

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 15-16 - giugno-dicembre 2017

L'IDENTITÀ COSTITUZIONALE COME CONTROLIMITE

Simona Polimeni

L'IDENTITÀ COSTITUZIONALE COME CONTROLIMITE

Simona Polimeni

*Dottore di ricerca in Diritto ed economia presso l'Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria*

Il saggio esamina il rapporto tra identità costituzionale e controlimiti, tentando di mostrare come entrambi i concetti non siano aprioristicamente determinabili, ma debbano necessariamente formarsi all'interno delle operazioni di bilanciamento che danno origine alle c.d. "ponderazioni fondamentali". Inoltre, attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale tedesca, italiana e ungherese, di quella della Corte di giustizia, nonché tramite la disamina dei controlimiti "politici" (controllo del rispetto del principio di sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali e referendum), si proverà a mostrare come sia i controlimiti che l'identità costituzionale possano essere declinati in forma "dialogica", "relazionale" e "bidirezionale" (e non populistica e antieuropeistica), per operare, da ultimo, una mutua e reciproca integrazione tra ordinamento eurounitario e ordinamenti nazionali.

The essay examines the relationship between constitutional identity and counter-limits, trying to show that both concepts are not aprioristically determinable, but they necessarily have to be defined by the balancing test that gives rise to the so-called "fundamental-weightings". Moreover, through the analysis of German, Italian, and Hungarian Constitutional jurisprudence, that one of the Court of Justice, and through the consideration of "political" counter-limits (checking compliance with the principle of subsidiarity by national parliaments and referendums) it will try to show how both counter-limits and constitutional identity can be described in a "dialogical", "relational" and "bi-directional" way (and not populist and anti-European one), to operate a mutual integration between the European juridical system and national ones.

Sommario:

1. Cos'è l'identità costituzionale? Un primo tentativo definitorio
2. Le possibili degenerazioni dell'identità costituzionale: l'antieuropeismo come forma di populismo?
3. Identità costituzionale, *primauté* e controlimiti: CGUE e Corti costituzionali a confronto
4. "Controlimiti politici" e identità costituzionale
5. *L'identità costituzionale come controlimite*: alla ricerca di una composizione dialogica e bidirezionale dei conflitti interordinamentali

*«Avevano visto troppo in grande o troppo in piccolo.
Ogni patria è sempre la piccolissima parte di un sogno comune».*
JABÈS, *Perché?*, in
Il libro dell'ospitalità (1991)

1. Cos'è l'*identità costituzionale*? Un primo tentativo definitorio

L'*identità costituzionale* è un concetto di difficile definizione, perché si presenta ontologicamente fluido e dai contorni flessibili, al punto che – se eccessivamente irrigidito all'interno di descrizioni dal contenuto ideologizzante – rischia persino di degenerare in involontarie forme di nazionalismo.

Per tentare di delineare qualche tratto distintivo dell'*identità costituzionale* e quale sia la logica sottesa alla formazione ed evoluzione del concetto, in astratto si potrebbe partire dagli elementi costitutivi dello Stato.

Tuttavia, come si sa, il consolidarsi della logica propria del costituzionalismo multilivello per descrivere e regolare i rapporti interordinamentali e l'avvento di nuovi fenomeni la cui origine e regolamentazione è necessariamente trans-nazionale (dalla globalizzazione economica ai flussi migratori) inducono gli studiosi a porsi nuovi interrogativi sulle trasformazioni cui sono soggetti gli elementi costitutivi dello Stato¹.

Sinteticamente e limitandoci ai rapporti tra Unione europea e Stati Membri e ai fenomeni più noti e attuali che interessano soprattutto i Paesi europei:

- la sovranità – che, come ha notato un'autorevole dottrina, con l'avvento delle Costituzioni democratiche si afferma come *sovranità dei valori*² – appare sempre più strettamente *condivisa* con le istituzioni eurounitarie³;
- a causa dell'ondata migratoria che ridisegna il volto di interi Paesi, sullo stesso territorio convivono, insieme ai soggetti che tecnicamente

¹ Fra i primi, in Italia, ad avvertire la portata del fenomeno, FARIAS, *Stato (filosofia del diritto)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, 693 ss. Ma, fra gli altri, v., ora, SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2013, spec. 919 e ss.; RUGGERI, *Lo Stato costituzionale e le sue «mutazioni genetiche»*, in *Quad. cost.*, n. 4/2014, 837 e ss. Per un recente affresco complessivo sull'evoluzione dello Stato, che ne evidenzia puntualmente la crisi dei suoi tradizionali elementi costitutivi in un quadro ormai sovranazionale, cfr. SPADARO *Les évolutions contemporaines de l'État de droit*, in *Civitas Europa, Revue semestrielle de l'Université de Lorraine*, 2/2017, (n. 37), 95 ss., ora in *Lo Stato*, n. 8/2017.

² Secondo l'efficace espressione di SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005; ID., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

³ Per una critica alla "cessione" di porzioni di sovranità nazionale, che sta sostituendo progressivamente la più virtuosa "sovranità condivisa", cfr., di recente, GUAZZAROTTI, *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, spec. 8 e ss.

compongono il popolo (i cittadini), gruppi aventi lingua, tradizioni, culture e religioni diverse, innescando i conflitti tipici delle società multiculturali⁴ (il che rende quanto mai urgente l'elaborazione di una teoria costituzionale normativa della cittadinanza⁵, volta a rimettere al centro la dignità della persona e la costruzione graduale di una effettiva “democrazia sociale”⁶);

- in relazione al territorio, infine, l'attenzione dello studioso di diritto si è spostata dai confini geografici, sempre più fluidi, a quelli *assiologici*, «che presidiano l'*identità costituzionale* dell'ordinamento»⁷.

Se la determinazione dell'identità costituzionale non può prescindere dal riferimento agli elementi costitutivi dello Stato, nella loro continua evoluzione, e questi ultimi mostrano sempre più chiaramente la loro struttura assiologica, fino a poter essere definiti per mezzo dei valori che li compongono (come nel caso della sovranità) o al cui presidio sono preposti (per il territorio), o ricostruiti tramite la composizione di un “conflitto” tra valori (nel caso, in particolare, del popolo), allora sembra potersi affermare, *prima facie*, che la stessa identità costituzionale abbia innanzitutto un contenuto prettamente *assiologico*.

A ben vedere, però, i valori celano in sé un *potere*⁸ che è divenuto l'oggetto ultimo della sovranità e che, sprovvisto oggi di un unico soggetto che ne sia l'interprete, è frammentato in tutto l'apparato istituzionale dello Stato⁹. Tale *potere dei valori* (*rectius*: di quelli più “alti”, c.d. principi

⁴ Cfr. spec. P. HÄBERLE, *Stato I) Principi generali*, in *Enc. Giuridica Treccani* (1988-1994), vol. XXXIV, Roma, 2007, 7, ma *passim*; e ora, fra gli altri, BALDINI, *Tutela dei diritti fondamentali e limiti dell'integrazione sociale nello stato multiculturale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017.

⁵ Su cui cfr., in particolare, RAUTI, *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017.

⁶ Ha riflettuto di recente sul tema SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione Europea. Appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, spec. 30 e ss.

⁷ Come ha sottolineato SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, *Relazione di sintesi* al XXXI Convegno annuale nazionale dell'AIC - *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio. Terza Sessione: Territorio*, Trento 11-12 novembre 2016, in *Rivista Aic*, n. 3/2017.

⁸ Di cui parla, in particolare, WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2002, spec. 531 e ss. Ma cfr., di recente, le riflessioni più generali sulle «contraddizioni» insite nell'età dei diritti, di G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 3 e ss.

⁹ Di frammentazione della sovranità discute, tra gli altri, RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007. Per un'interessante analisi del rapporto che sussisterebbe tra sovranità e identità assiologica (*rectius*: controlimiti), cfr. A. LONGO, *Iuxta propria principia. La corte*

fondamentali e diritti inviolabili) è insieme descrittivo e prescrittivo, ma, se fosse *assoluto*, si giungerebbe alla paventabile tirannia dei valori, di schmittiana memoria.

Senza poter qui neppure accennare al ruolo assunto dal supervalore della dignità umana, intesa come “assoluto costituzionale”, è sufficiente ricordare come il potere dei valori si possa “relativizzare” per mezzo del bilanciamento¹⁰ – tecnica utilizzata tanto dal legislatore quanto dal giudice (costituzionale) – che diventa, in tal modo, *strumento di esercizio della sovranità*.

Dunque, in prima approssimazione, potremmo affermare che *l'identità costituzionale si formi nel bilanciamento tra valori/principi costituzionali* e non sia aprioristicamente determinata o determinabile una volta per tutte, a meno di non volersi rassegnare alla tirannia dei valori, rinunciando alla loro pariordinazione nel sistema costituzionale di riferimento. Il risultato del bilanciamento – o «ponderazione fondamentale»¹¹ – indica, allora, la *scelta assiologica* specifica che l'ordinamento nel suo complesso (per opera del legislatore e/o del giudice), effettua in un preciso momento, e sarà proprio questa scelta assiologica a rivelarci, di volta in volta, una parte fondamentale dell'identità costituzionale. Se, di converso, si assumesse che l'identità costituzionale fosse una sorta di “parametro” *esterno* che (pre-)orienta la suddetta scelta assiologica, allora, ad avviso di chi scrive, sarebbe molto alto il rischio di ricadere in descrizioni ideologizzate dell'identità costituzionale stessa, nonché di “immobilizzare” l'ordinamento, impedendogli di evolversi, sempre all'interno della “cornice” assiologica tracciata dalla Carta costituzionale (anche in assenza di una Costituzione scritta).

Poiché «nessuno Stato è un'isola nel tempo che viviamo»¹², bisogna adesso considerare che il ricordato potere dei valori non si esercita soltanto *verso l'interno*, cioè nei confronti dei cittadini e degli altri poteri dello Stato,

costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza 24 del 2017, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, spec. 15 e ss.

¹⁰ Come evidenza ormai costantemente la Corte costituzionale italiana, in diverse sentenze, tra cui cfr. soprattutto le notissime sentt. n. 264 del 2012 e n. 85 del 2013.

¹¹ Secondo la definizione di WEILER, *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto tra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, in *Id.*, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, spec. 181 e s.

¹² La frase virgolettata nel testo – che ricorda quella («*no man is an island*») di Thomas Merton e, prima ancora, del poeta inglese John Donne – è stata pronunciata dalla nostra Presidente della Camera nel febbraio 2016 al King's College di Londra, in un discorso pubblicato ora, all'interno di una riflessione più ampia sull'Unione Europea, in BOLDRINI, *La comunità possibile. Una nuova rotta per il futuro dell'Europa*, Venezia, 2017, spec. 57 e ss.

ma anche, per ciò che qui più interessa, *verso l'esterno*, e, in particolare, nei confronti dell'ordinamento eurounitario.

Per comprendere quale relazione intercorra tra *identità costituzionale nazionale* e *identità europea*, occorre prendere in considerazione l'assunto – sostenuto da tempo da una parte della dottrina¹³ – per cui l'apertura internazionalistica delle moderne Costituzioni, di cui le cc.dd. “clausole europee” (implicite o espresse) costituiscono una chiara evidenza¹⁴ – implica che l'appartenenza all'Unione europea, la condivisione dei valori su cui essa si fonda e il perseguimento degli obiettivi che intende raggiungere, siano parte integrante della stessa identità costituzionale nazionale. Se si accoglie tale assunto, possiamo allora affermare che la difesa dell'identità nazionale non potrebbe mai considerarsi come una forma di antieuropeismo, nella misura in cui decisioni statuali antieuropeistiche andrebbero contro essa stessa, risolvendosi in una sua degenerazione, perché produrrebbero la negazione di un elemento costitutivo necessario affinché si configuri correttamente l'identità costituzionale (almeno fintantoché il Paese sarà membro dell'Unione), determinato dalla (auto)limitazione della sovranità, che permette ad uno Stato di aderire all'Unione europea, accettandone la produzione normativa e giurisprudenziale e consentendone l'applicazione all'interno dell'ordinamento nazionale.

Come si sa, per essere prima candidato e poi membro dell'Unione europea, uno Stato deve dimostrare di avere già una *propria* identità nazionale-costituzionale stabile, che permetta di concorrere ad integrare e inverare i valori e gli obiettivi previsti nei Trattati¹⁵ e che sia idonea a stemperare ed evitare esasperazioni interne, tali da comportare l'insorgere di movimenti nazionalistici e antieuropeistici (da notare che, talvolta, per il

¹³ Cfr., in particolare, RUGGERI, *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, n. 3/2007, spec. 319 e ss.

¹⁴ Sul punto, cfr. CLAES, *Le “clausole europee” nelle costituzioni nazionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2005, 283 e ss.

¹⁵ Sono notissimi, a tale riguardo, i cc.dd. “criteri di Copenaghen”, che uno Stato che ambisca ad aderire all'UE deve rispettare; essi sono così schematizzabili: 1) la presenza di istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, lo stato di diritto, i diritti dell'uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela; 2) l'esistenza di un'economia di mercato affidabile e la capacità di far fronte alle forze del mercato e alla pressione concorrenziale all'interno dell'Unione; 3) la capacità di attuare efficacemente le norme, le regole e le politiche che formano il corpo della legislazione dell'UE (il c.d. *acquis communautaire*), nonché l'adesione agli obiettivi dell'unione politica, economica e monetaria.

controllo su tali elementi, le istituzioni eurounitarie trovano un buon alleato nelle Corti costituzionali nazionali)¹⁶.

La stessa Unione dichiara di rispettare le “identità nazionali” degli Stati Membri (art. 4.2 TUE) e le loro “tradizioni costituzionali comuni” (art. 6.3 TUE), enucleando i diritti fondamentali, intesi come principi generali del diritto eurounitario, anche dall’identità costituzionale degli Stati membri, pur “riformulandoli”, all’occorrenza, per meglio realizzare gli obiettivi previsti nei Trattati¹⁷. Pertanto, per quanto la stessa idea di Europa sfugga a inquadramenti precisi e quindi sia difficile delineare con chiarezza l’*identità europea*¹⁸, si può affermare che le istituzioni eurounitarie e, in particolare, la Corte di Giustizia (attraverso la sua giurisprudenza) abbiano contribuito e stiano tutt’ora contribuendo a plasmare l’identità dell’Unione, nella direzione oggi indicata (soprattutto) dall’art. 2 TUE.

Al contrario, per quanto riguarda i Paesi fondatori dell’Unione – e specialmente l’Italia (ma anche, in parte, la Germania) – si può notare come la costruzione di una forte identità costituzionale, nata nell’immediato

¹⁶ È questo, per esempio, il caso emblematico dell’Albania, che, dal 27 giugno 2017 ha assunto lo *status* di Paese candidato all’Unione europea. La questione è connessa al fatto che il 25 settembre 2016, i cittadini della Repubblica di Srpska (ove vive la maggioranza serba della Repubblica di Bosnia-Erzegovina) hanno partecipato ad un referendum, indetto dal Presidente nazionalista Dodik, volto a stabilire se il 9 gennaio dovesse essere proclamato giorno di festa nazionale, per ricordare e celebrare lo stesso giorno in cui, nel 1992, i deputati serbo-bosniaci avevano proclamato unilateralmente la Repubblica serba di Bosnia (c.d. *Festa dell’identità*). Il risultato del referendum ha visto una vittoria netta dei “sì”, attestatisi al 99,8% dei voti validi. Ma, nel dicembre successivo, la Corte costituzionale bosniaca, che già aveva annullato la decisione dell’Assemblea popolare di Banja Luka del 15 luglio del 2016 sulla cui base era stato indetto il referendum, annulla la consultazione popolare, ritenendola contraria alla Costituzione e discriminatoria nei confronti dei bosgnacchi (i bosniaci musulmani) e dei croati, che rappresentano gli altri due gruppi etnici presenti in Bosnia. È interessante notare come la Commissione europea abbia di fatto avallato la decisione della Corte costituzionale, affermando che il referendum non ha una base legale, perciò occorre «evitare esasperazioni e continuare il cammino delle riforme intrapreso in Bosnia».

