

LA CORTE COSTITUZIONALE DIFENDE L'IDEA DI UNIONE EUROPEA COME «COMUNITÀ DI DIRITTO»

MATTEO ROMAGNOLI*

Oggigiorno siamo di fronte ad una crisi del rapporto tra ordinamenti. L'architettura costituzionale dell'UE è abbastanza solida da sopportare i diversi terremoti ordinamentali come quelli avvenuti con la sentenza del maggio 2020 del BVerfG o con la sentenza K3/21 della Corte polacca? L'integrazione attraverso il dialogo si è fermata in altri paesi per via dei conflitti dovuti a competenze sovrapposte introdotte dal Trattato di Lisbona. Eppure, c'è un altro modo di affrontare il conflitto interordinamentale: quello della Corte costituzionale italiana. La Consulta non si è spaventata ed ha continuato a tentare una strada che mettesse al centro il dialogo come metodo. Si può dire come dalla CC, con il suo modo peculiare di affrontare tali problematiche fatto di alcune astuzie catalogabili, si possa ridestare un senso di comunità dell'Unione nel diritto. Si può rileggere nell'opera della Corte i tratti di quella concezione per cui il prodotto dell'integrazione è una "comunità di diritto".

At present, there is a crisis in the relationship between legal systems. Is the constitutional architecture of the EU solid enough to withstand the various jurisdictional earthquakes such as those that occurred with the May 2020 judgment of the BVerfG or the K3/21 judgment of the Polish Court? Integration through dialogue has stalled in other countries because of conflicts due to overlapping competencies introduced by the Lisbon Treaty. Yet, there is another way to deal with interordinamental conflict: the one provided by the Italian Constitutional Court. The Consulta had no fear of challenges and kept trying to find a way that relied on dialogue as a method. With its peculiar way of dealing with such problems made up of some cataloguing tricks, it is possible to say how the CC can reawaken a sense of community of the Union in law. In the work of the Court, we can read the traits of that conception whereby the outcome of integration is a "community based on the rule of law".

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Unione europea è una comunità di diritto. – 3. I conflitti tra ordinamenti e la loro evoluzione. – 4. La "nuova" clausola identitaria: da strumento di

*Dottorando di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN © 2022 M. Romagnoli. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University Press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

ricomposizione tra ordinamenti a possibile motore di nuovi conflitti. – 5. I diversi approcci ai conflitti interordinamentali delle Corti costituzionali europee. – 5.1. Pragmatica rassegnazione. – 5.2. Rivolta e frustrazione. – 5.3. Relazionalità istituzionale. – 6. Conclusioni: il dialogo come metodo.

1. *Introduzione.* – La prima pubblicazione di questa rivista ha un tema sintetizzabile nel concetto di ‘comunità’. Nella storia dell’integrazione europea questo concetto non soltanto ha rappresentato il nome proprio della sua concretizzazione storica per un lungo periodo, ma ha simboleggiato anche un punto del suo passato in cui il progetto sovranazionale prese coscienza di sé in quanto «comunità di diritto». Questo ha posto per la prima volta nel panorama giuridico globale un «ordinamento di nuovo genere»¹. La definizione della comunità di diritto basata sulla protezione dei diritti fondamentali si deve anche ad una prima fase di conflitti interordinamentali, ma oggi le corti costituzionali nazionali si trovano a sollevare conflitti per la sovrapposizione che si è venuta a creare tra alcuni ambiti degli ordinamenti. Questa nuova fase conflittuale ha visto anche il crescere di incomprensioni reciproche in alcuni casi. Eppure, c’è un altro modo di affrontare queste criticità: quello della Corte costituzionale italiana, ovvero quello del dialogo come metodo. Con il suo atteggiamento peculiare fatto di alcune astuzie catalogabili, l’operato della Consulta può ridestare un senso di comunità nell’Unione del diritto.

2. *L’Unione europea è una comunità di diritto.* – L’integrazione europea attraverso il diritto si è caratterizzata per due aspetti: realizzare un’unità giuridica rispettando le diversità e contemporaneamente pretendere di essere una comunità di popoli. Questo accento sui popoli richiama «storie e tradizioni diverse, che si uniscono sulla solida base di comuni valori fondamentali, ma che non intendono sparire all’interno di una realtà compatta e massificante»². L’altro aspetto di novità dirompente è che fin da subito «l’Europa nella sua essenziale novità di un mercato che tenda a trasformarsi in un’unità politica e giuridica

¹ Vedi Sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1.

² P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell’Europa e la sua vitalità: ieri, oggi e domani*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2013, XVIII, 2, pp. 681-695, spec. p. 686.

rispettosa delle sue interiori diversità, si rivela essere un laboratorio bisognoso di nuovi attrezzi teorici, e pertanto, apertissimo a contributi dottrinali»³.

Sul fondamento di realizzare un'unità giuridica rispettando le diversità, l'Europa si presenta come autentico ordine⁴,

«ossia come una realtà complessa tesa a tutelare la ricchezza della propria complessità: il *proprium* delle varie componenti, la loro diversa storia, la loro singolare tipicità, trovano nella comune dimensione europea la concreta possibilità di affermare – ciascuna – la sua specialità e tipicità come una ricchezza da confrontare con altri *propria* ugualmente concepiti quali ricchezze»⁵.

Nella sentenza *Costa c. ENEL* per concretizzare questa esigenza la Corte di giustizia dell'Unione europea (d'ora in poi CGUE) stabilì che

«scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe [...] trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità»⁶.

Così la neonata Comunità garantiva l'effettività delle sue norme assicurata dal primato. Difatti, se ciò che viene stabilito dalla normativa europea non durasse nel tempo, per via della sua disponibilità ai vari ordinamenti nazionali, significherebbe che non è effettivo⁷. Il primato perciò

«è un meccanismo regolativo dell'applicazione della legge all'interno dell'Europa, essenziale perché indispensabile per garantire un'applicazione uniforme, ma non pretende affatto di essere espressione di sovranità, di essere cioè 'primo' perché espressione di una volontà politica e costituzionale gerarchicamente sovraordinata rispetto alle volontà nazionali»⁸.

³ GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa*, cit., p. 690.

⁴ Vedi S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1917.

⁵ GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa*, cit., p. 686.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

⁷ Vedi A. LIPPI, *Dinamiche di legittimazione politica*, Bologna, 2019, p. 88.

⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, 2009, p. 144.

