



Corso di dottorato di ricerca in

**SCIENZE GIURIDICHE**

*in convenzione con l'Università degli studi di Trieste*

Ciclo XXXII

Tesi di dottorato

***L'identità costituzionale tra stati nazionali e ordinamento  
dell'Unione Europea***

*in co-tutela con Aix-Marseille Université*



**Dottorando**

Matteo DAICAMPI

**Supervisore**

Prof.ssa Laura MONTANARI

**Co-supervisore**

Prof. Roberto SCARCIGLIA

**Directeur de thèse (co-tutela)**

Prof. Thierry RENOUX

**Anno 2021**



## INDICE

<b>Introduzione .....</b>	<b>5</b>
---------------------------	----------

### **CAPITOLO I - L'EMERGERE DEL CONCETTO DI IDENTITÀ COSTITUZIONALE NELLO SPAZIO COSTITUZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA E LE RAGIONI DI UN'ANALISI COMPARATA**

1. Introduzione.....	11
2. L'emergere dei limiti costituzionali all'integrazione nella giurisprudenza delle corti costituzionali europee .....	12
2.1 Dalla tutela dei diritti fondamentali all' <i>Identitätskontrolle</i> , il cammino europeo del <i>Bundesverfassungsgericht</i> .....	12
2.2 La Corte costituzionale italiana e i principi supremi come controlimiti europei .	20
2.3 La circolazione del concetto di limiti costituzionali all'integrazione tra le altre Corti europee.....	25
3. La semantica identitaria nei trattati: la storia della clausola dell'articolo 4, c. 2 TUE.....	31
4. Introduzione all'analisi comparata.....	34

### **CAPITOLO II - IDENTITÀ COSTITUZIONALE RELATIVA: FRANCIA**

1. Introduzione.....	39
2. Limiti sostanziali (inconsistenti) alla revisione costituzionale.....	42
3. Il diritto dell'Unione europea e la Costituzione .....	45
3.1 L'articolo 54 e la competenza del <i>Conseil Constitutionnel</i> a valutare la legittimità costituzionale dei trattati.....	46
3.1.1 L'Unione europea nella Costituzione: l'introduzione del titolo XV.....	53

3.2 La supremazia del diritto internazionale sul diritto interno, tra convenzionalità e costituzionalità .....	57
4. L'identità costituzionale della Francia .....	66
4.1 L'emersione di limiti costituzionali all'integrazione europea nel rapporto tra diritto europeo e diritto interno: dalle norme espresse della Costituzione all'identità costituzionale .....	66
4.2 Statuto teorico e funzionale dell' <i>identité constitutionnelle</i> de la France.....	71
4.3 L'applicazione concreta del limite dell'identità costituzionale.....	78
5. Conclusioni: la supremazia della Costituzione e un'identità funzionalmente limitata, relativa e collaborativa.....	83

### **CAPITOLO III - IDENTITÀ COSTITUZIONALE NON VERBALIZZATA: SPAGNA**

1. Introduzione.....	87
2. La revisione costituzionale ed i suoi limiti.....	89
3. Il diritto dell'Unione europea e la Costituzione spagnola .....	90
3.1 Lo statuto costituzionale del diritto europeo ed internazionale.....	91
3.2 L'evoluzione dei rapporti inter-ordinamentali nelle dinamiche dell'integrazione europea.....	98
4. L'identità costituzionale nell'ordinamento spagnolo: emersione ed applicazione dei limiti materiali all'integrazione europea .....	102
4.1 Il <i>Tribunal constitucional</i> e il Trattato costituzionale: la <i>declaración</i> 1/2004...	102
4.2 Lo statuto teorico e funzionale dell'identità costituzionale spagnola.....	106
4.3 Diritti fondamentali e diritto europeo alla prova: il caso <i>Melloni</i> .....	112
5. Identità costituzionale, stato autonomico e rivendicazioni territoriali .....	118
6. Conclusioni.....	121

## **CAPITOLO IV - IDENTITÀ COSTITUZIONALE SOVRANAZIONALE: PROSPETTIVE PER UN'IDENTITÀ DELL'UNIONE EUROPEA?**

1. Introduzione .....	125
2. I principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea .....	127
3. Limiti sostanziali alla revisione dei Trattati europei? .....	130
4. I principi costituzionali come limite all'integrazione dell'ordinamento dall'esterno: i "controlimiti" dell'Unione europea .....	135
4.1 La vicenda Kadi.....	136
4.2 La tutela dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea e la (mancata) adesione alla CEDU .....	139
5. I limiti all'integrazione dell'ordinamento europeo "dall'interno": meccanismi di garanzia nei confronti degli ordinamenti giuridici degli Stati membri.....	143
5.1 La via giurisdizionale .....	145
5.2 La via politica e finanziaria.....	152
6. Strumenti di confronto nello spazio costituzionale europeo: la presa in carico delle identità nazionali nell'ordinamento dell'Unione.....	159
6.1 L'articolo 4, c. 2 TUE tra europeizzazione dei controlimiti e applicazione ordinaria .....	159
6.2 Il ruolo degli organi politici .....	165
7. Conclusioni .....	167
<b>Conclusioni</b> .....	173
<b>Bibliografia</b> .....	181



## INTRODUZIONE

Identità è un termine complesso, che può assumere diversi significati ed essere oggetto di studio di diverse branche delle scienze umane e sociali<sup>1</sup>. Quali che ne siano la sfera di utilizzo e il soggetto interessato, esso si presenta con due profili di senso, uno individuale e uno relazionale. Sul piano individuale l'identità indica l'uguaglianza di un soggetto rispetto a sé stesso e la sua stabilità nel tempo. Sul piano relazionale essa ha un'accezione sia convergente, andando ad indicare la coincidenza degli attributi di diversi soggetti, sia divergente, intesa come singolarità, componendosi di tutti quegli elementi e qualità che, caratterizzando un soggetto per quello che è, lo differenziano dagli altri.

L'applicazione del concetto di identità agli ordinamenti costituzionali ha dato luogo ad un'intensa produzione teorica che, negli ultimi anni, ha fatto dell'identità costituzionale uno dei temi maggiormente esplorati dalla riflessione costituzionalistica<sup>2</sup>. Tuttavia, data la sua polisemia e le diverse ricostruzioni proposte, essa rimane un concetto fondamentalmente contestato<sup>3</sup>. D'altra parte, accanto alla speculazione concettuale, l'identità costituzionale è entrata a far parte del lessico corrente della giurisprudenza costituzionale delle Corti europee in particolare nei rapporti con l'Unione europea.

Tale concetto trova comunque il suo nucleo nell'idea di riconoscibilità di un dato ordinamento, come somma di quelle caratteristiche fondamentali il cui variare determina una "perdita di identità" e l'instaurazione di un diverso tipo di ordinamento, a partire da una prima formulazione riscontrabile nel terzo libro della *Politica* di Aristotele, ove l'autore indica proprio nella "costituzione" l'elemento essenziale per distinguere una

---

<sup>1</sup> R. TONIATTI, *Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, p. 62.

<sup>2</sup> Si v. tra i molti M. ROSENFELD, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Abingdon, 2010; G. J. JACOBSON, *Constitutional Identity*, Cambridge, 2010.

<sup>3</sup> M. ROSENFELD, *Constitutional Identity*, in ID, A. SAJÓ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 756.

*polis* dalle altre<sup>4</sup>. D'altro canto, tale riconoscibilità non può che richiamare la ricostruzione, elaborata da Carl Schmitt in riferimento alla revisione costituzionale, per cui si assisterebbe all'instaurazione di una nuova costituzione ogniqualvolta «l'identità e la continuità della costituzione nella sua interezza» non siano garantite<sup>5</sup>.

La riconoscibilità dell'ordinamento si esplica contemporaneamente nei due profili dell'identità come uguaglianza e come singolarità, per cui l'identità di un ordinamento costituzionale discenderebbe dal formarsi di «narrazioni reciprocamente coerenti di *sameness* e *selfhood*»<sup>6</sup> o, per riprendere la terminologia dottrinale francese, di *mêmeté* e *ipséité*<sup>7</sup>. Sul piano operativo e istituzionale, questi due significati dell'identità costituzionale si tradurrebbero, secondo una ricostruzione recente, l'uno (l'uguaglianza) all'interno degli ordinamenti nell'elaborazione di limiti alla revisione costituzionale (*constitutional identity despite difference*), e l'altro (la singolarità) nell'affermazione delle peculiarità dei singoli Stati verso l'esterno nei rapporti inter-ordinamentali propri dell'integrazione sovranazionale (*constitutional identity as difference*)<sup>8</sup>, che rappresenterebbe inoltre, secondo altri, l'ambito precipuo di azione dell'identità costituzionale intesa anche come convergenza<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> S. VIDA, *La politica aristotelica e l'elogio della medietà*, in *Montesquieu.it*, 2, 2010, p. 9; Si legge in Aristotele, *Pol.*, III, 3, 17-18: «... quand'è che lo stato si deve dire “lo stesso” o “non lo stesso ma diverso”?», citato in J. L. MARTÍ, *Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, cit., p. 18 (n. 1).

<sup>5</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, p. 145, come citato in R. GUASTINI, *La costituzione senza identità*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo – Consulta Online*, aprile 2020, p. 1; A. VIALA, *Le concept d'identité constitutionnelle: approche théorique*, in L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Parigi, 2011, p. 21.

<sup>6</sup> M. ROSENFELD, *The Identity of the Constitutional Subject*, cit., p. 29, v. anche M. TUSHNET, *How do constitutions constitute constitutional identity?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2010, pp. 671-676.

<sup>7</sup> M. GUERRINI, *L'identité constitutionnelle de la France. Recherche sur les fonctions de la réserve identitaire dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, tesi di dottorato in diritto pubblico presentata e sostenuta in pubblico il 6 giugno 2014, Aix-Marseille Université, p. 26.

<sup>8</sup> P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, 7, 2017, pp. 1625-1627.

<sup>9</sup> Dedicata a questa ricostruzione la seconda parte della sua opera F. X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Parigi, 2013.



Il concetto di identità costituzionale pone, tuttavia, numerosi dubbi definitivi, in particolare sul soggetto di tale identità e sulle modalità attraverso cui essa si formerebbe. In primo luogo, infatti, si sottolinea in dottrina come sia possibile enucleare almeno due diversi significati di identità costituzionale: l'identità della Costituzione come testo normativo e l'identità del popolo che a tale Costituzione è sottoposto<sup>10</sup>. D'altra parte, ammettendo che questi due ambiti soggettivi in qualche modo coesistano e si compartecipino vicendevolmente, sembra condivisa l'idea che l'identità di un ordinamento costituzionale discenda da un processo collettivo di definizione frutto di volontà di una comunità politica<sup>11</sup>, ma tale processo è ricostruito in vari termini: come identità collettiva di una comunità immaginaria frutto di mediazione continua fondata sull'uso di negazione, metafora e metonimia<sup>12</sup>, come frutto di un processo dialogico derivante da “disarmonie costituzionali” che, nell'esperienza dell'ordinamento, crea un connubio tra aspirazioni politiche espressione del passato di uno Stato e impegni rivolti al futuro<sup>13</sup>, come “*constructed reality*” e “*restless soul*”, espressione di una specifica identità di un popolo legata alla sua Costituzione in continua evoluzione<sup>14</sup>.

Di fronte alle “molte domande e troppo poche risposte”<sup>15</sup> che inevitabilmente porta con sé la speculazione teorica su di un concetto aperto a così tanti significati, si pone la necessità di identificare un contenuto giuridico (non già extra o pre-giuridico) del concetto di identità, affinché esso possa essere oggetto di una ricerca di diritto costituzionale comparato, nella convinzione che nella scienza giuridica il significato di un concetto non possa che derivare in prima istanza dal suo utilizzo<sup>16</sup>. Il punto di partenza

---

<sup>10</sup> J. L. MARTÍ, *Two Different Ideas of Constitutional Identity*, cit., pp. 17-36.

<sup>11</sup> A. VIALA, *Le concept d'identité constitutionnelle*, p. 17: «... l'identité constitutionnelle est alors un construit et non un donné».

<sup>12</sup> È questa l'impostazione, debitrice anche di alcuni concetti della teoria psicanalitica, di M. ROSENFELD, *The Identity of the Constitutional Subject*, cit.

<sup>13</sup> G. J. JACOBSON, *Constitutional Identity*, Cambridge, 2010, p. 13.

<sup>14</sup> M. POLZIN, *Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul*, in *German Law Journal*, 7, 2017, in particolare pp. 1602 e 1615.

<sup>15</sup> J. L. MARTÍ, *Two Different Ideas of Constitutional Identity*, cit., p. 36.

<sup>16</sup> T. ENDICOTT, *Law and Language*, in E. N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. 2016, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/law-language/> (accesso dicembre 2020), come citato in F. X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, p. 16.

non potrà che essere, dunque, l'emersione dell'identità costituzionale come concetto giuridico operativo in un preciso contesto istituzionale e ordinamentale, ovvero negli sviluppi relativamente recenti del processo di integrazione europea, e segnatamente nella definizione di limiti all'integrazione stessa da parte degli ordinamenti costituzionali nazionali. Il presente studio si comporrà dunque di un primo Capitolo dedicato alla definizione dell'oggetto della ricerca, delle scelte metodologiche ad essa sottese e delle ragioni che giustificano uno studio comparatistico dell'identità costituzionale, con un'analisi comprensiva dell'emersione di tale concetto nello spazio costituzionale europeo e nella sua doppia circolazione per il tramite della giurisprudenza costituzionale nei diversi Stati membri (a partire dai modelli tedesco e italiano) e del testo normativo dei Trattati europei. Successivamente si proporrà uno studio di diritto costituzionale comparato suddiviso in due fasi. In primo luogo, nei capitoli II e III si analizzeranno e compareranno le esperienze degli ordinamenti di Francia e Spagna, che presentano elementi di originalità nel panorama degli Stati membri dell'Unione europea, con le funzioni e i significati che assume l'identità costituzionale nel contesto del processo di integrazione europea e della definizione dei rapporti degli ordinamenti interni con quello sovranazionale nei due casi di studio. Infine, nel capitolo IV, si applicherà all'ordinamento dell'Unione europea il quadro comparativo elaborato nei precedenti capitoli, verificando se e in quale misura in tale ordinamento siano esercitate le funzioni che negli ordinamenti nazionali sono ricondotte all'identità costituzionale, saggiando così l'ipotesi della configurabilità di un'identità costituzionale sovranazionale dell'Unione europea.

*Nel terminare l'introduzione alla presente tesi di dottorato, non posso esimermi dal riservare qualche riga per porre i dovuti ringraziamenti a chi ha accompagnato e facilitato il lungo e soddisfacente percorso che con essa si conclude. La mia gratitudine va in prima battuta alla prof.ssa Laura Montanari, per il sostegno e l'estrema disponibilità intellettuale e personale che mi ha riconosciuto sin dal mio primo giorno*

*all'Università di Udine, e per avere reso possibili esperienze, accademiche e non, che hanno contribuito alla mia crescita lungo questi quattro anni. Allo stesso modo ringrazio il prof. Thierry Renoux per la preziosa collaborazione e l'accoglienza a me riservata all'Aix-Marseille Université all'interno del percorso di co-tutela di tesi. Non posso, poi, non rivolgere un pensiero al prof. Roberto Scarciglia, per l'ispirazione e il confronto scientifico, e alla prof.ssa Elena D'Orlando, per avermi sempre coinvolto in ogni iniziativa, fatto scoprire nuovi ambiti di vera passione accademica, e indirizzato anche nel mio percorso professionale.*

*Resta la dedica a Clarissa, alla mia famiglia, e a chi, tra Udine, Marsiglia e Rovereto, in questi anni mi ha riservato affetto, sostenuto e arricchito, intellettualmente e umanamente.*

Udine-Aix-en-Provence, gennaio 2021



## CAPITOLO I

# L'EMERGERE DEL CONCETTO DI IDENTITÀ COSTITUZIONALE NELLO SPAZIO COSTITUZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA E LE RAGIONI DI UN'ANALISI COMPARATA

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. L'emergere dei limiti costituzionali all'integrazione nella giurisprudenza delle corti costituzionali europee; 2.1 Dalla tutela dei diritti fondamentali all'*Identitätskontrolle*, il cammino europeo del *Bundesverfassungsgericht*; 2.2 La Corte costituzionale italiana e i principi supremi come controlimiti europei; 2.3 La circolazione del concetto di limiti costituzionali all'integrazione tra le altre Corti europee; 3. La semantica identitaria nei Trattati: la storia della clausola dell'articolo 4, c. 2 TUE; 4. Introduzione alla analisi comparata.

### 1. Introduzione

Il concetto di identità costituzionale è diventato uno dei concetti chiave nella definizione dei rapporti a livello costituzionale tra Stati membri ed Unione europea a valle di un percorso complessivo di definizione di tali rapporti con una doppia dinamica di circolazione, nella giurisprudenza delle Corti costituzionali degli Stati membri e nel diritto primario dell'Unione. Tali traiettorie saranno sinteticamente delineate analizzando, da una parte, i “cammini comunitari” del Tribunale costituzionale tedesco (par. 2.1) e della Corte costituzionale italiana (par. 2.2), che fungono da modello storico della definizione di limiti costituzionali all'applicazione del diritto dell'Unione europea, e la diffusione di argomenti e concetti da esse proposti nella giurisprudenza costituzionale di altri Stati membri, e segnatamente degli Stati dell'area centro-orientale (par. 2.3), e dall'altra descrivendo l'introduzione e la progressiva affinazione della c.d. *identity clause* nei trattati istitutivi dell'Unione europea, oggi ospitata all'articolo 4 c. 2 del TUE (par. 3).

Alla luce della ricostruzione di tale fenomeno di circolazione, si giustificherà, in conclusione del presente Capitolo (al par. 4), la scelta di presentare, nel presente scritto,

una ricerca di diritto comparato sui caratteri e le funzioni dell'identità costituzionale che, a partire da una nozione funzionale di identità, proporrà un'analisi comparativa dell'utilizzo di tale concetto negli ordinamenti di Spagna e Francia, per poi riflettere su come l'ordinamento dell'Unione europea eserciti le funzioni che, negli ordinamenti nazionali, sono proprie dell'identità costituzionale, facendosi portatrice di una propria identità sul piano dei rapporti inter-ordinamentali nello spazio costituzionale europeo.

## **2. L'emergere dei limiti costituzionali all'integrazione nella giurisprudenza delle corti costituzionali europee**

Come anticipato, l'analisi dell'emersione del concetto giuridico di identità costituzionale in Europa richiede la ricostruzione delle traiettorie giurisprudenziali che lo hanno messo in opera, a partire dalla progressiva definizione della giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), sui rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento dell'Unione europea, in cui per la prima volta l'identità costituzionale è utilizzata nella definizione di limiti costituzionali all'integrazione, passando per il parallelo percorso della Corte costituzionale italiana, che solo recentemente ha aderito alla semantica identitaria, e finendo con una analisi della circolazione di tali argomentazioni nella giurisprudenza della corti costituzionali degli altri Stati membri.

### **2.1 Dalla tutela dei diritti fondamentali all'*Identitätskontrolle*, il cammino europeo del *Bundesverfassungsgericht***

L'elaborazione del concetto di limiti costituzionali e l'utilizzo dell'identità costituzionale nell'ambito dei conflitti costituzionali tra ordinamenti nazionali e dell'Unione europea, è debitore in primo luogo del percorso compiuto nell'ordinamento

della Germania. Seguendo una felice ricostruzione dottrinale<sup>17</sup>, i “controlimiti” alla tedesca si compongono di tre dimensioni.

La prima dimensione attiene al controllo della tutela, nell’ordinamento europeo, dei diritti fondamentali. Essa deriva dalla notissima giurisprudenza *Solange* (dall’avverbio utilizzato dal BVerfG nelle due sentenze in oggetto, *fintantoché*), che, oltre a caratterizzare la prima fase dei rapporti a livello costituzionale tra diritto interno ed europeo in Germania, ha contribuito in maniera decisiva, come stimolo, alla definizione di un sistema europeo di tutela dei diritti, basato sulle tradizioni costituzionali comuni, ad opera della Corte di giustizia (allora) delle Comunità europee. Nella prima delle due sentenze che compongono tale “saga”, la sentenza *Solange I*<sup>18</sup>, infatti, il Tribunale costituzionale tedesco rivendicava la propria competenza a valutare la legittimità costituzionale di norme di diritto comunitario derivato garantendo la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione (*Grundgesetz – GG*), *fintatoché* l’ordinamento comunitario non avesse garantito un sistema di garanzia improntato ai medesimi standard. Già in questo passaggio giurisprudenziale, tuttavia, emergeva l’idea dell’inderogabilità della struttura di base della Costituzione, «su cui si basa la sua identità» (par. 43), identificata nella parte del testo dedicata ai diritti (par. 44), con un utilizzo *ante litteram* della semantica identitaria, anche se a questo proposito i giudici di Karlsruhe concepivano tale limite come valicabile attraverso la revisione della Costituzione (si legge infatti, al medesimo paragrafo, che la modifica della struttura fondamentale della Costituzione non sarebbe possibile senza revisione costituzionale, da cui si deduce invece la sua superabilità per tale tramite).

A chiusura del cerchio aperto da questa prima affermazione di limiti al diritto europeo, improntata primariamente a preservare il livello di tutela costituzionale dei diritti

---

<sup>17</sup> P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2016, pp. 431-464, e J. LUTHER, *Costituzionalizzare l’Integrationsgewalt: non solo querelle de l’Allemagne*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, pp. 135-164.

<sup>18</sup> BVerfG, decisione del 29 maggio 1974, BVerfGE 37, 271.

fondamentali<sup>19</sup>, si pone la sentenza c.d. *Solange II*<sup>20</sup>, del 1986, con la quale il Tribunale costituzionale rovescia la pronuncia di dodici anni prima, ritenendo soddisfatte le condizioni poste in precedenza, e rinuncia ad esercitare la propria giurisdizione costituzionale sul diritto comunitario derivato *fi tantoché* le Comunità europee ed in particolare la Corte di giustizia assicurino un'effettiva tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella garantita dal GG (par. 132). La portata di questa prima dimensione di limiti troverà poi ulteriore specificazione in una ancora più conciliatoria sentenza *Bananen-Entscheidung*<sup>21</sup>, in cui il Tribunale costituzionale ipotizza la possibilità di attivare il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali “sospeso” con questa decisione unicamente in caso di deficit generali e strutturali nella tutela dei diritti nell'ordinamento europeo e non in caso di episodiche violazioni. Rispetto, invece, all'individuazione di un nucleo costituzionale identitario essenziale, *Solange II* riprende la formula utilizzata in *Solange I* a tutela della struttura fondamentale dell'ordinamento costituzionale, ma riferendosi, quanto ai contenuti, non più esplicitamente ai diritti fondamentali ma ai principi giuridici su cui essi si basano, e senza richiamare la possibilità di superare tali limiti attraverso la revisione costituzionale, cosicché l'idea di limiti costituzionali all'integrazione europea, al momento embrionale, sembra in questo frangente cementarsi con i limiti alla revisione costituzionale previsti dall'articolo 79 c. 3 GG<sup>22</sup>. Quest'impostazione sarà poi consacrata dalla revisione costituzionale adottata in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht, che, introducendo all'articolo 23 una “clausola europea” per disciplinare la partecipazione della Germania al processo di integrazione, stabilisce, al c. 1, che «per l'istituzione dell'Unione Europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure

---

<sup>19</sup> P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea*, cit., p. 435.

<sup>20</sup> BVerfG, decisione del 22 ottobre 1986, BVerfGE 73, 339.

<sup>21</sup> BVerfG, decisione del 7 giugno 2000, BVerfGE 102, 147.

<sup>22</sup> Art. 79 c. 3 GG: «Non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20», gli articoli da 1 a 20 della Legge fondamentale tedesca sono quelli dedicati alla tutela della dignità umana e dei diritti e libertà fondamentali.



mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l'articolo 79, secondo e terzo comma»<sup>23</sup>.

La seconda dimensione, sostanziale e cronologica, dei limiti all'applicazione del diritto europeo posti dalla giurisprudenza del BVerfG si pone non più sul piano della tutela dei diritti fondamentali, ma su quello, istituzionale, dell'esercizio delle competenze e della tutela della sovranità nazionale, a difesa della quale è introdotto un controllo c.d. *ultra vires*, sugli atti comunitari adottati al di fuori delle attribuzioni delle istituzioni europee, delineando un limite ordinamentale oltre cui non possa spingersi il trasferimento di competenze dal livello nazionale a quello europeo. Questa nuova linea di confine è posta nel *Maastricht-Urteil*, la sentenza sul Trattato di Maastricht del 12 ottobre 1993<sup>24</sup>, in cui il Tribunale costituzionale, a partire dal diritto di voto riconosciuto dall'articolo 38 GG ai cittadini tedeschi come espressione della necessaria legittimazione popolare ed elettorale dei poteri pubblici (carente nelle istituzioni europee), rivendica il proprio ruolo di garante delle prerogative del Parlamento come necessario corollario del principio democratico, che richiede che restino in capo ad esso funzioni e compiti sostanziali e non trasferibili, la cui violazione giustificherebbe lo scrutinio della legittimità e la non applicabilità degli atti comunitari, limitando la *vis expansiva* delle competenze comunitarie derivanti dai Trattati istitutivi<sup>25</sup>.

Con la celeberrima sentenza *Lissabon-Urteil* sul Trattato di Lisbona<sup>26</sup>, l'armamentario a disposizione del BVerfG per definire i contorni dei rapporti tra ordinamento tedesco e diritto dell'Unione europea è completato da una terza dimensione: il controllo del rispetto

---

<sup>23</sup> La formula di cui all'art. 79 c.3 assume un nuovo significato proprio in occasione della sua estensione all'ambito della limitazione all'integrazione europea, in quanto essa, nel suo significato interno, era stata originariamente oggetto di stretta interpretazione, configurandosi, di fatto, come un divieto di ricostituzione di una dittatura nazista, v. C. SCHÖNBERGER, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, in *German Law Journal*, 10, 8, 2009, p. 1208, come citato in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, p. 53.