¹⁷ Come evidenzia bene CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in ID., (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nella Corti europee*, Bologna, 2007, 13 e ss. Cfr., inoltre, SCIARABBA, *Tra fonti e corti: diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008; ORLANDI, *L’evoluzione del primato del diritto dell’Unione europea. Dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo multilaterale*, Torino, 2012; TESAURO, *Sessant’anni dai Trattati di Roma: ciò che dobbiamo alla giustizia dell’Unione*, in *Quest. giust.*, 25 marzo 2017.

¹⁸ Sul tema cfr., *ex multis*: CHABOD, *Storia dell’idea d’Europa*, Roma-Bari, 1961; MIKKELI, *Europa. Storia di un’idea e di un’identità*, Bologna, 2002; P. ROSSI, *L’identità dell’Europa*, Bologna, 2016; PROSPERI, *Identità. L’altra faccia della storia*, Roma-Bari, 2016.

dopoguerra, si sia consolidata in mancanza del perseguimento di una compiuta integrazione politica tra gli Stati membri delle nascenti Comunità europee ed in assenza del riconoscimento del principio di solidarietà politica e sociale tra di essi, in un contesto che privilegiava, com'è noto, l'aspetto economico e di mercato dell'integrazione¹⁹.

Dopo l'avvento della crisi economico-finanziaria (e delle politiche di *austerity* varate per fronteggiarla), in diversi Stati membri dell'Unione, partiti e movimenti nazionalisti hanno ritrovato il successo elettorale puntando su programmi dai contenuti antieuropeistici e illiberali, ispirati ad un uso strumentale dell'identità costituzionale (*rectius*: di quella che viene presentata da essi come tale) dei diversi ordinamenti nazionali. Tuttavia, si può notare come la degenerazione del valore dell'identità costituzionale possa essere in parte "corretta" proprio grazie all'appartenenza all'Unione europea, (come evidenzia, ad esempio, il caso dell'Ungheria, che sarà esaminato *infra*, par. 3).

Nell'analisi dei possibili modi in cui si manifesta la relazione tra identità costituzionale nazionale e identità europea, chi scrive propone innanzitutto di considerare le possibili degenerazioni dell'identità costituzionale, e l'utilizzo (più o meno virtuoso) che di quest'ultima hanno fatto le Corti costituzionali e gli organi di indirizzo politico di alcuni Paesi membri dell'Unione, nonché la Corte di Giustizia.

2. Le possibili degenerazioni dell'identità costituzionale: l'antieuropeismo come forma di populismo?

In primo luogo, occorre notare come spesso i movimenti antieuropeistici, che si stanno diffondendo, con maggiore o minore intensità, in molti Paesi membri dell'Unione, siano anche percorsi, in vario modo, da venature di populismo²⁰: ed è proprio su quest'ultima correlazione che occorre adesso soffermarsi.

¹⁹ Cfr., *ex multis*: VACIAGO, *Un'anima per l'Europa*, Bologna, 2014; RAPONE, *Storia dell'integrazione europea*, Roma, 2015; CALANDRI - GUASCONI - RANIERI, *Storia politica e economica dell'integrazione europea. Dal 1945 ad oggi*, Napoli, 2015.

²⁰ Come nota, tra gli altri, TOURAINE, *Il ritorno della nazione e il futuro del Soggetto*, colloqui con Antonelli, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 1/2017, spec. 8 s. Cfr., inoltre, la lucida analisi di BOERI, *Populismo e stato sociale*, Roma-Bari, 2017; e il *Rapporto annuale sulla democrazia e i diritti umani in Europa*, del Segretario generale del Consiglio d'Europa, Thorbjørn JAGLAND, *State of democracy, human rights and the rule of law. Populism – How strong are Europe's checks and balances? Report by the Secretary General*

All'iniziale, su menzionata, mancanza di solidarietà politica e sociale tra i Paesi fondatori non si è posto rimedio neppure negli anni successivi alla nascita delle Comunità, durante il processo di allargamento. Infatti, la Gran Bretagna e i Paesi scandinavi ritenevano che l'Unione avrebbe dovuto costituire principalmente un'area commerciale, per attuare un'imponente operazione di razionalizzazione economica su scala internazionale. Il Portogallo, la Spagna e la Grecia, avendo ormai definitivamente superato gli antichi retaggi dei rispettivi regimi totalitari, erano prettamente interessati ad utilizzare le risorse provenienti da Bruxelles per rafforzare le proprie economie nazionali e riacquistare una posizione dominante soprattutto nell'area del Sud Europa. Parimenti, per i Paesi dell'Est Europa, l'Unione ha rappresentato il riconoscimento dell'affermazione della democrazia e al contempo una tappa essenziale per il loro approdo ad un'economia di mercato.

Così stando le cose, come ha notato Castronovo, appariva chiaro come non fosse «l'unificazione politica a figurare in cima agli obiettivi di buona parte dei paesi associatisi man mano alla Comunità europea, bensì il loro interesse a implementare la propria sovranità»²¹.

of the Council of Europe, aprile 2017, che dedica particolare attenzione al fenomeno del populismo dilagante nei Paesi della “grande Europa dei 47”, che riguarda, tuttavia, anche i Paesi membri dell'Unione. Sui rischi che tali fenomeni, insieme ad altri, determinano per la democrazia, cfr., di recente, SPADARO, *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista Aic*, n. 1/2017. Cfr. anche l'interessante analisi di MUDDE, *Europe's populist surge. A long time in the making*, in *Foreign Affairs*, novembre-dicembre 2016, che afferma: «In essence, the populist surge is an illiberal democratic response to decades of undemocratic liberal policies. To stem the populist tide, establishment politicians will have to heed the call to repoliticize the crucial issues of the twenty-first century, such as immigration, neoliberal economics, and European integration, bringing them back into the electoral realm and offering coherent and consistent alternatives to the often short-sighted and simplistic offerings of the populists».

²¹ CASTRONOVO, *L'Europa e la rinascita dei nazionalismi*, Roma-Bari, 2016, 58 s. Cfr., inoltre, l'interessante analisi di FABBRINI, «*A Union, not a State*». *La prospettiva dell'Unione federale*, in *Il Mulino*, n. 2/2017, 190 e ss., che scrive: «Per alcuni Stati dell'Europa occidentale e continentale, il processo integrativo doveva servire a tenere sotto controllo il diavolo del nazionalismo autoritario che aveva portato alla drammatica fine delle loro democrazie tra le due guerre mondiali del secolo scorso. Mentre in altri Paesi (come il Regno Unito o i Paesi scandinavi), il nazionalismo aveva assunto [...] un carattere democratico, fornendo le risorse per difendere, nello stesso periodo, le democrazie nazionali dalle aggressioni autoritarie. Con l'allargamento ai Paesi dell'Est europeo, la differenziazione all'interno dell'Ue si è quindi ulteriormente accentuata. A lungo sotto il dominio sovietico, quei Paesi hanno ritrovato nel nazionalismo la fonte di una rinnovata identità nazionale. La loro entrata nel processo di integrazione, dovuta a ragioni di sicurezza geo-politica e di necessità economica, ha finito per creare una situazione paradossale. Il loro nazionalismo ha

Senonché, la crisi economica prima e, in seguito, l'emergenza umanitaria causata dalla pressante ondata migratoria verso le coste europee, hanno messo in luce con drammatica chiarezza che l'assenza di solidarietà tra Stati membri avrebbe reso difficile, se non impossibile, il futuro dell'Unione²².

Purtroppo, com'è noto, le misure adottate a livello sovranazionale sono state tardive e spesso antisolidaristiche (v. le cc.dd. misure di *austerità*)²³, o comunque deboli e parziali (v. il sistema delle quote per gestire l'imponente fenomeno migratorio o il *Piano d'azione* proposto dalla Commissione UE per gestire l'arrivo dei migranti nel Mediterraneo e aumentare la solidarietà tra gli Stati membri)²⁴.

faticato a conciliarsi con un progetto post-nazionale, creando tensioni al loro interno trasferite poi sul piano europeo. È evidente che per il primo gruppo di Paesi continentali-occidentali, il progetto integrativo ha una finalità politica (seppure mai chiaramente definita). Mentre per gli altri Paesi del Nord Atlantico e dell'Est europeo, quella finalità è strettamente economica».

²² Cfr., in particolare, CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, 2015; GUAZZAROTTI, *Unione europea e conflitti tra solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016; BALIBAR, *Crisi e fine dell'Europa?*, Torino, 2016; FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro welfare?*, Roma-Bari, 2016; SIMEONI, *Europa/Europe. Conversazioni con Alberto Martinelli, Nadia Urbinati, Vittorio Cotesta*, Roma, 2015.

²³ La letteratura sul punto è sterminata; per una recente e interessante valutazione critica delle vicende politico-giuridiche in tempo di crisi, cfr. D'AGOSTINI, *Diritti fondamentali e governance economica europea*, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 3/2016, 19 e ss. Cfr., inoltre, SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4/2013, 785 e ss.; GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009, spec. 144 e ss.; RAUTI, *La «giustizia sociale» presa sul serio. Prime riflessioni*, in *Forum di Quad. cost.*, 2011; SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista Aic*, n. 4/2011; ID., *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in AA. VV., *Lavoro e diritti sociali. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, a cura di CARUSO-FONTANA, Bologna, 2015, 15 e ss.; CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012; GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2013; ID., *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016; CERRI, *La crisi economica e le prospettive europee*, in *Nomos*, 2/2014; ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa. La verifica delle teorie economiche che condizionano la costituzione europea e quella italiana*, Bologna, 2016; PINELLI, *Il doppio cappello dei governi fra Stati e Unione europea*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n. 3/2016, 639 e ss.; POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'unione europea*, in *Rivista Aic*, n. 1/2017.

²⁴ Cfr., *ex multis*: BARBERA, *L'Europa di fronte alle tragedie del Mediterraneo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 783 ss.; BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, in AA. VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di PANZERA - RAUTI - SALAZAR - SPADARO, Napoli, 2016, 143 ss.; SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione*

A ben vedere, in assenza, o in carenza, dell'applicazione del principio di solidarietà (e di sussidiarietà), una simile gestione delle politiche economiche e migratorie ha comportato l'accentuarsi della distanza e della diffidenza tra Unione e Stati membri (nonché degli Stati medesimi tra loro), con la conseguente "verticalizzazione" (estrema) del potere, che è uno degli elementi comuni a ogni forma di populismo, e che comporta la contrapposizione del *popolo*, inteso come soggetto astratto, ad un'"entità" estranea e ostile, che si trova al di sopra e lo opprime.

Tale approccio è particolarmente preoccupante se applicato nei rapporti tra Unione e Stati membri, nella misura in cui – come nota S. Cassese – «una democrazia concepita soltanto in termini verticali (popolo nazionale - suoi

Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni), a cura di D'ANDREA - MOSCHELLA - RUGGERI - SAITTA, Milano, 2016, 217 e ss.; PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli stati membri dell'unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, 287 e ss.; RINALDI, *L'Unione europea e le deroghe alla libertà di circolazione in funzione di governo dei flussi migratori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, 325 e ss. Cfr., però, adesso, la sentenza della CGUE (Grande sez.), 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*.

Per il *Piano d'azione* menzionato nel testo, cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Action plan on measures to support Italy, reduce pressure along the Central Mediteranian route and increase solidarity*, Bruxelles, SEC(2017) 339, 4 luglio 2017, consultabile al sito <https://ec.europa.eu>. Di certo le deboli proposte della Commissione non saranno sufficienti a rassicurare l'Italia su una corretta e solidale gestione del fenomeno migratorio, con una ripartizione degli oneri in modo proporzionale tra tutti gli Stati membri dell'Unione. Tuttavia, alla discutibile "minaccia" dell'Italia di chiudere i porti nazionali per bloccare gli sbarchi – che porrebbe evidenti problemi di tutela dei diritti fondamentali dei migranti, sul piano interno e internazionale, come mostrano bene, nella loro lucida analisi, DE SENA - DE VITTOR, *La "minaccia" italiana di "bloccare" gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, in *SIDIBlog*, 1 luglio 2017 – sarebbe preferibile, nell'assoluta impossibilità di intavolare un dialogo più proficuo con le istituzioni europolitane e con gli altri Stati membri, optare per l'adozione di misure rivolte non contro i migranti, ma contro l'Unione stessa, ad esempio iniziando a bloccare tutte (o la maggior parte de) le decisioni in cui è richiesta l'unanimità (come propone giustamente CASTELLANETA, *Piano d'azione per "sostenere", rigorosamente solo a parole, l'Italia sui flussi migratori*, in <http://www.marinacastellaneta.it>, 5 luglio 2017). Anche la realizzazione di un "pilastro sociale" sta progredendo a rilento e mostra già le debolezze insite nella scelta di regolare questo settore con strumenti di *soft law*. Per una critica all'uso di tali strumenti, cfr. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2017, 31 e ss. Per un'interessante analisi sul tema della creazione di un *pilastro europeo dei diritti sociali*, cfr., in particolare, CIANCIO, *Verso un "pilastro europeo dei diritti sociali"*, in *Federalismi.it*, n. 13/2016; e MACCABIANI, *Verso una nuova "sensibilità sociale" nell'unione economico-monetaria*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, 23 e ss. Cfr., adesso, la *Raccomandazione della COMMISSIONE EUROPEA sul Pilastro Europeo dei diritti sociali*, Bruxelles, 26 aprile 2017.

rappresentanti) impedisce di comprendere quella che è stata chiamata “horizontal accountability”», ossia la consapevolezza che «ogni governo è circondato da altri organismi politici, dai quali era prima separato e ai quali non doveva rendere conto [...]. Dunque, un governo non deve avere solo la fiducia del suo popolo, ma anche quella degli altri governi europei. Il rapporto di legittimazione e di *accountability* che lega governanti e governati si estende anche, orizzontalmente, ai membri [...] dell’Unione europea. [...] I governi nazionali non sono più responsabili solo nei confronti dei loro popoli, ma anche nei confronti dei governi (e, indirettamente, dei popoli) degli altri Stati europei»²⁵.

Invero, nella confusione che ancora impera tra i teorici dell’integrazione europea nella delineazione di un modello descrittivo del rapporto esistente tra Unione e Stati membri²⁶, il risalto dato all’elemento “verticale” a scapito di quello “orizzontale” sembra fornire una prima, parziale (nonché discutibile) risposta al «disordinamento giuridico» prodotto dal medesimo processo di integrazione²⁷, che rischia, però, di favorire l’insperabile rinascita di una concezione piramidale del rapporto tra ordinamento eurounitario e ordinamenti nazionali, come soluzione più semplice al complesso sistema multilivello, spostando il problema da un piano strettamente torico-giuridico ad un piano politico-sociale²⁸.

²⁵ Così, S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, spec. 86 e ss. L’A. (a p. 90) conclude affermando che tale duplice responsabilità, prodotta dalla “horizontal accountability”, «non è un limite, ma un arricchimento per la democrazia. Consente a una comunità politica più vasta di far sentire la propria voce in ciascuna delle collettività che ne fanno parte, di stabilire criteri e regole condivisi, di conferire e limitare il potere, che è il fine ultimo della democrazia».

