

Rainer Arnold*

L'identità costituzionale: un concetto conflittuale

L'identità costituzionale come limite alla primazia del diritto sovranazionale è al momento un concetto altamente conflittuale in Europa. La Corte costituzionale federale tedesca (CCF) ha sviluppato una definizione collegata alla cd. 'clausola di eternità' di cui all'art. 79.3 della Legge Fondamentale (BL). Tale clausola rappresenta un limite a qualsiasi riforma della Costituzione e ad essa si fa riferimento anche quale strumento di salvaguardia delle strutture fondamentali della BL contro una possibile eccessiva invadenza del diritto dell'Unione europea (UE). Secondo la CCF spetta ad essa il potere di decidere in ordine alla definizione di identità costituzionale e di impedire l'applicazione in Germania di norme UE in caso di incompatibilità. Questa posizione è in evidente contrasto con la prospettiva seguita dall'UE, secondo la quale il potere ultimo di decidere in ordine alla applicazione del diritto sovranazionale spetta alla Corte di giustizia dell'UE; pertanto la definizione di identità nazionale (comprensiva di quella costituzionale) ai sensi dell'art. 4, par. 2 del Trattato sull'Unione europea spetta alla Corte UE. Il meccanismo di rinvio pregiudiziale dovrebbe rappresentare lo strumento processuale che consente di superare i conflitti che potrebbero derivare da queste divergenze di prospettiva.

1. Le premesse normative dell'integrazione

L'ordinamento giuridico dell'UE e quelli nazionali possono essere definiti come ordinamenti che, pur essendo autonomi, si trovano in un rapporto di reciproca integrazione, nel senso che l'uno e gli altri esplicano la propria forza normativa nello spazio di sovranità di ciascuno degli Stati membri. Questa 'coesistenza' normativa è un effetto del sistema sovranazionale fondato sul trasferimento di 'poteri sovrani' da parte degli

* Rainer Arnold è Professore ordinario nell'Università di Regensburg, ed è stato titolare della Cattedra Jean Monnet di Diritto comunitario (1999), *visiting Professor* nell'Università di Carlo di Praga (2000), titolare della Cattedra Jean Monnet *ad personam* (2008), *fellow* nell'European Law Institute. È membro dell'Accademia delle Scienze di Firenze (dal 2002) e dell'Académie internationale de droit comparé (dal 2002).

Stati membri all'Unione europea (UE).

Il processo di trasferimento, come è stato spiegato anche nella giurisprudenza costituzionale tedesca¹, è frutto di una scelta sovrana degli Stati membri grazie alla quale le norme sovranazionali penetrano all'interno dell'ordinamento statale. Lo Stato rinuncia 'all'esclusività normativa' del suo proprio diritto sul proprio territorio, accettando delle limitazioni alla sua sovranità.

Il problema sorge in caso di conflitto fra i due ordinamenti. Se si parte dalla posizione espressa dalla Corte di giustizia dell'UE riguardo al primato del diritto dell'UE², si può osservare che mentre nella prospettiva sovranazionale il primato è assoluto e coinvolge anche le norme costituzionali³, in quella nazionale il primato appare limitato.

L'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale degli Stati membri è estremamente variegato, passando da un rifiuto totale del primato sul diritto costituzionale (Polonia, Lituania) all'accettazione con riserve. La riserva 'dell'identità costituzionale' è attualmente la più importante. Nel presente contributo ci si riferirà in particolare alla giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca (CCF), che ha impostato il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario nel senso di escludere il nucleo essenziale della Costituzione tedesca dall'ambito nel quale è possibile instaurare un rapporto di subordinazione rispetto alle norme dell'Unione europea⁴.