<sup>24</sup> BVerfG, decisione del 12 ottobre 1993, BVerfGE 89, 155.

<sup>25</sup> C. TOMUSCHAT, *The Defence of National Identity by the German Constitutional Court*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, p. 210.

<sup>26</sup> BVerfG, decisione del 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08.

dell'identità costituzionale (*Identitätskontrolle*), che porta a compimento le suggestioni già emerse nella giurisprudenza *Solange*. Confermata e chiarita la portata dello strumento del controllo *ultra vires* inaugurato con la precedente sentenza su Maastricht, che «interviene in caso di sforamenti nell'esercizio delle competenze da parte degli organi della Comunità e dell'Unione» (par. 240), il Tribunale costituzionale introduce una nuova tipologia di limite all'applicazione del diritto europeo che non si riferisce a competenze esercitate senza titolo dalle Istituzioni, quanto ad un ambito materiale – l'identità costituzionale della Legge fondamentale tedesca – intangibile e inderogabile, quale che sia il titolo d'azione. La riserva costituzionale del nucleo duro identitario è costruita sull'articolo 79 c. 3 GG come richiamato dall'articolo 23, cosicché tale controllo permette di verificare il rispetto da parte degli atti di organi europei dei principi consacrati nei primi 20 articoli della Costituzione e che si pongono come limite anche al legislatore costituzionale interno (parr. 217-218), la cui garanzia è condizione irrinunciabile per la persistenza dell'«attribuzione costituzionale» che consente la vigenza del primato del diritto dell'Unione europea (par. 240). Ciò su cui verte l'argomentazione del BVerfG non è però tanto il generico rispetto di questi principi, che infatti sono propri anche dell'ordinamento europeo come pure della totalità degli Stati europei<sup>27</sup>, quanto sulla concreta declinazione degli stessi ed in particolare sulla necessità, in base al principio democratico, che il Parlamento tedesco mantenga un significativo margine decisionale su una serie di materie sensibili specificamente elencate, in maniera del tutto inedita, nella decisione del Tribunale<sup>28</sup>.

La garanzia della centralità del Parlamento ha rappresentato poi uno dei temi portanti della giurisprudenza del BVerfG dell'ultimo decennio che, facendo uso dello

---

<sup>27</sup> C. TOMUSCHAT, *The Defence of National Identity by the German Constitutional Court*, cit., p. 212.

<sup>28</sup> Si tratta di: «le decisioni sul diritto penale sostanziale e procedurale (1), la possibilità di disporre del monopolio della forza, della forza di polizia all'interno e della forza militare all'esterno (2), le decisioni fondamentali in materia fiscale su entrate e uscite – motivate anche dalla politica sociale - della mano pubblica (3), la conformazione delle condizioni di vita allo Stato sociale nonché (4) le decisioni di particolare rilievo culturale, ad es. in materia di diritto di famiglia, sistema scolastico, educazione e rapporti con le comunità religiose (5)» (par. 252). P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea*, cit., pp. 443-444.

strumentario approntato nell'ambito delle tre dimensioni descritte, presenta un'alternanza tra collaborazione e conflittualità nei rapporti con la Corte di giustizia e l'ordinamento europeo. Si è assistito, infatti, in prima battuta, ad una affermazione di apertura e disponibilità, quando, nella vicenda *Mangold-Honeywell* il Tribunale costituzionale, nel definire un bilanciamento tra l'esigenza di applicazione uniforme (e del primato) del diritto dell'Unione europea in tutti gli Stati membri e l'opposta necessità di mantenere un presidio nazionale di garanzia del rispetto del riparto di competenze, ha ritenuto che il controllo *ultra vires* debba essere effettuato in maniera deferente ed *europarechtsfreundlich*, ovvero amichevole-favorevole nei confronti del diritto europeo, adombrando la necessità di un previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>29</sup>. D'altra parte, questa impostazione sembrava smentita con la sentenza del 10 dicembre 2015 in tema di estradizione in esecuzione di un Mandato di Arresto Europeo (MAE)<sup>30</sup>, e quindi in applicazione della relativa decisione-quadro, a seguito di processo in contumacia, in cui il BVerfG ha applicato concretamente per la prima volta il controllo di identità costituzionale, negando l'esecuzione del MAE per violazione del diritto di difesa dell'imputato e quindi del principio di non colpevolezza, espressione della dignità della persona umana tutelata dall'articolo 1 GG e colonna portante dell'identità costituzionale della Germania. Tale decisione ha espressamente escluso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, applicando in maniera "disinvolta" la dottrina dell'*acte clair*, e ritenendo che sia lo stesso diritto europeo, chiamato a rispettare le identità nazionali ai sensi dell'articolo 4 c. 2 del TUE (su cui v. *infra* par. 3), a consentire di verificare previamente la compatibilità di un MAE con il principio di dignità e i suoi corollari, e quindi in definitiva con l'identità costituzionale nazionale<sup>31</sup>.

Quest'ultima sentenza si inseriva a cavallo di un'altra vicenda che vedeva il BVerfG impegnato a valutare la legittimità per la Costituzione tedesca del programma c.d. *OMT* (*Outright Monetary Transactions*) della Banca Centrale Europea, il programma,

---

<sup>29</sup> BVerfG, decisione del 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, in particolare parr. 59-60.

<sup>30</sup> BVerfG, decisione del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14.

<sup>31</sup> P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, pp. 123-126.

annunciato nel pieno della crisi dell'Eurozona, di acquisto di titoli di stato per salvaguardare la stabilità della moneta unica europea. Al di là dei dettagli della questione, conosciuta con il nome del ricorrente *Gauweiler*, ciò che risulta rilevante ai fini della presente analisi è che in tale occasione il Tribunale costituzionale ha presentato il suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, applicando, almeno “proceduralmente”, l'*Europarechtsfreundlichkeit* predicata pochi anni prima, ma investendo la Corte di Lussemburgo di una questione di legittimità del programma annunciato, e non attuato, dalla BCE formulata in modo tale da risultare non un irenico atto di dialogo ma una minaccia dell'attivazione del controllo *ultra vires* qualora le ragioni del BVerfG, tese ad affermare la natura esorbitante del programma dalle competenze della BCE e dalle norme dei Trattati istitutivi, non fossero fatte proprie dalla Corte stessa<sup>32</sup>. A fronte di una risposta ambivalente della Corte di giustizia, in cui da una parte si faceva salvo il programma OMT, ma dall'altra si fornivano ai giudici di Karlsruhe argomenti concilianti<sup>33</sup>, il BVerfG, con la sua sentenza del 21 giugno 2016<sup>34</sup>, pur dichiarando inammissibili o infondate le questioni ad esso sottoposte, manteneva fermo il proprio apparato argomentativo sulle modalità di controllo poste a garanzia dei limiti dell'applicazione del diritto dell'Unione nell'ordinamento tedesco. I giudici di Karlsruhe, infatti, si riservano la facoltà di applicare agli atti della BCE il controllo *ultra vires*, fondato su un “diritto individuale alla democrazia” che impone la legittimazione democratica dell'esercizio dei poteri delle istituzioni europee (e quindi il rispetto del riparto di competenze a cui il *Budestag* ha acconsentito ratificando i Trattati, la cui violazione sufficientemente qualificata, cioè manifesta e strutturale, solleverebbe le istituzioni tedesche dalla vincolatività degli atti, parr. 148-151), e l'*Identitätskontrolle* a tutela del nucleo duro

---

<sup>32</sup> BVerfG, decisione del 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13.

<sup>33</sup> CGUE, sent. del 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler e a. c. Deutscher Bundestag*, C-62/14; v. P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti Comparati*, 1, 2016, pp. 4-6.

<sup>34</sup> BVerfG, decisione del 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13.

costituzionale, di cui è parte integrante la libertà decisionale del Parlamento in materia di bilancio (parr. 210-219)<sup>35</sup>.

Infine, il percorso del Tribunale costituzionale tedesco nella definizione dei rapporti tra diritto europeo e diritto interno nel cuore delle vicende politiche europee ha conosciuto un'ultima, storica, tappa con la recentissima sentenza del 5 maggio 2020 ancora una volta in ambito finanziario, in riferimento al *quantitative easing (QE)*, o meglio il *Public Sector Purchase Program (PSPP)*, la poderosa operazione di acquisto di titoli di stato ed obbligazioni attuata negli ultimi anni dal Sistema europeo delle banche centrali al fine di stimolare l'inflazione<sup>36</sup>. La vicenda è in parte sovrapponibile a quella di qualche anno prima sul caso OMT, quantomeno nei suoi passaggi procedurali, con un precedente rinvio pregiudiziale ad opera dei giudici tedeschi, che sollevavano perplessità sulla legittimità del programma di acquisto alla luce delle funzioni assegnate alla BCE dai Trattati e del divieto, asseritamente violato, di finanziamento monetario dei bilanci pubblici (art. 123 c. 1 TFUE), ed una sentenza della Corte di giustizia che, al contrario, riteneva il QE compatibile con il diritto dell'Unione<sup>37</sup>. L'epilogo, tuttavia, è inedito: il Tribunale costituzionale dichiara *ultra vires* per violazione del principio di proporzionalità sia le misure adottate dalla BCE, sia la sentenza della Corte di Lussemburgo che le aveva ritenute legittime, azionando per la prima volta concretamente questo strumento, dopo averlo minacciato a lungo, con un approccio di certo lontano dalla deferenza predicata in *Mangold-Honeywell*<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, cit., pp. 7-8 e 12.

<sup>36</sup> BVerfG, decisione del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15.

<sup>37</sup> CGUE, sent. dell'11 dicembre 2018, *Weiss e a.*, C-493/17.

<sup>38</sup> Per analisi a prima lettura della sentenza in questione, che sarà di certo foriera di ulteriori sviluppi tanto sul piano costituzionale, quanto sul piano politico, sia consentito rinviare a *DPCE online*, 2, 2020 ed in particolare, tra le altre, alle note: O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*; A. GUAZZAROTTI, *"Neutralità va cercando, ch'è sì cara"!* *Il Tribunale costituzionale tedesco contro la politicità dei programmi di quantitative easing della BCE*; G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito pubblico della BCE*; A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*.

Nell'esperienza tedesca, dunque, l'idea di limiti costituzionali all'applicazione interna del diritto europeo ha avuto una genesi risalente ed ha trovato, declinandosi nell'evoluzione giurisprudenziale, un'elaborazione dogmatica e procedurale compiuta nelle tre dimensioni ed i corrispettivi strumenti di controllo, che, spinti dall'autorevolezza del BVerfG, sono stati senz'altro oggetto di circolazione e rielaborazione negli altri ordinamenti europei. L'identità, che è l'ultima delle dimensioni ad emergere nella sua formulazione definitiva, rappresenta, in qualche modo, la chiusura del sistema, essendosi affacciata come idea embrionale già nella giurisprudenza *Solange* sui diritti fondamentali ed arrivando a ricomprenderli, affermandosi come il vero limite essenziale e invalicabile da parte di qualunque autorità, costruita come categoria omogenea di limiti interni, alla revisione costituzionale, ed esterni, all'azione del diritto europeo.

## **2.2 La Corte costituzionale italiana e i principi supremi come controlimiti europei**

Parallelamente al percorso tedesco, nell'ordinamento della Repubblica italiana si è sviluppata una seconda esperienza che ha contribuito all'affermazione e diffusione del concetto di nucleo duro costituzionale come limite all'integrazione europea.

La strada dogmatica battuta dalla Corte costituzionale italiana nella sua giurisprudenza storica non conosce, fino a tempi recentissimi, come vedremo, riferimenti alla semantica identitaria, ma si costruisce attraverso un progressivo perfezionamento della categoria unitaria dei principi supremi dell'ordinamento come limite costituzionale interno, in quanto espressione dei limiti alla revisione costituzionale imposti dall'articolo 139 Cost. (sent. n. 1146 del 1988), e limite esterno, o controlimite, idea affermatasi nell'ambito della definizione dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, e contemporaneamente affinata in materia concordataria (in particolare con la sent. n. 18 del 1982) ed infine concretamente messa in opera nei confronti del diritto internazionale

consuetudinario, in particolare contro una sentenza della Corte internazionale di giustizia in tema di immunità statale dalla giurisdizione civile (sent. n. 238 del 2014)<sup>39</sup>.

Con riferimento al diritto comunitario il punto di partenza dell'elaborazione della Corte è la base costituzionale dell'Unione europea nella Costituzione italiana, ovvero l'articolo 11 che «consente in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo». Queste limitazioni consentite dalla clausola costituzionale conoscono però a loro volta delle controlimitazioni<sup>40</sup>, dei limiti materiali che anche l'abilitazione costituzionale non consente di superare, finalizzati a contenere le limitazioni di sovranità in modo che «non sovvertano le linee fondamentali della costituzione materiale del nostro Paese»<sup>41</sup>. Nella progressiva definizione della posizione del diritto comunitario (e poi dell'Unione) nella gerarchia delle fonti e la relativa *actio finium regundorum* tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, si ammette dunque la facoltà per il diritto europeo di esplicitare la propria capacità regolatoria, negli ambiti di propria competenza, derogando al e prevalendo sul diritto nazionale anche costituzionale, in quanto derivanti dall'articolo 11 Cost. (sent. n. 399 del 1987), ma vi si oppone una riserva intangibile.

La prima affermazione dei controlimiti all'integrazione europea avviene quindi con la sentenza n. 183 del 1973, ove, al punto 9 del cons. dir., si esclude che le limitazioni consentite dall'articolo 11 Cost. diano agli organi comunitari «un potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana» e si afferma che, in tale ipotesi, rimarrebbe ferma la garanzia del sindacato della Corte «sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali». I principi fondamentali e i diritti inalienabili rappresentano così il nucleo

---

<sup>39</sup> Un recente studio che sistematizza la giurisprudenza costituzionale italiana sui principi supremi si ritrova in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., in particolare alle pp. 63-113.

<sup>40</sup> Da tale espressione utilizzata da P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pp. 2406-2419, deriva l'utilizzo unanimemente adottato del vocabolo "controlimiti" ad indicare i limiti costituzionali all'applicazione interna del diritto europeo o internazionale.

<sup>41</sup> *Ivi*, p. 2416.

duro costituzionale che funge da argine al primato del diritto comunitario, e questa formula sarà confermata e riportata nelle successive sentenze che hanno contribuito alla sistemazione concettuale ed operativa dei rapporti tra ordinamento e diritto interno ed europeo, la sentenza n. 170 del 1984 e la sentenza n. 232 del 1989. I controlimiti, dunque, si attiverrebbero attraverso una declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione dei Trattati istitutivi nella parte in cui permette l'ingresso della singola norma («così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari», punto 3 cons. dir. sent. 232/1989) che viola i principi fondamentali dell'ordinamento, senza inficiare la validità complessiva della legge e del sistema che dai Trattati deriva<sup>42</sup>.

D'altra parte, l'organicità dei controlimiti con i limiti alla revisione costituzionale è espressamente segnalata dalla Consulta quando, nell'evidenziare per la prima volta che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali», identificandoli non solo nella forma repubblicana espressamente citata all'articolo 139 Cost.<sup>43</sup>, ma anche a tutti quei principi che «appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (sent. 1146/88), richiama espressamente le elaborazioni relative al diritto comunitario e ricomprende i principi fondamentali dell'ordinamento e i diritti inalienabili della persona umana nella categoria dei «principi supremi». Tuttavia, nonostante l'assimilazione di principi supremi e controlimiti sia innegabilmente affermata e confermata nella giurisprudenza costituzionale, rimane evidente che i limiti interni alla revisione costituzionale ed i limiti esterni all'integrazione europea abbiano natura e operatività parzialmente diversa, visti i diversi interlocutori (il legislatore costituzionale e il diritto europeo) e i diversi procedimenti in cui si inserirebbero, cosicché si segnala

---

<sup>42</sup> P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., pp. 83 e 85-88.

<sup>43</sup> Art. 139: «La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale».



una parte della dottrina, anche molto recente, che consiglia di mantenere distinte le due figure<sup>44</sup>.

Pur essendo stata la prima corte apicale europea ad elaborare il concetto di limiti costituzionali all'applicazione del diritto europeo, la Corte costituzionale italiana non aveva mai aderito alla nozione di identità costituzionale, non utilizzando mai il termine "identità costituzionale" nella sua giurisprudenza in relazione all'Unione europea, né tantomeno elaborato una lista di competenze statali non sottoponibili all'influenza europea, sul modello dell'*Identitätskontrolle* tedesco<sup>45</sup>. Ha però introdotto delle novità in tal senso la recente vicenda *Taricco*, in cui la Consulta ha agitato concretamente lo spettro dell'attivazione dei controlimiti riportandoli, in maniera inedita, alla semantica "mainstream" dell'identità costituzionale<sup>46</sup>.

La vicenda ha avuto origine da una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, in cui, interpretando l'articolo 325 del TFUE, si imponeva la disapplicazione della disciplina della prescrizione nei casi di gravi frodi IVA (quindi a danno degli interessi finanziari dell'Unione), scontrandosi così con il principio di legalità penale nella sua accezione italiana, che considera la disciplina della prescrizione come parte del diritto penale sostanziale e quindi non applicabile retroattivamente *in malam partem*<sup>47</sup>. Di fronte a tale interpretazione, la Corte costituzionale, investita della questione, riprende la sua giurisprudenza precedente in tema di controlimiti, includendo senz'altro il principio di legalità in materia penale, per il duplice profilo dell'irretroattività e della determinatezza, tra i principi supremi dell'ordinamento, e decide di sottoporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo (ord. n. 24 del 2017), invitandola, sottotraccia, a rivedere la propria

---

<sup>44</sup> C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2019, pp. 491-499.

<sup>45</sup> F. FABBRINI, O. POLLICINO, *Constitutional Identity in Italy. Institutional Disagreements at a Time of Political Change*, in in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, p. 214.

<sup>46</sup> La vicenda *Taricco* ha suscitato un dibattito dottrinale ed un flusso di contributi di grandi dimensioni. Tra i moltissimi sia consentito rinviare al volume collettaneo a cura di A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, che propone gli Atti del Convegno del Dottorato di ricerca "Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, tenutosi a Ferrara il 7 e 8 aprile 2016.

<sup>47</sup> CGUE, sent. dell'8 settembre 2015, *Ivo Taricco e al.*, C-105/14.

posizione, nella convinzione che la regola imposta a partire dall'articolo 325 TFUE «è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione» (punto 7). La Consulta dunque, nel re-investire la Corte di giustizia della tematica, prospetta chiaramente la possibilità di utilizzare la barriera dei controlimiti, anche se, secondo alcuni commentatori, il linguaggio dell'identità e del “protezionismo” costituzionale sarebbe bilanciato, nell'ordinanza della Corte, da un ampio riferimento alla protezione delle tradizioni costituzionali comuni, che, nella loro natura intrinsecamente pluralista, consiglierebbero di rivedere la precedente posizione dei giudici di Lussemburgo, al fine di rispettare valori che sono propri non solo dell'identità nazionale italiana, ma anche del patrimonio costituzionale europeo, in un sistema in cui valori comuni e diversità identitarie sono parimenti garantiti<sup>48</sup>. La risposta della Corte di giustizia è intervenuta in maniera conciliante con la sentenza *M.A.S.*<sup>49</sup>, con cui essa è ritornata in qualche modo sui propri passi ammettendo la diretta applicabilità dell'articolo 325 TFUE solo qualora non contrasti con il principio di legalità, e dunque solamente ai reati commessi dopo la prima sentenza Taricco, pur tenendo ferma la regola espressa e non affrontando il tema del rispetto delle identità nazionali e dell'utilizzo della clausola di cui all'articolo 4 c. 2 del TUE<sup>50</sup>. Di fronte a ciò la Corte costituzionale italiana, decidendo definitivamente la questione, prende atto del parziale *revirement* della Corte di Lussemburgo e dichiara infondate le questioni di costituzionalità sottoposte al suo giudizio, ma si mantiene in posizione difensiva nei confronti del diritto dell'Unione europea. Nella sentenza n. 115 del 2018, infatti, si riafferma quanto paventato nella precedente ordinanza, riprendendo la considerazione secondo cui «un'eventuale applicazione della “regola Taricco” nel nostro ordinamento violerebbe gli artt. 25, secondo comma, e 101, secondo comma, Cost., e non potrebbe perciò essere consentita

---

<sup>48</sup> F. FABBRINI, O. POLLICINO, *Constitutional Identity in Italy*, cit., p. 216, riprendendo argomenti ampiamente sviluppati precedentemente in ID., *Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfilment of the Constitution*, in EUI Working Paper LAW, 6, 2017.

<sup>49</sup> CGUE, sent. del 5 dicembre 2017, *M.A.S e M.B.*, C-42/17.

<sup>50</sup> V. MARCENÒ, *La sentenza M.A.S.: conseguenze di una sovranità incerta*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, pp. 231-234.

neppure alla luce del primato del diritto dell'Unione» e, con una applicazione “implicita” dei controlimiti ancora una volta ricondotti all'identità costituzionale nazionale, ci si discosta da quanto previsto dalla Corte di giustizia, ribadendo che «la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della “regola Taricco” nel nostro ordinamento», e non solo per i reati commessi precedentemente alla definizione della regola, come invece statuito dalla Corte di giustizia<sup>51</sup>.

La Corte costituzionale italiana, dunque, nel percorso qui succintamente ricostruito, rivela il proprio contributo storico alla diffusione del concetto di limiti costituzionali all'applicabilità del diritto europeo, con la dottrina dei controlimiti ed il suo agganciamento ai principi supremi dell'ordinamento, che si è comunque accompagnata ad una progressiva definizione collaborativa dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento europeo. Anche nell'affrontare le tensioni recenti nella vicenda Taricco la Consulta ha dapprima affrontato il rapporto con la Corte di giustizia dialogando con essa, pur agitando le proprie “armi”, attraverso il rinvio pregiudiziale e l'utilizzo (anche) del linguaggio cooperativo delle tradizioni costituzionali comuni<sup>52</sup>. Di tale cooperazione, tuttavia, non si trova traccia nelle conclusioni della vicenda, e la Corte costituzionale italiana sembra anch'essa testimoniare l'adesione, certamente a livello semantico, alla narrativa dell'identità costituzionale.

### **2.3 La circolazione del concetto di limiti costituzionali all'integrazione tra le altre Corti europee**

Se Italia e Germania rappresentano, nei loro due percorsi che affondano le loro radici nei primi anni del processo di integrazione, i due modelli di riferimento del fenomeno qui tracciato, va preso atto di come l'idea di nucleo duro costituzionale come limite materiale

---

<sup>51</sup> S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018, pp. 222-227.

<sup>52</sup> Ancora F. FABBRINI, O. POLLICINO, *Constitutional Identity in Italy*, cit., pp. 218-219.

all'integrazione europea e all'applicazione nazionale del diritto comunitario ed europeo abbia avuto una amplissima circolazione tra gli ordinamenti e nelle pronunce delle Corti apicali degli Stati membri, come pure è circolato l'utilizzo dell'espressione "identità costituzionale", cosicché si riconosce sul punto un ampio consenso, o addirittura una "tradizione costituzionale comune" europea<sup>53</sup>.

Così, si segnalano due esempi nei primi anni 2000 in Francia, con la protezione dell'*identité constitutionnelle* in occasione di norme di trasposizione di direttive europee a partire dal 2006, e in Spagna, con la tutela dei «principi fondamentali dello Stato sociale e democratico di diritto stabilito dalla Costituzione nazionale», emersa in occasione del giudizio sul Trattato costituzionale, che saranno oggetto di approfondita analisi *infra* nei Capp. II e III.

Allo stesso fine, a dimostrazione della circolazione dei concetti giuridici qui analizzati, assumono rilevanza alcune esperienze nei paesi dell'Europa centro-orientale che, dopo l'adesione all'Unione europea nel 2004, hanno sviluppato una propria dottrina sui rapporti tra Costituzione e diritto dell'Unione europea, ora aderendo ai modelli già presenti, in particolare a quello tedesco, ora presentando profili di originalità<sup>54</sup>.

In primo luogo, la Corte costituzionale della Repubblica Ceca, nell'ambito della ratifica del Trattato di Lisbona<sup>55</sup>, pur ammettendo la necessità di una interpretazione conforme al diritto europeo del diritto costituzionale interno, affermava la supremazia di quest'ultimo, ponendo particolare enfasi sul rispetto da parte del Trattato del «nucleo materiale» della Costituzione, ricondotto anche in questo caso ai limiti alla revisione costituzionale<sup>56</sup>, e ipotizzando la possibilità di esercitare un controllo sull'esercizio delle

---

<sup>53</sup> X. MAGNON, *Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2, 2010, p. 424.

<sup>54</sup> Per un'analisi generale e sistematica della giurisprudenza delle Corti costituzionali o apicali degli Stati membri sul Trattato di Lisbona e l'influenza della sopra analizzata *Lissabon-Urteil* del Tribunale costituzionale tedesco v. M. WENDEL, *Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives*, in *European Constitutional Law Review*, 1, 7, 2011, pp. 96-137.

<sup>55</sup> C. Cost. ceca, sentenza del 26 novembre 2008, Pl. ÚS 19/08.