²⁶ Cfr., in particolare: ROSSA PHELAN, *Revolt or Revolution. The constitutional boundaries of the European Community*, Dublin, 1997; G. ZAGREBLESKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, 2003; e ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino 2006.

²⁷ La nozione di «disordinamento giuridico» è utilizzata da ITZCOVICH, *Integrazione giuridica. Un’analisi concettuale*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2005, 783 e ss., ed è inteso come «continua rottura e spiazzamento dei parametri di legalità interni agli ordinamenti che si integrano». Cfr., inoltre, ID., *Disordinamento giuridico. Crisi finanziaria e sviluppi costituzionali dell’Unione economica e monetaria europea*, in *Dir. e Quest. pubbl.*, n. 1/2017, 87 e ss.

²⁸ Tale situazione evidenzia, a parere di chi scrive, l’urgente necessità da parte dei teorici del diritto (e, in generale, delle scienze sociali) di ripensare nuovi modelli di integrazione europea, che possano impedire una simile “verticalizzazione” e, al contempo, tendano a risolvere il problema del «disordinamento», quando non addirittura della «disintegrazione» giuridica, all’interno degli ordinamenti nazionali. Non sembra si possano accogliere, invero, con pieno favore le tesi di chi – con il nobile scopo di democratizzare le istituzioni

Al contempo, tali politiche eurounitarie hanno favorito la comparsa di un altro elemento caratteristico del populismo: «L'idea di tradimento, di abuso e sottrazione indebita ai danni degli onesti cittadini», che ha assunto i tratti tipici dell'*angst* tedesca, ossia un misto di paura, ansia e preoccupazione, causate dal clima di profonda incertezza prodotto dalla crisi economica, che ha dato vita ad una forma peculiare di populismo «per ricchi», definito «populismo patrimoniale»²⁹.

eurounitarie e, soprattutto, la *governance* dell'Eurozona – propone politiche completamente “differenziate” per i Paesi che hanno adottato l'euro, rispetto a quelli rimasti estranei all'Unione monetaria, fino ad arrivare ad un vero e proprio «sdoppiamento» dell'ordinamento eurounitario, che potrebbe comportare, sempre a parere di chi scrive, il rischio, particolarmente attuale, di frammentarlo eccessivamente, indebolendo ulteriormente l'unione (già alquanto instabile) e la solidarietà tra gli Stati membri, sempre più divisi in base alle scelte prodotte dalle diverse politiche nazionali. Cfr., nel senso qui criticato, le proposte di: FABBRINI, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Roma-Bari, 2017; e HENNETTE - PIKETTY - SACRISTE - VAUCHEZ, *Democratizzare l'Europa! Per un Trattato di democratizzazione dell'Europa*, Milano, 2017. Per una critica al progetto del *T-Dem* (Trattato di democratizzazione della *governance* dell'Eurozona) proposto da Piketty et al., cfr., in particolare: CARETTI, *Ambiguità e contraddizioni nelle più recenti proposte di “democratizzazione” della governance europea*; e TOSATO, *Note critiche sul “Progetto Piketty”*, entrambi su www.ridiam.it, *La Questione Europea. Osservatorio riforme europee*, rispettivamente del 4 e del 5 giugno 2017. Si veda, inoltre, l'improbabile proposta di Norbert Hofer, formulata nel corso della campagna elettorale per il ballottaggio-*bis* delle elezioni presidenziali austriache del 2016, che consiste nel creare «un'Unione all'interno dell'Unione», che riunisca alcuni Paesi dell'ex Impero asburgico (Austria, Ungheria, Croazia, Repubblica Ceca), con lo scopo di «adottare politiche in tema di immigrazione e richiedenti asilo più stringenti (in particolare: non ispirate alla c.d. *Willkommens-kultur*, o “*culture of welcoming*”, come sono invece quelle propugnate – secondo Hofer – dalla Cancelliera tedesca Merkel) rispetto a quelle dei Paesi dell'Europa occidentale»: sul punto, cfr. M. MAZZA, *L'onda populista: dalla Brexit a Trump fino al cuore dell'Europa*, in *DPCE on line*, n. 2/2017, 219 (c.vi dell'A.). Nonostante tratti di somiglianza, andrebbe comunque distinto il (discutibile) tentativo di rassegnato “sdoppiamento” dell'Unione fra Paesi esterni all'area euro e Paesi con moneta comune, dal diverso (e meno *tranchant*) approccio di costruzione di un'“Europa federale” in forma consensuale e per gradi, anche attraverso meccanismi istituzionali di “geometria variabile” (*opting out, opting in*), pur entro certi limiti, che assicurino, comunque, un comune intento di proseguire uniti verso la direzione dell'Unione federale, evitando scelte che comportino un'eccessiva frammentazione interna, giuridica e politica, degli Stati membri fra loro.

²⁹ Così, REYNIE, *La crisi populista dell'idea europea*, in *Il Mulino*, n. 3/2014, spec. 420 e ss., che scrive: «Il populismo patrimoniale nasce dal fatto che una parte dell'opinione pubblica teme di dover subire una rimessione in discussione simultanea del patrimonio materiale – il tenore di vita – e di quello immateriale – il modo di vivere. [...] Potendo concentrare l'attenzione sia sulla dimensione materiale dell'esistenza sia su quella immateriale, il populismo patrimoniale permette di mobilitare un largo ventaglio di gruppi sociali, dalle classi più modeste agli strati superiori».

Sussiste, a ben vedere, anche un ulteriore elemento tipico dei movimenti populistici, che qui assume segnatamente la forma dell'antieuropeismo: la rimozione dell'elemento considerato oppressivo (evidentemente rappresentato, in questa prospettiva, dalle politiche eurounitarie o addirittura dall'appartenenza *tout court* all'Unione europea) e la "restaurazione" della sovranità popolare³⁰. Rispetto a tale ultimo elemento, si potrebbe dedurre che proprio questa *soggettivizzazione* (estrema e quasi illimitata) della sovranità popolare paradossalmente determini una distorsione dell'identità costituzionale, perché tende ad eludere le «forme e i limiti» imposti dalla Costituzione, entro cui si deve mantenere l'esercizio della sovranità popolare.

Invero, proprio come accadeva per i movimenti populistici degli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, anche in queste nuove forme di antieuropeismo si può rinvenire un'oscillazione «tra un polo protestatario e un polo identitario ([...] "nazionalista" o "nazional-populista") [e] si riconosce un l'appello al popolo, insieme come *demos* (la plebe, le masse popolari) e come *ethnos* (il popolo come entità etno-nazionale), un appello diretto contro le élite e contro gli stranieri»³¹.

Se si segue la ricostruzione qui proposta, "verticalizzazione" del potere, politiche antisolidaristiche (o comunque non solidaristiche) e disegualianze crescenti tra gli Stati membri potrebbero essere indicate come le cause scatenanti del diffondersi di movimenti populistici e antieuropeistici, con la conseguente affermazione di un'identità costituzionale nazionale *distorta*, spesso presentata in opposizione a quella dell'Unione.

Per evitare simili degenerazioni – accanto all'auspicio della realizzazione di un'unione di tipo federale, "sempre più stretta" tra gli Stati membri, che possa favorire la «transizione epocale, [...] dal diritto *autoritativo-gerarchico* al diritto *dialogico*»³² – sembra quanto mai opportuno porre al centro del discorso dei rapporti interordinamentali i principi di uguaglianza e solidarietà³³.

³⁰ Per una sintetica ma efficace descrizione dei tre elementi del populismo menzionati nel testo, cfr. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino, 2017, 12 e ss.

³¹ Cfr., in proposito, la ricca analisi di TAGUIEFF, *L'illusione populista*, Milano, 2003, 57, ma *passim*.

³² Cfr., sul punto, l'interessante analisi di BOSIO - DELLAVALLE, *Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, spec. 153 e ss. (c.vo degli Autori).

³³ Infatti, come nota un'attenta dottrina, «solidarietà ed eguaglianza costituiscono gli strumenti più adeguati e più di frequente utilizzati per spianare il terreno sul quale può essere ridefinita e ricostruita l'identità costituzionale: una identità che [...] non soltanto non è messa

Depurato da qualsivoglia forma di degenerazione (populistica e antieuropeistica), il richiamo al rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri potrebbe fungere addirittura da stimolo nei confronti dell'Unione, per realizzare compiutamente gli obiettivi previsti nei Trattati, nel rispetto delle peculiarità dei singoli ordinamenti, ma sempre in una logica solidaristica, che ne rafforzi parimenti l'unione. Al contempo, essa sembra segnare il limite oltre il quale l'applicazione del diritto eurounitario diventerebbe lesiva delle "ponderazioni fondamentali" interne e l'integrazione delle tutele, sempre auspicabile, non sarebbe possibile. Si potrebbe, cioè, verificare la situazione in cui il diritto eurounitario non si limiti a modificare l'ordinamento interno, nella logica dell'*integrazione*, ma ne produca, di converso, una "*dis-integrazione*", addivenendo così ad una rottura costituzionale, in violazione del (delicatissimo e indefinito "a priori") punto di equilibrio fissato in una data "ponderazione fondamentale", che esprime il contenuto dell'identità costituzionale nazionale in un caso concreto; beninteso, parte del bilanciamento interno è anche il diritto eurounitario rilevante, che "entrerebbe" nella ponderazione per il tramite delle "clausole europee" (dunque, nell'ordinamento italiano, per mezzo dell'art. 11 Cost.). In tale ultimo caso, a ben vedere, l'identità costituzionale nazionale opererebbe nella stessa logica dei *controlimiti*, fino a poter essere con questi identificata, come si tenterà di mostrare meglio *infra*.

Fermo restando quanto appena detto, si potrebbe anticipare da subito una parte degli esiti della presente ricerca: permane un discrimine netto tra identità costituzionale intesa come controlimito e le summenzionate forme di degenerazione della stessa (populismo antieuropeista). Infatti, al di là di ogni

a rischio dall'integrazione sovranazionale in corso ma, di contro, può proprio da essa rinvenire la spinta per la sua incessante rigenerazione e l'ulteriore, vigorosa trasmissione nel tempo. E ciò, ove si consideri che l'identità si fa e rinnova attorno ad un patrimonio di valori fondamentali condivisi, tra i quali – si rammenti – è anche quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale: un'apertura, certo, non indiscriminata, senza limiti, bensì orientata da quell'autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali che è data dalla ricerca, costante ed infaticabile seppur non di rado sofferta, della ottimale tutela dei diritti (e, per ciò pure, dell'eguaglianza) in ragione delle complessive esigenze del caso, facendo al riguardo specifico affidamento sul "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali. [...] Solidarietà ed eguaglianza sono il punto in cui si saldano gli ordinamenti, quello da cui l'integrazione sovranazionale in corso può, nel modo più stabile, tenersi al fine di portarsi, pur se con non poca fatica e tra non rimosse oscillazioni e contraddizioni, avanti»: così, RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, Relazione al Convegno su *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli 11-13 maggio 2017, in *Rivista Aic*, n. 2/2017, spec. 29 e s. (c.vo dell'A.).

altra considerazione, mentre i controlimiti – come chi scrive proverà a mostrare – si possono connotare in senso *dialogico* e non meramente oppositivo³⁴, il populismo antieuropeista esclude del tutto un simile approccio, tendendo invece ad eliminare definitivamente l'elemento che si presume generi oppressione (come mostra chiaramente la *Brexit*, cui si accennerà *infra*, par. 4). Inoltre, la ponderazione fondamentale che dà corpo ai controlimiti si ricava dall'applicazione del canone della ragionevolezza, sotteso al test di bilanciamento; invece l'antieuropeismo si alimenta di emozioni irrazionali (la summenzionata *angst*), che spingono larga parte della popolazione a considerare praticabili anche soluzioni estreme, più "nazionalistiche" che nazionali, pur se controproducenti anche per lo Stato che le pone in essere.

3. Identità costituzionale, *primauté* e controlimiti: CGUE e Corti costituzionali a confronto

Sebbene l'identità costituzionale e i controlimiti sembrano avere entrambi una duplice portata, sia giuridica (e, in particolare, giurisprudenziale) che politica³⁵ (come si tenterà di mostrare meglio *infra*, par. 5), è dall'angolo visuale della giurisprudenza di alcune Corti costituzionali nazionali che si possono cogliere le più interessanti implicazioni tra questi due concetti.

In particolare, a volte le Corti costituzionali sembrano delineare esse stesse il contenuto dell'identità costituzionale nazionale, enunciando più o meno puntualmente i principi fondamentali o i diritti inviolabili lesi dalle fonti esterne e, in tale accezione, l'identità costituzionale coincide logicamente con i controlimiti. Altre volte, invece, nella giurisprudenza costituzionale si nota un uso strumentale dei controlimiti, che diventano un *mezzo* per tutelare in modo effettivo l'identità costituzionale. Si potrebbe discutere, a questo punto, di *duplicità funzionale* dei controlimiti, per cui questi possono essere alternativamente utilizzati o come istituto sostanziale, identificandosi compiutamente nei principi fondamentali e nei diritti

³⁴ Di «controlimiti temperati» (in relazione all'ordinamento internazionale) discute, invece, GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, dicembre 2014, spec. 3.

³⁵ Per un'opinione diversa, cfr., invece, DEMURO, *Controlimiti e identità costituzionale*, Relazione al Convegno *Unione europea, Stati e cittadini. Tra antieuropeismo e condizionalità*, I Sessione - *L'identità costituzionale: una forma di antieuropeismo?*, Siena, 22-23 giugno 2017.

inviolabili delle Costituzioni nazionali (così come delineati a seguito di una concreta operazione di bilanciamento) e coincidendo, pertanto, con l'identità costituzionale; oppure come istituto meramente processuale, ossia come una *tecnica* di giudizio – e, segnatamente, il ragionevole bilanciamento tra interessi/principi da cui risulti una determinata “ponderazione fondamentale” – per mezzo della quale si possa identificare, di volta in volta, il contenuto dell'identità costituzionale, che verrà “difesa” con la deroga al principio del primato del diritto dell'Unione, espungendo dall'ordinamento nazionale l'atto lesivo del nucleo duro costituzionale.

In ogni caso, non sempre le Corti costituzionali menzionano espressamente i controlimiti, che sembrano essere impliciti nel ragionamento logico-giuridico che esprimono all'interno delle loro decisioni; invece esse fanno più spesso menzione dell'identità costituzionale da difendere, identificando il contenuto che questa assume nel caso concreto, o spingendosi fino a stilare un elenco aperto di principi e diritti che ne formano il contenuto. Tuttavia, anche se sembra che vi sia, *prima facie*, una comunanza dei principi e dei diritti rientranti nel “nucleo duro” delle Costituzioni nazionali, è altrettanto evidente che spesso le Corti costituzionali, nelle operazioni di bilanciamento, li declinano *in concreto* in modo diverso, come mostra il caso del *principio democratico*, che certamente rientra tanto nell'identità europea (cfr. art. 2 TUE), quanto nelle diverse identità costituzionali nazionali, soprattutto se si guarda alla giurisprudenza costituzionale tedesca e italiana.

La su menzionata duplicità funzionale dei controlimiti sembra evidente nel *controllo d'identità* (*identitätskontrolle*) e in quello *ultra vires* elaborati dal *BVerfG* e, in particolare, in due decisioni molto note: il *caso R* (noto anche come *Solange III*)³⁶ e il caso *Gauweiler/OMT*³⁷.

