che non può essere compromesso dall'applicazione del diritto comunitario. Tale nucleo essenziale è inteso come parte integrante della struttura fondamentale della Costituzione, sulla quale si fonda la sua stessa identità<sup>60</sup>.

La successiva sentenza *Solange II* del 22 ottobre 1986, emessa dalla Corte costituzionale Federale tedesca, ha rappresentato un importante sviluppo nel rapporto tra diritto nazionale e diritto delle Comunità europee. In questa decisione, la Corte ha ribadito che non si può modificare la struttura fondamentale della Costituzione, sulla quale si fonda la sua stessa

<sup>58</sup> Cfr. la sentenza BVerfGE 84, 90 (121) e vedi più ampiamente anche M. Herdegen, *Art. 79 GG*, cit., punto 119-122.

<sup>59</sup> M. Herdegen, *Art. 79 GG*, cit., punto 127-144.

<sup>60</sup> Cfr. il punto 3 della Sentenza: «L'art. 24 della Legge fondamentale fa riferimento al trasferimento di poteri sovrani alle organizzazioni internazionali. Questo non può essere preso alla lettera. Come ogni altra disposizione fondamentale della Costituzione, l'art. 24 della Legge fondamentale deve essere compreso e interpretato nel contesto della Costituzione nel suo complesso. Vista in questo modo, questa disposizione non consente di utilizzare una legislazione emanata da un'organizzazione internazionale per modificare la struttura di base della Costituzione, che è il fondamento della sua identità, senza una modifica costituzionale. È vero che le istituzioni comunitarie competenti hanno poteri legislativi che gli organi costituzionali tedeschi competenti non hanno in base alla Legge fondamentale, e che le leggi emanate dalle istituzioni comunitarie sono comunque valide e direttamente applicabili nella Repubblica federale di Germania. Tuttavia, l'art. 24 della Legge fondamentale limita questi poteri legislativi, in quanto non consente emendamenti ai trattati che annullino l'identità della Costituzione tedesca, invadendo le sue strutture costitutive. Lo stesso vale per le norme di diritto comunitario derivato adottate sulla base dell'interpretazione del trattato applicabile, che avrebbero lo stesso effetto sulle strutture fondamentali della Legge fondamentale. Piuttosto che autorizzare un vero e proprio trasferimento di poteri sovrani, l'art. 24 della Legge fondamentale crea un'apertura per il trasferimento di poteri sovrani. 24 della Legge fondamentale crea un'apertura nell'ordinamento giuridico interno (soggetta ai limiti ivi stabiliti) che consente al diritto di un'altra fonte di diventare direttamente valido e applicabile all'interno della sfera sovrana della Germania, limitando la pretesa esclusiva della Germania al potere sovrano nell'ambito di applicazione della Legge fondamentale».

identità. Inoltre, riconosce i principi che stanno a fondamento delle disposizioni costituzionali sui diritti fondamentali quale contenuto essenziale e irrinunciabile, posto a fondamento dell'ordinamento costituzionale vigente, non facendo più riferimento a quella parte della Costituzione relativa ai diritti fondamentali. Altresì, aveva stabilito che non avrebbe esercitato il controllo di costituzionalità sui regolamenti dell'Unione Europea finché la protezione dei diritti fondamentali garantita dalla legislazione europea fosse equivalente a quella fornita dalla Legge Fondamentale tedesca (*Grundgesetz*)<sup>61</sup>.

Nel 1993 la sentenza di *Maastricht* della Corte costituzionale Federale tedesca ha previsto importanti limiti al trasferimento di poteri sovrani all'Unione Europea<sup>62</sup>. In particolare, ha valutato la compatibilità dell'adesione della Germania al Trattato sull'Unione Europea con il *Grundgesetz*. La Corte ha affermato che il trasferimento di competenze all'UE deve rispettare i principi fondamentali della Costituzione tedesca, sanciti dall'articolo 79, co. 3, GG, che protegge il principio di democrazia, garantendo che il Bundestag mantenga i poteri per preservare la legittimità democratica e la sovranità dello Stato tedesco, assicurando alla Germania ambiti di competenza decisionale autonoma. Secondo la Corte, il Bundestag non può essere svuotato dei suoi poteri, poiché la democrazia si basa sulla rappresentanza dei cittadini attraverso i parlamenti nazionali. Inoltre, la protezione offerta dall'art. 79, co. 3, GG è considerata inamovibile, salvo nel caso di una rivoluzione costituzionale operata da un nuovo potere costituente. Un semplice emendamento costituzionale o un *referendum* non sarebbero sufficienti per modificarlo.

Anche questa sentenza si inserisce nel dibattito giuridico tedesco sull'integrazione europea, stabilendo paletti rigidi alla cessione di sovranità alla UE<sup>63</sup>.

Successivamente il contributo più significativo è determinato dalla sentenza di Lisbona del 30 giugno 2009, tesa ad individuare, sulla base di un notevole impianto teorico e con una analisi incisiva, il contenuto della identità costituzionale a cui si deve attenere anche l'Unione europea, affidando al *Bundesverfassungsgericht* il controllo per salvaguardarla e il potere di

<sup>61</sup> La Corte ha affermato che, se le istituzioni europee, in particolare la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, forniscono una protezione adeguata dei diritti fondamentali, il BVerfG interverrà solo qualora si verificano deviazioni significative rispetto agli standard di protezione dei diritti fondamentali previsti dal *Grundgesetz*. Tra i diversi contributi sul tema si rinvia, fra gli altri, a M. Hilf, *Solange II: Wie lange noch Solange?*, in *EuGRZ*, 14, 1987, 1; L. Geti, *Il contributo della Giurisprudenza costituzionale tedesca nella determinazione dei rapporti con l'Unione Europea*, in *Nomos*, 13 maggio 2015; P. F. Mayer, *The European Constitution and the Courts Adjudicating European constitutional law in a multilevel system*, WHI Paper 15/03; D. König, *Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses*, Berlino, 2000; R. Pracht, *Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts. Ultra vires, Solange II, Verfassungsidentität*, Tübingen, 2022, 227 ss.

<sup>62</sup> Sentenza del 12 ottobre 1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92.

<sup>63</sup> Si rinvia, fra gli altri, a D. Murswiek, *Maastricht und der Pouvoir Constituant*, in *Der Staat*, 32, 1993; A. Anzon, J. Luther, *Il trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, in *Giur. Cost.*, 1994, 667; G.U. Rescigno, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *Giur. Cost.*, 2, 1994, 3115; H. H. Weiler, *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *ELJ*, 1995, 219; K. M. Meesen, *Maastricht nach Karlsruhe*, in *NJW*, 47, 1994, 549; J. Wieland, *Germany in the European Union – The Maastricht Decision of the Bundesverfassungsgericht*, in *EJIL*, 5, 1994, 259; J. A. Frowein, *Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *ZaöRV*, 54, 1994, 1; J. Kokott, *Deutschland im Rahmen der Europäischen Union – zum Vertrag von Maastricht*, in *AöR*, 11, 1994, 207; H. P. Ipsen, *Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil*, in *Europarecht EuR*, 29, 1994, 1; R. Streinz, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *EuZW*, 11, 1994, 329; M. Herdegen, *Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for An „Ever Closer Union”*, in *CMLR*, 31, 1994, 235; B. Alaez Corral, *Comentario a la sentencia del tribunal constitucional federal alemán de 12 de octubre de 1993*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1995, 45, 243-278; D. Grimm, *Una Costituzione per l'Europa?*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 340-368; L. Violini, *Tra il vecchio e il nuovo. la sentenza Lisbona alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen*, in *astrid-online.it*; J. Habermas, *Una Costituzione per l'Europa?* Roma, 2017.

intervento sugli atti dell'Unione *ultra vires*<sup>64</sup>.

Il *Bundesverfassungsgericht* era stato investito da quattro ricorsi individuali diretti e da un conflitto interorganico per la valutazione della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona, della legge costituzionale che introduceva le modifiche per adattare il *Grundgesetz* alle innovazioni introdotte dal Trattato (artt. 23, 45 e 93) e della legge di estensione e rafforzamento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* negli affari dell'Unione europea<sup>65</sup>.

La linea destinata alla identificazione del contenuto della identità costituzionale emerge dopo che la sentenza individua puntualmente i rapporti istaurati tra l'Unione e gli Stati membri.

Il punto di riferimento più immediato in questa costruzione è il Trattato di Lisbona del 2007 e i dati normativi espressi dal *Grundgesetz*<sup>66</sup>.

Ed è da questa prospettiva che la sentenza configura i rapporti che l'Unione ha con lo Stato tedesco e con gli altri Stati membri come un ente di collegamento (*Staatenverbund*) che rispetta le identità nazionali in un rapporto di leale cooperazione. Un *Staatenverbund*, un neologismo utilizzato per escludere che il *Grundgesetz* potesse autorizzare la Germania ad entrare in uno Stato federale<sup>67</sup>. Questo «passo, implicando il trasferimento della sovranità in un nuovo soggetto di legittimazione», sarebbe «riservato esclusivamente ad una dichiarazione immediata di volontà del popolo tedesco»<sup>68</sup>. Una scelta quella del concetto di *Verbund* sostenuta dalla dottrina tedesca<sup>69</sup>, in quanto ritenuta come la più idonea a consentire i rapporti in uno scenario pluralistico determinato dall'Unione e dagli Stati membri. E che consente di riconoscere «l'indipendenza degli attori e allo stesso tempo la loro reciproca dipendenza gli uni dagli altri», determinando una situazione «che richiede considerazione e capacità di agire insieme»<sup>70</sup>.

Un itinerario, pertanto, quello percorso dalla Corte per ribadire che la c.d. *garanzia di eternità*, determinata dall'art. 79, co. 3, GG, sia non solo sottratta a qualsiasi revisione costituzionale ma anche all'azione del potere costituente chiamato a dar vita ad una nuova Costituzione<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> Vedi su questi aspetti, fra gli altri, R. Pracht, *Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts. Ultra vires, Solange II, Verfassungsidealität*, cit., 89 ss.

<sup>65</sup> Cfr. P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, cit., 441.

<sup>66</sup> La legge di approvazione del Trattato di Lisbona è stata approvata dal *Bundestag* il 24 aprile 2008. Il *Bundesrat* l'ha approvata il 23 maggio 2008 con una maggioranza dei 2/3. Il provvedimento è stato promulgato dal Presidente federale l'8 ottobre 2008, è stato pubblicato nella *Bundesgesetzblatt* parte seconda il 14 ottobre 2008 ed è entrata in vigore il giorno successivo.

<sup>67</sup> Si rinvia alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, del 30 giugno 2009. La sentenza è stata tradotta a cura di J. Luther: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Traduzione\\_senenza.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_senenza.pdf). Sul concetto vedi di *Verfassungsverbund* v. I. Pernice, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, in *Europarecht*, 31, 1996, 27; I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 703.

<sup>68</sup> Sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 30 giugno 2009, punto 228.

<sup>69</sup> Cfr. A. von Bogdandy, S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag - Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, cit., 701 ss.

<sup>70</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag - Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, cit., secondo i quali «Questa concezione di associazione costituzionale trova un fondamento giuridico positivo in alcune disposizioni. Vanno menzionate le clausole di salvaguardia strutturale reciproche, come ad esempio l'articolo 23 comma 1 comma 1 Legge fondamentale (Legge fondamentale) a livello degli Stati membri e l'articolo 7 TUE (Trattato sull'Unione europea) a livello dell'Unione. In termini di diritto dell'Unione, un'idea composita può essere ulteriormente stabilita nell'articolo 6, paragrafi 2 e 3 TUE, nell'articolo 48 TUE, nell'articolo 267 TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) o nell'articolo 1, paragrafo 1, articolo 10, paragrafo 2, art. 12 TUE, che esprime il principio della doppia legittimità, secondo il quale la legittimità dell'Unione dipende dalle costituzioni nazionali».

