

La lunga marcia della clausola identitaria. Riflessioni per un esame comparato della recente giurisprudenza costituzionale euro-unitaria *

Giuliano Vosa

SOMMARIO: 1. Introduzione: le matrici dell'identità nel diritto euro-unitario. – 2. Tre questioni preliminari. – 3. Corti nazionali verso un modello comune di argomento identitario: profili comparatistici. – 3.1. Oltre l'ethnos: il nesso fra sovranità popolare e certezza del diritto. – 3.2. Dal principio di legalità alla riserva di legge: verso un principio di essenzialità. – 4. La Corte di Giustizia fra tutela dello Stato di diritto e rispetto delle identità nazionali. – 4.1. Identità europea e condizionalità finanziaria: un approccio “costruttivista” in difesa dello Stato di diritto – 4.2. Clausola identitaria e diritto euro-unitario: un approccio “dialogante”. – 5. Verso una conclusione.

1. Introduzione: le matrici dell'identità nel diritto euro-unitario

Da quando Joseph Weiler la dichiarò «à la mode»¹, l'identità, riferita più spesso agli Stati, ma anche all'Unione, non ha più smesso di affollare riviste *web* e scaffali di biblioteche². La *popolarità*³ di cui gode è però inversamente proporzionale al nitore dei suoi lineamenti concettuali e delle sue implicazioni normative⁴. Di qui la nebbia che circonda la *clausola identitaria* di cui all'art. 4(2) TUE – e, di conseguenza, il tema dei rapporti fra diritto dell'Unione e ordinamenti statali, che su tale clausola poggia⁵.

La cronistoria delle apparizioni del termine “identità” è già stata più volte⁶, anche da ultimo, srotolata con cura⁷. Ai fini qui di rilievo, vorrebbe però assumersi,

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ J.H.H. Weiler, *On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 184.

² Aggiungendo, talvolta, strati di complessità ulteriori a un dibattito già di per sé complesso: L.D. Spieker, *Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 361.

³ Come scrive P. Faraguna, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2016, p. 491, chi avesse cercato di imparare qualcosa sui rapporti Stati-Unione per mezzo di *Twitter*, avrebbe senz'altro trovato #identità fra i *trending topics*.

⁴ J.D. Mouton, *L'identité constitutionnelle, un concept pertinent au regard du droit international?*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 118, 3 – *Dossier: L'identité constitutionnelle*, 2014, p. 501 ss.

⁵ B. Guastaferrò, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, p. 149 ss., *passim*.

⁶ Ad es. in L. Burgorgue-Larsen, *Les origines de l'identité constitutionnelle*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 118, 3 – *Dossier: L'identité constitutionnelle*, 2014, p. 483 ss.; *amplius*, M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, New York, 2010, p. 11 ss., *passim*.

quale punto di partenza, un angolo visuale preciso: quello dei presupposti dogmatici e delle esigenze pratiche alla radice dell'ingresso dell'identità nel vocabolario del diritto euro-unitario.

In tal senso, il terreno che vide germogliare l'identità fu quello del dibattito attorno alla costituzione per l'Europa⁸, sulla scorta di due questioni fra loro intrecciate. Primo: se un'identità europea, nel quadro dei rapporti politici, sociali ed economici in seno all'Unione, potesse discernersi a partire dalle identità nazionali⁹, quale asse portante di un diritto comune. Secondo, in che termini potesse ascrivere a tale identità valenza di parametro giuridico, stabilizzando i rapporti fra diritto statale e diritto dell'Unione nel senso di una tendenziale applicazione prioritaria di quest'ultimo che, tuttavia, non restasse sorda alle specificità dei singoli Stati¹⁰.

Non s'illumina, dunque, per rivendicare differenze, l'astro nascente dell'identità nazionale in diritto euro-unitario¹¹; ma per costruire unità a partire da esse, in senso *post-tradizionale*¹². Smentisce così un pregiudizio indimostrato, eppur duro a morire: l'identificazione d'un concetto – la “nazione” – con la sua sola versione *etnocentrica*, la *Kulturnation* di Herder¹³ e poi di Fichte¹⁴, intrisa d'ideologia pangermanistica fino all'apologia di razzismo¹⁵. S'ispira, invece, l'identità così concepita, alla versione repubblicana della nazione¹⁶, germinata con la Rivoluzione francese e sostenuta da un cospicuo sostrato egualitario¹⁷; in tutto coerente, quindi, con le costituzioni del

⁷ G. van der Schyff, *Member States of the European Union, Constitutions and Identity: A Comparative Perspective*, in C. Calliess - G. van der Schyff (eds.) *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2020, p. 305 ss.; P. Faraguna, *On the Identity Clause and Its Abuses: 'Back to the Treaty'*, in *European Public Law*, 2021, spec. p. 429 ss.; P. Cruz Mantilla de los Ríos, *La identidad constitucional de la Unión Europea: Una categoría jurídica en construcción*, in *Estudios de Deusto*, 2022, p. 153 ss.

⁸ Su cui, in generale, A. Ruggeri, *Quale Costituzione per l'Europa?*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2004, p. 455 ss.

⁹ A. von Bogdandy, *The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 295 ss.

¹⁰ Cfr. G. Martinico, *What Lies Behind Article 4(2) TEU?*, in A. Sáiz Arnaiz - C. Alcobello Llivina (eds.) *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, p. 93 ss, e B. Guastaferrro, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, p. 263 ss.

¹¹ A. Schnettger, *Art. 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European System*, in C. Calliess - G. van der Schyff (eds.) *Constitutional Identity*, cit., p. 153 ss.

¹² J. Habermas, *Historical Consciousness and Post-Traditional Identity: Remarks on the Federal Republic's Orientation to the West*, in *Acta Sociologica*, 1988, p. 3 ss.

¹³ Cfr. J. G. Herder, *Idee per la filosofia della storia dell'umanità* (1784-91), Roma-Bari, 1992, p. 210 ss.

¹⁴ Cfr. J.G. Fichte, *Discorsi alla nazione tedesca* (1808), Roma-Bari, 2003, p. 114 ss., *passim*.

¹⁵ F. Neumann, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism* (1942) ed. it. (M. Baccianini) *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, 2000, p. 116 ss.

¹⁶ Per tutti, C. De Fiores, *Le radici della nazione repubblicana. Fondamenti teorici e profili costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, no. 1, spec. p. 60 ss.

¹⁷ «La nazione era stata affermata in indissolubile connessione con la libertà e l'umanità»: così F. Chabod, *L'idea di nazione* (1961) Roma-Bari, 2021, p. 89. Nelle pagine seguenti, il celebre storico valdostano traccia la parabola di tale concetto nei decenni successivi (attorno alla metà del secolo XIX)

secondo Novecento e, di qui, col pluralismo *inclusivo* e *tollerante* che ha storicamente animato il costituzionalismo europeo¹⁸. In effetti, se si segue questa traiettoria, l'art. 4(2) TUE può ritenersi, più che emblema di una rivincita delle sovranità nazionali, il segno della codificazione di equilibri già noti alla prassi dei rapporti euro-unitari¹⁹ da Maastricht in poi²⁰, nonché il manifesto della tipica *strumentalità* dei conflitti rispetto all'evoluzione della *polity* euro-unitaria²¹.

Di tal ché, il concetto nasce per superare l'obiezione, mossa da Paul Kirchhof²² e da Dieter Grimm²³, per cui l'assenza di un *demos* europeo renderebbe inutilizzabili, per l'Unione, il lessico e l'apparato concettuale propri del diritto costituzionale. Secondo questa linea, l'Unione, non assimilabile a uno Stato ma piuttosto ad uno *Staatenverbund*²⁴, verrebbe relegata a fenomeno eminentemente intergovernativo – benché, per ammissione dello stesso studioso di Kassel, *eccedente* rispetto agli schemi del diritto internazionale²⁵. Per contro, se dalle identità nazionali potesse delinearsi un'identità comune per via giurisprudenziale, dottrinale e politica²⁶, l'unità europea verrebbe a costituirsi spontaneamente, senza salti né imposizioni²⁷, intorno a un

evidenziandone il ripiegamento introverso, sulle ali di quella che Carlo Antoni (citato dallo stesso A.) definiva «la lotta contro la ragione» (C. Antoni, *La lotta contro la ragione*, Firenze, 1942).

¹⁸ Cfr. M. Cartabia, "Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 583 ss.

¹⁹ Cfr. F.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, 2013, p. 207 ss.

²⁰ L. Besselink, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 2010, p. 36 ss.

²¹ G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009, spec. p. 135 ss., p. 171 ss., p. 201ss.

²² Ad es. in P. Kirchhof, *Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland*, in P. Kirchhof - H. Schäfer - H. Tietmeyer - J. Isensee (eds.) *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, Berlin, 1993, p. 63 ss.

²³ D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, in *JuristenZeitung*, 1995, p. 581 ss.; cfr. la versione in inglese, *Does Europe Need A Constitution?*, in *European Law Journal*, 1995, p. 282 ss. *Amplius*, dello stesso A., *Europa ja – aber welches?: zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München, 2016, spec. p. 29 ss., p. 95 ss.

²⁴ Sulla valenza precettiva del termine, C. Schönberger, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones at Sea*, in *German Law Journal*, 2009, p. 1201 ss.; cfr. F. Schorkopf, *The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, *ibid.*, p. 1219 ss. In generale, J.H.H. Weiler, *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *European Law Journal*, 1995, p. 219 ss.

²⁵ D. Grimm, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. Zagrebelsky (cur.) *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, p. 19.

²⁶ P. Cruz Villalón, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, 2005, p. 22 ss., p. 139 ss.

²⁷ A. von Bogdandy, *The European constitution and European identity*, cit., p. 303 ss.

*patriottismo costituzionale*²⁸ che non getterebbe le nazioni in un reciproco isolamento, ma le accomunerebbe in un consesso capace di perpetuare sul piano sovranazionale i valori repubblicani sanciti dalle costituzioni²⁹.

Su questa linea, il concetto euro-unitario di identità svolgerebbe un duplice compito, che renderebbe conto della sua centralità nel dibattito anzidetto e dell'ampia fortuna che riscuote nel gergo accademico – probabilmente maggiore di quella accordata dalla sfera politico-istituzionale.

Il primo compito è quello di archiviare l'omonimo concetto *etnocentrico* – basato sulla declinazione *schmittiana* di nazione, segnata dalla dicotomia *amico-nemico*³⁰ – per rimpiazzarlo col concetto repubblicano, ispirato alla solidarietà fra estranei nel segno dell'inclusione dell'altro³¹. Scopo di quest'operazione è smantellare il binomio Stato-costituzione³², che Carl Schmitt legava a uno «Stato identitario»³³: binomio già inattaccabile nella dogmatica classica³⁴ e sublimato nell'affermazione per cui «il popolo sta davanti e al di sopra» della costituzione stessa³⁵.

Sicché, l'identità degli Stati, inscrivendosi nel perimetro euro-unitario, s'ispirerebbe a quella *tolleranza costituzionale*³⁶ già additata a paradigma di un ente che, pensando sé stesso in termini unitari senz'essere Stato, avrebbe tuttavia una costituzione; trasformandosi, le democrazie pluraliste degli Stati, in una *demoicracy* imperniata sull'Unione e sulle sue istituzioni³⁷.

È, questa, una meta d'importanza decisiva per l'Europa, che solo perseguendola può realisticamente mettere in pratica il fine ultimo che si è data: lo spegnimento dei nazionalismi autoritari, aggressivi e bellicosi che hanno percorso il

²⁸ «Der einzige Patriotismus, der uns dem Westen nicht entfremdet, ist ein Verfassungspatriotismus», ammoniva J. Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung. Kleine politische Schriften VI*, Frankfurt-am-Main, 1987, p. 135; sul tema, il classico J.-W. Müller, *Constitutional Patriotism*, Princeton, 2007, spec. p. 57 ss.

²⁹ Così ancora J. Habermas, *Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie* (1998) in Id., *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt-am-Main, 1998, p. 91 ss.

³⁰ C. Schmitt, *Der Begriff des ‚Politischen‘. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Korollarien* (1963) ed. it. (G. Miglio, P. Schiera) *Il concetto di ‚politico‘, in Le categorie del ‚politico‘. Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, p. 108 ss., *passim*.

³¹ Secondo la terminologia di J. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 63 ss.

³² Cfr. L. Torchia, *Una costituzione senza stato*, in *Diritto pubblico*, 2001, p. 405 ss.

³³ C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928) ed. it. (A. Caracciolo) *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, p. 23 ss., *passim*; cfr. G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2005, p. 26 ss.

³⁴ Su cui M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in M. Fioravanti (cur.) *Lo Stato moderno e l'Europa. Istituzioni e diritto*, IV ed., Roma-Bari, 2004, p. 3 ss.; su origini e sfumature di tale identificazione nella dottrina tedesca cfr., *ex multis*, E.-W. Böckenförde, *Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft*, in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am-Main, 1991, p. 11 ss., p. 23 ss.

³⁵ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 313 ss., *passim*.

³⁶ J.H.H. Weiler, *Federalismo e costituzionalismo: il “Sonderweg” europeo*, in G. Zagrebelsky (cur.) *Diritti e Costituzione per l'Unione europea*, cit., p. 22 ss.

³⁷ K. Nicolaidis, *The New Constitution as European “Demoi-cracy”?*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2004, p. 76 ss.; della stessa A., *European Demoicracy and Its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2013, p. 351 ss.

Secolo Breve, e la perpetuazione sul piano sovranazionale delle *conquiste* costituzionali del secondo dopoguerra. Nel difendere l'*acquis* costituzionale che fonda la democrazia in Europa all'indomani del secondo conflitto mondiale, l'identità si prefigge di tenere assieme, articolati in una dialettica pluralista, i vari filoni del pensiero costituzionalistico europeo³⁸, risalenti a tradizioni ed esperienze fra loro non sempre omogenee³⁹.

Quindi, la principale ragion d'essere dell'identità nel quadro euro-unitario è neutralizzare il potenziale *introverso* di tale concetto senza perdere di vista la realtà del conflitto⁴⁰. Il rifiuto d'un *irenismo* di maniera⁴¹, in tal guisa, vedrebbe ammantarsi di nuova credibilità l'idea per cui lo Stato-nazione, battezzato in nome di un'identità emersa *per differentiam* rispetto ad *altri* da escludere, non sarebbe il solo ente politico capace di unità⁴².

Muovendo dal piano dei rapporti fra Stati a quello delle relazioni Stati-Unione, l'altro compito assegnato all'identità dal diritto euro-unitario è funzionale al primo: costruire un linguaggio comune⁴³ fra pretese normative opposte⁴⁴. L'alfabeto della sovranità⁴⁵, per il suo legame con lo Stato-nazione e con l'universo concettuale ad esso ricondotto, appare a tal fine inservibile; l'identità è più malleabile, più «mite»⁴⁶ – quindi, *pro futuro*, in un certo senso disponibile, sebbene con “rispetto”, a flettersi verso l'uniformità del diritto euro-unitario che abbia a stella polare i valori repubblicani su cui si fonda l'Unione⁴⁷. Tali valori – espressione d'identità comune,

³⁸ Su cui lo sguardo d'insieme di B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge (MA), 2019, spec. p. 27 ss., 116 ss., 169 ss.; sul caso italiano (p. 131 ss.) l'analisi in senso prevalentemente contrario di M.A. Wilkinson, *Constitutionalism in Postwar Europe: Revolutionary or Counter-Revolutionary?*, in LSE WP 15/2022, spec. p. 9 ss.

³⁹ S.R. Larsen, *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, in *Modern Law Review*, 2021, p. 477 ss.

⁴⁰ M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1644 ss.

⁴¹ A. Carrino, *Oltre l'Occidente: critica della Costituzione europea*, Bari, 2005, p. 72 ss.

⁴² C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 270 ss.

⁴³ A. Jakab, *European Constitutional Language*, Cambridge, 2016, p. 11 ss., 293 ss.

⁴⁴ M. Fichera - O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 2019, p. 1111 ss.

⁴⁵ A. Jakab, *op. cit.*, p. 85 ss.; cfr. R. Toniatti, *Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained*, in A. Sáiz Arnaiz - C. Alcobello Llivina (eds.) *National Constitutional Identity and European Integration*, cit., p. 49 ss.

⁴⁶ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 15 ss., ipotizza «una dogmatica giuridica 'liquida', o 'fluida', che possa abbracciare le componenti del diritto costituzionale della nostra epoca, per quanto esse siano eterogenee, comprendendole in una costruzione necessariamente non rigida, in modo da consentire le combinazioni che deriveranno non più dal diritto costituzionale ma dalla politica costituzionale».

⁴⁷ S. Weatherill, *Law and Values in the European Union*, Oxford, 2016, p. 74 ss.

benché solo prospettica – condurrebbero a *synthesi*⁴⁸ le identità nazionali, declinandosi in percorsi comunicativi intersistemici,⁴⁹ affinché Stati e Unione possano formulare le rispettive pretese normative in termini⁵⁰ reciprocamente fruibili e comprensibili, ovvero sia – nella terminologia cara a Miguel Poiares Maduro – *universalizzabili*⁵¹. Una qualità, quest’ultima, che manterrebbe al diritto una capacità *olistica*⁵² a dispetto d’un contesto pluralistico⁵³, in cui la differenziazione funzionale⁵⁴ spinge alla nascita di ordini giuridici settoriali auto-sufficienti⁵⁵ a mo’ di “costituzione civile” ancorché “parziale” rispetto alla generalità dei consociati *uti personae*⁵⁶.

2. Tre questioni preliminari

Prima di esplorare i più recenti approdi dell’identità nel contesto euro-unitario, è opportuno discutere tre questioni. La prima traccia il quadro storico-costituzionale in cui il diritto euro-unitario, e l’identità con esso, s’inscrive. La seconda s’interroga su quale sia il miglior approccio metodologico nell’affrontare il tema dei rapporti fra ordinamenti statali e diritto dell’Unione. L’ultima discute il ruolo delle Corti apicali degli Stati nella costruzione concreta della clausola identitaria *ex art. 4(2) TUE*.

Si inizi dalla prima.

Come concetto giuridicamente rilevante per il diritto euro-unitario, l’identità nasce, si è detto, sulle ceneri della sovranità, con l’obiettivo di spingere a un passo

⁴⁸ E. Fossum - A.J. Menéndez, *The Constitution’s Gift. A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Lanham, 2011, p. 45 ss.

⁴⁹ N. Walker, *The EU’s Unresolved Constitution*, University of Edinburgh School of Law WP 2011/15, p. 12.

⁵⁰ Parla di «*shared semantics*» R. van der Meersche, *European perspectives on constitutional pluralism: an ontological roadmap*, in *Transnational Legal Theory*, 2018, p. 18.

⁵¹ M. Poiares Maduro, *Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, p. 529 ss.

⁵² N. Walker, *Beyond the Holistic Constitution?*, in P. Dobner - M. Loughlin (eds.) *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, p. 291 ss.

⁵³ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2009, spec. p. 27 ss., *passim*.

⁵⁴ G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012, p. 15 ss., *passim*.

⁵⁵ J. Přibáň, *Constitutional Imaginaries and Legitimation: On Potentia, Potestas, and Auctoritas in Societal Constitutionalism*, in *Journal of Law and Society*, 2018, p. 30 ss.

⁵⁶ Un *excursus* in A. Golia jr., *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche* (VII agg.), dir. R. Sacco, cur. R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino, 2017, p. 207 ss.

successivo – nell'*immaginario* europeo e nell'argomentazione giuridica⁵⁷ – il processo di costituzionalizzazione dell'Unione⁵⁸.