³⁶ 2 BvR 2735/14, 15 dicembre 2015, caso *R*. In questa decisione (resa il 15 dicembre 2015 e pubblicata il 26 gennaio 2016), com'è noto, il *BVerfG* si è discostato dalla giurisprudenza *Melloni*, bloccando l'estradizione in Italia di un cittadino americano, condannato in contumacia a trenta anni di reclusione dalla Corte d'Appello di Firenze, adducendo che, siccome il nostro ordinamento non ammette l'assunzione di prove nel giudizio d'appello (salvo casi eccezionali, espressamente previsti e disciplinati dal codice di procedura penale), all'estradato non sarebbe assicurato il diritto di difesa e sarebbe pertanto violato il principio di non colpevolezza, letto come emanazione del principio supremo di dignità della persona (*ex art. 1 GG*), in combinato disposto con gli artt. 23, I co., e 79, III co., *GG*. Inoltre, in questo caso il *BVerfG* ha espressamente escluso la possibilità di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, poiché ha ritenuto di trovarsi in presenza di un *acte clair*. Per un commento alla decisione in questione cfr., *ex multis*: FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, 123 e ss.; HONG DO, *Human Dignity and Constitutional Identity: the Solange-III-decision of the German Constitutional Court*, in

Ebbene, entrambi questi tipi di controllo³⁸ mostrano come il *BVerfG* si erga a presidio «non tanto e non solo del principio democratico, ma più nello specifico della democrazia rappresentativa e del suo corretto funzionamento, [...] che nasce e si sviluppa all'interno dello Stato-nazione»³⁹, utilizzando l'efficace strumento della *responsabilità per l'integrazione* degli organi costituzionali tedeschi, che si sostanzia nell'obbligo di protezione dell'identità nazionale (e, in special modo, del principio democratico), non rendendo esecutivi gli atti eurounitari dichiarati *ultra vires*, perché questi ultimi non godrebbero della copertura del principio del primato.

Verfassungsblog.de, 18 febbraio 2016; POLI, *Mir gehört die letztentscheidungskompetenzen/ L'ennesimo dialogo-scontro tra Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista Aic*, n. 3/2016; ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Osservatorio Aic*, n. 2/2017, spec. 11 e ss.

³⁷ 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016, avente ad oggetto la compatibilità con il diritto eurounitario del programma *Outright Monetary Transactions* (OMT) della BCE. Se la Corte di Giustizia "salva" il programma e, al contempo, "tende una mano" al *BVerfG*, cercando di favorire il "dialogo", *Karlsruhe* risponde con una sentenza mista di inammissibilità e rigetto dei ricorsi individuali e del conflitto fra poteri, ma abbandona l'atteggiamento «euro-amichevole» che aveva caratterizzato i suoi rapporti con la Corte di Lussemburgo nel caso *Mangold*, configurando un vero e proprio "diritto individuale alla democrazia" dal combinato disposto degli artt. 1 (dignità), 23 (il c.d. *Europa-artikel*), 79, III c. (la c.d. clausola di eternità), 20 (diritto di voto) del *Grundgesetz*, e minacciando di azionare il controllo *ultra vires*, nel caso in cui la partecipazione della *Bundesbank* all'attuazione del programma di integrazione (OMT) avvenga senza tenere conto delle condizioni poste dal *BVerfG*, in assenza delle quali gli atti posti in essere si configurerebbero come *ultra vires sufficientemente qualificati*. Per un commento della decisione cfr. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti Comparati*, n. 1/2016, 1 e ss. Per un'interessante analisi delle opinioni dissenzienti dei giudici di Lussemburgo nella disamina del rinvio pregiudiziale da parte del *BVerfG*, cfr., in particolare, DENNINGER, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, in *Dir. Pubbl. Comp. e Eur.*, n. 1/2016, 216 e ss.; G. BECK, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and legal reasoning during the Euro Crisis: the Rule of Law as Fair-Weather Phenomenon*, in *European Public Law*, n. 20/2014, 539 e ss.; ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti"*, cit., 13 e ss.

³⁸ ...pur con le loro innegabili differenze, ulteriormente ribadite e chiarificate dal *BVerfG* nel citato caso *OMT II* del 2016, per cui si può affermare che, anche se entrambi questi tipi di giudizio sono volti a garantire il rispetto dell'art. 79 *GG*, per vigilare sui modi in cui l'Unione europea esercita i suoi poteri, il controllo *ultra vires* si concreta in un controllo procedurale, tecnico; mentre il controllo d'identità è di tipo materiale. Per un'approfondita disamina sul punto, cfr., di recente, SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, cit., 57 e ss.

³⁹ SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa*, cit., 29.

A ben vedere, sembra che tale tipo di controllo possa configurarsi come un utile strumento per evitare derive populistiche e antieuropeistiche, senza per questo rinunciare alla “difesa” dell’identità costituzionale. Infatti, se è vero che la democrazia rappresentativa può definirsi come composta da «un misto di sovranità popolare e di limitazioni costituzionali» e che i movimenti e i partiti populistici spesso sostengono di intervenire per riequilibrare tale rapporto, assumendo che le regole procedurali impediscono l’implementazione delle aspettative popolari⁴⁰, allora non può che apprezzarsi questo tipo di controllo posto in essere dal *BVerfG*, nella misura in cui tende a mantenere tale equilibrio, coinvolgendo anche gli organi rappresentativi, a cui viene imputata la responsabilità per l’integrazione. Così agendo, il *BVerfG* non resta isolato nel circuito delle garanzie, ma rimette in circolo il controllo del principio democratico e la “difesa” dell’identità costituzionale *tout court*, solo dopo aver “tarato” la bilancia, per evitare che il riequilibrio sia effettuato direttamente dagli organi politici, paventando forse derive populiste e antieuropeiste da parte di questi ultimi. Si può riconoscere che l’atteggiamento del *BVerfG* non sempre sia stato *Europarechtsfreundlich*, ma ciò non significa che sia definibile “antieuropeo”, almeno nell’accezione negativa di questo termine che chi scrive ha cercato qui di delineare. Semmai si potrebbe discutere di come l’identità costituzionale (e, conseguentemente, i controlimiti) sia costruita, ovvero se l’approccio del *BVerfG* sia *davvero* collaborativo rispetto alle istituzioni eurolunitarie (al di là dei ripetuti richiami effettuati al principio di cooperazione), oppure sostanzialmente stato-centrico.

Uno scenario diverso offre, com’è noto, la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Per analizzare (brevemente) il rapporto tra identità costituzionale e controlimiti nel nostro ordinamento, sembra utile (oltre che ricordare appena un punto della sent. n. 73/2001)⁴¹ soffermarsi su un passaggio della notissima ordinanza *Taricco*, la n. 24/2017⁴², in cui, sebbene

⁴⁰ Cfr. TAGUIEFF, *L’illusione populista*, cit., 86 e ss.

⁴¹ ...in cui si legge: «L’orientamento di apertura dell’ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali [e delle norme comunitarie] incontra i limiti necessari a *garantirne l’identità* e quindi, innanzitutto, *i limiti derivanti dalla Costituzione*» (sent. n. 73/2001, punto 3.1, *Cons. in dir.*).

⁴² Su cui, fra moltissimi, cfr. adesso i contributi raccolti in BERNARDI - CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017. Cfr., inoltre: FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017; MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell’Unione europea privo di efficacia diretta*

la Consulta avochi a sé, decisamente, la competenza a descrivere e “difendere” l’*identità costituzionale* nazionale, non lo fa in modo rigido e auto-referenziale – atteggiamento che sembra, invece, caratterizzare il *BVerfG* – bensì cercando di inserire l’*identità costituzionale* italiana nel più ampio spettro dell’*identità europea* e di interpretare in modo “sistematico” i valori e i principi della nostra Carta costituzionale, «in armonia» con quelli dell’ordinamento europeo, e in particolare con la Carta di Nizza-Strasburgo⁴³. Insomma, lungi dal sostituirsi alla Corte di Giustizia

nel giudizio di legittimità costituzionale, in *Federalismi.it*, 2017, spec. par. 3; NADILE, *La Corte Costituzionale sceglie il rinvio pregiudiziale sul “caso Taricco”*, in *Quest. giust.*, 1 febbraio 2017; BIN, *Corte costituzionale. Sul caso Taricco sfida la Corte di giustizia europea*, in *laCostituzione.info*, 26 gennaio 2017; AMALFITANO, *La vicenda Taricco e il (possibile) riconoscimento dell’identità nazionale quale conferma del primato del diritto dell’Unione Europea*, in *Eurojus.it*, 22 maggio 2017. Cfr., ancora, i contributi raccolti in PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017.

⁴³ Afferma, infatti, la Corte costituzionale: «Questa Corte tiene a sottolineare che l’interpretazione appena delineata, se da un lato serve a preservare l’identità costituzionale della Repubblica italiana, dall’altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell’Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità. [...] [La qualificazione della prescrizione come avente natura sostanziale], nel caso di specie, costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall’art. 49 della Carta di Nizza e dall’art. 7 della CEDU. Esso, perciò, deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 53 della Carta [...]. Inoltre questa Corte osserva che la sentenza resa in causa Taricco ha escluso l’incompatibilità della regola lì affermata rispetto all’art. 49 della Carta di Nizza con riguardo al solo divieto di retroattività, mentre non ha esaminato l’altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata. È questa un’esigenza comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, presente anche nel sistema di tutela della CEDU, e come tale incarna un principio generale del diritto dell’Unione [...]. Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che l’attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire. Il largo consenso diffuso tra gli Stati membri su tale principio cardine della divisione dei poteri induce a ritenere che l’art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata, ai sensi dell’art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta. Tuttavia, l’art. 325 del TFUE, pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. In questo modo però si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea

nell'interpretazione del diritto eurounitario, la Corte Costituzionale sembra invitare i Giudici di Lussemburgo ad operare un'*integrazione bidirezionale delle tutele*, utilizzando le *tradizioni costituzionali* (in questo caso evidentemente intese anche come "parte" dell'identità costituzionale italiana) come elementi per implementare i principi già presenti nell'ordinamento eurounitario, ampliandone la portata e intensificando, così, la relativa tutela⁴⁴.

potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato. Questa conclusione eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e *non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza. Se si ritiene che l'art. 325 del TFUE ha un simile significato resta allora da verificarne la coerenza con l'art. 49 della Carta di Nizza, [...] sotto il profilo della carente determinatezza della norma europea, quando interferisce con i diritti degli imputati in un processo penale*» (ord. n. 24/2017, punti 8-9, c.vo aggiunto).

⁴⁴ Come notano, di recente, anche FABBRINI - POLLICINO, *Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfilment of the Constitution*, in *EUI Working Paper LAW*, n. 06/2017, spec. 23. Nel rimarcare il ruolo che gli organi di garanzia (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale) hanno nella definizione dell'identità nazionale, gli Autori notano come «the study of the words and deeds of the two highest constitutional authorities of the Italian State reveals the absence of a constitutional identity mentality in Italy. On the one hand the Italian Presidents of the Republic – and particularly Ciampi, Napolitano and Mattarella – have consistently affirmed the axiological overlap between the process of democratization in Italy and the project of European unification, based on the understanding that both the Italian Constitution and the EU treaties are the product of the resistance movement against Nazi-Fascism. On the other hand, the Italian CC, despite theoretically recognizing potential limits to the primacy of EU law in Italy, has never drawn red-lines against the EU: on the contrary, the CC developed, especially in the last 10 years, a cooperative dialogue with the ECJ aimed at valorising the elements of contact, more than those of conflict, between national constitutional law and EU law»; e sottolineano, infine, che «the Italian constitutional vocabulary is inspired by the language of common constitutional tradition – not by that of individual constitutional identity. In the case of Italy, a founder of the EU, the process of European integration represents the most perfect fulfilment of the Constitution». Non bisogna, però, dimenticare che, nell'ordinanza *Taricco*, la Corte costituzionale è molto ferma nella sua interpretazione e nell'eventuale futura applicazione dei controllimiti; essa, infatti, si spinge fino a chiedere alla Corte di Giustizia di reinterpretare l'art. 325 TFUE, rivedendo, sostanzialmente, una propria decisione per mutare giurisprudenza. Ad ogni modo, com'è stato sostenuto in dottrina, «la tecnica di formulare il rinvio pregiudiziale come una richiesta di conferma di una autonoma e articolata interpretazione del diritto europeo presentata, con determinazione e con finezza argomentativa, come una proposta di soluzione "forte" dei possibili contrasti della normativa europea con i "controllimiti" sembra essere una via efficace per scalfire la rigidità dell'atteggiamento della Corte di Giustizia nei confronti degli Stati membri, perché offre una piattaforma per raggiungere adeguati bilanciamenti delle rispettive esigenze e ricorda a questa Corte che anch'essa è vincolata al principio di collaborazione e non soltanto le istituzioni

Un ulteriore punto particolarmente interessante dell'ordinanza *Taricco* – a cui si può dedicare qui solo un brevissimo cenno – è l'emergere di un contenuto pregnante dell'identità costituzionale italiana, rinvenibile (nel principio di separazione dei poteri, ma soprattutto) nel *ruolo della magistratura*, per cui la Corte costituzionale, in quanto “giudice dei controlimiti”, si erge a difensore del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale⁴⁵, accentuando il legame tra art. 1 e art. 101, II co., della Costituzione e coinvolgendo così la magistratura nella concretizzazione dei principi costituzionali, che definiscono l'identità costituzionale nazionale. Ciò che qui preme evidenziare, in contrapposizione a quanto sembra caratterizzare la giurisprudenza del *BVerfG*, è che il *principio democratico* è immediatamente collegato alla funzione giurisdizionale, più che declinato nei termini della democrazia rappresentativa. Per cui sembrerebbe che, secondo la Corte costituzionale italiana, la difesa dell'identità costituzionale passi innanzitutto attraverso la garanzia della corretta concretizzazione dei principi supremi dell'ordinamento, posta in essere (soprattutto) dalla

degli Stati membri. Così inteso, e proprio perché formulato come un invito – sia pure molto risoluto, ma non minaccioso – a tale dovere di collaborazione reciproca il rinvio non può dirsi *tout court* un ultimatum, ma l'apertura di un confronto tra pari. [...] Così impostata, l'emersione progressiva dei “controlimiti”, pur coeva alla grave crisi del processo di integrazione, può non tradursi necessariamente in uno strumento di disgregazione dell'Unione, ma, al contrario, può costituire uno strumento utile a bilanciare ragionevolmente le ragioni dell'integrazione e le esigenze identitarie degli Stati crisi e dunque a mitigare la diffidenza e il malcontento diffusi a torto o a ragione verso l'Unione e insieme il pessimismo di chi teme, o auspica, l'inarrestabile tramonto della costruzione europea»: così, ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui “controlimiti”*, cit., 23.

⁴⁵ In particolare, la Corte costituzionale afferma: «[...] è necessario interrogarsi, sia sul rispetto della riserva di legge, sia sul grado di determinatezza assunto dall'ordinamento penale in base all'art. 325 del TFUE, con riguardo al potere del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale. [...] Nell'ordinamento italiano, come anche nell'ordinamento europeo, l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento» (ord. n. 24/2017, punto 5, c.vo aggiunto).

magistratura, piuttosto che attraverso il canale della decisione politica, che assicuri il corretto esercizio degli strumenti propri della democrazia rappresentativa, come avviene in Germania⁴⁶.