2. *L'evoluzione della posizione della CCF tedesca rispetto al potere sovranazionale*

La CCF ha accettato, in una prima fase della sua giurisprudenza, le linee fondamentali dell'impostazione sovranazionale espresse in particolare dalla sentenza *Costa c. ENEL* del 1964, pur ribadendo l'importanza della legge di approvazione dei Trattati di integrazione, in particolare del Trattato CEE/CE, corrispondenti agli attuali Trattati TUE e TFUE. Questi ultimi costituiscono, secondo la Corte, la base giuridica, la ragione della validità normativa (*Geltungsgrund*) delle norme comunitarie, del loro

¹ Corte costituzionale federale (CCF), sentenza *Solange*, cfr. nota 5.

² Per l'impostazione seguita dalla giurisprudenza sul primato del diritto comunitario nell'anno 1964 cfr. in particolare la sentenza *Costa/ENEL* della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, in «Raccolta», 1964, p. 1127.

³ Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970 sul caso *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, in «Raccolta», 1970, p. 1125 ss.

⁴ Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvE 2/08 del 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), in <http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html> (ultimo accesso 19.04.2014).

effetto diretto negli ordinamenti statali e del primato del diritto sovranazionale. Tuttavia, la stessa Corte ha formulato tre riserve fondamentali: l'esistenza di una protezione adeguata dei diritti fondamentali dell'individuo, il rispetto delle competenze trasferite e – riserva più importante – l'identità costituzionale come limite del potere sovranazionale.

La prima riserva ha trovato espressione nelle famose sentenze *Solange I* (1974)⁵ e *Solange II* (1986)⁶, le quali hanno sottolineato che l'individuo dev'essere adeguatamente tutelato nei suoi diritti fondamentali (sia che derivino dalle norme europee, sia da quelle nazionali), anche quando la lesione si ricollegli ad atti nazionali adottati in esecuzione del diritto comunitario.

La seconda riserva – che in realtà non si configura come una riserva nel senso proprio della espressione – sottolinea che gli organi sovranazionali devono rispettare i limiti delle competenze loro trasferite. Un'azione *ultra vires* non sarebbe compatibile né con il diritto comunitario né con quello costituzionale. In questo senso, la CCF conferma la necessità che le istituzioni comunitarie osservino i limiti delle competenze loro trasferite (*compétence d'attribution*), e fondino la loro azione sulle competenze loro attribuite dai Trattati. Va qui sottolineato che la Corte si attribuisce il diritto di avere 'l'ultima parola': questa posizione, emersa per la prima volta nella sentenza *Maastricht*⁷, è in aperto contrasto rispetto alla posizione della Corte di giustizia dell'UE.

Nella sentenza *Trattato di Lisbona* la CCF è andata al di là del problema delle competenze, ed ha affrontato la questione della identità costituzionale⁸. La Corte tedesca infatti non si è limitata a constatare l'incompatibilità fra atto sovranazionale e principio di identità costituzionale tedesca sotto il profilo delle competenze – motivo per il quale si configurerebbe un caso di atto *ultra vires* – ma ha affermato la propria facoltà di proibirne l'applicazione sul territorio nazionale.

Questa posizione della CCF configura una disarmonia rispetto al concetto di sovranazionalità scaturente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia da un duplice punto di vista: da un lato infatti la Corte nazionale rivendica una facoltà di interpretare il diritto sovranazionale in modo

⁵ Sentenza del 29 maggio 1974, *Bundesverfassungsgericht*, vol. 37, p. 271 ss., in <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>> (ultimo accesso 19.04.2014).

⁶ Sentenza del 22 ottobre 1986, *Bundesverfassungsgericht*, vol. 73, p. 339 ss., in <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html#Opinion>> (ultimo accesso 19.04.2014).

⁷ Sentenza del 12 ottobre 1993, *Bundesverfassungsgericht*, vol. 89, p.155 ss., in <http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/Maastricht_Urteil_1993.pdf> (ultimo accesso 19.04.2014).