<sup>56</sup> Art. 9, commi 2-3 della Costituzione della Repubblica Ceca: «2. Any changes in the *essential requirements for a democratic state governed by the rule of law* are impermissible. 3. Legal norms may not

competenze trasferite all'Unione europea (e dunque sul diritto derivato), ma solo in caso di deviazione da «valori identitari» o di abuso dei poteri conferiti<sup>57</sup>. Proprio questo secondo “vizio” ha dato vita, pochi anni dopo, al primo caso di dichiarazione *ultra vires* di un atto delle istituzioni europee. Con la sentenza *Holubec*<sup>58</sup> del gennaio 2012, infatti, la Corte ha ritenuto non vincolante per le autorità ceche una precedente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, in quanto concernente fattispecie estranee alle competenze dell'Unione, e perciò esorbitante i poteri conferiti alle istituzioni europee attraverso i Trattati. Se il fatto, da un punto di vista dei rapporti inter-istituzionali e inter-ordinamentali, risulta eclatante, bisogna tuttavia considerare che la vicenda rientrava in una lunga “saga” giurisprudenziale amministrativa e costituzionale (tanto da essere ricordata anche come sentenza *Slovak Pensions XVII*<sup>59</sup>) in materia di coordinamento del regime pensionistico in ragione del passaggio dallo Stato unitario della Cecoslovacchia ai due Stati della Repubblica Ceca e Repubblica Slovacca, regolato da apposita convenzione. Si trattava, perciò, di un caso molto specifico e sicuramente storicamente, politicamente e socialmente sensibile, tanto che, nella medesima sentenza del 2012, la Corte ceca affermava che «non riuscire a distinguere le relazioni giuridiche scaturenti dalla dissoluzione di uno Stato con un sistema di previdenza sociale unitario dalle relazioni giuridiche relative alla previdenza sociale scaturenti dalla libera circolazione delle persone nelle Comunità europee o nell'Unione europea, significa non rispettare la storia europea»<sup>60</sup>.

---

be interpreted so as to authorize anyone to do away with or jeopardize the *democratic foundations of the state*» (corsivo ns).

<sup>57</sup> J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the “German Model”*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, p. 256.

<sup>58</sup> C. Cost. ceca, sentenza del 31 gennaio 2012, Pl. ÚS 5/12.

<sup>59</sup> D. KOSAŘ, L. VYHNÁNEK, *Constitutional Identity in the Czech Republic: A New Twist on an Old-Fashioned Idea?*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, p. 85.

<sup>60</sup> Trad, ns.; O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 17, 2012, pp. 765-788.

In secondo luogo, viene in esame il caso della Polonia, riconducibile (ed esplicitamente ricondotto dalla giurisprudenza costituzionale) al modello tedesco<sup>61</sup>. Ancora una volta è la sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul Trattato di Lisbona a permettere un'esplicitazione dogmatica e procedurale della dottrina dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo. Nella sentenza del 24 novembre 2010<sup>62</sup>, infatti, il Tribunale insiste sulla difesa dell'identità costituzionale come limite al trasferimento (*rectius* alla delega, secondo l'impostazione dell'ordinamento costituzionale polacco) di competenze alle istituzioni europee, che dunque non potrebbe avere un'estensione tale da impedire la continuità del funzionamento della Repubblica di Polonia come Stato sovrano e democratico<sup>63</sup>. Al pari di quanto fatto dal *Bundesverfassungsgericht*, il contenuto dell'identità costituzionale polacca è quindi esplicitato attraverso un'elencazione delle competenze assolutamente non delegabili e dei principi irrinunciabili della Costituzione, che includono la protezione della dignità umana e dei diritti costituzionali, i principi di sovranità, democrazia, Stato di diritto, giustizia sociale, sussidiarietà, ed in generale le condizioni per garantire piena realizzazione ai valori costituzionali, oltre al divieto di delega della autorità legislativa e della "competenza sulle competenze" (par. III.2.1)<sup>64</sup>. Ulteriormente, il Tribunale costituzionale, che in un primo momento aveva negato tale possibilità, ha ammesso esplicitamente, attraverso una interpretazione estensiva degli atti sottoponibili al suo giudizio, di poter sottoporre a controllo di costituzionalità il diritto europeo derivato direttamente applicabile (un regolamento nel caso di specie) qualora esso travalichi gli ambiti di competenza dell'Unione europea<sup>65</sup>.

Infine, un ultimo esempio particolarmente rilevante di circolazione del concetto di limiti costituzionali all'applicazione del diritto europeo e di identità costituzionale

---

<sup>61</sup> J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts*, cit., pp. 250-252.

<sup>62</sup> T. Cost. Pol., sentenza del 24 novembre 2010, K 32/09.

<sup>63</sup> A. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, M. ZIÓLKOWSKI, *Constitutional Identity in Poland: Is the Emperor Putting On the Old Clothes of Sovereignty?*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, p. 251.

<sup>64</sup> *Ivi*, pp. 253-254.

<sup>65</sup> T. Cost. Pol., sentenza del 16 novembre 2011, SK 45/09.

proviene dall'Ungheria, che si rivela un caso ancora più di interesse in quanto la recente giurisprudenza magiara sul profilo qui analizzato si muove nell'ambito delle tensioni tra lo Stato ungherese e le istituzioni europee sul rispetto dello Stato di diritto e sulla gestione del fenomeno migratorio, che rappresentano due tra le più pressanti sfide contemporanee che il processo di integrazione europea deve affrontare. Con la sentenza 22/2016<sup>66</sup>, infatti, la Corte costituzionale ungherese era chiamata a pronunciarsi in relazione al programma di ricollocaimento dei migranti tra i diversi Stati membri dell'Unione e sugli strumenti ad essa riservati per eventualmente esercitare un controllo della legittimità di atti normativi europei. Lasciando da parte ancora una volta i dettagli della pronuncia, per quanto rilevante in questa sede, nella sentenza la Corte identifica e si riserva due diversi meccanismi di scrutinio del diritto europeo derivato. In primo luogo, i giudici costituzionali ritengono rientri tra le loro prerogative valutare l'eventuale lesione, da parte di atti eurounitari, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, della dignità umana, della sovranità e della identità costituzionale dell'Ungheria. Tale controllo, comunque, rappresenterebbe un'*extrema ratio*, sulla base dell'argomentazione della sentenza tedesca *Solange II* espressamente richiamata (parr. 46 e 49). In secondo luogo, però, la Corte elabora un ulteriore strumento di valutazione, sul trasferimento e l'esercizio congiunto di competenze tra Stato ed Unione europea che deve necessariamente rispettare la sovranità dell'Ungheria e la sua identità costituzionale, che diventano i parametri di legittimità di tale esercizio, fondendo, in qualche modo, quelli che nella giurisprudenza tedesca sono i due distinti controlli *ultra-vires* e di identità<sup>67</sup>. Quest'ultimo elemento è ulteriormente elaborato, appellandosi alla "costituzione storica" dello Stato ungherese, che rappresenterebbe la radice di quella identità che preesiste alla Costituzione e che la Corte costituzionale ha la competenza esclusiva a riconoscere e garantire (parr. 65-67)<sup>68</sup>. La sentenza 22/2016 è stata oggetto di aspra critica in dottrina, non solo perché si afferma l'arbitrarietà della competenza autoriservatasi dalla Corte a opporre questi limiti al diritto

---

<sup>66</sup> C. Cost. Ung., sentenza del 30 novembre 2016, 22/2016 (XII.5).

<sup>67</sup> S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, cit., p. 155.

<sup>68</sup> Per una analisi più dettagliata dei contenuti della sentenza v. K. KELEMEN, *The Hungarian Constitutional Court enters the dialogue on national constitutional identity*, in *diritticomparati.it*, 30 marzo 2017.

europeo, che non trova fondamento nel testo della Costituzione ungherese<sup>69</sup>, ma soprattutto per il significato che assumono i limiti costituzionali all'integrazione europea ideati alla luce del contesto istituzionale in cui si pongono. Considerate, infatti, le tensioni emerse negli ultimi anni tra istituzioni ungheresi ed europee, soprattutto per i profili legati alla garanzia dello Stato di diritto nel Paese, si contesta la genuinità dell'adesione al filone giurisprudenziale dell'identità costituzionale, che rappresenterebbe unicamente uno strumento di limitazione dell'influenza europea sull'ordinamento nazionale (nel caso concreto, per evitare di partecipare ai ricollocamenti dei richiedenti asilo) senza considerare i necessari corollari alla difesa dell'identità costituzionale nazionale, ovvero il dialogo e la leale collaborazione inter-istituzionale. In tal modo, l'utilizzo di questa semantica rappresenterebbe un "abuso"<sup>70</sup> di una clausola costituzionale ormai generalmente applicata in Europa, e rientrerebbe in quel processo di "mimetismo" e "parassitismo" delle categorie costituzionali che recenti studi sui rapporti tra populismo e costituzionalismo identificano come uno dei profili caratteristici, appunto, del costituzionalismo populista e delle democrazie c.d. illiberali<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> 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, 2018, p. 35. La sentenza qui analizzata avrà poi l'effetto di stimolare un'integrazione della Costituzione ungherese che, dopo l'approvazione del settimo emendamento il 20 giugno 2018, al comma 4 dell'art. R prevede che «la protezione dell'identità costituzionale e della cultura cristiana dell'Ungheria è un compito di ogni organo dello Stato», e nel preambolo che «la protezione della nostra identità che ha radici nella nostra costituzione storica è un compito fondamentale dello Stato».

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 42: «The Hungarian abuse of constitutional identity is nothing but national constitutional parochialism, an attempt to abandon the common European constitutional whole»; v. anche R. KELEMEN, L. PECH, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 21, 2019, pp. 59-74.

<sup>71</sup> P. BLOKKER, *Populist Constitutionalism*, in C. DE LA TORRE (a cura di), *Routledge Handbook of Global Populism*, Routledge, London, 2018; T. FOURNIER, *From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism*, in *German Law Journal*, 3, 20, 2019, pp. 362-381; G. MARTINICO, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in *Questione Giustizia*, 1, 2019, 71-78.



### **3. La semantica identitaria nei Trattati: la storia della clausola dell'articolo 4, c. 2 TUE**

Accanto al filone giurisprudenziale, nella storia recente del processo di integrazione europea il secondo fattore che ha contribuito all'emersione dell'identità come concetto chiave per la gestione dei rapporti inter-ordinamentali a livello costituzionale è stato il diritto primario dell'Unione europea. Nel Trattato sull'Unione europea si legge, infatti, all'articolo 4 c. 2 che «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale».

Esula dalle finalità del presente paragrafo un'analisi puntuale dei contenuti e funzionamento della clausola, del suo utilizzo nella giurisprudenza europea e dei rapporti (di convergenza o divergenza) con l'identità costituzionale degli Stati membri, analisi che sarà condotta nel Cap. IV del presente scritto. L'obiettivo della sintetica esposizione in questa sede è mostrare come, in un'Unione europea in cui già erano presenti e parzialmente definite le elaborazioni dogmatiche e giurisprudenziali italiana e tedesca sui “controlimiti”, nei Trattati istitutivi è comparsa la locuzione “identità nazionale” e, nel contesto normativo che si proverà a delineare, essa si è man mano affinata accompagnandosi ad elementi di estrazione costituzionale, parallelamente all'affioramento della semantica identitaria nella giurisprudenza sui limiti all'integrazione, prima nella giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* francese e poi nella giurisprudenza del BVerfG sul Trattato di Lisbona.

La clausola oggi contenuta all'articolo 4 c. 2 del TUE fa la sua prima comparsa nel Trattato di Maastricht, all'articolo F TUE, che prevedeva, da parte dell'Unione, il rispetto «[del]l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici». In un momento chiave dell'evoluzione dell'integrazione europea, tale inserimento sembra testimoniare la volontà degli Stati membri di evidenziare la

propria soggettività nei confronti della nascente Unione, ed è rilevante sottolineare come l'introduzione della clausola identitaria si accompagni all'introduzione parallela del principio di sussidiarietà come principio fondamentale dell'ordinamento europeo, volto anch'esso a presidiare l'esercizio delle competenze delle istituzioni europee<sup>72</sup>. L'inclusione del principio democratico quale attributo dell'identità nazionale degli Stati, d'altra parte, può essere letta come espressione di diffidenza degli Stati membri nei confronti dei Paesi dell'Europa centro-orientale che, dopo la caduta dei regimi socialisti, si affacciavano al processo di transizione democratica e adesione all'Unione, e come affermazione atta a sottolineare il persistente deficit di legittimazione democratica dei processi decisionali europei (contrapponendoli a quelli nazionali)<sup>73</sup>. Con il Trattato di Amsterdam del 1997, poi, la clausola perderà il riferimento a tale principio, che "transita" invece tra i valori fondanti dell'Unione, il cui rispetto rappresenta uno dei requisiti per l'adesione<sup>74</sup>.

È con il c.d. Trattato costituzionale che la clausola identitaria assume, nel diritto primario dell'Unione, la formulazione odierna. La scarna previsione dell'articolo 6 TUE, nel diventare l'articolo I-5 del nuovo Trattato viene arricchita da riferimenti, come anticipato, espressamente "costituzionali", attraverso la citazione, tra gli elementi che determinano l'identità nazionale, delle strutture fondamentali politiche e costituzionali degli Stati, ai sistemi delle autonomie locali e regionali, alle funzioni essenziali dello Stato, a partire da integrità territoriale, ordine pubblico e sicurezza nazionale. Il contesto in cui la clausola si inseriva nella Costituzione europea e la sua genesi nei lavori preparatori fanno emergere due distinte osservazioni.

In primo luogo, si nota come il rispetto delle identità nazionali fosse stabilito nell'articolo immediatamente precedente quello che sanciva il principio del primato del

---

<sup>72</sup> G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, p. 335.

<sup>73</sup> ID, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 10.

<sup>74</sup> Art. 6 TUE nella formulazione del Trattato di Amsterdam: «1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri [...] 3. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri».

diritto europeo sui diritti nazionali<sup>75</sup>. Tale collocazione, insieme al tenore “costituzionale” della clausola identitaria, induceva (e induce, nonostante il venir meno dell’articolo I-6 con il Trattato di Lisbona) una certa dottrina ad evidenziare la connessione sostanziale tra le due disposizioni, concependo dunque la clausola identitaria come limite ultimo all’applicazione del primato, che dovrebbe sempre rispettare i principi inviolabili di ogni ordinamento<sup>76</sup>. In secondo luogo, attente ricostruzioni dei lavori preparatori fanno emergere come la c.d. *Christophersen clause* (dal nome del proponente) sia stata ideata e proposta all’interno del Gruppo di Lavoro V dedicato al tema delle “competenze complementari”, e fosse immaginata come strumento di gestione non di conflitti costituzionali “straordinari”, ma di “ordinari” confronti di competenze<sup>77</sup>. L’obiettivo degli estensori era quello di evitare che l’Unione, nell’esercitare proprie competenze funzionali (definite quindi dall’obiettivo perseguito e non dall’ambito materiale di azione), andasse a disciplinare settori particolarmente sensibili e riservati alla potestà statale, tanto che nei diversi documenti di lavoro vi si ricomprendevano originariamente, oltre agli elementi poi confluiti nella clausola del Trattato, anche le scelte riguardo la lingua, la cittadinanza nazionale, il territorio e lo status delle confessioni religiose, ma anche politiche di redistribuzione del reddito, potestà fiscale, sicurezza e previdenza sociale, sistema educativo<sup>78</sup>. Il legame tra la garanzia delle identità nazionali e l’ambito concreto dell’esercizio delle competenze, d’altra parte, è confermato dalla collocazione dell’articolo 4 c. 2 nel TUE, essendo esso preceduto dal c. 1 del medesimo articolo, che stabilisce il principio della presunzione di competenza degli Stati<sup>79</sup>, e seguito, nel capo dedicato alle “Disposizioni comuni”, dall’articolo 5 che delinea i principi fondamentali

---

<sup>75</sup> Art. I-6 Tr. Cost.: «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell’Unione nell’esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri».

<sup>76</sup> M. CARTABIA, “*Unita nella diversità*”: il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 3, 2005, pp. 583-611.

<sup>77</sup> B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1, 2012, pp. 263-318.

<sup>78</sup> G. DI FEDERICO, *L’identità nazionale degli stati membri*, cit., p. 59.

<sup>79</sup> Art. 4 c. 1 TUE: « ... qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

dell'allocazione dei poteri tra Unione e Stati membri (principio di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità)<sup>80</sup>.

Ad ogni modo, quale che sia la funzione originale di tale clausola, il suo rapporto con il principio del primato o con il principio di sussidiarietà, la sua contiguità con la teorizzazione dei limiti inviolabili all'applicazione del diritto europeo negli ordinamenti nazionali (su cui si rimanda ancora una volta all'analisi condotta *infra* nel Cap. IV), rimane il dato dell'emersione della semantica identitaria nei Trattati istitutivi dell'Unione europea, che testimonia un potenziale binario di convergenza e circolazione terminologica e concettuale parallelo a quello della giurisprudenza costituzionale nazionale, che assume maggiore rilevanza alla luce della coincidenza temporale dell'affinamento della clausola di cui all'articolo 4 c. 2 TUE con l'inizio dell'affermazione dell'identità costituzionale come uno dei concetti fondamentali per la definizione dei rapporti tra Costituzioni nazionali e diritto europeo.

#### **4. Introduzione alla analisi comparata**

I due filoni giurisprudenziale e normativo presentati, in parte distinti, in parte sovrapposti, dimostrano come il concetto giuridico di identità costituzionale e le sue funzioni nella definizione dei rapporti inter-ordinamentali siano stati oggetto di circolazione nello spazio costituzionale europeo.

È noto come i fenomeni di circolazione giuridica siano oggetto privilegiato della scienza comparatistica, e nel presente scritto ci si propone dunque di utilizzare gli strumenti della comparazione per disporre una analisi di diverse epifanie del concetto giuridico di identità costituzionale sia in senso orizzontale, in riferimento ai due ordinamenti costituzionali nazionali di Francia e Spagna, sia in senso verticale, in riferimento all'ordinamento dell'Unione europea.

---

<sup>80</sup> B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts*, cit., p. 288.

Le ragioni che inducono ad impostare una ricerca di diritto comparato su tale oggetto sono intuibili. La circolazione di una determinata terminologia, o di alcuni impianti argomentativi, non significa che il ruolo e la natura dell'identità costituzionale siano omogenei nei diversi ordinamenti, ed un concetto così nebuloso come l'identità, che si trova al crocevia tra diritto costituzionale interno e diritto dell'Unione europea, richiede che le riflessioni si leghino e diano ragione delle singole esperienze nazionali (che, d'altra parte, proprio nell'utilizzo del concetto di identità costituzionale cercano uno strumento di difesa delle proprie singolarità e dei propri tratti fondamentali), con le loro variabili, anche per evitare approssimazioni ricostruttive che le coincidenze semantiche possono indurre<sup>81</sup>.

Nella definizione dell'oggetto della ricerca, tuttavia, è bene esporre una scelta preventiva, che ha comportato la preferenza per un'analisi del funzionamento dell'identità costituzionale negli ordinamenti oggetto di indagine, lasciando da parte l'aspetto contenutistico<sup>82</sup>. Si è quindi scelto di non soffermarsi sulle diversità di contenuto delle differenti identità, ovvero quali principi e con quale accezione siano da ricondursi all'una o all'altra, perché da una parte i principi fondamentali che di volta in volta sono ritenuti come essenziali e fondamentali in un ordinamento rimangono, fino al momento della loro applicazione concreta, largamente astratti o non verbalizzati<sup>83</sup>, e dall'altra perché la ricostruzione di un elenco di valori/principi identitari, che ha sempre un certo carattere di aleatorietà<sup>84</sup>, pur rivestendo un sicuro interesse, poco dice sulle problematiche

---

<sup>81</sup> Avverte della difficile traducibilità in diversi ordinamenti dei concetti legati alle dinamiche qui analizzate J. LUTHER, *Costituzionalizzare l'Integrationsgewalt*, cit., pp.136-140.

<sup>82</sup> E. DUBOUT, *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France: une supra-constitutionnalité?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 3, 2010, p. 454.

<sup>83</sup> P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., pp. 180-188 riprende, in relazione ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, la categoria degli "accordi non completamente teorizzati" proposta da Cass Sunstein in alcuni lavori tra cui C. R. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements*, in *Harvard Law Review*, 7, 108, 1995, pp. 1733-1772.

<sup>84</sup> D. ROUSSEAU, *L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne?*, in L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Parigi, 2011, p. 96, in riferimento al caso francese: «A chaque professeur – ou presque – sa liste de règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France!». In maniera più caustica si segnala J.H.H. WEILER, *On the power of the Word: Europe's constitutional iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2-3, 2005, p. 186: «Defending the constitutional identity of the state and its

giuridiche e costituzionali concrete legate alle dinamiche indagate, che riguardano invece gli strumenti attraverso cui tali principi possono essere garantiti e le istituzioni chiamate ad attivarli.

Pertanto, il confronto tra diversi ordinamenti sulla base di uno schema comparativo permette di fare luce su due aspetti. Da un punto di vista “strutturale” la comparazione evidenzia l’apporto che diversi attori e diversi formanti hanno nell’emersione dell’identità costituzionale di un ordinamento, portando alla luce i riferimenti testuali costituzionali rilevanti, le ricostruzioni operate dalle Corti (vero attore protagonista in questo ambito), l’eventuale apporto di attori non giurisdizionali. Da un punto di vista “funzionale”, invece, si mostrano le funzioni svolte da questo concetto nei diversi ordinamenti, isolando la funzione nucleo, che permette di riconoscerne la circolazione, e considerandone i meccanismi concreti di azione e i rapporti con diverse funzioni variabili nei differenti casi di studio analizzati.

Alla luce di tali premesse, l’impostazione metodologica della analisi comparata non può che comprendere una comparazione funzionale, che, a partire da una specifica funzione giuridica da riconoscersi all’identità, indagli sui diversi caratteri che ad essa si accompagnano negli ordinamenti analizzati<sup>85</sup>.

L’oggetto della comparazione sarà quindi una nozione funzionale di identità costituzionale, impostando lo schema comparativo a partire, come *tertium comparationis*<sup>86</sup>, da una funzione massimamente astratta di limite costituzionale all’integrazione dall’esterno, e segnatamente da parte delle fonti di diritto europeo, dell’ordinamento costituzionale, a cui si accompagna la necessità di tutela di principi, valori o tratti fondamentali e distintivi di un ordinamento. Se questo è il punto di partenza, l’analisi potrà quindi coinvolgere, con ogni evidenza, anche ordinamenti in cui la

---

core values turns out in many cases to be a defence of some hermeneutic foible adopted by five judges against four».

<sup>85</sup> Sulla metodologia funzionalista nella comparazione giuridica v. R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2018, pp. 90-98.

<sup>86</sup> Ivi, p. 123.

semantica identitaria non è conosciuta, ma è esercitata questa funzione, che, come si chiarirà, si può sostanziare in limiti all'integrazione, e quindi alla delegabilità di funzioni all'esterno, sul piano delle competenze, e limiti all'applicazione del diritto esterno (*rectius* europeo) nell'ordinamento nazionale (a prescindere dalle competenze), sul piano dei principi.

La presente ricerca si comporrà quindi di due distinti momenti comparativi.

In primo luogo, si proporrà una comparazione orizzontale delle funzioni rivestite dall'identità costituzionale negli Stati membri dell'Unione europea. In particolare si utilizzeranno come casi di studio le esperienze degli ordinamenti di Spagna e Francia, che, accanto ad elementi di continuità con le maggiormente studiate elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali tedesche ed italiane, presentano peculiarità nell'approccio ai conflitti tra normativa europea e nazionale e nel ruolo riservato ai principi che delineano la rispettiva identità costituzionale, sia "esternamente" (nei confronti del diritto dell'Unione europea), sia "internamente" (nei confronti del legislatore costituzionale nazionale). L'analisi delle dinamiche nazionali dell'identità costituzionale si baserà dunque sul doppio profilo di indagine della posizione del diritto internazionale ed europeo nei due ordinamenti, con particolare riferimento all'individuazione di principi fondamentali dell'ordinamento e all'apposizione di limiti all'integrazione europea, e dei rapporti di questi ultimi con il ruolo del legislatore costituzionale ed i limiti alla revisione. La Francia rappresenterà, dunque, una specifica manifestazione del concetto di identità costituzionale, che deriva dalla peculiare posizione del diritto internazionale nell'ordinamento francese e dalla centralità del potere costituente nel definire i caratteri dell'integrazione, mentre la Spagna offrirà l'esempio di un ordinamento in cui, pur a fronte di una mancata adesione alla semantica dell'identità costituzionale, è presente la categoria dei limiti costituzionali all'applicazione del diritto europeo, ed in cui la forma di Stato decentrato ha comportato delle "spinte costituzionali" interne all'ordinamento che evidenziano delle dinamiche identitarie rilevanti.

In secondo luogo, la ricerca presenterà una comparazione verticale, analizzando, all'interno dello schema comparativo impostato, se ed in che modo, nell'ordinamento dell'Unione europea, siano esercitate le funzioni attribuite all'identità costituzionale negli ordinamenti nazionali, così da verificare se l'Unione europea sia portatrice di una propria identità in senso funzionale come sopra descritta, a cui seguirà un approfondimento dei meccanismi di raccordo (giurisdizionali e non) tra le diverse identità costituzionali che si confrontano sullo spazio costituzionale europeo.



## CAPITOLO II

### IDENTITÀ COSTITUZIONALE RELATIVA: FRANCIA

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Limiti sostanziali (inconsistenti) alla revisione costituzionale; 3. Il diritto dell'Unione europea e la Costituzione; 3.1 L'articolo 54 e la competenza del Conseil Constitutionnel a valutare la legittimità costituzionale dei trattati; 3.1.1 L'Unione europea nella Costituzione: l'introduzione del titolo XV; 3.2 La supremazia del diritto internazionale sul diritto interno, tra convenzionalità e costituzionalità; 4. L'identità costituzionale della Francia; 4.1 L'emersione di limiti costituzionali all'integrazione europea nel rapporto tra diritto europeo e diritto interno: dalle norme espresse della Costituzione all'identità costituzionale; 4.2 Statuto teorico e funzionale dell'*identité constitutionnelle de la France*; 4.3 L'applicazione concreta del limite dell'identità costituzionale; 5. Conclusioni: la supremazia della Costituzione e un'identità funzionalmente limitata, relativa e collaborativa.