L'intento "dialogico" che si ravvisa nell'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale non sembra trovare, però, corrispondenza nelle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Y. Bot, presentate il 18 luglio 2017⁴⁷. Ciò che qui

⁴⁶ Dal peculiare ruolo assunto dalla magistratura nella difesa dell'identità costituzionale nazionale si potrebbero trarre molte implicazioni, che non possono, tuttavia, essere qui compiutamente sviluppate. In questa prospettiva, è interessante quanto si legge in un passo del *Parere* reso dal Consiglio di Stato, il 23 marzo 2017, in risposta al quesito posto dal Ministro della giustizia, in ordine a uno specifico profilo attuativo della legge n. 27/ 2016 (*"Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace"*), che, in particolare, chiedeva: «a) Se, in sede di attuazione dei criteri di delega in materia di disciplina transitoria, si possano predisporre misure di stabilizzazione con attribuzione dello statuto del pubblico impiegato, quanto meno relativamente ai magistrati onorari i quali, alla scadenza dei quattro quadrienni previsti dal citato comma 17 dell'articolo 2 della Legge, raggiungeranno un'età *"effettivamente incompatibile con un nuovo inserimento nel mercato del lavoro"*; b) se siffatte misure siano, per un verso, compatibili con le finalità e la *ratio* della Legge e, per l'altro, se e in quali limiti siano conciliabili con il complessivo assetto dell'ordinamento interno, delineato, in primo luogo, dai principi costituzionali dell'onorarietà della magistratura non professionale e dell'accesso alla magistratura ordinaria e, più in generale, ai pubblici uffici per concorso, a norma degli articoli 106, primo comma, e 97, ultimo comma, della Costituzione». Al quesito *sub b)* il Consiglio di Stato risponde riprendendo la teoria dei controlimiti, così come stabilita dalla Corte costituzionale, e qualifica l'art. 106 Cost. come principio supremo dell'ordinamento. Infatti, a p. 22 del *Parere* cit. si legge: «In ogni caso, va sottolineato che, per quanto il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione sia un dato da tempo acquisito ai sensi dell'articolo 11 della Costituzione, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. L'ordine giudiziario, nella sua struttura costituzionale, deve essere caratterizzato dalla professionalità, in funzione della competenza tecnica e della imparzialità dell'intervento del giudice. Non vi è dubbio che l'articolo 106 della Costituzione esprima un principio supremo dell'ordinamento. Qualora l'applicazione del diritto dell'Unione europea comportasse l'ingresso – per la verità *"sommamente improbabile"* – nell'ordinamento giuridico di una regola contraria, ne conseguirebbe l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, nella parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi (così la Corte costituzionale nelle sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973; da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017)».

⁴⁷ Cfr., in questo senso, i commenti di: BASSINI - POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven "Deadly" Sins and a Modest Proposal*, in www.verfassungsblog.de, 2 agosto 2017; CAPOTORTI, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa c.d. Taricco bis stentano a trovare un'auspicabile soluzione di compromesso: verso un conflitto tra le corti?*, in Eurojus.it, 8 agosto 2017; DANIELE, *Il seguito del caso Taricco: l'Avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti*, in *European Papers*, 7

più preme evidenziare (seppure brevemente) è la parte delle suddette conclusioni relativa al rispetto dell'identità nazionale, *ex art. 4.2. TUE*. Nell'escludere l'applicabilità dell'*identity clause* nel caso di specie, l'A.G. utilizza un'interpretazione letteralistica dei principi fondamentali contenuti nella Costituzione italiana (limitando l'analisi ai primi dodici articoli della Carta costituzionale)⁴⁸, per poi ammettere che i principi supremi possono essere individuati anche dalla Corte costituzionale, sebbene non *tutti* i diritti fondamentali possano considerarsi – intesi in un'accezione integrale e completa – parte dell'identità costituzionale di uno Stato membro⁴⁹. L'A.G. ritorce contro la Corte costituzionale un suo stesso argomento, utilizzato nella nota sent. n. 18/1982, che rappresenta la prima applicazione dei controlimiti (avverso il diritto concordatario)⁵⁰, che, al punto 4 del *cons. in dir.*, statuiva: «D'altro canto, il diritto alla tutela giurisdizionale si colloca al dichiarato livello di principio supremo *solo nel suo nucleo più ristretto ed essenziale* [...]; ma tale qualifica non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze storicamente si atteggia, pur se taluni di questi istituti siano garantiti da precetti costituzionali» (c.vo aggiunto). Pertanto, a detta dell'A.G., solo il

settembre 2017; RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *Dir. pen. contemp.*, 2 ottobre 2017; e CUPELLI, *Le conclusioni dell'avvocato generale sul caso Taricco: aspettando la corte di giustizia...il dialogo (non) continua*, *ivi*, 3 ottobre 2017. Questi ultimi due Autori, in particolare, confrontano la rigidità delle conclusioni dell'A.G. Y. Bot, nel prendere in considerazione l'identità costituzionale dello Stato, escludendo la possibilità del ricorso all'art. 4.2 come “deroga” ammessa al principio del primato del diritto dell'Unione, rispetto alla sensibilità verso il medesimo parametro manifestata dall'A.G. M. Bobek, nelle sue *Conclusioni* (presentate il 13 luglio 2017) sul caso *Scialdone* (causa C-574/15).

⁴⁸ Cfr. par. 181 *Conclusioni* dell'A.G. Bot sul caso c.d. *Taricco-bis* (Causa C-42/17, *M.A.S., M.B.*), in cui si legge: «Rilevo che, nella Costituzione italiana, i principi qualificati come «fondamentali» sono elencati agli articoli da 1 a 12 della stessa, e il principio di legalità dei reati e delle pene ne è quindi, a priori, escluso».

⁴⁹ Cfr. par. 179 *Conclusioni* dell'A.G. Bot, cit.: «Infatti, non si deve confondere quanto rientra in una concezione esigente della tutela di un diritto fondamentale con una lesione dell'identità nazionale o, più precisamente, dell'identità costituzionale di uno Stato membro. Nel caso di specie viene certamente in rilievo un diritto fondamentale protetto dalla Costituzione italiana la cui importanza non può essere sottovalutata, ma questo non significa, di per sé, che debba essere presa in considerazione l'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE».

⁵⁰ Per un'analisi della sent. n. 18/1982, con riguardo all'applicazione dei controlimiti, cfr., in particolare: CARTABIA, *Principi fondamentali e integrazione europea*, Milano, 1995, 160 e s.; FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 82 e ss.; RISOLI, *Oltre il confine stabilito. Teoria e funzionamento dei “controlimiti”*, in *Statoeurope.it*, n. 31/2017.

“nucleo essenziale” dei diritti fondamentali sarebbe ricompreso nei controlimiti e tale nucleo essenziale non sarebbe stato, nel caso di specie, scalfito dalla sentenza della Corte di giustizia⁵¹.

Esula dall'intento del presente lavoro un confronto tra la sent. n. 18/1982 e l'ord. n. 24/2017. Tuttavia, visto che nella prima si è giunti all'applicazione dei controlimiti, sembra utile evidenziare un'assonanza tra le due decisioni, non tanto circa la possibilità che sia lesa o meno il nucleo essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale, quanto piuttosto rispetto ad un altro elemento che sembra, a chi scrive, ancora più rilevante (e che potrebbe mostrare la parzialità dell'analisi della giurisprudenza costituzionale italiana effettuata in questo caso dall'A.G. Bot). Infatti, proprio come si è cercato di evidenziare *supra* per l'ordinanza *Taricco*, anche nella sent. n. 18/1982 sembra che alla Corte non interessi soltanto garantire il diritto (fondamentale) alla tutela giurisdizionale, quanto piuttosto *riaffermare il corretto esercizio della funzione giudiziaria, che consente la piena tutela giurisdizionale*, e che la norma concordataria evidentemente distorceva, anzi – utilizzando le incisive parole della Corte – «*mutilava e vanificava*»⁵². In altri termini, sembra che la Corte abbia voluto garantire la

⁵¹ Cfr. *Conclusioni* dell'A.G. Bot, cit., parr. 183 e ss.

⁵² Cfr., in particolare, sent. n. 18/1982, punto 5 del *cons. in dir.*: «Le norme denunciate [...dai giudici a quibus...] incidono profondamente e radicalmente sui poteri che in via generale sono attribuiti al giudice, in correlazione con i prescritti accertamenti, allorché sia chiamato a dichiarare l'efficacia nell'ordinamento dello Stato italiano di sentenze emesse in ordinamenti a questo estranei. Ed invero, nello speciale procedimento da esse disciplinato, *la mutilazione e la vanificazione dei cennati poteri del giudice italiano*, la preclusione di qualsiasi sindacato che esorbiti dall'accertamento della propria competenza e dalla semplice constatazione che la sentenza di nullità sia anche accompagnata dal decreto del tribunale della Segnatura apostolica e sia stata pronunciata nei confronti di matrimonio canonico trascritto agli effetti civili, *degradano la funzione del procedimento stesso ad un controllo meramente formale*. Così strutturato, nella sua concreta applicazione lo speciale procedimento di delibazione elude due fondamentali esigenze, che il giudice italiano nell'ordinario giudizio di delibazione è tenuto a soddisfare, prima di dischiudere [l']ingresso nel nostro ordinamento a sentenze emanate da organi giurisdizionali ad esso estranei: l'effettivo controllo che nel procedimento, dal quale è scaturita la sentenza, siano stati rispettati gli elementi essenziali del diritto di agire e resistere a difesa dei propri diritti, e la tutela dell'ordine pubblico italiano onde impedire l'attuazione nel nostro ordinamento delle disposizioni contenute nella sentenza medesima, che siano ad esso contrarie. [...]. Il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti – strettamente connesso ed in parte coincidente con il diritto alla tutela giurisdizionale [...] – trova la sua base soprattutto nell'art. 24 della Costituzione. La inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma secondo dell'art. 1, e ribadita nel comma

tutela giurisdizionale *per il tramite del controllo della sentenza di nullità del matrimonio canonico da parte della Corte d'Appello*, all'atto di rendere esecutiva la sentenza ecclesiastica, assicurandosi che non fosse contraria tanto al diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, quanto all'*ordine pubblico interno*. Dunque, nella sent. n. 18/1982, la Corte costituzionale non sembra avere riguardo alla sola violazione di un diritto fondamentale (nel suo *nucleo essenziale*), ma sarebbe volta anche (e soprattutto) a garantire il più generale rispetto *del ruolo del giudice, nell'esercizio della propria funzione*.

Così stando le cose, sia nella sent. n. 18/1982 che nell'ord. n. 24/2017, l'elemento davvero caratterizzante l'*identità costituzionale* sarebbe la *distorsione* del ruolo del giudice da parte delle norme esterne: nel primo caso, il diritto concordatario riduceva eccessivamente la discrezionalità del giudice, fino a "trasformarlo" nel mero esecutore di un comando esterno; nel secondo caso, di converso, la sentenza della Corte di giustizia conferisce al giudice interno una discrezionalità così ampia – in una materia "coperta" dal principio di legalità penale – da debordare in arbitrio, giungendo parimenti a distorcerne il ruolo all'interno dell'ordinamento costituzionale nazionale.

Naturalmente, visto che le conclusioni dell'A.G. non vincolano la Corte di giustizia, per sapere se i Giudici di Lussemburgo accoglieranno o meno l'invito al dialogo che proviene – pur con dei "punti fermi" – dalla Corte costituzionale italiana, si dovrà necessariamente attendere la loro risposta.

Un breve cenno merita, adesso, la singolare ricostruzione dell'identità costituzionale effettuata di recente dalla Corte costituzionale ungherese, nella decisione n. 22/2016⁵³. Infatti, la Corte ungherese ricalca espressamente la giurisprudenza del *BVerfG* in tema di controlimiti, ma affronta il nodo della questione forse in modo troppo *tranchant*, affermando la coincidenza delle locuzioni «identità nazionale» (*ex art. 4.2 TUE*) e

primo dell'art. 7 della Costituzione. Entrambi questi principi vanno ascritti nel novero dei "principi supremi dell'ordinamento costituzionale", e pertanto ad essi non possono opporre resistenza le denunciate norme, pur assistite dalla menzionata copertura costituzionale, nella parte in cui si pongono in contrasto con i principi medesimi: nella parte, cioè, in cui non dispongono che il giudice italiano, nello speciale procedimento da esse disciplinato, sia tenuto a quegli accertamenti, e sia all'uopo munito dei relativi poteri, volti ad assicurare il rispetto delle fondamentali esigenze dianzi indicate» (c.vi aggiunti).

⁵³ Corte Cost. ungherese, Decision no. 22/2016 (XII.5.) AB of 30 November 2016. Per un commento, cfr., in particolare: KELEMEN, *The Hungarian Constitutional Court enters the dialogue on national constitutional identity*, in *Diritti comparati*, 30 marzo 2017; e DRINÓCZI, *The Hungarian Constitutional Court on the Limits of EU Law in the Hungarian Legal System*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 29, 2016.

«*constitutional self-identity*», avocando a sé la competenza esclusiva di riconoscerla e garantirla (perché essa preesisterebbe alla stessa Costituzione), caso per caso e in base a *tutta* la Costituzione, ed elencando (in una lista aperta) alcuni principi supremi in essa rientranti⁵⁴.

In relazione a questa complessa e interessante decisione⁵⁵ – forse troppo duramente accusata di eccessiva astrattezza – sembra utile sottolineare, in particolare, un possibile sviluppo virtuoso, che consisterebbe nell'utilizzare l'identità costituzionale (qui chiaramente intesa come controlimita al diritto dell'Unione) proprio come “arma” che consenta al giudice costituzionale di tracciare un sentiero di tutela dei diritti all'interno delle strette imposte dal regime illiberale (con tratti populistici e antieuropeistici) di Orbàn⁵⁶. Infatti, com'è noto, dopo l'approvazione del IV emendamento alla Costituzione (25 marzo 2013), la Corte costituzionale ungherese ha visto restringersi in modo

⁵⁴ Cfr. Corte cost. ungherese, Decision no. 22/2016, parr. 64 e ss.: «*The Constitutional Court of Hungary interprets the concept of constitutional identity as Hungary's self-identity and it unfolds the content of this concept from case to case, on the basis of the whole Fundamental Law and certain provisions thereof, in accordance with the National Avowal and the achievements of our historical constitution – as required by Article R) (3) of the Fundamental Law. [65] The constitutional self-identity of Hungary is not a list of static and closed values, nevertheless many of its important components – identical with the constitutional values generally accepted today – can be highlighted as examples: freedoms, the division of powers, republic as the form of government, respect of autonomies under public law, the freedom of religion, exercising lawful authority, parliamentarism, the equality of rights, acknowledging judicial power, the protection of the nationalities living with us. These are, among others, the achievements of our historical constitution, the Fundamental Law and thus the whole Hungarian legal system are based upon. [66] The protection of constitutional self-identity may be raised in the cases having an influence on the living conditions of the individuals, in particular their privacy protected by fundamental rights, on their personal and social security, and on their decision-making responsibility, and when Hungary's linguistic, historical and cultural traditions are affected. [67] The Constitutional Court establishes that the constitutional self-identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law – it is merely acknowledged by the Fundamental Law. Consequently, constitutional identity cannot be waived by way of an international treaty – Hungary can only be deprived of its constitutional identity through the final termination of its sovereignty, its independent statehood. Therefore the protection of constitutional identity shall remain the duty of the Constitutional Court as long as Hungary is a sovereign State. Accordingly, sovereignty and constitutional identity have several common points, thus their control should be performed with due regard to each other in specific cases» (c.vi aggiunti).*

⁵⁵ Per la cui attenta disamina si rinvia, in particolare, a KELEMEN, *The Hungarian Constitutional Court and the concept of national identity*, in questa Rivista.

⁵⁶ Cfr., in particolare, VECCHIO, *Il populismo ungherese tra economia e costituzione*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Special Issue (2015), 133 e ss.

esponenziale le proprie prerogative sul controllo di costituzionalità⁵⁷, in specie per due ragioni: 1) la possibilità di effettuare solo un controllo processuale e non di merito sui nuovi emendamenti alla Costituzione; 2) la caducazione espressa di tutte le sentenze della Corte costituzionale precedenti all'adozione della nuova Legge Fondamentale, con la conseguente impossibilità per la stessa Corte di fare riferimento alla propria giurisprudenza, anche in materia di diritti fondamentali.