<sup>71</sup> Sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, secondo senato, del 30 giugno 2009, cit.

Come ribadisce la sentenza può «restare aperta la questione se questo vincolo, in virtù della universalità di dignità, libertà e uguaglianza valga persino per il potere costituente, cioè nel caso in cui il popolo tedesco in libera autodeterminazione, seppure in soluzione di continuità della legalità (*Legalitätskontinuität*) rispetto all'ordinamento della Legge Fondamentale», si dia una nuova Costituzione e, quindi, anche nell'ipotesi della revisione di cui all'art. 146 GG<sup>72</sup>.

Comunque, si prospetta un contesto di cooperazione a diversi livelli, che la sentenza più volte richiama, per sostenere che, nello «spazio giudiziario europeo, le garanzie di diritto costituzionale e di diritto dell'Unione a favore dell'identità costituzionale nazionale operano pertanto 'mano nella mano' (*hand and hand*)»<sup>73</sup>.

Ma quali sono i contenuti che il *Bundesverfassungsgericht*, nella sentenza di Lisbona, considera componenti della identità costituzionale?

È innanzitutto da precisare che la Corte ha come punti di riferimento non solo le indicazioni espresse nel GG ma anche il complesso di quelle indicate dalla normativa di cui agli artt. 2 e 4 del TUE. Tali norme sono utilizzate per una interpretazione dei contenuti ipotizzati dall'art. 79, co. 3, e da quelle richiamate dallo stesso articolo. In altri termini il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti di persone appartenenti a minoranze, hanno un ruolo nel consentire una interpretazione del terzo comma dell'art. 79 e degli artt. 1 e 20 GG.

In particolare, con riferimento all'art. 20 GG, è da ritenersi quanto mai rilevante la posizione di quella dottrina secondo la quale il primo comma della norma fa riferimento non solo ai principi della struttura statale repubblicana, federativa e democratica, ma anche a quelli che determinano l'obiettivo della struttura dello stato sociale. Un obiettivo che consente alla stessa dottrina di identificare, come principi della struttura sociale, sia i principi fondamentali organizzativi e formali del GG, sia i principi costituzionali materiale che vincolano lo Stato per il raggiungimento di uno obiettivo specifico. Un contesto, quindi, nel quale si intravede una stretta relazione normativa in quanto sono i principi della struttura statale a fissare le modalità per la realizzazione degli obiettivi dello Stato sociale<sup>74</sup>.

Ed è in questo contesto che va valutata l'interpretazione della Corte, secondo la quale la «unificazione europea sulla base di un'unione pattizia tra stati sovrani, d'altra parte, non può realizzarsi in modo tale da lasciare agli stati membri uno spazio insufficiente per la determinazione politica delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali»<sup>75</sup>. Una valutazione, quest'ultima, che è considerata da una parte della dottrina, come un tentativo del *Bundesverfassungsgericht* di spingersi «particolarmente oltre»<sup>76</sup>, in quanto l'indicazione espressa dalla Corte varrebbe «in particolare per le materie che danno forma agli ambienti della vita dei cittadini tutelati dai diritti fondamentali [...] e per le decisioni politiche che dipendono in particolar modo da pre-comprensioni culturali, storiche e linguistiche [...]»<sup>77</sup>.

Accanto a questi vanno inseriti l'art. 23 GG, che nell'aprire la Repubblica federale di

---

«Il potere costituente non ha dato alcun mandato ai rappresentanti e agli organi del popolo di disporre sull'identità della costituzione. A nessun organo costituzionale è conferita la competenza di modificare i principi costituzionali sanciti come fondamentali dall'art. 79 comma 3 Legge fondamentale». Cfr. Paragrafo 218.

<sup>72</sup> Cfr. il punto 217 della sentenza di Lisbona

<sup>73</sup> Cfr. Sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, cit., Massima ufficiale, punto n.4

Sull'esigenza del «dialogo tra le corti» vedi anche A. Ruggeri, *Teoria della Costituzione, identità costituzionale e salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2022, 10 ss.

<sup>74</sup> Sul punto si rinvia per tutti a K. P. Sommermann, *Art. 20 GG*, in P.M. Huber, A. Voßkuhle (a cura di), *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, Volume 2, 8 edizione, München, 2024, punto 140-141.

<sup>75</sup> Cfr. il punto 249 della sentenza di Lisbona.

<sup>76</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag - Zur unionsrechtlichen. Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, cit., 723.

<sup>77</sup> Massima ufficiale 3 della sentenza di Lisbona.

Germania all'Unione europea, richiede, fra l'altro, il rispetto dei principi democratici, dello Stato di diritto, sociali e federativi e del principio di sussidiarietà, garantendo una tutela dei diritti fondamentali. Così pure l'art. 4, par. 2, TUE che, prescrive all'Unione di rispettare l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali<sup>78</sup>.

Non solo, ma anche i contenuti dell'art. 4, par. 3, e dell'art. 2 TUE.

Un intervento, quello della Corte, non destinato a identificare ulteriori limiti sostanziali oltre quelli contenuti nell'art. 79, co. 3. Il ricorso agli altri dati normativi è utilizzato esclusivamente «per interpretare o comprendere la Legge Fondamentale»<sup>79</sup>.

Ma al di là di queste considerazioni, si può ritenere che la Corte, ricorrendo ad una valutazione sistematica, abbia voluto contribuire ad interpretare il contenuto della identità costituzionale dell'ordinamento tedesco, legittimato dal terzo comma dell'art. 79 GG?

Dallo studio della sentenza di Lisbona emerge che la Corte abbia sicuramente contribuito a definire sistematicamente i contenuti della identità costituzionale.

In questo contesto si evidenzia l'esigenza di non «erodere il sistema democratico di governo» e di difendere «i requisiti democratici fondamentali». C'è la consapevolezza che la garanzia della eternità della Legge fondamentale debba reagire «alle esperienze storiche di uno svuotamento strisciante o anche brusco di un nucleo di libertà di un ordinamento» e di conseguenza di considerare i fondamenti del sistema democratico, anche se organizzato sulla base di modelli diversi, tutelati dall'enunciazione normativa fissata dall'art. 7, co. 3<sup>80</sup>.

La Corte, con una valutazione che ha come punto di riferimento il sistema democratico, ritiene che «la violazione della identità costituzionale stabilita dall'art. 79, co. 3, Legge Fondamentale, dal punto di vista dei principi di democrazia significa, contestualmente una interferenza nel potere costituente del popolo», individuando in tal modo un'area per una interpretazione sistematica che abbia come riferimento immediato l'art. 79, co. 3, GG.

Ad esempio, basta rileggere gli interventi a tutela del diritto di voto (art. 38, co. 1, periodo primo della GG) «equiparato ad un diritto fondamentale» tra i «principi che l'art. 79, co. 3, della Legge fondamentale sancisce come l'identità della Costituzione»<sup>81</sup>.

Una scelta, questa, che consente alla Corte di affermare che il «diritto di voto è il più importante diritto soggettivo dei cittadini alla partecipazione democratica garantita dalla Legge fondamentale (art. 20, co. 1 e 2 Legge fondamentale)»; che all'elezione dei deputati del *Bundesrat* va attribuito «un ruolo di indirizzo» «su governo e sulla legislazione della federazione», e che pertanto, senza il riconoscimento di una elezione libera e uguale «il principio costitutivo della persona sarebbe incompleto»<sup>82</sup>.

Si possono esprimere, alla fine di questo itinerario, alcune considerazioni complessive,

<sup>78</sup> Su questi aspetti vedi più ampiamente C. Calliess, A. Puttler, W. Kahl, *Art. 4 TUE*, in C. Calliess, M. Ruffert (a cura di), *EUV-AEUV Kommentar*, 6 edizione, München, 2022.

<sup>79</sup> M. Polzin, *Verfassungsidentität*, cit., 86.

<sup>80</sup> Fra le diverse enunciazioni espresse dalla sentenza meritano un richiamo alcuni in particolare: «il principio democratico non è suscettibile di bilanciamento anzi è intangibile» (216) e per democrazia «significa non solo il rispetto di principi di organizzazione formale (...)» (250). «la democrazia vive in primo luogo di (en) un'opera pubblica funzionante che si concreta in atti di indirizzo politico e sulla distribuzione periodica delle posizioni di vertice tra governo e opposizione» (251) «questa pretesa centrale della democrazia può essere realizzata sulla base di modelli diversi» (214). «La legge fondamentale pretende che ogni cittadino sia libero e giuridicamente (davanti alla legge) uguale. Per il principio di democrazia questo significa che ogni cittadino che acquista in virtù dell'età il diritto di voto senza perderlo deve avere una partecipazione uguale all'esercizio del potere statale [...]» (214).

<sup>81</sup> Cfr. il punto 208 della sentenza.

<sup>82</sup> Cfr. il punto 210 della sentenza.

utilizzando anche la riflessione della cultura giuridica intervenuta dopo la sentenza di Lisbona.

Vanno respinte quelle posizioni che considerano vago il concetto di identità per «denigrarlo come un tentativo nostalgico se non reazionario, di rinazionalizzare la spazio costituzionale europeo»<sup>83</sup>. Così come va evidenziato che, nell'ordinamento, il concetto di identità, in quanto espresso dalla Costituzione in via implicita con un sistema di norme che ruotano attorno al terzo comma dell'art. 79 GG, ha innanzitutto un valore assoluto. Un'affermazione, questa, che trova legittimazione nell'art. 4, par. 2, TUE e che a sua volta si rifà alla disposizione contenuta nell'art. 6, par. 3, TUE Amsterdam e a quella precedente dell'art. F, paragrafo 1, punto 1 TUE *Maastricht*, secondo il quale la «Unione [...] rispetta l'identità nazionale dei suoi membri».

Un orizzonte normativo, comunque, la cui interpretazione rientra tra «le questioni giuridiche teoricamente e dogmaticamente più difficili dello spazio giuridico europeo», uno scenario che evidenzia i rapporti tra i «custodi» dei «rispettivi ordinamenti costituzionali» e cioè Corte di Giustizia della Comunità Europea e Corti Costituzionali degli Stati membri<sup>84</sup>. Infatti si confrontano due posizioni una che attribuisce una preminenza assoluta del diritto dell'Unione in contrapposizione al diritto costituzionale nazionale, un'altra portata avanti dalle Corti costituzionali degli Stati membri che individuano «riserve costituzionali sul primato assoluto»<sup>85</sup>. Uno scenario che ha trovato un contributo nelle scelte operate dalla Corte costituzionale tedesca.

Innanzitutto: a) il riconoscimento del *Verbund* che lega l'Unione agli Stati membri; b) l'acquisizione del ruolo del concetto di identità come valore primario in riferimento agli ordinamenti dei singoli Stati; c) il superamento dell'idea di una priorità assoluta del diritto dell'Unione rispetto al diritto costituzionale degli Stati partecipanti all'associazione<sup>86</sup>.

Di qui la convinzione di ricollegarsi ad uno sistema fondato su una istanza decisamente pluralistica, regolata da tre fondamentali principi: il rispetto delle identità nazionali, il principio dell'uguaglianza tra gli Stati, la tutela delle funzioni fondamentali dello Stato<sup>87</sup>.

Pertanto, va accolta quella posizione della dottrina che ritiene l'identità costituzionale orientata all'Unione come un concetto fondamentale assoluto, legittimato dal *Grundgesetz* e di conseguenza valido sia «per le modifiche costituzionali formali classiche, sia per le modifiche costituzionali nell'ambito dell'integrazione europea, sia per l'assunzione di determinati obblighi internazionali»<sup>88</sup>.