#### 1. Introduzione

L'approccio francese al tema dei limiti all'integrazione europea e all'identità costituzionale merita un'attenzione particolare, non solo perché, storicamente, il termine "identità costituzionale" è stato citato e utilizzato per la prima volta in Europa proprio nella giurisprudenza costituzionale francese, ma anche per alcuni tratti di originalità nella sua declinazione applicativa, funzionale e dogmatica che affondano le radici in alcune peculiarità nella cultura costituzionale e, di conseguenza, nelle soluzioni istituzionali caratterizzanti l'ordinamento costituzionale della Francia.

Data la centralità della giurisprudenza costituzionale nel definire i contorni del tema oggetto della presente analisi, è bene ricordare sinteticamente quali siano le caratteristiche essenziali del modello di giustizia costituzionale francese, che, come si vedrà nel prosieguo del Capitolo, ha inevitabilmente un impatto sulle modalità concrete di definizione dei rapporti tra Costituzione ed integrazione europea. La Costituzione francese del 1958 presenta, fino al 2008, un modello di giudizio di costituzionalità accentratò, preventivo e astratto affidato al Conseil constitutionnel. Il profondo rispetto

della legge come atto di espressione della volontà generale e del principio della separazione dei poteri che permea la cultura costituzionale della Francia<sup>87</sup> ha comportato l'introduzione di un controllo di costituzionalità inserito all'interno del procedimento di approvazione e non successivamente, per evitare che un'istituzione non elettiva potesse esercitare una funzione legislativa, seppur "negativa", quale è la censura di atti normativi incostituzionali. In base all'articolo 61 della Costituzione, dunque, al Conseil è affidato il compito di pronunciarsi sulla conformità a Costituzione delle leggi ad esso deferite, prima della promulgazione, da parte del Presidente della Repubblica, del Primo ministro, dei Presidenti delle due camere del Parlamento e, dopo il 1974, anche da sessanta deputati o senatori, oltre ad un controllo obbligatorio di leggi organiche, leggi sottoposte a referendum da parte del Presidente della Repubblica e regolamenti parlamentari. Il modello è stato poi arricchito a partire dal 2008 da una seconda modalità di controllo di carattere incidentale, sul modello kelseniano, in base alla quale in caso di violazione di diritti o libertà costituzionali il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione possono indirizzare al Conseil una *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), affinché esso si esprima sulla legittimità costituzionale della disposizione di legge in questione<sup>88</sup>.

Proprio il carattere preventivo e limitato nella portata del controllo di costituzionalità del Conseil constitutionnel, insieme a specifiche ulteriori caratteristiche ordinamentali legate al rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, che saranno *infra* analizzate, è uno degli elementi che ha comportato l'emersione tardiva nella giurisprudenza del Conseil

---

<sup>87</sup> A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 1997, pp. 5-13 parla di "costituzionalismo di ispirazione giacobina", opposto alla diversa tradizione del "costituzionalismo anglosassone".

<sup>88</sup> Una recente ricostruzione globale del modello francese di giustizia costituzionale si ritrova in S. BENVENUTI, *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e «dialogo» tra Corti*, Napoli, 2016. Nello sterminato panorama della dottrina francese si segnalano, in tema di QPC, G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité*, Parigi, 2011; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, X. PHILIPPE (a cura di), *Question prioritaire de constitutionnalité. Premiers bilans. Actes du colloque du 26 novembre 2010 – ILF*, Aix-en-Provence, 2011; si v. anche *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 28, 2010, con sezione monografica dedicata a «*L'histoire du controle de constitutionnalité*».

delle problematiche costituzionali legate al processo di integrazione europea<sup>89</sup>, cosicché solo a partire dal 1992 l'Unione europea ha trovato una collocazione nel testo costituzionale, e solo dal 2004 si è fatta strada l'idea di limiti all'applicazione nazionale del diritto europeo.

Volendo quindi indagare l'emersione, nell'ordinamento francese, di limiti costituzionali materiali all'integrazione europea e l'utilizzo della semantica e del concetto di identità costituzionale, il presente Capitolo presenta, in via introduttiva, una ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale, del tema dei limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento oggetto d'esame, come prima testimonianza della configurabilità di un nucleo duro della Costituzione (par. 2). Successivamente, a partire dagli articoli della Costituzione riguardo a trattati e diritto internazionale, si delinea la posizione del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento francese, con particolare riferimento in primo luogo al giudizio preventivo di costituzionalità dei trattati (articolo 54 Cost.), e la conseguente introduzione, nel testo costituzionale, di una apposita "clausola europea" a partire dal Trattato di Maastricht (parr. 3.1 e 3.1.1), ed in secondo luogo alla natura sovralegislativa del diritto internazionale ed europeo (articolo 55 Cost.) con il relativo controllo di convenzionalità del diritto interno, i suoi rapporti con il giudizio di costituzionalità e le dinamiche di dialogo tra Corti innescate in questo ambito (par. 3.2). Proseguendo, si illustrerà l'emersione, nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel sulla costituzionalità delle direttive europee, della riserva a tutela dell'identità costituzionale della Francia (par. 4.1), approfondendone poi lo statuto teorico e funzionale, con particolare attenzione alla natura ed individuazione dei contenuti dell'identità e alla funzione esercitata dal legislatore costituzionale su di essa (par. 4.2), e le condizioni e prospettive di applicazione concreta (par. 4.3), per concludere illustrando, alla luce dell'intera trattazione, la natura relativa, funzionalmente limitata e collaborativa dell'identità costituzionale francese, con i significati che essa assume

---

<sup>89</sup> F.-X. MILLET, *Constitutional Identity In France*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, pp. 136-138.

rispetto alla supremazia della Costituzione, da una parte, e dei rapporti tra ordinamento costituzionale francese e ordinamento europeo dall'altra (par. 5).

## **2. Limiti sostanziali (inconsistenti) alla revisione costituzionale**

Come già anticipato nel Cap. I del presente scritto, una analisi che intenda indagare sulle modalità di individuazione di tratti fondamentali di un ordinamento costituzionale che ne definiscono l'identità da opporre all'integrazione dall'esterno dell'ordinamento stesso, non può non tenere in considerazione le clausole costituzionali o le ricostruzioni dottrinali che identificano dei limiti sostanziali alla revisione costituzionale. Ciò è valido a maggior ragione per l'ordinamento francese, poiché, come si chiarirà, il ruolo funzionale del legislatore costituzionale in riferimento alla revisione della Costituzione, all'approccio all'integrazione europea e all'apposizione di limiti alla stessa rappresenta uno dei fili conduttori dell'analisi di questo Capitolo.

La Costituzione francese, rispetto a questo profilo, presenta un'esplicita previsione, disponendo, al comma 5 dell'articolo 89, che «la forma repubblicana del Governo non può costituire oggetto di revisione»<sup>90</sup>. Il potere di modifica della Costituzione nasce dunque come “limitato per natura”<sup>91</sup>, ma la questione teorica e operativa centrale nella sua valutazione è, evidentemente, l'identificazione di strumenti istituzionali e giurisdizionali per far valere tale limite espresso. In altro senso, il limite di cui all'articolo 89 c. 5 è un limite giuridico e dunque sanzionabile o si tratta di mera enunciazione che identifica un vincolo di natura politica o comunque metagiuridica?

Il Conseil constitutionnel si è pronunciato sulla questione in occasione dell'approvazione della legge costituzionale di revisione sull'organizzazione decentrata della Repubblica<sup>92</sup>,

---

<sup>90</sup> A tale limite materiale si aggiungono i limiti procedurali e temporali che vietano la revisione costituzionale in caso di vacanza della Presidenza della Repubblica (art. 7), di attivazione dei poteri eccezionali presidenziali (art. 16), e di violazione dell'integrità del territorio (art. 89 c. 4).

<sup>91</sup> M. CALAMO SPECCHIA, *La revisione della Costituzione: potere costituente o potere costituito?*, in ID. (a cura di), *La Costituzione Francese*, Torino, 2009, p. 308.

<sup>92</sup> La norma, poi promulgata, è la legge costituzionale n. 2003-726 del 28 marzo 2003.

cui i senatori ricorrenti, imputavano, tra le altre cose, la violazione del principio di indivisibilità della Repubblica sancito dall'articolo 1 della Costituzione e senz'altro parte dei fondamenti della "forma repubblicana di Governo" richiamata dall'articolo 89. La decisione n. 2003-469 DC<sup>93</sup>, tuttavia, non affronta il merito delle questioni sottoposte alla corte, né si sofferma sul contenuto o su un chiarimento dogmatico del limite di cui all'articolo 89, ma si limita ad affermare l'incompetenza del Conseil a scrutinare norme di revisione costituzionale. In particolare, al cons. 2 della sentenza si afferma che le competenze del Conseil sono strettamente delimitate dalla Costituzione e che l'articolo 61 affida ad esso il compito di giudicare la costituzionalità esclusivamente delle leggi organiche (c. 1) e delle leggi ordinarie (c. 2), mentre né all'articolo 61 né all'articolo 89 si trova indicazione di un potere di pronunciarsi su una revisione costituzionale. La conclusione deriva da un'interpretazione stretta proprio della disposizione di cui all'articolo 61, nel passaggio in cui, al c. 2, dispone che « le *leggi* possono essere deferite al Consiglio costituzionale, prima della loro promulgazione [...]» (corsivo ns.): è il Conseil ad intendere le *lois* come riferite esclusivamente alle leggi ordinarie, mentre parte della dottrina suggerisce che tale espressione potrebbe riferirsi a tutte le norme approvate dal Parlamento, ricomprendendo dunque anche le leggi costituzionali<sup>94</sup>.

Il Conseil, dunque, di fronte ad una questione di tale portata e complessità, propende per limitare le proprie considerazioni al piano procedurale, adottando un approccio formalista al tema. Questa posizione non sorprende, ed è senz'altro figlia di quella «*tradition légicentriste française*» che riconosce piena sovranità alla volontà generale del popolo espressa dai suoi rappresentanti<sup>95</sup>, tanto che lo stesso commentario ufficiale alla decisione

---

<sup>93</sup> CC, decisione n. 2003-469 DC del 26 marzo 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*.

<sup>94</sup> F. LUCHAIRE, *Article 61*, in F. LUCHAIRE, G. CONAC (a cura di), *La Constitution de la République française*, Parigi, 1987, 1115-1116, come citato in M. CALAMO SPECCHIA, *La revisione della Costituzione*, cit., pp. 311-312.

<sup>95</sup> E. DUBOUT, *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle*, cit., pp. 477-478. La stessa cultura costituzionale, d'altronde, è ben espressa nella storica giurisprudenza del Conseil che, fin dalla sentenza n. 62-20 DC del 6 novembre 1962, seguendo «*l'esprit de la Constitution*» rifiuta di esercitare il controllo di costituzionalità sulle norme approvate con referendum, in quanto esse rappresentano «l'espressione diretta della sovranità nazionale» (trad. ns.).

la descrive come espressione di un *self-restraint* del Conseil, che è chiamato a mostrarsi rispettoso della sovranità del potere costituente per allontanare i sospetti di un «*gouvernement des juges*»<sup>96</sup>. Nonostante vi sia autorevolissima dottrina di avviso contrario<sup>97</sup>, la difficoltà a concepire limiti materiali alla revisione costituzionale nell'ordinamento francese è prevalente, e deriva da una tradizionale concezione formale della Costituzione e dal rifiuto dogmatico ben riassunto nei tre argomenti forniti dal *doyen* Georges Vedel, secondo cui: il diritto positivo e la pratica giuridica francese non conoscono regole di rango sovracostituzionale, il concetto stesso di norme giuridiche sovracostituzionali è logicamente insostenibile, poiché la Costituzione non può prevedere un atto ad essa superiore, la sovracostituzionalità è pericolosa per l'ordinamento giuridico democratico, poiché disancora la legittimazione delle funzioni del Conseil constitutionnel dal testo costituzionale aprendo ad una sua azione libera<sup>98</sup>.

In tal modo, pur di fronte a proposte dottrinali anche recenti di senso opposto<sup>99</sup>, la clausola limitatoria dell'articolo 89 c. 5 deve essere considerata priva di sanzione, cosicché, pur rappresentando una prima idea di nucleo costituzionale fondamentale, in assenza di strumenti giuridici per essere applicata essa finisce per avere carattere “platonico”<sup>100</sup>, come semplice “clausola di stile”<sup>101</sup> e monito costituzionale.

---

<sup>96</sup> Commentario ufficiale della dec. n. 2003-349 DC, in *Le Cahiers du Conseil constitutionnel*, 15, 2003, p. 4.

<sup>97</sup> A partire da L. FAVOREU, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, in *Pouvoirs*, 67, 1993, pp. 71-77, ma v. anche più recentemente X. MAGNON, *Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle: limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 3, 2004, pp. 595-617.

<sup>98</sup> G. VEDEL, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, in *Pouvoirs*, 67, 1993, pp. 79-96; O. BEAUD, *Le cas français: l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle*, in *Jus Politicum – Revue de droit politique*, 18, 2017, pp. 93-116, approfondisce il contesto dottrinale tradizionale e le ragioni per cui la possibilità di apporre dei limiti materiali alla revisione costituzionale e di sottoporla al giudizio del Conseil constitutionnel incontra così tanta resistenza nell'ordinamento francese.

<sup>99</sup> Si vedano gli interventi di O. BEAUD, *Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle*, e di G. CARCASSONE, *Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit*, in *Dossier: Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 27, 2010.

<sup>100</sup> G. VEDEL, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, cit., p. 80.

<sup>101</sup> E. DUBOUT, *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle*, cit., p. 477.

### **3. Il diritto dell'Unione europea e la Costituzione**

La definizione della posizione del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento francese, nel cui alveo si è sviluppata l'idea di tutela dell'identità costituzionale a cui la presente analisi è dedicata, si inserisce nel più ampio complesso dello statuto costituzionale del diritto internazionale e dei suoi rapporti con la Costituzione e le fonti di diritto interno sub-costituzionali.

La tradizione costituzionale francese presenta un carattere di generale apertura alle norme di diritto internazionale, testimoniato dall'adozione di un sistema c.d. monista, in cui i trattati ratificati, e gli atti ad essi conseguenti, integrano l'ordinamento giuridico interno senza necessità di atti normativi di recepimento, salvo eccezioni puntuali, sulla base del rispetto del principio *pacta sunt servanda*. A testimonianza di ciò, la Costituzione del 1946 prevedeva che i trattati regolarmente ratificati e pubblicati avessero «forza di legge, anche nel caso in cui [fossero] in contrasto con leggi francesi», senza necessità di ulteriori disposizioni normative per assicurarne l'applicazione (art. 26), e «autorità superiore alle leggi interne», non potendo essere abrogati, modificati o sospesi se non in seguito a regolare denuncia (art. 28). Il preambolo della stessa Costituzione della Quarta Repubblica, d'altra parte, ai capoversi 14 e 15, disponeva che «la Repubblica francese, fedele alle sue tradizioni, si conforma alle regole del diritto pubblico internazionale» e «con riserva di reciprocità [...] consente alle limitazioni di sovranità necessarie per l'organizzazione e la difesa della pace».

Proprio il richiamo della Costituzione del 1958 al preambolo del 1946, da considerarsi parte integrante del *bloc de constitutionnalité* secondo la giurisprudenza del Conseil<sup>102</sup>, segnala la continuità nell'approccio monista della Costituzione vigente<sup>103</sup>.

Tuttavia, l'impianto normativo della Costituzione del 1958 comporta un assetto parzialmente diverso rispetto al precedente. Lo statuto costituzionale del diritto internazionale si definisce, infatti, attraverso due elementi normativi e sostanziali, cristallizzati negli articoli 54 e 55 Cost., che individuano altresì il ruolo e le funzioni del Conseil constitutionnel e delle altre giurisdizioni, e trovano piena applicazione proprio in riferimento al processo di integrazione europea<sup>104</sup>.

### **3.1 L'articolo 54 e la competenza del Conseil Constitutionnel a valutare la legittimità costituzionale dei trattati**

L'articolo 54 della Costituzione francese istituisce una forma di sindacato costituzionale preventivo degli *engagements* internazionali ad opera del Conseil constitutionnel, attribuendo così ad esso un ruolo "esterno" di garanzia costituzionale, volto a

---

<sup>102</sup> Ci si riferisce qui alla storica decisione n. 71-44 DC del 16 luglio 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, a partire dalla quale il Conseil ha ampliato il parametro di costituzionalità applicato nei suoi giudizi, includendovi non solo le disposizioni della Costituzione vigente, ma anche quelle richiamate nel preambolo, compresa la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che rappresenta una delle fonti del *corpus* di diritti e libertà fondamentali garantiti nell'ordinamento costituzionale francese e tutelati dalla giurisdizione del Conseil.

<sup>103</sup> B. BONNET, *Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable*, in *Titre VII – Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2, 2019, p. 3.

<sup>104</sup> Restano estranee alla presente trattazione, in quanto non incidenti sulla posizione del diritto internazionale nell'ordinamento interno, le ulteriori disposizioni costituzionali in tema, che disciplinano le competenze del Presidente della Repubblica nella negoziazione e ratifica dei trattati (art. 52) e la sua facoltà di sottoporre a referendum la ratifica di un trattato (art. 11), i casi in cui sia necessaria una legge di ratifica (art. 53), autorizzazione a stipulare trattati in materia di asilo e riconoscimento della giurisdizione della Corte Penale Internazionale (artt. 53-1 e 53-2).



salvaguardare l'armonia tra ordinamento nazionale e norme estranee ad esso, contraltare della garanzia "interna" del controllo di costituzionalità delle leggi<sup>105</sup>.

Si prevede, infatti, che il Consiglio, su istanza del Presidente della Repubblica, del Primo ministro, dei Presidenti delle Camere o di sessanta deputati o senatori, si pronunci sulla costituzionalità dell'impegno internazionale oggetto di sindacato. Qualora si ravvisi la presenza di clausole contrarie alla Costituzione, l'autorizzazione alla ratifica o all'approvazione dell'atto in questione potrà avvenire solo in seguito ad apposita revisione costituzionale.

Il significato concreto da attribuire alla disposizione di cui all'articolo 54 dipende dai contenuti assunti dalle due espressioni-chiave utilizzate: *engagement* internazionale, che definisce l'oggetto del sindacato, e *clause contraire à la Constitution* che richiama il parametro di costituzionalità in base a cui i trattati vengono scrutinati.

Per quanto concerne l'oggetto del sindacato, il tenore del testo costituzionale esclude senz'altro dal controllo preventivo gli atti di diritto derivato, ma nella giurisprudenza del Conseil il concetto di impegno internazionale è stato inteso in senso tendenzialmente estensivo, non limitando il novero degli atti ai soli trattati o accordi bilaterali o multilaterali formalmente intesi. Proprio con riferimento all'ambito del diritto comunitario, infatti, il Conseil ha valutato di potersi pronunciare anche su atti la cui qualificazione era quantomeno dubbia, ed in particolare le decisioni del Consiglio delle comunità europee, relative l'una alla definizione delle risorse proprie delle Comunità (Decisione del 21 aprile 1970 70/243/CECA, CEE, Euratom, oggetto della sentenza n. 70-39 DC del 19 giugno 1970<sup>106</sup>), l'altra all'elezione a suffragio universale dell'Assemblea delle comunità (Decisione del 20 settembre 1976 76/787/CECA, CEE,

---

<sup>105</sup> M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil constitutionnel e le corti europee: dall'indifferenza al dialogo?*, in G. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, 2006, p. 333.

<sup>106</sup> CC, decisione n. 70-39 DC del 19 giugno 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés.*

Euratom, oggetto della sentenza n. 76-71 DC del 30 dicembre 1976<sup>107</sup>). Tali atti, infatti, presentavano caratteri assimilabili al diritto derivato, essendo frutto di una decisione unilaterale di un'istituzione sovranazionale, ma furono ricompresi nella categoria degli *engagements*, non senza perplessità dottrinali, sulla base della necessaria adozione di atti legislativi interni conseguenti per l'implementazione delle misure, ai sensi rispettivamente dell'articolo 201 e dell'articolo 138 del Trattato CE nella versione allora vigente<sup>108</sup>.

Per quanto concerne, invece, il parametro di costituzionalità degli accordi internazionali, il testo dell'articolo 54 Cost., facendo riferimento genericamente alla Costituzione, sembra ricomprendere tra le norme di riferimento l'intero corpus del *bloc de constitutionnalité*. Tuttavia, tra le norme ad esso riconducibili, compaiono anche i già citati capoversi 14 e 15 del preambolo del 1946 che certificano un'apertura della Costituzione francese a limitazioni pattizie della sovranità nazionale, autorizzando necessariamente, per questo tramite, una deroga delle stesse clausole costituzionali.

Alla luce di ciò, il chiarimento interpretativo di quali siano da intendere le clausole contrarie alla Costituzione che comporterebbero una dichiarazione di illegittimità costituzionale di accordi internazionali non poteva che derivare dalla prassi delle decisioni del *Conseil*, ed è proprio in riferimento al diritto comunitario ed ai rapporti dell'ordinamento costituzionale interno con il processo di integrazione europea che i *Sages* hanno avuto modo di elaborarne, con progressiva definizione, il significato.

Già nella sentenza n. 70-39 DC, al considerando n. 9, il *Conseil*, per dichiarare la non necessità di una previa revisione costituzionale per la ratifica della sopra citata decisione del Consiglio delle comunità europee che definiva il regime di risorse proprie delle Comunità, verifica che tale atto non comporti violazione delle «condizioni

---

<sup>107</sup> CC, decisione n. 76-71 DC del 30 dicembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*

<sup>108</sup> P. GAÏA, *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne – Contribution à l'étude des articles 53 et 54 de la Constitution*, Parigi, 1991, pp. 35 ss.

essenziali di esercizio della sovranità nazionale», comportando una prima identificazione di una clausola di riserva di costituzionalità che rappresenterebbe il confine ultimo delle limitazioni di sovranità richiamate dal capoverso 15 del preambolo del 1946<sup>109</sup>. Essa avrebbe poi trovato una relativamente maggiore esplicitazione nella sentenza n. 85-188 DC del 22 maggio 1985, riguardo al Protocollo addizionale n. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in tema di abolizione della pena di morte, in cui le condizioni di esercizio della sovranità nazionale sono ricondotte a «il rispetto delle istituzioni della Repubblica, la continuità della vita della nazione e la garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini» (cons. 2-3)<sup>110</sup>.

Con la sentenza 71-76 DC, in riferimento all'introduzione dell'elezione a suffragio universale dei membri del Parlamento europeo, i giudici del *Conseil* sembrano abbracciare una diversa impostazione. Al considerando n. 2, infatti, la decisione crea un dualismo tra limitazioni alla sovranità, consentite dal preambolo del 1946, e trasferimenti a organizzazioni internazionali di tutta o parte di essa, che non sarebbero autorizzati a Costituzione invariata, specificando ulteriormente che la sovranità definita all'articolo 3 della Costituzione<sup>111</sup> non può che essere nazionale, ed al suo esercizio possono partecipare esclusivamente i rappresentanti del popolo francese eletti nelle istituzioni della Repubblica. Considerando l'atto oggetto di scrutinio, ed alla luce della considerazione, riportata dai giudici, secondo cui esso non rappresentava un trasferimento di sovranità, giacché relativo esclusivamente alle modalità di nomina di un'istituzione non appartenente all'ordinamento costituzionale francese, ma ad altro ordinamento, e

---

<sup>109</sup> M. GUERRINI, *L'identità costituzionale de la France. Recherche sur les fonctions de la reserve identitaire dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, tesi di dottorato in diritto pubblico presentata e sostenuta in pubblico il 6 giugno 2014, Aix-Marseille Université, pp. 258 ss.

<sup>110</sup> CC, decisione n. 85-188 DC del 22 maggio 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983*.

<sup>111</sup> Art. 3 Cost.: «La sovranità nazionale appartiene al popolo che la esercita per mezzo dei suoi rappresentanti e mediante referendum. Nessuna frazione del popolo né alcun individuo può attribuirsi l'esercizio. Il suffragio può essere diretto o indiretto nei modi previsti dalla Costituzione. Esso è sempre universale, uguale e segreto. Sono elettori, nelle condizioni stabilite dalla legge, tutti i cittadini francesi maggiorenni di ambo i sessi che godono dei diritti civili e politici».

perciò non incidente sull'esercizio della sovranità stessa (cons. 7), sembrerebbe potersi individuare, come proposto dalla dottrina maggioritaria, un "trasferimento" ove si conceda definitivamente ad un'entità esterna alle istituzioni repubblicane una piena facoltà di azione e decisione, vincolante per l'ordinamento interno, con il risultato di una modifica di titolarità della sovranità<sup>112</sup>. Tale ricostruzione sembra avvallata dalla successiva sentenza n. 91-264 DC del 25 luglio 1991, relativa alla cd. Convenzione di Schengen, in conseguenza della quale, dato il suo operare su materia particolarmente sensibile quale quella della gestione delle frontiere interstatuali, il ricorso ipotizzava il verificarsi di un trasferimento di sovranità, comportandone la illegittimità costituzionale<sup>113</sup>. Infatti, rispetto ai singoli motivi di doglianza, il Conseil evidenzia come non sia configurabile un trasferimento di sovranità in conseguenza all'atto oggetto di scrutinio in quanto, tra gli altri: in riferimento al venir meno dei controlli alle frontiere lo Stato mantiene la facoltà di derogare per motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale (cons. 20), ed in riferimento alla facoltà per la polizia giudiziaria straniera di svolgere attività su territorio francese senza previa autorizzazione, essa non è generale né discrezionale, ma concessa in casi assolutamente eccezionali ed entro stringenti limiti materiali e temporali (cons. 35 e 38). Risulta chiaro, però, come sul piano concreto la distinzione tra "limitazione" e "trasferimento" fosse quantomai incerta, tanto da essere destinata ad un rapido accantonamento.

