



Il primato del diritto UE sotto attacco. Brevi cenni sulla crisi del dialogo fra Corti

di Stefania Ninatti e Marco Galimberti *

Abstract: This paper aims to look into the recent strains of the European integration process through the lenses of the Member States' constitutional resistance to the principle of EU law primacy. By focusing on a comparative analysis of the Lisbon saga and the subsequent trend of judicial rebellion, the essay retraces the identity and ultra vires review circulating across a wide variety of national constitutional and supreme courts until the groundbreaking Weiss decision of the BVerfG. The article finally argues that the latest conflict on the rule of law and European values which has been taking place in the CJEU's case law marks a turning point in the judicial dialogue crisis.

SOMMARIO: 1. Il dialogo fra Corti come barometro di una crisi europea. – 2. Prove di resistenza costituzionale: ridisegnando una linea Maginot europea? – 2.1. La prima generazione: tutto nasce da Lisbona. – 2.2. La seconda generazione: il rinvio pregiudiziale come detonatore di un effetto domino. – 3. Un cambio di prospettiva: lo scontro sulla *rule of law* e i valori europei davanti alla Corte di giustizia.

1. Il dialogo fra Corti come barometro di una crisi europea

Verificare lo stato dei rapporti fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale a partire dalla giurisprudenza è certamente limitativo. Tuttavia, nel processo di integrazione, il dialogo fra Corti ha avuto – e ha tuttora – un peso singolare, costituendo la trama portante delle varie stagioni dell'evoluzione europea stessa. Analizzata attraverso le lenti della giurisprudenza, la crisi del progetto di integrazione europea si rispecchia in una oramai incalzante serie di decisioni delle Corti costituzionali e supreme degli Stati membri in contrasto con i principi

* Stefania Ninatti è professoressa ordinaria di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano - Bicocca. Marco Galimberti è assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano - Bicocca. Parte delle riflessioni svolte, frutto del lavoro congiunto dei due autori, si trovano in M. GALIMBERTI, S. NINATTI, *Constitutional resistance to EU law: The courts and test of constitutional identity conflicts*, in «Pravni Zapis», n. 2, 2020, pp. 413-460. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*): versione ricevuta il 29 luglio 2022.



Saggi

fondamentali dell'ordinamento europeo. Non stupisce, come si è detto, che la giurisprudenza segni il territorio dello scontro più aperto.

Fin dai suoi albori, infatti, il sistema dell'Unione Europea ha trovato nella Corte di giustizia e nel dialogo costante con le Corti costituzionali nazionali il proprio motore propulsivo: a partire dalla celeberrima sentenza *Van Gend and Loos* – che ha chiarito gli elementi fondanti dell'ordinamento giuridico europeo e dei suoi rapporti con gli ordinamenti interni – il dialogo fra Corti ha tessuto via via la trama dell'integrazione giuridica europea, gradualmente poi recepita nelle diverse riforme dei Trattati. Non è un caso, perciò, che siano le Corti oggi a decretare per prime la crisi in atto del sistema eurolunitario: una crisi così acuta da intaccare alla radice uno dei principi fondanti l'ordinamento *sui generis* dell'Unione Europea, ossia il primato del diritto UE.

In questo senso, l'inedita sentenza *Weiss*, con cui la Corte costituzionale tedesca si è pronunciata sul Programma PSPP della Banca centrale europea nel maggio 2020¹, pare segnare uno dei punti più caldi di questa contestazione: non si vuole in questa sede certo affrontare la complessa questione di politica monetaria al centro della decisione né tanto meno il merito della sentenza che, per inciso, ha dichiarato *ultra vires* sia il programma di *quantitative easing* della BCE sia la sentenza della Corte di giustizia che ne aveva confermato la legittimità. È, tuttavia, utile ricordare che la Corte di Karlsruhe è arrivata in questo caso a negare di essere vincolata dalla precedente sentenza della Corte di giustizia sulla materia e ha intrapreso un riesame “*in house*” per determinare se le decisioni dell'Unione Europea sul PSPP rientrino nelle competenze europee. Attivando per la prima volta in assoluto il controllo di atti dell'Unione Europea *ultra vires* – in forza della garanzia del principio democratico e, quindi, della stessa tutela dell'identità costituzionale tedesca – il BVerfG ha chiarito che è pronta ad attivare, anche vigorosamente, i suoi meccanismi di difesa, ove necessario.

Tuttavia, come è stato autorevolmente osservato dal presidente della Corte di giustizia, un tal genere di interventi delle Corti costituzionali nazionali invia un messaggio, in ultima analisi, incompatibile con la struttura portante del sistema

¹ BVerfG, causa 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, del 5 maggio 2020.



Saggi

comunitario, minando alla radice il principio secondo cui il diritto UE si deve applicare con la stessa forza in tutto il territorio dell'Unione, senza distinzione alcuna a seconda degli Stati². Non c'è bisogno di spiegare, viceversa, come la salvaguardia dell'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea e la sua integrità rischino così inevitabilmente di incrinarsi.

Ma non è solo questo il punto di interesse della vicenda: volgendo lo sguardo pure al di fuori del territorio tedesco, infatti, non si può non avvedersi che la decisione *Weiss* è ben lungi dall'essere un episodio isolato e imprevedibile. Essa, viceversa, rappresenta una pietra (sia pur miliare) di un fenomeno più complesso e di vasta portata in aperto contrasto col processo di integrazione europea: come vedremo meglio nel seguito del lavoro, infatti, si sta via via sviluppando una decisa narrativa di resistenza a tale processo ad opera delle Corti costituzionali, che tendono in tal modo a ridisegnare criticamente quello speciale costituzionalismo di matrice sovranazionale. Al dilatarsi di tale narrativa si accompagna inevitabilmente una battuta d'arresto del cammino – invero non scevro di luci e ombre – di costituzionalizzazione dell'Unione Europea. A riguardo di quest'ultimo, pare utile ricordare come la Corte di giustizia abbia dall'inizio riconosciuto il principio secondo cui la Comunità economica europea è una Comunità basata sullo stato di diritto, che si concretizza nel principio secondo cui né i suoi Stati membri né le sue istituzioni possono sfuggire alla verifica di conformità con quella "Carta costituzionale fondamentale" che sono i Trattati: sul rispetto di tale Carta da parte degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie vigila attentamente la Corte di giustizia³.

² Più precisamente K. LENAERTS, *No Member State is More Equal than Others. The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, in *VerfBlog*, 8 ottobre 2020, osserva come tali decisioni comportino che «EU law does not apply with the same force throughout the EU and that "some Member States are more equal than others"».

³ Non è questa la sede per ripercorrere questo dibattito amplissimo che da tempo anima la dottrina. Esemplarmente può essere utile ricordare come sia la giurisprudenza stessa della Corte di giustizia a usare questa grammatica: si veda per tutti la celeberrima sentenza della Corte del 23 aprile 1986, causa C-294/83, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo*, par. 23 (versione inglese): «it must first be emphasized in this regard that the European Economic Community is a community based on the *rule of law*, inasmuch as neither its member States nor its institutions can avoid a review of the question



Nel tempo gli Stati membri – e più precisamente le loro Corti costituzionali/supreme – hanno, tuttavia, affinato un potente arsenale per contrastare il sistema euro-unitario e le sue dinamiche volte “alla creazione di una unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa” (art. 1 TUE): oltre alla più tradizionale possibilità di dichiarare un atto dell’Unione Europea come *ultra vires* e, pertanto, incompatibile con le costituzioni nazionali (nonché con gli stessi trattati eurounitari), si è via via affermato un secondo strumento, più raffinato, per opporsi a quella sempre più stretta integrazione europea posta in apertura dei Trattati. Esso affonda le sue radici nel concetto di identità costituzionale, che comprende il rispetto inalienabile di alcuni principi fondamentali su cui si fonda la struttura stessa di quello Stato.

Non è certo questa la sede per ripercorrere a livello sovranazionale, da un lato, l’evoluzione delle tradizioni costituzionali comuni fino ad arrivare, da un lato, alla enucleazione della Corte di giustizia di una “identità organica” fra il livello domestico e quello sovranazionale⁴ e, dall’altro, all’inserimento nei Trattati dell’art. 4, comma 2 TUE sull’identità costituzionale nazionale. Nel contempo, a livello interno, si può notare un progressivo utilizzo del controllo di identità costituzionale, inaugurato dalla Corte costituzionale tedesca e poi via via circolato fra le altre corti europee. In quest’ambito si può, dunque, rintracciare un ricco e vivace dialogo fra Corti, grazie anche all’utilizzo sempre più frequente del rinvio

whether the measures adopted by them are in conformity with the *basic constitutional charter*, the treaty. In particular, in articles 173 and 184, on the one hand, and in article 177, on the other, the treaty established a complete system of legal remedies and procedures designed to permit the court of justice to review the legality of measures adopted by the institutions». (c.vo nostro).