In questo contesto si ribadisce anche il dovere degli organi costituzionali di contrastare quegli interventi delle istituzioni dell'Unione Europea finalizzati a violare l'identità costituzionale consentendo un controllo e determinandone i requisiti<sup>89</sup>. Ciò vale in modo particolare per la dignità umana, considerata come una violazione giuridica più elevata tra quelle determinate

<sup>83</sup> Cfr. T. Wischmeyer, *Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2015, 415 ss.

<sup>84</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag - Zur unionsrechtlichen. Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, cit., 701.

<sup>85</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag - Zur unionsrechtlichen. Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, cit., 701 ss.

<sup>86</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag - Zur unionsrechtlichen. Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, cit., 701 ss.

<sup>87</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag - Zur unionsrechtlichen. Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, cit., 709.

<sup>88</sup> In questo senso si rinvia a M. Polzin, *Verfassungsidentität*, cit., p. 48 ss.; cui adde M. Walter, *Integrationsgrenze Verfassungsidentität - Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive*, in *ZaöRV*, 2012, 177 ss.

<sup>89</sup> Per una valutazione della successiva giurisprudenza si rinvia a M. Polzin, *Verfassungsidentität*, cit., 52 ss.

dalla GG accanto ai principi che caratterizzano la democrazia.

Un insieme di valutazioni che di recente costituiscono il presupposto anche per interpretare la nuova formulazione dell'art. 146 GG<sup>90</sup> e per consentire di sostenere che si è in presenza di un quadro in cui il Trattato di Lisbona si apre alle Costituzioni degli Stati membri che a loro volta sono aperte all'integrazione, configurando, in tal modo, quello che è stato definito «sistema di stabilizzazione reciproca»<sup>91</sup>. Un incontro tra sistemi dialoganti, senza alcuna interferenza gerarchica.

Uno scenario che, per quanto riguarda la identità costituzionale degli Stati, risponde all'esigenza di tutelare il loro ordinamento, garantendo che non sia minacciato da azioni contro l'impianto costituzionale legittimato dalla fase costituente.

**3. «Principi supremi» e «identità costituzionale» nell'ordinamento italiano: alcune considerazioni introduttive.** Nell'ordinamento italiano la determinazione della identità costituzionale è da ascrivere alla Corte costituzionale che la ha riconosciuta partendo dalla individuazione del concetto di principi supremi<sup>92</sup>, utilizzando successivamente anche la formula «identità costituzionale» e dando vita anche alla teoria dei c.d. controlimiti.

L'analisi fin qui condotta ha evidenziato che per individuare la identità costituzionale di un ordinamento statale bisogna far riferimento alle sue strutture fondamentali, politiche e costituzionali. Una strategia che implica di percorrere itinerari complessi, soprattutto qualora la struttura non sia identificabile esplicitamente in un sistema di norme ma sia individuabile attraverso un'analisi idonea ad accogliere la loro esistenza espressa solo implicitamente. Ed è questo un dato che si evidenzia soprattutto nelle Costituzioni meno recenti qualora non contengano clausole esplicite di immutabilità e aprono un dibattito per la individuazione o meno di limiti impliciti al cambiamento.

Questa impostazione richiede l'esigenza di approfondire le fonti di legittimazione della Costituzione e che erano nella consapevolezza dei costituenti allorché hanno accolto la rigidità quale elemento qualificante. Invero lo studio dei materiali predisposti dalla Commissione Forti, e i resoconti del dibattito in Assemblea costituente fanno emergere le motivazioni della scelta finalizzata ad ancorare la Costituzione al processo storico che la ha

<sup>90</sup> Come è noto questo articolo, dopo la sostituzione operata dal Trattato del 12 settembre 1990 (trattato di riunificazione tra la Repubblica federale di Germania (*Bundesrepublik Deutschland, BRD*) e la Repubblica democratica tedesca (*Deutsche demokratische Republik, DDR*) entra in vigore il 3 ottobre del 1990), ha assunto questa formulazione: «La presente legge fondamentale che in seguito al conseguimento dell'unità e della libertà della Germania è valida per l'intero popolo tedesco, perderà la sua efficacia in cui entrerà in vigore una Costituzione adottata dal popolo tedesco in piena libertà di decisione».

Il dibattito attuale è tra chi sostiene che la eventuale sostituzione della legge fondamentale debba avvenire senza ulteriori vincoli e quindi senza far riferimento a quelli determinati dall'art. 79, co. 3, GG e tra le posizioni di chi afferma che l'adozione di una nuova Costituzione potrebbe avvenire solo rispettando le condizioni indicate dall'art. 79, co. 3, GG. In questo dibattito si inserisce la interpretazione operata dalla *Bundesverfassungsgericht* che, come già si è evidenziato, ha espresso il suo pensiero. Richiamandoci sempre all'intervento della *Bundesverfassungsgericht* di cui al paragrafo 217: sono, nella loro qualità di principi, sottratti a qualsiasi modifica «[...] i principi di struttura dello stato di cui all'art. 20 della legge fondamentale, ossia la democrazia, lo stato di diritto e lo stato sociale, la Repubblica, lo Stato federale nonché la sostanza dei diritti fondamentali elementari indispensabili per il rispetto della dignità umana [...]».

<sup>91</sup> C. Grabenwarter, *Staatliches Unionsverfassungsrecht*, in A. von Bogdandy, J. Bast (a cura di), *Europäisches Verfassungsrecht*, seconda edizione, Köln, 2009, 121 ss.

<sup>92</sup> Sul ruolo dei principi/valori supremi vedi, fra gli altri, R. Nania, *Principi supremi e revisione costituzionale (annotazioni sulla progressione di una controversia scientifica)*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati, Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, cit., 131 ss. e bibliografia ivi cit.

legittimata<sup>93</sup>.

Di qui l'opportunità di sostenere la concettualizzazione operata dalla cultura giuridica secondo la quale, «se è vero che alla base dei processi di istaurazione di nuovi ordinamenti [...] deve esserci una forza o un gruppo di forze trainanti che non soltanto operi la decisione fondamentale nel momento della rottura ma che la implementi nella fase della redazione del testo costituzionale e che la sostenga nel tempo per la sua tendenziale applicazione»<sup>94</sup>, l'interpretazione non può prescindere dai dati offerti dalle forze politiche che hanno legittimato la Costituzione.

Tutto ciò consente di considerare il procedimento di revisione costituzionale come la conferma della rigidità costituzionale e di distinguere l'atto di revisione dall'atto costituente, di differenziare il potere costituente dal potere costituito, di identificare l'intangibile nucleo dell'identità costituzionale come limite a modificare la Costituzione.

Una Costituzione, quindi, che nasce da una decisione che è «la normazione esecutiva della volontà costituente». Un dato che emerge anche nella riflessione schmittiana, ricostruita su di una analisi storica e con valutazioni di teoria dello Stato<sup>95</sup>.

Se una Costituzione non nasce da una norma, «in quanto come già evidenziato prima di ogni normazione c'è una decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente», è altrettanto evidente che questa decisione politica non si esaurisce con la emanazione della Costituzione. Continua ad esistere e a vivere accanto e al di sopra di essa: «è il fondamento comprensivo di tutti gli altri 'poteri' e 'divisioni di poteri'»<sup>96</sup>.

Da ciò discende una serie di conclusioni in riferimento al concetto di legittimità e alle conseguenze del potere costituente soprattutto riguardo alle modifiche costituzionali che si possono concretizzare in «singole o più discipline legislative costituzionali», garantendo l'identità e la continuità della Costituzione nella sua interezza<sup>97</sup>.

Ciò comporta, nella utilizzazione dei canoni offerti dalla interpretazione costituzionale, di prendere in considerazione le analisi prodotte nei lavori in Assemblea costituente<sup>98</sup>. In tal modo l'interpretazione è condotta in stretto collegamento con le scelte della fase costituente in quanto, come è stato autorevolmente rilevato in dottrina, sarebbe «inconcepibile una interpretazione costituzionale dimentica del dato storico»<sup>99</sup>. Inoltre, nella interpretazione

<sup>93</sup> Mi sia consentito il rinvio sul punto a M. Atripaldi, *La immutabilità della «forma repubblicana» quale principio supremo della Costituzione italiana (art. 139 Cost.)*, in *Nomos*, 3, 2024.

<sup>94</sup> Cfr. F. Lanchester, *Introduzione generale al Convegno Mortati e la "Legislatura costituente"*, in *Quaderni di Nomos, Costantino Mortati, Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*-atti del convegno, cit., 20.

<sup>95</sup> C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 109 ss.

<sup>96</sup> C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 112.

<sup>97</sup> C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 145.

<sup>98</sup> Una strategia di analisi che consente anche di cogliere l'elaborazione del «compromesso» che emerge nella elaborazione del dato costituzionale. Sul punto vedi, fra gli altri, F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, 99 ss.

<sup>99</sup> M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Rivista AIC*, 4, 2022, 106

Una soluzione che ben si inserisce in un dibattito costituzionale che in questi ultimi tempi ha acquisito un ruolo rilevante nella riflessione costituzionalistica italiana in occasione della pubblicazione di due discusse sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti. Con la prima decisione (*New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, No. 20-843, 597 U.S. \_\_\_ (2022)), la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una normativa dello Stato di New York che subordinava il diritto al porto d'armi al rilascio di una licenza, concessa unicamente in presenza di una giusta causa.

Con la seconda pronuncia (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S., 2022), la Corte Suprema ha ritenuto legittima una legge dello Stato del Mississippi che vieta l'interruzione volontaria di gravidanza a partire dalla quindicesima settimana di gestazione. Tale decisione ha determinato il superamento di precedenti giurisprudenziali di rilievo, i quali avevano riconosciuto la legittimità del diritto all'aborto in virtù del diritto alla privacy e dell'autodeterminazione della donna.

costituzionale non possono essere utilizzati canoni in tutto sovrapponibili a quelli seguiti nella interpretazione della legge, in quanto bisogna rispettare «il più possibile le scelte politiche sottese alle norme costituzionali», rispettando in tal modo le finalità della Carta costituzionale ad una «eternità ordinamentale»<sup>100</sup>. Quanto precede comporta l'esigenza di rilevare i dati offerti dal dibattito che, nella fase costituente, ha riguardato la individuazione dei principi ritenuti inderogabili e, quindi, immodificabili anche con procedimento di revisione. Un obiettivo espresso con convinzione non solo nella relazione predisposta da Massimo Severo Giannini in occasione dei lavori della Commissione Forti ma anche nell'ambito della definizione del quadro dei diritti di libertà individuati dall'on. Calamandrei e fatti propri anche dal Presidente della Commissione dei 75 on. Ruini<sup>101</sup>. Tale esigenza venne ribadita altresì quando non fu approvato il tentativo di introdurre una normativa per dichiarare non modificabili le disposizioni destinate a garantire diritti di libertà, in quanto si ritenne di essere in presenza di principi inalienabili sottratti «al vivo flusso della vita storica che deve passare dinanzi a questi diritti senza toccarli». Peraltro, tutelati anche da altre disposizioni già espresse dalla Assemblea<sup>102</sup>.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, come già ribadito, il riconoscimento del concetto di identità costituzionale è da imputare alla Corte costituzionale che lo ha determinato partendo dall'individuazione dei principi supremi. Una funzione, peraltro, che spetterebbe solo alla stessa Corte con esclusione di ogni altro attore costituzionale<sup>103</sup>.

È evidente, come già evidenziato, che in questo contesto non si esclude il contributo scientifico prodotto dalla cultura giuridica e dalla giurisprudenza espressa da altri giudici, con interventi finalizzati ad offrire alla interpretazione della Corte costituzionale risultati da valutare.