In seguito al trattato di Maastricht si assiste, infatti, ad un definitivo cambio di passo nella giurisprudenza del Conseil, che inaugura una nuova stagione nei rapporti tra l'ordinamento costituzionale francese e l'ordinamento della neonata Unione europea, con la sentenza n. 92-308 del 9 aprile 1992, in cui per la prima volta alcuni profili del trattato oggetto di scrutinio sono dichiarati costituzionalmente illegittimi statuendo la necessità

---

<sup>112</sup> Estensivamente sul punto X. MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, tesi di dottorato in diritto presentata e sostenuta in pubblico il 30 novembre 2002, *Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille III*, pp. 608 ss.

<sup>113</sup> CC, decisione n. 91-264 DC del 25 luglio 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*.

di una revisione costituzionale prima di procedere alla sua ratifica<sup>114</sup>. Più in particolare, il Conseil, che ammette al proprio vaglio esclusivamente le parti del Trattato che presentano nuovi contenuti o modifiche rispetto ai trattati comunitari precedentemente ratificati dalla Repubblica<sup>115</sup>, pone la propria attenzione su tre questioni che si intrecciano strettamente con profili centrali della sovranità statale. In primo luogo (cons. 21-17), i *Sages* rilevano l'incompatibilità con la Costituzione francese del diritto di elettorato attivo e passivo alle elezioni municipali riconosciuto ai cittadini comunitari, sulla base del fatto che gli eletti nelle *collectivités territoriales* concorrono a designare i componenti del Senato repubblicano, andando così ad influenzare l'esercizio del potere legislativo e quindi la sovranità statale, riservato, in base all'articolo 3 della Costituzione, al popolo francese. In secondo luogo (cons. 36-45), sono oggetto di censure le disposizioni del Trattato di Maastricht relative all'Unione monetaria, che, definendo un sistema centrale e indipendente di politiche monetarie e sui tassi di cambio, spoglia lo Stato francese delle competenze in materia, violando così le condizioni essenziali di esercizio della sovranità nazionale. Allo stesso modo, infine, rappresenta una violazione dei tali condizioni la rinuncia alla regola dell'unanimità per alcune decisioni del Consiglio dei ministri delle Comunità in tema di politica dei visti per cittadini di Paesi terzi (cons. 46-50), rivelando, da parte del Conseil, una preoccupazione di metodo più che sostanziale: al di là del singolo ambito materiale in cui si consente l'azione delle istituzioni europee, è centrale ed irrinunciabile la possibilità per lo Stato di partecipare attivamente alle decisioni, potendovisi opporre grazie al diritto di veto garantito dalla regola dell'unanimità.

Tuttavia, la decisione n. 92-308 non rappresenta solamente un cambio di paradigma nei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo per la prima dichiarazione di incostituzionalità di norme dei trattati comunitari, ma anche, e soprattutto, un

---

<sup>114</sup> CC, decisione n. 92-308 DC del 9 aprile 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cd. sentenza Maastricht I.

<sup>115</sup> Ai cons. da 5 a 8 il Conseil argomenta il rifiuto di valutare la corrispondenza alla Costituzione di quelle parti del Trattato di Maastricht che ripropongono i contenuti dei precedenti Trattati già passati al vaglio di costituzionalità, sulla base del principio *pacta sunt servanda* consacrato dal Preambolo del 1946 e dell'articolo 55 Cost. (su cui v. *infra* par. 3.2), definendo così una sorta di immunità costituzionale degli *engagements* precedenti.

cambiamento dogmatico. Abbandonando la già descritta distinzione tra limitazioni consentite e trasferimenti di sovranità vietati, il Conseil ricostruisce la posizione dell'ordinamento costituzionale francese nei confronti dell'integrazione europea ponendovi al centro il concetto di trasferimento (non più di sovranità ma) di competenze, che incontra l'unico limite nel divieto di norme espressamente contrarie alla Costituzione e della garanzia delle condizioni essenziali di esercizio della sovranità<sup>116</sup>. In tal modo, abbracciando una concezione della sovranità come fascio di competenze, il cui esercizio può essere trasferito senza che la titolarità statale della sovranità sia posta in discussione<sup>117</sup>, la giurisprudenza costituzionale francese si chiarisce e, facendo venir meno l'ostacolo dei trasferimenti di sovranità, si orienta in senso maggiormente favorevole al progredire del processo di integrazione, che, con l'approvazione della prospettata revisione costituzionale autorizzatoria, troverà da questo momento in avanti esplicito riconoscimento nel nuovo Titolo XV della Costituzione (su cui *amplius infra* par. 3.1.1).

Infine, la vicenda della ratifica del trattato di Maastricht e delle sue conseguenze nell'ordinamento francese, riserva un ultimo profilo di grande interesse. Dopo l'approvazione della legge costituzionale n. 92-554 del 25 giugno 1992, sollecitata dalla precedente sentenza, il Conseil è chiamato, stavolta su istanza di sessanta senatori, a ritornare sulle questioni già valutate precedentemente, per stabilire, se la novella costituzionale abbia sanato le incompatibilità costituzionali del Trattato riscontrate. La decisione 92-312<sup>118</sup> è così occasione per i giudici costituzionali di esprimersi sul ruolo

---

<sup>116</sup> Cons. 13 e 14 (trad. ns.): «13. Considerando che risulta da tali testi di valore costituzionale che il rispetto della sovranità nazionale non ostacola il fatto che ... la Francia possa sottoscrivere, con riserva di reciprocità, accordi internazionali finalizzati alla creazione o allo sviluppo di una organizzazione internazionale permanente dotata di personalità giuridica e investita dei poteri di decisione per effetto del trasferimento di competenze consentito dagli Stati membri; 14. Considerando tuttavia che, nel caso in cui gli accordi internazionali conclusi a questo fine contengano clausole contrarie alla Costituzione o mettano a rischio le condizioni essenziali di esercizio della sovranità nazionale, l'autorizzazione alla ratifica richiede una revisione costituzionale».

<sup>117</sup> A. ONDOUA, *Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France. L'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne*, Parigi, 2001, p. 230.

<sup>118</sup> CC, decisione n. 92-312 DC del 2 settembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cd. sentenza Maastricht II.

del legislatore costituzionale in riferimento al processo di autorizzazione alla ratifica dei trattati europei. Al cons. 19, si legge infatti che «il potere costituente è sovrano» e che esso può liberamente abrogare, modificare o integrare disposizioni costituzionali come anche derogare esplicitamente o implicitamente a regole o principi di valore costituzionale, e così facendo, nel caso concreto, autorizzare la violazione di tali principi in conseguenza alla ratifica del Trattato. Si trova dunque in questo passaggio un'ulteriore affermazione di un aspetto chiave anticipato nell'analisi dei limiti alla revisione costituzionale (v. *supra* par. 2) e che sarà valorizzato *infra* (par. 4) per la definizione dei caratteri dell'identità costituzionale nell'ordinamento francese: l'idea del legislatore costituzionale come titolare di una facoltà piena e libera di disporre dei contenuti e delle regole e principi anche fondamentali dell'ordinamento costituzionale, salvi i limiti, come già visto più virtuali che concreti, stabiliti dall'articolo 89 della Costituzione<sup>119</sup>.

### 3.1.1 L'Unione europea nella Costituzione: l'introduzione del titolo XV

In seguito alla sentenza 92-308, e per rispondere alle questioni da essa sollevate, le Comunità europee e l'Unione trovano per la prima volta una collocazione all'interno del testo della Costituzione francese, con l'introduzione, attraverso la legge costituzionale n. 92-554 del 25 giugno 1992, di un nuovo Titolo XV. La scelta fatta dal legislatore costituzionale sul punto è improntata al “minimalismo”<sup>120</sup>: invece di approntare una disciplina maggiormente dettagliata dei contorni del processo di integrazione europea in relazione all'ordinamento costituzionale francese, il testo si limita ad una generica citazione della partecipazione della Repubblica alle Comunità (art. 88-1) e ad autorizzare

---

<sup>119</sup> Per annotazioni sulle decisioni Maastricht I e II si vedano, tra i molti: B. GENEVOIS, *Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992*, in *Revue française de droit administratif*, 8 (3), 1992, pp. 373-408.; P. GAÏA, « [Note sous décision n° 92-312 DC] », in *Revue française de droit constitutionnel*, 11, 1992, pp. 398-408; L. FAVOREU, « [Note sous décision n° 92-312 DC] », *ivi*, pp. 389-398; ID., *Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du « droit constitutionnel international »*, in *Revue générale de droit international public*, 1, 1993, pp. 39-66.

<sup>120</sup> T. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON, *Code constitutionnel (2016)*, Parigi, 2015, p. 1165.

espressamente le disposizioni del Trattato di Maastricht giudicate non conformi a Costituzione dal Conseil constitutionnel<sup>121</sup>. In tal modo, la prima versione del Titolo XV, oltre al già citato articolo 88-1, consente i trasferimenti di competenze necessari alla partecipazione all'Unione monetaria e alla determinazione delle regole relative all'ingresso nelle frontiere esterne delle Comunità (art. 88-2) ed il riconoscimento dei diritti elettorali attivi e passivi ai cittadini dell'Unione alle elezioni municipali, salvo il divieto per essi di esercitare le funzioni di Sindaco e di partecipare al processo di selezione dei senatori (art. 88-3), oltre a stabilire la disciplina dei rapporti tra Governo e Parlamento nella c.d. "fase ascendente" della formazione del diritto comunitario (art. 88-4).

Tale approccio episodico e non sistematico del legislatore costituzionale è poi confermato negli anni successivi, in cui si assiste ad un progressivo e puntuale adattamento del testo costituzionale agli avanzamenti dell'integrazione europea e alle singole modifiche di volta in volta portate dai Trattati e sottoposte al vaglio del Conseil constitutionnel. Così, in seguito al Trattato di Amsterdam e alla sentenza n. 97-394 DC del 31 dicembre 1997<sup>122</sup>, con la legge costituzionale n. 99-49 del 25 gennaio 1999, si amplia la portata dell'articolo 88-2, arrivando ad autorizzare la definizione a livello europeo di tutte «le regole relative alla libera circolazione delle persone e agli ambiti ad essa connessi». Allo stesso modo, la sentenza n. 2004-505 DC del 19 novembre 2004 sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa<sup>123</sup> rileva dei profili di incostituzionalità legati non solo e non

---

<sup>121</sup> Per uno studio comparato sulle c.d. clausole europee nelle Costituzioni degli Stati membri dell'Unione europea v. M. CLAES, *Le "clausole europee" nelle costituzioni nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2005, pp. 283-320.

<sup>122</sup> CC, decisione n. 97-394 DC del 31 dicembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, su cui, tra i molti, F. LUCHAIRE, *Le traité d'Amsterdam et la Constitution*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2, 1998, pp. 331-350.

<sup>123</sup> CC, decisione n. 2004-505 DC del 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, su cui si segnalano, tra le molte, le seguenti note: J. ROUX, *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1, 2005, pp. 59-110; H. LABAYLE, J-L. SAURON, *La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe*, in *Revue française de droit administratif*, 1, 2005, pp. 1-29; G. CARCASSONNE, *France Conseil constitutionnel on the European Constitutional Treaty. Decision of 19 november 2004, 2004-505 DC*, in *European Constitutional Law Review*, 1 (2), 2005, pp. 293-301; L.



tanto all'aumento degli spazi di competenza dell'Unione (come invece prevedevano i Trattati di Maastricht ed Amsterdam), ma alle modifiche sulle modalità di esercizio delle stesse legate al nuovo assetto istituzionale introdotto ed al loro impatto sull'equilibrio tra i poteri nell'ordinamento interno: prima del fallimento del processo di ratifica in seguito ai risultati del celebre referendum del 29 maggio 2005 con cui i cittadini francesi si sono opposti ad essa rendendo vana la stessa riforma costituzionale, il testo del Titolo XV è quindi modificato dalla legge costituzionale n. 2005-204 del 1 marzo 2005 in relazione all'introduzione del mandato di arresto europeo ed ai nuovi poteri riconosciuti all'Assemblea nazionale ed al Senato di segnalazione o ricorso per violazione del principio di sussidiarietà da parte di atti normativi europei e di opposizione all'adozione di revisioni dei Trattati con procedura semplificata, oltre a prevedere il referendum obbligatorio in caso di adesione all'Unione di un nuovo Stato. Infine, la "litania"<sup>124</sup> della revisione del Titolo XV in seguito alla decisione del Conseil constitutionnel sul Trattato è recitata anche in relazione al Trattato di Lisbona, in larga parte per le medesime motivazioni e i medesimi profili già richiamati per il Trattato costituzionale, di cui, come noto, il Trattato del 2007 ripropone ampiamente i contenuti<sup>125</sup>.

L'intensa e ripetuta attività del legislatore costituzionale, con il metodo della c.d. "*revision-adjonction*" delinea dunque una peculiarità del modello costituzionale francese di disciplina del processo di integrazione europea. Tuttavia, tale modello si espone ad alcune considerazioni critiche.

In primo luogo, si nota come l'approccio adottato dal Conseil constitutionnel e, conseguentemente, dal legislatore, non dia ragione della "specialità" costituzionale dei Trattati europei rispetto agli altri *engagements*. Infatti, l'introduzione in Costituzione a

---

FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (13<sup>e</sup> édition)*, Parigi, 2005, pp. 902-947.

<sup>124</sup> Come definita in X. MAGNON, *Le traité de Lisbonne devant le Conseil constitutionnel: non bis in idem?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2, 2008, p. 311.

<sup>125</sup> Si tratta, rispettivamente, della sentenza CC, decisione n. 2007-560 DC del 20 dicembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, e della legge costituzionale n. 2008-103, del 4 febbraio 2008.

partire dal 1992 di una apposita clausola autorizzativa all'articolo 88-1<sup>126</sup>, pur nella sua formulazione minimale, non ha comportato una modifica del parametro di valutazione del Conseil, finendo per avere una valenza esclusivamente retrospettiva, tanto che ad ogni nuovo Trattato sottoscritto la formula è aggiornata con la citazione dello stesso<sup>127</sup>. L'applicazione ai Trattati successivi degli stessi parametri di valutazione delle "clausole contrarie a norme della Costituzione" e soprattutto "condizioni essenziali di esercizio della sovranità" che sarebbero applicati a qualunque altro impegno internazionale neutralizza così la portata delle abilitazioni sopravvenute, e rende l'articolo 88-1 una disposizione tautologica, che semplicemente autorizza la Repubblica a sottoscrivere dei trattati<sup>128</sup>, nonostante nel tempo si sia assistito ad un'evoluzione della considerazione della natura dell'Unione europea nella giurisprudenza del Conseil, da semplice organizzazione internazionale a «ordinamento giuridico ... integrato all'ordinamento interno e distinto dall'ordinamento internazionale»<sup>129</sup>.

Legata alla mancata valorizzazione di una apertura generale e sistematica all'integrazione europea, è un'ulteriore problematica, che emerge proprio dal parametro di valutazione utilizzato per valutare la necessità di una revisione costituzionale autorizzatoria. Se, infatti, il controllo si basa sulle "condizioni essenziali di esercizio della sovranità nazionale", e dunque sulle basi stesse della natura dello Stato, dei poteri costituzionali e del loro esercizio, ed il legislatore costituzionale costantemente provvede, con revisione, ad autorizzare l'entrata in vigore del trattato che viola queste stesse basi, si crea un quadro paradossale in cui si certifica la rinuncia, a più riprese, del costituente a garantire la natura

---

<sup>126</sup> «La Repubblica partecipa all'Unione europea, costituita da Stati che hanno scelto liberamente di esercitare in comune alcune delle loro competenze [...]».

<sup>127</sup> Attualmente: «[...] in virtù del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, quali risultanti dal trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007», v. X. MAGNON, *Le Conseil constitutionnel, quel acteur européen? Autour des articles 54, 55, 61 et 61-1 de la Constitution*, in H. GAUDIN, *La Constitution européenne de la France*, Parigi, 2017, p. 15.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> Cons. 8 della decisione n. 2004-505 DC, v. T. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON, *Code constitutionnel*, cit., pp. 1169-1171. L'art. 88-1 riceverà una valorizzazione operativa e dogmatica in riferimento alla trasposizione delle direttive europee nell'ordinamento interno e il fondamento costituzionale di tale obbligazione, su cui ampiamente v. *infra* par. 4).

stessa dello Stato che sulla Costituzione si fonda, con un effetto di banalizzazione. A fronte di questo, già all'indomani della sentenza Maastricht I, in dottrina si scorgeva l'emergere di una "Costituzione duale", una legata ad un concetto tradizionale di sovranità statale, e l'altra informata ad una concezione di sovranità condivisa in un sistema quasi-federale<sup>130</sup>.

Infine, il rischio di banalizzazione è sollevato anche in relazione all'esercizio stesso del potere costituente. Un utilizzo così frequente e frammentario della revisione costituzionale, usata persino per sistemazioni puramente semantiche (come il passaggio dal riferimento alle Comunità all'indicazione della sola Unione europea) o per mero aggiornamento dei riferimenti normativi ai Trattati di volta in volta conclusi, non può che sminuire, simbolicamente, l'esercizio di tale funzione, oltre a degradare la qualità intrinseca del *drafting* della norma costituzionale<sup>131</sup>.

### **3.2 La supremazia del diritto internazionale sul diritto interno, tra convenzionalità e costituzionalità**

La seconda disposizione costituzionale che definisce lo statuto del diritto internazionale ed europeo nell'ordinamento francese è l'articolo 55, che assegna un carattere sovralegislativo alle norme internazionali, stabilendo che «i trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, una volta pubblicati, efficacia superiore a quella delle leggi, con riserva, per ciascuno accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra Parte». In tal modo, esso si inserisce pienamente nella già esposta tradizione monista francese, anche se il modello dell'adattamento automatico dell'ordinamento

---

<sup>130</sup> L. FAVOREU, *Le controle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du droit constitutionnel international*, in *Revue générale de droit international public*, 97, 1993, p. 49, come citato in C. SORBELLO, *Profili costituzionali dell'integrazione europea multilivello. Le esperienze di Francia e Italia*, tesi di dottorato in Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo ed internazionale, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, 2016, p. 44.

<sup>131</sup> P. MBONGO, *La banalisation du pouvoir de révision*, in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2508; L. GUILLOD, *Révision constitutionnelle et intégration européenne, l'insoutenable légèreté de la Constitution*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2, 2009, p. 401.

interno a quello internazionale è attenuato dalla funzione di filtro del controllo preventivo di costituzionalità degli accordi disposto dall'articolo 54<sup>132</sup>.

L'attestazione di tale grado di superiorità impone, nella genericità del testo costituzionale, di stabilire in quali forme e ad opera di quale giurisdizione essa possa essere garantita e implementata.

Nei primi anni di vigenza della Costituzione, la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato, corti apicali delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa, rifiutavano di dare esecuzione all'articolo 55, applicando la tradizionale giurisprudenza cd. *Matter*, che stabiliva la superiorità della legge nazionale su trattati internazionali precedentemente ratificati in ragione del criterio cronologico di risoluzione delle antinomie, e basandosi sull'ulteriore constatazione secondo la quale stabilire la superiorità di una norma di diritto internazionale su una norma interna equivaleva ad esercitare *de facto* uno scrutinio di costituzionalità della stessa, funzione riservata al *Conseil constitutionnel* in sede di sindacato (allora) preventivo, in ossequio alla tradizionale deferenza giurisdizionale nei confronti del potere legislativo e della legge, quale espressione della volontà generale dei cittadini<sup>133</sup>. Di fronte a ciò, come scontato, è in seguito all'intervento del Conseil Constitutionnel che i rapporti tra articolo 55 e controllo di costituzionalità sono stati chiariti, e la superiorità del diritto internazionale sulle norme interne ha potuto essere messa in opera.

Alla prima occasione utile infatti, il Conseil, chiamato a valutare preventivamente la costituzionalità della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza in riferimento all'articolo 2 della Cedu, ratificata dalla Francia il 3 maggio 1974<sup>134</sup>, si dichiara

---

<sup>132</sup> L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, p. 80.

<sup>133</sup> A. DERRIEN, *Les juges français de la constitutionnalité: étude sur la construction d'un système contentieux: Conseil Constitutionnel, Conseil d'État, Cour de Cassation: trois juges pour une norme*, Bruxelles, 2003, pp. 90 e ss.

<sup>134</sup> In particolare, la *saisine parlementaire* ipotizzava che la facoltà di interruzione della gravidanza durante le prime dieci settimane, senza condizioni se non formali, contrastasse con il diritto alla vita di ogni persona protetto, appunto dall'art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali.

incompetente a giudicare la conformità di una legge ad un trattato internazionale, individuando una distinzione netta tra controllo di convenzionalità e controllo di costituzionalità, il solo ad esso affidato dall'articolo 61 della Costituzione<sup>135</sup>. Tale dualismo si basa sulla differente natura delle due tipologie di controllo: se lo scrutinio preventivo di costituzionalità ha carattere assoluto e definitivo, impedendo, qualora sia riscontrata un'illegittimità, che la norma *de quo* entri in vigore, e agendo dunque sulla validità delle norme, la superiorità dei trattati internazionali sul diritto interno ha natura relativa e contingente, poiché essa è limitata al campo di applicazione del trattato stesso e subordinata alla clausola di reciprocità, oltreché alla sua effettiva vigenza, operando quindi sulla applicabilità delle norme<sup>136</sup>. Pertanto, giacché una legge contraria ad un trattato non è, solo per questo, incostituzionale<sup>137</sup>, è compito delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa eseguire il controllo di convenzionalità ed eventualmente disapplicare le norme di legge, anche successive, che non si conformano al diritto internazionale, la cui armonia con l'ordinamento costituzionale è garantita e presidiata dal controllo preventivo di cui all'articolo 54<sup>138</sup>. Si istituisce, così, uno strumento per dare applicazione alla superiorità gerarchica del diritto internazionale, che tuttavia, come confermato dalla giurisprudenza di Consiglio di Stato (sent. *Sarran* del 30 ottobre 1998) e Corte di Cassazione (sent. *Fraisse* del 2 giugno 2000), rimane subordinato alle disposizioni della

---

<sup>135</sup> CC, decisione n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, su cui si segnalano, tra le molte le seguenti note: L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions*, cit., pp. 303-333; D. NGUYÈN QUÔC, *Note sous décision n° 74-54 DC*, in *Annuaire français de droit international*, 21, 1975, p. 859; G. CARCASSONNE, *Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975?*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 7, 1999, pp. 93-100; B. GENEVOIS, *Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975?*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 7, 1999, pp. 101-108.

<sup>136</sup> Cons. 4. La distinzione tra rapporti di *validità*, che caratterizzano il controllo di costituzionalità, e rapporti di *applicabilità*, nel controllo di convenzionalità, è tratta da C. GREWE, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : à la recherche d'une frontière introuvable*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 4, 2014, p. 967.

<sup>137</sup> Cons. 5.

<sup>138</sup> Secondo la ricostruzione di M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil constitutionnel e le corti europee*, cit., p. 336, il principio di primato del diritto internazionale sul diritto interno di cui all'art. 55 rappresenterebbe il corollario logico-giuridico della necessaria compatibilità costituzionale dei trattati, stabilita dall'art. 54.

Costituzione, che ne rappresenta il fondamento ed è posta «*au sommet de l'ordre juridique interne*»<sup>139</sup>.

Il sistema binario dei controlli sulle leggi inaugurato dalla giurisprudenza IVG e accolto da Corte di Cassazione e Consiglio di Stato con le sentenze *Café de Vabres* (Cass., 24 maggio 1975) e *Nicolo* (Cons. St., 20 ottobre 1989), sembrava rispondere, almeno fino alla riforma costituzionale del 2008, ad una logica di armonia dell'ordinamento costituzionale, che vedeva in tal modo colmate le proprie lacune a tutela della piena applicazione dello Stato di diritto<sup>140</sup>. Infatti, in particolare in riferimento ai diritti fondamentali, il controllo successivo di convenzionalità, che vede la Cedu in posizione centrale quale parametro di validità (*rectius* di applicabilità) delle leggi, offriva, in assenza di un controllo di costituzionalità *a posteriori*, una garanzia effettiva e più estesa per il rispetto delle posizioni individuali dei cittadini, dando la possibilità di una diretta applicazione della Convenzione<sup>141</sup>. Tuttavia, se dal piano concreto delle garanzie al cittadino si sposta l'attenzione sulla ricostruzione dei rapporti tra fonti e tra giurisdizioni, è evidente come questa soluzione potesse comportare delle potenziali sovrapposizioni e carenze di coordinamento, sia relativamente all'azione delle giurisdizioni comuni interne, sia relativamente ai rapporti con le decisioni e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Così, tale sistema non evitava che una norma che avesse superato indenne lo scrutinio preventivo di costituzionalità potesse essere successivamente censurata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo o dichiarata inapplicabile dai giudici ordinari o amministrativi in sede di controllo di convenzionalità, magari alla luce del medesimo

---

<sup>139</sup> Cons. 10 della decisione n. 2004-505 DC sul Trattato costituzionale dell'Unione europea. Il diritto internazionale ha quindi un carattere di *superlegalité* e non di *supraconstitutionnalité* (v. ancora M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil constitutionnel e le corti europee*, cit., p. 336), ed è la Costituzione stessa a definirne lo statuto, avendo portata *costitutiva* e non *dichiarativa* (v. X. MAGNON, *Le Conseil constitutionnel, quel acteur européen?*, cit., p. 3).

<sup>140</sup> M. GUERRINI, *L'identità costituzionale de la France*, cit., p. 27-28.