⁴ Esemplarmente, si vedano le osservazioni dell’Avvocato Generale Poiares Maduro nel caso *Arcelor* del 2008 (conclusioni del 21 maggio 2008, causa C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri c. Premier ministre e altri*, par. 16 in particolare), secondo cui l’art. 6 TUE avrebbe ormai stabilito una sorta di «identità sistemica» – ovvero «una congruenza strutturale che può essere garantita solo su un piano sistemico e solo a livello comunitario» – tra i valori costituzionali nazionali e comunitari, identità che esige di per sé stessa un unico parametro per il giudizio (chiaramente da svolgersi a livello sovranazionale). Questo passaggio potrebbe essere l’ultima evoluzione dell’utilizzo del criterio delle tradizioni costituzionali comuni, le quali nel tempo, come è noto, si sono trasformate nella giurisprudenza della Corte da strumento interpretativo per colmare le lacune dei Trattati – basandosi sulle differenti espressioni delle tradizioni costituzionali nazionali – a criterio fondativo dei valori comuni europei.



pregiudiziale da parte delle corti costituzionali e allo sviluppo di diverse narrative costituzionali che da esso si dipanano.

Tra le numerose corti interne progressivamente intervenute in quest'ambito, l'indagine condotta nel presente scritto prenderà in esame *in primis* la giurisprudenza con cui il BVerfG, il *Conseil Constitutionnel* francese e i tribunali costituzionali di Repubblica Ceca e Polonia si sono pronunciati sulla legittimità costituzionale del Trattato di Lisbona, per poi soffermarsi sui noti casi *Gauweiler* e *Taricco* come pionieri di un nuovo fronte di resistenza che, sovrapponendo controllo identitario e controllo *ultra vires*, ha visto protagonisti nell'ultimo decennio anche i giudici costituzionali cechi, la Corte suprema danese, la Corte costituzionale ungherese e, di nuovo, i giudici di Karlsruhe nella già citata sentenza *Weiss*, sino ad arrivare infine all'attuale conflitto che vede Polonia, Ungheria e Romania contrapposte alla Corte di giustizia sul terreno dello stato di diritto.

Una delle questioni interessanti sollevate da questa ricca giurisprudenza è che, a differenza dei vecchi casi degli anni Settanta, l'opposizione tra le Corti poste su diversi livelli di governo non si svolge più, o non più solamente, intorno all'adeguato livello di tutela dei diritti fondamentali offerto da sistemi in competizione, ma smaschera questioni strutturali di identità costituzionale dello Stato e di confini invalicabili da parte dell'Unione; più che profili strettamente giuridici, tali questioni di identità costituzionale e/o di competenze ultime dello Stato coinvolgono inevitabilmente anche scelte politiche fondamentali, che le Corti interne possono essere indisponibili a lasciare all'apprezzamento delle Corti sovranazionali. Le Corti costituzionali e supreme finiscono così per diventare la voce del «national (legal) dissent»⁵ anche rispetto a fenomeni di integrazione sovranazionale latamente intesi. In tal modo, le Corti costituzionali si incamminano, però, in un terreno dove difficilmente potranno avvalersi dei classici strumenti elaborati dalla giurisprudenza multilivello nel tempo (protezione equivalente, controlimiti, interpretazione conforme ecc.), e di cui solo ora si iniziano a intravedere le reali potenzialità.

⁵ Tale osservazione rientra all'interno di un quadro più generale riguardante il ruolo svolto dalle corti costituzionali: a riguardo si veda R.G. TEITEL, *Reactionary Constitutional Identity*, in «Cardozo Law Review», vol. 14, 1992, p. 747 ss.



Saggi

Sulla base di questa premessa, l'obiettivo del presente lavoro è di far emergere le crescenti dinamiche di resistenza, più o meno espresse, delle Corti costituzionali e supreme degli Stati membri in particolare rispetto al primato dell'Unione Europea, in modo da valutare lo stato attuale del processo di integrazione europea alla luce di uno dei suoi principi fondanti e il suo dovuto rispetto, principi che si pongono alla base anche della stessa definizione di *rule of law* fornita in sede europea.

2. Prove di resistenza costituzionale: ridisegnando una linea Maginot europea?

Se il tema della resistenza al primato attraverso la difesa dell'identità costituzionale nazionale ha avuto la propria genesi (dirompente) nel noto *Lissabon-Urteil*, esso ha altresì rappresentato, al di fuori dei confini tedeschi, un vero e proprio *leitmotiv* nelle giurisprudenze costituzionali di diversi altri Stati membri, le quali si sono contestualmente interrogate sulla legittimità costituzionale interna del Trattato di Lisbona.

In via preliminare può risultare, quindi, utile riassumere per brevi cenni il percorso argomentativo svolto dalla Corte costituzionale tedesca nella famosa sentenza *Lissabon-Urteil* sulla compatibilità del nuovo Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca, che ha, di fatto, individuato il controllo sull'identità costituzionale come l'ultimo punto evolutivo del dialogo fra Corti: prima di questa storica decisione, infatti, il controllo della Corte di Karlsruhe sul diritto dell'Unione Europea era limitato alla revisione degli atti *ultra vires*, così come già ampiamente illustrato nella precedente sentenza *Maastricht-Urteil* del 1993⁶.

Sebbene i due tipi di controllo vengano espressamente distinti, è intuitivo tuttavia rilevare come le Corti costituzionali nazionali ricorrono poi a entrambi senza soluzione di continuità, a volte distinguendoli e a volte sovrapponendoli. Del resto, l'eccesso di (certe) competenze da parte degli organi sovranazionali può

⁶ BVerfG, causa 2 BvR 2728/13, par. 121. Più in generale, sulle fasi del controllo di costituzionalità in rapporto alla dimensione internazionale e sovranazionale, può essere utile la lettura di D. LUSTIG, J.H.H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world – Retrospective and prospective*, in «International Journal of Constitutional Law», vol. 16, n. 2, 2018, pp. 315 ss.



Saggi

essere giudicato incompatibile con le costituzioni nazionali sia in quanto possibile atto *ultra vires* sia in quanto contrario all'identità costituzionale. In ogni caso, al concretizzarsi di queste ipotesi le Corti costituzionali non possono che ribadire l'esistenza di un confine invalicabile, una sorta di linea Maginot, a difesa di una indebita espansione del sistema sovranazionale, richiamando in tal modo gli organi sovranazionali al rispetto delle competenze e alla salvaguardia dell'identità nazionale, così come prevista anche dall'art. 4, comma 2, TUE.

Non meno interessante risulta l'osservazione del BVerfG nel *Lissabon-Urteil*, secondo cui sia il controllo sull'identità che quello sugli atti *ultra vires* – pur costituendo, appunto, strumenti giuridici differenti⁷ – discendano direttamente dall'art. 79, comma 3 GG: in tal modo si ancora questa tipologia di controlli ai classici limiti alla revisione costituzionale, così come enucleati nella legge fondamentale tedesca dalla suddetta norma. Conscio della delicatezza della materia, che viene a fornire un'ultima garanzia del nucleo duro delle costituzioni nazionali, il giudice di Karlsruhe sottolinea ulteriormente come la competenza in capo alla Corte per entrambi i controlli deve essere esercitata con cautela e in modo aperto all'integrazione europea (*europarechtsfreundlich*)⁸.

⁷ Più specificamente si veda BVerfG, 2 BvR 2728/13, par. 153, nel momento in cui la Corte specifica che «the *ultra vires* review constitutes a particular case [...] of the application of the general protection of the constitutional identity by the Federal Constitutional Court. When conducting *ultra vires* review, the Federal Constitutional Court examines whether EU acts transgress the competences' boundaries. Considering that these latter can be transferred to the EU only within the limits set by Art. 79, sec. 3, GG, the *ultra vires* review is without fail joined by the identity review [...]. Unlike the *ultra vires* review, the identity review “examines the respective act of the European Union in a substantive sense as to whether the “ultimate limit” of the principles of Arts. 1 and 2 GG has been exceeded [...]». Sull'utilizzo dei due tipi di controllo a volte in aperta sovrapposizione si veda, da ultimo, V. SALESE, *The EU integration through the lenses of domestic Constitutional/Supreme Courts: the material scope of constitutional clashes*, in «Diritti Comparati», n. 3, 2022, in corso di pubblicazione.

⁸ Può essere interessante ricordare che il concetto di identità costituzionale non è sorto *ex abrupto* nel *Lissabon-Urteil*. Infatti, il BVerfG aveva già piantato i semi della *Verfassungsidentität* nella sua decisione *Solange II* (1986), che indicava l'identità costituzionale come «l'architettura fondamentale, le strutture costitutive» della Legge fondamentale tedesca. È interessante anche notare che la Corte di Karlsruhe ha sostenuto questa affermazione con un riferimento esplicito a “limiti simili” stabiliti dalla Costituzione italiana e dalla giurisprudenza costituzionale, che a sua volta aveva interpretato i principi



Saggi

La nuova frontiera della nota teoria dei controlimiti assume, ora, la forma della clausola dell'identità costituzionale ora degli atti *ultra vires*, ampliando così le competenze della Corte costituzionale dal regno dei diritti fondamentali ad altre questioni essenziali che riguardano il nucleo dello Stato. Inutile aggiungere che in tal modo si rafforza il controllo giurisdizionale esercitato dalle corti costituzionali, che mostrano la ferma volontà di erigersi ad arbitro ultimo del rapporto con l'Unione Europea, in forza del ruolo di custode della costituzione.