Si pone come un meccanismo orizzontale di costruzione di un diritto comune. Inoltre, se la norma dell'Unione Europea (d'ora in poi UE) è dotata di effetti diretti può essere applicata direttamente dal giudice nazionale al posto della disciplina contrastante. Infatti, oltre al primato, l'effetto diretto «resta un principio, una dottrina essenziale, idonea a plasmare, in termini federalistici, insieme al primato, un ordinamento che, seppure giuridicamente maturo e unico nel suo genere, federale non è»⁹. Il Professor Weiler commentando la sentenza che ha introdotto tale principio nell'ordinamento UE afferma che «*Van Gend is Europe*»¹⁰. È la caratteristica peculiare dell'autonomia del diritto UE, ne è il suo aspetto originale, il segno della sua emancipazione dal diritto internazionale. Ciò in quanto «l'autonomia del diritto UE è [...] definita dalla centralità dell'individuo-soggetto di diritto, titolare di prerogative da azionare di fronte al giudice nazionale»¹¹. È perciò evidente questo legame vitale tra l'autonomia del diritto dell'Unione e le posizioni giuridiche soggettive di fonte europea azionabili davanti alle giurisdizioni nazionali. Difatti, il messaggio giuridico più vitale dell'Europa del diritto si esprime sicuramente nel campo dei diritti fondamentali della persona. Fin dal Trattato di Roma l'individuo è al centro della costruzione, novità dirompente nel diritto internazionale. Tale soggetto – il cittadino europeo

–

«non è mai pensato come un modello astratto, ma la sua carnalità è sempre intrisa di economicità e la sua identificazione è conseguente: la dimensione, che maggiormente conta, concerne la sua azione all'interno della

⁹ D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, pp. 39-40.

¹⁰ J.H.H. WEILER, *Van Gend en Loos: The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, pp. 94 segg., spec. p. 103. Il riferimento è alla Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, cit., in cui la CGUE ha affermato che «la Comunità Economica Europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini. Il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi».

¹¹ GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione*, cit., p. 41.

dimensione economica, e, sopra ogni altro aspetto, egli è produttore o consumatore»¹².

Pertanto, la persona non viene subito concepita come titolare di diritti fondamentali, ma nella costruzione di un mercato unico gli sono riconosciute libertà economiche opponibili a tutti gli Stati membri.

Il diritto sovranazionale si è incontrato con quello costituzionale nazionale nel vivo di una realtà economica giurisdizionalmente vissuta. Pertanto, sotto la spinta della Corte costituzionale prima, e del *Bundesverfassungsgericht* poi, la CGUE fu spinta a prendere coscienza che i diritti sono principi generali del diritto comunitario. Tale riconoscimento si basò su una 'ardita costruzione teorica', svolta da giuristi di chiara fama, «di un ordine giuridico complesso, che si vuole scandito in più strati, che si vuole soprattutto poggiante su uno strato profondo, radicale, dove i valori diventano principi e i principi consentono il riconoscimento di diritti fondamentali»¹³. Il materiale grezzo di questa costruzione furono le decisioni di casi concreti che ebbero la forza di irrobustire giuridicamente la posizione del cittadino europeo e della sua esistenza quotidiana. Non si partì cioè da un modello astratto che un giudice – 'bocca della legge' – doveva limitarsi ad applicare. Inoltre, la Corte di Lussemburgo connetteva i diritti fondamentali quali principi generali del diritto UE alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri,

«eloquentissima invenzione dei giudici alla ricerca di fondazioni sicure. Perché eloquentissima? Perché questi giudici europei non vogliono comodamente rifugiarsi all'ombra di testi cartacei o di ineludibili comandi normativi, ma scelgono il terreno complesso e inespresso delle tradizioni. Tradizioni, ossia esperienze tanto intensamente radicate ed effettivamente vissute da immedesimarsi nella storia di un popolo, e da considerarsi come quel patrimonio di valori che prende forma in un corredo di principi ed infine di diritti fondamentali»¹⁴.

¹² P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, p. 18.

¹³ GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa*, cit., p. 688.

¹⁴ Ivi, p. 689.

In altre parole, queste tradizioni furono il riconoscimento di un nucleo comune di valori. Inoltre, «il significato storico-giuridico di una tale scelta sta nel fatto che le tradizioni vanno individuate e consolidate in principi; il procedimento è soprattutto interpretativo»¹⁵.

L'identificazione di situazioni soggettive per il cittadino europeo avvenne in principio tramite l'interpretazione estensiva delle quattro libertà fondamentali del mercato comune e della nozione di discriminazione diretta e indiretta. In questo modo la Corte ha via via elaborato un breviario di diritti fondamentali dell'Unione, facendo una straordinaria ma indispensabile opera di supplenza della politica, «ed è dalla sua sottile efficace vigile opera casistica che i redattori della cosiddetta Carta di Nizza, del duemila, hanno trovato le pietre già pronte per la costruzione dell'edificio»¹⁶.

Ad un certo punto arrivò una presa di coscienza dell'organo cardine dell'esperienza giuridica dell'UE. La traiettoria descritta giunse al riconoscimento da parte della CGUE che l'Unione è, *in primis*, una comunità di diritto – «*a community based on Rule of law*». Nella sentenza *Les Verts* la Corte affermò che «la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratte al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato»¹⁷, a tutela anche delle posizioni soggettive dei singoli. Infatti, con la pronuncia *Union de pequenos agricultores* esplicitò e ribadì che tale controllo non riguarda soltanto la conformità al Trattato ma anche «ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali»¹⁸.

¹⁵ Ivi, pp. 689-690.

¹⁶ GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa*, cit., p. 689.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 23 aprile 1986, C-294/83, *Les Vertes*, ECLI:EU:C:1986:166, par. 23.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 25 luglio 2002, C-50/00, *Union de pequenos agricultores*, ECLI:EU:C:2002:462, par. 38. Oltre al discorso sui diritti fondamentali preme ricordare come tale presa di coscienza è fatta *in primis* di strumenti giuridici nuovi o di rinnovata vitalità. Infatti, i principi generali, come ad esempio quelli di proporzionalità e adeguatezza, «serbano in virtù della loro flessibilità e indefinitezza una forza espansiva che, grazie alla interpretazione di giudici scienziati legislatori, feconda e arricchisce l'ordinamento.» (GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 76). Ancora, il principio di ragionevolezza indica «la alienità della razionalità del freddo razionalismo legalista» (P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari, 2020, p. 34), poiché fa i conti con la materialità dei fatti.