<sup>141</sup> L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., p. 235. Alla luce di ciò parte della dottrina arriva ad affermare la natura sostanzialmente costituzionale del controllo di convenzionalità, il cui parametro (in particolare per la tutela dei diritti fondamentali), gli effetti e la portata sono assimilabili al controllo riservato al Conseil ai sensi dell'art. 61, O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Parigi, 2007, p. 322.

parametro, ricavato ora dal *bloc de constitutionnalité*, ora dalla Convenzione, con il risultato che le valutazioni compiute dal Conseil potessero essere disattese e la conseguenza paradossale di vedere l'atto che si assume vertice dell'ordinamento e abilitatore della posizione gerarchica del diritto internazionale pattizio (la Costituzione) meno garantito di quest'ultimo e meno centrale nel sistema di tutela dei diritti fondamentali<sup>142</sup>.

Con la riforma costituzionale del 2008 e l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), e dunque di uno strumento di sindacato di costituzionalità *a posteriori* espressamente dettato per i casi di violazione di diritti e libertà fondamentali<sup>143</sup>, che rappresentano, come già sottolineato, il dominio precipuo del controllo di convenzionalità, le sovrapposizioni tra le due tipologie di controllo effettuato dal Conseil constitutionnel e dalle giurisdizioni ordinaria e amministrativa sono divenute inevitabili. Nel definire l'operatività della QPC il legislatore francese, con la legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009, ha tentato di dare un ordine alla materia, imponendo che, qualora in un procedimento si contesti la conformità di una disposizione legislativa, da una parte, ai diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione, e dall'altra agli impegni internazionali della Francia, i giudici debbano prioritariamente pronunciarsi sul rinvio della questione di costituzionalità al Conseil<sup>144</sup>.

Tuttavia, la qualificazione del nuovo controllo di costituzionalità *a posteriori* come prioritario rispetto al controllo del rispetto degli *engagements* internazionali, anche ad un primo sguardo, si pone come problematica rispetto all'attuazione del principio del primato del diritto dell'Unione europea a partire dalla sent. *Simmenthal* (C-70/77) con

---

<sup>142</sup> Sul tema v. *amplius* L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., pp. 233-241.

<sup>143</sup> Art. 61-1: «Qualora, in occasione di un procedimento in corso dinanzi ad una giurisdizione, si sostenga che una disposizione di legge porti pregiudizio ai diritti e alle libertà garantiti dalla Costituzione, il Consiglio costituzionale può essere investito di tale questione su rinvio del Consiglio di Stato o della Corte di cassazione, che si pronuncia entro un termine stabilito».

<sup>144</sup> Artt. 23-2 e 23-5 della legge organica n. 58-1067 del 7 novembre 1958 come introdotti dalla legge organica n. 2009-1523.

tutti i suoi corollari<sup>145</sup>. Proprio a tale proposito, nei mesi successivi alla definizione di tali novità istituzionali, la Corte di cassazione, anche per questioni “strategiche” di difesa della propria posizione centrale nel sistema di tutela dei diritti dei cittadini, messa in discussione dal nuovo controllo di costituzionalità posto in capo al Conseil<sup>146</sup>, ha sollevato, attraverso un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea ai sensi dell’articolo 267 del TFUE, delle questioni interpretative che, coinvolgendo nel volgere di breve tempo anche il Conseil constitutionnel, hanno dato occasione non solo di chiarire i rapporti tra QPC, controllo di convenzionalità e diritto dell’Unione, ma anche di vedere inscenato quasi paradigmaticamente, nel triangolo tra Lussemburgo, rue Montpensier e il Palais de Justice, quel dialogo tra corti che rappresenta uno dei tratti caratteristici del costituzionalismo multilivello nello spazio europeo.

Nel rinvio pregiudiziale (Cass., 16 aprile 2010) che rappresenta il primo atto della vicenda *Melki e Abdeli* - dai nomi dei due cittadini coinvolti nel procedimento *a quo* e oggetto di un provvedimento di limitazione della libertà personale nell’ambito del controllo di frontiere intra-UE asseritamente contrario al regime della libertà di circolazione assicurato dal diritto dell’Unione - la Cassazione si rivolge alla Corte di giustizia affinché si pronunci sulla legittimità ai sensi del diritto europeo della clausola di priorità del controllo di costituzionalità previsto dalla legge organica n. 2009-1523. La posizione della Corte si basa su un doppio assunto. In primo luogo, si afferma che, stante la costituzionalizzazione della partecipazione della Francia all’Unione ai sensi dell’articolo 81-1 Cost., la violazione di norme di diritto europeo comporterebbe una illegittimità costituzionale indiretta, rientrando quindi nell’ambito della QPC, che diventerebbe strumento per disporre il controllo di convenzionalità. In secondo luogo, si ipotizza che la disposizione che impone la priorità del controllo di costituzionalità violi l’articolo 267 TFUE, in quanto impedirebbe alla Corte di Cassazione stessa di proporre un rinvio

---

<sup>145</sup> F. LAFFAILLE, *L’ordre constitutionnel français et l’ordre constitutionnel UE. Guerre des constitutions, guerre des juges?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2017, p. 11.

<sup>146</sup> F. FABBRINI, *Pregiudizialità costituzionale: la riforma francese è contraria al diritto dell’Unione europea?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2010, p. 383.



pregiudiziale alla Corte di giustizia tanto *prima* del giudizio di costituzionalità, stante la necessità di adire prioritariamente il Conseil, quanto *dopo* tale giudizio, in ragione dell'obbligo per tutte le autorità amministrative e giurisdizionali di dare esecuzione alle decisioni di costituzionalità, non essendo prevista, come ovvio, alcuna forma di ricorso contro di esse (art. 62 Cost.).

Prima che la Corte di giustizia si esprima, solo un mese dopo il rinvio della Cassazione, il Conseil constitutionnel provvede a replicare alle osservazioni di quest'ultima, respingendole, in un passaggio di una decisione nell'ambito di un giudizio preventivo. Con la sentenza n. 2010-605 DC<sup>147</sup> il Conseil conferma in toto la giurisprudenza IVG<sup>148</sup>, riaffermando, anche con riferimento alla nuova QPC, la distinzione tra controllo di costituzionalità (preventivo o successivo che sia), di propria competenza, e controllo di convenzionalità, di competenza delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa, ribadendo, dunque, che l'incompatibilità di una norma con il diritto internazionale o europeo non deve essere considerata, per ciò solo, un vizio di legittimità costituzionale (cons. 11) e che, nonostante il riconoscimento dell'articolo 81-1 e l'introduzione della QPC, rimane estranea alle proprie competenze la valutazione della compatibilità di atti legislativi con gli impegni europei della Francia (cons. 16). D'altra parte, i *sages*, con una sorta di *interpretatio abrogans*<sup>149</sup>, smussano le questioni più spigolose in rapporto al diritto dell'Unione e alla Corte di giustizia, affermando che le disposizioni della legge organica non devono rappresentare un ostacolo all'esercizio del controllo di convenzionalità: i giudici ordinari e amministrativi conservano anche dopo l'eventuale QPC la piena facoltà di disapplicare nel caso concreto le norme che si rivelassero contrarie al diritto dell'Unione europea, attuando dunque tutte le misure necessarie a garantire la piena

---

<sup>147</sup> CC, decisione n. 2010-605 DC del 12 maggio 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence e à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

<sup>148</sup> T. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON, *Code constitutionnel*, cit., pp. 898-899.

<sup>149</sup> F. FABBRINI, *Sulla «legittimità comunitaria» del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2010, p. 841.

efficacia del diritto europeo (cons. 14), e di sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo (cons. 15)<sup>150</sup>.

Così, quando la Corte di giustizia è chiamata a pronunciarsi sul rinvio della Cassazione (cause riunite C-188/10 e C-189/10, 22 giugno 2010), non può che tenere conto della pronuncia del Conseil. Nella sentenza la Corte richiama lungamente gli obblighi degli Stati membri, la giurisprudenza *Simmenthal* e il ruolo centrale del rinvio pregiudiziale ex articolo 267 TFUE per l'intera architettura giurisdizionale comunitaria, che comporta l'impossibilità che il sistema di controllo interno di costituzionalità delle leggi pregiudichi la facoltà delle giurisdizioni nazionali di adire la Corte di giustizia e garantire l'efficacia diretta del diritto europeo<sup>151</sup>. Tuttavia, dopo aver preso atto che Cassazione e Conseil hanno espresso due posizioni differenti sul punto, nel dispositivo la Corte di giustizia applica un doveroso *self-restraint* e, riprendendo in parte proprio quanto affermato dal Conseil nella decisione n. 2010-605, statuisce la compatibilità con l'articolo 267 TFUE del carattere prioritario di un controllo incidentale di costituzionalità, a patto che tale meccanismo consenta agli organi giurisdizionali di sollevare qualunque questione pregiudiziale, di garantire la tutela provvisoria ai diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione e di disapplicare le disposizioni nazionali eventualmente contrarie al diritto europeo, lasciando al giudice nazionale il compito di verificare la possibilità di interpretare la normativa francese conformemente a tali precetti<sup>152</sup>.

La *querelle* del caso *Melki-Abdeli*, oltre a rappresentare, come ricordato, un esempio delle dinamiche che si instaurano tra diverse corti apicali nello spazio europeo, ha dunque consentito di chiarire le questioni procedurali più critiche nel coordinamento tra ordinamento dell'Unione e nuovo controllo successivo di costituzionalità. Rimane però

---

<sup>150</sup> S. BENVENUTI, *La via francese alla giustizia costituzionale.*, cit., pp. 211-212.

<sup>151</sup> F. FABBRINI, *Sulla «legittimità comunitaria» del nuovo modello di giustizia costituzionale francese*, cit., pp. 841-842.

<sup>152</sup> S. BENVENUTI, *La via francese alla giustizia costituzionale.*, cit., p. 213. Sulla vicenda *Melki e Abdeli* si v. anche la nota di L. FABIANO, *L'eccezione "prioritaria" di costituzionalità francese deve cedere il passo alla pregiudizialità comunitaria: la pronuncia Melki-Abdeli della Corte di giustizia*, in *DPCE Online*, 4, 2010.

aperto il tema del rapporto concettuale tra convenzionalità e costituzionalità nell'ordinamento interno. Se è chiara la scelta del Conseil di confermare la giurisprudenza IVG e la distinzione netta tra i due domini di controllo, è altrettanto evidente che tale distinzione, che poteva assumere una funzione di armonizzazione dell'ordinamento ai fini della protezione dei diritti degli individui, con le nuove attribuzioni del giudice di legittimità costituzionale, contribuisce ad alimentare una visione di concorrenzialità tra diritti costituzionali e diritti "europei" (garantiti cioè dalla CEDU e dall'ordinamento dell'Unione), che conoscono due diversi canali di tutela. In assenza di una concezione generale unitaria dei diritti e delle libertà fondamentali da parte del Conseil, che fatica a porsi al centro del sistema di tutela, la QPC, che pure rappresenta un prezioso strumento aggiuntivo per i singoli, difficilmente contribuirà ad un sistema armonioso perpetuando la separazione degli strumenti e moltiplicando le occasioni di sovrapposizione e tensione<sup>153</sup>.

D'altronde, se si approfondisce il contesto della riforma costituzionale del 2008, la stessa introduzione del controllo incidentale di costituzionalità sembra ispirata, tra le altre cose, dalla volontà di riappropriazione della centralità di valori e specificità costituzionali francesi<sup>154</sup>, con una nuova percezione dei rapporti tra diritto costituzionale e diritto convenzionale, che rappresenta il contesto istituzionale e concettuale che, nella medesima fase storica, ha dato vita all'emersione, nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel,

---

<sup>153</sup> C. GREWE, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité*, cit., pp. 965-970. Sulla necessità di una armonizzazione tra controllo di costituzionalità e controllo di convenzionalità e sulle potenzialità in questo senso della QPC si v. T. RENOUX, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *La Costituzione Francese*, Torino, 2009, pp. 267-278.

<sup>154</sup> M. GUERRINI, *L'identità costituzionale de la France*, cit., pp. 28-29 riporta, a sostegno di tale affermazione, i contenuti della lettera di missione (18 luglio 2007) dell'allora Presidente della Repubblica Nicolas Sarkozy a Eduard Balladour, chiamato a presiedere il Comitato di riflessione e proposta sulla modernizzazione e il riequilibrio delle istituzioni della Quinta Repubblica, che avrebbe predisposto la bozza della riforma costituzionale dell'anno successivo, ed il rapporto predisposto nell'ambito dell'approvazione della legge organica n. 2009-1523 da J.L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, p. 17.

dell'identità costituzionale francese quale limite all'applicazione del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento interno.

#### **4. L'identità costituzionale della Francia**

Delineati per sommi capi i rapporti tra Costituzione e diritto internazionale ed europeo nell'ordinamento costituzionale francese, con l'armonia tra i due elementi assicurata dal rispetto delle condizioni essenziali di esercizio della sovranità oggetto di controllo preventivo ex articolo 54 e dalla posizione gerarchicamente sovraordinata del diritto esterno sul diritto interno stabilita dall'articolo 55, lo studio non può che proseguire con un'analisi della prassi giurisprudenziale di tutela dell'identità costituzionale quale limite all'applicazione e al primato del diritto europeo elaborata dal Conseil constitutionnel in riferimento al diritto derivato dell'Unione europea.

##### **4.1 L'emersione di limiti costituzionali all'integrazione europea nel rapporto tra diritto europeo e diritto interno: dalle norme espresse della Costituzione all'identità costituzionale**

Il regime dei regolamenti europei nell'ordinamento francese è pacifico. Essi infatti, essendo atti direttamente applicabili emanati dalle istituzioni europee, sono da considerarsi come conseguenza diretta degli impegni internazionali sottoscritti dalla Francia e, in quanto attuativi dei trasferimenti di competenze scrutinati preventivamente in forza dell'articolo 54, rientrano a pieno titolo, come parametri, nel campo di applicazione del controllo di convenzionalità, cosicché, come noto, le eventuali antinomie sono risolte dalle giurisdizioni procedenti disapplicando la norma interna adottata in violazione di regolamenti<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> «Les répercussions de la répartition des compétences ainsi opérée entre les institutions communautaires et les autorités nationales ... ne sont que la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la

Più complessa, implicando un intervento normativo a livello statale, è la condizione delle direttive europee la cui definizione ha dato origine alla giurisprudenza oggetto della presente analisi.

Nel caso di recepimento delle direttive per via legislativa (sul recepimento nel c.d. *domaine réglementaire* v. *infra* par. 4.3) gli atti normativi adottati possono, da un punto di vista formale, essere sottoposti al giudizio di costituzionalità del Conseil, originariamente solo *a priori* e successivamente anche *a posteriori* nel caso di violazione di diritti e libertà costituzionali. Da un punto di vista ordinamentale si pongono quindi due necessità generali.

In primo luogo, vi è la necessità di garantire il rispetto degli obblighi internazionali della Francia, vale a dire, in questo caso, assicurare che le leggi di trasposizione rispettino effettivamente la direttiva che sono chiamate ad attuare, anche se questo, a rigor di logica, rappresenterebbe un controllo di convenzionalità e non di costituzionalità della legge. In secondo luogo, emerge il rischio che un giudizio di costituzionalità di una norma di trasposizione comporti in concreto un controllo indiretto di costituzionalità della direttiva stessa, che contrasterebbe tanto con i principi del primato ed effetto utile del diritto dell'Unione, come imposti dall'ordinamento europeo, quanto con la presunzione di costituzionalità degli impegni internazionali (e delle loro conseguenze, quale è da considerarsi il diritto derivato, come espressione dell'esercizio delle competenze trasferite all'Unione, v. *supra*) già oggetto di controllo ex articolo 54.

La definizione della cornice dogmatica e applicativa di tali problematiche è avvenuta ad opera del Conseil constitutionnel a partire dalla decisione c.d. *confiance dans l'économie*

---

*France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution*», cons. 4, CC, decisione n. 77-90 DC del 30 dicembre 1977, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, son article 6.*

*numerique*, n. 2004-496 del 10 giugno 2004, seguita a breve distanza da altre tre sentenze “gemelle”<sup>156</sup>.

Al di là del merito delle norme oggetto di *saisine*, la sentenza in provvede, per la prima volta, ad una valorizzazione operativa dell’articolo 88-1 della Costituzione, affermando, al considerando n. 7, che la partecipazione della Francia all’Unione europea, come consacrata da tale articolo, comporta un’esigenza costituzionale di trasposizione nel diritto interno delle direttive europee. L’obbligazione, per il legislatore, di dare seguito alle direttive europee discende perciò dalla Costituzione e non più esclusivamente dagli impegni internazionali sottoscritti dalla Repubblica.

In conseguenza di tale “copertura costituzionale”<sup>157</sup> il Conseil rifiuta di operare un controllo di costituzionalità delle leggi di trasposizione, delineando una immunità costituzionale per le leggi che si limitano a «trarre le conseguenze necessarie di disposizioni incondizionate e precise» delle direttive (cons. 9). In tal modo non si dà luogo a un controllo indiretto di costituzionalità delle direttive, ed il Conseil, conformandosi alla giurisprudenza c.d. *Foto-Frost* della Corte di giustizia dell’Unione<sup>158</sup>, riconosce esplicitamente la competenza esclusiva del giudice comunitario, eventualmente adito con rinvio pregiudiziale, a controllare il rispetto, da parte di una direttiva, del riparto di competenze stabilito dai Trattati e dei diritti individuali da essi riconosciuti (cons. 7). È chiaro, d’altra parte, che qualora la trasposizione non abbia la natura diretta e necessitata sopra descritta, il controllo di costituzionalità sarebbe pieno.

Allo stesso tempo, proprio in ragione dell’esigenza costituzionale espressa dall’articolo 88-1 in riferimento alle norme di trasposizione, il Conseil apre ad un controllo “di buona

---

<sup>156</sup> CC, decisione n. 2004-496 DC del 10 giugno 2004, *Loi pour la confiance dans l’économie numérique*; n. 2004-497 DC del 1 luglio 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*; n. 2004-498 DC del 29 luglio 2004, *Loi relative à la bioéthique*; n. 2004-499 DC del 29 luglio 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l’égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés*.

<sup>157</sup> X. MAGNON, *Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel: entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire*, in *Europe*, 8, 2004, p. 6.

<sup>158</sup> CGUE, sent. del 22 ottobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Luebeck-Ost*, C-314/85.

trasposizione”, con la direttiva a fungere da parametro interposto<sup>159</sup>. Come si evince dalla prima sentenza in cui il Conseil ha dichiarato incostituzionali alcune disposizioni ad esso sottoposte per violazione dell’obbligo di trasposizione<sup>160</sup>, tale controllo è però limitato alla censura dell’incompatibilità manifesta delle leggi con la direttiva di riferimento. Questa imposizione è dettata dal fatto che nel giudizio *a priori* il Conseil è tenuto a pronunciarsi inderogabilmente entro il termine di un mese (ai sensi dell’articolo 61 Cost.) e, qualora vi fossero dei dubbi sulla portata della direttiva, non vi sarebbe il tempo di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (cons. 7, dec. n. 2006-543)<sup>161</sup>. Nell’ambito, invece, di una QPC non sembra operare questo limite, tanto che, nel 2013, proprio per verificare la corrispondenza di alcune norme procedurali dettate in relazione al Mandato di Arresto Europeo alla direttiva di riferimento, si è assistito al primo storico rinvio pregiudiziale ad opera del Conseil constitutionnel<sup>162</sup>. La sentenza n. 2004-496 DC delinea così una eccezione di stretta interpretazione della giurisprudenza IVG<sup>163</sup>, in quanto sussistono due profili attraverso cui il Conseil verifica la corrispondenza tra leggi di trasposizione e direttiva, procedendo *de facto* ad un controllo di convenzionalità: in primo luogo per verificare se la legge si limita ad una trasposizione necessitata, identificando quindi quali parti della legge rientrino nella copertura dell’articolo 88-1, ed in secondo luogo per verificare se le disposizioni siano manifestamente incompatibili con la direttiva stessa.

---

<sup>159</sup> M. QUESNEL, *La protection de l’identité constitutionnelle de la France*, Parigi, 2015, p. 55.

<sup>160</sup> CC, decisione n. 2006-543 DC del 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l’énergie*.

<sup>161</sup> L’eventuale pronuncia del Conseil sull’assenza di “errore manifesto di trasposizione” non pregiudica comunque la facoltà per le giurisdizioni nazionali di procedere successivamente a controllo di convenzionalità delle norme e di sottoporre eventualmente una questione pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, v. Commentario ufficiale della dec. n. 2006-543 DC, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 22, 2006, p. 2.

<sup>162</sup> CC, decisione n. 2013-314 QPC del 14 giugno 2013, *M. Jeremy F.*, su cui si v. J. ROUX, *Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice et conjonction de dialogues des juges autour du mandat d’arrêt européen*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 3, 2013, pp. 531-557 e F.-X. MILLET, N. PERLO, *The First Preliminary Reference of the French Constitutional Court to the CJEU: Révolution de Palais or Revolution in French Constitutional Law?*, in *German Law Journal*, 6, 16, 2015, pp. 1471-1490.

<sup>163</sup> X. MAGNON, *La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois: une exception d’interprétation stricte à la jurisprudence IVG*, in *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 2878-2882.

Di fronte alla affermazione dell'immunità costituzionale delle leggi di trasposizione e delle direttive stesse, il Conseil sente tuttavia la necessità di porre dei limiti a tutela di una terza necessità sistemica: la garanzia della supremazia della Costituzione nell'ordinamento interno. Emerge così una riserva di costituzionalità, un limite alla applicabilità (*rectius* alla trasposizione) delle direttive nell'ordinamento francese: non si esercita il controllo di costituzionalità sulle leggi di trasposizione necessitata salvo che vi sia contrarietà a disposizioni espresse della Costituzione<sup>164</sup>. Tale clausola sembra quindi riferirsi, stando al commentario ufficiale della decisione, ad un enunciato costituzionale esplicito, ricompreso nel *bloc de constitutionnalité*, escludendo ricostruzioni giurisprudenziali<sup>165</sup> e riconoscendo così la tutela della riserva a quelle esigenze e diritti costituzionali frutto di una volontà precisa ed espressa del potere costituente<sup>166</sup>. Tuttavia, la formulazione poco chiara della clausola comportava alcune incertezze tanto rispetto alla configurabilità di una distinzione tra norme di valore costituzionale testuali e giurisprudenziali, quanto all'effettiva portata della riserva, anche alla luce del fatto che la stessa Costituzione contiene disposizioni chiaramente ed espressamente dirette ad autorizzare l'esercizio delle competenze dell'Unione europea<sup>167</sup>.

Un primo, indiretto, arricchimento del significato di questa prima formulazione di limiti costituzionali all'applicazione del diritto europeo, discende dalla decisione "gemella" n. 2004-498 DC (*Loi sur la bioéthique*). In essa, infatti, il Conseil riprende la medesima formulazione introdotta con la dec. 2004-496 DC (cons. 4), ma, in altro passaggio, nel verificare il rispetto della riserva, sottolinea come le libertà invocate come parametro del giudizio di costituzionalità, nel caso concreto la libertà di espressione, siano «ugualmente protette» nell'ordinamento europeo (cons. 6). In tal modo si esplicita un legame tra

---

<sup>164</sup> Il cons. 7 della dec. n. 2004-496 DC recita infatti: «la trasposizione in diritto interno di una direttiva comunitaria deriva da una esigenza costituzionale *alla quale non si potrà porre ostacolo se non in ragione di una disposizione espressa contraria della Costituzione*» (corsivo e trad. ns.).

<sup>165</sup> Commentario ufficiale della dec. 2004-496 DC, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 17, 2004, p. 6.

<sup>166</sup> B. MATHIEU, *Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales*, Recueil Dalloz, 2004, p. 1740.

<sup>167</sup> M. GUERRINI, *L'identità costituzionale de la France*, cit., pp. 65-67 e dottrina *ivi* citata.



protezione equivalente dei diritti e delle libertà fondamentali e limiti all'integrazione europea, in base al quale il controllo del rispetto della riserva di costituzionalità sarà attivato solo qualora l'ordinamento dell'Unione non tuteli le medesime posizioni individuali.

La definitiva maturazione<sup>168</sup> del concetto di limiti costituzionali alla trasposizione delle direttive avviene con la decisione n. 2006-540 DC<sup>169</sup>. Tale sentenza, che ha ad oggetto la trasposizione della direttiva 2001/29/CE sul diritto d'autore, mantiene il medesimo assetto delle precedenti, ricordando l'esigenza costituzionale di trasposizione delle direttive fondata sull'articolo 88-1 Cost. (cons. 17) e la competenza del Conseil a vigilare sul rispetto di tale esigenza costituzionale (cons. 19) censurando i casi di manifesta incompatibilità (cons. 20). Tuttavia, al cons. 18, i *sages*, nel dettare la riserva di costituzionalità, abbandonano la formula delle "disposizioni espresse della Costituzione", introducendo, prima corte in Europa ad utilizzare esplicitamente questo termine, il limite del rispetto dell'identità costituzionale francese da parte del diritto europeo: «la trasposizione di una direttiva non può contrastare con una regola o principio inerente all'identità costituzionale della Francia, salvo che il costituente lo abbia consentito».

#### **4.2 Statuto teorico e funzionale dell'*identité constitutionnelle de la France***

Con l'esplicito richiamo all'identità costituzionale e l'idea di un nucleo duro identitario della Costituzione, il Conseil constitutionnel "sacralizza" la riserva opposta all'applicazione del diritto europeo nell'ordinamento interno<sup>170</sup>, con una formula che è

---

<sup>168</sup> L'espressione è di M. BLANQUET, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, in H. GAUDIN (a cura di), *La Constitution européenne de la France*, Dalloz, Paris, 2017, p. 79.

<sup>169</sup> CC, decisione n. 2006-540 DC del 27 luglio 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

<sup>170</sup> H. LABAYLE, *L'identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l'Union européenne?*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017 p. 99.

stata, da lì in poi, costantemente riproposta, a testimonianza della stabilità del meccanismo inaugurato<sup>171</sup>.

L'espressione utilizzata dal Conseil, pur nella sua sinteticità, presenta tre diversi elementi che necessitano di analisi ed approfondimento ermeneutico.