Molte sono le questioni lasciate aperte dal controllo sul rispetto dell'identità costituzionale così come esemplarmente disegnate dalla storica sentenza *Lissabon-Urteil*. In estrema sintesi, dal punto di vista sostanziale questa tipologia di controlli risulta ben più ampio di quello dei controlimiti, ed è singolare che venga legato dalla Corte tedesca all'art. 79 GG sui limiti alla revisione costituzionale (*Ewigkeitsklausel*). In un certo senso, i confini fissati per l'integrazione europea vengono a coincidere, secondo la corte tedesca, con quelli della revisione costituzionale: a questo punto sorge spontaneo chiedersi, però, in cosa consista l'autonomia dell'ordinamento sovranazionale. Non a caso Cassese critica questa scelta operata dal BVerfG come una disfunzione funzionale: proprio quei limiti invalicabili posti a difesa contro possibili ritorni di totalitarismi (i limiti alla revisione costituzionale, secondo la dottrina classica) vengono ora eretti a confine invalicabile di un ordinamento che originalmente nasceva con lo stesso fine⁹. In realtà, dietro a tale argomentazione sembra celarsi (non troppo nascosta) la volontà di identificare uno strumento giuridico con cui misurare la compatibilità del sistema comunitario con quello costituzionale interno, finendo così con il condizionare l'integrazione europea alle condizioni poste dalla clausola di eternità. Inutile dire che questo passaggio dalla teoria dei controlimiti a quella dell'identità costituzionale (e degli atti *ultra vires*) nasconde delle potenzialità che solo a distanza di anni (e di sentenze, come vedremo nel prossimo paragrafo) si iniziano a intravedere.

fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale come una sorta di linea invalicabile, che il diritto comunitario non deve osare oltrepassare in alcun modo.

⁹ S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 9, 2009, p. 1004.



Un secondo punto di interesse, dal punto di vista procedurale, può essere visto nell'uso che le corti costituzionali iniziano sempre più frequentemente a fare del rinvio pregiudiziale, strumento ora divenuto necessario per garantire l'identità costituzionale. Come osserva autorevole dottrina a proposito di una sentenza che analizzeremo successivamente, quel canale di comunicazione fra Corti originariamente destinato a favorire un dialogo giudiziario sincero e cooperativo, viene a trasformarsi in una sorta di canale destinato a definire dei limiti ultimi, quasi degli ultimatum: il diritto comunitario va (comunque) letto alla luce dell'irrinunciabile nucleo dei principi fondamentali sanciti dalle costituzioni interne. Potremmo avere l'impressione di affrontare, quindi, un caso di c.d. «primazia invertita»¹⁰.

Tali osservazioni ci conducono inevitabilmente a leggere questa nuova linea di giurisprudenza delle Corti costituzionali come una sorta di “sentenza-manifesto politico”¹¹, come un ultimo avvertimento per le istituzioni dell'Unione Europea e per il legislatore nazionale. Dietro quest'ultima evoluzione giurisprudenziale ci si potrebbe chiedere che tipo di teoria di pluralismo si possa individuare: così, si è anche osservato che in questa nuova fase si intravede il passaggio da un “pluralismo costituzionale difensivo” (come era nel periodo della teoria dei controlimiti) a un “pluralismo costituzionale aggressivo”¹².

2.1. La prima generazione: tutto nasce da Lisbona

È in questo senso interessante richiamare in chiave comparata, in estrema sintesi, la posizione assunta *in primis* da parte del *Conseil Constitutionnel*. Pur ravvisando indirettamente nella tutela dell'identità costituzionale un possibile argine alla primazia del diritto dell'Unione, la decisione francese sul Trattato di Lisbona ha lasciato intendere che la suddetta limitazione non costituisse, per così dire, un

¹⁰ A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2017, p. 112.

¹¹ Per tutti si veda M.P. CHITI, *Am deutschen Volk*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 9, 2009, p. 1011.

¹² M. MADURO, G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», n. 2, 2009, p. 527.



confine invalicabile. Secondo tale pronuncia, eventuali ipotesi di conflitto tra il principio della *primauté* e la Costituzione francese – e, in particolare, i diritti ivi garantiti e le condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale – troverebbero infatti una via di risoluzione nel ricorso alla revisione del testo costituzionale¹³. A differenza del BVerfG, i giudici di *Palais-Royal* hanno dunque accuratamente evitato di individuare quali specifici valori o principi ricadessero effettivamente nella nozione di identità costituzionale, optando al contrario per un'operazione di *self-restraint* e dimostrando, di riflesso, una maggiore deferenza verso il legislatore costituzionale, al quale è affidato il compito di delineare le frontiere di matrice identitaria da opporre alla primazia del diritto dell'Unione¹⁴.

Un approccio per certi versi affine a questa impostazione adottata dal *Conseil Constitutionnel* riecheggia peraltro, *mutatis mutandis*, nelle due decisioni pronunciate dalla Corte costituzionale ceca in relazione al Trattato di Lisbona¹⁵. In aperto contrasto con l'attivismo giudiziale che, come si è detto, aveva caratterizzato il *Lissabon-Urteil*, l'*Ústavní Soud* di Brno ha respinto la richiesta dei ricorrenti di redigere un catalogo puntuale di competenze statali non trasferibili all'Unione¹⁶. Nel giustificare tale rifiuto, la Corte costituzionale ceca ha demandato in primo luogo alla discrezionalità politica del Parlamento la responsabilità di stabilire eventuali controlimiti al processo di integrazione europea,

¹³ *Conseil Constitutionnel*, decisione 2007-560 del 20 dicembre 2007, par. 9. Sul punto, E. VRANES, *Constitutional Foundation of, and Limitation to, Integration in France*, in «European Public Law», n. 3, 2013, pp. 541-542.

¹⁴ Per una comparazione tra il *Lissabon-Urteil* e la decisione francese sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona, si veda J.H. REESTMAN, *The Franco-German Constitutional Divide: Reflection on National and Constitutional Identity*, in «European Constitutional Law Review», vol. 5, n. 3, 2009, pp. 374-390.

¹⁵ Si fa riferimento alle sentenze PI. ÚS 19/08 del 26 novembre 2008 (Trattato di Lisbona I) e PI. ÚS 29/09 del 3 novembre 2009 (Trattato di Lisbona II).

¹⁶ Per un raffronto delle decisioni sulla legittimità costituzionale del Trattato di Lisbona pronunciate rispettivamente dal *Bundesverfassungsgericht* e dall'*Ústavní Soud* si rinvia a R.U. KRAMER, *Looking through Different Glasses at the Lisbon Treaty: The German Constitutional Court and the Czech Constitutional Court*, in A. FISCHER-LESCANO, C. JOERGES, A. WONKA (eds.), *The German Constitutional Court's Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives*, «ZERP Discussion Paper», n. 1, 2010, pp. 11-19.



riservandosi comunque la facoltà di intervenire *ex post* in ordine ai vincoli materiali al trasferimento di sovranità così come identificati dal legislatore¹⁷.

Un'ulteriore tappa della progressiva accettazione del Trattato di Lisbona all'interno degli ordinamenti nazionali vede protagonista, infine, il Tribunale costituzionale polacco. A contraddistinguere quest'ultimo episodio della saga giurisprudenziale in esame è l'ambigua argomentazione messa in campo in tale circostanza dai giudici di Varsavia. Come una sorta di Giano Bifronte, il *Trybunał Konstytucyjny* professa, da una parte, il proprio *favor* nei confronti dell'integrazione europea, rievocando anche lungo le rive della Vistola la c.d. "*Europarechtsfreundlichkeit*" tedesca¹⁸; dall'altra parte, tuttavia, sempre nel solco del *Lissabon-Urteil*, oltre a predisporre un elenco (pur non esaustivo) di poteri inalienabili su cui si innestano le fondamenta della sovranità statale, viene posto l'accento sul ruolo fondamentale delle corti costituzionali a presidio delle identità degli Stati membri, le quali a loro volta concorrono a determinare l'identità dell'Unione¹⁹: una potenziale "chiamata alle armi", quest'ultima, che sembra quasi sottintendere

¹⁷ *Ústavní Soud*, decisione PI. ÚS 19/08 del 26 novembre 2008 (Trattato di Lisbona I), par. 109. Sull'intenzione della Corte costituzionale ceca, analogamente al *Conseil Constitutionnel*, di rimettere tale responsabilità *in primis* all'arena politica, M. WENDEL, *Lisbon before courts: comparative perspectives*, in «European Constitutional Law Review», vol. 7, n. 1, 2011, p. 14. Un certo grado di deferenza nei confronti del legislatore emerge altresì dalla sentenza 143/2010 (VII. 14.) del 12 luglio 2010, con cui la Corte costituzionale ungherese, richiamando anche la giurisprudenza di altre corti costituzionali nazionali, ha sancito la costituzionalità della legge interna di ratifica del Trattato di Lisbona. I giudici di Budapest hanno precisato che un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità del Trattato non avrebbe comunque messo in discussione gli obblighi derivanti dall'adesione all'Unione, e che in tal caso sarebbe spettato al legislatore individuare una soluzione per adempiervi senza violare la Costituzione. Pur sostenendo che la clausola di apertura all'Unione non possa interpretarsi in modo da privare della loro sostanza le clausole sulla sovranità e sulla *rule of law* contenute nella Costituzione, la Corte costituzionale ungherese non ha menzionato alcun profilo di intangibilità né alcun limite intrinseco all'integrazione europea, in quanto ambiti riservati al legislatore nazionale.