Cardine del progetto europeo fu anche la teoria del pluralismo costituzionale¹⁹. Nel caso *Arcelor Atlantique* del 2008, l'avvocato generale (d'ora in poi AG) Maduro sottolineò come per quanto apparisse irrisolvibile uno scontro interordinamentale come quello che si profilava al Consiglio di Stato francese (chiamato a giudicare della conformità della direttiva 13 ottobre 2003²⁰ alla Costituzione francese), la soluzione si trovava proprio nel legame tra l'Unione e gli Stati membri. Ci si chiedeva: «come garantire la tutela della Costituzione nell'ordinamento giuridico interno senza attentare all'esigenza esistenziale di preminenza del diritto comunitario?»²¹. Il rinvio pregiudiziale nasceva da una duplice preoccupazione del *Conseil*: era sia preoccupato che una sua soluzione individuale arrecasse un pregiudizio all'applicazione uniforme del diritto UE, sia chiedeva il concorso della CGUE nel garantire che tale direttiva rispettasse i valori e i principi riconosciuti dalla costituzione nazionale francese. L'AG chiarì che tale teoria del pluralismo costituzionale si imperniava sul riconoscimento di un nucleo comune di valori e principi. Affermò infatti che l'invito della Consiglio di Stato francese alla CGUE

«non deve sorprendere, dato che l'Unione si fonda sui principi costituzionali comuni degli Stati membri, come ricorda l'art. 6, n. 1, TUE. Invero, ciò che il Conseil d'État chiede alla Corte non è verificare la conformità di un atto comunitario a determinati valori costituzionali nazionali – cosa che peraltro non potrebbe fare –, bensì controllarne la legittimità alla luce di valori costituzionali europei analoghi»²².

¹⁹ Vedi sulla teoria del pluralismo costituzionale M.P. MADURO, *A constituição plural: constitucionalismo e União Europeia*, Lisbona, 2006; N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, 2002, pp. 317 segg., spec. p. 337; M. AVBELJ E J. KOMÁREK (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart, Oxford, 2012; K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, 2014; D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in *In Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, a cura di J. Dunoff e J. Trachtman, Cambridge, 2009, pp. 326-335.

²⁰ Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio.

²¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Miguel Pojares Maduro del 21 maggio 2008, *Arcelor Atlantique e Lorraine e a.*, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:292, par. 15.

²² *Ibidem*.

È pertanto un aspetto generalmente riconosciuto che «l'Unione europea e gli ordinamenti giuridici nazionali si fondano sugli stessi valori giuridici fondamentali»²³. Questo è un elemento fondante ormai dell'Europa giuridica. Allo stesso modo è vitale riconoscere chiaramente che «mentre è compito dei giudici nazionali garantire il rispetto di tali valori nell'ambito di applicazione delle rispettive costituzioni, spetta alla Corte fare altrettanto nel quadro dell'ordinamento giuridico comunitario»²⁴.

3. *I conflitti tra ordinamenti e la loro evoluzione.* – La tensione conflittuale tra l'Unione e gli Stati membri è insita nella natura composita dell'ordinamento giuridico europeo: ne è un suo aspetto naturale²⁵. Il problema consta nel fatto che negli ultimi anni è avvenuto un inasprimento di tale conflitto nel c.d. dialogo tra le Corti costituzionali nazionali e sovranazionali, che lo ha spinto, spesso, verso toni più dialettici e «*confrontational*»²⁶. Nel processo di integrazione europea la diversità non è soltanto un'evidenza empirica, ma è la sua principale premessa normativa²⁷. Pertanto, le differenze nazionali in sé non contrastano con l'esistenza dell'ordinamento sovranazionale. Quale è allora l'origine di questa nuova manifestazione dei conflitti?

Come si è richiamato in precedenza, ad una prima fase dell'evoluzione dell'ordinamento UE corrispondevano conflitti che si caratterizzavano per l'assenza a livello UE di previsioni che mirassero a proteggere i diritti fondamentali dei singoli, che invece erano protetti dalle costituzioni nazionali. Ad esempio, con la c.d. dottrina *Solange* o con la teoria sui controlimiti, con le dovute differenze, si affermava in sostanza la tolleranza del diritto UE da parte del diritto costituzionale nazionale (tedesco nel primo caso, italiano nell'altro)

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ Vedi *ex multis* B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European law*, 2012, XXXI, 1, pp. 263-318.

²⁶ D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, 2, p. 249.

²⁷ Cfr. P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU – A shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, 2017, XVIII, 7, p. 1617.

«fin tanto che» l'ordinamento sovranazionale avesse garantito i diritti fondamentali della persona dotandosi di un proprio catalogo di diritti fondamentali²⁸. Per via di questa mancanza "normativa" riguardante i diritti fondamentali tali conflitti possono essere definiti come «*conflicts by divergence*» o «*conflicts by assence*» perché dovuti all'assenza di norme equivalenti a livello sovranazionale²⁹. Un tale atteggiamento da parte delle due corti costituzionali nazionali, pur essendo stato all'epoca molto criticato, ha avuto il pregio di portare la CGUE ad un ripensamento e alla «definitiva interiorizzazione del rispetto dei diritti fondamentali fra i principi generali del diritto europeo»³⁰ in una fase di "costituzionalizzazione"³¹ di quest'ultimo. Le due Corti costituzionali nazionali hanno poi nel tempo cambiato la loro posizione, adattandosi, man mano, alla crescente sensibilità che la CGUE di lì in poi progressivamente mostrò riguardo alla protezione dei diritti³². Perciò, il conflitto in questi casi produsse una convergenza dell'ordinamento UE verso gli ordinamenti costituzionali nazionali.

Paradossalmente, tale convergenza ha portato però nel tempo ad uno scontro tra ordinamenti per la sovrapposizione tra il diritto UE e il diritto nazionale. Pertanto, per via delle relative – e a volte opposte – esigenze ermeneutiche dei diversi interpreti, si è aperta una nuova stagione di conflitti inteordinamentali definibili come «*conflicts by convergence*» e come «*conflicts by presence of an EU discipline*»³³. In altre parole, in un campo in cui le norme dei

²⁸ Per la dottrina *Solange* vedi BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I-Beschluß*, ed *ex multis* P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, 2, pp. 431-464; per la teoria dei controlimiti vedi Sentenza della Corte Costituzionale, n. 183 del 1973, *Frontini*, ECLI:IT:COST:1973:183; ed *ex multis* U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, XII, pp 489-514.

²⁹ G. MARTINICO, *The 'Polemical' Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, 2015, XVI, 6, p. 1350.

³⁰ G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 3, p. 789.

³¹ Vedi *ex multis* J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, pp. 45 segg.

³² Per la Corte tedesca vedi BVerfGE 73, 339, *Solange II*, e BVerfGE 89, 155, *Maastrichturteil*. Per la Corte italiana vedi Sentenza della Corte Costituzionale, n. 170 del 1984, *Granital*, ECLI:IT:COST:1984:170; Sentenza della Corte Costituzionale, n. 232 del 1989, *Fragd*, ECLI:IT:COST:1989:232.