La costituzionalizzazione dell'Unione è tema che individua un ampio estuario di costruzioni dottrinali sofisticate, diverse nei presupposti e negli esiti⁵⁹. Tuttavia, secondo una lettura che si ritiene preferibile⁶⁰, ai fini che qui rilevano è opportuno mettere da un canto tali costruzioni per concentrarsi precipuamente su un elemento concreto: i mutamenti nell'interpretazione del diritto fondato sui Trattati allorché se ne reclama la *specialità* rispetto al diritto interno ed internazionale.

Se ci si pone da quest'angolo visuale, nel cammino della costituzionalizzazione si distinguono almeno due tappe.

Nella prima, la ricostruzione della volontà degli Stati a partire dalla lettera del testo (argomento dominante in diritto internazionale fino al secondo dopoguerra)⁶¹ viene a coincidere, per il diritto fondato sui trattati comunitari, con un argomento teleologico volto a un'integrazione sempre crescente. Alla radice di questo processo c'è la speciale volontà degli Stati di spingersi verso una *ever closer union* mettendo in comune settori sempre più vasti dei rispettivi ordinamenti. Tale volontà è *speciale* perché ambisce a un fine la cui *preferibilità* etica è generalmente condivisa: difendere i rispettivi progetti politico-economico-sociali, così come sanciti nelle costituzioni, dal ritorno di nazionalismi autoritari. Donde, l'*autonomia* del diritto comunitario, «ordinamento giuridico di nuovo conio»⁶², si giustifica, in principio, sotto un profilo squisitamente etico: nel perseguire diritti e interessi comuni, quel diritto travalica la sovranità statale per realizzare la comunitarizzazione di settori chiave del diritto e dell'economia degli Stati. Questo processo ha come traguardo la difesa dell'*acquis* costituzionale di tali Stati nel secondo dopoguerra: ossia – in primo luogo – la loro

⁵⁷ J. Komárek, *Why read The Transformation of Europe today? On the limits of a liberal constitutional imaginary*, in *iCourts Working Paper Series*, no. 213, 2020, spec. p. 7 ss.

⁵⁸ A. Sáiz Arnaiz - C. Alcobello Llivina, *Why Constitutional Identity Suddenly Matters: A Tale of Brave States, a Mighty Union and the Decline of Sovereignty*, in A. Sáiz Arnaiz - C. Alcobello Llivina (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, cit., p. 1 ss.

⁵⁹ Cfr., ad es., F. Palermo, *La forma di Stato dell'Unione Europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005, spec. p. 75 ss., p. 107 ss., p. 123 ss.; A. von Bogdandy, *Founding Principles*, in A. von Bogdandy - J. Bast (eds.) *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Oxford, 2009, p. 11 ss.

⁶⁰ Si perdoni il rinvio a G. Vosa, *Sull'equilibrio costituzionale dell'Unione europea. La costituzione "nata dal cambiamento" e i limiti alla priorità applicativa del diritto sovranazionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021, p. 2 ss., *passim*.

⁶¹ Si veda, per un'interpretazione della giurisprudenza *Lotus* (Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *S.S. Lotus*, 1927 (ser. A – 7 settembre) n. 10, p. 18), A. Hertogen, *Letting Lotus Bloom*, in *European Journal of International Law*, 2015, p. 901 ss.; *amplius*, B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, 1959, p. 29 ss.

⁶² Come nella celeberrima CGUE, 26/62, *Van Gend & Loos*, 5 febbraio 1963, ECLI:EU:C:1963:1, su cui *ex multis* M. Rasmussen, *Revolutionizing European law: A history of the Van Gend en Loos judgment*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 136 ss.

indole *repubblicana*, volta ad includere in una tavolozza armoniosa i molteplici colori del pluralismo democratico.

Su tali basi, la preferibilità etica del fine comunitario è brodo di coltura per strumenti come l'effetto utile, l'effetto diretto, la *preemption*, i poteri impliciti e altri ancora⁶³. Elemento comune a tutti questi è la tendenza a motivare l'applicabilità del diritto della Comunità col necessario (*rectius*: eticamente preferibile) perseguimento dei fini ad esso riconducibili – e non il contrario, come impone la logica positivista. Mercé l'ampio ventaglio che tali strumenti compongono, il diritto comunitario viene ad affermarsi come prioritario sull'ordinamento statale in un novero sempre più ampio di fattispecie⁶⁴.

Nella seconda tappa, si riconosce che, con lo scorrere della pratica euro-unitaria e lo sviluppo dei sistemi interni di giustizia costituzionale, le costituzioni nazionali s'evolvono lungo direttrici convergenti, poiché imperniate su valori comuni⁶⁵: valori che l'Unione fa propri, definendoli *fondamentali*. Tali valori, che con altezza di toni si richiamano alla centralità della *persona*, fanno da perno alla costituzionalizzazione dell'Unione e, allo stesso tempo, formano il nucleo duro delle costituzioni statali⁶⁶, erigendo un duplice argine – sul versante interno e sovranazionale – al ritorno dei nazionalismi autoritari. Sicché, in virtù della comunanza, pur solo prospettica, che intesse i diritti costituzionali degli Stati in un sol ordito, si riconosce al diritto euro-unitario priorità applicativa sul diritto interno anche costituzionale.

Nella giurisprudenza costituzionale statale, una siffatta priorità è tollerata, ma a determinate condizioni. Com'è noto, la Corte italiana, in ultimo con la sentenza 170/1984, si riserva un sindacato «in riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana»⁶⁷; per quella tedesca, con *Solange II*⁶⁸, analogo sindacato si darebbe qualora il diritto dell'Unione non offrisse tutela equivalente, nel complesso⁶⁹, ai diritti fondamentali sanciti dal *Grundgesetz*. Entrambi i giudici costituzionali, da prospettive diverse⁷⁰,

⁶³ Sulla logica interpretativa del diritto dell'Unione, che dall'*effet utile* si espande agli altri strumenti citati, l'analisi di I. Ingravallo, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, spec. p. 75 ss.

⁶⁴ M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali: una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 59 ss.

⁶⁵ S. Weatherill, *Law and Values in the European Union*, cit., p. 305 ss.; A. Williams, *The Ethos of Europe: Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge, 2010, p. 22 ss., p. 154 ss.

⁶⁶ Per tutti, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, spec. p. 148 ss.

⁶⁷ Corte cost., sent. 170/1984 (5 giugno), *Cons. dir.* 7.

⁶⁸ *BVerfG* 73, 339 – 2 *BvR* 197/83, 22 ottobre 1986, "*Solange IP*", § II – d) – aa).

⁶⁹ G. Itzcovich, *L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo tra giudici tedeschi e Corte di giustizia nella "guerra delle banane"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, p. 385 ss.

⁷⁰ M. Cartabia, *The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate*, in N. Walker (ed.) *Sovereignty in Transition*, cit., p. 305 ss.

avallano una linea detta della *praktische Konkordanz*⁷¹ assumono che, in concreto, l'assimilabilità dei rispettivi livelli di tutela consenta di spostare la questione dal piano formale dei rapporti tra ordinamenti a quello materiale della tutela dei diritti, così rendendo pleonastica la risposta al quesito sul decisore di ultima istanza. Tale quesito resta in parentesi; certo, non può dirsi sciolto in favore dell'Unione in virtù di un dato *empirico* – la concordanza pratica dei livelli di tutela – che si pone come *regolarità*, pur non occasionale, ma non già *regola*⁷². Resta, dunque, sullo sfondo: di tal ché, ove una tale concordanza venisse meno, alle Corti costituzionali nazionali toccherebbe il compito di ripristinare il limite fra gli ordinamenti, restaurando la superiorità gerarchica della costituzione statale.

Su questa linea si accodano altri giudici costituzionali. Il *Tribunal Constitucional* spagnolo, ad esempio, pronunciandosi sulla ratifica del Trattato costituzionale⁷³, si riserva, in caso d'incompatibilità radicale fra costituzione e diritto dell'Unione (pur «difficilmente concepibile»⁷⁴) di applicare l'una disapplicando l'altro – ribadendone, quindi, la *supremacía* gerarchica, in opposizione alla *primacía* di fatto di cui godrebbe il diritto dell'Unione⁷⁵.

Si delinea, quindi, il quadro storico-costituzionale di riferimento. L'Unione non nasce dal nulla, bensì cresce e si legittima nel solco tracciato dalle costituzioni degli Stati; e, volgendosi a obiettivi comuni di pace e prosperità, mira a consolidarne l'*acquis*. Si presenta così come il più avanzato dei progetti di democrazia pluralista, che per la sua indole repubblicana può ereditare dalle Carte dell'ultimo dopoguerra il valore cardinale della centralità della persona e svilupparlo nel segno della tutela di una libera dialettica fra unità e molteplicità⁷⁶.

In particolare, di tale *acquis* l'Unione valorizza la novità principale – il suffragio universale⁷⁷ – orientandosi a una tutela dei diritti collegata all'auto-determinazione di eguali⁷⁸. Sicché, il salto di qualità rispetto alle costituzioni ottriate ottocentesche emerge nel *riconoscimento*, contrapposto a *elargizione*, di tali diritti, al cui contenuto concreto contribuiscono, per le vie stabilite dalle stesse costituzioni, i rispettivi

⁷¹ M. Klatt, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*, Tübingen, 2014, p. 220 ss., p. 244 ss., *passim*. Cfr. M. Schladebach, *Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip. Eine Verteidigung*, in *Der Staat*, p. 263 ss., e A. Fischer-Lescano, *Kritik der praktischen Konkordanz*, in *Kritische Justiz*, 2008, p. 166 ss.

⁷² Sulla differenza tra regolarità e regola, *ex multis*, G.U. Rescigno, *Ripensando le convenzioni costituzionali*, in *Politica del diritto*, XXVIII, 4, 1997, spec. p. 502 ss.

⁷³ Con la *Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional* n. 1/2004, 13 dicembre, BOE n. 3, 4 gennaio 2005; cfr. R. Alonso García, *Constitución española y Constitución europea: guion para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2005, p. 339 ss.

⁷⁴ *Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional* n. 1/2004, cit., FJ 4.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, 2018, p. 359-360.

⁷⁷ L. Canfora, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2008 (rist. 2021), p. 120 ss., *passim*.

⁷⁸ L. Carlassare, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in S. Labriola (cur.), *Valori e principi del regime repubblicano* (Roma-Bari, 2006) anche in *Costituzionalismo.it*, 15 febbraio 2006, p. 1 ss.

destinatari. È questo passaggio che l'Unione, vincolando alla tutela equivalente dei diritti il rispetto delle sovranità eguali degli Stati che si governano secondo principi democratici – così l'art. F del Trattato di Maastricht – vuol preservare come pietra angolare della costruzione euro-unitaria.

Alla luce di una siffatta traiettoria si delinea la seconda questione, che – informata alla dimensione storica del processo d'integrazione – affronta il problema del metodo nell'indagine sulle relazioni tra Stato e Unione quali portatori di ordini giuridici in reciproca competizione nello spazio euro-unitario.

I rapporti Stati-Unione, che dal *post*-Lisbona hanno attraversato vicende assai burrascose – si pensi alle *tre emergenze*: economica, sanitaria e oggi anche militare – paiono, seppur agitati dalla radicalità di talune posizioni, convergere su alcuni punti. Per esaminarne la traiettoria, nondimeno, è *doveroso* coltivare un metodo che resista alla tentazione in cui cadono taluni studiosi, pur certo autorevoli, dai quali talvolta si scambia per giuridico un *wishful thinking* di parte o di gruppo⁷⁹: calare, cioè, il fatto nel diritto senza spiegare le ragioni di un siffatto trapasso, né dar conto, *in itinere*, delle modificazioni generatesi in conseguenza di esso.

Ora, un metodo così concepito esige che si sciogla il nodo identitario alla luce dell'integrazione nel suo insieme, intesa come processo storico-giuridico *in fieri*; se si prendesse in esame un solo fotogramma dell'intero cammino, si verrebbe indotti a propendere per l'uno o l'altro degli opposti «*ismi*»⁸⁰ che secondo i casi – e secondo i fotogrammi selezionati – premono dal lato degli Stati o dell'Unione. Le rispettive pretese normative, piuttosto, vanno prese per ciò che sono: *competing claims* in uno spazio che – con la decisione libera, assunta dagli Stati in un certo tempo e luogo, di attivare centri di produzione giuridica *altri* da sé stessi – rimette in discussione l'autorità sovrana⁸¹. Donde, un elemento di rilievo affatto trascurabile: la riapertura, in quello spazio, della contesa sul potere, che durante alcuni secoli l'ascesa degli Stati aveva risolto in via tendenzialmente stabile⁸².

Per la natura *aperta* di tale spazio, le categorie di validità/invalidità degli atti giuridici rimettono in discussione il proprio significato⁸³. Senz'approfondire un

⁷⁹ Così R. Treves, *Introduzione generale*, in Id. (cur.) *Diritto delle Comunità europee e diritto degli Stati membri*, Roma, 1969, p. 15: «ogni costruzione giuridica che intenda essere completa non può non partire da un'analisi del 'dover essere' e dell'«essere». Si può riscontrare però, specialmente in autori che gravitano attorno alle Comunità, una tendenza ad insistere su quello che si potrebbe chiamare un 'voler essere'».

⁸⁰ Un fenomeno non nuovo, né limitato al mondo delle scienze giuridiche: L. Capuana, *Gli -ismi contemporanei: verismo, simbolismo, idealismo, cosmopolitismo ed altri saggi di critica letteraria ed artistica*, Catania, 1898.

⁸¹ M. Poiars Maduro, *Three Claims of Constitutional Pluralism*, in M. Avbelj - J. Komárek (eds.) *Constitutional Pluralism and Beyond*, Oxford, 2012, p. 67 ss.

⁸² *Ex plurimis*, N. Bobbio, *Dal potere al diritto e viceversa* (1981) in *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* (T. Greco cur., introduzione A. Carrino) Torino, 2014, p. 171 ss.

⁸³ Cfr. P. Sandro, *Unlocking Legal Validity: Some Remarks on the Artificial Ontology of Law*, in P. Westerman - J. Hage - S. Kirste - A.R. Mackor (eds.) *Legal Validity and Soft Law*, Wien, 2018, p. 99 ss.

discorso complesso, esterno al tema qui investigato⁸⁴, occorre tuttavia ricordare che parametro per la valutazione di giuridicità delle *claims* succitate – ferma la legittima loro compresenza quali pretese politiche – è la capacità comunicativa intersistemica nel quadro costituzionale in cui tutte vengono ad operare: l'attitudine a rendersi comprensibili, *fruibili*, anche da chi non ne condivida il merito. Ove ne fossero prive, infatti, ne deriverebbe la radicalizzazione delle posizioni in gioco; sicché, l'equilibrio nei rapporti Stati-Unione patirebbe una rottura tanto più grave quanto più profondo il *vulnus* arrecato a interessi e diritti riconducibili a uno Stato dal diritto dell'Unione, o, viceversa, all'Unione dal diritto di uno Stato.

Insomma: ove il diritto statale e quello dell'Unione smettessero di comunicare, dalla reciproca radicalizzazione deriverebbe l'esclusione di talune posizioni, benché in principio legittime; peraltro – per il dialogo fra sordi che s'instaurerebbe – senza tener conto della loro sensibilità.

Deve, allora, dedursi che sia l'imposizione “assoluta”⁸⁵ del diritto dell'Unione, sia l'arbitrario rifiuto d'applicarlo contraddirebbero il quadro costituzionale creatosi nello spazio politico e giuridico europeo.

Questa conclusione si porta dietro un corollario minaccioso: tal contraddizione, ove sfociasse in decisa rottura, farebbe da preludio a un'Unione diversa da quella fin qui consolidatasi. Diversità che si apprezzerebbe, occorre dire, sia che la si guardasse dall'ottica sovranazionale – per cui l'uniformazione giuridica è obiettivo primario – sia che si considerasse la prospettiva di Stati riottosi ad una siffatta uniformazione e pronti a rivendicare la loro piena sovranità.

Che gli opposti *-ismi* conducano in realtà a un identico approdo, condividendo, in fondo, un'egual aspirazione a modificare il quadro costituzionale dell'Unione, ben emerge dalla vicenda di *Exit-Voice-Loyalty*, la formula che Joseph Weiler prende a prestito da Albert Hirschman per spiegare la parabola dell'integrazione nelle fasi della trasformazione dell'Europa⁸⁶. *Exit*, in tale ottica, è concetto-limite, *Grenzbegriff* in senso kantiano, per cui ai membri del consesso comune si riconoscono diritti di *Voice* commisurati alle pretese di *Loyalty*⁸⁷. Se *Voice* è insufficiente o inefficace a fronte di

⁸⁴ Su cui, da ultimo, S. Colloca, *Sul limite del diritto. Studio di filosofia dell'ordinamento giuridico*, Bari, 2022, p. 16 ss., *passim*.

⁸⁵ A. Arena, *Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 317 ss.

⁸⁶ In J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2450 ss.; cfr. T. Kostakopoulou, *Brexit, Voice and Loyalty: Reflections on Article 50 TEU*, in *European Law Review*, 2016, p. 487 ss.

⁸⁷ Sulla *loyalty* come “*federal fidelity*” nel diritto comparato e poi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr. M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, p. 47 ss., p. 209 ss.

pretese di *Loyalty* debordanti, l'equilibrio salta ed *Exit* si radicalizza⁸⁸ diviene, cioè, un'opzione concreta⁸⁹.

Di qui il paradosso: *Exit radicale*, prodotto di una rottura dell'equilibrio euro-unitario, si rivela solido terreno comune per posizioni sulla carta contrapposte.

Da un lato, infatti, è l'opzione che i sostenitori del primato *ad ogni costo* pongono come unica alternativa all'applicazione del diritto dell'Unione dettato dalla Corte di Giustizia.⁹⁰ Dall'altro lato, è la prova regina per i fautori di una piena e assoluta sovranità statale: non obbediamo perché restiamo pienamente sovrani, tant'è vero che possiamo sempre recedere.⁹¹

Quindi: *Exit*, ormai radicalizzata, è allo stesso tempo il segno della supremazia dell'Unione sugli Stati e quello della supremazia degli Stati sull'Unione. Posizioni, insomma, eguali e speculari fra loro. Un paradosso che si disvela in chiave politica: tale opzione, arma di pressione *in favore di* quegli Stati che, per peso economico, (geo)-politico e militare potrebbero servirsene con efficacia, diviene arma di ricatto *contro* quegli altri Stati che, per ragioni speculari, dalla "cacciata" dall'Unione avrebbero tutto da perdere. Esempi, in ambo i sensi, non mancano: il Regno Unito e la Grecia formano casi paradigmatici di *Exit* radicale perpetrati autonomamente⁹² o, piuttosto, subiti come minaccia;⁹³ gli Stati dell'Europa centro-orientale giocano sul filo delle maggioranze di cui all'art. 7 TUE,⁹⁴ e ingarbugliano il nodo dei rapporti

⁸⁸ M.A. Wilkinson, *Constitutional pluralism: Chronicle of a death foretold?*, in *European Law Journal*, 2017, p. 214.

⁸⁹ C. Closa Montero, *Interpreting Article 50: Exit & Voice and...what about Loyalty?*, EUI WP – RSCAS 2016/71, p. 1 ss. Cfr. M.E. Bartoloni, *L'impatto del recesso sul processo d'integrazione europea attraverso la lente della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 641 ss.

⁹⁰ R.D. Kelemen, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, in F. Fabbrini (ed.) *The ECJ, the ECB and the Supremacy of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law (Special Issue)* 2016, p. 136 ss.

⁹¹ D. Dixon, *Article 50 and Member State Sovereignty*, in *German Law Journal*, 2018, p. 901 ss.; cfr. M. Loughlin - S. Tierney, *The shibboleth of sovereignty*, in *Modern Law Review*, 2018, p. 989 ss.