¹⁸ Trybunał Konstytucyjny, Judgment K 32/09 of 24 November 2010, par. III.2.2.

¹⁹ In particolare, la Corte costituzionale polacca ha precisato che «una caratteristica comune a tali giudizi è l'enfasi sull'apertura dell'ordinamento costituzionale all'integrazione europea e l'attenzione al significato dell'identità costituzionale e sistemica – e quindi della sovranità – degli Stati membri» (ivi, par. III.3.8.).



tra le righe l'affermarsi di un fronte comune di resistenza costituzionale al primato del diritto eurounitario e al suo impatto a livello nazionale²⁰.

E in effetti, a ben vedere, è proprio in virtù della circolazione del paradigma identitario che le giurisprudenze nazionali sul Trattato di Lisbona contribuiscono a consolidare il ruolo strategico delle corti costituzionali nella veste di arbitri della validità e dell'applicazione del diritto dell'Unione negli ordinamenti domestici, rafforzando in tal modo l'incidenza delle medesime sul progresso dell'integrazione europea²¹. In quest'ottica, già nella *Lissabon-Urteil*, il BVerfG (e, in parallelo, altri tribunali costituzionali nazionali) aveva posto una particolare enfasi sulla "responsabilità" dei parlamenti rispetto al processo di integrazione: tuttavia, in quest'analisi, essa pare *in primis* confermare la convinzione secondo cui a conservare l'ultima parola debbano nondimeno essere le corti (interne), nella misura in cui le stesse sono chiamate a vigilare in ultima analisi sull'operato del legislatore²².

2.2. La seconda generazione: il rinvio pregiudiziale come detonatore di un effetto domino

A distanza di pochi anni dalla giurisprudenza relativa al Trattato di Lisbona, lo scenario che preannunciava più o meno implicitamente il germogliare di un fronte sempre più vasto ed eterogeneo di resistenza alla *primauté* ha trovato nuova linfa in una serie di pronunce susseguitesi tra loro in una sorta di effetto domino. Due tra i casi più emblematici in questione – i noti *Gauweiler* e *Taricco* – si inquadrano, peraltro, in un ambito *sui generis* come quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ad opera delle corti costituzionali nazionali. È esattamente il recente

²⁰ In tal senso anche K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Sending smoke signals to Luxembourg: the Polish constitutional tribunal in dialogue with the ECJ*, in M. CLAES, M. DE VISSER, P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING (eds.), *Constitutional conversations in Europe: actors, topics and procedures*, Intersentia, Cambridge 2012, p. 273.

²¹ A. DYÈVRE, *European Integration and National Courts: Defending Sovereignty under Institutional Constraints?*, in «European Constitutional Law Review», vol. 9, n. 1, 2013, p. 139.

²² F.C. MAYER, *Rashomon in Karlsruhe: A reflection on democracy and identity in the European Union: The German Constitutional Court's Lisbon decision and the changing landscape of European constitutionalism*, in «International Journal of Constitutional Law», vol. 9, n. 3-4, 2011, p. 762.



superamento della tradizionale reticenza da parte di queste ultime a servirsi di tale strumento dialogico a testimoniare l'emergere di un nuovo polo di resistenza costituzionale al primato del diritto dell'Unione. Sotto il profilo procedurale, questa nuova "generazione" di decisioni è, inoltre, connotata da un diffuso utilizzo dell'argomento comparatistico, il quale appare principalmente destinato a rinsaldare lo *status* delle singole corti dinanzi ai giudici del Lussemburgo.

Questa tecnica argomentativa risulta particolarmente evidente nella vicenda *Gauweiler* in materia di *Outright Monetary Transactions* e controllo *ultra vires*: nel suo primo rinvio pregiudiziale il BVerfG, riconducendosi in modo estensivo alla giurisprudenza dei propri omologhi stranieri, ha precisato che "una larga maggioranza delle corti costituzionali e supreme degli altri Stati membri condivide il punto di vista della Corte costituzionale federale secondo cui la precedenza [di applicazione] del diritto dell'Unione non si applica illimitatamente, ma è limitata dal diritto [costituzionale] nazionale"²³. In tale occasione la Corte costituzionale federale ha temperato la rigida presa di posizione che ne aveva contrassegnato il *Lissabon-Urteil*, riconoscendo nei controlimiti un'opzione del tutto residuale, attivabile esclusivamente dopo aver effettuato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, alla quale deve essere sempre consentito di esprimersi e neutralizzare in via preventiva eventuali conflitti di competenza. Se questa pronuncia può considerarsi, da un lato, una versione più mite del *Lissabon-Urteil*, il rinvio pregiudiziale ivi promosso dai giudici di Karlsruhe si è rivelato, dall'altro lato, assai meno *europarechtsfreundlich* di quanto si potesse credere, rimarcando

²³ BVerfG, causa 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014, par. 140. Questa argomentazione, di pari passo con il dialogo instaurato per la prima volta con la Corte di giustizia in *Gauweiler*, viene poi riproposta anche in BVerfG, causa 2 BvR 2735/14, 15 dicembre 2015, par. 47. Questa seconda pronuncia, inerente all'ambito della protezione dei diritti fondamentali, e più precisamente la violazione della dignità umana tutelata ai sensi dell'art. 1 del Grundgesetz, ha richiamato questioni peraltro già dibattute nel celebre caso *Melloni*, tanto è vero che, come è stato osservato in dottrina, "letti congiuntamente, questi casi rivolgono un forte monito alla Corte [di giustizia] al fine di evitare un'eccessiva intrusione nelle tradizioni costituzionali in materia di tutela dei diritti fondamentali" (G. ANAGNOSTARAS, *Solange III? Fundamental Rights Protection under the National Identity Review*, in «European Law Review», vol. 42, n. 2, 2017, p. 245).



specialmente la netta distinzione tra il controllo identitario svolto da parte della Corte costituzionale federale e quello posto in essere dalla Corte di giustizia²⁴.

Ciò nonostante, *Gauweiler* può nel suo complesso reputarsi un proficuo esempio di interazione giudiziale, dal momento che la successiva replica della Corte del Lussemburgo, astenendosi dall'addentrarsi nel terreno accidentato della primazia del diritto UE, è rimasta strettamente circoscritta alle questioni sostanziali sollevate dal caso di specie e ha finanche aderito in parte ad alcune delle riflessioni proposte dal giudice del rinvio; da parte sua, nel 2016 il BVerfG ha scritto il capitolo conclusivo di questo acceso confronto giurisdizionale mediante quella che ha la parvenza di un'altra "sentenza-manifesto politico", dove si è riconosciuto come il programma di *Outright Monetary Transactions* non ecceda le competenze attribuite alla BCE e si è riscontrata nel principio di leale cooperazione ai sensi dell'art. 4, c. 3, TEU la naturale cornice per una rinnovata armonia tra il controllo identitario svolto da Karlsruhe e il rispetto dell'identità nazionale sancito nei trattati²⁵. Come osservato in dottrina, questo passaggio potrebbe sollevare il dubbio che la Corte tedesca suggerisca in realtà una lettura dell'art. 4, comma 2, TUE tale da permettere ad uno Stato membro di discostarsi dal diritto dell'Unione – e, segnatamente, dalla *primauté* – ove ritenga che esso sia contrario alla propria identità nazionale²⁶.

²⁴ BVerfG, causa 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014, par. 29: «[...] il controllo di identità condotto dalla Corte costituzionale federale è sostanzialmente difforme dal controllo realizzato ai sensi dell'art. 4 par. 2 TUE da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea. L'art. 4 par. 2 TUE impone alle istituzioni dell'Unione Europea di rispettare le identità nazionali. Ciò si fonda su una nozione di identità nazionale che non corrisponde alla nozione di identità costituzionale a norma dell'art. 79 par. 3 GG, ma che va ben oltre [...]». A testimonianza di come questo tema cruciale rappresenti il campo di battaglia di un costituzionalismo europeo in divenire, nelle sue conclusioni del 14 gennaio 2015 l'Avvocato Generale Cruz Villalón avrebbe poi esplicitamente affermato che «[...] un ben inteso atteggiamento di apertura al diritto dell'Unione dovrebbe dare luogo, nel medio e lungo periodo, a una convergenza sostanziale, in linea di principio, tra l'identità costituzionale dell'Unione e quella di ciascuno degli Stati membri» (par. 61).