Invero – proprio seguendo il ragionamento iniziato nella decisione n. 22/2016 – la Corte ungherese potrebbe azionare il controlimito (meta-giuridico) dell'identità costituzionale non solo *ab extra*, ma soprattutto *ab intra*, avverso gli emendamenti incostituzionali, ricostruendo il nucleo duro e la propria giurisprudenza in tema di diritti fondamentali, in sostanziale elusione di quanto previsto dal IV emendamento, laddove riconosce che *la Costituzione e l'intero ordinamento giuridico ungherese* si fondano sui principi supremi⁵⁸, che formano l'identità costituzionale nazionale. Ma questa possibile evoluzione sarà rimessa al prudente apprezzamento della Corte ungherese e alla valutazione dei delicati equilibri politico-istituzionali che sussistono, in quel Paese, tra organi di indirizzo politico e organi di garanzia.

Questa decisione⁵⁹ richiama, come si diceva, il punto centrale dei rapporti interordinamentali in tema di identità costituzionale, ovvero i rapporti tra CGUE e Corti costituzionali nazionali, in relazione all'art. 4.2 TUE.

⁵⁷ Per un commento al IV emendamento cfr. DE SIMONE, *Ungheria: note sul quarto e quinto emendamento alla Legge Fondamentale*, in *Forum di Quad. cost.*, 14 gennaio 2014. Per un'analisi dettagliata della Costituzione ungherese, cfr., invece – fra gli altri – VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013.

⁵⁸ Cfr. par. 65 decisione n. 22/2016 cit.

⁵⁹ Insieme, ovviamente, ad altre sempre provenienti dalle Corti costituzionali dei Paesi dell'Est (specie Repubblica Ceca e Polonia), a cui non può qui dedicarsi neppure un cenno: cfr., *ex multis*: RIDEAU, *The case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on national identity and the "German model"*, sempre in SAIZ ARNAIZ e ALCOBERRO LLIVINA (a cura di), *National constitutional identity and European integration*, Cambridge, 2013, 243 e ss.; SALVINO, *La teoria dei controlimiti a Brno: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale ceca che dichiara "ultra vires" una decisione della Corte di Giustizia*, in *Diritti Comparati*, 6 marzo 2012; POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis à vis il processo di integrazione europea*, in *Diritti Comparati*, 15 novembre 2012; SALVINO, *L'ultravireskontrolle visto dall'est: l'attuazione "degenerativa" della dottrina tedesca*, in *Diritti Comparati*, 13 dicembre 2012; VECCHIO, *Oltre il Lissabon Urteil: la saga delle "pensioni slovacche" e l'applicazione dell'ultra vires review secondo il giudice costituzionale ceco*, in *Riv. della cooperazione giuridica internazionale*, n. 43/2013, 74 e ss. Cfr., inoltre, il noto caso *Dansk Industri/Ajos*, di "disallineamento" della Corte suprema della Danimarca rispetto a quanto

Molto è stato detto in dottrina, com'è noto, sul possibile significato di questa disposizione, che dovrebbe, da ultimo, essere in grado di *relativizzare* il principio del primato del diritto eurounitario su quello interno⁶⁰.

Tuttavia, a parere di chi scrive, per tentare una composizione dei conflitti interordinamentali, prima di ogni altra considerazione, si dovrebbe cercare di comprendere se la nozione espressa dall'art. 4.2 TUE, «identità nazionale», coincida (o meno) esattamente con «identità costituzionale», come sembra ammettere (tra le altre) la Corte costituzionale ungherese, e se davvero si possa affermare, come fa una parte della dottrina costituzionalistica, che la

statuito dalla Corte di Giustizia. Per un commento a questo caso, cfr. RASK MADSEN-PALMER OLSEN-SADL, *Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation*, in *iCourts Working Paper Series*, n. 85/2017; GLAUCO, "Clash of Titans" 2.0. *From Conflicting EU General Principles to Conflicting Jurisdictional Authorities: The Court of Justice and the Danish Supreme Court in the Dansk Industri Case*, in *European Papers*, 26 marzo 2017; KLINGE, *Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold principle*, in *eulawanalysis.blogspot.com*. Cfr., inoltre, DE MICHELE, *Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di uguaglianza e non discriminazione: attraverso la Carta di Nizza la Corte di giustizia riafferma la primazia del diritto dell'Unione e la stabilità del sistema giurisdizionale europeo*, in *europenrights.eu*, 10 maggio 2016; PICCONE, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, n. 127/2016, spec. 20 e ss.

⁶⁰ La si è considerata, alternativamente, come: un'«europeizzazione» dei controlimiti [RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni. Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa"*, Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 2006, 836 e ss.], coincidente con il nucleo duro costituzionale e con i limiti alla revisione costituzionale [cfr. ARNOLD, *L'identità costituzionale: un concetto conflittuale*, in DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014, 149 e ss.]; una «riserva di competenze statali» [cfr., in particolare, GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionale nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e «controlimiti europeizzati»*, in *Quad. cost.*, n. 3/2011, 152 e ss.; e ID., *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013]; una «garanzia del contenuto essenziale [...] della sovranità dello Stato membro e dell'appartenenza dei cittadini al popolo dello Stato medesimo» [tale tesi, di A. Bleckmann, è sintetizzata e criticata da DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Torino, 2008, 36 e ss.]; avente un contenuto essenzialmente *politico* e non giuridico; strettamente connessa al *principio di leale cooperazione*; strumento prettamente dialogico, «volto a consentire alla Corte di giustizia di prevenire l'emersione dei conflitti [tra diritto dell'Unione e principi costituzionali supremi]» [STARITA, *L'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto e Quest. Pubbl.*, n. 15/2015, spec. 253].

clausola identitaria si risolva effettivamente in una piena «europeizzazione dei controlimiti»; oppure se, al contrario, come ha sottolineato un'altra parte della dottrina – poiché l'articolo ora citato discorre dell'identità nazionale di ciascuno Stato membro, «insita nella [...sua] struttura fondamentale, politica e costituzionale», compreso il sistema delle autonomie locali e regionali e alle funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale – esso vada riferito solo ai principi di organizzazione dello Stato, nei suoi vari livelli e competenze⁶¹.

Solo nel primo caso (di piena “europeizzazione dei controlimiti”) si potrebbe affermare che il rispetto dell'identità nazionale, *ex art.* 4.2 TUE, copra *per intero* i controlimiti, coincidendo con l'identità costituzionale “difesa” dalle Corti costituzionali nazionali⁶². Se si segue, invece, la seconda opinione, non tutte le ponderazioni fondamentali interne rientrerebbero sotto la protezione dell'*identity clause*.

In altri termini, si potrebbe affermare che l'art. 4.2 TUE si riferisca solo a quella parte dell'identità costituzionale che, differenziando i vari Paesi membri tra loro, diventa un valore (appunto: la *diversità*) da preservare per la stessa Unione, e rappresenta, inoltre, quella porzione di sovranità nazionale che non ha subito limitazioni nel processo d'integrazione europea, ma che è destinata a ridursi progressivamente quanto più ci si avvierà (se e quando ciò avverrà) – per mezzo di una decisione prima *politica* e poi giuridica – verso la costituzione di un'Europa federale. Se, di converso, si

⁶¹ Così, L.S. ROSSI, *Come risolvere la “questione Taricco” ... senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE*, in *SIDIBlog*, 17 maggio 2017, spec. 2, che sottolinea, inoltre, come la Corte di giustizia non abbia «ancora elaborato una dottrina compiuta sull'art. 4, par. 2, TUE, ma ha pronunciato una decina di sentenze, in relazione a Stati membri che invocavano, in campi assai diversi fra loro, il rispetto di principi connessi alla loro identità nazionale. Nessuno di questi principi era però relativo al rispetto dei diritti fondamentali; anzi, in taluni casi il principio era invocato dagli Stati proprio per giustificare una deroga a tali diritti (v. ad esempio *Sayn e Bogendorff*)».

⁶² Anche se ciò non comporterebbe, *sic et simpliciter*, una conseguente relativizzazione del principio del primato. Sul punto, cfr. di recente le *Conclusioni* dell'A.G. Bot sul caso c.d. *Tricco-bis* (Causa C-42/17, *M.A.S., M.B.*), cit., spec. parr. 172 e ss., in cui si legge: «La posizione che propongo alla Corte di giustizia nella presente causa non porta a negare la necessità di tener conto dell'*identità nazionale degli Stati membri, di cui l'identità costituzionale fa certamente parte*. [...] La Corte di giustizia ha sempre dichiarato che il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto dell'Unione né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato, e ciò al fine di preservare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione. Secondo giurisprudenza costante, la validità di tali atti può essere quindi valutata solo in relazione al diritto dell'Unione» (c.vo aggiunto).

interpreta l'art. 4.2 TUE come una "clausola aperta", determinabile senza alcuna riserva dalle Corti costituzionali nazionali, se ne potrebbe paventare un uso simile ad un "cavallo di Troia", entro cui trincerarsi per conservare margini molto ampi di sovranità nazionale, che frammenterebbero eccessivamente l'ordinamento eurounitario, a detrimento del processo di integrazione *tout court*. Invece, l'*unità* a cui dovrebbe aspirare l'UE è proprio la convergenza sui valori fondativi (*ex art. 2 TUE*), che dovrebbero guidare la Corte di Giustizia, da un lato, e le Corti costituzionali nazionali, dall'altro, verso un progressivo ravvicinamento delle rispettive *ponderazioni fondamentali*, che non comprometterebbe la diversità interna esistente negli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Difficile, al momento, esprimersi in modo netto e definitivo sulle due prospettive su menzionate: limitando l'analisi ai casi post-Trattato di Lisbona⁶³, si può notare come la CGUE si riservi la discrezionalità di scegliere *se l'identità nazionale* (*ex art. 4.2 TUE*) rilevi o meno nel caso concreto e *in che misura* ciò avvenga, spesso evitando di prendere in esame il parametro che era stato espressamente indicato dalle Corti statali e decidendo secondo "altri" parametri che permettono, magari, di riportare la questione in un ambito tutto interno all'Unione. Non sembra, quindi, che la Corte di Giustizia riempia di contenuto la nozione di *identità ex art. 4.2 TUE*. Piuttosto avviene frequentemente che sia lo Stato stesso ad esprimersi in proposito (spesso mediante rinvio pregiudiziale da parte del giudice e/o della Corte costituzionale nazionale).

Tuttavia, il Giudice dell'Unione si riserva di valutarne la rilevanza nel caso concreto, interpretando il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri non «come un limite esterno (e pertanto "assoluto") al processo di integrazione, ma come un limite "relativo", ossia come un legittimo interesse dello Stato suscettibile di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela»⁶⁴.

Pertanto, il problema principale non sembra risiedere nell'individuazione dell'*organo* – nazionale o sovranazionale – che interpreti la nozione di identità costituzionale⁶⁵, ma nei *metodi di giudizio* che la CGUE adotta nelle decisioni in cui utilizza come parametro l'4.2 TUE.

⁶³ Cfr., in particolare, *Wardin e Sayn-Wittgestein* (22 dicembre 2010, causa C-208/09), *Runevic-Vardyn* (12 maggio 2011, causa C-391/09) e *Bogendorff* (2 giugno 2016, causa C-438/14).

⁶⁴ GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionale nel Trattato di Lisbona*, cit., 154.

⁶⁵ Sebbene, ad avviso di chi scrive, sembra che la Corte costituzionale nazionale detenga senz'altro una *better position* per porre in essere una simile operazione. Al contempo, tuttavia, essendo la *identity clause* contenuta in una disposizione del Trattato (art. 4.2 TUE), sarà con ogni probabilità la Corte di giustizia ad avere l'ultima parola, non sul *contenuto* dell'identità

Si potrebbero prospettare, in estrema sintesi, le seguenti ipotesi, in cui la CGUE potrà, alternativamente:

1) considerare/riconoscere l'identità costituzionale *non bilanciabile* con altri interessi e, dunque, *automaticamente prevalente sui valori/principi/diritti/obiettivi eurounitari antagonisti* (in deroga alla *primauté*);

2) *bilanciare l'identity clause*, nella rigida applicazione del principio di proporzionalità, fissando un livello di tutela dei diritti (o comunque di valori costituzionali rilevanti) che potrà essere diverso rispetto a quello stabilito dalla Corte costituzionale nazionale⁶⁶;

3) prevedere quella che potrebbe essere definita una *delega di bilanciamento*, per cui rimetterà la delicata composizione dell'equilibrio tra *primauté* e controlimiti alla Corte costituzionale nazionale (la quale, ex art. 4.3 TUE, dovrà agire nel rispetto del principio di leale cooperazione), accettando il risultato della ponderazione e applicandolo nel "solo" territorio nazionale interessato (si tratterebbe, cioè, di una *deroga territorialmente circoscritta* del principio del primato, operata *unilateralmente* dalla Corte nazionale e "tollerata" dalla Corte di Giustizia);

4) porre in essere un *bilanciamento ineguale*, in base al quale essa stessa opererà la ponderazione tra principio del primato e identità costituzionale, ma in questo caso dovrà dare un *peso maggiore* alla seconda, intendendola sempre come *limitation clause*, dotata di una capacità di incisione sul principio del primato maggiore rispetto alle altre clausole di limitazione previste nei Trattati o ricavate dalla stessa Corte di Giustizia. In questa eventualità, occorrerà valutare l'effettivo grado di compromissione del raggiungimento degli obiettivi previsti nei Trattati causato dalla mancata uniforme applicazione del diritto dell'Unione che la deroga al principio del primato comporterà nel caso concreto (in relazione al singolo Stato membro che apporrà l'*identity clause*).

Insomma, per non ridurre l'art. 4.2 TUE ad un mero parametro utilizzato *ad adiuvandum e in abundantiam*, vie praticabili potrebbero essere quella di

nazionale (valutazione che dovrebbe spettare, come appena detto, alla Corte costituzionale nazionale), bensì sul *peso* che essa avrà nel bilanciamento eurounitario e sulla idoneità a fungere da *limitation clause* nell'applicazione del test di proporzionalità.

⁶⁶ Sembra essere proprio questo il metodo finora utilizzato dalla CGUE. Sul principio di proporzionalità cfr., per tutti, le dense riflessioni di BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, New York, 2012. Cfr., inoltre, TESAURO, *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Incontro delle Corti costituzionali di Portogallo, Spagna e Italia, Roma, 24 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it; e SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017.

ripensare il bilanciamento della CGUE, assumendo che non possa essere improntato alla rigida applicazione del test di proporzionalità, ma debba invece assumere i tratti del *bilanciamento ineguale* o, addirittura, immaginare una *delega di bilanciamento* a beneficio del risultato della ponderazione fondamentale affermata a livello statuale, come si è cercato di mostrare *supra*⁶⁷.

Volendo sviluppare ulteriormente l'argomento della revisione del bilanciamento eurounitario in materia di *identity clause*, sempre a parere di chi scrive, sembra particolarmente evidente che la determinazione dell'identità costituzionale si sposti dal piano dell'enunciazione puntuale di singoli diritti e principi fondamentali contenuti nelle Carte costituzionali, alla enucleazione delle "ponderazioni fondamentali", ossia al risultato (concreto) del bilanciamento posto in essere dalle Corti costituzionali (e, prima, dal legislatore nazionale), che rappresenta l'unico punto di equilibrio che non si può perturbare, se non al caro prezzo di determinare una involuzione dell'identità costituzionale stessa.