Ne consegue che, a differenza dell'ordinamento tedesco, in quello italiano il ruolo trainante è offerto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale con un processo, sostenuto peraltro dalla dottrina, che parte da lontano e che trova il suo approdo nella sentenza n. 1146/1988. Nel contempo, è da evidenziare che negli itinerari di questa giurisprudenza emergono linee di sviluppo riferibili alle differenti aree tematiche, senza giungere a un tentativo cui è pervenuta la giurisprudenza tedesca di elaborare un concetto assoluto di identità costituzionale.

A completamento di queste riflessioni è opportuno, quindi, esaminare più ravvicinatamente la giurisprudenza della Corte che, pur risentendo delle determinazioni della *Lissabon Urteil* del 30 giugno del 2009, è elaborata sulle basi della sentenza n. 1146/1988.

**3.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 1146/1988 e i suoi precedenti.** Come è stato già evidenziato la sentenza n. 1146/1988 acquista una particolare rilevanza in quanto consente di porre le basi per individuare il processo che ha portato, nel corso degli anni, alla identificazione del concetto di identità costituzionale nell'ordinamento italiano. Per questo itinerario ricostruttivo si è ritenuto far ricorso, il più puntualmente possibile, ai dati materiali e ai fatti espressi nelle motivazioni delle diverse sentenze, perché si può ritenere che «il ricorso ai dati materiali e ai fatti», è quanto mai rilevante nella interpretazione costituzionale<sup>104</sup>. E ciò vale in modo specifico per una interpretazione riguardante i giudizi della Corte costituzionale.

<sup>100</sup> M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 121 ss.

<sup>101</sup> Ruini, *Assemblea Costituente*, seduta 12 marzo 1947, in Camera dei Deputati, Segretariato Generale, La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Roma, 1970, vol. I, 347.

<sup>102</sup> Così Moro, *Assemblea Costituente*, seduta pomeridiana del 3 dicembre 1947, cit., vol. V, 4330.

<sup>103</sup> Per una valutazione critica su questa posizione v. A. Ruggeri, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?* in *osservatoriosullefonti.it*, 3, 2018.

<sup>104</sup> M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 116.

Si è fatto rilevare, quindi, che sono i fatti e i dati materiali che consentono di dare vigore al giudizio della Corte costituzionale, un giudizio sempre più modellato sull'eccesso di potere elaborato dal giudice amministrativo e, pertanto, decisamente penetrante<sup>105</sup>.

La Consulta era stata investita dalla Corte di assise di Bolzano della questione di legittimità costituzionale degli articoli 28 e 49, d.P.R. n. 670/1972 (*Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige*) per violazione dell'art. 3 cost. Queste norme, sulla base di una interpretazione restrittiva, garantivano ai Consiglieri provinciali una immunità limitatamente allo svolgimento delle sole funzioni connesse all'esercizio delle competenze legislative di cui agli artt. 8, 9 e 10 dello Statuto del Trentino-Alto Adige, laddove per i membri del Parlamento questa garanzia è prevista per qualsiasi attività svolta nell'esercizio delle funzioni parlamentari. Pertanto, sarebbe sussistita una disparità di trattamento con una evidente violazione dell'art. 3 Cost. Il che si sarebbe verificato anche se si fosse data alle norme impugnate una interpretazione estensiva, coincidente con quella fissata dall'art. 68 cost. a favore dei membri del Parlamento. In tal caso, infatti, la disparità avrebbe riguardato «i membri del Consiglio provinciale, che godono di simile immunità, e i cittadini comuni, privi della medesima prerogativa»<sup>106</sup>.

Ai fini dell'indagine che si conduce, è rilevante l'eccezione sulla inammissibilità della questione sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato: la norma impugnata era espressa da una legge costituzionale che, relativamente ad aspetti sostanziali, non poteva essere sottoposta al giudizio della Corte costituzionale, ex art. 134 cost. È possibile, si domanda implicitamente la Corte, sottrarre una norma di più elevato valore come quella espressa con legge costituzionale al sistema di garanzie giurisdizionali identificato dalla Carta costituzionale. Giustamente in questo caso secondo la Corte si sarebbe in presenza di un sistema «difettoso o non effettivo».

Da qui l'intervento della Corte secondo la quale non si può «negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale»<sup>107</sup>.

Un riconoscimento, quello dei principi supremi, con «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale» che era stato già espresso nella giurisprudenza della Corte costituzionale e, precisamente, nelle sentenze n. 30/1971, n. 12/1972, n. 175 e n. 183/1973, n. 1/1977, n. 18/1982, n. 170/1984.

Ed ancora, il richiamo ai principi supremi è stato svolto sia in riferimento alle disposizioni del Concordato, sostenute dall'art. 7 Cost., per le quali è d'obbligo l'accertamento della loro conformità ai «principi supremi dell'ordinamento costituzionale», sia quando si è ribadito<sup>108</sup> che la legge di esecuzione del Trattato CE può essere sottoposta al sindacato della Corte, «in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana»<sup>109</sup>.

Già nella prima sentenza, n. 30/1971 la Corte, come in seguito ribadirà, sostiene che le posizioni riconosciute dall'art. 7 Cost. di reciproca indipendenza e sovranità allo Stato e alla Chiesa cattolica, non consentono di negare il rispetto dei principi supremi dell'ordinamento

<sup>105</sup> M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 113.

Secondo il quale la «recente rivitalizzazione delle ordinanze istruttorie, con la loro pubblicazione e formale acquisizione al giudizio [...] sta a dimostrare quanto i fatti contino del giudizio costituzionale».

<sup>106</sup> Cfr. il punto 1 del Ritenuto in fatto della sentenza.

<sup>107</sup> Cfr. punto 2.1 del Considerato in diritto della sentenza.

M. Dogliani, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, in *La Costituzione italiana, atti del convegno di Roma del 20-21 febbraio 1998*, a cura di Maurizio Fioravanti e Sandro Guerrieri, Roma, 1998, 302.

<sup>108</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 30/1971, n. 12/1972, n. 175/1973, n. 1/1977, 18/1982.

<sup>109</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 183/1973 e n. 170/1984.

costituzionale italiano. Successivamente con la sentenza n. 12/1972 la Corte, pur ammettendo la «derogabilità del principio di eguaglianza in quanto venga richiesta dagli impegni concordatari, ha tuttavia statuito che essa trova un limite inderogabile nel rispetto dei principi supremi dell'ordinamento»<sup>110</sup>.

Tale linea interpretativa è confermata nella sentenza n. 175/1973 in cui si addivene a soluzioni che riconoscono il ruolo dell'art. 7 Cost., ma ribadiscono ancora una volta la indisponibilità a violare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato.

Peraltro, in questo contesto, la Corte è chiamata a verificare se la riserva di giurisdizione costituisca «principio supremo». Secondo questa giurisprudenza, non «vi è dubbio che la giurisdizione sia principio caratteristico della sovranità e di questa rappresenti un elemento costitutivo». Ma una inderogabilità assoluta della giurisdizione statale non è espressamente individuata da norme costituzionali, «né è deducibile, con particolare riguardo alla materia civile, dai principi generali del nostro ordinamento, nel quale ipotesi di deroga sono stabilite da legge ordinarie (art. 2 cod. proc. civ.)»<sup>111</sup>. Pertanto, la riserva della giurisdizione non può essere considerata come un principio supremo e viene quindi riconosciuta «la compatibilità con il nuovo ordinamento costituzionale di una deroga alla giurisdizione che sia razionalmente e politicamente giustificabile»<sup>112</sup>.

Nella successiva sentenza n. 183/1973 si rigetta la tesi che l'art. 189 del Trattato di Roma comporterebbe non una limitazione di sovranità, ma «una inammissibile rinuncia alla sovranità, ovvero una modifica della stessa struttura fondamentale del nostro Stato»<sup>113</sup>, disposta, peraltro, senza il ricorso ad una legge costituzionale.

Per la Corte la legittimazione avviene sulla base dei principi espressi dalle disposizioni di cui all'art. 11 Cost., che non a caso venne collocato «tra i 'principi fondamentali' della Costituzione» per indicare «un chiaro e preciso indirizzo politico [...]»<sup>114</sup>.

Inoltre, la disposizione di cui all'art. 11 Cost. ha, secondo la Corte, «un valore non soltanto sostanziale ma anche procedimentale, nel senso che permette quelle limitazioni di sovranità, alle condizioni e per le finalità ivi stabilite, esonerando il Parlamento dalla necessità di ricorrere all'esercizio di potere di revisione costituzionale»<sup>115</sup>.

Una analisi che, quindi, consente alla Corte la tutela dei principi fondamentali quali principi supremi tutelati attraverso le determinazioni offerte dall'art. 11 Cost.

L'itinerario ricostruttivo indicato dalla Corte porta a richiamare la sentenza del 4 gennaio 1977 n. 1 con la quale si sostiene, ancora una volta, che le norme del Concordato immesse nell'ordinamento italiano dalla legge n. 847/1929 utilizzano la copertura costituzionale dell'art. 7 ma non possono sottrarsi ad una valutazione di legittimità in favore dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e, quindi, della identità costituzionale.

Significativa per la tutela dei principi supremi è anche la sentenza n. 18/1982. Si è, qui, in presenza di una impostazione che richiede di verificare se la riserva di giurisdizione riconosciuta ai tribunali ecclesiastici contrasti con il principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano, posto a garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale e se ci sia contrasto con i principi supremi riguardanti il diritto di agire e di difendersi in giudizio.

Per quanto riguarda la riserva di giurisdizione la Corte ribadisce la sua interpretazione già utilizzata nelle precedenti sentenze. Non risulta vulnerato il principio supremo del diritto alla tutela giurisdizionale in quanto, nelle controversie relative alla nullità di matrimoni canonici

<sup>110</sup> Punto 3 del considerato in diritto della sentenza n. 12/1972.

<sup>111</sup> Vedi Corte costituzionale, sentenza n. 175/1973, punto 2 del considerato in diritto.

<sup>112</sup> Vedi Corte costituzionale, sentenza n. 175/1973, punto 3 del considerato in diritto.

<sup>113</sup> Vedi Corte costituzionale, sentenza n. 175/1973, punto 3 del considerato in diritto.

<sup>114</sup> Vedi Corte costituzionale, sentenza n. 175/1973, punto 4 del considerato in diritto.

<sup>115</sup> Vedi Corte costituzionale, sentenza n. 175/1973, punto 6 del considerato in diritto.

trascritti agli effetti civili, sono comunque garantiti un giudice e un giudizio. Così come per la tutela dell'ordine pubblico, «e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società»<sup>116</sup>.

Anche nell'ultima sentenza indicata dalla Corte il contributo alla identificazione dei principi supremi è determinante. Invero nella sentenza n. 170/1984<sup>117</sup> si ribadisce il principio secondo il quale la legge di esecuzione del Trattato di Roma può essere, in determinati casi, soggetta al sindacato della Corte «in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana»<sup>118</sup>.

**3.2. L'utilizzo semantico e concettuale della identità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale.** L'analisi fin qui condotta ha evidenziato come la Corte costituzionale prima della sentenza n. 1146/1988 ha fatto ricorso ai principi supremi. Successivamente, dopo la sentenza Lisbona del Tribunale costituzionale tedesco, si rileva come la Corte costituzionale abbia cominciato ad utilizzare semanticamente il concetto di identità costituzionale. Tutto ciò non tralasciando di pronunciare sentenze nelle quali la individuazione della identità costituzionale avviene attraverso il ricorso ai principi supremi.

Accanto a questo gruppo di sentenze vanno annoverate quelle che fanno ricorso alla c.d. teoria dei controlimiti, con l'obiettivo, da una parte, di fissare il confine di apertura dell'ordinamento italiano rispetto al processo di integrazione europea e, dall'altra, di individuare il confine con il diritto consuetudinario internazionale e con quello pattizio e, in particolare, con la Cedu, identificando i valori giuridici che si ritengono intangibili<sup>119</sup>.