²⁵ BVerfG, causa BvR 2728/13, 21 giugno 2016. Ciò nondimeno, tale sentenza della Corte di giustizia non risulta esente da (esplicite e talvolta anche aspre) critiche: per tutti, P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in «Diritti Comparati Working Paper», n. 1, 2016, p. 10.

²⁶ M. PAYANDEH, *The OMT Judgment of the German Federal Constitutional Court. Repositioning the Court within the European Constitutional Architecture*, in «European Constitutional Law Review», vol. 13, n. 2, 2017, p. 415.



Il rischio che una siffatta interpretazione porta con sé appare di tutta evidenza, implicando la possibilità di determinare unilateralmente il significato dell'art. 4, comma 2, TUE dal punto di vista statale e, di conseguenza, violare lo spirito di collaborazione di cui all'art. 4, comma 3, TUE.

Le luci e ombre proiettatesi sui rapporti di forza tra le corti in *Gauweiler* si sarebbero di lì a breve ripresentate nell'altrettanto celebre saga *Taricco*, in cui la Corte costituzionale italiana ha invocato, per la prima volta nel contesto di un rinvio pregiudiziale, un potenziale conflitto tra il diritto eurounitario e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale²⁷. Se il dialogo instaurato tra i due interlocutori era apparso *prima facie* espressione d'un costituzionalismo cooperativo, esso ha gradualmente assunto toni che finiscono per sopraffare l'iniziale prospettiva europeista.

Senza voler entrare nelle pieghe della ben nota fattispecie, avente ad oggetto la complessa questione della prescrizione dei reati fiscali in materia di IVA²⁸, basti qui ricordare che ogniqualvolta siano in gioco norme sovranazionali e parametri di rango costituzionale, questi ultimi godranno di una inevitabile preminenza sulle prime, in ragione della visione dualistica delle relazioni inter-ordinamentali fatta propria dalla Consulta. Tanto è vero che il tagliente quesito rivolto alla Corte di giustizia se «i giudici nazionali debbano applicare la norma anche laddove in contrasto con un principio supremo dell'ordinamento italiano» di per sé riceve già risposta affermativa all'interno dell'ordinanza di rinvio: nonostante la strenua difesa del primato da parte del giudice del Lussemburgo, l'art. 4, comma 2, TUE impone «di abbracciare il livello minimo di diversità necessario per preservare l'identità nazionale inerente alla struttura fondamentale degli Stati membri»²⁹.

²⁷ Corte costituzionale italiana, ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017.

²⁸ Come è noto, in *Taricco I*, Causa C-105/14, 8 settembre 2015, la Grande Sezione della Corte di giustizia aveva stabilito l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna laddove essa precluda allo Stato italiano di adempiere il dovere di assicurare efficace tutela agli interessi finanziari dell'Unione ai sensi dell'art. 325 TFUE in materia di frodi fiscali.

²⁹ Sul punto, vale la pena richiamare per esteso la tesi della Corte costituzionale secondo cui «[...] Il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il 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



Saggi

In termini ancor più espliciti, quanto alla controversa interpretazione dello stesso art. 4, comma 2, TUE, la Corte costituzionale puntualizza che, mentre la Corte di giustizia è legittimata a definire la portata del diritto dell'Unione, l'obbligo di valutarne nel dettaglio la compatibilità con l'identità costituzionale di ciascuno Stato membro debba spettare alle autorità nazionali³⁰. Come si è già anticipato, si arriva così a usare il rinvio pregiudiziale come una sorta di *ultimatum*: il diritto eurounitario non può che essere letto alla luce del nucleo inalienabile di principi sanciti dalla Costituzione, ponendo così in essere una lettura del rapporto fra sistemi a "primazia invertita"³¹.

Questo peculiare utilizzo del rinvio pregiudiziale a cui si è assistito in *Gauweiler* e *Taricco* rappresenta un inedito *fil rouge* nella resistenza da parte delle corti costituzionali nazionali al primato del diritto dell'Unione. Se questi due casi di studio, anche per effetto di una sostanziale convergenza raggiunta nella fattispecie concreta con i giudici del Lussemburgo, si inseriscono comunque all'interno di un fecondo (benché, in alcuni tratti, aspro) schema dialogico³², il contemporaneo moltiplicarsi

di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri [...]» (Corte costituzionale, ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, par. 6).

³⁰ E infatti la Corte costituzionale ha chiuso il proprio *iter* argomentativo osservando che «se questa interpretazione dell'art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa *Taricco* fosse corretta, cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta» (ivi, par. 7).

³¹ *Supra*, nota n. 10.

³² In *M.A.S. and M.B.*, Causa C-42/17, 5 dicembre 2017, la Corte di giustizia, prendendo in seria considerazione i dubbi sollevati dal giudice del rinvio, ha affinato la propria interpretazione della questione in oggetto. In particolare, la Corte si è preoccupata di sottolineare come l'obbligo ai sensi dell'art. 325 TFUE di adottare tutte le misure necessarie per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione debba adempiersi nel modo più rispettoso possibile dell'autonomia procedurale dello Stato membro, alla luce dell'identità nazionale insita nella struttura costituzionale fondamentale. Con sentenza n. 115 del 31 maggio 2018, la Corte costituzionale ha poi chiuso la saga *Taricco* affermando che «L'inapplicabilità della 'regola Taricco', secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A.S., ha la propria fonte non solo



Saggi

di decisioni di diverse corti costituzionali e supreme nazionali che pure hanno messo in discussione, a vario titolo, la *primauté* è stato accolto con un certo grado di allarme³³.

A tale proposito, tra gli episodi più flagranti di “disobbedienza” al diritto eu-rounitario, un aperto rifiuto di dare attuazione ad una pronuncia resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia ha accomunato sia la Corte costituzionale ceca che la Corte suprema danese. Nella sentenza *Holubec* intervenuta nel 2012 nella saga delle c.d. “pensioni slovacche”, oltre a lamentare la presunta violazione del principio di attribuzione, il bellicoso iter logico-argomentativo seguito dall’*Ústavní Soud* ha indicato di attendersi che la Corte di giustizia «acquisisse familiarità con le motivazioni rispettose [...] dell’identità costituzionale della Repubblica ceca»³⁴. Quanto invece al caso *Ajos*, in cui la Corte suprema di Copenaghen (*Højesteret*) nel 2016³⁵ ha dichiarato *ultra vires* una decisione della Corte di giustizia sull’applicazione orizzontale di principi generali (non scritti) dell’Unione³⁶, possiamo ivi cogliere altresì i segni di uno scontro incentrato ancora una volta sul tema dell’identità: un principio distintivo dell’ordinamento costituzionale danese (certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento del singolo) confligge direttamente con un altro principio (non discriminazione in base all’età), che la giurisprudenza del Lussemburgo pone al cuore dell’identità costituzionale *in fieri* dell’Unione³⁷. Tale contrapposizione conduce ad un esito ambivalente: se, per un verso, la sentenza

nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell’Unione» e deducendo l’infondatezza di tutte le questioni di costituzionalità sollevate.

³³ A. HOFMANN, *Resistance against the Court of Justice of the European Union*, in «International Journal of Law in Context», vol. 14, n. 2, 2018, p. 258.

³⁴ Si fa riferimento alla decisione della Corte costituzionale ceca Pl. ÚS 5/12 del 31 gennaio 2012, che ha dichiarato *ultra vires* la sentenza della Corte di giustizia, causa C-399/09, *Marie Landtová v Česká správa sociálního zabezpečení*, 22 giugno 2011.

³⁵ Corte suprema danese, causa 15/2014, *DI acting for Ajos A/S vs. The estate left by A*, 6 dicembre 2016.

³⁶ Corte di giustizia, causa C-441/14, *Dansk Industri (on behalf of Ajos A/S) v. Estate of Karsten Eigil Rasmussen*, 19 aprile 2016.

³⁷ La dottrina a commento di queste sentenze è amplissima e non è in questa sede ripercorribile: per tutti si veda G. ZACCARONI, *Is the horizontal application of general principles ultra vires? Dialogue and conflict between supreme European courts in Dansk Industri*, in «Federalismi.it», n. 9, 2018 (25 aprile).



Saggi

dell'*Højesteret* trae origine da un'interazione giudiziaria con la Corte di giustizia (come del resto in *Gauweiler* e in *Taricco*) sulla base di un rinvio pregiudiziale, è pur vero che la Corte suprema danese si avvale, più o meno espressamente, del *refrain* della protezione dell'identità costituzionale nazionale per ribellarsi ad una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia.