⁹² P. Eeckhout - E. Franzio, *Brexit and Article 50 TEU: a constitutionalist reading*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 695 ss. Cfr. E. Olivito - G. Repetto, *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, no. 3.

⁹³ M.A. Wilkinson, *Constitutional pluralism: Chronicle of a death foretold?*, cit., p. 215 ss.; cfr. l'intervista di Philip Oltermann (*The Guardian*, 16 luglio 2015) a J. Habermas, il quale sostiene che l'atteggiamento punitivo della *Troika* nei confronti della Grecia sia stato cagionato dalla natura *lato sensu* eversiva, rispetto ai dettami ordoliberali, dell'approccio tenuto inizialmente dal governo di Atene, che intendeva restare nell'euro e provare a cambiarne le linee di funzionamento.

⁹⁴ P. Bárd - D.V. Kochenov, *War as a pretext to wave the rule of law goodbye? The case for an EU constitutional awakening*, in *European Law Journal*, 2021, p. 39 ss.; cfr. K. Lane Scheppelle - L. Pech - S. Platon, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog.de*, 13 dicembre 2020, e R. Uitz, *The Rule of Law in the EU: Crisis, Differentiation, Conditionality*, in *European Papers*, 2022, p. 929 ss.

euro-atlantici con gli Stati del confine Est – oggi schiacciato da pressioni debordanti, sconvolto com'è dalla guerra russo-ucraina⁹⁵.

Se si segue questa linea, la rottura dell'equilibrio *Exit-Voice-Loyalty* – sia dalla prospettiva di una rivendicazione piena della sovranità statale, sia dall'ottica di un primato incondizionato del diritto dell'Unione – conduce a una deviazione radicale dal percorso della costituzionalizzazione. Dal consolidamento di un regime siffatto non conseguirebbe il completamento di quel percorso⁹⁶: al contrario, ne risulterebbe costituzionalizzata un'Unione assai diversa da quella che è venuta ad edificarsi sulla base delle costituzioni nazionali. In questa rinnovata costruzione, alcuni membri diventerebbero “*ex*” e gli altri si consegnerebbero a un ente strutturalmente *diseguale*, in cui taluni Stati o gruppi di Stati imporrebbero, volta per volta, il loro peso economico, politico e militare, senza che il diritto abbia modo di opporsi alla legge del più forte.

Che tale scenario contempi *sia* l'imposizione di un primato senza condizioni, *sia* il riconoscimento della piena sovranità degli Stati – si badi: tutt'e due insieme – squarcia il velo sulle *tante verità e bugie* che affollano il dibattito sull'Europa. Allora, l'alternativa non è fra *sovranismo* ed *europesismo*, come con formula stantia – né scevra da interessi inaspettatamente convergenti – usa ripetersi; ma tra rispetto dei limiti costituzionali dell'integrazione e loro abdicazione dinanzi allo *strapotere del fatto*, che ambisce a rastremare le cerchie dei gruppi dirigenti depauperando l'inclusività delle strutture costituzionali statali ed euro-unitarie – entrambe, in principio, costruite nell'ottica di una difesa dei valori repubblicani della democrazia pluralista. Tale abdicazione, ove generasse diritto consolidato, aprirebbe la strada a scenari *pre-costituzionali*⁹⁷, in cui la nuda forza – politica, economica e finanche militare – attribuirebbe, *travestita da legge*, la ragione e il torto⁹⁸.

⁹⁵ Cfr. A. Szczerbiak, *How will the Russia-Ukraine war affect Poland's rule of law dispute with the EU?*, in *LSE Blogs*, 8 luglio 2022, ove si commenta lo scambio UE-Polonia tra impegno bellico in chiave antirussa e allentamento della pressione europea sull'indipendenza giudiziale e il rispetto della *rule of law*. Ironicamente, è un *ex* presidente polacco a indicare la via della *rule of law* all'Ucraina se dovesse concretizzarsi la sua adesione all'Unione: A. Kwaśniewski, *A truly European Ukraine needs both victory and stronger rule of law*, in *Il Politico*, 21 dicembre 2022.

⁹⁶ Cfr. l'analisi di W. Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford, 2012, il quale mette in relazione l'avvio di questo processo, inedito nel costituzionalismo europeo contemporaneo, con l'allargamento ad est dell'Unione e l'ipertrofico rafforzamento della dimensione giudiziale della tutela dei diritti, sia dal lato della CEDU (p. 49 ss.) sia da quello dell'Unione (p. 66 ss).

⁹⁷ Con riferimento alla revisione della Costituzione, sostiene P. Calamandrei, *Intervento* nella Seduta del 4 marzo 1947 dell'Assemblea Costituente, che qualora si abrogasse l'Art. 139 Cost. per la via ordinaria dell'Art. 138 Cost. «... si ritornerebbe allo stato di fatto, allo stato meramente politico in cui tutte le forze politiche sarebbero di nuovo in libertà senza avere più nessuna costrizione di carattere legalitario». L'affermazione è commentata da S. Colloca, *Sul limite del diritto*, cit., p. 95, per il quale, col superamento del limite posto ad ultima frontiera dall'ordine costituzionale si uscirebbe «non da un diritto (per passare ad altro diritto) ma dal diritto stesso» [corsivi dell'A.].

⁹⁸ Nella bella immagine che trae dal Boccaccio A. Vespaziani, “*Force Disguised as Reason*”: *Law, Jurists, and Constituent Power in Boccaccio's Decameron*, in *German Law Journal*, 2018, p. 879 ss. Sulla

Perciò, le alternative sono due. Se si considera *diritto il fatto* che da talune parti, presuntivamente contrapposte fra loro, sull'onda degli eventi si contrabbanda come latore di obblighi giuridici, si giunge alla conclusione di avallare un mutamento strutturale dell'Unione tale da stravolgere il quadro costituzionale di riferimento, in rottura con le Carte statali e con gli assetti socio-politici e giuridico-costituzionali da esse custoditi – nonché, se così può dirsi, con l'indole repubblicana dei valori che danno fondamento all'Europa. Oppure, se si opta per la fedeltà a tale quadro, deve convergersi su una duplice direttrice, che detta le coordinate del metodo appropriato in vista di un'indagine sui rapporti fra Stati e Unione. Di tale direttrice è opportuna un'esposizione ravvicinata.

Primo. Ricollegare l'unica autorità sovrana agli Stati, per cui l'Unione sarebbe *in toto* dipendente dalla loro volontà – ossia, sostanzialmente disponibile a ciascuno di essi – è una posizione di parte: eguale e speculare a quella, anch'essa di parte, degli alfieri di una supremazia incondizionata del diritto dell'Unione. Entrambe, infatti, obliterano *un pezzo della storia* per rileggere a proprio esclusivo tornaconto il quadro costituzionale che le ospita.

Secondo. Tali posizioni, opposte in principio, sono in realtà complementari, poiché strumentali all'istituzione di un nuovo modello di Unione. Questo modello, ove si affermasse quale diritto, partorirebbe un'Unione diversa, che stravolgerebbe, in luogo di custodirne i semi, il quadro costituzionale in cui è nata e nel quale oggi s'inscrive.

Di qui la terza questione.

Onde si eviti una deriva come quella appena descritta, è necessario – meglio: giuridicamente doveroso, finché si resti nel quadro costituzionale euro-unitario – tutelare il ruolo delle Corti apicali statali nella costruzione della clausola identitaria, ed opporsi alla pretesa della Corte di Giustizia di stabilirne, essa sola, il contenuto. Dietro al “rispetto” per l'identità degli Stati, infatti, c'è il *via libera* all'applicazione prioritaria del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati *anche* costituzionale: quindi – si è già detto – il riconoscimento d'un percorso per cui il *moto* costituzionale convergente degli ordinamenti statali legittima l'estensione del diritto dell'Unione al campo presidiato dalle costituzioni⁹⁹. Tale vincolo, lungi dal tradursi in mero ossequio formale, ha ampia portata sostanziale: poggia, infatti, su un robusto retroterra politico, e da qui direttamente incide sugli assetti sociali interni a ciascuno Stato. Grazie a questo vincolo, infatti, si consente, per l'assimilabilità in concreto dei rispettivi livelli di tutela, il transito dal piano dei rapporti fra ordinamenti a quello della tutela dei diritti. In forza di esso, ove restino fungibili i regimi sotto il profilo

tendenza del potere a presentare sé medesimo come neutro, *impolitico*, e i propri interlocutori come politicizzati, C. Schmitt, *Il concetto di “politico”*, cit., p. 102 ss.

⁹⁹ Sulla nozione di moto, e sulle sue diverse sfumature, M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 2013, no. 1, p. 1 ss.; specificamente, quanto ai rapporti con l'Unione, A. Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 2018, no. 20, p. 1 ss.

sostanziale degli assetti d'interessi protetti, il quesito sul titolare formale della sovranità si *neutralizza*, e la risposta ad esso diviene pleonastica; di tal ché, può rinviarsene *sine die* la soluzione e guardare alla sostanza dei singoli casi, affidando alla comparazione giuridica – nell'alveo della ragionevolezza delle soluzioni formulate in via giudiziale – il compito di fungere da «grammatica»¹⁰⁰ di un dialogo intersistemico¹⁰¹.

Testimonianza chiave di un siffatto retroterra è l'art. 6 TUE *post*-Amsterdam, in cui «l'identità nazionale» mette a sistema i «principi comuni agli Stati membri» di cui al primo comma – libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto – coi diritti fondamentali che l'Unione tutela in quanto principi generali di diritto comunitario, ricavati dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni (al secondo comma); e da tale sistema ricava, al quarto comma, un argine al teleologismo interpretativo nel delineare le competenze dell'Unione. Diretta discendente dell'art. F redatto a Maastricht, questa norma traduce il “rispetto” che l'Unione tributa all'auto-governo democratico degli Stati in un legame tra valori fondamentali dell'Unione e tradizioni costituzionali comuni, presidiato dalla clausola identitaria¹⁰².

Quel legame, allora, non può risolversi in un semplice problema interpretativo, perché sottende una questione politico-istituzionale. Il citato transito dai rapporti fra ordinamenti alla tutela dei diritti implica, difatti, uno scambio: neutralizzazione della contesa sull'autorità sovrana in cambio di *praktische Konkordanz*. Sicché, l'identità nazionale – in uno al “rispetto” che l'Unione le deve – è perno della trasformazione del diritto (costituzionale) degli Stati in diritto euro-unitario; un processo perennemente *in fieri*, che diviene possibile perché, legandosi al rispetto della clausola identitaria, l'Unione preserva l'aggancio con gli ordinamenti statali e ne perpetua l'*acquis* costituzionale pur superando, di fatto, il diritto costituzionale che tale *acquis* custodisce.

In altre parole: il “rispetto” dell'identità nazionale alimenta la fiamma del consenso originario, informandosi alle posizioni volta per volta maturate in seno agli Stati per forgiare, mercé l'opera della Corte di Giustizia, il diritto comune.

Ne consegue che le Corti costituzionali, o comunque apicali, degli Stati devono essere incluse nella rielaborazione del contenuto concreto protetto dalla clausola identitaria. Difatti, se il “rispetto” dell'identità cela, in ultima istanza, il nodo della sovranità permettendone, di volta in volta, lo scioglimento in *praktische Konkordanz*,

¹⁰⁰ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, p. 315 ss., p. 319.

¹⁰¹ V. Sciarabba, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, p. 47 ss.

¹⁰² M. Fichera - O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions*, cit., p. 1102 ss.; cfr. M. Graziadei - R. de Caria, *The “Constitutional Traditions Common to the Member States” in the Case-Law of the European Court of Justice*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 2017, p. 949 ss.

delle due l'una: o tale concordia si dà per presunta indipendentemente dalla concreta posizione dello Stato coinvolto (che pure avrebbe da “concordare praticamente” con quella dell'Unione), o tali posizioni non possono che emergere all'esito di due separati processi nomopoietici. Se, infatti, il giudice costituzionale non facesse che ripetere la posizione della Corte di Giustizia, abdicerebbe alla funzione mediatrice che gli assegna la costituzione: porsi da tramite fra libertà dell'individuo, ancorché *europizzato*, e auto-determinazione collettiva¹⁰³. Privata di un suo spazio autonomo, la funzione “maieutica” del giudizio di costituzionalità verrebbe sacrificata¹⁰⁴ in uno alla riconoscibilità del sistema-Stato¹⁰⁵; e le posizioni ivi difese resterebbero affidate alla sola valutazione del giudice di Lussemburgo, sulle cui spalle ricadrebbe l'onere, a quel punto diabolico, di «*keeping the dream alive*»¹⁰⁶.

Detto più semplicemente: se le Corti apicali non fossero coinvolte, il diritto degli Stati non sarebbe più prodotto dell'azione di un ente politico-istituzionale *vivo*, la cui vitalità alimenta quella dell'Unione; resterebbe un mero deposito di argomenti e concetti, egregio, se si vuole, per raffinatezza tecnica e per altezza di pensiero, ma non imparagonabile al *Corpus Juris* Giustiniano, da cui decisori esterni al relativo ordinamento attingerebbero quel che meglio rafforzi la soluzione cui si sarebbero per altra via determinati.

Se così fosse, dovrebbe darsi conto di un mutamento costituzionale strutturale inerente all'imputazione della sovranità politica¹⁰⁷. Tale mutamento, a ben vedere, tradurrebbe in diritto quella sfiducia¹⁰⁸, o magari paura,¹⁰⁹ verso la sovranità popolare che animava parte dei ceti dirigenti nel secondo dopoguerra in Europa occidentale¹¹⁰: quelli legati, in politica economica, al filone conservatore dello *Starker Staat*¹¹¹ e

¹⁰³ J. Komárek, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 525 ss.

¹⁰⁴ M. Kumm, *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, p. 153 ss.

¹⁰⁵ E, quindi, della valenza della costituzione nazionale come “sistema dei sistemi”: A. Ruggeri, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in *Diritticomparati.it*, 2013, p. 1 ss; dello stesso A., cfr. *L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in *Riv. AIC*, 2014, no. 2, p. 1 ss.

¹⁰⁶ A. Vauchez, *Keeping the dream alive: the European Court of Justice and the transnational fabric of integrationist jurisprudence*, in *European Political Science Review*, 4, 1, 2012, p. 51 ss.

¹⁰⁷ «*As a representation of the autonomy of the political*»: M. Loughlin, *Sovereignty*, in Id., *The Idea of Public Law*, Oxford, 2003, p. 73.

¹⁰⁸ J.-W. Müller, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, New Haven, 2011, p. 146-150.

¹⁰⁹ C. Möllers, *We are (afraid of) the People*, in M. Loughlin - N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2008, p. 88-90.

¹¹⁰ M.A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford, 2021, p. 81 ss., p. 147 ss., *passim*.

¹¹¹ Di cui in C. Schmitt, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft* (1932), in Id., *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916 – 1969*, Berlin, 1995, 71-94; cfr. W. Bonefeld, *Economic Constitution and Authoritarian Liberalism: Carl Schmitt and the Idea of a Sound Economy*, in G. Grégoire - X. Miny (eds.) *The Idea of Economic Constitution in Europe: Genealogy and Overview*, Leiden, 2022, p. 182 ss.

disponibili a sostenere forme anche spinte di (neo-)liberalismo¹¹². S'inclinerebbe così il piano dei valori repubblicani verso uno solo dei filoni che lo inaffiano, mentre gli altri resterebbero tendenzialmente *fuori dal diritto*.

Una svolta così nitida non potrebbe restare priva di conseguenze sistemiche. Ne risulterebbe, infatti, depauperata sul piano giuridico la novità più rilevante delle Carte del secondo dopoguerra: il suffragio universale di persone eguali, capaci, per la dignità che posseggono in egual misura¹¹³, di godere di libertà eguale¹¹⁴ nell'auto-determinarsi come singoli e all'interno di formazioni sociali.

Grazie a tale qualità, com'è noto, la persona è messa in grado di contribuire alla determinazione del contenuto concreto dei diritti riconosciuti dallo Stato con le forme e i modi previsti dalla Costituzione stessa – riconoscimento, si è detto, opposto ad elargizione, caratteristica invece delle Carte ottriate dell'Ottocento. Ora: in assenza di modifiche di diritto positivo commisurate ad una svolta di tale portata, quel mutamento, ove unto dal crisma della giuridicità, attingerebbe alle categorie della costituzione materiale di mortatiana memoria¹¹⁵, o a quelle della decisione ultima nello stato d'eccezione¹¹⁶; legittimando, in tutti e due i casi, l'incontrollato – quindi, indebito – travaso del fatto nel diritto.

Cosicché, con l'abbandono della novità più saliente della democrazia pluralista quale concepita e costruita all'indomani del secondo conflitto mondiale, diverrebbe palese il *regresso* dell'Unione e degli Stati stessi verso epoche del costituzionalismo anteriori a quelle costituzioni di cui, pure, l'integrazione avrebbe dovuto preservare l'*acquis*. Lo spazio euro-unitario si modellerebbe attorno a una forma politica inedita, quella di un'*Unione* ricalcata su schemi propri dello Stato ottocentesco; con l'effetto, poi, di rispolverare l'apparato concettuale del tempo, per il cui tramite si riaffacciano all'arena politica e al pubblico dibattito narrazioni ed istituti giuridici di cui l'Europa aveva dichiarato di volersi disfare per sempre¹¹⁷.

¹¹² W. Streeck, *Gekaufte Zeit* (2013) ed. ingl. (P. Camiller) *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, London, 2014, p. 97 ss.

¹¹³ J. Habermas, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, in *Metaphilosophy*, 41, 4, 2010, p. 464 ss.

¹¹⁴ E. Balibar, *La proposition de l'égaliberté. Essais politiques 1989-2009*, Paris, 2010, p. 15-21, *passim*.

¹¹⁵ Su cui, da ultimo, G. Romeo, *A Material Understanding of Constitutional Changes. Revisiting 'Constitutional Maintenance' Doctrines*, in M. Goldoni - M. Wilkinson (eds.) *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge, 2023, p. 261 ss; si veda il classico C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940) Milano, 1998, con premessa di G. Zagrebelsky, in part. P. 115 ss.

¹¹⁶ C. Schmitt, *Teologia politica: Quattro capitoli sulla teoria della sovranità*, in Id., *Le categorie del "politico"*, cit., p. 29 ss.; cfr., con riguardo all'Unione monetaria, L. Buffoni, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso 'decisivo'*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, p. 22 ss.

¹¹⁷ C. Joerges, *Europe a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of the Integration Project*, in C. Joerges - N. S. Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and Its Legal Traditions*, Oxford, 2003, p. 167 ss.

3. Corti nazionali verso un modello comune di argomento identitario: profili comparatistici

Poste tali necessarie premesse, si consideri più analiticamente il contenuto della clausola identitaria, a partire dai concetti che vi fanno capo. In linea generale, può definirsi l'identità come il campo concettuale in cui il diritto euro-unitario cessa d'identificarsi *presuntivamente* col diritto dell'Unione e dà spazio alle *competing claims* provenienti dal livello europeo e da quello statale. In questo campo, allora, entrano tutte quelle questioni in cui posizioni giuridiche sensibili dell'Unione e di uno o più Stati entrano in *collisione* reciproca¹¹⁸. S'interrompe, allora, il transito da rapporti fra ordinamenti a tutela dei diritti: la *praktische Konkordanz* che lo giustifica, infatti, non si verifica, trovandosi Stati e Unione dinanzi a conflitti tanto acuti da non potersi risolvere, in prima battuta, secondo il diritto dell'Unione così come consolidatosi nella pratica dell'integrazione. Sicché, si ripristina in seno allo spazio euro-unitario il confine tra ordinamenti statali e diritto dell'Unione, la cui riemersione impedisce di considerare quest'ultimo come *ius commune*¹¹⁹ di un unico ordinamento.