Possono rilevarsi, quindi, nella giurisprudenza della Corte, tre linee interpretative. Una prima riaffermata con la sentenza 1146/1988 e finalizzata alla determinazione dei principi supremi; una seconda, volta ad individuare il concetto di identità costituzionale ed una terza in cui si vuole determinare il ruolo della identità costituzionale nei rapporti tra ordinamento comunitario/internazionale e ordinamento nazionale.

È nel 2009 che emerge semanticamente l'utilizzo del concetto in esame da parte della Corte con la sentenza n. 262<sup>120</sup> relativa ai giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 1, legge n.

<sup>116</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 18/1992, punto 5 del considerato in diritto.

<sup>117</sup> Sulla sentenza si rinvia C. Pinelli, *Granital e i suoi derivati. A quaranta anni da corte cost.*, N. 170/1984, in *Rivista AIC*, 4, 2024.

<sup>118</sup> Si rinvia Corte costituzionale, sentenza n. 170/1984, punto 7 del considerato in diritto.

<sup>119</sup> Tra i numerosi contributi sulla c.d. teoria dei controlimiti si rinvia, fra gli altri, a P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, Padova, 1973; M. Cartabia, J.H.H., Weiler, *L'Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995; F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996; A. Celotto, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, Torino, 2003; A. Ruggeri, «Tradizioni costituzionali comuni» e «controlimiti», *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 101 ss.; S. P. Panunzio, (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; U. Villani, *I «controlimiti» nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, II, 1297 ss.; G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009; G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi: Cedu, carta dei diritti fondamentali e costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 1, 2011; G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012; M. Luciani, *Il brusco risveglio. i controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2016; A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; A. Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 20, 2018; D. Pellegrini, *I Controlimiti al primato del Diritto dell'Unione Europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2021.

<sup>120</sup> Sulla sentenza vedi più ampiamente S. Ceccanti, *La sentenza n. 262/2009 sul Lodo Alfano*, in *Astrid-online.it*, 2009; P. Carnevale, «A futura memoria»: dalla Corte segnali «per il dopo», in *Consulta OnLine*, 2009; C. Chiola, *Lamentatio sulla pietra tombale del Lodo Alfano*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2009; G. Giostra, *Repetita non*

124/2008 che prevedeva disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato, promossi dal Tribunale di Milano<sup>121</sup> e dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Roma<sup>122</sup>.

Ai fini dell'indagine che si sta conducendo, la sentenza offre un contributo determinante per la individuazione della identità costituzionale dell'ordinamento italiano.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo censurato motivando che le prerogative costituzionali, come la sospensione dei processi, costituiscono deroghe al principio di uguaglianza e devono essere disciplinate con norme di rango costituzionale, non con leggi ordinarie. Secondo il Giudice delle leggi, è «vero che il principio di uguaglianza comporta che, se situazioni uguali esigono uguale disciplina, situazioni diverse possono richiedere differenti discipline. Tuttavia, in base alla giurisprudenza di questa Corte [...], deve ribadirsi che, nel caso in cui la differenziazione di trattamento di fronte alla giurisdizione riguardi il titolare o un componente di un organo costituzionale e si allegghi, quale ragione giustificatrice di essa, l'esigenza di proteggere le funzioni di quell'organo, si rende necessario che un tale *ius singulare* abbia una precisa copertura costituzionale»<sup>123</sup>.

La complessiva architettura istituzionale dello Stato italiano, quale stato di diritto, è ispirata ai principi della divisione dei poteri e del loro equilibrio e costituisce, pertanto, una identità costituzionale dell'ordinamento. Ne consegue, ad avviso della Corte, che i limiti quantitativi e qualitativi di prerogative istituzionali a favore di alte cariche dello Stato, in quanto «diretti a realizzare un delicato ed essenziale equilibrio tra i diversi poteri dello Stato, potendo incidere sulla funzione politica propria dei diversi organi»<sup>124</sup> richiedono il ricorso, per la loro modifica, a norme costituzionali. Dalla lettura della motivazione della sentenza emerge questo dato: la individuazione della identità costituzionale è operata dalla Corte attraverso una interpretazione sistematica, destinata a cogliere i dati fisionomici della complessiva architettura istituzionale delineata nella Costituzione italiana. Una via utilizzata, come già si è evidenziato, dal *Bundesverfassungsgericht* nella sua giurisprudenza.

Il concetto di identità costituzionale viene adottato successivamente nel 2017 con l'ordinanza n. 24 con la quale si dispone fra l'altro «di sottoporre alla Corte di Giustizia della Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento della Unione europea» una serie di questioni interpretative relative all'art. 325 parr. 1 e 2, del medesimo Trattato<sup>125</sup>.

---

*invariant*, in *Rivista AIC*, 2009; T. F. Giupponi, *La sentenza sul «lodo Alfano»: le possibili prospettive di riforma*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2009; A. Morrone, *La Corte costituzionale sul «lodo Alfano»: una risposta tardiva?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2009; R. Orlandi, *Illegittimi privilegi*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2009; A. Pace, *Le ragioni della Corte costituzionale*, in <https://www.eius.it/articoli/2009/003>, 2009; G. Pelagatti, «Giudicato implicito» e assorbimento di profili di illegittimità costituzionale. Nota a margine di Corte cost. n. 262 del 2009, in *Amministrazione in Cammino*, 2009; A. Pace, *Sull'ammissibilità della costituzione del pubblico ministero (penale) nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2009; A. Pugiotto, *La seconda volta*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2009; A. Ruggeri, *Il «lodo» Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale (a margine di Corte cost. n. 262 del 2009)*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2009; F. Sgrò, *Dalla sentenza n. 24/2004 alla sentenza n. 262/2009: un'opera in due atti*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2009; M. Villone, *I tempi di una incostituzionalità. Processo breve, prescrizione breve, processo lungo*, in *Costituzionalismo.it*, 29 luglio 2011.

<sup>121</sup> Con ordinanze del 26 settembre e del 4 ottobre 2008.

<sup>122</sup> Con ordinanza del 26 settembre 2008.

<sup>123</sup> Cfr. punto 7.3.2.2. delle considerazioni in diritto della sentenza n. 262 del 2009.

<sup>124</sup> Cfr. punto 7.3.1. delle considerazioni in diritto.

<sup>125</sup> Su questa ordinanza vedi più ampiamente C. Amalfitano, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Euroius.it*, 29/01/2017; A. Anzon, *La Corte costituzionale è ferma sui «controlimiti», ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2017; F. Bailo, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in

La questione era stata istaurata dalla Corte di Cassazione, terza sezione penale e dalla Corte di appello di Milano, che sollevavano questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, legge n. 130/2008 (ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sulla Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea) nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, parr. 1 e 2, del Trattato sul funzionamento della Unione Europea, come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia della Unione europea 8 settembre 2015 in causa *Taricco*<sup>126</sup>. La Corte di Giustizia

*Consulta on line*, 1, 2017; M. Bassini, O. Pollicino, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*, 2017; R. Bin, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 novembre 2017; G. Comazzetto, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la «saga Taricco» tra revirements e questioni irrisolte*, in *Consulta Online*, II, 2018, 347; L. Costanzo, *La prescrizione giusta: nodi e questioni del caso Taricco*, in *Consulta Online*, III, 2017; C. Cupelli, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 gennaio 2017; L. Daniele, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, in A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di); *"Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 113; M. Esposito, *I limiti costituzionali al dovere di ottemperanza alle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Osservatorio AIC*, Fasc. n. 1/2017; V. Faggiani, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017; P. Faraguna, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: «Gauweiler in the Roman Campagna»*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*, 31 January 2017; M. Ferrante, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione «diplomatica» ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, 2017, 1; D. Gallo, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *SIDIBlog*, Febbraio 25, 2017; V. Giglio, *La Consulta sul caso Taricco: analisi dell'ordinanza n. 24/2017*, in *Filodiritto*, 03 Febbraio 2017; A. Guazzarotti, *I paradossi della vicenda Taricco*, in *laCostituzione.info*, 18 Febbraio 2017; R. E. Kostoris, *La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei «controlimiti» e scontro tra paradigmi*, in A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di); *"Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 175; A. Longo, *Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza 24 del 2017*, in *Rivista AIC*, 3, 2017; M. Losana, *Il caso «Taricco» e la funzione «emancipante» della nostra Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2017; M. Luciani, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in A. Bernardi – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 193 ss.; V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco». Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; A. Martufi, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte Costituzionale*, in A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di); *"Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 253; R. Mastroianni, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è un vero dialogo?*, in *Federalismi.it*, 7, 2017; G. Piccirilli, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in *Consulta online*, 1, 2017; D. Pulitanò, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte Cost. n. 24/2017*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017; G. Repetto, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti Comparati*, 20 Febbraio 2017; G. Riccardi, *«Patti chiari, amicizia lunga». La Corte Costituzionale tenta il «dialogo» nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; L. S. Rossi, *How Could the ECJ Escape from the Taricco Quagmire?*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*, 21 aprile 2017; G. Ruge, *The Italian Constitutional Court on Taricco: Unleashing the normative potential of «national identity»?*, in *QIL, Questions of International Law*, 31 marzo 2017; A. Ruggeri, *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017; A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta online*, I, 2017; A. Tancredi, *Of direct effect, primacy and constitutional identities: Rome and Luxembourg enmeshed in the Taricco case*, in *QIL, Questions of International Law*, 31 marzo 2017; D. Tega, *Narrowing the Dialogue: The Italian Constitutional Court and the Court of Justice on the Prosecution of VAT Frauds*, in *I·CONnect*, 14 February, 2017; D. Tega, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di); *"Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 455; F. Viganò, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017; G. Ziccardi Capaldo, *Lotta globale all'impunità e Corte di giustizia dell'Unione europea: un nuovo approccio alla frode grave come crimine contro i diritti umani*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 1035-1050.

<sup>126</sup> Sul rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte costituzionale e sulla risposta al quesito da parte della Corte vedi P. Faraguna, *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 634 ss.

aveva affermato che l'art. 325 TFUE imponeva al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli articoli 160, u.c., e 161, co. 2, c.p. qualora avesse impedito di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in numero rilevante di casi di frode gravemente lesivi degli interessi finanziari dell'Unione ovvero «quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»<sup>127</sup>.

Bisogna premettere alcuni dati determinati dalla Corte costituzionale. Innanzitutto, la Corte ribadisce il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 11 cost. e, nel contempo, riafferma il postulato in base al quale l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Nel caso improbabile in cui si verificasse la non osservanza a quei principi dovrebbe essere dichiarata la illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica, «per la sola parte in cui essa consente che quella ipotesi normativa si realizzi»<sup>128</sup>. Comunque, per la Corte costituzionale il primato del diritto dell'Unione è l'espressione soprattutto del «convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali»<sup>129</sup>. La «legittimazione (art. 11 Cost.) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 TUE) nascono» dalla capacità dell'Unione «di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, par. 2, TUE)»<sup>130</sup>. Se non si portasse avanti questa posizione, i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri. Nell'ordinanza la Corte ribadisce di non poter mettere in discussione che il principio di legalità in materia penale costituisca un momento fondamentale della identità costituzionale dell'ordinamento italiano. Ai sensi delle indicazioni espresse dal secondo comma dell'art. 25 Cost.: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Sulla base di queste premesse, emerge la necessità di stabilire se l'art. 325 TFUE vada applicato o se sia suscettibile di interpretazione in modo da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale o con gli analoghi principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali della UE.

Da ciò è conseguita la decisione di sollecitare una nuova chiamata della Corte di giustizia sul significato da attribuire all'art. 325 TFUE sulla base resa in causa Taricco.