Insomma, più in generale, si vorrebbe qui proporre di provare ad inquadrare i conflitti interordinamentali ragionando non direttamente sui singoli diritti e principi in gioco, ma sul *confronto tra due "ponderazioni fondamentali"*, quella *interna* e quella *eurounitaria*. L'equilibrio ricercato per mezzo del ragionevole bilanciamento non è statico, proprio come l'identità costituzionale, che è in continua trasformazione, ma si innesta pur sempre su un nucleo "storico-sociale" che non può essere ignorato, perché traccia il sentiero entro cui le successive modificazioni possono legittimamente configurarsi, senza provocarne un'involuzione.

Se si riflette sulla differenza strutturale dei bilanciamenti posti in essere dalle Corti costituzionali nazionali (solitamente "sistemici") e dalla Corte di giustizia (tendenzialmente "funzionalistici"), perché volti a realizzare gli obiettivi – ancora

⁶⁷ Una proposta avanzata in dottrina, per raggiungere un *standard* uniforme di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea (e, dunque, per ridurre progressivamente il ricorso all'*identity clause*, o per "spostare" la sede delle operazioni di bilanciamento proposte nel testo), consiste nel porre in essere una riforma istituzionale, che porti alla creazione di una Corte costituzionale europea. Cfr., in questo senso, CANNIZZARO, *Towards a uniform standard of protection of fundamental rights in Europe*, in *European Papers*, vol. 2/2017, spec. 6 e s., che scrive: «The construction of a value-based common heritage in Europe could be easier made by a different Court, detached from the EU daily judicial business and exclusively devoted to spell out and protect fundamental values in Europe»; sebbene, subito di seguito, l'Autore ammetta parimenti che «the Court of Justice has proved to possess, in the course of the time, a combination of judicial wisdom and political realism that could help identify the most appropriate way to realize this philosophical project. And, after all, the present time does not encourage one to indulge in an exercise of constitutional engineering».

prevalentemente, anche se non esclusivamente, economici – previsti nei Trattati), si comprende con più facilità come anche i medesimi interessi/diritti/principi bilanciati per mezzo dei test di proporzionalità/ragionevolezza dalle Corti nazionali e dalla CGUE potranno determinare “ponderazioni fondamentali” finali diverse e persino antitetiche tra loro.

Dunque, *rebus sic stantibus*, si può forse affermare che il vero punto in cui potrebbe innestarsi l’auspicabile *dialogo* tra le Corti si situi all’interno delle operazioni di bilanciamento, il cui equilibrio – ove possibile – andrà rivisto di volta in volta da entrambe le parti, per favorire un’*integrazione bidirezionale delle tutele* e una graduale evoluzione dei controlimiti e della stessa identità costituzionale in senso *dialogico* e *relazionale* (come si proverà a mostrare meglio *infra*, par. 5)⁶⁸.

4. “Controlimiti politici” e identità costituzionale

I controlimiti “giurisdizionali” sono, per ovvie ragioni, applicabili solo *ex post*, cioè solo dopo che si sia registrata la lesione dell’identità costituzionale nazionale o comunque una minaccia concreta di lesione della stessa, da parte di un atto eurounitario. Per tale ragione, una parte della dottrina ha proposto la rivalutazione di controlimiti che potrebbero definirsi “politici” o “non giurisdizionali”, perché ascrivibili alle pratiche della negoziazione politica,

⁶⁸ Seguendo questa argomentazione, allora, si comprende come possa risultare discutibile l’operazione ermeneutica (pur obiettivamente complessa) tentata dal rappresentante italiano nella causa *Taricco II* [CGUE, Grande sez., 29 maggio 2017 causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*]. In particolare, «la Repubblica italiana è stata invitata, prima dal giudice relatore e poi (dopo le domande dell’avvocato generale [Bot] anche) da altri membri della Corte, a precisare quali siano gli elementi che, nella loro complessità, costituiscono l’identità costituzionale dello Stato, menzionata tanto dall’ordinanza di rinvio [n. 24/2017, Corte cost.] quanto in sede di discussione, ma senza particolare approfondimento e quale sia il ruolo che la Corte di Giustizia dovrebbe avere nel concorrere alla sua definizione. L’agente della Repubblica ha ritenuto di poter includere nella nozione in esame tutti gli articoli della Costituzione relativi ai “principi fondamentali” (artt. 1-12 Cost.) e tutti quelli della successiva Parte Prima (segnatamente i Titoli I e II), ovvero tutte quelle disposizioni della Carta repubblicana in cui vengono sancite le libertà e i diritti fondamentali della persona»: così ARANCI, *Cronaca da Lussemburgo: l’udienza di discussione nella causa c.d. Taricco-bis*, in *Eurojus.it*, 6 giugno 2017, spec. 5. Ma invero, individuare l’identità costituzionale in modo così schematico, statico e riduttivo non appare un procedimento corretto né per descriverla, né per incentivare il dialogo tra le Corti.

per tutelare *ex ante* i principi supremi che potrebbero essere lesi da fonti esterne⁶⁹.

In estrema sintesi, gli strumenti con cui azionare tali controllimiti, potrebbero essere divisi in due categorie, a seconda che siano azionabili dal singolo Stato o necessariamente da un certo numero di Stati di concerto tra loro.

All'interno della prima categoria potremmo ricomprendere: 1) la previsione, da parte dei Trattati, della *regola dell'unanimità* per adottare decisioni in alcune materie⁷⁰; 2) l'integrazione differenziata negoziata per mezzo delle *clausole di opting-out*⁷¹.

Alla seconda categoria (controllimiti politici attivabili necessariamente da più Stati membri), sarebbero, invece, ascrivibili le procedure di controllo previste dal *Protocollo sulla sussidiarietà*, che coinvolgono i parlamenti nazionali⁷²: 1) il c.d. *early warning*⁷³; e 2) il c.d. *veto sostanziale*⁷⁴.

⁶⁹ Cfr., in particolare, FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 115 e ss.; ID., *Taking Constitutional Identity away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, n. 41/2016, spec. 501 e ss.; e, con toni che sembrano più smorzati, ID., *Alla ricerca dell'identità costituzionale. Tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, 197 e ss. Cfr., inoltre, LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controllimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 2/2016, spec. 9.

⁷⁰ Numerose sono ancora le materie che il TFUE riserva alla regola dell'unanimità; tra queste: politica estera e sicurezza comune (art. 31 TFUE); protezione sociale dei lavoratori (art. 153 TFUE); diritto di famiglia con implicazioni transnazionali (art. 81 TFUE); approvvigionamento energetico (art. 192 TFUE); decisioni relative ai passaporti, alle carte d'identità, ai titoli di soggiorno (art. 77 TFUE). Per un elenco più dettagliato di queste materie, cfr. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale*, cit., spec. 209 e ss.

⁷¹ Non sorprenderà constatare che proprio il Regno Unito ha beneficiato del maggior numero delle clausole di *opting-out*. Si tratta, invero, di uno strumento che risponde ad una logica che spesso rischia di essere eccessivamente ed inutilmente difensiva, con esiti talvolta addirittura paradossali. Si consideri, ad esempio, il caso della Danimarca, che, in alcune materie in cui aveva esercitato l'*opt-out* (riguardanti soprattutto l'area di libertà, sicurezza e giustizia), ha adottato politiche nazionali analoghe a quelle dell'Unione, finendo per replicarle (con una sorta di «legislazione-fotocopia», com'è stata definita), facendo della Danimarca un «*rule-taker*» anziché un «*rule-maker*», ossia «l'esatto contrario [...] di quell'intenzione di tutela sovranista dell'autonomia decisionale che sembrerebbe stare alla base dell'*opt-out*»: così, FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale*, cit., 227 e s.

⁷² Ci si riferisce, ovviamente, alle procedure di «controllo» previste all'art. 7, nn. 2 e 3, del *Protocollo n. 2*, annesso al Trattato di Lisbona, «*Sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*». Su tali procedure di controllo, su cui non posso qui indugiare, si rinvia necessariamente almeno a: BILANCIA, *L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, Relazione al Convegno «*Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*», 12-13 maggio 2015, in *Nomos*; MANZELLA, *Sui principi democratici dell'Unione europea*, Napoli, 2013, spec. 22 e ss. I limiti di tali procedure di controllo sono molto bene evidenziati da MORVIDUCCI, *Parlamenti nazionali (ruolo nell'Unione Europea)*, voce, in *Enc. dir.*, Ann. VII, 2013, spec. 613 e ss. Sul ruolo dei

Sebbene si tratti di decisioni (politiche) prese *ex ante*, cioè prima che l'atto dell'Unione sia posto in essere o, comunque, spieghi i suoi effetti, i controlimiti politici solo apparentemente potrebbero tutelare l'identità costituzionale meglio di quanto possano fare i controlimiti giurisdizionali. Infatti, rischiano davvero di frammentare eccessivamente l'*identità europea*, senza che, peraltro, proprio perché adottate *ex ante*, possa dirsi con certezza che *in concreto* l'atto eurolunitario lederà i principi supremi dell'ordinamento nazionale: apprezzamento, quest'ultimo, che potrà essere effettuato soltanto dal giudice (soprattutto costituzionale), caso per caso.

I controlimiti "politici", detto altrimenti, potrebbero comportare un'*assolutizzazione* del contenuto dell'identità costituzionale nazionale, che, di converso, dovrebbe essere un concetto *relazionale* costruito tenendo conto dei valori eurolunitari, in una prospettiva di reciproca e virtuosa integrazione interordinamentale.

Parlamenti nazionali nel sistema multilivello, in generale, cfr., fra i molti: CARETTI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2010; FASONE, *The Struggle of the European Parliament to Participate in the New Economic Governance*, in *EUI Working Papers, Robert Schuman Centre For Advanced Studies*, n. 45/2012; LUPO, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista Aic*, n. 3/2014; ID., *Il terzo «cartellino giallo» e i multiformi usi dell'early warning system*, in *Quad. cost.*, n. 3/2016, 571 e ss.; MANZELLA, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista Aic*, 1/2015; CIANCIO, *Democrazia e sopranazionalità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Rivista Aic*, n. 3/2016; CARUSO, *Prassi e funzioni del sistema di early warning*, in *Nomos*, n. 1/2016; PICCIACCHIA, *Un fenomeno in crescente espansione: il dialogo politico dei parlamenti nazionali nell'UE*, in *Nomos*, n. 1/2016; BILANCIA (a cura di), *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Padova, 2016.

⁷³ Si tratta, come si sa, di una *richiesta di riesame* (c.d. *early warning*), espressa mediante pareri motivati da parte di un terzo dei Parlamenti nazionali, in relazione ad ogni progetto di atto legislativo (*quorum* che si abbassa ad un quarto con riguardo alle materie ricomprese nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia); a questo controllo preventivo si aggiunge la facoltà per i Parlamenti nazionali di adire, tramite i rispettivi governi, la Corte di Giustizia, per far valere, *ex art.* 263 TFUE, la violazione del principio di sussidiarietà.

⁷⁴ Si tratta di un *potere di veto sostanziale* sull'iniziativa legislativa, in relazione ai progetti legislativi che seguono la procedura di co-decisione, quando la maggioranza dei parlamenti nazionali, con la maggioranza dei voti espressi nel Parlamento europeo, ritenga che la proposta legislativa non sia compatibile con il principio di sussidiarietà. Nonostante la macchinosità delle procedure e la necessaria espressione, in tali casi (in cui sarebbero azionati una sorta di "controlimiti maggioritari"), non si può escludere che, tramite la salvaguardia del principio di sussidiarietà, si possa incidere anche sulla tutela delle identità assiologico-costituzionali degli Stati membri (che, a ben vedere, non sempre e necessariamente coincidono con le c.d. tradizionali costituzionali comuni).

I controlimiti politici si muovono, verosimilmente, all'interno del circuito della democrazia rappresentativa e/o della negoziazione politica, coinvolgendo i rappresentanti dei Governi e/o i Parlamenti nazionali e concorrono a delineare una nozione più rigida di identità costituzionale, con conseguente ritardo sui tempi dell'integrazione sovranazionale, ma non si registrano casi di degenerazioni populistiche e/o (fortemente) antieuropeistiche, sebbene a volte non siano esenti da strumentalizzazioni politiche.

Qualche dubbio sorge, invece, se si considerano i controlimiti "politici" che si attuano mediante strumenti di democrazia diretta, che solitamente sono connotati da maggior concretezza rispetto a quelli su menzionati (perché sovente intervengono dopo che le istituzioni eurounitarie abbiano posto in essere determinati atti che, *in concreto*, si ritiene possano nuocere all'ordinamento nazionale), ma anche più esposti a "derive" populistiche e antieuropeistiche. Ci si riferisce, in particolare, al *referendum* greco del 5 luglio 2015⁷⁵ e a quello inglese del 23 giugno 2016⁷⁶.

Per quel che più qui interessa, chi scrive vorrebbe evidenziare come nel caso greco il *referendum* sia stato utilizzato per difendere un aspetto

⁷⁵ Sulla vicenda cfr., *ex multis*: CARAVITA, "Parlamentarizzare" la crisi greca, e ARAVANTINOUS LEONIDI, *La sfida di Atene all'Europa dell'austerità: il referendum del 5 luglio 2015*, entrambi in *Federalismi.it*, 14/2015; YANNAKOUROU, *Challenging austerity measures affecting work rights at domestic and international level. The case of Greece*, in AA.VV., *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, Fiesole, 2014, 19 ss.

⁷⁶ Sul punto la letteratura è amplissima; cfr., *ex multis*: GOLDONI - MARTINICO, *Il ritiro della marea? Alcune considerazioni giuridico-costituzionali sul c.d. Brexit*, in *Federalismi.it*, n. 18/2016, 2 e ss., e bibliografia *ivi* citata; TORCHIA, *In crisi per sempre? L'Europa fra ideali e realtà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2016, spec. 617 e ss. Cfr., inoltre, la sentenza della *High Court of Justice* – confermata dalla *Supreme Court* nella sentenza del 24 gennaio 2017 – che ha statuito che l'attivazione del procedimento che si conclude con il recesso dall'Unione Europea, disciplinato dall'art. 50 del TUE, è un atto di natura duumvirale, ossia richiede la previa manifestazione di volontà del Parlamento, il solo organo in grado di autorizzare il Governo a comunicare alle istituzioni eurounitarie la decisione adottata dall'ordinamento britannico. Per un commento alla decisione della *High Court*, cfr., *ex multis*, MARTINELLI, *La Brexit tra Crown's prerogative e diritti fondamentali: nota alla sentenza della High Court of Justice sul caso "Miller"*, in *diritticomparati.it*, 5 dicembre 2016. Cfr., inoltre, la sentenza della Corte Suprema del Regno Unito, del 24 gennaio 2017, che ha confermato la decisione della *High Court*, del 3 dicembre 2016. Cfr., sul punto, i commenti raccolti nel forum online *Brexit strategy*, consultabili al sito dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo (www.dpce.it), e in particolare: CARBONI, *Gli effetti del referendum sulla Brexit alla luce della sentenza della Corte Suprema*; FERRARI, *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*; MARTINELLI, *I poteri costituzionali di fronte alla Brexit: la UKSC fissa i confini*; ROSA, *Westminster first*.

peculiare dell'identità nazionale-costituzionale greca, ossia un *certo modello di welfare*, che rischiava di essere “smantellato” dalle misure di *austerità*, in particolare da quelle imposte dalla *Troika* agli Stati che hanno sottoscritto il c.d. *memorandum* d'intesa. Invero, tali misure proprio per la loro eccessiva rigidità (irragionevolezza?) ponevano qualche dubbio circa la loro compatibilità con quanto disposto nei Trattati (cfr., in particolare, la c.d. “clausola di non regresso sociale”, ex art. 9 TFUE) e soprattutto nella Carta di Nizza, ma, com'è noto, il Giudice dell'Unione, in diverse decisioni – che la dottrina non ha esitato a definire «pilatesche»⁷⁷ – ha rifiutato di esaminare nel merito le misure nazionali di *austerità* e, in ogni caso, ha omesso di utilizzare la Carta di Nizza come parametro per il controllo di validità.