³³ MARTINICO, *The 'Polemical' Spirit of European Constitutional Law*, cit., p. 1350.

vari livelli si possono sovrapporre in alcuni casi, l'attenzione dell'UE ai diritti fondamentali ha prodotto dinamiche di competizione interpretativa³⁴.

Pertanto, è necessario evidenziare la bontà del ruolo che il conflitto tra ordinamenti ha svolto e può svolgere ancora nell'evoluzione "costituzionale" dell'ordinamento sovranazionale. Ma attualmente è necessario osservare in che modo la sovrapposizione ermeneutica di norme sovranazionali che rinviano a materiali normativi nazionali, come la clausola identitaria, rischiano di aggravare tale conflitto.

4. *La "nuova" clausola identitaria: da strumento di ricomposizione tra ordinamenti a possibile motore di nuovi conflitti.* – Questa norma è portatrice di notevoli incomprensioni da parte sia della dottrina, sia delle Corti costituzionali nazionali, che hanno portato la CGUE ad un atteggiamento interpretativo cauto evitando di darle un'interpretazione diretta e autonoma³⁵. Tali *misunderstandings* ebbero origine nel fatto che il Trattato che adottava una Costituzione per l'Europa avrebbe adottato due articoli che potevano/dovevano essere bilanciati tra di loro. L'Articolo I-5 sulla protezione dell'identità nazionale (oggi interamente trasposto nell'art. 4, par. 2, TUE) e l'Articolo I-6, che metteva nero su bianco per la prima ed ultima volta il principio del primato del diritto dell'Unione («La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri»). La lettura congiunta dei due articoli e la possibilità di bilanciamento tra queste norme ad opera della CGUE aveva portato nella dottrina pubblicistica la convinzione su una svolta rispetto alla dottrina del primato assoluto del diritto comunitario, e perciò alla c.d. «codificazione del

³⁴ Cfr. Ivi, p. 1355.

³⁵ Vedi G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel Diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'articolo 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, pp. 71 segg.

controlimiti»³⁶. Il problema è stato che alla luce del Trattato di Lisbona tale convinzione si basava su un dato che non era più così chiaro dal punto di vista normativo. Ciò in quanto la clausola identitaria è oggi una norma di diritto primario inserita nei Trattati, mentre il primato è rimasto come l'architrave teorica, logica, in qualche modo esigenza esistenziale, dell'effettività del diritto dell'Unione³⁷. In particolare, nel 2011 il Professor Von Bogdandy e il Professor Schill leggevano la clausola identitaria come un'eccezione al primato prevista direttamente dallo stesso diritto UE³⁸. Tale articolo prevede il dovere da parte dell'Unione di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». Invece, i rischi presentati da questa norma sono stati molteplici. Basti qui richiamare il fatto che si tratta di una disposizione che certamente richiama all'identità nazionale ma, allo stesso tempo, appartiene al giardino ermeneutico della CGUE³⁹. Chi stabilisce cosa rientra nell'identità nazionale *ex* articolo 4, par. 2, TUE? E in che modo? Tali domande mostrano esattamente il potenziale "sovversivo"⁴⁰ di tale obbligo: il rischio di un'anarchia interpretativa nel caso in cui ogni Corte costituzionale si potesse esprimere sulla nozione di identità costituzionale sostenendo di partecipare a un'interpretazione pluralista. Così tale norma introduce il pericolo di disaccordi interpretativi e mostra l'impossibilità di neutralizzare i conflitti in generale attraverso la mera previsione di tale clausola.

³⁶ Vedi M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, pp. 583-611, pp. 590 segg. V. ATRIPALDI e R. MICCÙ, *La Costituzione Europea "multilivello" tra garanzie di omogeneità e identità plurali*, in *The European Constitution in the Making*, a cura di I. Pernice e R. Miccù, Baden, 2003, pp. 53-92 e A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity After the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, London, II C, 2011, pp. 1417-1454.

³⁷ Di esigenza esistenziale riferita al primato del diritto UE parla sempre l'AG Maduro, in Conclusioni dell'Avvocato Generale Miguel Pojares Maduro del 21 maggio 2008, *Arcelor Atlantique e Lorraine e a.*, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:292, par. 15.

³⁸ Cfr. VON BOGDANDY, SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy*, cit., p. 1418.

³⁹ Vedi MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico*, cit., p. 805.

⁴⁰ G. MARTINICO, *Il potenziale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Il caso Taricco ed il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Napoli, 2017, pp. 241-252.

Questo quadro è aggravato dal fatto che si caratterizza per l'assenza di una clausola di supremazia chiara e univoca. L'assenza di norme univoche e unitarie di collisione incide sul ridimensionamento e sulla risolvibilità del conflitto in un sistema multilivello che converge su alcuni punti⁴¹. Infatti, in un contesto come questo una disposizione che sembrerebbe appartenere al livello nazionale potrebbe in realtà essere la ripetizione di un'altra norma esistente a livello internazionale o sovranazionale. Questo scenario soffre l'assenza di una clausola di supremazia univoca. Ciò costringe gli interpreti sovranazionali e nazionali a risolvere le antinomie soltanto caso per caso, e non dà una soluzione univoca offerta da una regola precisa.

In sintesi, il recente aggravarsi dei rapporti ordinamentali dovuto ad una maggiore sovrapposizione normativa ed al richiamo da parte di norme UE di materiale normativo nazionale ha posto al centro dell'attenzione la CGUE. In questo contesto pluralista, la questione del ruolo delle alte corti nazionali, e in particolare delle corti costituzionali, può assumere connotati molto eterogenei.

5. *I diversi approcci ai conflitti interordinamentali delle Corti costituzionali europee.* – La questione del rapporto tra Corti supreme nazionali e Corte di giustizia corre il rischio di assumere caratteri traumatici nei prossimi anni. Tale rischio non è stato gestito in modo uniforme nel panorama europeo: alcune Corti lo hanno accettato con stoica rassegnazione, altre si sono ribellate a vario titolo e si sono rifiutate di accettare l'altrui autonomia. In questo scenario emerge la Corte costituzionale italiana che ha sfruttato questo nuovo scenario per acquisire un nuovo ruolo, influenzando attivamente l'attività giudiziaria della Corte di giustizia non attraverso la ribellione o la frustrazione, ma attraverso la 'seduzione'⁴². Alla prova dei fatti tale approccio si è rivelato vantaggioso e

⁴¹ Cfr. MARTINICO, *The 'Polemical' Spirit of European Constitutional Law*, cit., p. 1351.