Al fine dell'itinerario condotto in questa ricerca, è opportuno evidenziare come la Corte abbia voluto identificare l'identità costituzionale del nostro ordinamento e affermare che, in linea di principio, il diritto dell'Unione e le sentenze della Corte di giustizia «non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale»<sup>131</sup>.

<sup>127</sup> Cfr. punto 1 del Ritenuto in fatto e considerato in diritto dell'Ordinanza n. 27 del 2017

<sup>128</sup> Cfr. punto 2 del Ritenuto in fatto e considerato in diritto dell'Ordinanza n. 27 del 2017.

<sup>129</sup> Punto 6 del Ritenuto in fatto e considerato in diritto dell'ordinanza.

<sup>130</sup> Vedi il punto 6 del Ritenuto in fatto e considerato in diritto dell'ordinanza.

<sup>131</sup> Cfr. punto 6 del Ritenuto in fatto e considerato in diritto. La Corte, quindi, «riuniti i giudizi, 1) dispone di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le seguenti questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del medesimo Trattato: se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche

Il concetto di «identità costituzionale» viene nuovamente utilizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 115/2018 avente ad oggetto i giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 2, legge n. 130/2008 (*Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007*), in cui si pronuncia nuovamente sul caso Taricco<sup>132</sup>.

Sul punto va ricordato che la Corte di Cassazione e la Corte d'Appello di Milano avevano sollevato dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 2, legge n. 130/2008, che ratifica il Trattato di Lisbona. Questi dubbi riguardavano l'obbligo di applicare l'art. 325 TFUE, come interpretato nella «regola Taricco» emersa nella sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia UE dell'8 settembre 2015<sup>133</sup>.

I giudici rimettenti sostengono che la «regola Taricco» violerebbe il principio di legalità penale sancito dall'art. 25 Cost., perché introduce concetti generici, come «grave frode» e «numero considerevole di casi», e rischia di applicarsi retroattivamente *in malam partem* (contro l'imputato). Secondo la Corte, imporre al giudice italiano l'applicazione di tale regola, senza una base legislativa chiara, violerebbe anche il principio di determinatezza e la riserva di legge, fondamentali nel diritto penale, un principio che fa parte dell'identità costituzionale dell'ordinamento italiano.

La Corte costituzionale, in seguito al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, aveva però ricevuto chiarimenti tramite la sentenza M.A.S. e M.B. del 2017 in cui viene sottolineato l'importanza di garantire che le norme penali consentano all'individuo di prevedere le conseguenze delle proprie azioni, partendo dal testo della norma e, se necessario, anche dall'interpretazione fornita dai giudici<sup>134</sup>. Questo principio, che trova applicazione nei paesi

---

quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; se la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro [...]».

<sup>132</sup> Sulla sentenza vedi più ampiamente, fra gli altri, S. Bissaro, *La sentenza n. 115 del 2018: la Corte costituzionale e l'ultima tappa (?) della saga Taricco*, in *Rivista Italiana diritto e procedura penale*, fasc. 3-2018; M. L. Ferrante, *La sentenza n. 115/2018 con la quale la Corte costituzionale ha posto fine all'affaire Taricco: una decisione ferma ma diplomatica*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2018; G. Di Federico, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della 'regola Taricco' nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE*, in *Federalismi.it*, 4, 2019.

<sup>133</sup> La sentenza, come già chiarito in questo lavoro sopra a p. 26, aveva decretato che il magistrato italiano dovesse disapplicare gli articoli 160, co. 3, e 161, co. 2, c.p., tralasciando di dichiarare estinti per prescrizione i delitti di frode in danno dell'Unione europea e proseguendo nel procedimento penale, in due circostanze: anzitutto, secondo un principio ricavato dall'articolo 325, par. 1, del TFUE, quando tali disposizioni, determinando l'estinzione del reato, ostacolano l'imposizione di pene efficaci e deterrenti in una quantità rilevante di gravi episodi di frode che danneggiano gli interessi economici dell'Unione; secondariamente, in base a una norma derivata dall'articolo 325, par. 2, TFUE (denominato principio di equiparazione), quando il periodo di prescrizione, per effetto delle disposizioni citate, si rivela più esiguo di quello stabilito dalla legislazione nazionale per fattispecie analoghe di frode ai danni dello Stato membro.

<sup>134</sup> Cfr. paragrafo 56 della Sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B. (c.d. Taricco II)*. Sul punto si rinvia tra gli altri a A. Cutilli, *Prescrivere o non prescrivere, questo era il problema. Il principio*

di tradizione giuridica continentale e, in particolare, in Italia, sostiene l'obbligo fondamentale che le scelte in materia penale siano contenute in leggi accessibili al pubblico. In tale contesto, l'interpretazione del giudice penale ha un ruolo secondario, volto a chiarire eventuali ambiguità, ma sempre all'interno delle possibilità offerte dal testo della legge, che deve restare comprensibile per chi lo legge<sup>135</sup>.

Si è quindi in presenza di una sentenza, che, al fine del tema di ricerca, contribuisce non solo a considerare il principio di determinatezza come espressione della identità costituzionale anche dell'ordinamento italiano ma individua una duplice direzione del principio. Innanzitutto «non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate», ma altresì consente «a chiunque 'una percezione sufficientemente chiara ed immediata' dei possibili profili di illecità penale della propria condotta»<sup>136</sup>, implicando in tal modo, una violazione del principio di legalità penale.

Il riferimento esplicito alla identità costituzionale da parte della Corte si è avuta anche con l'ordinanza n. 117/2019 con la quale la Corte di cassazione le aveva chiesto di pronunciarsi sulla illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58/1998 «nella parte in cui sanziona la mancata ottemperanza nei termini alle richieste della Commissione nazionale per la società e la borsa (Consob), ovvero la causazione di un ritardo nell'esercizio delle sue funzioni, 'anche nei confronti di colui al quale la medesima Consob, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate'»<sup>137</sup>.

Per quanto riguarda gli aspetti riferibili alla identità costituzionale, i parametri determinati dalla Costituzione riguardano il diritto di difesa e il principio della parità tra le parti del processo di cui agli artt. 24, 111 e 117, co. 1, Cost. In relazione al diritto di difesa si fa riferimento al «diritto al silenzio» dell'imputato che non è espressamente riconosciuto dalla Costituzione ma che costituisce «un 'corollario essenziale della inviolabilità del diritto di difesa'» e appartiene al novero dei diritti inalienabili della Costituzione «che caratterizzano l'identità costituzionale italiana». Un diritto che, sostanzialmente, «garantisce all'imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all'esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell'autorità competente per le

---

di legalità alla luce della «Sentenza Taricco bis», in <https://www.ildirittoamministrativo.it/Nota-a-Corte-di-Giustizia-Unione-Europea-Grande-Sezione-Sentenza-5-dicembre-2017-causa-c-42-2017/gpen300>; G. Di Federico, *La «saga Taricco»: il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 23 maggio 2018; M. L. Ferrante, *La vicenda «Taricco» e la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea -Grande Sezione, 5 dicembre 2017*, in *Dirittifondamentali.it* 1, 2018.

<sup>135</sup> La Sezione Plenaria della Corte di giustizia, nel procedimento C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, comprendendo la perplessità sollevata dalla Consulta ha ammesso che l'incombenza per il magistrato nazionale di disapplicare, in base alla «regola Taricco», la legislazione interna in tema di prescrizione, decade quando ciò comporta un'infrazione del principio di legalità dei delitti e delle pene, a causa dell'insufficiente precisione della legge applicabile o dell'attuazione retroattiva di una disposizione che prevede un sistema sanzionatorio più rigoroso di quello in vigore al momento del compimento del reato.

La nuova decisione della Corte di giustizia agisce su due livelli interconnessi.

Innanzitutto, chiarisce che, in ossequio al divieto di retroattività in *malam partem* della normativa penale, la «regola Taricco» non può essere implementata alle azioni commesse prima della data di divulgazione della sentenza che l'ha enunciata, ovvero precedentemente all'8 settembre 2015. Si tratta di una proibizione che scaturisce direttamente dal diritto dell'Unione e non necessita di ulteriori controlli da parte degli organi giudiziari nazionali.

In secondo luogo, affida a questi ultimi l'incarico di esaminare la compatibilità della «regola Taricco» con il principio di determinatezza in ambito penale, che rappresenta sia caposaldo supremo dell'ordinamento costituzionale italiano sia fondamento del diritto dell'Unione, secondo l'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>136</sup> Cfr. il punto 11 del considerato in diritto.

<sup>137</sup> Cfr. punto 1 del Ritenuto in fatto dell'Ordinanza n. 117/2019.

indagini»<sup>138</sup>.

A seguito del ricorso appena ricordato del giudice del diritto, la Corte ha preso atto che, sino a quel momento, non era stata chiamata a valutare se tale diritto fosse «applicabile anche nell'ambito dei procedimenti amministrativi funzionali alla irrogazione di sanzioni di natura 'punitiva' secondo i criteri Engel»<sup>139</sup> e ha riconosciuto come in tanti altri casi le garanzie previste in materia penale vengono estese a tale tipologia di sanzioni. Pertanto, ha disposto di sottoporre alla Corte di Giustizia della Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, alcune questioni pregiudiziali<sup>140</sup>.

La Corte ha richiamato esplicitamente l'identità costituzionale anche nella sentenza n. 278/2020 con uno sforzo finalizzato a determinare i contenuti della garanzia del principio di legalità di cui al secondo comma 25 cost. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 83, co. 4, d.l. n. 18/2020 (*Misure di potenziamento del Servizio nazionale di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid 19*), convertito con modificazioni, nella legge n. 27/2020 e dall'art. 36, co., 1 d.l. n. 23/2020 (*Misure urgenti in materia di accesso di credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e di lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*), convertito con modificazioni nella legge n. 40/2020.

In tutte le ordinanze di rinvio si riteneva fosse violato l'art. 25 Cost. che vieta la punibilità sulla base di una legge entrata in vigore dopo il fatto commesso.

La Corte, nell'identificare la portata, ai fini che qui interessano, dell'art. 25, co. 2, Cost., ha sostenuto che la garanzia del principio di legalità «nel suo complesso (tale perciò da coprire anche le implicazioni sostanziali delle norme processuali) dà corpo e contenuto a un diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato, diritto che – avendo come contenuto il rispetto del principio di legalità – da una parte, non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti»<sup>141</sup>.

D'altra parte, la garanzia espressa dal principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma Cost., fa parte del fulcro essenziale delle prerogative di libertà che contribuiscono a delineare l'identità costituzionale del sistema giuridico nazionale, la quale è riconosciuta dall'assetto dell'Unione europea, in particolare dall'art. 4, par. 2 del TUE.

In altri termini, l'art. 25 Cost. tutela la persona contro interventi arbitrari del legislatore, una garanzia che «rappresenta un 'valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali»<sup>142</sup>. Questa impostazione impone alla Corte di ampliare la sua analisi e di intervenire per verificare come il principio di legalità debba essere esteso «fino a comprendere anche la determinazione della durata del tempo di prescrizione dei reati», ed «affiancandosi

<sup>138</sup> Cfr. punto 7.1. del Considerato in diritto dell'Ordinanza n. 117/2019.

<sup>139</sup> Cfr. punto 7.1. del Considerato in diritto dell'Ordinanza n. 117/2019.

<sup>140</sup> «a) se l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura 'punitiva';

b) se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura «punitiva»[...].»

<sup>141</sup> Punto 10 del Considerato in diritto.