⁸ Sentenza del 30 giugno 2009, *Bundesverfassungsgericht*, cit. *supra*, nota 4, par. 240.

autonomo e definitivo in virtù del principio dell'identità costituzionale; dall'altro lato afferma la propria esclusiva competenza a decidere circa l'applicabilità del diritto sovranazionale derivante da atti dell'UE. Infine, una terza disarmonia si può riscontrare per il fatto che il concetto dell'identità nazionale (comprensivo dell'identità costituzionale) proclamato anche a livello sovranazionale dall'art. 4.2 del Trattato UE, viene interpretato e applicato nella prospettiva della contrapposizione fra obblighi scaturenti dal diritto dell'UE e diritto costituzionale nazionale.

3. Identità costituzionale tedesca – il riferimento alla 'clausola di eternità'

La CCF definisce l'identità costituzionale tramite il nucleo delle norme costituzionali protetto dall'art. 79 della Legge fondamentale (LF). Quest'articolo limita il potere del legislatore di riformare la Costituzione. Dichiara non suscettibili di riforma costituzionale l'art. 1 ed i principi di cui all'art. 20 LF. Sono dunque considerate come intangibili (vuol dire non modificabili tramite riforma costituzionale) la garanzia della dignità umana e le strutture principali dello Stato: la democrazia, la repubblica, lo stato sociale, lo stato di diritto (nei suoi elementi di base, ossia la legalità dell'esecutivo e del potere giurisdizionale nonché la costituzionalità della legislazione) ed il federalismo. Quest'ultimo aspetto è garantito sotto tre profili: il federalismo inteso come concetto generale, la suddivisione del territorio della Germania in Stati membri (*Länder*) e la partecipazione di questi ultimi alla legislazione federale.

L'approccio della CCF sembra essere essenzialmente influenzato dal testo dell'art. 23.1 LF che si riferisce alla menzionata 'clausola di eternità'. Questa disposizione è lo strumento d'integrazione che contempla talune cautele nella dimensione interna ed esterna. Autorizza il trasferimento delle competenze statali ad organismi sovranazionali con i seguenti limiti: riguardo all'aspetto esterno, si richiede che gli organismi creati a seguito del trasferimento di competenze si conformino a determinate caratteristiche strutturali fondamentali del sistema tedesco, in particolare a quelle previste dall'art. 20 LF. Quest'esigenza si spiega in base all'idea che uno spostamento di potere politico, in particolare legislativo, non debba condurre a condizioni non democratiche che non rispettino i principi dello Stato di diritto; in particolare, l'individuo non dovrebbe perdere la protezione garantitagli dalle norme sui diritti fondamentali.

L'altro aspetto dell'art. 23, quello interno, si riallaccia alla clausola di eternità sopra richiamata: le norme sovranazionali non possono

modificare i fondamenti dell'ordine costituzionale. Tale limite, che vale in caso di riforma costituzionale, trova applicazione anche con riferimento al possibile impatto del diritto sovranazionale. Quest'ultimo è considerato un elemento suscettibile di introdurre una riforma sostanziale (non formale) della Costituzione, e pertanto non può oltrepassare quegli stessi limiti che operano nei casi in cui si proceda ad una modifica formale della Costituzione.

La CCF considera questa clausola di eternità alla quale fa riferimento l'art. 23 primo comma come una espressione dell'identità costituzionale tedesca. Nella sentenza *Trattato di Lisbona*, la Corte sottolinea questa connessione normativa. La Corte sembra collegare la forza del principio di identità al richiamo operato dall'art. 23 all'art. 79.3 LF.