⁴² Cfr. D. SARMIENTO, *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live – Weekend edition*, 2021, LIV, p. 3. A tale Autore è attribuibile anche la classificazione che proponiamo. Ci pare più corretto definire l'atteggiamento della Corte costituzionale italiana in un modo un po' diverso dal suo.

pertanto si pone autorevolmente come un modello nella risoluzione delle controversie costituzionali in Europa per il futuro.

5.1. *Pragmatica rassegnazione.* - Alcune Corti ritengono che l'integrazione europea sia una realtà inevitabile con un alto sostegno tra i cittadini e benefici tangibili in un mondo ormai altamente globalizzato e frammentato. Questo processo è stato da queste accettato e incorporato nella loro ontologia e nel loro modo di concepire i propri poteri. Tali Corti 'pragmaticamente rassegnate' sono pacifiche sul fatto che un trasferimento di poteri interpretativi abbia avuto luogo dalle capitali nazionali a Lussemburgo e, pertanto, agiscono di conseguenza. Le loro «*red lines*» verso l'integrazione europea, se ci sono, sono così eccezionali che è difficile immaginare che possano mai attuarle⁴³. In altre parole, tali giurisdizioni credono che non ci sia niente da guadagnare dal confronto aperto, mentre l'accettazione tacita facilita la composizione delle controversie e fornisce la certezza del diritto che i cittadini si aspettano da un ordinamento giuridico.

5.2. *Rivolta e frustrazione.* - In questa categoria stanno la maggior parte delle Corti europee in questo momento. Pertanto, per esigenze di sintesi, tale gruppo è caratterizzato da una certa eterogeneità riguardo a molti profili. L'unica caratteristica che le accomuna è il fatto di avere la certezza granitica – «*fiat iustitia et pereat mundus*» – che il controllo sulle competenze e il controllo dell'identità nazionale rimangono di competenza della Corte suprema di ogni Stato membro. Tanto che, indipendentemente da ciò che la CGUE deciderà alla fine, l'ultima parola resterà sempre alla Corte nazionale che, se necessario,

⁴³ Cfr. *Ibidem*. Ad esempio, il caso del Tribunale Costituzionale spagnolo riflette questo atteggiamento. I limiti invalicabili del suo ordinamento costituzionale ci sono, ma nella sua propria – e unica – decisione 'Solange', nel 2004, ha riconosciuto che le avrebbe applicate «*in the very exceptional, hardly conceivable case*» (Dichiarazione n. 1 del 13 dicembre 2004, p. 4, accessibile su <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2005-111.pdf>, consultato il 14.06.2022), in cui l'UE sarebbe andata contro i valori fondamentali della Costituzione spagnola. La posizione di tale Corte nel caso Melloni ad esempio è molto arrendevole, soprattutto dopo la dura risposta della CGUE. Un approccio simile può essere considerato quello del *Conseil Constitutionnel* francese, probabilmente per ragioni istituzionali legate ai poteri limitati di questa giurisdizione, in contrasto con altre alte corti francesi (ad esempio, il *Conseil d'État*).

esaminerà in dettaglio qualsiasi cosa faccia l'UE e alla fine potrà dichiararla *ultra vires* nello Stato membro⁴⁴. Diversamente dall'approccio precedente le corti 'ribelli' vedono conflitti ovunque, vivono in un costante stato di allerta e incentivano controversie euroscettiche con motivazioni più politiche che giuridiche⁴⁵.

L'assunto sul quale si basa questo approccio consiste nella convinzione che la CGUE debba prestare la dovuta attenzione alle identità nazionali quando risolve controversie complesse e delicate. Principio condivisibile, se non fosse che l'argomento è congegnato sul dovere dell'UE di rispettare le identità nazionali (articolo 4, par. 2, TUE) e sul principio di leale cooperazione (articolo 4, par. 3, TUE), ma questa linea di ragionamento ignora consapevolmente che il primato del diritto UE non è mai stato fatto dipendere da questi doveri. Ciò comporta che in questa visione qualora la CGUE violasse il suo obbligo di rispettare l'identità nazionale, ogni Corte suprema nazionale avrebbe il diritto di discostarsi da una sentenza di Lussemburgo in qualunque caso. Ad esempio, se guardiamo la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020 sul programma «*Public Sector Purchase Programme*» (PSPP) della Banca Centrale Europea (d'ora in poi BCE)⁴⁶, è facile vedere come minare il primato del diritto dell'UE e il monopolio dell'interpretazione della CGUE attacca invece l'esistenza stessa dell'Unione. In tale sentenza, il *BVerfG* ha dichiarato *ultra vires*, e quindi non applicabili nell'ordinamento statale tedesco, sia decisioni della BCE ma anche una sentenza della Corte di giustizia. Ciò è particolarmente grave in quanto –

⁴⁴ Tale atteggiamento va oltre l'esperienza tedesca e travalica in altri ordinamenti nazionali. Vedi ad esempio Corte Suprema danese, caso n. 15/2014, su <http://www.supremecourt.dk>, consultato il 14.06.2022. Si veda quanto riportato da S. KLINGE, *Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle*, 2017, accessibile su <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/12/dialogue-or-disobedience-between.html>, consultato il 14.06.2022; R. HOLDGAARD, D. ELKAN, G.K. SCHALDEMOSE, *From cooperation to collision: The ECJ's Ajos ruling and the Danish Supreme Court's refusal to comply*, in *Common Market Law Review*, 2018, 1, pp. 17 segg.

⁴⁵ Il riferimento è alle modalità di accesso al secondo senato del *BVerfG*.

⁴⁶ *BVerfG*, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15 -, paras. 1-237, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvro85915.

ponendosi la Corte di Lussemburgo come chiusura del sistema – sottrarre alle sue sentenze

«la forza tipica del giudicato significa di fatto ‘scoperchiare’ l’ordinamento UE, che finisce per collocarsi in un limbo nel quale le sue istituzioni producono un diritto precario, valido cioè fino a che gli Stati membri, ‘*masters of Treaties*’, decidono di accettarlo»⁴⁷.

Considerando questa e altre pronunce, l’atteggiamento del *BVerfG* nei confronti della CGUE può essere sintetizzabile nel fatto che reclaims che la Corte di Lussemburgo agisca come esso agirebbe nella risoluzione di una controversia: utilizzando lo stesso *standard* di controllo, usando le stesse categorie giuridiche che utilizza e, naturalmente, disegnando la stessa soluzione che anticipa nella sua ordinanza di rinvio⁴⁸. In altre parole, quando sono in gioco casi che toccano questioni di competenza o di identità nazionale tedesca, il *BVerfG* vuole che la CGUE approvi il ragionamento e la soluzione che considera appropriati per risolvere il caso poiché ritiene che sia l’unico modo per conformare le azioni dell’Unione all’identità nazionale della Repubblica federale tedesca⁴⁹. Tuttavia, ignora in modo miope che l’identità nazionale che tali Corti stanno imponendo

⁴⁷ E. CREMONA, *Principio della stabilità dei prezzi e sistema delle competenze UE: la distinzione fra politica monetaria e politica economica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, p. 1530.