In primo luogo, si nota come l'identità costituzionale si componga di «regole» e «principi» che le direttive europee sono chiamate inderogabilmente a rispettare. Considerando entrambe le categorie come potenziali componenti del nucleo duro costituzionale, la ricostruzione del Conseil supera la limitazione contenutistica imposta dalle «norme espresse della Costituzione» (v. *supra* par. 4.1), aprendo alla tutela tanto di disposizioni testuali esplicite quanto di principi fondamentali desunti e consacrati nella giurisprudenza costituzionale come parte dell'intero *bloc de constitutionnalité*<sup>172</sup>.

Il secondo, cruciale, elemento da chiarire è invece quello dell'inerenza, ovvero quali criteri si debbano applicare per considerare una regola o principio come parte della (inerente alla) identità costituzionale della Francia.

Un primo indizio su cosa sia da intendere come inerente all'identità costituzionale francese si ricava dal discorso augurale pronunciato davanti al Presidente della Repubblica dall'allora Presidente del Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud il 3 gennaio 2005, poco dopo aver inaugurato il controllo di costituzionalità delle direttive. Il giurista, in un passaggio a proposito del primato del diritto europeo afferma infatti che:

«il diritto comunitario ... prevale, in caso di conflitto, sulle nostre norme nazionali, comprese, generalmente, le nostre regole costituzionali. Ma no, il diritto europeo ... non può mettere in discussione ciò che è espressamente scritto nei nostri testi

---

<sup>171</sup> L'espressione "*identité constitutionnelle*" si trova in numerose sentenze, dodici in sede di controllo preventivo e sei QPC: 2006-540 DC, 2006-543 DC, 2008-564 DC, 2010-605 DC, 2010-79 QPC, 2011-631 DC, 2014-690 DC, 2014-373 QPC, 2014-694 DC, 2015-726 DC, 2015-727 DC, 2015-520 QPC, 2017-749 DC, 2018-765 DC, 2018-768 DC, 2018-750/751 QPC, 2019-810 QPC, 2019-818 QPC.

<sup>172</sup> Per una trattazione dogmatica della distinzione tra principi e regole nella filosofia del diritto si rinvia, tra i moltissimi, a R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

costituzionali e che ci è proprio. Mi riferisco a tutto ciò che è inerente alla nostra identità costituzionale, nel doppio significato del termine “inerente”: *cruciale e distintivo*. In altri termini: *l'essenziale della Repubblica*»<sup>173</sup>.

La dottrina, in particolare nella ricostruzione di Marc Guerrini<sup>174</sup>, comune anche a numerosi altri autori<sup>175</sup>, traduce ciò che Pierre Mazeaud chiama *cruciale e distintivo* in due criteri di riconoscimento delle regole e principi inerenti all'identità della Francia: la specificità e la fundamentalità.

Per quanto attiene alla specificità, essa deriva senz'altro dal retaggio della giurisprudenza precedente, ed in particolare la dec. 2004-498 (v. *supra* par. 4.1). Se da un punto di vista funzionale è innegabile la continuità della giurisprudenza *confiance dans l'économie numérique* con la successiva formulazione della riserva identitaria che ne rappresenta l'evoluzione, allora anche il contenuto dell'identità costituzionale tutelato sarà composto, come nel caso delle “norme espresse della Costituzione”, da quelle esigenze e diritti e libertà fondamentali che non trovano un corrispettivo nell'ordinamento dell'Unione europea, rappresentando una peculiarità specifica dell'ordinamento francese. Qualora, infatti, i medesimi obiettivi fossero tutelati anche a livello europeo, non vi sarebbe motivo di un intervento del giudice costituzionale, giacché resterebbe piena la competenza della Corte di giustizia a valutare la legittimità delle direttive e garantire il rispetto dei principi e regole condivisi dai due ordinamenti.

A tale ricostruzione contribuisce anche un'analisi del recepimento della nuova giurisprudenza “identitaria” del Conseil da parte del Consiglio di Stato. Pochi mesi dopo la sentenza 2006-540, infatti, la massima corte amministrativa era chiamata a valutare la

---

<sup>173</sup> Trad. e corsivo ns. Il testo completo del discorso si trova in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 18, 2005.

<sup>174</sup> M. GUERRINI, *L'identite constitutionnelle de la France*, cit.

<sup>175</sup> Si v. tra gli altri H. LABAYLE, *L'identité constitutionnelle de la France*, cit., pp. 102-108; M. BLANQUET, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, cit.; M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, cit.

legittimità di atti amministrativi di trasposizione di disposizioni incondizionate e precise di una direttiva europea, per asserita violazione, tra gli altri, del principio di uguaglianza<sup>176</sup>. Nella sentenza *Société Arcelor* dell'8 febbraio 2007, il Consiglio di Stato si ispira apertamente alla giurisprudenza costituzionale richiamando l'articolo 88-1 della Costituzione come fondamento dell'esigenza costituzionale di trasposizione delle direttive in diritto interno. I giudici amministrativi, però, con un approccio più pragmatico e con maggiore precisione<sup>177</sup>, non si riferiscono al rispetto dell'identità costituzionale, ma sostengono che, qualora si riscontri una violazione di un principio costituzionale da parte di atti di trasposizione necessitata, prima di effettuare il controllo di costituzionalità, che costituirebbe controllo indiretto della direttiva, sia necessario verificare se i principi costituzionali violati non siano parte anche del diritto dell'Unione e da questo garantiti. Nel caso in cui l'ordinamento europeo garantisca la protezione equivalente ed effettiva del diritto o principio in questione sarà la Corte di giustizia, adita con rinvio pregiudiziale, a verificare la legittimità della direttiva, come effettivamente avvenuto<sup>178</sup>, mentre il giudice nazionale conserva il proprio margine di intervento ove non vi sia garanzia di equivalenza di protezione nel diritto dell'Unione e, dunque, in ultima istanza, dove sussista una specificità costituzionale francese. In tal modo il Consiglio di Stato contribuisce alla definizione dell'operatività della riserva costituzionale identitaria, identificando uno spazio di controllo di costituzionalità degli atti di diritto derivato nel caso di violazione di principi costituzionali distintivi della Repubblica francese<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Si trattava, nel caso concreto, dell'applicazione del sistema di scambio delle quote di emissione di gas serra, di cui alla direttiva 2003/87/CE del 13 ottobre 2003.

<sup>177</sup> M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, cit., p. 65.

<sup>178</sup> CGUE, sent. del 16 dicembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri*, C-127/07.

<sup>179</sup> Sul ruolo del Consiglio di Stato nella definizione dell'identità costituzionale v. A. VIDAL-NAQUET, *Comment se forge l'identité constitutionnelle? Le rôle du législateur et du juge*, in *Revue générale de droit international public*, 3, 2014, pp. 517-539; per il rapporto tra giurisprudenza del Conseil constitutionnel e del Consiglio di Stato v. C. CHARPY, *Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Contribution à l'étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaire*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 3, 2009, pp. 621-647.

Il criterio di fundamentalità implica, invece, il fatto che vi siano principi o regole considerati particolarmente importanti, decisivi e non negoziabili per l'ordinamento costituzionale, e perciò debbano essere ricompresi nel perimetro dell'identità costituzionale della Repubblica. A ben vedere, oltre a rappresentare un elemento costante nella circolazione del concetto di identità costituzionale nei diversi ordinamenti europei (v. *supra* Cap. I), il riconoscere un particolare grado di rilevanza a determinati principi costituzionali si configura come premessa logica/cronologica del criterio di specificità<sup>180</sup>. Il controllo della protezione equivalente nell'ordinamento europeo, infatti, è attivato dopo aver considerato il principio o regola in questione meritevole di tutela superiore a quella della generalità del testo costituzionale. Contrariamente, si dovrebbe ammettere che qualunque disposizione di valore costituzionale potrebbe porre ostacolo insormontabile all'applicazione del diritto dell'Unione europea, qualora non riconosciuta anche da quell'ordinamento, ricostruzione paradossale che contrasterebbe con la "copertura costituzionale" assicurata alla partecipazione della Francia al processo di integrazione europea e al diritto europeo derivato. D'altra parte, in aggiunta, il fatto che il Consiglio di Stato nella sentenza *Société Arcelor* si inserisca nella cornice dogmatica e procedurale dettata dal Conseil constitutionnel per lo scrutinio delle direttive europee, ma, scegliendo uno strumento più adatto al proprio compito, si limiti a predisporre il controllo della specificità dei principi in questione senza citare l'identità, significa che quest'ultima come concepita dal Conseil debba avere qualcosa in più, ed essere composta da principi e regole che siano *anche* specifici, ma abbiano anche altra natura. Il riconoscimento stesso dell'identità costituzionale come nozione autonoma nella giurisprudenza costituzionale comporta l'idea che vi sia una distinzione tra diverse norme di valore costituzionale, e che ve ne siano alcuni che, data la loro fundamentalità, prevalgono nel bilanciamento con l'esigenza costituzionale di cui all'articolo 88-1 Cost.

La dottrina stessa, unanimamente, presuppone la fundamentalità delle norme inerenti all'identità della Francia, traendo, ad esempio, dalla clausola di limite alle revisioni

---

<sup>180</sup> E. DUBOUT, *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle*, cit., p. 456.

costituzionali di cui all'articolo 89 c. 5 (su cui v. *supra* par. 2), la considerazione secondo cui i principi identitari sono norme che definiscono il patto fondatore dell'ideale repubblicano, valori essenziali del costituzionalismo francese<sup>181</sup>, principi strutturali, dunque permanenti, che definiscono «non la nazione o la sua cultura, ma la Costituzione stessa della Francia»<sup>182</sup>.

Infine, in terzo luogo viene in esame il limite interno alla garanzia della riserva costituzionale identitaria dettato dal Conseil constitutionnel, ovvero la facoltà per il costituente di consentire la violazione di regole o principi inerenti all'identità francese da parte del diritto derivato europeo. Nonostante l'uso del termine "costituente" non chiarisca di per sé la questione, si deve ritenere che il potere di consentire tali deroghe sia da imputarsi non solo a un potere costituente originario di difficile definizione, ma evidentemente anche al legislatore in sede di revisione della costituzione (potere costituente derivato), anche se l'utilizzo di un verbo al passato («salvo che il costituente *lo abbia consentito*») sembra indicare la necessità che l'autorizzazione alla deroga si debba ritrovare in una disposizione di rango costituzionale precedentemente al sorgere dell'antinomia e alla decisione del Conseil a questo fine adito, più probabilmente all'interno della clausola europea del titolo XV<sup>183</sup>. A questo proposito risulta rilevante la già citata decisione *Jeremy F.* (2013-314 QPC), in cui erano oggetto di giudizio di costituzionalità alcune norme di trasposizione della disciplina europea del Mandato di Arresto Europeo (MAE). Nella sentenza, il Conseil non fa alcun riferimento allo scrutinio relativo al rispetto dell'identità costituzionale, procedendo esclusivamente a raffrontare le norme impugnate con la direttiva di riferimento e alla censura, in ragione della violazione di diritti fondamentali costituzionali, delle norme nazionali non direttamente da essa derivanti (cons. 5-11). Tale scelta è basata, infatti, sulla autorizzazione costituzionale contenuta all'articolo 88-2 Cost., in cui si dispone che la legge nazionale

---

<sup>181</sup> *Ivi*, p. 464.

<sup>182</sup> M. TROPER, *Identité constitutionnelle*, in B. MATHIEU (a cura di) *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Parigi, 2008, p. 130.

<sup>183</sup> M. BLANQUET, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, cit., p. 84.

dia applicazione alle norme europee relative al MAE, cosicché si deve ritenere che, in tale ambito, il limite dell'identità costituzionale non si applichi, in quanto il testo costituzione «ha consentito» specificamente l'ingresso della disciplina europea nell'ordinamento interno<sup>184</sup>.

Attraverso il riconoscimento di una libera facoltà del legislatore costituzionale di disporre dei contenuti dell'identità costituzionale autorizzando puntualmente o sistematicamente la sua violazione, si cementa la riserva costituzionale identitaria con la riserva delle condizioni essenziali di esercizio della sovranità presidiata dal Conseil nello scrutinio preventivo di cui all'articolo 54 Cost., creando un sistema complessivo di limiti costituzionali all'integrazione europea. L'attivazione della garanzia di entrambe le riserve, infatti, l'una opposta al diritto derivato ed in particolare alle direttive e caratterizzata da un contenuto "sostanziale", l'altra ostacolo alla conclusione di trattati, a garanzia di necessità istituzionali legate all'esercizio delle competenze, è in definitiva rimessa alla valutazione ultima del legislatore costituzionale, che è sovrano e, come stabilito sin dalla sentenza c.d. *Maastricht II* (v. *supra* par. 3.1), libero di disegnare i profili dell'integrazione europea della Repubblica francese, tanto preventivamente, accettando o meno limitazioni alle condizioni essenziali di esercizio della sovranità, quanto successivamente, ammettendo o meno deroghe a principi o regole fondamentali.

In tal modo la portata ed il contenuto dell'identità costituzionale francese sono relativizzati, ed il nucleo duro costituzionale rappresenta una barriera invalicabile da parte del diritto esterno, ma non dalla revisione costituzionale. Nonostante i tentativi in dottrina di identificare delle norme, principi, valori la cui deroga non potrebbe essere autorizzata neanche con legge costituzionale, a partire dalla salvaguardia della «forma repubblicana di Governo» di cui all'articolo 89 c. 5 Cost.<sup>185</sup>, permangono a questo proposito le criticità già esposte *supra* al par. 2, in particolare in riferimento all'assenza di adeguati strumenti di sanzione dell'eventuale violazione di questo limite.

---

<sup>184</sup> F.-X. MILLET, *Constitutional identity in France*, cit., p. 143.

<sup>185</sup> E. DUBOUT, *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle*, cit., p. 474.

### 4.3 L'applicazione concreta del limite dell'identità costituzionale

Chiarita la cornice concettuale della giurisprudenza del Conseil constitutionnel sulla tutela dell'identità costituzionale, giova tentare una sintetica presentazione della sua applicabilità, sia attuale che potenziale, di fronte alle possibili antinomie con il diritto dell'Unione europea, definendo meglio, dunque, anche l'ambito oggettivo di applicazione.

Come già descritto, l'elaborazione del Conseil a partire dalla sentenza 2006-540, è dettata in riferimento alle leggi di trasposizione delle direttive europee nell'ambito del controllo di costituzionalità *a priori*. Sulla base della giurisprudenza successiva, è pacifico che il controllo del rispetto dell'identità costituzionale possa essere attivato anche in occasione di una QPC, qualora la violazione dell'identità da parte delle norme di trasposizione necessitata si concretizzi in una violazione di un diritto o libertà costituzionale (cons. 3 dec. n. 2010-79 QPC<sup>186</sup>). Tuttavia, è bene considerare che, dato l'ambito di applicazione limitato del controllo di costituzionalità *a posteriori*, il Conseil constitutionnel non ha, in questa sede, la facoltà di verificare il rispetto dell'esigenza costituzionale di trasposizione, e dunque effettuare il controllo dell'incompatibilità manifesta della norma di trasposizione con la direttiva, poiché l'esigenza costituzionale di cui all'articolo 88-1 non rileva per diritti e libertà individuali (cons. 19 dec. n. 2010-605 DC<sup>187</sup>), cosicché si evidenzia l'autonomia concettuale e procedurale dei due controlli di "buona trasposizione" e di rispetto dell'identità costituzionale.

Se la trasposizione delle direttive avviene per il tramite di un atto legislativo è dunque chiaro che l'eventuale garanzia della riserva identitaria competerà alla giurisdizione costituzionale, mentre nel caso in cui l'ambito ricada nel c.d. *domaine réglementaire* ai sensi degli articoli 34 e 37 Cost., la valutazione degli atti di trasposizione sfugge al controllo del Conseil, rientrando nell'ambito di azione del Consiglio di Stato che, come

---

<sup>186</sup> CC, decisione n. 2010-79 QPC del 17 dicembre 2010, *M. Kamel D.*

<sup>187</sup> CC, decisione n. 2010-605 DC del 12 maggio 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.*



già evidenziato, adotta un approccio parzialmente diverso, basato sulla verifica dell'equivalenza della protezione dei diritti individuali nell'ordinamento europeo<sup>188</sup>. Il riparto di competenze tra legge e regolamento è, però, emerso in maniera rilevante per la presente analisi, nella sentenza n. 2008-564<sup>189</sup>. In tale decisione il Conseil ha censurato la legge di trasposizione della direttiva sugli organismi geneticamente modificati (2001/18/CE) che si limitava ad incaricare fonti regolamentari di predisporre l'intera disciplina della materia, violando così l'articolo 34 della Costituzione, che invece riserva proprio alla legge la definizione di alcuni profili. Il riparto di competenze normative, dunque, può essere opposto alla trasposizione (anche necessitata) di una direttiva comportandone l'illegittimità costituzionale<sup>190</sup>. Ciò non implica, però, che tale tratto dell'ordinamento francese sia da considerarsi come parte dell'identità costituzionale, poiché l'invalidità della legge di trasposizione che violi gli articoli 34 e 37 Cost. non dipende da un controllo di costituzionalità indiretto della direttiva di riferimento, ma da una norma di rilevanza esclusivamente interna, che rientra nello spazio di autonomia riconosciuto agli Stati membri nella predisposizione degli adeguati strumenti normativi per dare applicazione alle direttive europee, e non si pone come un ostacolo all'applicabilità del diritto europeo, come sarebbe l'identità costituzionale, ma solo come un vizio formale dell'atto prescelto che ha come unico effetto un ritardo nella trasposizione<sup>191</sup>.

In concreto, dunque, schematicamente, nel caso di un'eventuale direttiva che violasse, per il tramite della legge di trasposizione, una regola o principio inerenti all'identità costituzionale della Francia, il Conseil, verificata l'assenza di una autorizzazione costituzionale, dovrebbe sancire l'illegittimità dell'atto ad esso sottoposto. Tuttavia, ci sono due strumenti utilizzabili, in particolare in caso di QPC, per mediare gli effetti

---

<sup>188</sup> v. *supra* par. 4.2 sulla giurisprudenza *Société Arcelor*.

<sup>189</sup> CC, decisione n. 2008-564 DC del 19 giugno 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*.

<sup>190</sup> Cons. 53: «se la trasposizione in diritto interno di una direttiva di una direttiva comunitaria deriva da una esigenza costituzionale, risulta [tuttavia] dalla Costituzione ed in particolare dal suo articolo 88-4 che tale esigenza non ha l'effetto di violare la ripartizione di materie tra il dominio della legge e quello del regolamento come è determinato dalla Costituzione» (trad. ns.).

<sup>191</sup> M. GUERRINI, *L'identité constitutionnelle de la France*, cit., pp. 319-321.

dirompenti di una pronuncia simile ed applicare dialogo e leale collaborazione sia a livello interno sia con il livello dell'Unione europea: da una parte il Conseil potrebbe pronunciare la sentenza di incostituzionalità, ma differendo gli effetti della decisione nel tempo, come sua facoltà riconosciuta dall'articolo 62 Cost., dando così la possibilità al legislatore di intervenire eventualmente, con atto di rango costituzionale, per autorizzare le riscontrate violazioni; dall'altra avrebbe la possibilità, come dimostrato nel caso *Jeremy F.*, di rivolgersi alla Corte di giustizia attraverso un rinvio pregiudiziale che chiarisca la portata effettiva dell'atto europeo oggetto di censura indiretta e dia la possibilità, nel dialogo tra giudice costituzionale ed europeo, di ricomporre, eventualmente, il contrasto.

Il *corpus* del diritto dell'Unione europea si compone però di altri atti normativi che possono comportare una violazione dell'identità costituzionale della Francia. Per quanto riguarda i regolamenti europei, essendo atti normativi efficaci e direttamente applicabili senza l'intermediazione di atti di recepimento, essi sono esclusi dal circuito della giurisprudenza costituzionale, ricadendo invece nell'ambito di azione delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa che ne danno applicazione e, come visto *supra* par. 3.2, presidiano la loro natura sovralegislativa disapplicando il diritto interno con essi incompatibile. Se è vero che la già citata giurisprudenza *Sarran* (Consiglio di Stato) e *Fraisse* (Corte di cassazione) riconoscono la supremazia della Costituzione nell'ordinamento interno, non si riscontrano però ulteriori elaborazioni che possano far ritenere che anche tali giurisdizioni farebbero valere una riserva di costituzionalità avverso l'applicazione di regolamenti che violassero principi o regole fondamentali dell'ordinamento costituzionale francese. Tuttavia, con uno sviluppo recente (dec. 2018-765 DC, cons. 3<sup>192</sup>), il Conseil ha esteso l'applicazione della propria giurisprudenza "identitaria" anche al caso eccezionale di atti legislativi nazionali di applicazione ed esecuzione (non di direttive ma) di regolamenti europei, cosicché ora sussiste la

---

<sup>192</sup> CC, decisione n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*.

possibilità che, pur in questi casi residuali in cui il regolamento necessita di atti nazionali di «adattamento del diritto interno», anche dei regolamenti incontrino il limite del rispetto dell'identità costituzionale e possano essere per questo sottoposti a giudizio di legittimità costituzionale.

A maggior ragione, la riserva dell'identità costituzionale non sembra applicabile nel caso dei Trattati istitutivi dell'Unione europea, che pure possono avere anche efficacia diretta nell'ordinamento interno. La questione assume rilevanza non tanto in riferimento a problematiche “originarie” di nuovi trattati o modifiche dei trattati attualmente vigenti, giacché essi sono sottoposti al giudizio di cui all'articolo 54 Cost. con tutto ciò che ne consegue, ma piuttosto nei confronti del “diritto vivente” e di eventuali ricostruzioni giurisprudenziali della Corte di giustizia che delineassero significati di norme di diritto primario dell'Unione incompatibili con l'identità costituzionale francese. In un caso come la vicenda *Taricco* italiana (su cui v. *supra* Cap. I), dunque, di “incostituzionalità sopraggiunta” dei trattati in seguito ad interpretazione della Corte di giustizia, che risulta a onor del vero come un caso limite, il Conseil constitutionnel non avrebbe gli strumenti per pronunciarsi sulla questione, salvo eventuali *revirements* della giurisprudenza che escludeva il sindacato di costituzionalità di trattati già entrati in vigore sulla base del principio *pacta sunt servanda* (v. *supra* par. 3.1).

Un ultimo esempio di applicabilità della protezione dell'identità costituzionale discende anch'esso da una pronuncia recente in relazione ai c.d. accordi commerciali di ultima generazione conclusi dall'Unione europea nell'esercizio delle sue competenze<sup>193</sup>. Nella decisione 2017-749 DC<sup>194</sup> il Conseil era chiamato a valutare ex articolo 54 Cost. l'accordo commerciale con il Canada (Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA), ed ha elaborato due cornici differenti di scrutinio, a seconda che le previsioni

---

<sup>193</sup> v. tra molti G. M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2-3, 2016, pp. 329-354.

<sup>194</sup> CC, decisione n. 2017-749 DC del 31 luglio 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*. L'analisi che segue è tratta da F.-X. MILLET, *Constitutional identity in France*, cit., pp. 145-146.

del Trattato ricadessero nell'ambito delle competenze concorrenti o esclusive dell'Unione europea. Nel caso di competenze concorrenti la decisione applica il quadro di valutazione tradizionale dei trattati (clausole contrarie alla costituzione, violazione dei diritti e libertà costituzionali, violazione delle condizioni essenziali di esercizio della sovranità, cons. 13), mentre nell'ambito delle competenze europee esclusive l'ambito di scrutinio è limitato al rispetto dell'identità costituzionale (cons. 14)<sup>195</sup>. Si conferma così la deferenza del Conseil nei confronti degli atti adottati dalle istituzioni europee, adottando un controllo limitato all'irrinunciabile identità costituzionale nei confronti di tutti quegli atti che derivano direttamente dai Trattati già stipulati e che rappresentano esercizio delle competenze in essi stabilite, e non necessitano dunque di una duplicazione del controllo di costituzionalità già effettuato al momento della ratifica ex articolo 54 Cost. Risulta curioso, infine, che nell'applicare la cornice di controllo dell'identità costituzionale il Conseil non riproponga la consueta formula «salvo che il costituente lo abbia consentito». Anche se non è possibile stabilire se si tratti semplicemente di un'omissione non intenzionale, un'ipotesi di significato potrebbe risiedere nel fatto che il Conseil immagini che l'identità costituzionale della Francia possa essere accantonata dal legislatore costituzionale per garantire l'applicazione di un atto comune interno all'Unione europea, ma non nei confronti di un paese terzo, come nel caso dell'accordo commerciale internazionale oggetto di giudizio.

---

<sup>195</sup> Cons. 14: «Nel caso di stipulazioni dell'accordo che rientrano in una competenza esclusiva dell'Unione europea, al Conseil constitutionnel, adito per determinare se l'autorizzazione alla ratifica di tale accordo richieda una revisione costituzionale, spetta unicamente di vigilare affinché esse non contrastino con una regola o principio inerente all'identità costituzionale della Francia. In assenza di tale contrasto, appartiene solo al giudice dell'Unione europea la facoltà di verificare la compatibilità dell'accordo con il diritto dell'Unione europea» (trad. ns.).

## **5. Conclusioni: la supremazia della Costituzione e un'identità funzionalmente limitata, relativa e collaborativa**

L'approfondimento sull'emersione dell'identità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale francese e il contesto in cui tale processo è avvenuto consegnano un modello di identità costituzionale funzionalmente limitata, relativa e collaborativa.