Ciò posto, la necessaria convivenza, entro il campo identitario, di argomenti contrapposti all'interno di una cornice comune impone talune regole d'ingaggio ai rispettivi portatori¹²⁰. Se la Corte di Giustizia tributa il dovuto "rispetto" all'interlocutore statale, questi, a sua volta, è vincolato a un certo stile nel sollevare i propri argomenti. Come si è detto, in un campo conteso qual è quello identitario, privo di un sovrano *a priori*, la sola bussola della legittimità del diritto è il quadro costituzionale euro-unitario che risulta dalla parabola dell'integrazione. Pertanto, la capacità di comunicazione intersistemica, finalizzata a una pacifica convivenza degli Stati su un piano di eguaglianza, è parametro per riconoscere un certo grado di obbligatorietà giuridica agli argomenti addotti, i quali dovranno garantire, in concreto, quella stessa capacità di risolvere i conflitti che assicurerebbe in astratto un sovrano la cui autorità fosse pacificamente riconosciuta.

Quindi, il livello di accettabilità di un argomento identitario si calcola sulla sua capacità di declinarsi in chiave euro-unitaria, rendendosi fruibile e comprensibile a

¹¹⁸ Su tale concetto, A. Golia jr., *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, cit., p. 247 ss.; cfr. M. Schladebach, *Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip*, cit.; da ultimo, C. Joerges, *Kollisionsrecht als Form der Verfassung Europas*, in Id., *Konflikt und Transformation: Essays zur Europäischen Rechtspolitik*, Baden-Baden, 2022, p. 463 ss.

¹¹⁹ A. Nieto, *El Derecho comunitario europeo como Derecho común vulgar*, in *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, p. 25 ss.

¹²⁰ È, questa, un'opinione generalmente condivisa in dottrina, sia pure nelle diversità d'approccio: cfr., ad es., G. Di Federico, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione Europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, p. 65 ss.; G. Halmai, *Concluding Remarks*, in *Italian Journal of Public Law* (Special Issue: "Constitutional Adjudication: Traditions and Horizon"), 2, 2, 2018, p. 477 ss.; F.-X. Millet, *Successfully Articulating National Constitutional Identity Claims: Strait is the Gate and Narrow is the Way*, in *European Public Law*, 27, 3, 2021, p. 571 ss.; A. Schnettger, *Art. 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European System*, in C. Callies - G. van der Schyff (eds.), *Constitutional Identity*, cit., p. 153 ss.; A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict in the European Union*, Oxford, 2022, p. 66 ss.

tutti gli interlocutori. Da un lato, esso ha a parametro il quadro costituzionale complessivo, su cui misura il *vulnus* che la norma di diritto dell'Unione arrecherebbe all'ordinamento statale; dall'altro, si pone nell'ottica di un superamento delle mutue divergenze, avendo quindi ad orizzonte, benché prospettico e soltanto futuro, l'applicazione uniforme del diritto europeo e non invece la perpetuazione *ad libitum* di una riserva di competenza statale.

Un argomento siffatto, leggendo la clausola identitaria in senso euro-unitario, contribuirebbe a forgiare un alfabeto comune tra i diversi sistemi statali e il sistema-Unione; e quest'alfabeto, nel declinare le opposte pretese normative, consentirebbe di porre condizioni giuridiche al primato del diritto dell'Unione che siano sorrette da un apparato concettuale universalizzabile, quindi mutualmente comprensibile dall'Unione e da ciascuno Stato – tale, cioè, da rimpinguare, e non svilire, il *corpus* dei principi di diritto euro-unitario¹²¹.

La tesi qui presentata, mercé l'esame comparato di alcune recenti pronunce di Corti apicali statali e della Corte di Giustizia, sostiene che – malgrado le reciproche dissonanze e le notevoli asperità da smussare – è possibile discernere alcuni tratti salienti di quest'alfabeto comune nell'interpretazione che della clausola identitaria offrono queste Corti. Tali interpretazioni sembrano superare la classica bipartizione fra scrutinio *ultra vires* e identitario, giacché mescolano elementi di entrambi, determinandone la progressiva convergenza in un modello unico.

3.1. *Il New Judicial Federalism, ieri e oggi*

aa. Con l'aumento, per numero e peso, delle questioni pregiudiziali sollevate da Corti apicali degli Stati, il conflitto costituzionale nell'ultimo decennio ha esibito una prassi abbondante¹²², e numerosi sono stati gli argomenti *identitari*¹²³. Tuttavia, l'approccio dei giudici statali nel sollevare tali argomenti ha mostrato non di rado irriducibili diversità.

Negli anni scorsi, com'è noto, si è registrato un orientamento alquanto radicale da parte della Corte costituzionale ungherese, che – icasticamente, con la sentenza

¹²¹ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., 207s.; cfr., per un'efficace sintesi, T. Tridimas, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 16, 2014, p. 361 ss., e A. von Bogdandy, *Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 4, 2014, p. 980 ss. Più in generale, il classico studio di M. Koskeniemi, *General principles: reflections on constructivist thinking in international law* (1985), in Id. (ed.), *Sources of International Law* (2000), London – New York, 2016, p. 359-401.

¹²² A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., p. 75 ss., p. 129 ss.; cfr. V. Salese, *The EU integration through the lenses of domestic Constitutional/Supreme Courts: the material scope of constitutional clashes*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2022, p. 877 ss..

¹²³ Nella terminologia di J.H.H. Weiler - D. Lustig, *Judicial Review in the Contemporary World: Retrospective and Prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, 2, 2018, p. 315 ss.

22/2016¹²⁴ – ha costruito la «*Hungary's constitutional self-identity*» come concetto *altro* dalla sovranità, e ad essa antecedente. Riferimenti di un'identità siffatta non si ritrovano solo nella Legge fondamentale o nella Dichiarazione nazionale che la apre, ma in un ragionamento più ampio, che si affaccia, in ultima analisi, alla «*historical constitution*» dell'Ungheria. Per cui, subordinando il controllo sulle competenze (*sovereignty control*) a quello identitario, il giudice magiaro dà corpo a un concetto dai tratti indefiniti, all'ombra del quale ogni norma “sgradita” di diritto dell'Unione potrebbe dichiararsi illegittima. Tale concetto, infatti, trascende il diritto positivo: non coincide con «*a list of static and closed values*» ma va ricostruito caso per caso, prendendo le norme a mero indizio, poiché

«... *the constitutional self-identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law – it is merely acknowledged by the Fundamental Law*»¹²⁵.

Così declinata, la clausola identitaria sfuma in una dimensione *extra-giuridica*: i rapporti Stati-Unione dipenderebbero, infatti, da categorie antropologiche, etiche e sociali, la cui traduzione in norma concreta spetterebbe in via esclusiva ai giudici di Budapest.

In tal guisa costruita, però, l'identità si rovescia nel suo doppio oscuro, ripiegando su toni propri di un nazionalismo etnocentrico, esclusivo, non per forza pacifico¹²⁶. Risulta allora inservibile al duplice compito cui è preposta: non potrebbe, infatti, né preparare il terreno a una costituzione democratico-pluralista per un ente non-statale, né forgiare idiomi comuni per la trattazione dei conflitti costituzionali relativi. Militerebbe, anzi, in senso *diametralmente* opposto¹²⁷. Con riguardo al primo, rafforzerebbe l'identificazione Stato-costituzione, presentando quest'ultima come dichiarativa di un'unità *pre-giuridica*, legata alle radici etniche del popolo magiaro e non esportabile in contesti sovranazionali¹²⁸. Quanto al secondo, si studierebbe di formare strumenti e concetti tali da istituire una riserva di competenza a favore dello Stato, onde una pletora di casi concreti, in numero indefinibile *a priori*, sia, oggi e per il futuro, sottratta all'applicazione del diritto dell'Unione; così rifiutando in principio l'ottica di un sistema euro-unitario, dalla quale risulta incomprensibile, non fruibile¹²⁹.

¹²⁴ Magyarország Alkotmánybírósága, Decisione 22/2016. (XII. 5.) AB sull'interpretazione dell'art. E(2) della Legge fondamentale, 30 novembre 2016.

¹²⁵ *Ibid.*, par. 67.

¹²⁶ Z. Körtvélyesi - B. Majtényi, *Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary*, in *German Law Journal*, 18, 7, 2017, p. 1721 ss.

¹²⁷ G. Halmai, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law*, in *Review of Central and East European Law*, 43, 1, 2018, p. 23 ss.

¹²⁸ T. Drinóczi, *Hungarian Constitutional Court: The Limits of EU Law in the Hungarian Legal System*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, 2, 2018, p. 315 ss.

¹²⁹ M. Bánkuti - G. Halmai - K. Lane Scheppele, *Hungary's Illiberal Turn. Disabling the Constitution*, in *Journal of Democracy*, 23, 3, 2012, p. 138 ss.

Non è stata questa, tuttavia, l'unica ricostruzione della clausola identitaria nell'esame comparato della giurisprudenza nazionale. Al contrario, il linguaggio dei conflitti costituzionali euro-unitari ha trovato ulteriori declinazioni già nella coeva giurisprudenza nazionale, peraltro già esaminati dalla dottrina in chiave euro-comparata¹³⁰.

A mo' di tasselli per la costruzione di un mosaico coerente, si sceglie di trattare le pronunce dei giudici apicali della Danimarca, della Romania e della Germania. Le diversità d'approccio di queste Corti mostrano due peculiarità, il che rende ragione della scelta e dello studio comparato: da un canto si risolvono in una sostanziale complementarità pur in un medesimo disegno concettuale, d'altro canto permettono di costruire un parametro ben articolato, al quale possono essere ricondotti con agio gli schemi di ragionamento di altri giudici apicali.

In *Ajos*¹³¹, nel dicembre 2016, la Corte Suprema di Copenaghen ricostruisce i rapporti fra ordinamenti in base al principio di certezza del diritto. Tale principio, arguisce, verrebbe minato là dove un effetto giuridico non prevedibile sulla base dell'atto di adesione della Danimarca all'Unione fosse dedotto in via ermeneutica quale norma avente effetti diretti, e applicato in capo ai cittadini danesi in luogo del diritto interno¹³².

In particolare, per i giudici danesi, malgrado possa in generale presumersi che le decisioni della Corte di Giustizia stiano nel perimetro della sovranità delegata all'Unione con l'atto di adesione,

*«... should the extraordinary situation arise in which it can be held, with the requisite certainty, that an EC legal act upheld by the EC Court of Justice is based on an application of the Treaty that falls outside the scope of the delegation of sovereignty effected by the Law on accession, Danish courts must hold that EC legal act to be inapplicable in Denmark. The same holds true in respect of EC legal rules and legal principles, which are based on the EC Court of Justice's case law».*¹³³

I giudici dello *Højesteret* rinunciano a servirsi del concetto di identità – forse reputandolo troppo compromesso col figurino etnocentrico dopo la citata pronuncia (di una settimana prima!) della Corte ungherese – ma seguono un percorso alquanto compatibile con quello che l'identità euro-unitaria ambisce a ricalcare. Infatti, nel ripercorrere l'evoluzione storico-costituzionale dell'integrazione, si dispongono a svolgere i due compiti che si sono ricondotti all'identità: superano l'identificazione

¹³⁰ *Ex multis*, G. Zaccaroni, *The good, the bad, and the ugly: national Constitutional Courts and the EU constitutional identity*, in *Italian Journal of Public Law*, 2, 2018, p. 421 ss.

¹³¹ *Højesteret*, 15/2014, *Ajos*, 6 dicembre 2016.

¹³² H. Krunke - S. Klinge, *The Danish Ajos Case: The Missing Case from Maastricht and Lisbon*, in *European Papers*, 3, 1, 2018, p. 160 ss., p. 171 ss.

¹³³ *Ajos*, cit., par. 9.6.

Stato-costituzione e contribuiscono a formare un linguaggio comune nei rapporti intersistemici.

Quanto al primo compito, essi ammettono che il diritto euro-unitario prevale, in via generale, sul diritto interno anche costituzionale, purché tale applicazione sia prevedibile sulla base dell'atto di adesione – ossia, rimanga nei limiti della sovranità delegata. Non v'è, dunque, alcun cenno a matrici etniche, o nazionalistiche di altra sorta, che ostino a un'integrazione europea futura, ovvero ne rendano indefiniti i confini: i confini fra ordinamenti sono ripristinati solo in situazioni straordinarie, mentre di regola scompaiono nel flusso euro-unitario – ritenendosi ciò *in toto* compatibile con l'ordinamento costituzionale nazionale.

Rispetto al secondo compito, la Corte danese adopera un linguaggio che appare fruibile – nel lessico e nell'*iter* argomentativo – per tutti gli interlocutori dello spazio euro-unitario. In specie, non istituisce né vuol difendere, in linea di principio, una riserva intangibile di competenza statale. Non si rinvengono, nella pronuncia, cenni alla necessità che taluni argomenti siano sottratti *tout court* – oggi ed in futuro – all'applicazione del diritto dell'Unione. Anzi: ove l'atto di adesione fosse emendato dal diritto positivo, istituendo nuove delegazioni di sovranità, si eviterebbe il *vulnus* alla certezza del diritto, e non vi sarebbero ulteriori ostacoli per applicare il diritto dell'Unione all'ambito intercettato dal caso di specie. Il ragionamento dei giudici, quindi, è strumentale alla prosecuzione del cammino euro-unitario, e in quest'ottica si pone; semplicemente, restituisce alla politica la responsabilità della decisione in un certo novero di casi, identificabili come tutti quelli in cui la norma di diritto dell'Unione che si pretende di derivare in via interpretativa risulta *troppo* lontana dalla lettera della rispettiva base giuridica per potersi dire rispettosa del principio di certezza del diritto.

Non sfugge come la Corte danese, in tal modo, contribuisca a definire i principi comuni che innervano i valori fondamentali dell'Unione: l'itinerario che propone non resta confinato alla sola realtà danese, ma si fa patrimonio comune dello spazio euro-unitario¹³⁴. Si rafforza, quindi, il sostrato concettuale della certezza del diritto come principio generale del diritto comune: invocabile non solo dai cittadini danesi, ma da tutti i cittadini dell'Unione, che potrebbero appropriarsi degli argomenti conati dallo *Højesteret* per difendersi dall'applicazione prioritaria di una norma di diritto dell'Unione che risultasse, dalla loro prospettiva, viziata perché foriera d'irrimediabile incertezza.

In particolare, si noti che, così impostato, il conflitto costituzionale sposta il proprio *focus* dal caso concreto alla relazione fra due grandezze astratte. La prima riguarda il tenore letterale delle disposizioni di diritto dell'Unione e dello Stato sulle quali si basa la norma di diritto dell'Unione che si pretende di applicare. La seconda

¹³⁴ H. Krunke - T. Baumbach, *The Role of the Danish Constitution in European and Transnational Governance*, in A. Albi - S. Bardutzky (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, Cham, p. 272 ss.

mira al contenuto precettivo della norma stessa – cioè, alle conseguenze giuridiche che l'Unione pretende di trarre dall'applicazione di quella norma – valutandone il profilo della prevedibilità-cerchezza dall'ottica del destinatario. Il transito dal piano della tutela materiale dei diritti a quello formale dei rapporti tra ordinamenti viene, in tal modo, regolato da un principio giuridico fruibile su scala europea: la certezza del diritto, la quale funge da ponte fra pretese normative contrapposte.

Sicché, l'argomento identitario secondo il massimo giudice danese prevede che non sia possibile applicare il diritto dell'Unione là dove le situazioni giuridiche riconducibili ai destinatari risultino avvolte, in conseguenza di tale applicazione, da non dissipabile incertezza. Ne deriva l'insegnamento che segue: l'interpretazione del diritto dell'Unione non può spingersi ad istituire norme non ragionevolmente prevedibili sulla base del mandato conferito alle istituzioni sovranazionali.

Così strutturata, l'identità nazionale svolgerebbe entrambi i compiti ad essa affidati dal diritto euro-unitario. Negherebbe, sì, al diritto dell'Unione, priorità applicativa dinanzi a una peculiarità irriducibile sancita dal diritto statale; tuttavia, non si sottrarrebbe per ciò solo al negoziato politico volto alla discussione di tale peculiarità. Risulterebbe, quindi, funzionale al mutuo accomodamento delle parti in vista di un'applicazione uniforme del diritto comune.

Sicché, la rilettura della clausola identitaria attorno al principio di certezza del diritto pare in grado di apportare un *quid pluris* nella comunicazione intersistemica fra giudici. Ad esempio, aprirebbe uno spiraglio nella difesa tenace, da parte della Corte costituzionale italiana, della riserva di competenza statale¹³⁵. La “irrimediabile indeterminazione” che affligge l'art. 325 TFUE, infatti, osta a che la disapplicazione della prescrizione scatti, *pro futuro*, in conseguenza della sola pronuncia della Corte di Giustizia¹³⁶; ma non chiude alla possibilità che un ulteriore intervento legislativo, se del caso in sede di modifica dei Trattati stessi, possa intervenire sulla materia. Per cui, in una sentenza tutta incentrata sulla violazione del controlimite materiale presidiato dal principio di legalità penale¹³⁷, emerge un profilo procedurale che lega tale questione alla certezza del diritto¹³⁸ e che ha l'effetto di rendere fruibile, almeno in parte, il ragionamento che la ispira su scala intersistemica, al di là della peculiarità

¹³⁵ C. Cupelli, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6, 2018, p. 227 ss.

¹³⁶ G. Repetto, *Quello che Lussemburgo (non) dice. Note minime su Taricco II*, in *Diritticomparati.it*, 21 dicembre 2017, p. 3; P. Faraguna, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritticomparati.it*, 5 giugno 2018, p. 5 ss.

¹³⁷ F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in A. Bernardi (cur.) *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, p. 177 ss.

¹³⁸ Profilo, peraltro, assai prossimo a quello della riserva di legge, le cui potenzialità vengono approfondite nella giurisprudenza romana e tedesca (*infra*): lo rileva G. Piccirilli, *The 'Taricco Saga': the Italian Constitutional Court continues its European Journey*, in *European Constitutional Law Review*, 14, 4, 2018, p. 828. Dello stesso A., sul tema, cfr. *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, Torino, 2019, p. 95 ss., p. 138 ss.

concreta – tutta italiana, e francamente non sempre nitida – della prescrizione come norma sostanziale¹³⁹.

Di recente, la Corte costituzionale romena¹⁴⁰ si è spesa per fortificare l'edificio teorico della clausola identitaria attorno alla certezza del diritto¹⁴¹. Nell'opporsi alla disapplicazione delle leggi interne sul ruolo e sull'organizzazione del giudiziario per violazione della *rule of law*, i giudici romeni giustificano il ripristino della superiorità gerarchica della Costituzione alla luce del principio di sovranità popolare, sulla cui base collocano il principio di legalità per poi apporre – a corollario di entrambi – quello di certezza del diritto¹⁴².

Tale costruzione arricchisce la clausola *ex art. 4(2) TUE* di nuovi elementi. Difatti, il diritto dell'Unione violerebbe l'identità nazionale allorché, estendendo il suo ambito applicativo oltre i poteri conferiti, violi i tre principi citati, e cioè:

la certezza del diritto, qualora dalle limitazioni di sovranità sancite in diritto positivo non potesse dedursi con ragionevole prevedibilità la norma di cui si esige l'applicazione;

la legalità, là dove leggi pacificamente valide nel territorio statale verrebbero private di effetti in materie che, pure, pacificamente rientrano nella competenza statale;

infine, la sovranità popolare, nella misura in cui la costruzione giudiziale della norma di diritto dell'Unione privi di senso il diritto all'auto-determinazione dei cittadini – da esercitarsi, nelle forme e nei limiti costituzionali, a partire dall'organo rappresentativo eletto a suffragio universale generale e investito della funzione legislativa.