⁴⁸ Il rischio è che anche il giudice costituzionale, prima o poi, venga visto come giudice di «scopo» o di «lotta». Attenta dottrina ha, infatti, sottolineato come nella sentenza del 5 maggio 2020 del *BVerfG* ci sia, piuttosto evidente, l’intento di nascondere dietro alla pomposa e prolissa difesa di alcuni principi costituzionali l’obiettivo di forzare un’opzione di politica monetaria diversa da quella scelta dalla BCE ad opera di una Corte costituzionale nazionale. Vedi P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 433: «l’obiettivo del *BVerfG*, più che garantire il rispetto del principio delle competenze attribuite, del principio democratico, della responsabilità dell’integrazione, sembra essere assai più semplicemente quello di rafforzare il MES [...]. Sulla legittimità dell’obiettivo di rafforzare il MES è lecito discutere. Sul fatto che questo obiettivo possa essere perseguito da una Corte costituzionale nazionale, nascondendolo dietro agli alti principi appena menzionati, è ancora più lecito dubitare».

⁴⁹ Avvertiva il giudice costituzionale Sabino Cassese in tempi non sospetti che «se tutte le Corti nazionali si mettono a cercare la propria identità e a proteggerla, seguendo il brutto esempio tedesco, l’Unione europea va in pezzi», vedi S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, p. 126, in cui l’autore commenta la sentenza del Bundesverfassungsgericht Lissabon Urteil (*BVerfG*, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08 -, paras. 1-421, ECLI: DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208). Vedi più ampiamente S. CASSESE, *L’Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 9, pp. 1003-1007.

alla CGUE è l'opposto di ciò che i Trattati richiedono nell'articolo 4, par. 2, TUE, ovvero si imporrebbe in realtà l'identità nazionale di uno Stato membro sul resto. Così emerge una sfumatura spesso lasciata in ombra quando si parla del primato: la sua necessità per garantire l'uguaglianza degli ordinamenti degli Stati membri di fronte al diritto dell'Unione⁵⁰. Il principio di uguaglianza è il complemento naturale della clausola identitaria e del principio di leale collaborazione, in quanto lo stesso art. 4, par. 2, TUE ha una sua prima parte, scarsamente citata, in cui si stabilisce che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati». Perciò, fare pressione su Lussemburgo perché si comporti come il tribunale nazionale di sorta e segua la sensibilità nazionale del caso rischia di imporre una nozione interna di identità nazionale a tutti gli altri sistemi giuridici degli Stati membri, ignorando così le loro rispettive identità, che sono altrettanto degne e meritano la stessa protezione ai sensi dei Trattati⁵¹.

In questo raggruppamento, vi è anche un altro sottoinsieme che, se possibile, è ancora più preoccupante. Quello delle Corti che hanno abbandonato la strada del diritto e dell'argomentazione giuridica. Un esempio è quello della Corte costituzionale Polacca che recentemente è andata contro il primato del diritto UE e si è spinta fino a dichiarare l'incostituzionalità di alcune norme sia di diritto primario che di diritto secondario⁵². Tali pronunce pongono queste Corti anche al di fuori delle Corti 'ribelli' in quanto sono spesso motivate in modo generico e comprensibile soltanto – se così si può dire – da un punto di vista politico⁵³.

⁵⁰ Vedi G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e norme dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 4, p. 1050 e F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 2015, pp. 1003-1023.

⁵¹ Cfr. SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., p. 5.

⁵² Vedi *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, k. 3/21 7 x 2021.

⁵³ Ciò è ben descritto da M. COLI, *Sfida al primato del diritto dell'unione europea o alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla rule of law? Riflessioni a margine della sentenza del tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 3, pp. 1083-1112, che chiarisce anche le notevoli differenze tra questa pronuncia e quella del 5 maggio del Tribunale costituzionale tedesco.

5.3. *Relazionalità istituzionale.* – Vi è invece una peculiarità nella giustizia costituzionale italiana che è relazionale⁵⁴. In una serie di sentenze e ordinanze di rinvio emesse negli ultimi anni – nei casi principali di Taricco I & II e, più recentemente, Consob – essa ha sviluppato un *modus operandi* molto astuto ed efficiente che bilancia l'identità nazionale, il primato del diritto dell'UE e una comprensione reciproca del principio di leale cooperazione⁵⁵. Pertanto, quali sono le caratteristiche principali di questo approccio, così riuscito nel suo risultato e così sottile nei suoi mezzi? Prima di tutto bisogna richiamare due fondamentali premesse e poi si evidenzieranno tre caratteristiche essenziali.

La prima premessa riguarda l'osservazione della consapevolezza del ruolo che l'integrazione europea ha svolto e svolge nella storia costituzionale italiana. La Consulta fin dall'inizio mette in sicurezza le 'esigenze esistenziali' dei rispettivi ordinamenti (primato/effetto diretto e principi supremi), in modo tale che le Corti possano introdurre ogni strumento ermeneutico possibile per disinnescare i conflitti⁵⁶. Come autorevolmente affermato dal giudice costituzionale Francesco Viganò, «Taricco mostra, una volta di più, quanto le corti sappiano accortamente evitare di confrontarsi con le questioni di principio quando la posta in gioco è molto alta sul piano politico»⁵⁷.

La seconda premessa riguarda il rinvio pregiudiziale. La Consulta ha una lunga storia con l'utilizzo di tale strumento: prima lo ha ignorato, poi fortemente

⁵⁴ V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in the Global Context*, Oxford, 2016, p. 235.

⁵⁵ Vedi Ordinanza della Corte costituzionale, n. 24/2017, ECLI:IT:COST:2017:24; Ordinanza della Corte costituzionale, n. 117/2019, ECLI:IT:COST:2019:117; Sentenza della CGUE del 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco e a.*, ECLI:EU:C:2015:555; Sentenza della CGUE del 5 dicembre 2017, M.A.S e M.B., C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936; Sentenza della CGUE del 2 febbraio 2021, C-481/19, Consob, ECLI:EU:C:2021:84. Per un'analisi più dettagliata di questa giurisprudenza sia consentito di rinviare a M. ROMAGNOLI, *Diritto penale e Unione europea: "The Dark Side of the Moon". Le esigenze esistenziali e logiche del primato, i limiti dei controlimiti e l'inerzia del legislatore nazionale*, in *disCrimen*, 2022, 1, pp. 113-161, accessibile su <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Romagnoli-Europa-e-diritto-penale.pdf>, consultato il 14.06.2022.