È sorprendente osservare che la Corte aveva già utilizzato il termine 'identità' nella sua decisione *Solange I* del 1974, con riferimento alla problematica dei diritti fondamentali. In questa sentenza la Corte aveva dichiarato che la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo costituisce una parte essenziale della Costituzione che non può essere abbandonata o relativizzata in maniera incondizionata: secondo quanto aveva precisato la Corte, l'art. 24 LF – norma d'integrazione precedente all'art. 23 LF (introdotto all'occasione della creazione dell'UE nel 1993) – dev'essere interpretata nel 'contesto integrale della Costituzione'. Esso non autorizza «modifiche della struttura fondamentale della Costituzione, sulla quale si basa l'identità di quest'ultima, senza le procedure di riforma costituzionale»; pertanto è escluso che tali modifiche possano intervenire «con atti di un'organizzazione internazionale». Non si può consentire la «sospensione (tramite una riforma del Trattato CEE) dell'identità della Costituzione tedesca in vigore attraverso modifiche che praticino una irruzione nelle strutture costituenti». Lo stesso vale, secondo la Corte, nel campo del diritto comunitario secondario. In questa pronuncia, nella quale veniva utilizzato il concetto di identità costituzionale, la Corte non menzionava la clausola di eternità, ma si basava su di una argomentazione più generale rispetto a quella utilizzata successivamente dalla stessa Corte, consistente nel riferimento all'art. 79.3 LF.

Va osservato che in realtà quest'ultimo articolo non menziona alcune caratteristiche strutturali dell'ordinamento costituzionale tedesco di grande importanza, come la giustizia costituzionale, tipica per la Germania del dopoguerra, forza dinamica del costituzionalismo attuale, o il concetto dello 'Stato aperto'⁹, sviluppato dalla giurisprudenza della CCF, il cui significato va ricondotto alla legittimità di un potere sovranazionale che

⁹ Cfr. K.P. SOMMERMANN, *Offene Staatlichkeit: Deutschland*, in *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. 2, a cura di A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P.M. Huber, *Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg 2008, pp. 3-35.

scaturisce dai trasferimenti di competenze nazionali come modalità di esercizio dei poteri dello Stato. D'altra parte, va tenuto presente il carattere evolutivo del concetto di identità costituzionale. Una norma come l'art. 79.3 LF, va inquadrata nel contesto storico nel quale è stata formulata quando non era possibile individuare tutti gli aspetti nei quali si sarebbe manifestata l'identità nazionale (comprensiva dell'identità costituzionale). La Costituzione è uno strumento 'vivo' che va adattato, sia pure entro i limiti consentiti e alla luce delle sue finalità, tenuto conto che è necessariamente destinata ad avere forza normativa nel lungo periodo e ad affrontare cambiamenti sociali radicali e nuovi orientamenti della società¹⁰; anche le norme costituzionali sono soggette a cambiamenti, pur se il nucleo dei principi costituzionali subisce necessariamente un processo di evoluzione più lento rispetto al resto delle norme. Per questa ragione nella interpretazione delle clausole che limitano la portata di riforme costituzionali è necessario tener conto degli elementi sopravvenuti che sono suscettibili di determinare trasformazioni nell'ordinamento dello Stato e produrre novità anche sul piano costituzionale. In questo senso è necessario che la CCF si adegui ad una prospettiva più ampia.

4. Identità nazionale e sovranazionale: conseguenze sotto il profilo della competenza giurisdizionale

Nel possibile conflitto fra concetto nazionale e sovranazionale dell'identità costituzionale si inserisce il problema di stabilire quale giudice sia competente a definire e realizzare l'identità costituzionale dello Stato membro: il giudice nazionale o quello sovranazionale? A quale giudice spetta la decisione finale?

È manifesto che la definizione dell'identità costituzionale di uno Stato è materia di competenza del giudice nazionale, più precisamente del giudice costituzionale (o Corte suprema se questa dispone di funzioni di giustizia costituzionale). È l'interprete della Costituzione e dell'identità costituzionale che contribuisce a ricostruire il nucleo e le caratteristiche della struttura costituzionale.

¹⁰ Per la CEDU come *living instrument* (una qualificazione facilmente trasferibile alla Costituzione) cfr. Corte EDU, sentenze del 25.04.1978 (caso *Tyrer*, n. 5856/72); 13.06.1979 (caso *Marckx*, n. 6833/74); 09.10.1979 (caso *Airey*, n. 6289/73); 17.10.1986 (caso *Rees*, n. 9532/81); 27.09.1990 (caso *Cossey*, n. 10843/84), 23.3.1995 (caso *Loizidou-preliminary objections*, n. 15318/89). Si veda anche C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Beck, Wien-Manz-München 2008³, p. 39, nota 32.