<sup>142</sup> Cfr. punto 10 del Considerato in diritto.

al principio di non colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva (art. 27 co. 2, Cost) e a quello della ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2, Cost.). Da ultimo, esso si proietta finanche sulla esecuzione della pena quanto al regime delle misure alternative della detenzione<sup>143</sup>. Allo stesso tempo, la Corte ribadisce che l'identità costituzionale rappresenta un limite immodificabile anche per l'applicazione del diritto dell'Unione europea. In riferimento all'esigenza che la fissazione della durata del tempo di prescrizione debba essere sufficientemente determinata, ha affermato che «la cosiddetta 'regola Taricco' di derivazione dalla giurisprudenza della Corte di giustizia [...] non ha ingresso nel nostro ordinamento, neppure ex nunc, stante il difetto di determinatezza del presupposto che condiziona la maggiore estensione temporale della prescrizione»<sup>144</sup>.

Anche nella sentenza n. 111/2023, la individuazione della identità costituzionale è riferita al diritto di difesa di cui all'art. 24 cost. considerato come rientrante nel «novero dei diritti inalienabili della persona umana», tutelabili a livello di diritto penale sostanziale e processuale. La Corte era stata investita della questione riguardante la legittimità costituzionale dell'art. 495 c.p. in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., e, in via subordinata dell'art. 64, co. 3, c.p.p. in riferimento al solo art. 24 Cost.

In riferimento al diritto di difesa, ha ribadito precedenti della sua giurisprudenza nel riconoscere il diritto al silenzio, tutelabile sul piano del diritto penale sostanziale e processuale, come le garanzie a favore di ogni individuo accusato di reato, a non essere costretto a deporre contro sé stesso o a dichiararsi colpevole, e «dell'obbligo di rispondere in dibattimento a domande che potrebbero coinvolgere responsabilità proprie». È confermato che costituisce violazione del diritto non solamente quando la persona sia costretta a fornire tali affermazioni, ma anche quando sia spinta a farlo sotto la prospettiva di una pena o comunque di una sanzione di natura punitiva<sup>145</sup>.

Alla fine del suo itinerario argomentativo fondato sulla tutela costituzionale del diritto al silenzio, discendente dall'art. 24 Cost., la Corte ha individuato alcuni contenuti della identità costituzionale espressi dalla Carta costituzionale italiana.

Conseguenzialmente, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 64, co. 3, c.p.p. penale, nella parte in cui non prevede che gli avvertimenti ivi indicati siano rivolti alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato prima che vengano loro richieste le informazioni di cui all'art. 21 delle norme di attuazione del codice di procedura penale.

Ha dichiarato, altresì, la illegittimità costituzionale dell'art. 495, co. 1, c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità delle persone sottoposte alle indagini o dell'imputato, che richiesti di fornire le informazioni indicate nell'art. 21 norme att. c.p.p., senza che siano loro

<sup>143</sup> Corte costituzionale, sentenza 278/2020, punto 10 del Considerato in diritto.

<sup>144</sup> Corte costituzionale, sentenza 278/2020, punto 11 del Considerato in diritto.

<sup>145</sup> Peralto, già «la sentenza n. 236 del 1984 afferma che nel diritto di difesa del soggetto nei cui confronti siano emersi indizi di reato «rientra certamente il diritto di rifiutarsi di rispondere (tranne ovviamente che alle richieste attinenti all'identificazione del soggetto medesimo)» (punto 12 del Considerato in diritto). Nella sentenza n. 361 del 1998 si legge, in termini ancora più espliciti, che «l'intangibilità del diritto di difesa, sotto forma del rispetto del principio *nemo tenetur se detegere*, e conseguentemente del diritto al silenzio, si manifesta nella garanzia dell'esclusione [...] dell'obbligo di rispondere in dibattimento a domande che potrebbero coinvolgere responsabilità proprie» (punto 2.1. del Considerato in diritto). Ancora, l'ordinanza n. 291 del 2002, testualmente ripresa sul punto dalle ordinanze n. 451 e n. 485 del 2002, e poi dall'ordinanza n. 202 del 2004, definisce il principio *nemo tenetur se detegere* come un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa».

Più recentemente, l'ordinanza n. 117 del 2019 – fondando il diritto in questione, assieme, sull'art. 24 Cost. e sulle fonti di diritto internazionale vincolanti per l'ordinamento italiano, tra le quali il menzionato art. 14 PIDCP e l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo (punto 7.2. del Considerato in diritto) – lo ha definito come il «diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretta a rendere dichiarazioni di natura confessionaria (*nemo tenetur se ipsum accusare*)» (punto 3 del Considerato in diritto)».

precisamente formulati gli avvertimenti di cui all'art. 64, co. 3, c.p.p., abbiano reso false dichiarazioni.

Questa ricostruzione ha evidenziato come la Corte metta in chiara evidenza ancora una volta il suo ruolo nella individuazione della identità costituzionale, con la esclusione di ogni altro giudice. Un dato che emerge anche in quelle sentenze nelle quali la Corte, dopo aver utilizzato semanticamente il concetto di identità costituzionale, ha continuato a far riferimento ai principi supremi.

Resta da prendere in considerazione un ultimo gruppo di decisioni della Corte costituzionale, quelle che più specificamente hanno delineato la c.d. teoria dei controlimiti.

Al centro di questa riflessione va posta certamente la sentenza n. 238/2014 che determina i fondamenti per la individuazione di tale teoria.

La Corte giunge a queste conclusioni dopo aver identificato il rapporto tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale. A tal fine è opportuno fare un passo in dietro e richiamare nuovamente la sentenza n. 183/1973. In questa occasione la Corte, menzionando un precedente (sentenza n. 95/1965), dopo aver rilevato il significato delle indicazioni espresse dal primo comma dell'art. 10 Cost., si era soffermata compiutamente sull'art. 11 Cost., offrendo dati interpretativi quanto mai significativi.

Il costituente ha fatto sua una scelta ispirandosi «a principi programmatici di valore generale, di cui la Comunità economica e le altre Organizzazioni regionali europee, costituiscono concreta attuazione»<sup>146</sup>. Tale apertura della Costituzione è funzionale a forme di collaborazione ed organizzazioni internazionali che richiedono le limitazioni dei poteri dello Stato e che si rendono necessarie per dar vita ad una comunità tra gli Stati dell'Europa. Ed è in questa sentenza che, per la prima volta, viene sostenuta la prevalenza del regolamento comunitario in riferimento alla legge dello Stato membro UE anche se non nei termini di cui alla successiva sentenza n. 170/1984.

«Esigenze fondamentali di uguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie [...] debbano aver piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale e uniforme nei confronti di tutti i destinatari»<sup>147</sup>. Una impostazione, questa, che è certamente sostenuta da altra giurisprudenza della Corte costituzionale destinata ad una ulteriore puntualizzazione degli assetti dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, consentendo in tal modo di affrontare la c.d. teoria dei «controlimiti».

In questa prospettiva si ritiene opportuno richiamare anche la sentenza n. 170/1984 dove si raggiunge un punto fermo nella costruzione offerta dalla giurisprudenza per una definizione dei ricordati rapporti.

I due sistemi appaiono come autonomi e distinti, anche se coordinati secondo criteri determinati e garantiti dal Trattato. Il che comporta una serie di conseguenze. La disciplina determinata dal regolamento comunitario vive immediatamente e direttamente nel sistema dello Stato membro, consentendo, in tal modo, che le decisioni prodotte dagli organi comunitari competenti vengano nel territorio italiano, per forza propria senza che debbano né possano «essere riprodotte o trasformate in corrispondenti disposizioni dell'ordinamento nazionale»<sup>148</sup>.

Pertanto, la garanzia fissata dall'art. 11 Cost., è piena e continua e non può essere intaccata

<sup>146</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 183/1973 punto 4 del considerato in diritto.

<sup>147</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 183/1973, punto 7 del Considerato in diritto.

<sup>148</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 170/1984, punto 4 del Considerato in diritto.

da una legge ordinaria dello Stato sia essa precedente o successiva al regolamento. Una impostazione che consente alla Corte di raggiungere diversi obiettivi interpretativi.

È la sentenza n. 238/2014, come già evidenziato, che ricostruisce in tutta la sua complessità, i dati fisionomici della c.d. teoria dei controlimiti. C'è un tentativo della Corte in questa sentenza di dare una valutazione complessiva del ruolo affidato alle «identità costituzionali», affermando che rappresentano «gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale» e che, nel contempo, operano come «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione»<sup>149</sup>. Inoltre, che agiscono quali «controlimiti» all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato.

La Corte richiama una serie di sentenze precedentemente pronunciate allo scopo di evidenziare come la sua interpretazione sia da imputare ad un processo giurisprudenziale legittimato da valutazioni riferibili all'ordinamento costituzionale nella sua complessità.

Di qui il richiamo alle sentenze n. 183/1973, 170/1984, 232/1989, 168/1991, 284/2007.

Si è già avuto occasione di evidenziare che l'elaborazione dell'istituto dei controlimiti dovuto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, si sviluppa attraverso un processo che trova la sua nascita nella sentenza n. 183/1973. Il contesto del quale fare riferimento è quello determinato dalla ricostruzione operata dalla Corte di giustizia europea con la sentenza Causa 6/64.

In quella occasione la Corte di giustizia aveva rilevato «che, a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri [...]» e che con la istituzione di questa comunità gli Stati avevano «limitato, sia pur in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi». Ne consegue che la «preminenza del diritto comunitario trova conferma nell'art. 189, a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri»<sup>150</sup>.

Di qui l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 183/1973, interpretando gli artt. 11 e 23 Cost., e a conferma di quanto già precedentemente evidenziato, ha respinto ogni tentativo destinato ad attribuire all'art. 11 esclusivamente una natura programmatica e la configurazione della cessazione di sovranità come tesa solo ad assicurare «la pace e la giustizia tra le nazioni» e, quindi, non per finalità di natura economica.

Ne consegue una interpretazione dell'art. 11 Cost. a sostegno dell'infondatezza della questione di legittimità dell'art. 2 legge n. 1203/1957, chiamata a rendere esecutivo in Italia l'art.189 del Trattato istitutivo della CEE. Ma, soprattutto, è rilevante, ai fini dell'analisi condotta, la individuazione della interpretazione che pone le basi per una legittimazione della c.d. teoria dei controlimiti. «È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma [...] possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana»<sup>151</sup>.

È ovvio che dinanzi ad una eventuale situazione di questo tipo, dovuta ad una «aberrante interpretazione», «sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di

<sup>149</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 238/2014, considerato in diritto della sentenza 238 del 2014.

<sup>150</sup> Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, Domanda di pronuncia pregiudiziale, Giudice conciliatore di Milano – Italia, Causa 6-64, in Raccolta della giurisprudenza, 1964, 1135 ss.

<sup>151</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 183/1973, punto 9 del considerato in diritto.

questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali»<sup>152</sup>.

In questo itinerario trova collocazione anche la sentenza n. 232/1989, tesa a verificare la illegittimità degli artt. 1 e 2, legge n. 1203/1957, nella parte in cui ha dato esecuzione all'art. 177 del Trattato di Roma.

È evidente che, in questa sede, vanno prese in considerazione soprattutto le valutazioni offerte dalle motivazioni riguardanti aspetti riferibili all'analisi che si sta conducendo. Innanzitutto, emerge la considerazione che l'ordinamento comunitario propone una efficace tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei singoli. Peraltro, si tratta di diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri. Ne consegue che questi diritti costituiscono parte integrante ed essenziale dell'ordinamento comunitario<sup>153</sup>.

Un contesto di riflessioni che sono destinate a ribadire il «permanere» del sindacato della Corte costituzionale attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, qualora si sospetti che una norma del Trattato contrasti con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o attenti ai diritti inalienabili della persona umana.