Tale situazione potrebbe indurre a considerare il *referendum* greco in una prospettiva peculiare: non solo come risposta (nazionale) al noto *deficit* democratico che ancora affligge le istituzioni eurounitarie – come evidenzia la mancata parlamentarizzazione della crisi greca⁷⁸ – ma anche come “denuncia” di una più generale carenza nel circuito eurounitario delle garanzie, al massimo livello⁷⁹.

In altri termini, sembra che l'identità costituzionale greca sia stata affermata *dal basso*, ma non in opposizione a quella eurounitaria (dunque in assenza di tratti antieuropeistici), bensì in modo “sussidiario” rispetto a questa, proprio perché è stato lo strumento “giuridico-politico” per mezzo del quale la Grecia ha tentato di rigettare le stringenti misure di *austerità*, sottolineandone così l'incompatibilità con i diritti sociali tutelati nel sistema

⁷⁷ Così, BRONZINI, *Le misure di austerità e la giurisprudenza “multilivello”. Verso lo scollamento tra protezione europea e protezione interna?*, in *Quest. giust.*, n. 3/2015, 82 e ss.

⁷⁸ Giustamente auspicata in dottrina: cfr., in particolare, CARAVITA, “*Parlamentarizzare*” *la crisi greca*, cit.

⁷⁹ A proposito, cfr. l'amara riflessione di RODOTÀ, *Il pensiero debole dell'Europa che s'accontenta*, in *MicroMega*, 10 gennaio 2014 (e in *Repubblica*, 9 gennaio 2014), che scriveva: «Quel che sta accadendo nell'Unione europea è appunto [...] una decostituzionalizzazione. Il suo sistema è stato amputato della Carta dei diritti fondamentali, del suo *Bill of Rights*, che pure, com'è scritto nell'articolo 6 del Trattato di Lisbona, “ha lo stesso valore giuridico dei trattati”. [...] Oggi l'orizzonte è mutato, l'Unione agisce come se la Carta non vi fosse, nega ai cittadini il valore aggiunto ad essa affidato proprio per acquisire legittimità attraverso la loro adesione, e muta i cittadini da attori del processo europeo in puri spettatori, impotenti e sfiduciati di fronte all'arrivo da Bruxelles di imposizione di sacrifici e non di garanzie dei diritti. V'è in tutto questo una contraddizione, un abbandono della logica che volle il passaggio dell'espressione “Mercato unico” a “Unione europea”, che avrebbe dovuto avvicinare istituzioni e cittadini, e questi tra loro. E vi è pure un abbandono di quanto è scritto nel Preambolo della Carta, dove si afferma l'Unione “pone la persona al centro della sua azione”».

di *welfare* nazionale, ma, al contempo, (indirettamente) anche con i valori sanciti dai Trattati e dalla Carta di Nizza, là dove gli organi di garanzia dell'Unione (e, segnatamente, la Corte di giustizia) non ci sono riusciti.

Tratti populistici e antieuropeistici sembrano, invece, potersi ravvisare nell'esito del *referendum* inglese sulla *Brexit*, non solo per le evidenze mostrate dall'analisi del voto, circa il numero e la tipologia dei votanti che hanno preso parte alla consultazione, bensì anche alla luce della tormentata storia dell'integrazione europea che caratterizza il Regno Unito. In un simile scenario, il referendum ha mostrato la "scelta tragica" di fronte a cui potrebbero trovarsi maggiormente i Paesi che prediligono la via dell'integrazione differenziata, non per realizzare un'Europa *a più velocità* (cosa possibile, entro certi limiti), ma per optare per un'Europa *à la carte*, che è il preludio della sua disgregazione. Infatti, l'Inghilterra ha adoperato molto lo strumento dell'*opting-out*, ma, alla luce dell'esito a cui si è giunti con la *Brexit*, sembra potersi affermare che tali clausole siano state utilizzate non tanto per tutelare (*ex ante*) la propria "identità" nazional-costituzionale, quanto piuttosto per conservare gelosamente parti di "sovranità" politica che non ha voluto "condividere" con l'Unione, in una prospettiva di limitazione comune della sovranità nazionale, da parte di *tutti* gli Stati membri, fino a degenerare in un nazionalismo euroscettico (*rectius*: antieuropeistico) di ritorno, che ne ha determinato, infine, l'uscita dall'Unione⁸⁰.

Invero, è da considerarsi con favore il tentativo della *Supreme Court* di ricondurre la «decisione politica fondamentale»⁸¹ nel circuito democratico-rappresentativo (parlamentare), che ha però riconfermato il voto popolare⁸². In tale – pur lodevole – espediente si può ravvisare una disfunzione *ab origine* nel rapporto tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta. Infatti, la seconda dovrebbe completare la prima, non sostituirsi ad essa,

⁸⁰ Sul punto, scrive FABBRINI, «*A Union, not a State*», cit., 196: «L'Ue è un'unione di Stati con [le] loro identità nazional[i]. Queste ultime hanno alcuni aspetti storici in comune, ma anche significative differenze. Riconoscere quelle differenze è una condizione esistenziale per l'Ue. Solamente riconoscendo le identità nazionali si previene la loro trasformazione in nazionalismi. L'identità nazionale rappresenta una realtà empirica della vita collettiva, il nazionalismo è invece una costruzione ideologica di quest'ultima. La prima è inclusiva, il secondo è esclusivo. Ed è tra queste due poco plausibili alternative che si sono affermate le varie formule dell'Europea a diverse velocità».

⁸¹ Così, MORELLI, *È possibile svolgere un referendum d'indirizzo sulla permanenza dell'Italia nell'Unione europea?*, in *Osservatorio Aic*, n. 2/2016, spec. 6 e s.

⁸² Con l'*European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*, che ha ricevuto il *royal assent* il 16 marzo 2017, con cui si è provveduto ad autorizzare il Primo Ministro, Theresa May, a presentare la lettera di notifica al Presidente del Consiglio europeo, Donald Tusk (del 29 marzo 2017).

riducendola alla ratifica di decisioni prese da una parte del popolo mediante referendum (consultivo). Inoltre, in questo caso, la costruzione dell'identità costituzionale nazionale è avvenuta in netta opposizione a quella dell'Unione europea, accusata di aver prodotto alcuni mali che affliggevano la società inglese.

Come si proverà a mostrare subito *infra*, par. 5, è proprio questo procedimento di determinazione e affermazione dell'identità costituzionale – difensivo ed escludente – che ne determina la degenerazione, assumendo tratti chiaramente antieuropeistici e populistici.

5. L'identità costituzionale come controlimite: alla ricerca di una composizione dialogica e bidirezionale dei conflitti interordinamentali

Il Segretario generale del Consiglio d'Europa, Jagland, nel citato *Report*, descrive i partiti e i movimenti populistici come «those political forces which appeal to widespread public grievances while seeking to exclude other voices»⁸³.

Rispetto a tale voce *esclusiva* ed *escludente*, a ben vedere i controlimiti potrebbero consentire di ripristinare un dialogo che è intrinseco nella logica «inter-livello»⁸⁴ (inevitabilmente conflittuale⁸⁵, ma pur sempre volta all'*integrazione* e non alla *dis-integrazione* della pluralità di sistemi che si relazionano fra loro), dando *voce* alle Corti costituzionali, che altrimenti rischierebbero di essere emarginate nel processo di definizione e tutela dell'identità costituzionale nazionale⁸⁶.

Come nota da tempo un'autorevole dottrina (con riferimento alla giurisprudenza costituzionale italiana), la possibilità di *voce* «allude [...] all'impiego da parte della Corte costituzionale di quegli strumenti persuasivi

⁸³ JAGLAND, *State of democracy, human rights and the rule of law. Populism – How strong are Europe's checks and balances? Report by the Secretary General of the Council of Europe 2017*, cit., 8.

⁸⁴ L'espressione è di D'ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in *Consulta Online*, 6 ottobre 2014.

⁸⁵ Cfr. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009; ID., *Il potenziale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in BERNARDI - CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 241 e ss.; DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013.

⁸⁶ Cfr. S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, n. 1/2015.

e interpretativi, che [...] permettano di far presente a livello comunitario (e alla Corte di Giustizia innanzitutto) le esigenze del sistema costituzionale italiano e dei suoi elementi fondativi»⁸⁷, anche per mezzo di strumenti (più o meno) dialogici (come ad esempio il rinvio pregiudiziale o il semplice “disallineamento” dalla giurisprudenza di Lussemburgo), senza giungere necessariamente ad una declaratoria di incostituzionalità volta a espungere dall’ordinamento l’atto esterno lesivo dell’identità costituzionale, e certamente senza potere (né volere) determinare addirittura l’uscita del Paese dall’Unione (con una caducazione *tout court* della legge di esecuzione dei Trattati).

Come si è anticipato *supra* (par. 1), l’identità costituzionale sembra essere un concetto ontologicamente fluido, che sfugge a inquadramenti predefiniti, ma forse, a questo punto, si potrebbe tentare di tracciare qualche tratto definitorio più preciso.

Innanzitutto, pare che sia, al contempo, un concetto storico-sociologico, giuridico e politico. È storico-sociologico perché rimanda, almeno in parte (non coincidendo in tutto con l’identità “nazionale”), ad un passato che ha segnato la cultura, i modi di vivere, l’economia di un Paese e del suo popolo.

È anche giuridico, perché una parte più rilevante di questi valori sono stati trasposti in *principi* costituzionali che sono *fondamentali* proprio perché gettano le basi (le fondamenta, appunto) affinché il particolare tipo di società dato si possa sviluppare seguendo i valori che l’hanno originariamente composta ad unità; in questa accezione giuridica, l’identità perde ogni connotato di rigidità che può derivare dal radicamento nel passato, perché riesce a sviluppare e implementare i principi, che, sempre radicati sugli antichi valori, si possono *evolvere*.

Infine, l’identità costituzionale è pure un concetto politico, perché condiziona l’azione delle forze politiche, che, da un lato, non potranno rinnegarla senza sovvertire l’ordinamento, e dall’altro dovranno riuscire a determinare la convergenza sui valori identitari senza degenerazioni ideologiche, che trasformino l’identità nazionale in nazionalismo e l’azione democratica in comportamenti populistici: detto altrimenti, dovranno incanalare la forza generativa del *demos* all’interno delle *forme e dei limiti della Costituzione* (per usare la suggestiva espressione dell’art. 1 della nostra Costituzione).

Per un Paese membro dell’Unione, le su menzionate tre declinazioni dell’identità costituzionale assumono tratti peculiari. Infatti, sul piano

⁸⁷ Così, CARTABIA, *Principi fondamentali e integrazione europea*, cit., 260.

storico-sociologico, la storia nazionale si lega inscindibilmente al processo di creazione e di integrazione (delle Comunità, prima, e ora) dell'Unione europea e alla storia degli altri Paesi membri. Sul piano *giuridico*, i principi costituzionali – tra cui, è bene ricordarlo ancora, rientra anche la clausola europea che permette limitazioni di sovranità in favore di un ordinamento sovranazionale – vanno contemperati anche con i valori su cui si fonda l'Unione (per come interpretati dalla Corte di giustizia), dovendo concorrere ad averli ed essere, a loro volta, da questi implementati. Infine, anche dal punto di vista *politico*, lo Stato non può più disconoscere gli obiettivi dell'Unione europea e deve concorrere al loro raggiungimento; ma, al contempo, l'Unione non può ignorare le politiche nazionali e deve intervenire ogniqualvolta lo Stato si trovi in difficoltà, perché non riesce a gestire fenomeni transnazionali che incidono direttamente sulla programmazione, attuazione e direzione delle politiche interne (si pensi ai Paesi del Mediterraneo, particolarmente esposti ai flussi migratori provenienti soprattutto dal nord Africa): solo così ci si potrà sentire parte di un'unione (anche politica) sempre più stretta.

In una simile prospettiva, allora forse l'identità costituzionale degli Stati membri dovrebbe divenire, per definizione, *identità dialogica*, che si costruisce gradualmente e per mezzo del dialogo con le istituzioni eurounitarie (*in primis* la CGUE), nella consapevolezza che «l'identità non è un dato fisso, acquisito una volta per tutte, bensì un punto di riferimento mobile, relativamente fluido, sottoposto a continue verifiche e a mutamenti indotti dall'esterno»⁸⁸. Mutamenti che, ovviamente, non sono sempre possibili, ma i cui limiti (*rectius*: controlimiti) vanno definiti in modo *relazionale* e *bidirezionale* (seguendo la logica propria del costituzionalismo *interlivello*), non esclusivamente nazionale, altrimenti l'identità costituzionale potrebbe facilmente degenerare in forme di nazionalismo e/o antieuropeismo.

D'altronde, occorre considerare la peculiare posizione delle istituzioni nazionali (e soprattutto delle Corti costituzionali) all'interno dello spazio giuridico europeo, per cui queste «non sono più responsabili solamente nei confronti dell'ordinamento che le ha istituite quali garanti della Costituzione, ma sono collettivamente coinvolte nella costruzione di un diritto pubblico europeo per uno spazio giuridico europeo di libertà, sicurezza e giustizia» e appaiono “strette” nella morsa di una «*doppia fedeltà*»: verso il proprio

⁸⁸ Cfr. FERRAROTTI, *Identità dialogica*, Pisa, 2007, 81, da cui si è attinto anche per la locuzione scelta nel testo, che ho tentato di traslare dal campo sociologico a quello giuridico.

ordinamento e verso il diritto pubblico europeo⁸⁹. Sebbene la “fedeltà ultima” sia ancora riconosciuta in capo alle istituzioni nazionali, che creano e legittimano l’Unione europea, a chi scrive sembra che i conflitti interordinamentali non si prestino ad essere risolti in modo “decisionistico”, secondo una logica binaria ed escludente, volta a dare l’ultima parola a chi con maggior forza riesce a definire il (presunto) contenuto dell’identità costituzionale.

In assenza di una più stretta unione politica e di una graduale trasformazione federalista dell’UE – come scriveva suggestivamente, in un contesto diverso, ormai due secoli fa Victor Hugo – «in un’epoca in cui la discussione è così accanita, così dura, così assolutamente esasperata che solo due parole vengono oggi ascoltate, comprese e applaudite, il sì e il no», anche chi scrive, nel suo piccolo, proprio come affermava Hugo, sente di non far parte «né di coloro che negano, né di coloro che affermano», ma piuttosto «di coloro che sperano»⁹⁰.

L’obiettivo – perseguibile nel rispetto dei principi di *relazionalità*, *bidirezionalità* e *dialogicità* – dovrebbe allora essere quello di provare a “rileggere” l’identità costituzionale dei Paesi membri dell’Unione, oltre il dato meramente nazionale, per tentare di realizzare un modello di *ius publicum* europeo che vada sempre più nella direzione di uno «*ius commune europeo dei diritti fondamentali*»⁹¹, senza che la difesa dell’identità costituzionale nazionale degeneri pericolosamente in teorie “sovraniste”, foriere di paventabili nazionalismi, che alla fine si ritorcono contro la stessa vera identità costituzionale dei Paesi europei.

⁸⁹ VON BOGDANDY - GRABENWARTER - HUBER, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L’esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 4/2015, 16.

⁹⁰ HUGO, *Prefazione a I canti del crepuscolo*, 1835.

⁹¹ Secondo la bella espressione utilizzata da SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2006, 7 e ss.