È anche evidente che la definizione del concetto di identità nazionale, che comprende quella costituzionale il cui rispetto è sancito dall'art. 4.2 Trattato UE, spetta anche alla giurisdizione sovranazionale. La nozione di identità fa parte del diritto primario dell'UE e dev'essere interpretata, secondo le regole generali dell'interpretazione del diritto sovranazionale, nella prospettiva europea. Ciò rappresenta un limite al recepimento della interpretazione formulata dal giudice nazionale e della prospettiva seguita da quest'ultimo a livello europeo. Tuttavia, si pone il problema di come possa esistere una nozione sovranazionale di un concetto profondamente nazionale.

Il diritto dell'UE deve limitarsi a fissare una definizione generale che enumeri, in prospettiva sovranazionale, gli aspetti costitutivi dell'identità costituzionale. Tale nozione può funzionare come strumento di controllo applicabile per misurare le obiezioni provenienti da uno Stato membro rispetto all'applicazione di una norma sovranazionale, e motivate in base alla incompatibilità di tale norma con l'identità nazionale così come interpretata dal giudice nazionale. Sul piano dell'applicazione di un atto sovranazionale, la competenza ad annullare l'obbligo di darvi applicazione non spetta al giudice nazionale ma esclusivamente a quello sovranazionale. Sul punto la posizione opposta della CCF appare infondata. Va invece seguita la giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'UE nel senso che spetta soltanto alla Corte di giustizia o, secondo i casi, al Tribunale di primo grado la facoltà di intervenire sull'efficacia di una norma sovranazionale, sia mediante l'annullamento sia mediante la sospensione della sua applicabilità¹¹.

Se il giudice nazionale, in particolare la Corte costituzionale, considera un atto dell'UE come incompatibile con l'identità costituzionale, deve necessariamente rinviare alla Corte di giustizia dell'UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione della compatibilità di quell'atto con l'art. 4.2 TUE. Non appare pertanto accettabile la posizione della CCF che considera non trasferibile agli organismi sovranazionali la competenza ultima a decidere questioni relative alla applicazione del diritto dell'UE in quanto interferenti con l'identità costituzionale¹². Rientra infatti nella competenza della Corte di giustizia, riconosciuta e accettata dagli Stati membri, garantire che, ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, l'Unione rispetti, oltre all'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati, «la loro 'identità nazionale' insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali».

La divergenza fra le posizioni della giurisprudenza tedesca e quella

¹¹ Cfr. la sentenza del 22 ottobre 1987 sul caso *Foto-Frost*, causa 314/85, in «Raccolta», 1987, par. 19.

¹² Sentenza del 30 giugno 2009, *Bundesverfassungsgericht*, cfr. *supra*, nota 4, par. 339 s.

sovranazionale rischia di innestare un potenziale conflitto giurisdizionale. Nell'interesse dell'integrazione è auspicabile che prevalgano gli argomenti favorevoli alla cooperazione tra corti nazionali e Corte di giustizia dell'UE.

Constitutional identity: a debated concept

Constitutional identity as a limit for the primacy of supranational law is currently highly debated in Europe. The German Federal Constitutional Court (FCC) has been developing a concept which is connected with the 'eternity clause' in Art. 79.3 of the Basic Law (BL). This clause sets limits for a formal reform of the Constitution and is also referred to as a basis for safeguarding the fundamental structures of the BL against a too far-reaching impact of EU law. The FCC declares to possess the ultimate power to define constitutional identity and to hinder the EU law application in Germany in case of inconsistency. This position is evidently in conflict with the EU perspective, that entrusts the final power to decide on the application of supranational law to the Court of Justice of the EU: thus the definition of national identity (including constitutional) in the terms of Art. 4.2 EU Treaty should be left to the EU Court. The preliminary ruling mechanism should be the procedural key for the solution of a potential conflict arising from these divergent perspectives.