Questi tre principi, considerati nelle loro mutue implicazioni, sembrerebbero fornire un piedistallo di apprezzabile solidità alla clausola identitaria, là dove alla valutazione sulla certezza del diritto si aggiunge quella sulla *capienza* del mandato. In tal senso, una norma di diritto dell'Unione non potrebbe applicarsi con priorità sul diritto interno là dove imprevedibile per il destinatario; imprevedibilità che non rilevarebbe solo in quanto tale, ma anche nella misura in cui, allontanandosi dal mandato conferito alle istituzioni dell'Unione, la norma si spinga *troppo al di là* di ciò che i cittadini di un certo Stato, approvando la limitazione di sovranità nelle forme e

¹³⁹ Si veda, in effetti, il seguito della vicenda *Taricco*, là dove la Cassazione ha ritenuto di escludere dall'alveo di operatività del divieto di applicazione retroattiva la norma sulla prescrizione: G. Repetto, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Riv. AIC*, 2, 2016, p. 1-9; sull'infuocato dibattito politico intorno alle sorti della prescrizione, e sulla sua natura di argomento afferente alla struttura fondamentale, politica e costituzionale, dello Stato italiano, si permetta il rinvio a G. Vosa, *Mascolo contre Taricco – L'argument "identitaire" de la politique au droit et retour: le cas italien*, in *Revue des affaires européennes*, 1, 2020, p. 171 ss.

¹⁴⁰ *Curtea Constituțională*, sentenza n. 390, 8 giugno 2021.

¹⁴¹ Si consenta il rinvio a G. Vosa, *La tutela dello "Stato di diritto" in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell'Unione?*, in *Federalismi.it*, 22, 2022, p. 204 ss.

¹⁴² *Curtea Constituțională*, sentenza n. 390, cit., § 72 ss.

nei modi fissati dalla costituzione – quindi, in primo luogo, attraverso la rappresentanza politica – avrebbero potuto prevedere, dunque “volere”.

Seguendo questa linea, un argomento identitario acquisirebbe maggior capacità di rendersi fruibile da tutti gli interlocutori dello spazio europeo qualora misurasse l'applicabilità del diritto dell'Unione sul duplice metro dell'incertezza causata dalla norma concreta di cui si pretende l'applicazione e dalla sua *distanza* interpretativa rispetto al mandato conferito.

“*Troppo al di là*” è ancora, tuttavia, nozione generica. Di per sé, così strutturato, l'argomento identitario sembra ricalcato sullo stampo dell'*ultra vires* senza riuscire, in fondo, a distaccarsene¹⁴³; non si ravvisano concettualizzazioni di tale “distanza” e del suo rapporto con la certezza del diritto tali da indurre a ricavarne un modello replicabile su scala euro-unitaria.

3.2. *Dal principio di legalità alla riserva di legge: verso un principio di essenzialità*

Soccorre, a questo punto, la giurisprudenza tedesca, che dà sostrato concettuale a questa “distanza” corroborando il nesso tra legalità-certezza del diritto e sovranità popolare. La chiave individuata dai giudici di Karlsruhe è attribuire al diritto di voto – che della sovranità popolare è espressione ultima, legata in via diretta al suffragio universale – un portato sostanziale svincolato da contenuti concreti ma equiparato ai diritti fondamentali. Il principio di legalità, in tal modo, attinge alle sue radici più profonde, legate all'autodeterminazione di persone eguali – quindi, in ultima analisi, alla dignità della persona – e pesca nel sostrato teorico della riserva di legge per irrobustire ulteriormente l'impianto euro-unitario dell'identità.

La parabola *Europafreundlich* del giudice costituzionale tedesco è fin troppo nota ed ampia per esser qui interamente ripercorsa¹⁴⁴; ai circoscritti fini di questo lavoro, è opportuno limitarsi a citazioni selettive.

Con sentenza del 6 dicembre 2022, da ultimo, il *BVerfG* è tornato sul tema dei rapporti fra diritto interno e diritto dell'Unione: il *casus* è offerto dalle questioni di costituzionalità sollevate in ordine alla ratifica, da parte della Germania, del c.d. *EU Recovery Package*¹⁴⁵. I giudici di Karlsruhe hanno dichiarato che gli atti giuridici alla

¹⁴³ P. Craig, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 395 ss; cfr., da ultimo, M. Polzin, *Emotion and the Vertical Separation of Powers: Ultra-Vires Review by National (Constitutional) Courts, and EU and International Law*, in *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 2022, p. 285 ss.

¹⁴⁴ Cfr., *ex multis*, E. Vranes, *German Constitutional Foundations of, and Limitations to, EU Integration: A Systematic Analysis*, in *German Law Journal*, 2013, p. 75 ss.; M. Claes - J.H. Reestman, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case*, in *German Law Journal*, 2015, p. 917 ss., e A. López Castillo, *Europaei, audi, quid convenit statuitque domina verbum! Una muestra (aún) reciente de la actual jurisprudencia ius europea del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017, p. 341 ss.

¹⁴⁵ *BVerfG*, II Senato, 2 BvR 547/21, 6 dicembre 2022.

base del *Package* non sono *ultra vires* né ledono l'identità costituzionale tedesca. Parametro di riferimento dello scrutinio è la valenza sostanziale del diritto di voto (art. 38(1) *Grundgesetz*) che, in uno alla sovranità popolare (art. 20(1-2)) fonda il diritto all'auto-determinazione democratica riconosciuto dalla costituzione a ogni cittadino, e blindato dalla clausola di eternità (art. 79(3)). Tale diritto, nelle parole del giudice tedesco, osta a che le istituzioni europee si ritengano abilitate a compiere *qualunque* scelta sulla base del mandato ricevuto dai Trattati, e protegge i cittadini da decisioni che, per spingersi *troppo al di là* dei limiti di tale mandato, priverebbero di senso concreto la rappresentanza parlamentare¹⁴⁶.

Nel caso di specie, pur configurandosi il ricorso ai mercati finanziari come operazione inedita, la violazione del mandato da parte delle istituzioni dell'Unione – argomentano i giudici tedeschi – non risulta di per sé eccessiva, non essendo a priori inverosimile che l'art. 311(2) TFUE possa offrire a tal uopo una sufficiente copertura. Dipenderebbe, a tal fine, dal contenuto concreto delle norme a presidio di un siffatto strumento. In tal senso, il *BVerfG* si premura di indicare le condizioni necessarie affinché l'operazione stia nel perimetro della legittimità, facendo notare che, ad oggi, un ricorso generalizzato al mercato per finanziare “genericamente” il bilancio dell'Unione non potrebbe ritenersi compatibile con la Legge fondamentale, poiché *troppo al di là* dei limiti del mandato conferito¹⁴⁷.

Con tale ultima pronuncia viene smentita ulteriormente quell'interpretazione della giurisprudenza tedesca sull'integrazione che attribuiva portata materiale all'oggetto della clausola di eternità¹⁴⁸. Si chiarisce, infatti, un passaggio già posto dal *BVerfG* in *PSPP*, e prim'ancora in *OMT-II*¹⁴⁹: e cioè che l'oggetto di tale clausola non è un contenuto specifico, ma un concetto di tipo relazionale¹⁵⁰. Tale concetto, posto a

¹⁴⁶ *Ibid.*, § 121 ss., § 163 ss.

¹⁴⁷ *Ibid.*, § 199 ss., § 236.

¹⁴⁸ Ad es. in A. Somma, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE – online*, 2020, spec. p. 2876 ss.; ma cfr. anche, fra i tanti, B. Caravita di Toritto et al., *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, 2020, no. 14, p. IV ss.; F. Saitto, “Tanto peggio per i fatti”. *Sipario sulla Presidenza Vofskuble: il caso Quantitative Easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritticomparati.it*, 7 maggio 2020, p. 6. Cfr., altresì, M. Goldmann, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?*, in *German Law Journal*, 2020, p. 1058 ss. Quanto alla precedente giurisprudenza, cfr. C. Joerges, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, in *German Law Journal*, 2015, spec. p. 1006 ss.; D. Thym, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon judgment of the German Constitutional Court*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1796 ss.

¹⁴⁹ «The core of the 'right to democracy' deriving from Art. 38 sec. 1 sentence 1 in conjunction with Art. 20 secs. 1 and 2 and Art. 79 sec. 3 GG, is beyond the reach of amendment even with a view to acts of the European Union». Così *BVerfG*, II Senato, 2 BvR 2728/13, “*OMT-IP*”, 21 giugno 2016, § 133; cfr. altresì § 81 ss., § 125 ss.

¹⁵⁰ «Art. 38(1) first sentence GG does not, however, confer a right upon citizens to subject democratic majority decisions to a review of lawfulness that goes beyond what is necessary to safeguard the right to democratic self-determination enshrined in Art. 20(1) and (2) in conjunction

presidio di un «diritto alla democrazia» (*Anspruch auf Demokratie*¹⁵¹) può così riassumersi: deve sussistere un nesso sufficiente fra il diritto applicabile in un certo Stato e la volontà effettiva dei cittadini di quello Stato, espressa nei modi previsti dalla costituzione.¹⁵²

Come si calcoli la “sufficienza” del nesso, che equivale all’eccessiva “distanza” della norma di diritto dell’Unione da applicare rispetto al mandato corrispettivo, è la questione che deve affrontarsi¹⁵³. Dalla prospettiva limitata di questo scritto, occorre principalmente chiarire se i tipi di scrutinio già noti valgano a tale scopo, ovvero se sia necessario istituirne di nuovi.

A tal fine, il *BVerfG* ha spesso fatto ricorso al lessico e all’apparato concettuale del principio di proporzionalità, in ciò seguendo la Corte di Giustizia nei rispettivi casi¹⁵⁴ ma anche altre Corti apicali¹⁵⁵. Ciò malgrado, tale principio pare, a dir il vero, spuntato nel tracciare il perimetro dell’identità nell’insegnamento di Karlsruhe, e incapace di valorizzarne appieno l’*iter* di ragionamento quanto alla costruzione della clausola identitaria¹⁵⁶. Il principio di proporzionalità esibisce, infatti, caratteristiche che lo rendono inadatto alla trattazione di argomenti identitari. Giacché misura dell’esercizio di un potere legittimo, esso si presta a stabilire il *quomodo*, le modalità in cui quel potere agisce¹⁵⁷; opera, allora, finché la controversia consenta, in sede decisoria, lo scambio tra *praktische Konkordanz* e neutralizzazione della sovranità, in conseguenza del quale la questione muove dal piano dei rapporti fra ordinamenti a quello della tutela multilivello dei diritti. Finché ciò accada, è legittimo considerare lo spazio euro-unitario come disciplinato da un sol ordine giuridico – secondo un approccio che la dottrina definirebbe *monista*¹⁵⁸ – fidando altresì sulla saggezza della

with Art. 79(3) in conjunction with Art. 1(1) GG. The purpose of this fundamental right is not to subject the contents of democratic decision-making to substantive review but to facilitate democratic decision-making processes as such». Così *BVerfG*, II Senato, 2 BvR 859/15, *PSPP*, 5 maggio 2020, § 100.

¹⁵¹ *BVerfG*, *OMT-II*, cit., § 133. A chiosa di questa sentenza, F. Saitto, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, no. 3, p. 28 ss., *passim*.

¹⁵² Si permetta il rinvio a G. Vosa, *Early traits of the essentiality principle: a (counterintuitive) European lesson from Karlsruhe?*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2021, spec. p. 132 ss.

¹⁵³ Cfr. *BVerfG*, “*OMT-IP*”, cit., § 130 ss.

¹⁵⁴ M. Wendel, *Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception*, in *German Law Journal*, 2020, p. 979 ss.; A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., p. 95 ss.

¹⁵⁵ C. Ginter, *Constitutionality of the European Stability Mechanism in Estonia: Applying Proportionality to Sovereignty*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 335 ss.

¹⁵⁶ Si vedano, pur su posizioni diverse, A. Steinbach, *The federalism dimension of proportionality*, in *European Law Journal*, 2021, p. 36 ss., e D. Harvey, *Federal Proportionality Review in EU Law: Whose Rights are they Anyway?*, in *Nordic Journal of International Law*, 2020, p. 303 ss.

¹⁵⁷ M. Cohen-Eliya - I. Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2011, p. 469 ss.

¹⁵⁸ A. Bergmann, *Zur Souveränitätskonzeption des Europäischen Gerichtshofs. Die Autonomie des Unionsrechts und das Völkerrecht*, Tübingen, 2018, p. 15 ss., p. 198 ss., *passim*.

Corte di Giustizia nel tracciare la linea del bilanciamento in senso sia *materiale* sia *istituzionale*, lasciando cioè al giudice statale spazi adeguati di manovra nel risolvere il caso concreto.¹⁵⁹ Di contro, ove tutti questi strumenti si rivelassero non sufficienti per addivenire a una concordanza pratica, è doveroso risalire al livello dei rapporti fra ordinamenti, esaminando nella loro mutua *alterità* il diritto statale e dell'Unione quali latori di *competing normative claims* nello spazio euro-unitario¹⁶⁰.

Dunque: la proporzionalità, misurando un potere non controverso nell'*an*, non pare cogliere nel segno là dove l'oggetto del contendere non sia la misura del potere ma la sua stessa *autorità*. La proporzionalità, infatti, lascerebbe operativo lo scambio di cui si è detto: incapace di rinunciare all'approccio monista, sovrapporrebbe i limiti del conferimento e il merito della norma¹⁶¹, così ostacolando il mutuo discernersi degli ordinamenti statali e del diritto dell'Unione quali latori di *claims* in principio egualmente legittime nello spazio comune.

Né sembra adattarsi a tal scopo il principio di sussidiarietà, come pure potrebbe astrattamente ipotizzarsi¹⁶². Al margine della sua indole politica, che lo rende poco fruibile per uno scrutinio giudiziale¹⁶³, tale principio, come quello di proporzionalità, non derogherebbe dall'approccio monista: meglio opererebbe, dunque, all'interno di un singolo sistema, piuttosto che nell'ambito di una comunicazione intersistemica, che si svolge in uno spazio conteso fra più decisori eterogenei. Infatti, se declinata come parametro giuridico, la sussidiarietà sarebbe portata ad affidarsi a una *ratio* esterna ad almeno uno dei sistemi; esprimerebbe, cioè – nel lessico del *constitutional pluralism*¹⁶⁴ – un *punto di vista interno* a uno solo di essi, oppure esterno a entrambi e proprio del decisore giudiziario¹⁶⁵. Da quel punto di vista, ora rivestito d'un abito teleologico – scopi comuni da perseguire – ora, invece, giustificato da ragioni ideali (vicine all'etica cattolica, o al liberalismo politico: gli

¹⁵⁹ A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., p. 59-63; cfr. W. Sauter, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, in *Cambridge Yearbook of Legal Studies*, 2013, p. 439 ss.

¹⁶⁰ E. Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015, p. 81 ss., offre una disamina dei valori insiti nel "rispetto", in senso pluralista, dei valori contenuti nella clausola identitaria.

¹⁶¹ Tale riflessione riprende un felice spunto di E. Cannizzaro, *Chair* nell'ambito dell'*Interdisciplinary Doctoral Symposium "Democracy, Rule of Law and Human Rights in Europe and the World in Times of Contestation"* – Katholieke Universiteit, Leuven, 20-22 settembre 2018, al quale l'autore ebbe l'onore di partecipare.

¹⁶² G. Di Federico, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, p. 63-65.

¹⁶³ P. Craig - G. de Búrca, *EU Law – Texts, Cases and Materials*, VI ed., Oxford, 2015, p. 100; cfr. J. Bast, *On the Grammar of EU Law: Legal Instruments*, in *Jean Monnet WP 9/03*, p. 60 ss., e B. Bertrand, *Un principe politique saisi par le droit : la justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 329 ss.

¹⁶⁴ N. McCormick - O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Zürich, 1986, in part. p. 49 ss.

¹⁶⁵ P. Craig, *Institutions, Power and Institutional Balance*, in P. Craig - G. de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 59 ss., p. 75 ss.

“affluenti teorici” della sussidiarietà¹⁶⁶) si rendono disponibili al giudice due vie: connotare come diritto il punto di vista interno a uno dei sistemi, o imporre il proprio a mo’ di punto di caduta di una mediazione¹⁶⁷. In ambedue i casi, s’impedirebbe il mutuo discernersi di diritto interno e diritto dell’Unione, indispensabile allorché vengano sollevati argomenti identitari.

Il passaggio esige ulteriore riflessione. Dal punto di vista citato risponderebbe, il giudice, alla domanda “qual è il livello *migliore* per intervenire” e non “quale livello è *legittimato* a intervenire”. Tali domande *non* sono sovrapponibili.

La prima domanda richiede all’interprete di servirsi di criteri etico-razionali che si assumono comuni alle parti; è, allora, propria di ordinamenti *chiusi*, in cui la rappresentanza generale permette di presumere la *rappresentatività* di ogni livello – intesa come idoneità ad assolvere agli interessi dei rappresentati – garantendo agli esclusi un *nucleo minimo* di diritti, in primo luogo quello ad *esistere* giuridicamente¹⁶⁸. In questo scenario, l’omogeneità valoriale è data *a priori*, esplicandosi in strumenti procedurali capaci di garantire le compensazioni tra livelli che si rendano opportune.

L’altra domanda esige, invece, che l’interprete misuri la legittimità di pretese normative contrapposte sollevate in un ordine aperto, *costituzionalmente irrisolto*¹⁶⁹, latore di caratteristiche peculiari¹⁷⁰. In specie, non v’è rappresentanza generale ma *pretesa rappresentativa*¹⁷¹ – non potendosi, cioè, presumere la rappresentatività di ogni livello – né è data l’omogeneità dei valori; e gli strumenti per garantire l’effettiva perequazione, o altre forme di compensazione, fra i livelli sono soltanto ipotetici, quando non vietati *tout court*. Non è garantito, dunque, il diritto ad esistere per gli esclusi: costoro, ove sconfitti nel processo decisionale, finirebbero *fuorilegge*, così come i loro diritti e interessi.

In parole semplici: se in un ordinamento chiuso l’intervento federale in luogo di un ente territoriale avviene con un atto che comunque rappresenta *per definizione anche* quell’ente, e possono liberamente istituirsi forme di compensazione ove siano lesi in concreto interessi e diritti a quell’ente riconducibili, il diritto dell’Unione *non* rappresenta per definizione tutti e ciascuno Stato: di esso non può assumersi, quindi,

¹⁶⁶ G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri di unificazione normativa*, Napoli, 2012, p. 8 ss.

¹⁶⁷ G. Davies, *Subsidiarity: The wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, in *Common Market Law Review*, 2006, spec. p. 79, p. 80 ss.

¹⁶⁸ Come, ad es., nella ricostruzione di P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, in *Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, Heidelberg, 1962, p. 11 ss., *passim*; dello stesso A., cfr. *Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat — das Beispiel des deutschen Grundgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 114, 3, 1989, p. 361 ss. Sul tema, da ultimo, L. Castelli, *Alla ricerca del “limite dei limiti”: il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Rivista AIC*, 2021, no. 1, p. 454 ss.

¹⁶⁹ N. Walker, *The EU’s Unresolved Constitution*, cit., p. 13.

¹⁷⁰ Sul tema, G. Delledonne, *L’omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, spec. p. 215 ss., *passim*.

¹⁷¹ M. Saward, *The Representative Claim*, in *Contemporary Political Theory*, 2006, p. 297 ss.

alcuna rappresentatività rispetto allo Stato membro il cui diritto è, ciò malgrado, disapplicato.