Tale binomio dai contorni sempre più sfumati composto da controllo *ultra vires* e controllo identitario si è riaffacciato, nel contempo, all'interno della dibattuta sentenza con cui la Corte costituzionale ungherese (*Alkotmánybíróság*) ha contestato la decisione n. 2015/1601 del Consiglio europeo del 22 settembre 2015 sul ricollocamento dei richiedenti asilo tra gli Stati membri dell'Unione³⁸. Più precisamente, il fulcro attorno al quale si è strutturata in tale occasione la resistenza dei giudici magiari si articola in un controllo sui diritti fondamentali e in una verifica sugli atti *ultra vires*, quest'ultima costituita a sua volta da un controllo sulla sovranità e uno di stampo identitario³⁹. Brandendo per la prima volta un'arma ormai sempre più in voga come quella dell'identità, anche attraverso un massiccio ricorso alla comparazione quale fonte di ulteriore legittimazione per la propria contro-reazione al primato⁴⁰, l'*Alkotmánybíróság* ha allo stesso tempo lasciato intendere la propria disponibilità ad un dialogo giudiziale: oltre che sull'art. 4, comma 2, TUE, la difesa dell'identità costituzionale poggia su quella che viene descritta come una «cooperazione informale con la Corte di Giustizia, fondata sui principi di uguaglianza e collegialità, nel rispetto reciproco»⁴¹.

Malgrado questo suo proclamato – almeno *expressis verbis* – spirito cooperativo, non possiamo però trascurare, come sottolineato da diversi studiosi, il “lato oscuro” della pronuncia in esame. L'equiparazione tra la nozione di identità costituzionale radicata nell'art. 4, comma 2, TUE e l'identità costituzionale ungherese, il cui

³⁸ Corte costituzionale ungherese, sentenza 22/2016 (XII.5.) AB, 30 novembre 2016.

³⁹ Ivi, par. 46. Su questo punto si segnalano gli interessanti contributi di G. HALMAL, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2017, p. 152, e K. KELEMEN, *The Hungarian Constitutional Court and the concept of national identity*, in «Ianus», n. 15-16, 2017, pp. 23-33.

⁴⁰ Corte costituzionale ungherese, sentenza 22/2016 (XII.5.) AB, 30 novembre 2016, parr. 32-44.

⁴¹ Ivi, parr. 62-63.



Saggi

contenuto deve essere interpretato su base casistica alla luce dell'intera Costituzione, ha indotto parte della dottrina a definire questa operazione, senza mezzi termini, come «un abuso dell'identità costituzionale», ovvero, in altre parole, come «nient'altro che un campanilismo costituzionale nazionale, un tentativo di abbandonare l'insieme costituzionale comune europeo»⁴²; l'interpretazione dell'identità costituzionale accolta da Budapest risulterebbe infatti «talmente generica da potersi considerare un tentativo di concedere carta bianca al potere esecutivo e legislativo per derogare agli obblighi dell'Ungheria ai sensi del diritto dell'Unione»⁴³; e ancora, secondo alcuni, si sarebbe fatto un uso selettivo del diritto comparato al fine di «giustificare una politica migratoria nazionalista, per non dire xenofoba»⁴⁴.

Tenendo in debito conto tali note critiche, soprattutto nel quadro dell'attuale dibattito sullo stato di diritto che coinvolge *in primis*, oltre a Polonia e Romania, proprio l'ordinamento ungherese, è più che lecito domandarsi in quale misura l'applicazione di questa nuova versione dei controlimiti, sotto le spoglie di una nozione giuridica di identità costituzionale in costante divenire e difficilmente decifrabile, non rappresenti in realtà un'arma politica idonea ad erodere la primazia del diritto dell'Unione, e, pertanto, suscettibile di minare il progetto di integrazione europea alle sue stesse fondamenta⁴⁵. E, di fatto, anche la successiva

⁴² G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law*, in «Review of Central and East European Law», vol. 3, n. 1, 2018, p. 41.

⁴³ D. KOCHENOV, P. BARD, *Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU. The Pitfalls of Overemphasising Enforcement*, in «RECONNECT Working Paper», n. 1, 2018, p. 12. In questo senso, G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law*, cit., p. 25, ha affermato che la decisione della Corte costituzionale ungherese «rubberstamped the government's constitutional identity defense».

⁴⁴ R.D. KELEMEN, L. PECH, *Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism: Lessons from Hungary and Poland*, in «RECONNECT Working Paper», n. 2, 2018, pp. 14-15.

⁴⁵ A questo riguardo, in G. HALMAI, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, cit., p. 154, si sottolinea come curiosamente, nel caso di specie, l'estensivo ricorso all'argomento comparativo da parte della Corte costituzionale ungherese fosse diretto ad abbassare gli *standard* di tutela dei diritti fondamentali, a differenza ad esempio della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, dove l'invocazione dell'identità costituzionale mira a promuovere standard più elevati rispetto a quelli previsti dal



giurisprudenza costituzionale ungherese, lungi dal gettare acqua sul fuoco, ha dato prova di continuare a concepire la tutela dell'identità costituzionale nazionale come un limite all'integrazione europea⁴⁶.

Facendo infine un passo indietro al punto di partenza del nostro scritto, non si può certamente sottovalutare l'inevitabile eco prodotta, anche al di fuori dell'ordinamento tedesco, dalla nota decisione *Weiss* del maggio 2020 sul *Public Sector Purchase Program* (PSPP) da parte della BCE. In considerazione dell'auto-revolezza di cui la giurisprudenza del BVerfG gode storicamente anche al di fuori dei confini tedeschi, non è da escludere il rischio che un novero sempre più esteso di corti costituzionali e supreme nazionali oppongano *ad libitum* la difesa dell'identità e il controllo *ultra vires* ogniqualvolta si giunga a trattare tematiche sensibili sul piano politico, le quali possano essere percepite come un'intrusione nella sfera di sovranità degli Stati membri. L'insorgere di tali timori è peraltro alimentato dal fatto che rispetto agli altri casi in precedenza analizzati, dalla portata materiale indubbiamente più circoscritta, *Weiss* risulta foriera di un ulteriore grado di complessità: come attenta dottrina ha a ragion veduta rilevato, «the BVerfG is going well beyond its Czech and Danish counterparts, stepping into the shoes of the Luxembourg judge and directly reviewing the legality of an EU act in an area of exclusive EU competence»⁴⁷.

diritto dell'Unione. Similmente, in T. DRINÓCZI, *Hungarian Constitutional Court: The Limits of EU Law in the Hungarian Legal System*, in «ICL Journal», vol. 11, n. 1, 2017, p. 149, il controllo di matrice identitaria viene descritto come una sorta di «circolo vizioso».

⁴⁶ Basti citare, in via esemplare, Ordinanza 3199/2018 (VI. 21.) AB e Ordinanza 3198/2018 (VI. 21.) AB del 4 giugno 2018; Decisione 9/2018 (VII. 9.) AB del 26 giugno 2018 sull'interpretazione dell'Articolo E) paragrafi (2) e (4), Articolo Q) paragrafo (3) e Articolo 25 della Legge Fondamentale; Decisione 2/2019 (III. 5.) AB del 25 febbraio 2019; Decisione 11/2020 (VI. 3.) AB del 21 maggio 2020.

⁴⁷ D. SARMIENTO, *An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court's ruling in Weiss? The Long Term and the Short Term*, in «EU Law Live», 12 maggio 2020. In questo senso, in J. ZILLER, *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemande a propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne*, in «Eurojus.it», n. 2, 2020, si è sottolineato che «Contrairement aux précédents des arrêts de la Cour constitutionnelle tchèque di 31 janvier 2012, Pl. ÚS 5/12 et de la Cour suprême Danoise dans l'affaire 15/2014, Ajos, qui n'avaient d'effet que dans des cas d'espèce à portée



Sebbene ciò che accadrebbe concretamente qualora altre corti percorressero un iter argomentativo simile a quello intrapreso dal BVerfG – non ultima la possibilità di avviare nuove procedure di infrazione – sia ad oggi una pagina in via di scrittura, è difficile negare che l'impatto politico e costituzionale di una siffatta reazione a catena potrebbe mettere irrimediabilmente a repentaglio il progetto di integrazione europea. E in tal caso, per riprendere le parole del presidente della Corte di giustizia, uno Stato membro che, imboccando una linea d'azione unilaterale, metta in discussione il primato del diritto dell'Unione «shows disrespect towards the other Member States and their peoples that continue to honour the Treaties on a reciprocal basis»⁴⁸.

3. Un cambio di prospettiva: lo scontro sulla *rule of law* e i valori europei davanti alla Corte di giustizia

Se questa è, dunque, la strada percorsa nel dialogo fra Corti a partire dal Trattato di Lisbona, più recentemente si è assistito ad una nuova svolta, rappresentata dall'utilizzo dell'argomento identitario in ambito sovranazionale. Il vocabolario utilizzato dalla Corte di giustizia in risposta ad alcune gravi violazioni all'interno degli Stati membri, infatti, (apparentemente) sembra svilupparsi in parallelo con quello analizzato nel precedente paragrafo, ma il panorama in cui viene ambientato è radicalmente mutato.

limitée(les pensions retraites des citoyens slovaques en République tchèque et l'application d'un principe général du droit de l'Union à des relations spécifiques entre personnes privées), l'arrêt du 5 mai a de graves conséquences systémiques sur le droit de l'Union et sur l'Union elle-même». Così pure, in S. POLI, *The German Federal Court and its first ultra vires review: a critique and a preliminary assessment of its consequences*, in «Eurojus.it», n. 2, 2020, p. 237, si è osservato che «although other constitutional courts in Denmark and in the Czech Republic have challenged the Court of Justice's authority by declaring ultra vires one of its rulings, in the present case the BVerfG jeopardises the spirit of comity and loyal cooperation between a domestic court and the Court of Justice that inspired its decision in Honeywell and threatens the functioning of the euro area».