Indicazioni analoghe offerte anche dall'altra sentenza della Corte: la n. 168/1991 che ricostruisce il percorso seguito dalla giurisprudenza della Corte in riferimento ai rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, soffermandosi in modo particolare sulla sentenza n. 170/1984, «che costituisce un costante punto di riferimento della successiva elaborazione»<sup>154</sup>. Nella pronuncia n. 168/1991, la Corte non solo si sofferma sui rapporti tra la norma comunitaria e quella emanata dallo Stato, ma disegna, altresì, «le coordinate più generali in cui va a collocarsi ogni singola questione più particolare»<sup>155</sup>. In questo contesto la sentenza ha espresso il principio fondamentale secondo il quale «i due ordinamenti, comunitario e statale, sono 'distinti ed allo stesso tempo coordinati' [...] e le norme del primo vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere [...] 'diretta applicazione' in quest'ultimo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali»<sup>156</sup>. Una interpretazione, comunque, che vuole ribadire che, in base allo stesso art. 11 Cost., l'ordinamento statale non si apre in maniera incondizionata alla disciplina normativa comunitaria. Infatti, vige il rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana.

L'ultima sentenza che è stata segnalata della Corte è la n. 284/2007 destinata a risolvere la questione di legittimità dell'art. 4, legge n. 401/1989.

Secondo questa sentenza, sulla base dei principi espressi dalla Corte e, soprattutto, dalla precedente sentenza n. 170/1984, nel sistema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, «in forza dell'art. 11 della Costituzione [...] le norme comunitarie provviste di efficacia diretta precludono al giudice comune l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno [...]». «La non applicazione deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente da questa Corte, del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona [...]»<sup>157</sup>.

L'analisi condotta su alcune sentenze della Corte costituzionale ha, quindi, evidenziato il ruolo da questa svolta nell'individuare i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o i diritti umani inalienabili, quali elementi che contribuiscono alla

<sup>152</sup> Punto 9 del Considerato in diritto della sentenza n.183 del 1973.

<sup>153</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 232/1989, punto 3.1 del considerato in diritto.

<sup>154</sup> In tal senso la Corte costituzionale, sentenza n. 168/1992, punto 4 del considerato in diritto.

<sup>155</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 168/1991.

<sup>156</sup> Punto 4 del considerato in diritto.

<sup>157</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 284/2007, punto 3 del considerato in diritto.

determinazione del concetto di identità costituzionale.

Ma, come è stato rilevato da autorevole dottrina<sup>158</sup> in riferimento alla maggior parte delle Corti costituzionali nazionali, anche quella italiana si limita ad affermare il principio in via astratta sebbene talvolta individui la identità costituzionale nella complessiva architettura istituzionale dello Stato italiano come nella sentenza n. 262/2009.

La prospettiva, quindi, anche della cultura giuridica, è quella di una riflessione più puntuale soprattutto in riferimento a quelle Costituzioni, come la nostra, che individuano esplicitamente solo in parte i contenuti della identità costituzionale. Di qui l'esigenza di ripercorrere i diversi contributi offerti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nelle sue diverse linee interpretative per giungere ad un concetto assoluto come limite uniforme sia per le modifiche costituzionali, sia per quelle riguardati l'ambito della integrazione europea, sia per quelle riferibili a determinati obblighi di diritto internazionale.

Attraverso questo lavoro di analisi, si potrà definire il catalogo della identità costituzionale, consentendo anche di dar vita a quegli interventi innovativi del dato costituzionale sulla base delle esigenze di ristrutturazione istituzionale sollecitate dal costituzionalismo contemporaneo<sup>159</sup>.

**4. Valutazioni conclusive.** La ricostruzione fin qui prodotta ha consentito di valutare come il concetto di identità costituzionale vada sempre più assumendo un ruolo sia a difesa dei valori espressi dai sistemi costituzionali e sia nella dinamica dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento degli Stati nazionali.

La prima domanda che in via conclusiva, ci si deve allora porre è quella concernente l'identificazione del ruolo che le identità costituzionali possono svolgere nel contesto dell'oggi.

Alla fine dell'itinerario percorso, è sufficiente far riferimento alle diverse funzioni che la riflessione teorica e la giurisprudenza assegnano al concetto di identità costituzionale?

La formula «identità costituzionale» non è menzionata espressamente nei testi costituzionali europei anche se si tratta di un termine che, acquista una rilevanza sempre maggiore nella letteratura e nella giurisprudenza.

Una utilizzazione, quella espressa dalla cultura giuridica, quanto mai rilevante allorché costituisce una base per la interpretazione giurisprudenziale, consentendo una più precisa concettualizzazione e permettendo di ritenere la identità costituzionale come un concetto giuridicamente valido e non una formula vuota e priva di contenuti concreti<sup>160</sup>.

Ma l'identità costituzionale svolge un ruolo significativo anche nel *Verfassungstreit* dell'oggi, un conflitto determinato dalla scelta tra posizioni volte a cancellare il passato, delegittimando la Costituzione italiana e quelle posizioni che si richiamano ai valori espressi nella fase costituente che hanno consentito l'approvazione di una Costituzione con valenze chiaramente progressiste.

Peraltro, si è in presenza di valutazioni già espresse in passato e sostenute con argomentazioni

<sup>158</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag - Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, cit., 716 ss.

<sup>159</sup> F. Lanchester, *Il costituzionalismo contemporaneo e l'incubo di Weimar*, cit., 1 ss.

<sup>160</sup> Una posizione quest'ultima che è dovuta da quella parte della letteratura scientifica che considera talvolta tale concetto come vago. Cfr. M. Nettesheim, *Ein Individualrecht auf Staatlichkeit?, Die Lissabon Entscheidung des BVerfG*, in NJW, 2009, 2867; M. Nettesheim, *Die Karlsruher Verkündung - Das BVerfG in staatsrechtlicher Endzeitstimmung*, in EuR-Beibef, 1, 2010, 101; K. Rode, *Verfassungsidentität und Ewigkeitsgarantie*, Frankfurt am Main, 2012; A. Ingold, *Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik*, in AöR, 140, 2015, 1; C. Schönberger, *Identitätserä, Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes*, in JöR, 63, 2015, 42; P. Faraguna, *Taking Constitutional Identities Away from Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 41, 2016, 491, 516-520; M. Polzin, *Verfassungsidentität*, cit., 6.

disattese. Si fa riferimento, ad esempio, a quelle di Norberto Bobbio e Francesco De Martino che nel 1997 esprimono la loro ammirazione per la Carta costituzionale del 1948 e, nel contempo, le difficoltà a realizzare pienamente e in tempi brevi il suo spirito innovatore<sup>161</sup>. Si è individuata l'esistenza nella Costituzione di una eccezionale «vis direttiva», «di una forza potenziale e ideale inclusa nei suoi stessi presupposti, che le ha consentito il lento e graduale processo di attuazione lungo tre decenni, una forza che le deriva dalla sua stessa origine entro una grande crisi storica come quella che era seguita alla fine della seconda guerra mondiale e alla caduta della dittatura fascista, e dalla coerenza, checché se ne dica, del suo progetto complessivo e dal consenso quasi unanime che l'aveva legittimata»<sup>162</sup>.

È merito anche della riflessione della dottrina giuridica avere identificato i termini del conflitto che non riguarda solo specifici ordinamenti costituzionali. Ma «intende mettere in discussione l'intera civiltà occidentale e il posto dell'Europa nel mondo»<sup>163</sup>.

Di qui la identificazione degli eventuali strumenti costituzionali, idonei a consentire il recupero della stabilità dei valori codificati dalla Costituzione. Una finalità che può essere raggiunta con la tutela dei contenuti delle identità costituzionali, identità intese non solo come autoreferenzialità o autodeterminazione in uno scenario europeo, ma anche come occasione di recupero di una «memoria» per la conservazione del passato, in una strategia volta a consentire anche un processo di elaborazione idoneo per il futuro<sup>164</sup>.

Una impostazione interpretativa, tesa a identificare la identità costituzionale per garantire l'ancoraggio della Costituzione al processo storico che la ha legittimata, ha, come prospettiva quella di realizzare il collegamento tra passato, presente e futuro che la Costituzione richiede. Un «bilanciamento capace di sopperire attentamente le esigenze [...] di continuità con il passato [...], di registrazione del presente [...], di proiezione nel futuro [...]»<sup>165</sup>.

Un recupero della memoria che deve avvenire attraverso la narrazione critica e disincantata dell'analisi storiografica, utilizzando le scelte di una «politica della memoria» che sia disinteressata e che non ricorra in via strategica al «ricordo ovvero all'oblio»<sup>166</sup>.

E, da qui, anche l'esigenza di fare in modo che l'oblio del passato non si trasformi anche nell'oblio del futuro<sup>167</sup>.

**Abstract.** Il Saggio esplora il concetto di «identità costituzionale» nell'ordinamento italiano, in termini di teoria costituzionale e di diritto costituzionale positivo, analizzandone l'evoluzione attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale e operando un confronto con l'esperienza tedesca. Di quest'ultima individua il contributo della dottrina e del *Bundesverfassungsgericht*. Lo studio traccia l'origine dell'identità costituzionale italiana a partire dalla sentenza n. 1146/1988, che ha posto le basi per l'identificazione dei principi supremi come nucleo intangibile della Costituzione. L'analisi prosegue esaminando le diverse linee interpretative della Corte: quella riferita ai principi supremi, quella volta all'esplicita individuazione del concetto di identità costituzionale e quella che determina il ruolo dell'identità costituzionale nei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamenti

<sup>161</sup> Cfr. N. Bobbio, F. De Martino, *Costituente e Costituzione: a colloquio con Norberto Bobbio e Francesco De Martino*, in *Diritto e Cultura*, 1-2, 1997.

<sup>162</sup> Cfr. N. Bobbio, *Costituente e Costituzione: a colloquio con Norberto Bobbio e Francesco De Martino*, in *Diritto e Cultura*, cit., 10.

<sup>163</sup> M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 125.

<sup>164</sup> M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 125.

<sup>165</sup> M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 97.

<sup>166</sup> Per questo itinerario di riflessioni è opportuno un rinvio al contributo di uno dei principali teorici e analisti della memoria: J. K. Olick, *The Politics of Regret. On Collective Memory and Historical Responsibility*, London, 2013.

<sup>167</sup> Sul punto si rinvia alle considerazioni di P. Costa, *L'identità europea tra memoria e progetto*, in O. Roselli (a cura di), *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, Napoli, 2018, 46 ss.

sovranazionali attraverso la teoria dei controlimiti. Il saggio si conclude sottolineando l'importanza dell'identità costituzionale nel *Verfassungsstreit* dell'oggi, non solo come strumento di difesa dei valori costituzionali nei rapporti con l'ordinamento europeo, ma soprattutto come mezzo per preservare l'ancoraggio della Costituzione al processo storico che l'ha legittimata, garantendo anche la continuità tra passato, presente e futuro.

**Abstract.** The essay explores the concept of «constitutional identity» in the Italian legal system, in terms of constitutional theory and positive constitutional law, analyzing its evolution through the jurisprudence of the Constitutional Court and making a comparison with the German experience. From the latter, it identifies the contribution of doctrine and the *Bundesverfassungsgericht*. The study traces the origin of Italian constitutional identity starting from judgment no. 1146/1988, which laid the foundations for identifying supreme principles as the intangible core of the Constitution. The analysis continues by examining the different interpretative lines of the Court: that referring to supreme principles, that aimed at explicitly identifying the concept of constitutional identity, and that which determines the role of constitutional identity in the relationship between national and supranational legal systems through the theory of «controlimiti». The essay concludes by emphasizing the importance of constitutional identity in today's *Verfassungsstreit*, not only as a tool for defending constitutional values in relations with the European legal system, but above all as a means to preserve the Constitution's anchorage to the historical process that legitimized it, also ensuring continuity between past, present and future.

**Parole chiave.** Principi supremi, Identità costituzionale, Corte costituzionale, Limiti alla revisione costituzionale.

**Key words.** Supreme principles, Constitutional identity, Constitutional Court, Limits to constitutional amendments.