A ben vedere, allora, tale rappresentatività non è *presupposto*, ma direttamente *oggetto* della contesa identitaria; del pari, l'omogeneità valoriale può inferirsi solo all'esito di tale contesa, così come l'esistenza e l'efficacia di forme compensatorie. Mancando l'Unione di una costituzione quale *forma* di un'unità politica definita¹⁷², in effetti, nessuna di queste qualità può predicarsi *ex ante* rispetto alla valutazione del caso concreto¹⁷³. È chiaro, allora, che sospendere la priorità applicativa del diritto dell'Unione serve proprio ad evitare l'applicazione di norme non rappresentative in capo a uno Stato, in caso reclamando *politicamente* quelle forme di compensazione non (ancora) previste dal diritto.

Il principio di sussidiarietà, tuttavia, non pare adatto a tal scopo.

Se si segue questo ragionamento, l'approdo comune cui tendono i giudici citati sembra potersi meglio ricostruire – come altrove si è provato a sostenere¹⁷⁴ – al lume della teoria dell'essenzialità¹⁷⁵. Questa teoria, già schierata dai giudici di Karlsruhe sul fronte interno per tracciare i confini della riserva di legge a voce dell'art. 80 *Grundgesetz*, definisce il limite della legalità primaria, sorretta dalla rappresentanza parlamentare generale, rispetto alla fonte secondaria.

In effetti, se il principio di legalità si declina secondo il suo strumento operativo per eccellenza – la riserva di legge – il rapporto fra sovranità popolare e certezza del diritto acquista una dimensione nuova, tracciando il confine tra diritto dell'Unione e diritto degli Stati sulla falsariga del rapporto fra legge e regolamento.

Secondo quest'impostazione, il “*tropo-in-là*” della norma di diritto dell'Unione rispetto ai confini del mandato si lascia calcolare con riferimento a due parametri interrelati: le disposizioni di diritto positivo su cui la norma stessa pretende di fondarsi, e la sensibilità degli effetti che l'applicazione di tale norma causerebbe – “sensibilità” intesa come *invasività*, cioè sia *soggettiva* attitudine a generare conflitto tra individui e gruppi in seno a tale Stato, sia *oggettiva* prossimità all'area dei diritti fondamentali riconducibili ai destinatari.

Si dischiuderebbero, in tal modo, notevoli virtualità ermeneutiche fra legalità, certezza del diritto e sovranità popolare, sì da offrire una possibile sistematizzazione per gli argomenti identitari a tenore della clausola di cui all'art. 4(2) TUE. Non si vedrebbe negata applicazione prioritaria, allora, una norma di diritto dell'Unione, solo qualora implicasse conseguenze giuridiche imprevedibili per un destinatario ragionevole, né perché in astratto troppo lontana dal mandato corrispettivo; la

¹⁷² M. Dogliani, *Può la Costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia & Diritto*, 2002, no. 3, p. 81.

¹⁷³ A. Ciancio, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea?*, in *DPCE – online*, 2021, p. 117 ss.

¹⁷⁴ G. Vosa, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri tra Stati e Unione europea*, Milano, 2020, spec. p. 259 ss., p. 397 ss.

¹⁷⁵ A. Steinbach, *The Lisbon Judgment of the German Federal Constitutional Court – New Guidance on the Limits of European Integration?*, in *German Law Journal*, 2010, p. 367 ss.

legittimità di una tale non-applicazione aggiungerebbe al parametro della legalità, della certezza e della sovranità popolare quello della tutela dei diritti fondamentali, offrendosi al giudice più elementi per una valutazione meglio circostanziata.

Il punto merita ulteriore attenzione. Se si segue il principio di essenzialità, una norma di diritto dell'Unione che interpreti il suo mandato – la propria base in diritto positivo – in modo fattualmente imprevedibile, ma senza ledere posizioni giuridiche tali da ritenersi, in proporzione, *troppo* sensibili, non lederebbe l'identità dello Stato: "l'incertezza" conseguente a quell'imprevedibilità non basterebbe, da sola, a varcare la soglia dell'identità. Allo stesso modo, ove la lesione sia effettivamente sensibile, ma *ragionevolmente non imprevedibile*, in proporzione, sulla base delle norme vigenti, non potrebbe attivarsi la clausola identitaria.

In tali due casi, infatti, la valutazione in concreto sull'applicazione del diritto dell'Unione resterebbe interna al circuito fra Corte di Giustizia e giudici nazionali, seguendo le strutture normative proprie di tale circuito – in primo luogo, il gioco fra bilanciamento istituzionale e materiale¹⁷⁶. Per tali questioni, il transito dal piano dei rapporti tra ordinamenti a quello della tutela multilivello dei diritti e delle libertà non s'interromperebbe; fermo restando che il giudice interno, ove facesse seguire al rinvio pregiudiziale una questione d'illegittimità costituzionale¹⁷⁷ (o sollevasse senz'altro quest'ultima¹⁷⁸) potrebbe causare l'attivazione della clausola identitaria, innescando il ripristino del confine tra ordinamenti¹⁷⁹. Ove ciò non accada, il principio di proporzionalità resterebbe lo strumento più appropriato per misurare l'esercizio del potere – a quel punto, fondato su una presunzione di autorità – così come risulta dal negoziato fra giudici statali e Corte di Giustizia. Viceversa, ove il rapporto fra interpretazione del mandato, prevedibilità della norma su di esso fondata e sensibilità della materia non fosse bilanciabile attraverso tali meccanismi, il diritto dell'Unione lederebbe, in proporzione alla "distanza" rispetto alla sua base positiva, posizioni *troppo* delicate, per la soggettiva conflittualità, o per la contiguità della materia ai diritti fondamentali¹⁸⁰; ne deriverebbe, allora, una possibile lesione dell'identità, e la Corte costituzionale dello Stato coinvolto avrebbe da sospendere l'applicazione prioritaria per effetto del ripristino, ancorché provvisorio, del confine tra ordinamenti.

Così strutturata, si noti, la clausola identitaria svolgerebbe al meglio entrambi i compiti che le ha affidato il diritto euro-unitario. In seno al relativo argomento, l'appiglio al principio di certezza giuridica troverebbe nella sovranità popolare, e di

¹⁷⁶ A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., 62.

¹⁷⁷ F. Spitaleri, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 729 ss.

¹⁷⁸ A. Cardone, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, no. 1, p. 13 ss.

¹⁷⁹ G. Scaccia, *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2022, no. 29, p. 131 ss.

¹⁸⁰ E. Cloots, *National Identity in EU Law*, cit., avverte la necessità di distinguere fra uno scrutinio «rule-based» e uno «standard-based» (p. 198 ss.: terminologia che deriva dal lessico della Corte Suprema statunitense).

qui nel binomio principio di legalità-riserva di legge, un solido supporto concettuale e un raffinato parametro di bilanciamento. Verrebbe così riconosciuta la matrice politica delle tradizioni costituzionali comuni quali prime scaturigini dei principi di diritto comune¹⁸¹. Si supererebbe poi il dualismo fra scrutinio *ultra vires* e identitario: entrambi convergerebbero verso un modello capace di mettere in relazione forma e sostanza, sì da risalire alla radice dei conflitti che agitano lo spazio europeo¹⁸². Si impedirebbe, infine, che il primato si faccia latore di diseguaglianze anche dolorose; il principio di eguaglianza verrebbe così ad estendersi anche oltre i campi materiali della non-discriminazione¹⁸³ e quelli formali di un'uniforme applicazione del diritto dell'Unione¹⁸⁴, vivificandosi quella sfera politica europea di cui spesso si lamenta l'afasia¹⁸⁵.

4. *La Corte di Giustizia fra tutela dello Stato di diritto e rispetto delle identità nazionali*

Se nella giurisprudenza nazionale sembra delinearsi un modello di argomento identitario capace di tener assieme, in principio, l'esigenza di applicazione uniforme del diritto dell'Unione e il rispetto dell'*acquis* costituzionale degli Stati, la Corte di Giustizia pare oscillare fra due poli, che marciano due approcci radicalmente diversi alla medesima tematica. Da un lato, un'assolutizzazione spinta del primato ove vengano in rilievo questioni attinenti a determinati ambiti – soprattutto due: la politica monetaria e la difesa della *rule of law* nei confronti degli Stati membri dell'Europa centro-orientale. Dall'altro lato, una ricostruzione più prudente, che non pare affatto incompatibile con le piste già battute dalle Corti nazionali.

¹⁸¹ M. Graziadei - R. de Caria, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case-Law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, LXVII, 4, 2017, spec. p. 955 ss.

¹⁸² M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, spec. p. 63 ss.

¹⁸³ Sulla declinazione dell'eguaglianza nel diritto euro-unitario, T. Tridimas, *On Constitutional Rights and Political Choices*, in *European Papers*, 2019, p. 563 ss.; *amplius*, da ultimo, G. Zaccaroni, *Equality and Non-Discrimination in the EU*, Cheltenham, 2021, p. 8 ss., *passim*.

¹⁸⁴ È la tesi, ad es., di R.D. Kelemen, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism*, cit., e di F. Fabbrini, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 2015, p. 1003 ss., sposata anche dalla Corte di Giustizia; cfr. J. Lindeboom, *Is the Primacy of EU Law Based on the Equality of the Member States? A Comment on the CJEU's Press Release Following the PSPP Judgment*, in *German Law Journal*, 2020, p. 1032 ss.

¹⁸⁵ P. Ridola, *Prime riflessioni sullo "spazio pubblico" nelle democrazie pluralistiche*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2009, p. 35 ss.; cfr. M.A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, cit., p. 147 ss.

4.1 *Identità europea e condizionalità finanziaria: un approccio “costruttivista” a difesa dello Stato di diritto*

Dopo le sentenze più o meno “storiche” che hanno scandito la crisi dei debiti sovrani¹⁸⁶ ed il successivo riassetto dei poteri della BCE¹⁸⁷, emblema del primo approccio è la doppia sentenza sulla condizionalità finanziaria a protezione del bilancio dell’Unione, sancita dal Regolamento 2020/2092¹⁸⁸. In quel caso, alla luce all’invito, formulato dal Consiglio europeo nelle *Conclusioni* di quello stesso mese¹⁸⁹, ad applicare un tale strumento «nel pieno rispetto dell’articolo 4, paragrafo 2, del TUE, segnatamente dell’identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, del principio di attribuzione, nonché dei principi di obiettività, non discriminazione e parità di trattamento degli Stati membri»¹⁹⁰ la Corte si è trovata a dover districare il rapporto fra tutela dello Stato di diritto e protezione delle identità nazionali. La scelta è stata netta: opporre a tali identità un’*identità europea*¹⁹¹ che si pretende ormai perfetta, plasmata, univoca e inderogabile, come se la costituzionalizzazione fosse ormai completa e il suo stadio ultimo – l’unità europea – presuntivamente raggiunto, ad onta di un conflitto ribollente.

Tale opzione, lasciando che l’art. 2 condizioni la lettura dell’art. 4(2) TUE, colloca *fuori dal diritto* talune posizioni riconducibili agli Stati membri, fino ad assorbirne le relative peculiarità. Si studia, infatti, di fare dello Stato di diritto una pietra di scrutinio per le identità nazionali¹⁹²: al costo però di trascinare l’identità

¹⁸⁶ Sul cui inquadramento costituzionale il dibattito è risalente: ad es. D. Chalmers, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, 2012, p. 667 ss., e M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell’Unione europea*, Napoli, 2016, spec. p. 36 ss.

¹⁸⁷ Da ultimo, cfr. CGUE, Casi riuniti C-202/18, *Ilmārs Rīmsēvičs c. Lettonia* e C-238/18, *Banca Centrale Europea c. Lettonia*, 26 febbraio 2019, ECLI:EU:C:2019:139.

¹⁸⁸ CGUE, C-156/21, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:97, e C-157/21, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:98, rese entrambe il 16 febbraio 2022.

¹⁸⁹ *Conclusioni* del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, punto I.2; cfr. C. Fasone, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell’Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 214 ss., e E. Castorina, *Stato di diritto e “condizionalità economica”: quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l’Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi.it*, 2020, no. 29, p. 43 ss.

¹⁹⁰ A. Baraggia - M. Bonelli, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 2022, p. 131 ss.

¹⁹¹ P.S. Pohjankoski, *The Unveiling of EU’s Constitutional Identity: Judgments in C-156/21, Hungary v. Parliament and Council and C-157/21, Poland v. Parliament and Council*, in *EU law live*, Weekend Edition N° 91, 2022, p. 3-6; cfr. M. Bonelli, *Has the Court of Justice embraced the language of constitutional identity?*, in *Dirittocomparati.it*, 26 aprile 2022, p. 1 ss.; V. Sachetti, *Once more, with feeling: il finale annunciato del ricorso per l’annullamento del meccanismo di condizionalità relativo alla rule of law (sentenze C-156/21 e C-157/21)*, *ibid.*, p. 1 ss.

¹⁹² P. Faraguna, *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, p. 634 ss.

lontano dai compiti ad essa attribuiti dal diritto euro-unitario. Da un canto, quest'identità è incapace di perpetuare l'*acquis* costituzionale democratico-pluralista in uno spazio non statale; anzi, se ne separa deliberatamente. Proclama, in sua vece, l'autonomia dello "Stato di diritto europeo"¹⁹³ dalle tradizioni costituzionali comuni in nome di un costituzionalismo militante¹⁹⁴ invero inedito, per toni e implicazioni, rispetto alle traiettorie costituzionali degli Stati membri¹⁹⁵ – al netto della questione, scottante ancorché estranea all'oggetto di questo lavoro, delle peculiarità sottese alla condizionalità stessa, di cui il Regolamento si fa portavoce¹⁹⁶. D'altro canto, parla una lingua *assolutizzante*, com'è quella che pretende di trarre *uno actu* regole concrete direttamente applicabili da "valori comuni". Assorbire in tale operazione ogni bilanciamento fra posizioni confliggenti, sopprimendo gli spazi per un'articolazione del dissenso, inevitabilmente aggrava, invece di stemperare, le asperità nel dialogo – politico, e giudiziale¹⁹⁷ – fra Stati e Unione¹⁹⁸.

¹⁹³ E. Perillo, *Le decisioni collettive dei governi degli Stati membri e il rispetto dello Stato di diritto europeo: una competenza esclusiva della Corte di giustizia?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, p. 520 ss.

¹⁹⁴ A. Sajó, *Militant Constitutionalism*, in A. Malkopoulou - A.S. Kirshner (eds.) *Militant Democracy and Its Critics. Populism, Parties, Extremism*, Edinburgh, 2019, p. 187 ss.

¹⁹⁵ J.-W. Müller, *The EU as a militant democracy, or: are there limits to constitutional mutations within EU member States?*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2014, p. 141 ss.

¹⁹⁶ Su cui ferisce il dibattito: in lingua italiana, da ultimo, B. Nascimbene, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *Eurojus*, 2021, no. 3, p. 172 ss.; A. Baraggia, *Le implicazioni costituzionali del "Regolamento Condizionalità": riflessioni a partire dalle sentenze C-156/21 e C-157/21 della Corte di giustizia*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, 2022, no. 2, p. 1 ss.; C. Buzzacchi, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*, in *Dirittoconti.it*, 4 aprile 2022; *amplius*, E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021, spec. p. 85 ss.; G. Gioia, *La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2021, no. 3, p. 153 ss.; A. Circolo, *La condizionalità politica nella dimensione esterna e interna dell'azione dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2022, no. 2, p. 225 ss.; C.A. Ciaralli, *Condizionalità finanziaria, rule of law e dimensione (sovra)nazionale del conflitto*, in *Federalismi.it*, 2022, no. 16, p. 80 ss., e I. Spadaro, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *Federalismi.it*, 2021, no. 14, p. 195 ss. In inglese, *ex multis*, V. Viță, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 116 ss.; G. Halmi, *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, in *The Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, p. 171 ss., e A. von Bogdandy - J. Łacny, *Suspension of EU funds for breaching the rule of law – a dose of tough love needed?*, in *SIEPS – Policy Analysis*, 2020, p. 1 ss. Si veda altresì M. Bonelli et al., *Usual and Unusual Suspect in Protecting EU Values: An Introduction*, in *European Papers – Special Section: Usual and Unusual Suspects: New Actors, Roles and Mechanisms to Protect EU Values*, 2022, p. 641 ss.; *ibid.*, in particolare, M. Fisicaro, *Beyond the Rule of Law Conditionality: Exploiting the EU Spending Power to Foster the Union's Values*, p. 697 ss., e I. Staudinger, *The Rise and Fall of Rule of Law Conditionality*, p. 721 ss..

¹⁹⁷ Su cui A. Ruggeri, *Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire*, in *Consulta Online*, 2021, no. 3, p. 666 ss.

¹⁹⁸ A.J. Menéndez, *False Friends costituzionali: l'irresistibile ascesa dei conflitti fondamentali tra il diritto europeo e quello nazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 887 ss. Cfr. F. Saitto, *Salvare Solange? Parallelismo dei cataloghi e tutela integrata dei diritti in Europa dopo le sentenze sul diritto all'oblio del*

Per cogliere i tratti salienti di tale *modus operandi*, si muova da un'affermazione di principio comune ad entrambe le sentenze:

«I valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori»¹⁹⁹.

Emergono, in quest'altisonante affermazione, almeno due profili di criticità. Il primo riguarda il significato del termine “identificare” adoperato nella prima parte. Il secondo evidenzia l'ambiguità della seconda parte: in specie, si concentra sull'inciso «nei limiti delle sue attribuzioni previste dai Trattati», di cui indaga l'effettiva valenza precettiva alla luce di una “difesa” dei valori dell'Unione che la Corte stessa definisce “doverosa”.

Quanto al primo profilo, due sono i plausibili approcci.

Per un verso, si delineerebbe un approccio di tipo moderato, minimale, per cui la locuzione in parola alluderebbe a una semplice codificazione dell'elenco di cui all'art. 2 TUE. Dire, quindi, che i valori contenuti nell'art. 2 TUE “sono stati identificati” equivarrebbe a dire che, nell'evoluzione costituzionale dell'Unione, sono emersi come comuni e condivisi i valori di cui all'art. 2 TUE; senza che da una tale affermazione derivi un valore giuridicamente obbligatorio per norme “coperte” da tali valori.

Per altro verso, s'intravede lo spazio per un approccio *costruttivista*, in virtù del quale l'identificazione di tali valori ne implica la selezione nel *farsi* di un'identità europea. “Identificazione”, quindi, valorizzerebbe la radice comune con “identità”, in vista della costruzione di un parametro *euro-identitario* su cui scrutinare le identità degli Stati. Donde, la possibilità, per la Corte di Giustizia, di servirsi di questo parametro per un duplice scopo: conferire a talune norme di diritto dell'Unione uno *status* speciale, in quanto diretta attuazione di tali valori; nonché, alla bisogna, *creare*, al margine del dato positivo, norme di diritto dell'Unione che, configurandosi come diretta espressione dei suddetti valori, siano in grado di “difenderli”, disapplicando il diritto interno che si assuma con essi contrastante.

Come ben si comprende, la scelta fra questi due approcci influenza il discorso sul secondo profilo di criticità: quello inerente alla natura vincolante del richiamo al principio di attribuzione. Chiaro, infatti, che seguendo il primo approccio nessuna conseguenza precettiva deriverebbe dall'essere, una certa norma, diretta espressione dei valori di cui all'art. 2 TUE; la “difesa” dei valori sarebbe una mera statuizione di principio, priva di effetti diretti obbligatori, e la locuzione «l'Unione deve essere in

Bundesverfassungsgericht, in C. Caruso - F. Medico - A. Morrone (curr.), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020, p. 177 ss.