⁴⁸ K. LENAERTS, *No Member State is More Equal than Others. The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, cit.



Tale svolta si annida nella natura stessa di tale argomentazione giuridica: è evidente che il richiamo svolto dalle Corti nazionali volto alla salvaguardia dell'identità costituzionale o al controllo sugli atti *ultra vires* dell'Unione Europea, sia in ultimo di difficile interpretazione, andando a intaccare il delicato equilibrio fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale. La stessa problematica si ripropone, specularmente, davanti all'interpretazione della clausola sull'identità, così come confluita nello stesso Trattato (art. 4, comma 2, TUE): sia esso interpretato restrittivamente come rispetto per l'autonomia istituzionale degli Stati membri⁴⁹ sia più generosamente come spesso sembra fare la giurisprudenza (non solo domestica), esso comunque rimanda alla questione cruciale di «what it means to have an independent and separate Member State legal order while the power exercised within it is so often determined by the Union of which it is a member and constitutive element»⁵⁰.

La giurisprudenza costituzionale interna analizzata nel corso di questo lavoro fa emergere nitidamente questo dilemma e la grammatica dell'identità costituzionale dovrebbe porsi come un suo snodo cardinale, sia pur da usare con cautela se non si vuole che si trasformi in una sorta di lasciapassare per sottrarsi a politiche europee poco gradite⁵¹.

E così si arriva all'ultima evoluzione di questo dibattito, rappresentato dai casi polacchi, ungheresi e rumeno e dall'entrata in scena dell'altro attore del dialogo, la Corte di giustizia. È innegabile che con questi casi si sia raggiunto un tipo di dialogo fra corti costituzionali/supreme interne – se si può limitare il conflitto alle corti, visto che per i primi due casi i ricorsi sono stati promossi dai ministri dei rispettivi governi – e Corte di giustizia strutturalmente diverso da quelli

⁴⁹ Esemplarmente si veda B. DE WITTE, *Art. 4(2) TEU as a protection of the Institutional Diversity of the Member States*, in «European Public Law», vol. 27, n. 3, 2021, p. 559 ss.

⁵⁰ L. F.M. BESSELINK, *The Persistence of a Contested Concept: Reflections on Ten Years Constitutional Identity in EU Law*, in «European Public Law», vol. 27, n. 3, 2021, p. 599. L'Autore osserva acutamente anche che la formulazione dell'art. 4, comma 2, TUE «may give the misleading impression that there are areas of sovereign Member State power that are immune to EU law, by speaking of 'essential State function' [...]» (p. 608).

⁵¹ Per tutti si veda J. SCHOLTES, *Abusing Constitutional Identity*, in «German Law Journal», vol. 22, n. 4, 2021, p. 534 ss.



precedentemente analizzati. Senza voler entrare nel merito delle sentenze, già ampiamente commentate all'interno del presente volume monografico, i casi di Ungheria e Polonia (così come quello della Romania, a cui si accennerà a breve) – pur partendo dal classico richiamo alla tutela delle identità costituzionali – ricadono all'interno di un vero e proprio scontro con i valori dell'UE e con quelle che vengono chiamate violazioni “perduranti e sistemiche” dei principi fondamentali dell'Unione, intaccando direttamente le radici costitutive dell'integrazione europea (artt. 1, 2, 4, comma 3 e 19, comma 1 TUE). Sebbene il lessico utilizzato dalla Corte di Lussemburgo sia effettivamente simile alle controparti nazionali, l'ambientazione descritta porta ad un cambiamento radicale della narrativa identitaria rispetto ai precedenti casi analizzati, tanto da far prefigurare un possibile scontro di identità (domestica ed europea).

Innanzitutto, in questi casi emerge una nuova prospettiva attraverso cui rileggere il discorso identitario, basato sul delicato rapporto fra art. 2 e art. 4, comma 2 TUE. Nell'ottica dei redattori del Trattato, identità e valori non sono concetti identici, anche se sicuramente alcuni valori formano la base delle identità costituzionali stesse; in tale prospettiva, tuttavia, i due articoli non erano pensati in contraddizione⁵². Certo, la formulazione dell'art. 7 TUE dimostrava che si era coscienti del rischio di una possibile violazione di quei valori, ma l'ambiguo intreccio fra art. 2 e art. 4, comma 2 TUE non era (forse) stato pienamente considerato nell'impianto dell'ordinamento euro-unitario: non era, cioè, stata contemplata la possibilità di usare l'identità costituzionale per un più generale *ultimatum* del genere «taking back control from EU», e non – come nei casi precedentemente richiamati – per un sia pur complesso dialogo su specificità costituzionali interne a confronto con l'ordinamento giuridico europeo.

Il successivo passaggio argomentativo che la Corte di giustizia svolge di fronte a questi specifici conflitti, consiste nel definire i valori europei come il proprio punto di non ritorno, ossia quell'elemento di rigidità costituzionale europea che

⁵² Più ampiamente si veda Z. KÖRTVÉLEYESI, B. MAJTÉNYI, *Game of Values: the Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary*, in «German Law Journal», vol. 18, n. 7, 2019, in particolare pp. 1724-1726.



Saggi

non può essere superato, sia pur esso nella forma – secondo autorevole dottrina – di “*red line*”: in altri termini, l’art. 2 TUE andrebbe a tracciare i confini delle diversità nazionali potenzialmente ammesse dall’art. 4, comma 2 TUE⁵³. Ad una rigidità costituzionale interna (quella fissata, esemplarmente, dalla Corte tedesca nella *Ewigkeitsklausel*)⁵⁴ si viene così ad opporre una sorta di rigidità costituzionale europea, fissata nel rispetto dei valori *ex art. 2 TUE*.

Avendo fissato nei valori europei il confine ultimo del bilanciamento nei rapporti fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale, quasi naturalmente la Corte di giustizia è portata a interrogarsi sul c.d. “dilemma di Copenaghen”, ossia sulle ragioni ultime dell’adesione all’Unione Europea e su come nel tempo esse possano rimanere valide: si affronta, così, la garanzia del principio di non regressione, secondo la cui lettera quei valori che erano posti a condizione della partecipazione all’esperienza euro-unitaria non possono con il tempo sfuggire al controllo delle istituzioni europee, né tanto meno “regredire”. L’art. 2 – cui si lega, come si è appena visto l’art. 4, comma 2 – viene in tal modo riletto (anche) alla luce dell’art. 49 TUE sulle condizioni di ammissione all’Unione Europea⁵⁵.

⁵³ Questa la tesi sostenuta in più articoli dal prof. A. VON BOGDANDY: per una sintesi si veda esemplarmente ID., *Fundamentals on Defending European Values*, in *VerfBlog*, 12 novembre 2019.

⁵⁴ Come abbiamo analizzato nel corso del precedente paragrafo, il giudice delle leggi, interpretando senza incertezze il ruolo di guardiano della costituzione (nazionale), avverte ripetutamente le istituzioni europee che superare il confine fra ordinamento interno e sovranazionale significherebbe intaccare il nucleo duro della costituzione, ossia quell’ambito della materia costituzionale che risulta escluso dalla stessa revisione costituzionale e che ne circoscrive la suprema rigidità.

La questione si fa, quindi, oltremodo interessante proprio per il genere di richiamo “ultimo” con cui le Corti costituzionali mettono in guardia la controparte sovranazionale. E che, qui, sembra trovare un corrispettivo nel richiamo della Corte di giustizia a un equivalente confine ultimo a livello sovranazionale costituito dai valori europei.

⁵⁵ Esemplarmente si può leggere la sentenza della Corte di giustizia, causa C-896/19, *Republika c. Il-Prim Ministru*, 20 aprile 2021, par. 63- 64: «Ne consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall’articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall’applicazione dei trattati a tale Stato membro. Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell’articolo 19 TUE. Gli Stati membri sono quindi tenuti a provvedere affinché sia evitata qualsiasi regressione, riguardo a detto valore, della loro



Esemplarmente, nella storica sentenza sulle sezioni disciplinari dell'ordinamento polacco, la Corte di giustizia può ben osservare come la riforma avvenuta «costituisc[a] una regressione nella tutela del valore dello Stato di diritto ai sensi della giurisprudenza della Corte» (par. 112) e, di conseguenza, una violazione degli obblighi incombenti sullo Stato polacco (par. 113).