⁵⁶ Cfr. B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, pp. 441-442.

⁵⁷ F. VIGANÒ, *Legalità nazionale e legalità europea in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, p. 1311.

respinto non ritenendosi un organo giurisdizionale. Dopo una prima apertura, l'esperienza positiva che i giudici hanno avuto modo di sperimentare in Taricco ha permesso che si superassero le paure teoriche che accompagnavano questo passo. Adesso è normale prendere in considerazione che di fronte ad una questione di costituzionalità, che abbia anche delle implicazioni di diritto dell'UE, una delle opportunità sia il rinvio pregiudiziale. Tanto che nell'*obiter dictum* dell'ordinanza n. 269 del 2017⁵⁸ è stato proposto il sistema della c.d. doppia pregiudizialità con cui la Corte chiede ai giudici comuni nazionali di adirla per affrontare problemi che riguardino situazioni soggettive circa la tutela multilivello. Senza sottovalutare i possibili problemi che tale dottrina pone⁵⁹, preme sottolineare la volontà della Consulta che preferisce garantirsi la «prima parola» piuttosto che l'ultima⁶⁰.

Pertanto, la prima caratteristica di questo atteggiamento riguarda le ordinanze di rinvio della Consulta che non sono pensate come una minaccia aperta all'autorità della CGUE e al suo ruolo di interprete del diritto UE. Non vengono poste nel senso di 'prendere o lasciare'. Al contrario, la Corte invita la CGUE ad impegnarsi in un'analisi che è aperta (come ogni discussione giuridica su una questione di principio) con più possibili soluzioni disponibili. Il risultato

⁵⁸ Sentenza della Corte costituzionale, n. 269/2017, ECLI:IT:COST:2017:269.

⁵⁹ Vedi *ex multis* N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020, 3, pp. 1463-1476.

⁶⁰ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 24: «Nel dialogo tra i giudici conta spesso assai di più disporre della "prima parola" che non la famosa "ultima parola". Specie a patto di saperla esercitarla bene, formulando perciò al meglio la domanda che attiva il procedimento, la "prima parola" consente di delineare correttamente il nodo interpretativo da sciogliere e di porre un quesito che, almeno di regola, conduca ad una certa gamma di soluzioni piuttosto che ad altre. A maggior ragione perché ci si è accorti che in un sistema così complesso, a più livelli e in costante evoluzione, a ben vedere un'ultima parola in senso proprio non c'è mai. Il fantomatico e spesso mitizzato "diritto all'ultima parola", in altri termini, finisce per non spettare a nessun giudice; e, in molti casi, tanto meno al legislatore, verrebbe da aggiungere. L'idea che, in un sistema "a rete", la prima parola sia tendenzialmente più importante dell'ultima sta perciò progressivamente prendendo piede e, in qualche misura, il dibattito sulle priorità nei casi di doppia pregiudizialità è emblematico di ciò: la Corte costituzionale, rispetto a tenersi il diritto ad esercitare, in teoria, un'ultima parola che non è stata mai chiamata ad esprimere, ha preferito ora invocare il diritto ad intervenire tempestivamente in sede di garanzia dei diritti fondamentali, anche ove previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, comprendendo quanto importante sia formulare direttamente la domanda alla Corte di giustizia».

non è già scritto⁶¹. Un'altra caratteristica è che la Corte italiana non dice mai alla CGUE che le sue precedenti decisioni sul primato e gli effetti diretti erano sbagliate o erano in violazione della Costituzione italiana. Al massimo, la Corte accenna a sfumature che potrebbero essere introdotte per evitare ulteriori difficoltà nell'applicazione di tale giurisprudenza. La Consulta, introducendo queste sfumature nei ragionamenti della CGUE, apre la porta a possibili reinterpretazioni che potrebbero correggere i torti passati o futuri causati da una sentenza di Lussemburgo. Il suo atteggiamento è costruttivo e critico, ma sempre sensibile alle difficoltà intrinseche che l'organo giudiziario dell'Unione affronta nel giudicare un contesto multinazionale. Infine, l'approccio italiano porta a ritenere che non ci sia mai fine alla discussione tra le corti. In contrasto con la dottrina *ultra vires*, che punta fin dall'inizio a porre fine alla questione a livello nazionale, non vi è qui l'intento di una decisione finale. Al contrario, l'approccio della Corte costituzionale suggerisce è che se la risposta ricevuta da Lussemburgo non le sembra soddisfacente, nulla le impedirà di porre ancora altre domande in ulteriori rinvii pregiudiziali, fino a quando un risultato ragionevole per entrambe sia raggiunto attraverso il dialogo⁶².

Ci sono diversi modi per affrontare il conflitto o anche solo il sovrapporsi di più ordinamenti. Le rassegnazioni pragmatiche hanno i loro benefici, ma lasciano una Corte costituzionale nazionale in una posizione di irrilevanza, come un osservatore discreto che guarda passare gli eventi. Rivolta e frustrazione portano solo a ulteriore disordine e al crescere di tale delusione, in un gioco a somma zero senza vincitori. È l'approccio relazionale – o come altri lo hanno definito «*seduction*»⁶³ – che mostra l'approccio più virtuoso di tutti. Riguardo all'identità nazionale, in particolare,

«la Corte italiana sembra ispirarsi a una logica dualista per cui spetta al giudice nazionale chiarire il concetto d'identità nazionale e a quello di Lussemburgo trarre le conseguenze dal concetto così interpretato dal

⁶¹ Cfr. SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., p. 6.

⁶² Cfr. Ivi, p. 7.

⁶³ *Ibidem*.

giudice nazionale di volta in volta interessato sul piano del primato del diritto UE»⁶⁴.

Giocando questa carta la Corte costituzionale ha dimostrato che la CGUE può rettificare ed è disposta a farlo quando sono in gioco questioni di identità nazionale. Ancora di più, la Corte di giustizia è pronta ad impegnarsi con le alte corti nazionali nel definire i termini in cui i diritti fondamentali devono essere interpretati, con l'obiettivo di evitare conflitti costituzionali. In questo processo, la Corte di giustizia è disposta a impegnarsi in questo sforzo interpretativo mano nella mano con l'alta corte di riferimento, dimostrando che la sua sensibilità verso le identità nazionali è genuina e reale⁶⁵.