¹⁹⁹ C-156/21, *cit.*, par. 127; C-157/21, *cit.*, par. 145.

grado» di difenderli non atterrebbe a un *dover essere* giuridico. Di contro, optando per l'altro approccio, questa locuzione pescherebbe nel mondo del diritto e offrirebbe alla difesa dei valori di cui all'art. 2 TUE un'inedita robustezza, a fronte della quale la tutela del principio di attribuzione passerebbe in secondo piano. In tal caso, la disapplicazione del diritto statale potrebbe procedere oltre le strettoie dei poteri conferiti²⁰⁰.

Che quest'ultima sia l'impostazione prediletta dalla Corte di Giustizia, viene ben esplicitato nel testo di entrambe le sentenze²⁰¹. Nel rileggerle, è opportuno muovere dall'esame delle posizioni degli Stati ricorrenti.

In breve: Ungheria e Polonia sostengono che, all'esito di una difesa siffatta dei valori dell'Unione, risulterebbe violata la loro identità *ex art. 4(2) TUE*. I motivi di ricorso sono molteplici e talora diversi, offrendo un quadro articolato dei principi inerenti alla clausola identitaria.

L'Ungheria si appella a due studi della Commissione di Venezia²⁰² per affermare che «lo Stato di diritto è un ideale o, tutt'al più, un criterio orientativo, che non è mai pienamente raggiunto e il cui rispetto dovrebbe pertanto essere valutato in termini relativi, atteso che nessuno Stato può pretendere di aderirvi in maniera perfetta»²⁰³. Di tale nozione attesta la natura essenzialmente evolutiva, di "criterio" a sua volta identificabile solo mediante altri criteri; insuscettibile, quindi, di fondare regole d'immediata applicazione.

Pertanto, soggiunge l'Ungheria, il fatto che «la Commissione abbia una percezione degli elementi costitutivi dello Stato di diritto diversa da quella della Commissione di Venezia» fornirebbe *ex se* prova del rischio cui la sua applicazione, potenzialmente imprevedibile, da parte della Commissione stessa sottoporrebbe «il principio della certezza del diritto, il quale costituisce a sua volta un aspetto dello Stato di diritto»²⁰⁴. Argomenta la difesa magiara che, nel Regolamento controverso, il legislatore dell'Unione non specifica i contenuti concreti dello Stato di diritto, sicché non risulta che un "legame marginale" tra le fattispecie indicate come suscettibili di violare tale concetto e i confini di quest'ultimo, solo genericamente tracciati²⁰⁵. Cita, inoltre, uno studio del 2015 del Parlamento europeo, ad avviso del quale "Stato di diritto" è nozione tanto generica che il suo contenuto può essere stabilito solo con riguardo a taluni suoi elementi costitutivi indefettibili, tra i quali il principio della certezza del diritto – principio che, com'è noto, «esige che le norme giuridiche siano

²⁰⁰ M. Fiscaro, *Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, p. 344 ss.

²⁰¹ M. Bonelli, *Constitutional Language and Constitutional Limits: The Court of Justice Dismisses the Challenges to the Budgetary Conditionality Regulation*, in *European Papers*, 2022, spec. p. 517 ss.

²⁰² Si tratta dello Studio n. 512/2009, del 28 marzo 2011, della Commissione di Venezia, intitolato "Relazione sullo Stato di diritto", e dello Studio n. 711/2013, del 18 marzo 2016, della Commissione di Venezia recante un "elenco di criteri per la valutazione dello Stato di diritto".

²⁰³ C-156/21, *cit.*, par. 200.

²⁰⁴ *Ibid.*, par. 204.

²⁰⁵ *Ibid.*, par. 207.

chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, affinché gli interessati possano orientarsi nelle situazioni e nei rapporti giuridici rientranti nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione». Conclude allora, non senza una punta di sarcasmo, che in nome dello Stato di diritto si dovrebbe perseguire la certezza del diritto invece che partecipare alla sua erosione, specie con un atto che pone condizionalità finanziarie col dichiarato obiettivo di tutelarlo in quanto valore cardinale dell'Unione.

La Polonia esordisce negando che l'Unione possa istituire sulla base dell'art. 322(1-a) TFUE «un meccanismo che subordini i versamenti provenienti dal bilancio dell'Unione al rispetto, da parte degli Stati membri, del principio della sana gestione finanziaria»²⁰⁶. Salvo esorbitare dalle competenze conferite, un tale meccanismo non potrebbe «né definire la nozione di Stato di diritto, né determinare gli elementi che consentano di constatare una violazione dei principi costitutivi di tale nozione»²⁰⁷, poiché da un lato «i trattati non ne preciserebbero il contenuto e non conferirebbero alcuna competenza al legislatore dell'Unione per definirne la portata in atti di diritto derivato»²⁰⁸ e, dall'altro, una precisazione siffatta, sulla falsariga di quanto previsto dagli articoli 3 (criteri indicativi di violazioni dello Stato di diritto) e 4(2) del Regolamento impugnato (ove si elencano le situazioni che devono essere interessate da tale violazione) sarebbe espressione di un controllo *ex post*²⁰⁹. In altri termini: qualora si permettesse alla Commissione di costruire una nozione precettiva di Stato di diritto, tale nozione, priva di appigli solidi definibili *ex ante*, ben potrebbe modellarsi sugli scopi politico-istituzionali contingenti della Commissione stessa; il che renderebbe lecito un uso *ad hoc*, finanche arbitrario, dello “Stato di diritto” contro governi “sgraditi”.

La difesa polacca non manca di appellarsi «alle tradizioni costituzionali e politiche degli Stati membri». Sostiene, infatti, che alla nozione di Stato di diritto debba contribuire «[la] giurisprudenza degli organi giurisdizionali costituzionali» alla luce «delle differenze esistenti tra gli Stati membri relativamente alle loro identità nazionali, ai loro sistemi costituzionali e giuridici e alle loro tradizioni giuridiche»²¹⁰. Tale precisazione ha valenza duplice. Da un canto, rafforza le Corti apicali degli Stati come giudici euro-unitari, e ciò in forza dello spessore sostanziale che all'identità apportano le tradizioni costituzionali comuni (non a caso definite «costituzionali e politiche»). D'altro canto, si oppone all'idea di un'Unione diseguale. Infatti, lamenta la Polonia, la Commissione, in virtù dell'esigenza (segnalata a fini non precettivi) dalla Commissione di Venezia) di distinguere «gli Stati che fanno parte di “vecchie democrazie” da quelli che costituiscono “nuove democrazie”», potrebbe risolversi a trattare «in modo differenziato gli Stati membri» nell'applicare tale Regolamento. Ciò

²⁰⁶ C-157/21, *cit.*, par. 64.

²⁰⁷ *Ibid.*, par. 67.

²⁰⁸ *Ibid.*, par. 69.

²⁰⁹ *Ibid.*, par. 71.

²¹⁰ *Ibid.*, par. 68.

starebbe in violazione dell'art. 4(2) TUE, che tiene assieme il rispetto dell'identità e la tutela dell'eguaglianza degli Stati dinanzi ai Trattati.

A tali argomentazioni la Corte di Giustizia oppone un ragionamento unitario, che fa perno su una triplice affermazione²¹¹.

In primo luogo, la scelta per l'approccio costruttivista quanto alla nozione di Stato di diritto viene subito esplicitata:

«L'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori che, come rilevato al punto 127 della presente sentenza, fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune, valori che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri²¹²».

L'autocitazione è sintomo di una certa assertività nel ragionamento condotto dalla Corte, che salta con disinvoltura da *valori* a *principi* per poi giungere a fissare *regole*. Tale passaggio, non già pacifico²¹³, è indicato con un'espressione invero tersa, per cui i valori comuni “sono concretizzati” come se si trattasse di diritto *consolidato*. L'asciuttezza laconica dei toni tradisce un obiettivo politico: forzare il passo della costituzionalizzazione, certificando l'assenza di conflitto proprio là dove il conflitto raggiunge la sua vetta più aspra. In tal modo, verrebbe a inaugurarsi un patriottismo costituzionale di nuovo conio: non repubblicano ma *militant*, eticamente connotato, bandiera di quell'Unione parimenti nuova cui s'è fatto cenno nel corso del lavoro.

Volendo essere severi, insomma, la costituzionalizzazione verrebbe a ruotare attorno a un concetto d'identità non troppo diverso da quello che si è stigmatizzato all'esame della giurisprudenza della Corte ungherese. Esclusivo e intollerante, tutto

²¹¹ Non è infrequente che gli argomenti addotti dalle Corti costituzionali degli Stati in cui si ravvisa una crisi della *rule of law* siano accolti in modo pregiudizialmente negativo a prescindere dal loro contenuto. Tale pregiudizio sembra poggiare su una sfiducia di fondo, solo in parte motivata dalla loro ridotta indipendenza, verso le Corti stesse, accusate, spesso senz'entrare nel merito dei rispettivi argomenti, di violare «il principio di leale cooperazione e rispetto reciproco verso la Corte di Giustizia» (A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., p. 145 ss.) facendosi alfiere di un «*autocratic legalism*» (J. Bornemann, *Judicial Responses to Autocratic Legalism: The European Court of Justice in a Clef Stick?*, in *European Papers*, 2022, p. 651 ss.). Non sembra, tuttavia, che argomenti di diritto meritino di essere cestinati a seguito di una siffatta, irreversibile presunzione di inidoneità in capo al loro portatore: tale approccio aggirerebbe la logica discorsiva con un argomento *ad personam*, contenendo già di per sé la risposta a una domanda che, invece, sottende una questione conflittuale, altamente problematica. Sul trattamento in apparenza diverso che, nella giurisprudenza lussemburghese, ricevono gli argomenti, pur non dissimili, addotti da giurisdizioni diverse – in ipotesi, giustificato dalla considerazione di un non ben precisato elemento “contestuale” – l'analisi di I. Spadaro, *The use of cryptotype in the comparison by supranational courts: Brief remarks from the ECJ's judgement on the early retirement age for Polish supreme judges*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2023, no. 1, spec. p. 117 ss.

²¹² C-156/21, cit., par. 232; C-157/21, cit., par. 264.

²¹³ *Ex multis*, G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, p. 865 ss.

incardinato nella dicotomia *amico-nemico*, tale concetto ben si presterebbe a tracciare i confini dell'Unione come se quest'ultima fosse uno Stato – per di più, uno Stato *identitario*²¹⁴.

Così ricostruita, l'identità euro-unitaria fallirebbe abbastanza clamorosamente il primo dei due compiti che le erano stati in origine affidati.

In secondo luogo, il nesso fra eguaglianza degli Stati dinanzi ai Trattati e rispetto delle identità nazionali viene declinato dalla Corte in termini di semplice eguaglianza formale – vale a dire, di necessaria applicazione uniforme del diritto dell'Unione senz'alcun riguardo per le conseguenze sostanziali, in ipotesi diverse da Stato a Stato, di una siffatta uniformità:

«Orbene, anche se, come risulta dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, cosicché tali Stati dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro²¹⁵».

È il linguaggio del primato che – come d'uso, invero, per la giurisprudenza lussemburghese, nella tutela dei diritti fondamentali²¹⁶ – s'impadronisce del concetto d'identità là dove entrino in rilievo quelli che l'Unione definisce valori propri²¹⁷. Così riletto²¹⁸, il primato subisce un'evoluzione ulteriore rispetto alla già controversa dominanza sull'effetto diretto, appoggiandosi al solo art. 2 TUE²¹⁹. Abbandonato in silenzio²²⁰ il quadro costituzionale che ha tenuto a battesimo l'Unione, il primato semplicemente ignora il conflitto e abbraccia una narrazione *costituzionalizzante*²²¹,

²¹⁴ Su cui G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, cit., p. 13 ss., *passim*. Non può non notarsi come la nozione di Stato di diritto propria di quel contesto, inglobando legalità e legittimità della legge, si atteggiasse a parametro totalizzante della sua forza precettiva (22s.), disegnando un'analogia sinistra con il concetto che la Corte di Giustizia si studia di dispiegare nell'ordine giuridico euro-unitario.

²¹⁵ C-156/21, par. 233; C-157/21, par. 265.

²¹⁶ R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 81 ss.

²¹⁷ G. Pitruzzella, *L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, in *Federalismi.it*, 2021, no. 28, p. iv ss.

²¹⁸ P. Mori, *Il primato dei valori dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, no. 1, p. 73 ss.

²¹⁹ D. Gallo, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, no. 3, spec. p. 31 ss.

²²⁰ In linea con l'evoluzione della giurisprudenza europea: J.H.H. Weiler, *A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors*, in *Comparative Political Studies*, 1994, p. 510 ss. Cfr. G. Martinico, *L'integrazione silente*, cit., p. 17 ss., *passim*.

²²¹ A. Guazzarotti, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante"*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, no. 2, p. 1 ss.

rifugiandosi in un'asserita supremazia dei valori comuni²²² – meglio: di uno solo di essi, peraltro non il primo della lista dell'art. 2 TUE. L'art. 4(2) ne risulta assorbito²²³, fagocitato dalla dominanza dell'argomento etico cui l'art. 2 offre fondamento²²⁴.

Al netto delle opinioni di merito, occorre sottolineare le conseguenze di una costruzione siffatta sull'architettura costituzionale complessiva dell'Unione.

Tali conseguenze si riassumono come segue: se il richiamo ai valori comuni europei ingloba quello all'identità nazionale, sterilizzandolo, l'art. 2 sostituisce l'art. 4(2) TUE nel definire i rapporti Stati-Unione. Ciò coinciderebbe con l'imposizione di una scala di valori determinata, alla sommità della quale si porrebbe – non senza una punta d'arbitrarietà – lo Stato di diritto. In tal modo, s'istituirebbe una gerarchia assiologica a favore del diritto dell'Unione e a detrimento, per principio, del diritto statale, da cui la Corte di Giustizia si arrogherebbe la facoltà di trarre, unico *aruspice*, le regole da applicare al caso concreto, senza che nemmeno si abbozzi un tentativo di bilanciamento.

Così ricostruito attorno ad una gerarchia siffatta, il linguaggio del primato esprime una capacità comunicativa intersistemica davvero ridotta all'osso: non esita a proclamare la supremazia delle ragioni dell'Unione *a priori*, senza cioè tener conto delle ragioni degli Stati – invero, del tutto marginali nel ragionamento della Corte, poiché schiacciate nell'ottica preminente della tutela dello “Stato di diritto”:

«Infatti, pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di “Stato di diritto” che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo»²²⁵.

Sicché, anche il secondo compito affidato all'identità dal diritto euro-unitario andrebbe, se di un'identità siffatta si trattasse, apertamente inadempito.

Tali, quindi, le conseguenze della scelta metodologica netta operata dalla Corte di Giustizia. Una scelta della quale, sebbene possano intuirsi le ragioni politiche, non si fa alcuna fatica a discernere – anche da parte di taluni fra i suoi più autorevoli sostenitori²²⁶ – la tormentata, affannosa, tragica problematicità²²⁷.

²²² L.D. Spieker, *Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis*, in *German Law Journal*, 2019, p. 1182 ss.

²²³ S. Gianello, *Le sentenze C-156/21 e C-157/21: l'identità europea e la condizionalità secondo la Corte di giustizia*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, 2022, no. 2, spec. p. 108 ss.

²²⁴ F. Salmoni, *La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'UE (a prima lettura delle sent. C-156 e C157 Ungheria e Polonia v. Parlamento e Consiglio)*, in *Consulta online*, 1, 2022, spec. p. 307.

²²⁵ C-156/21, par. 234; C-157/21, par. 266.

²²⁶ A. von Bogdandy, *Principles of a systemic deficiencies doctrine: How to protect checks and balances in the Member States*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 705 ss.

4.2. *Clausola identitaria e diritto euro-unitario: un approccio “dialogante”*

Tuttavia, in altri contesti, l’approccio scelto dalla Corte di Giustizia è stato più conciliante. Da ultimo, la sentenza resa nel caso *Cilevičs*²²⁸ esprime un atteggiamento misurato, si direbbe prudente, dinanzi al nodo identitario.

Il caso è meno noto di quelli appena trattati, anche se non manca in dottrina chi gli ha dedicato la giusta attenzione²²⁹. Nel 2018 il Parlamento lettone emendava la legge nazionale sull’istruzione per obbligare gli istituti di educazione superiore a coltivare l’uso della lingua nazionale, limitando la possibilità di offrire corsi di laurea interamente in una lingua diversa; di conseguenza, solo due istituti, regolati da una legge speciale, potevano continuare ad impartire corsi siffatti.

Alcuni deputati presentavano immediato ricorso alla Corte costituzionale per contrasto col diritto all’istruzione e col diritto all’iniziativa economica privata, ma in sede di ricorso emergevano profili di incompatibilità fra la disciplina lettone e la libertà di stabilimento di cui agli articoli 49 e 56 TFUE (nonché con l’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, che tutela la libertà d’impresa). La Corte costituzionale, anche all’esito di una prima revisione legislativa che causava una separazione delle questioni²³⁰, sollevava rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per i profili attinenti al diritto euro-unitario, sostenendo che l’art. 4(2) TUE avrebbe coperto la tutela della lingua dello Stato quale componente essenziale della “identità” di quest’ultimo.

Per quel che qui interessa, dalla pronuncia della Corte di Giustizia emergono due passaggi rilevanti.

Uno: l’afferenza della *res controversa* a tematiche *identitarie* in senso *etnocentrico* non implica che i relativi argomenti usufruiscano dell’appiglio offerto dall’art. 4(2) TUE. Se così fosse, l’identità in diritto euro-unitario collasserebbe sull’omonimo concetto schmittiano: conseguenza che, si è detto, non è lecito trarre, poiché la riformulazione dell’identità in tale contesto muove da presupposti dichiaratamente contrari – s’ispira, difatti, a un concetto repubblicano di nazione, e ha per obiettivi lo scardinamento dell’equazione costituzione-Stato e la costruzione di un linguaggio inter-sistemic fra lo Stato stesso e l’Unione. Per il diritto euro-unitario, allora, “identitarie” sono tutte e solo quelle questioni che attengono alla struttura fondamentale, politica e costituzionale, di uno Stato membro, su un piano di parità con gli altri Stati; tali questioni ben possono esondare dal concetto etnocentrico di identità, e anzi di norma non hanno con esso alcun rapporto.

²²⁷ Non mancano però, invero, sostenitori irenicamente entusiasti: ad es., L. Pech, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, in *Hague Journal of the Rule of Law*, 2022, p. 107 ss.

²²⁸ CGUE, C-391/20, *Cilevičs et alt.*, 7 settembre 2022, ECLI:EU:C:2022:638.

²²⁹ F. Ferri, *Less is More (per ora)? Identità nazionale e limiti alle libertà di mercato nel caso Cilevičs*, in *AISDUE Blog*, p. 1 ss.

²³⁰ *Ibid.*, p. 3.