Nelle due sentenze gemelle sulla condizionalità, questo impianto viene poi saggiato con l'argomento identitario (a livello sovranazionale): nella sentenza sulla condizionalità riguardante lo Stato ungherese, si arriva a infatti a esplicitare che «i valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori»⁵⁶.

Ancora più precisamente, nella sentenza gemella sul meccanismo di condizionalità riguardante la Polonia, si osserva che «l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori che [...] fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune, valori che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri. Orbene, anche se, come risulta dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, cosicché tali Stati dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro»⁵⁷.

Solo pochi giorni più tardi, i profili di problematicità richiamati in relazione alle due pronunce sul meccanismo di condizionalità sono riemersi nella replica

legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall'adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici».

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia, causa C-156/21, 16 febbraio 2022 (Ungheria), par. 127.

⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia, causa C-157/21, 16 febbraio 2022 (Polonia), par. 264-265. Può essere utile riportare anche il seguito (par. 266), secondo cui «pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di "Stato di diritto" che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo».



Saggi

della Grande Sezione al rifiuto della Corte costituzionale rumena di ottemperare, anche sulla base di argomentazioni di carattere identitario, ad una precedente sentenza del Lussemburgo in tema di riforma dell'ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura, mettendo in discussione il primato del diritto UE sulla Costituzione interna e quindi imputando alla stessa Corte di giustizia di aver agito *ultra vires*⁵⁸.

Ribadendo di essere l'unica autorità competente a verificare, ai sensi dell'art. 4, comma 2 TUE, che un obbligo di diritto europolitano non attenti all'identità di uno Stato membro, la Corte di giustizia ha affermato *apertis verbis* che «tale disposizione non ha né lo scopo né l'effetto di autorizzare la Corte costituzionale di uno Stato membro, in violazione degli obblighi ad essa incombenti in forza, in particolare, dell'articolo 4, paragrafi 2 e 3, nonché dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, a disapplicare una norma del diritto dell'Unione, con la motivazione che tale norma non rispetti l'identità nazionale dello Stato membro interessato come definita dalla Corte costituzionale nazionale»⁵⁹.

Laddove sorgano dubbi circa possibili violazioni dell'identità costituzionale nazionale, non vi è altra strada se non quella di ricorrere, secondo la Corte, allo strumento del rinvio pregiudiziale: il giudice del Lussemburgo, pur all'interno di un vibrante conflitto con la Corte costituzionale di Bucarest, tenta pertanto di ricondurre i rapporti tra Corti (e dunque tra ordinamenti) lungo i binari di quello che viene espressamente definito come un dialogo «mirante ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la

⁵⁸ Si fa riferimento alla decisione dell'8 giugno 2021, con cui la Corte costituzionale rumena ha rifiutato di dare esecuzione alla sentenza della Corte di giustizia, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a. contro Inspecția Judicială e a.*, 18 maggio 2021. Per un'analisi più approfondita della vicenda e della più recente pronuncia della Corte di giustizia qui in discussione si segnalano, *ex plurimis*, N. HOGIC, *Supremacy of EU Law and Judicial Independence in Romania*, in «Diritti Comparati», 7 marzo 2022; D. GALLO, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2022, pp. 374-378.

⁵⁹ Corte di giustizia, causa C-430/21, *RS*, 22 febbraio 2022, par. 69-70.



coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati⁶⁰.

Questa attrazione del parametro identitario *ex art. 4, comma 2, TUE* nell'orbita del monopolio interpretativo della Corte di giustizia come contro-reazione all'attacco alla *primauté* e ai valori dell'Unione nei casi ungherese, polacco e rumeno trova un ultimo (per ora) tassello nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Emiliou a seguito di un rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale lettone⁶¹. Lo spunto più interessante offerto da queste conclusioni è l'ampia riflessione ivi svolta sul ruolo e sul contenuto dell'art. 4, comma 2, TUE: si riconosce infatti che «ad oggi, la Corte non ha approfondito la nozione di “identità nazionale”, né la natura o la portata della “clausola d'identità nazionale” [...]»⁶², da cui discende che non è ancora chiaro se e in che misura tale disposizione possa interpretarsi «nel senso che introduce una clausola orizzontale o generale che gli Stati membri possono invocare per giustificare validamente deroghe alle norme dell'Unione»⁶³.

Ciò premesso, le conclusioni dall'Avvocato Generale puntualizzano che se, da un lato, non spetta certo all'Unione (e in particolare alla Corte di giustizia) stabilire quali elementi rientrino nel nucleo dell'identità nazionale, dall'altro gli Stati membri (e, in primo luogo, le rispettive corti costituzionali/supreme) dispongono di un ampio margine di discrezionalità; tuttavia, tale margine deve anche essere confinato, poiché se così non fosse l'art. 4, comma 2, TUE si tradurrebbe inevitabilmente in una pericolosa *escape clause* unilaterale dai Trattati⁶⁴. In

⁶⁰ Ivi, par. 71-73. Al riguardo, la Corte ha altresì precisato che «il giudice nazionale [...] deve quindi eventualmente discostarsi dalle valutazioni di un organo giurisdizionale nazionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione dell'interpretazione fornita dalla Corte, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione [...]» (par. 75).

⁶¹ Conclusioni dell'8 marzo 2022, causa C-391/20, *Boriss Cilevičs e a.*

⁶² Ivi, par. 81.

⁶³ Ivi, par. 84.

⁶⁴ Secondo l'Avvocato Generale, «[...] non spetta all'Unione determinare, per ciascuno Stato membro, gli elementi che fanno parte di tale nucleo dell'identità nazionale. Gli Stati membri dispongono, al riguardo, di un ampio margine di manovra. Tuttavia, la discrezionalità degli Stati membri non può



Saggi

questo senso, in armonia con le recenti pronunce della Corte di giustizia relative a Ungheria, Polonia e Romania, viene di nuovo rimarcata la preminenza della tutela dei valori comuni dell'Unione *ex art. 2 TUE* rispetto alla clausola identitaria di cui all'art. 4, comma 2 TUE⁶⁵.

Sensibilizzando la Corte circa l'importanza strategica di far luce sul significato e la portata di tale clausola, l'Avvocato Generale muove quindi egli stesso i primi passi nella direzione di una progressiva razionalizzazione del (fin qui alquanto frammentario) discorso identitario⁶⁶. Tuttavia, come si è detto, la natura del conflitto di questi casi⁶⁷ è profondamente diverso dai precedenti e finisce per mutare in radice i contorni del dibattito sull'identità costituzionale finora svolto.

In ultima analisi, questa spinta propulsiva della Corte di giustizia verso una più sistematica costruzione del concetto di identità costituzionale dell'Unione Europea – usato (anche, ma non solo) come grimaldello per scardinare quei confini ultimi via via tracciati dalle corti costituzionali/supreme interne nei confronti del primato – conferma che ci troviamo oggi dinanzi a un ineludibile confronto tra i valori europei (posti a fondamento dell'identità stessa dell'Unione) e l'identità costituzionale dei suoi Stati membri. Se, come è stato autorevolmente sostenuto, questa occasione possa costituire un *constitutional moment* per rileggere con

essere illimitata. Diversamente, l'articolo 4, paragrafo 2, TUE si configurerebbe come una clausola di esonero totale troppo agevole dalle norme e dai principi dei trattati dell'Unione, che potrebbe essere attivata in qualsiasi momento da qualsiasi Stato membro. Un obbligo per l'Unione di "rispettare" l'identità nazionale degli Stati membri non può equivalere a un diritto dello Stato membro di ignorare a suo piacimento il diritto dell'Unione» (ivi, par. 86).

⁶⁵ Nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale ha precisato che, avendo gli stessi Stati membri accettato i valori fondanti dell'Unione come valori ad essi «comuni», la clausola identitaria in oggetto non può infatti legittimare eventuali deroghe agli artt. 2 e 3 TUE (ivi, par. 87).

⁶⁶ Sull'accento posto dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia sul concetto di identità costituzionale UE, si rinvia, tra gli altri, a M. BONELLI, *Has the Court of Justice Embraced the Language of Constitutional Identity?*, in «Diritti Comparati», 26 aprile 2022; P. FARAGUNA, S. BARTOLE, *La Condizionalità nell'Unione, I Carrarmati Fuori dall'Unione*, in «Diritti Comparati», 17 marzo 2022.

⁶⁷ Non è possibile approfondire in questa sede il tema dell'importanza del caso concreto per rileggere i rapporti fra ordinamenti: in questo senso, per tutti, si veda le interessanti osservazioni svolte nel volume E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA (a cura di), *L'era dell'interlegalità*, il Mulino, Bologna 2022.



nuove lenti il delicato equilibrio fra Stati membri e Unione Europea è una domanda ancora in sospenso⁶⁸.

⁶⁸ A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law: The Importance of Red lines*, in «Common Market Law Review», vol. 55, n. 4, p. 983 ss., così rileggendo la nota teoria di Ackerman alla luce dello stato attuale dell'integrazione europea.