6. *Conclusioni: il dialogo come metodo* – La tutela dei diritti è un settore in cui la competenza della CGUE si sovrappone inevitabilmente a quella delle Corti costituzionali. Perciò escludere il dialogo tramite il rinvio pregiudiziale di quest'ultime appare una scelta irragionevole attualmente. Sicuramente, questo strumento in sé non porta automaticamente ad una soluzione di compromesso. Ma, con l'atteggiamento della Consulta che si è descritto «il dialogo tra le corti, che è alla base della procedura in via pregiudiziale, ha consentito alla Corte di giustizia di trovare sul piano interpretativo, una soluzione che viene incontro alle principali preoccupazioni espresse nell'ordinamento della Corte costituzionale rispetto alla tutela dei diritti fondamentali»⁶⁶. Molti sono i diritti che, come ordinamenti, sono condivisi, ma la loro interpretazione può essere diversa e per questo c'è bisogno del confronto⁶⁷. Lo scopo della protezione dei diritti fondamentali non è quello di dare più o meno potere a una corte piuttosto che ad un'altra, ma è quello di dare più protezione alle persone. Queste sono più

⁶⁴ MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico*, cit., pp. 809-810.

⁶⁵ SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., p. 7.

⁶⁶ GAJA, *Alternative ai controlimiti*, cit., p. 1049.

⁶⁷ Vedi A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, in cui l'autore descrive come lo spazio ermeneutico che è lasciato oggi giorno al giudice aumenta la distanza che poi si viene a creare tra un'interpretazione e un'altra.

protette da un atteggiamento cooperativo delle corti, piuttosto che da uno conflittuale.

Si può anche accettare diversi stili di dialogo, diversi tipi e diversi toni, questo non è in sé un problema⁶⁸. Bisognerà pertanto chiedersi quali siano le condizioni per cui il dialogo tra corti risulti veramente fruttuoso. Dando per scontato che si parli tutti una stessa lingua per trovare un primo terreno comune, ci dovrebbe essere sempre una vera, genuina, sincera disposizione a comprendere le ragioni dell'altra parte. Per avere successo nel dialogo bisognerà tenere a mente che alla fine di esso la propria posizione potrebbe essere diversa da quella iniziale. Inoltre, ci saranno sempre nei vari ordinamenti delle «*red lines*» invalicabili. In caso di due opinioni insanabili c'è evidentemente bisogno di un terzo che faccia da mediatore, di un arbitro imparziale. La risoluzione delle controversie sulla competenza è molto spesso riducibile ad una valutazione binaria e si traduce in una decisione che accetta o rifiuta la competenza dell'Unione ad agire in un certo modo. È difficile articolare un dialogo cooperativo tra i tribunali in materia di competenza. Questo è il motivo per cui il contenzioso di competenza potrebbe essere rafforzato dall'introduzione di una camera mista nella Corte di giustizia, una camera in cui la *Kompetenz-Kompetenz* non è affidata ad una delle parti interessate ma ad una camera composita con legittimità condivisa in cui le alte corti nazionali hanno voce⁶⁹. Infine, è arrivato

⁶⁸ Vedi A. VON BOGDANDY e D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, pp. 9-30.

⁶⁹ Vedi J.H.H. WEILER e D. SARMIENTO, *The EU Judiciary After Weiss - Proposing a New Mixed Chamber of the Court of Justice*, in *EU Law Live*, 1.6.2020.

il momento di un rinvio pregiudiziale a parti inverse⁷⁰. Se davvero c'è il bisogno di sviluppare il dialogo questo dovrebbe essere reciproco. Esso non può più essere concepito gerarchicamente: è un dialogo tra pari, giudici custodi della rispettiva autonomia dei propri ordinamenti. È molto tempo ormai che una parte della dottrina italiana evidenzia la possibile utilità di tale ipotesi: in caso vi sia una questione squisitamente legata all'obbligo di tutelare l'identità nazionale di uno Stato membro la CGUE interpellerebbe le rispettive Corti costituzionali a garanzia dell'identità⁷¹.

In conclusione, la fortuna dell'apporto relazionale va attribuito alla natura dell'esperienza costituzionale italiana. Difatti,

«l'avventura costituzionale italiana, sia sotto il profilo del lavoro dei Padri costituenti, sia sotto il profilo della operosità della Corte costituzionale, ha rappresentato la salutare messa in discussione di una legalità unicamente legislativa e di una certezza unicamente formale»⁷².

La 'simpatia' per il concetto di 'comunità di diritto' nasce dalla consapevolezza del vivace pluralismo giuridico europeo che è in risonanza con quello della 'nuova' Costituzione italiana dall'immediato dopo guerra in poi. Come recita il titolo del saggio di un illustre professore dell'Ateneo fiorentino, vicepresidente emerito della Corte costituzionale, la nostra carta fondamentale è «nata per unire»⁷³, e pertanto riconosce tale valore anche all'«acciaccato» processo d'integrazione. Inoltre, per spiegare la peculiare posizione italiana non

⁷⁰ Ad esempio, la CGUE (nella Taricco I, su stimolo del tribunale di Cuneo) non aveva tenuto in considerazione la differenza tra ordinamenti, e bene ha fatto a rettificare tale, miope, presa di posizione, grazie al più ampio quadro normativo offerto dal rinvio pregiudiziale della Consulta. Pertanto, assumono un'importanza centrale i dubbi sollevati dalla Corte costituzionale sulla compatibilità della regola Taricco con il principio di legalità, in particolare riguardo a irretroattività e determinatezza, dubbi che non erano emersi sulla base del primo rinvio pregiudiziale del GUP del Tribunale di Cuneo. Perciò la CGUE non era stata messa in condizione di apprezzare le specificità dell'ordinamento italiano, cioè la natura sostanziale delle norme sull'interruzione della prescrizione e perciò la loro attrazione nell'alveo di garanzia del principio di legalità penale. Vedi GAJA, *Alternative ai controlimiti*, cit., p. 1049, in cui l'autore sottolinea il fatto che in Taricco I alcuni interrogativi non erano stati portati all'attenzione della Corte. La CGUE senza il nuovo intervento della Consulta che ha permesso di chiarire vari punti, non aveva modo di chiedere chiarimenti o spiegazioni.

⁷¹ Vedi P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2019.

⁷² GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 74-75.

⁷³ E. CHELLI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012.

si può non ricordare che qui la prima grande trattazione scientifica che si è confrontata con la pluralità degli ordinamenti giuridici risale al 1918: l'«Ordinamento giuridico» di Santi Romano. Davanti alle sfide che la convivenza di ordinamenti pone è necessario ricordare sempre che

«se il mare è mosso, è ancor più necessario un timone che non si irrigidisca ma corrisponda con duttile energia alla mobilità delle onde. Quel timone – ne sono certo – è per noi la teorica dell'ordinamento giuridico, strumento duttile che si presta a rivestire la pluralità e a disciplinarla senza soffocarla»⁷⁴.

⁷⁴ P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, p. 117.