Secondo: in *Cilevičs*, l'identità segnala un argomento in ordine alla legittimità delle restrizioni alla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE. La questione è espressione di un conflitto tipicamente interno al diritto euro-unitario, per cui in una materia statale – su cui, tuttavia, l'Unione ha competenze di coordinamento, sostegno e completamento²³¹ – incide una situazione che non può definirsi «puramente interna»²³² perché intercetta il raggio delle libertà comunitarie fondamentali. Quest'incrocio, in principio, trova disciplina nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ne ha stabilito la regola d'ingaggio: pur mantenendo competenza in materia d'istruzione – «in particolare, per quanto riguarda, da una parte, il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché le loro diversità culturali e linguistiche e, dall'altra, il contenuto e l'organizzazione della formazione professionale, come risulta dagli articoli 165(1) e 166(1) TFUE»²³³ – gli Stati devono “rispettare” il contenuto della libertà di stabilimento. La formula, a ben vedere, non è diversa da quella impiegata per sancire l'obbligo di “rispettare” il valore dello Stato di diritto. Si noti però come il “rispetto”, in questo caso, non abbia nulla a che vedere con l'ottemperanza a regole dedotte, *sic et simpliciter*, da un “valore”: al contrario, consegue a un'operazione di bilanciamento materiale e istituzionale che coinvolge la Corte di Giustizia in uno ai giudici interni. Quanto al primo, ogni limitazione alla libertà di stabilimento è vincolata a due condizioni: dev'essere giustificata da una ragione imperativa di interesse generale, e dev'essere conforme al principio di proporzionalità, quindi «idonea a garantire, in modo coerente e sistematico, la realizzazione dell'obiettivo perseguito» senza eccedere «quanto necessario per conseguirlo»²³⁴. In ordine al secondo, la Corte di Giustizia è attenta a non sconfinare in una valutazione di merito della controversia, lasciando tale onere al giudice del rinvio.

Così articolata, la vicenda non richiede l'interruzione del transito dal piano dei rapporti fra ordinamenti a quello della tutela multilivello dei diritti, almeno finché reggano le strutture di quest'ultima. Tali strutture, come il caso di specie evidenzia, girano attorno ai due perni del *substantive* e *institutional balancing*. In primo luogo, il diritto euro-unitario si fa carico di assorbire come propria la norma di diritto interno là dove la libertà di stabilimento sia vincolata a condizioni che l'Unione riconosca come legittime. In seconda battuta, la Corte di Giustizia lascia spazio ai giudici dello Stato nella verifica concreta di tali condizioni.

Perciò, finché si resta all'interno di tale quadro, il principio di proporzionalità è lo strumento adatto a misurare l'esercizio di un potere, a quel punto, riconosciuto come autorità legittima; e, ove serva un accertamento concreto in ordine a idoneità,

²³¹ Cfr. M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, cit., p. 79 ss.

²³² *Ibid.*, p. 31 ss.; cfr. A. Arena, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019, spec. p. 99 ss.

²³³ *Cilevičs*, cit., par. 59.

²³⁴ *Ibid.*, par. 65.

necessità e proporzionalità *stricto sensu* della norma interna, la Corte di Giustizia può e deve deferire al giudice del merito – unico competente, *ex art. 267 TFUE*, a dirimere la controversia – una simile valutazione, esercitandosi in un bilanciamento istituzionale a rafforzamento di quello materiale.

Qualora sorgesse, in ogni caso, una radicale divergenza tra le valutazioni del giudice interno e la pronuncia della Corte, allora – e solo allora – la questione si sposterebbe dal merito alla competenza, chiamando in causa l'ambito applicativo del diritto dell'Unione e quello del diritto statale, astrattamente considerati. In tale occasione, e solo in quella, si ripristinerebbe il confine tra i due ordinamenti, trasformandosi la vicenda in conflitto costituzionale con la sollevazione di un argomento identitario.

Ma non è questo il caso.

Si capisce, allora, perché la Corte agevolmente possa mettere sullo stesso piano il rispetto dell'identità nazionale, a voce dell'art. 4(2) TUE, e il rispetto del principio di proporzionalità, fino a rendere esplicitamente equivalenti i due termini:

«Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa di uno Stato membro che impone, in linea di principio, agli istituti di istruzione superiore l'obbligo di impartire gli insegnamenti esclusivamente nella lingua ufficiale di tale Stato membro, purché una siffatta normativa sia giustificata da motivi connessi alla tutela dell'identità nazionale di quest'ultimo, vale a dire che sia necessaria e proporzionata alla tutela dell'obiettivo legittimamente perseguito»²³⁵.

Più strutturato è il richiamo all'identità nazionale dell'Avvocato Generale, sul quale non è inopportuno intrattenersi specificamente²³⁶. Le *Conclusioni*, infatti, al di là della soluzione del caso di specie²³⁷, hanno una certa pretesa sistematica, offrendo una lettura contestualizzata della clausola di cui all'art. 4(2) TUE in una serie di paragrafi battezzati come «[a]lcune brevi considerazioni» sul punto.

Tre, nell'ottica che qui interessa, paiono i rilievi ulteriori che dalle *Conclusioni* si lasciano desumere.

Primo: viene ribadito che l'identità in diritto euro-unitario è indipendente dal concetto nazionalista-etnocentrico di identità, e invece afferente alla sola struttura fondamentale, politica e costituzionale, di uno Stato. Solo «aspetti costituzionali centrali», infatti, possono rilevare della clausola identitaria; il fatto che taluni di essi intercettino profili etno-nazionalistici propri di ciascuno Stato non rileva se non nella misura in cui tali profili facciano parte della citata «struttura fondamentale»²³⁸.

²³⁵ *Ibid.*, par. 87.

²³⁶ Presentate l'8 marzo 2022, ECLI:EU:C:2022:166.

²³⁷ *Ibid.*, par. 84.

²³⁸ *Ibid.*, par. 85.

Così concepita, l'identità adempie al primo dei due compiti ad essa affidati, ossia il superamento in chiave repubblicana, democratico-pluralista, del binomio Stato-costituzione, volto a difendere e consolidare sul piano sovranazionale l'*acquis* delle costituzioni del secondo Novecento.

Secondo: emerge la reciprocità degli obblighi coperti dalla clausola identitaria, che, in quanto figura di un equilibrio costituzionale, obbliga gli Stati e l'Unione a collaborare alla sua conservazione. Per un verso, tutte le istituzioni dell'Unione devono "tener conto" dell'identità nazionale: l'Avvocato Generale dice chiaramente che non spetta all'Unione determinare quali siano gli elementi da essa coperti²³⁹ – bensì, con tutta evidenza, alle Corti e ai decisori politici nazionali. Tuttavia, per altro verso, gli Stati non possono servirsene come via di fuga "troppo agevole" dagli obblighi comuni: nel far uso della clausola identitaria, devono rispettare a loro volta talune condizioni²⁴⁰. In particolare, «gli elementi centrali dell'identità nazionale invocati da uno Stato membro devono necessariamente essere compatibili con il quadro costituzionale dell'Unione europea»²⁴¹: una nozione che non può intendersi altrimenti che in senso storico-dinamico, dunque nell'ottica dell'intero percorso d'integrazione. In effetti, se così non fosse, non avrebbe senso riconoscere agli Stati un diritto a determinare i contenuti afferenti alla propria identità nazionale; basterebbe, a tal scopo, la Corte di Giustizia. Invece, acconsentire a che (le Corti de)gli Stati si pongano in relazione dialettica con la Corte lussemburghese implica riconoscere la valenza *politico-istituzionale* del contributo degli Stati alla costruzione della clausola identitaria; e un simile riconoscimento pesca nell'evoluzione storico-costituzionale dell'integrazione europea, secondo i termini *supra* delineati.

In tal senso – ed è il terzo punto – v'è una relazione tra la clausola identitaria *ex* art. 4(2) e i "valori fondanti" dell'Unione *ex* art. 2 TUE. Tale relazione ha sullo sfondo il quadro costituzionale dell'Unione stessa. Enunciando «i principi chiave che disciplinano le relazioni tra l'Unione e gli Stati membri», l'art. 4(2) non deroga all'art. 2 TUE, né è derogato da questo: le due disposizioni devono leggersi l'una alla luce dell'altra²⁴².

Rebus sic stantibus, dovrebbe forse aversi riguardo alla lettera dell'art. 2 TUE, valorizzando il risvolto libertario della dignità²⁴³ – primo tra i valori comuni ivi elencati – nel senso di auto-determinazione fra eguali²⁴⁴. In tal modo, il rapporto fra certezza del diritto, principio di legalità e sovranità popolare, che per il tramite della riserva di legge s'immette nell'ampio estuario della tutela dei diritti, varrebbe a

²³⁹ *Ibid.*, par. 86.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*, par. 87.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., spec. p. 102 ss.

²⁴⁴ M. Avbelj, *Human Dignity and Legal Pluralism*, in G. Davies - M. Avbelj (eds.), *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Cheltenham, 2018, p. 95 ss.

difendere la *democratic authority* del diritto euro-unitario²⁴⁵, rileggendo in senso repubblicano il patriottismo costituzionale che ha lungamente, robustamente animato il cammino della costituzionalizzazione d'Europa.

5. *Verso una conclusione*

Tirando le somme di un'analisi che ha coinvolto pronunce di giudici apicali degli Stati e della Corte di Giustizia, emerge come massimamente compatibile col quadro costituzionale dell'Unione un modello di argomento identitario costruito sulla falsariga di un principio di essenzialità.

Secondo questo modello, i cui lineamenti si delineano all'esame comparato della giurisprudenza costituzionale nazionale, una norma di diritto dell'Unione perde priorità applicativa ove si spinga *troppo al di là* rispetto al tenore letterale della sua base giuridica. "Troppo al di là" si misura con riguardo a due grandezze concettuali complesse: da un lato la *continuità* delle rispettive disposizioni, dall'altro l'*invasività* della norma stessa rispetto alla sfera giuridica di pertinenza dello Stato – *soggettiva* attitudine a produrre conflitto in seno a tale Stato e *oggettiva* contiguità con i diritti fondamentali dei destinatari. Sicché, una Corte apicale di uno Stato può opporsi all'applicazione prioritaria del diritto dell'Unione ove la norma da applicare implichi una lettura troppo estesa della sua base positiva in relazione alla *conflittività* soggettiva e all'*oggettiva* prossimità ai diritti fondamentali della regolazione *de qua*. Il denso sostrato concettuale di tale modello chiama in causa la certezza del diritto, il principio di legalità e la riserva di legge nel quadro della tutela dei diritti fondamentali; così costruendo il risvolto sostanziale del diritto di voto quale diritto dei destinatari della norma a partecipare alla sua produzione per via rappresentativa, in primo luogo, e poi per le altre strade all'uopo approntate dalla costituzione statale e dal diritto dell'Unione.

Questo modello ottempera a tutt'e due i compiti attribuiti all'identità in diritto euro-unitario. Da un canto, smantella il binomio costituzione-Stato, poiché mostra come possa perpetuarsi l'*acquis* delle Carte contemporanee sul piano sovranazionale mediante l'affermazione dei valori repubblicani ivi sanciti. D'altro canto, utilizza un linguaggio universalizzabile per la valutazione dei rapporti fra Stati e Unione: modella il processo d'integrazione senz'arrestarlo²⁴⁶, irrobustisce il sostrato concettuale dei principi giuridici comuni e costruisce ponti intersistemici per una comunicazione reciproca allorché il conflitto assuma toni costituzionali.

Per contro, dall'ottica della Corte di Giustizia deve riscontrarsi una certa ambivalenza. Da un lato, infatti, i giudici del Kirchberg hanno adottato un approccio costruttivista, nel segno di un costituzionalismo militante, là dove si è trattato di

²⁴⁵ D. Chalmers, *The European Union and the re-establishment of democratic authority*, in *European Law Journal*, 2022, spec. p. 9 ss.

²⁴⁶ J.A. Gutiérrez-Fons - K. Lenaerts, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629.

rimediare alla crisi della *rule of law*, nonché di rinsaldare l'autonomia dell'Unione monetaria. D'altro lato, invece, si sono delineati i rapporti fra art. 2 e art. 4(2) TUE su di un piano paritario, necessariamente storico-sistematico, di tal che la tutela dello Stato di diritto non fagociti la clausola identitaria ma avvenga in armonia con essa.

Tale ultimo approccio appare meglio compatibile sia con la giurisprudenza delle Corti nazionali, sia, più in generale, col quadro costituzionale euro-unitario. Infatti, la “necessaria compatibilità” fra clausola identitaria e Stato di diritto ben difficilmente potrebbe leggersi nel senso di abilitare la Corte di Giustizia alla formulazione, volta per volta, di regole concrete cui è riconosciuta, per la debordante superiorità attribuita all'art. 2 TUE – *rectius*: a uno solo dei valori ivi elencati, e non il primo della lista – la capacità di disapplicare il diritto interno contrastante. Se così fosse, infatti, lo Stato di diritto *europeo*, resosi autonomo dalle costituzioni degli Stati, si porrebbe in antitesi rispetto ad esse, poiché svuoterebbe di senso il loro contenuto più significativo: quello che marca la differenza con le Carte ottriate del costituzionalismo di stampo ottocentesco, prodromiche al *secolo breve e perturbato* che non senza patimenti ha attraversato l'Occidente²⁴⁷. Donde, lo scivolamento dell'Unione verso lidi inediti, segnati da una crescente, strutturale disegualianza che da fattuale diviene giuridica – abbandonandosi, così, la perpetuazione in senso *repubblicano*, democratico-pluralista, dei valori custoditi dalle Carte nazionali – fa da sfondo all'ascesa, forse irresistibile, dell'elemento etico quale componente del diritto stesso, nel segno di un patriottismo costituzionale non neutro, bensì fortemente connotato sotto il profilo morale.

D'altronde, l'approccio costruttivista che da un lustro ha inaugurato il massimo giudice dell'Unione, pur comprensibile in termini di politica istituzionale europea, non pare abbia offerto frutti significativi. Per un verso, l'Unione, che *non è uno Stato*, manca di strumenti per implementare le sentenze in via diretta; si riduce, quindi, in proporzione, la concreta capacità d'incidere sull'ordinamento statale²⁴⁸. Per altro verso, i regimi tacciati d'illiberalismo non paiono aver patito conseguenze troppo severe, nelle urne, in seguito all'opera pur alacre della Corte di Giustizia; e ciò rende ancor più delicato il cospicuo ingerirsi di questa negli affari interni di tali Stati. A cinque anni da *Juizes Portugueses*, a tredici dalla nomina di Orbán a *Miniszterelnök* e a otto dall'insorgere della questione relativa all'indipendenza dei giudici polacchi, non pare che il quadro politico-costituzionale interno agli Stati coinvolti sia mutato nel senso auspicato. Anzi, a Ungheria e Polonia si sono aggiunte Romania e Malta – per ora. In vista, peraltro, di future adesioni, anche di Stati la cui compatibilità di fondo

²⁴⁷ In tal senso, G. Pitruzzella, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2018, no. 3, p. 34 ss., ripercorrendo l'evoluzione del concetto di Stato di diritto nel moderno costituzionalismo, ravvisa come attorno ad esso, nelle sue diverse accezioni, si sia polarizzata la lotta politica nelle società europee – osservazione che, invero, non perde di attualità.

²⁴⁸ Come nota A. Di Gregorio, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, p.147 ss.

con i valori comuni dell'Unione non può in alcun modo darsi per scontata – men che mai, sull'onda emotiva di una guerra²⁴⁹ – tale risultato dovrebbe senz'altro tenersi da conto, esaminandosene le cause con cura²⁵⁰.

Sorge il dubbio, dunque, se ai giudici del Kirchberg non convenga retrocedere dalla linea *militante* assunta con la difesa dello Stato di diritto, e rileggere il conflitto costituzionale sottostante alla luce degli argomenti addotti dalle Corti costituzionali di quegli Stati, corroborando quel “dialogo” che ha da animarne gli intenti rispettivi. Seguendo l'articolarsi di tali argomenti, la Corte di Giustizia potrebbe opporre le ragioni dell'applicazione prioritaria del diritto dell'Unione a quelle addotte dalle Corti statali, e bilanciarle attraverso il parametro di valutazione offerto dal principio di essenzialità; rinunciando, quindi, a imporre la supremazia assiologica *tout court* della *rule of law* e, invece, prendendo a cuore le ragioni della certezza del diritto e della sovranità popolare dei singoli Stati. E ciò, si badi bene, anche se i rispettivi governi si catalogassero come euroscettici, o *sovranisti*: in una *comunità di diritto* quale l'Unione si definisce, non può essere l'ideologia politica di una maggioranza democraticamente eletta il *discrimen* per valutare un parametro – quello del reciproco limite tra gli ordinamenti – che invece dev'essere inteso e misurato in termini rigorosamente giuridici.

Certo, non può escludersi che, all'esito di opposti apprezzamenti, tra i giudici dello spazio euro-unitario permangano divergenze anche nette intorno a un caso determinato. Tuttavia, riconoscere il conflitto, da parte della Corte di Giustizia, significherebbe conseguire un risultato minimo prezioso: non trasformare il diritto dell'Unione nell'arma per imporre ragioni di parte *travisandole* da ragioni condivise. In quel caso, infatti, la degenerazione del conflitto in *scontro*²⁵¹ aprirebbe a scenari imprevedibili, in relazione ai quali, ove ridotto a veicolo di ragioni di parte, il diritto perderebbe ogni sua autorità – e, con essa, ogni sua capacità regolativa, lasciando campo libero alla forza.

Riconoscendo la sensibilità politica di ciascun caso – e rinunciando a *silenziarla* mercé l'azione onnipervasiva dello Stato di diritto – il giudice del Kirchberg, forse, perderebbe colpi nella missione che pare animarlo da sempre, e cioè promuovere l'applicazione del diritto dell'Unione fino a uniformazione completa. Nondimeno, si ammanterebbe di una nuova autorevolezza: quella di un giudice *euro-costituzionale* a tutto tondo, non sordo alle ragioni della diversità, bensì capace di chiamare alla

²⁴⁹ Si veda, per un inquadramento del contesto storico-politico, G. Allegri, *Le difficoltà dei movimenti no war e del costituzionalismo critico europeo, al tempo della guerra russa all'Ucraina*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere alla guerra?*, Napoli, 2022, p. 91 ss.; in prospettiva, F. Scaglione, *L'Ucraina di domani può spaccare l'Europa*, in *La guerra continua – Limes*, 2023, no. 1.

²⁵⁰ Cfr. A. Nato, *L'adesione dell'Ucraina all'Unione europea: il processo di integrazione europea nel contesto bellico*, in *Diritticomparati.it*, 19 dicembre 2022; R. David, *Quelles conséquences pour l'UE en cas d'adhésion de l'Ukraine ?*, in *Publicsenat.fr*, 2 febbraio 2023, e E. Wax, *Metsola wants Ukraine EU membership talks to start this year*, in *Politico.eu*, 4 marzo 2023.

²⁵¹ N. Urbinati, *Pochi contro molti. Il conflitto politico nel XXI secolo*, Roma-Bari, 2020, p. 17 ss., *passim*.

collaborazione i suoi interlocutori e di costruire percorsi tesi a superare tale diversità col bilanciamento ragionevole di diritti e interessi²⁵².

Ci si chiede, infine, se non sia questo il lavoro che, in un quadro solcato da aspri, rampanti conflitti, percorso da un angoscioso risuonare d'armi, l'Unione s'aspetta dal suo massimo giudice.

ABSTRACT: In the last eighteen months, the separate efforts of the European Court of Justice and of the national constitutional courts in defining the normative content of the identity clause provided for in Art. 4(2) TEU walk on opposite directions. The hitherto fragmented, or rather opportunistic, national identitarian arguments point to a single pattern as for the scope and the structure concerned. Conversely, the Court of Kirchberg endorses a twofold, mutable approach: strictly *militant*, in some cases, but open to constitutional dialogue in others.

The work analyses recent national case-law to draw the basic traits of this single pattern and compares it with the approaches of the Court of Justice. Mutual divergences notwithstanding, as it will be highlighted, a common alphabet may be found which has potential to ease constitutional conflicts in the European space.

KEYWORDS: Identity – Primacy – Constitutional Courts – Court of Justice – Constitutional Conflicts.

Giuliano Vosa – Ricercatore t.d.(b) in Diritto costituzionale presso l'Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza. (giuliano.vosa@unict.it)

²⁵² S. Sciarra, *Seventy years of the Court of Justice of the European Union. Judicial Activism and Judicial Wisdom*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2022, no. 3, p. 1 ss.