La clausola identitaria disegnata dal Conseil constitutionnel è funzionalmente limitata secondo due profili. Da una parte essa agisce come garanzia esclusivamente “verso l'esterno” come limite all'applicazione nazionale del diritto dell'Unione europea e non “verso l'interno”, non essendo sovrapponibile né sul piano contenutistico né sul piano applicativo al limite materiale alla revisione costituzionale previsto dall'articolo 89 della Costituzione, che rimane comunque concretamente inapplicabile e dogmaticamente osteggiato. D'altra parte, a causa delle caratteristiche del modello di giustizia costituzionale e di gestione delle antinomie tra diritto internazionale ed interno applicati, la sua stessa funzione di preservazione del nucleo duro costituzionale può essere attivata solo di fronte a direttive europee o regolamenti che necessitino di una trasposizione in diritto interno, lasciando “scoperto” il proprio oggetto di tutela di fronte agli atti direttamente applicabili e alle altre modalità attraverso cui il diritto dell'Unione può intervenire nell'ordinamento interno.

Il secondo carattere dell'identità costituzionale francese è la sua relatività e disponibilità.

Se di fronte ad eventuali violazioni ad opera del diritto derivato europeo il legislatore costituzionale ha sempre facoltà libera di derogarli (o autorizzare la violazione), i principi fondamentali dell'ordinamento che compongono il contenuto dell'identità hanno portata relativa e non certo assoluta. D'altra parte, il ruolo centrale e la piena sovranità del potere costituente rappresenta uno dei fili conduttori dell'intera analisi: così, la revisione costituzionale non incontra limiti materiali giuridicamente sanzionabili, procede ad un adeguamento progressivo della Costituzione al processo di integrazione europea consentendo le limitazioni alle condizioni essenziali di esercizio della sovranità derivanti

dai diversi Trattati, può neutralizzare il limite del rispetto dell'identità costituzionale. Le due riserve di costituzionalità che rappresentano un sistema di conservazione della Costituzione finiscono dunque per avere la sola funzione di rendere necessario, preventivamente nel caso delle condizioni essenziali di esercizio della sovranità fatte valere nell'ambito del controllo di cui all'articolo 54, o successivamente nel caso dell'identità costituzionale, l'intervento del costituente per risolvere il bilanciamento tra principio di apertura dell'ordinamento al diritto internazionale ed europeo (capoverso 15 del Preambolo del 1946 e Titolo XV) e tutela dei suoi principi e regole fondamentali.

Secondo quanti la ricostruiscono come una "sovracostituzionalità" e come tale necessariamente vincolante anche il legislatore costituzionale, la disponibilità e relatività dell'identità costituzionale come concepita dal Conseil constitutionnel contrasterebbero con la scelta stessa di adottare la semantica identitaria che prevede logicamente, a pena di incoerenza, un carattere di assolutezza<sup>196</sup>. Tuttavia, questa natura si rivela invece come un elemento di coerenza ordinamentale, non solo, come già ricordato, perché la libertà del costituente è elemento ricorrente, ma anche alla luce del fatto che la Costituzione delinea sia il controllo di costituzionalità degli impegni internazionali, sia il controllo preventivo di costituzionalità delle leggi in maniera a ciò funzionale. Essendo collocati entrambi prima del perfezionamento giuridico degli atti destinati poi ad applicarsi nell'ordinamento interno, tali controlli danno infatti la possibilità al Conseil di sollevare le questioni riguardanti le riserve di costituzionalità e al costituente di intervenire preventivamente sulle possibili antinomie. Non può che notarsi, in definitiva, nel caso francese un inedito sul piano comparato protagonismo delle istituzioni politiche (anzi della più politica in assoluto, il legislatore costituzionale) nella definizione dell'identità e del nucleo duro della Costituzione, generalmente dominio riservato all'azione delle corti

---

<sup>196</sup> E. DUBOUT, *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle*, cit., p. 478.

costituzionali, che tuttavia, come attenta dottrina ha sottolineato, non possono restare gli unici motori di queste dinamiche<sup>197</sup>.

Infine, sulla base della ricostruzione effettuata, l'identità costituzionale della Francia si presenta come un'identità collaborativa. È evidente e ovvio che il concetto stesso di limiti materiali costituzionali all'applicazione del diritto dell'Unione europea nasce ed è sostanzialmente un ostacolo al primato del diritto europeo ed in generale all'integrazione dall'esterno dell'ordinamento giuridico nazionale. A fronte di questo però, alcuni elementi del sistema delle riserve costituzionali previsto dalla Costituzione e dalla giurisprudenza costituzionale fanno emergere le condizioni per un uso, appunto, collaborativo o conciliatore di tali strumenti. L'utilizzo costante e puntuale della revisione costituzionale per consentire l'entrata in vigore dei diversi Trattati europei, adattando l'ordinamento costituzionale all'avanzamento dell'integrazione e alle conseguenti violazioni delle condizioni essenziali di esercizio della sovranità, dimostra, pur con le criticità già evidenziate, la disponibilità del legislatore costituente a puntellare di volta in volta i Trattati approvati. Dal lato invece giurisprudenziale, anche il Conseil constitutionnel, che pure è entrato solo molto recentemente nelle dinamiche inter-ordinamentali europee, dimostra apertura al dialogo con la Corte di giustizia provvedendo al rinvio pregiudiziale quando necessario (a partire dalla dec. *Jeremy F.*), e si presenta come pienamente cosciente delle necessità del diritto dell'Unione europea e del principio del primato e dell'effetto utile rinunciando alla propria giurisdizione sugli atti di diritto derivato (salva la riserva dell'identità costituzionale) e garantendo le peculiarità del diritto europeo nell'ambito delle questioni procedurali sollevate nella vicenda *Melki*.

Nell'ordinamento francese «*tout procède de la Constitution*»<sup>198</sup>. La supremazia della Costituzione francese sul diritto dell'Unione europea è affermata e presidiata nel controllo preventivo di costituzionalità dei trattati, nel riconoscimento di natura

---

<sup>197</sup> P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 41, 2, 2016, pp. 491-578.

<sup>198</sup> R. ABRAHAM, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Parigi, 1989, p. 74.

sovralegislativa ma subcostituzionale al diritto internazionale nella giurisprudenza amministrativa e ordinaria, nell'individuazione di un nucleo di principi e regole identitarie che resiste all'applicazione nazionale del diritto europeo. Il potere costituente è l'asse portante che determina i contorni del rapporto tra Costituzione e integrazione europea, e tale facoltà è libera e sovrana, anche se da ciò derivano due rischi: una banalizzazione sul piano istituzionale e testuale, con la continua "*revision-adjonction*" a valle della definizione dei progressivi trattati europei, a fronte di cui risulta difficile, sul piano strettamente logico e non dogmatico, sostenere la supremazia dell'atto modificato sugli atti che impongono a più riprese la modifica<sup>199</sup>, e una potenziale instabilità sul piano assiologico e sostanziale<sup>200</sup>, con la disponibilità dell'identità costituzionale sul piano interno, che, seppur faciliti la collaborazione sul piano esterno, determina di fatto la negoziabilità dei tratti più fondamentali dell'ordinamento.

---

<sup>199</sup> B. BONNET, *Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne*, cit., p. 4.

<sup>200</sup> B. NABLI, G. SUTTER, *L'instabilité sous la Vème République*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 6, 2009, pp. 1599-1634.



## CAPITOLO III

### IDENTITÀ COSTITUZIONALE NON VERBALIZZATA: SPAGNA

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. La revisione costituzionale ed i suoi limiti; 3. Il diritto dell'Unione europea e la Costituzione spagnola; 3.1 Lo statuto costituzionale del diritto europeo ed internazionale; 3.2 L'evoluzione dei rapporti inter-ordinamentali nelle dinamiche dell'integrazione europea; 4. L'identità costituzionale nell'ordinamento spagnolo: emersione ed applicazione dei limiti materiali all'integrazione europea; 4.1 Il *Tribunal constitucional* e il Trattato costituzionale: la *declaración* 1/2004; 4.2 Lo statuto teorico e funzionale dell'identità costituzionale spagnola; 4.3 Diritti fondamentali e diritto europeo alla prova: il caso *Melloni*; 5. Identità costituzionale, stato autonomico e rivendicazioni territoriali; 6. Conclusioni.

#### 1. Introduzione

L'adesione della Spagna alle Comunità europee ha rappresentato una sorta di prolungamento ideale del processo costituente concretizzatosi nella Costituzione del 1978. Superato il periodo franchista e imbracciata appieno la via del costituzionalismo liberale, lo Stato spagnolo aderiva alle Comunità con Trattato firmato a Madrid il 12 giugno 1985, e autorizzato internamente con la Legge Organica n. 10/1985, del 2 agosto, con entrata in vigore il primo gennaio 1986.

Rispetto all'esperienza francese delineata nel Capitolo precedente, dunque, la Spagna si è confrontata sin da subito con una costruzione giuridica dell'integrazione sovranazionale già matura, accelerando di conseguenza le tappe nel processo di "digestione" e definizione nazionale dell'assetto giuridico dei rapporti tra diritto interno e diritto europeo. Per i profili indagati nella presente analisi sarà ancora una volta la giurisdizione costituzionale la protagonista, giacché l'emergere della tutela dell'identità costituzionale nazionale nel contesto dei rapporti inter-ordinamentali deriva pressoché interamente dalla giurisprudenza del *Tribunal constitucional* che, nel disegno della Costituzione spagnola, oltre alle funzioni ad esso attribuite in relazione ai trattati internazionali, che saranno oggetto di analisi approfondita, è titolare dello scrutinio di

costituzionalità delle norme, con un modello ricorso incidentale, e delle azioni dei pubblici poteri, con lo strumento del ricorso diretto riservato ai cittadini che lamentino violazioni dei propri diritti fondamentali (*recurso de amparo constitucional*).

Seguendo la struttura adottata per il Capitolo precedente, al fine di condurre l'analisi dell'utilizzo del concetto di limiti costituzionali materiali all'integrazione europea nell'ordinamento spagnolo, si esaminerà in via introduttiva la disciplina costituzionale della revisione, per definire sin da subito il suo possibile ruolo nell'identificare principi e valori fondamentali dell'ordinamento (par. 2). Di seguito, si analizzeranno le disposizioni che definiscono lo statuto costituzionale del diritto europeo e internazionale in Spagna, con particolare riferimento alla posizione del diritto internazionale nella gerarchia delle fonti, alla "clausola europea" costituzionale, e al rapporto tra diritti fondamentali costituzionali e trattati internazionali in tema di diritti (par. 3). Successivamente si presenteranno le dinamiche rilevanti di evoluzione dei rapporti tra ordinamento costituzionale spagnolo e ordinamento dell'Unione, trattando del Trattato di Maastricht, delle revisioni costituzionali legate all'integrazione europea e del rinvio pregiudiziale (par. 3.2). Proseguendo, sarà presentata la decisione 1/2004 del Tribunal constitucional sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, in occasione della quale il giudice costituzionale ha per la prima volta esplicitato la presenza, nell'ordinamento spagnolo, di limiti costituzionali sostanziali all'integrazione europea e all'applicazione del diritto dell'Unione, identificando (pur senza chiamarla così) una riserva dell'identità costituzionale spagnola, di cui sarà verificata la consistenza teorica e funzionale, per poi considerare come tale clausola sia stata richiamata nel dialogo tra Tribunal e Corte di giustizia dell'Unione europea nel celebre caso *Melloni* (par. 4). Infine, dopo aver accennato alle dinamiche identitarie che caratterizzano l'ordinamento spagnolo al suo interno, che esorbitano dall'identità costituzionale funzionalmente intesa a cui è dedicato questo scritto (par. 5), si tratteranno alcune considerazioni conclusive, sottolineando i punti di convergenza e divergenza dell'esperienza spagnola rispetto a quella francese, e

le peculiarità delineate dalla giurisprudenza del Tribunal constitucional sull'identità costituzionale, non verbalizzata, della Spagna (par. 6).

## **2. La revisione costituzionale ed i suoi limiti**

L'approccio della Costituzione alla revisione costituzionale ha una rilevanza per la definizione dei contenuti e delle funzioni dell'identità costituzionale molto più limitata nell'ordinamento spagnolo rispetto a quello francese già analizzato o ai modelli "originali" tedesco e italiano. Tuttavia, è bene ricostruirlo, poiché da esso possono comunque essere tratte delle indicazioni sulla distinzione interna tra diverse disposizioni costituzionali in termini di forza passiva, e quindi di garanzia.

L'ordinamento spagnolo non aderisce ad una concezione "sostanziale" della revisione costituzionale, essendo privo di una c.d. "clausola di eternità" che identifichi principi o disposizioni indisponibili e sottratti all'azione anche del legislatore costituzionale, cosicché se ne evince l'assenza di limiti materiali all'esercizio del potere di revisione. La scelta compiuta nella Costituzione spagnola del 1978 rientra piuttosto nella concezione c.d. "procedurale", in cui i limiti materiali alla modifica del testo costituzionale sono trasformati in ostacoli procedurali: sussiste una differenziazione tra diverse parti della Costituzione, ma invece di indicare disposizioni sostanzialmente intangibili, si predispongono diverse procedure di riforma assegnando, dunque, diversa forza passiva a seconda della "fondamentalità" delle norme costituzionali in questione<sup>201</sup>.

La Costituzione spagnola prevede, dunque, due diverse procedure di riforma, differenziate su base sia quantitativa sia qualitativa. Infatti, l'articolo 167 prevede la procedura di revisione, per così dire, ordinaria per la riforma parziale della Costituzione,

---

<sup>201</sup> C. GREWE, *Methods of Identification of National Constitutional Identity*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, p. 42.

che deve essere approvata da una maggioranza rafforzata dei tre quinti di entrambe le Camere del Parlamento, con la possibilità, qualora non vi sia accordo tra esse, di istituire una Commissione paritetica di conciliazione bicamerale, composta da senatori e deputati, che proponga un testo unico alle Camere (c. 1). In assenza delle maggioranze dei tre quinti prescritte, una riforma parziale della Costituzione può essere approvata anche con un voto a maggioranza (solo) assoluta in Senato, seguito da un'approvazione dei due terzi del Congresso (c. 2). È sempre prevista, inoltre, la possibilità di un referendum confermativo su richiesta di almeno un decimo dei membri di una delle due Camere (c. 3).

A queste procedure rafforzate per la revisione parziale, si accompagnano le procedure “super-rafforzate” previste all'articolo 168, che si applica ai casi di revisione totale della Costituzione (profilo quantitativo) o di revisione parziale che coinvolga determinate disposizioni, ritenute dal costituente meritevoli di garanzia ulteriore (profilo qualitativo). Tali previsioni-chiave sono contenute al Titolo Preliminare, al Capitolo secondo, Sezione prima del Titolo I o al Titolo II, che comprendono, come sarà meglio specificato *infra* al par. 4.2, disposizioni in tema di forma di stato e valori fondamentali, compresa la sezione dedicata ai diritti fondamentali. La sostituzione integrale della Costituzione, o la modifica di alcune delle sue previsioni-chiave ad essa equiparata, è presidiata da procedure notevolmente onerose, che impongono l'approvazione iniziale di un testo di riforma dai due terzi dei membri di entrambe le Camere per poi procedere allo scioglimento delle stesse e a una successiva approvazione, sempre a maggioranza dei due terzi, da parte dei nuovi parlamentari eletti, per arrivare, a valle di tale processo, ad un referendum popolare confermativo obbligatorio.

### **3. Il diritto dell'Unione europea e la Costituzione spagnola**

L'analisi dell'affermarsi nell'ordinamento costituzionale spagnolo del concetto di limiti materiali all'integrazione europea, a cui il presente Capitolo è dedicato, richiede un previo approfondimento dei rapporti tra diritto europeo ed ordinamento interno, per come

sono definiti in prima istanza da alcune clausole costituzionali, e per come si sono delineati nel tempo, attraverso soprattutto la giurisprudenza del Tribunal Constitucional, che ha segnato il progressivo approfondimento dogmatico e concreto delle dinamiche dell'integrazione europea, a partire dalle decisioni in merito al Trattato di Maastricht prima e del Trattato costituzionale poi.

### **3.1 Lo statuto costituzionale del diritto europeo ed internazionale**

Gli articoli della Costituzione spagnola che definiscono la disciplina generale interna del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea presentano alcuni elementi di continuità con quanto analizzato rispetto all'ordinamento francese, accanto ad alcuni elementi di originalità. Le previsioni più rilevanti vertono sulle modalità di ingresso del diritto internazionale nell'ordinamento interno e sulla sua posizione nella gerarchia delle fonti (art. 96 Cost.), sul controllo di costituzionalità dei Trattati (art. 95 Cost.), sulle procedure di integrazione sovranazionale (art. 93 Cost.) e sulla peculiare posizione e funzione dei Trattati relativi ai diritti e alle libertà fondamentali (art. 10 c. 2)<sup>202</sup>.

L'articolo 96, al comma 1, definisce un sistema di adattamento automatico dell'ordinamento interno al diritto internazionale pattizio: i Trattati internazionali validamente stipulati, una volta pubblicati, entrano a far parte del diritto interno applicabile, senza necessità di mediazione di atti statali. Le disposizioni dei Trattati internazionali possono essere «derogate, modificate o sospese» solo nelle forme previste dai trattati stessi o dal diritto internazionale generale, per cui nella gerarchia delle fonti le norme internazionali assumono carattere sovralegislativo. Esse sono atti con forza superiore alla legge ordinaria statale, pur se sottoposti alla Costituzione, ed in caso di conflitto prevalgono sulle norme interne sub-costituzionali sia antecedenti sia successive alla ratifica, come specificato anche dall'articolo 31 della legge 25/2014, 27 novembre

---

<sup>202</sup> Anche in questo caso, come nel precedente Capitolo dedicato alla Repubblica francese, restano estranee all'analisi le previsioni costituzionali dedicate più specificamente alle procedure di autorizzazione e stipula dei trattati internazionali, a cui è dedicato l'articolo 94 Cost.

(de *Tratados y otros Acuerdos Internacionales*). Nella ricostruzione dogmatica dell'operatività dell'articolo 96 proposta dalla giurisprudenza costituzionale, il rapporto tra norme di diritto internazionale, a cui deve essere ricondotto anche il diritto dell'Unione europea, e leggi ordinarie dello Stato si risolve in una questione di *applicabilità* e non di *validità*, per cui la norma interna incompatibile con il diritto internazionale non è da considerarsi illegittima, quanto piuttosto inapplicabile al singolo caso. La violazione del diritto internazionale o europeo da parte di una norma interna non comporta di per sé una violazione della Costituzione, né il diritto internazionale integra il parametro del controllo di costituzionalità, per cui la risoluzione di tali antinomie è competenza del giudice ordinario, mentre non è previsto il coinvolgimento del Tribunal constitucional, che ha ricostruito in tali termini la questione a partire dalla sentenza 28/1991<sup>203</sup>. Da un punto di vista interno, dunque, il rapporto tra diritto nazionale e diritto europeo ha natura rigidamente infracostituzionale, ed il Tribunal constitucional rimane estraneo alla sua definizione<sup>204</sup>. D'altra parte, come evidente, in caso invece di norme di rango secondario, regolamentari, il giudice ordinario, in occasione di un ricorso contenzioso amministrativo, rilevando il contrasto tra norma internazionale o europea e norma interna, potrà procedere senz'altro all'annullamento della seconda<sup>205</sup>.

Il meccanismo di adattamento automatico dell'ordinamento interno al diritto internazionale e la sua prevalenza sulle norme statali giustificano, da un punto di vista sistemico, la presenza anche nell'ordinamento spagnolo di un controllo preventivo di costituzionalità dei trattati, previsto dalla Costituzione all'articolo 95<sup>206</sup>. Tale controllo,

---

<sup>203</sup> L. MONTANARI, *Verso il baricentro statale del diritto europeo: il pluralismo integrativo alla prova. Alcune riflessioni dalla comparazione tra Italia, Francia e Spagna*, in *JPs Working Papers*, 7, 2016, p. 7; TC, sent. 14 febbraio 1991, STC 28/1991, FJ 5.

<sup>204</sup> F. BALANGUER CALLEJON, *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, p. 117.

<sup>205</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo V: La Constitución como norma*, Madrid, 2015, p. 236.

<sup>206</sup> Art. 95 Cost.: «1. La stipulazione di un trattato internazionale che contenga clausole contrarie alla Costituzione comporterà la previa revisione costituzionale. 2. Il Governo o una delle due Camere possono richiedere al Tribunale Costituzionale che dichiari se esiste o no tale contrasto».

la cui disciplina di dettaglio è stabilita dall'articolo 78 della legge organica sul Tribunal constitucional<sup>207</sup>, garantisce la corrispondenza a Costituzione dei trattati stipulati prima che essi integrino l'ordinamento interno, tutelando dunque la posizione di superiorità della Costituzione stessa sul diritto internazionale. Da un punto di vista concreto, il Tribunal è tenuto a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione del testo di un trattato, prima della sua sottoscrizione definitiva, su iniziativa del Governo o di una delle due Camere, e, in caso di contrasto, il trattato in questione potrà essere ratificato solo in seguito ad una revisione della Costituzione. La forma della pronuncia del Tribunal ai sensi dell'articolo 95 non è una sentenza ma la *declaración* che, nondimeno, ha comunque carattere vincolante e validità *erga omnes*. La funzione di tale intervento della giurisdizione costituzionale non è, dunque, solo quella di impedire la conclusione di trattati con norme contrarie alla Costituzione, ma anche quella di indicare la via per incorporare il diritto internazionale nell'ordinamento interno, indicando la necessità eventuale di una revisione costituzionale, o la risoluzione di un apparente contrasto in via interpretativa.

A questo meccanismo preventivo di garanzia della costituzionalità dei trattati, fa da contraltare la possibilità di un controllo *successivo* di costituzionalità delle norme in essi contenute, come previsto all'articolo 27, c. 2, lett. c, della legge organica 2/1979<sup>208</sup>. Il Tribunal può essere adito per la legittimità costituzionale di un trattato sia con ricorso diretto, attivabile dal Presidente del Governo, dal *Defensor del Pueblo*, o da cinquanta senatori o deputati (articoli 31 e 32 della LO), sia con questione incidentale di costituzionalità (articolo 35). In questo caso, l'effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale non sarà la nullità del trattato o di parte di esso, visto che esso non rientra tra le fonti esclusivamente interne e non può dunque sottostare al medesimo regime delle

---

<sup>207</sup> Legge Organica 2/1979, 3 ottobre, *del Tribunal Constitucional*.

<sup>208</sup> Art. 27, LO 2/1979: «2. Possono essere oggetto di dichiarazione di incostituzionalità: ... c) i Trattati internazionali; ...».

leggi ordinarie dichiarate incostituzionali, ma ne conseguirà l'inapplicabilità delle norme illegittime nell'ordinamento interno<sup>209</sup>.

I rapporti tra Costituzione spagnola e diritto europeo trovano, poi, una disposizione chiave nell'articolo 93, che abilita l'attribuzione di competenze derivate dalla Costituzione a organizzazioni o istituzioni internazionali attraverso la stipula di trattati previamente autorizzati da apposita legge organica, definendo, così, una norma di copertura all'incorporazione costituzionale di ordinamenti esterni, a partire dall'ordinamento comunitario/europeo<sup>210</sup>.

Si tratta della c.d. "clausola europea" della Costituzione spagnola: la disposizione costituzionale, cioè, per il cui tramite lo Stato ha perseguito e persegue il processo di integrazione europea<sup>211</sup>. Nonostante la coincidenza temporale tra adozione della Costituzione e adesione alle Comunità europee, la Costituzione spagnola non fa riferimento esplicito all'integrazione europea, ma presenta una clausola generale e generica nella sua formulazione, poiché non definisce alcun dettaglio sui rapporti tra i due ordinamenti o sui trasferimenti di competenza<sup>212</sup>. La stipulazione e ratifica di trattati di trasferimento di competenze, rispetto ai trattati "ordinari", troverebbe la garanzia di un procedimento leggermente rafforzato, con la richiesta di una necessaria autorizzazione da parte del Parlamento con lo strumento della legge organica, per la cui approvazione, secondo l'articolo 81 Cost., è richiesta la maggioranza assoluta.

Approfondendo il contenuto testuale, la clausola dell'articolo 93 consente il trasferimento di competenze "derivate dalla Costituzione", che sono facilmente

---

<sup>209</sup> Si v. a tal proposito l'*obiter dictum* presentato dal Tribunal Constitucional nella sentenza 15 febbraio 2007, STC 38/2007, FJ 3, in riferimento ad un Accordo tra lo Stato spagnolo e la Santa Sede.

<sup>210</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 241. La clausola dell'articolo 93 è stata utilizzata, oltre che nella ratifica dell'adesione della Spagna alle Comunità europee e la ratifica dei successivi Trattati europei, anche per l'adesione allo Statuto della Corte Penale Internazionale, autorizzata con Legge organica 6/2000, 4 ottobre, *por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional*.

<sup>211</sup> Per una considerazione dell'articolo 93 in un contesto comparativo v. M. CLAES, *Le "clausole europee" nelle costituzioni nazionali*, cit., e segnatamente p. 293.

<sup>212</sup> *Ivi*. Si v. anche S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 240.



riconducibili a competenze tanto legislative quanto esecutive e giurisdizionali, mentre il secondo capoverso, pur ancora una volta con formulazione generica, apre all'applicazione interna diretta delle norme dettate dalle istituzioni a cui le competenze sono state trasferite, e dunque del diritto europeo e delle sentenze della Corte di giustizia. Il fatto che la diretta applicabilità del diritto sovranazionale sia esplicitamente prevista è certamente debitrice del fatto che, quando la Costituzione spagnola è stata redatta, la costruzione giuridica delle Comunità europee come comunità di diritto era già matura e dunque il principio della diretta applicazione era pacificamente accettato. Grazie a questo secondo capoverso, inoltre, l'ingresso del diritto europeo derivato nell'ordinamento spagnolo trova un secondo fondamento costituzionale, accanto alla clausola di adattamento automatico e sovralegislatività dell'articolo 96.

Infine, nella ricostruzione del quadro di regole costituzionali che definiscono la posizione del diritto europeo e internazionale assume particolare rilevanza la previsione del comma 2 dell'articolo 10, che riconosce i Trattati sui diritti umani sottoscritti dalla Spagna come strumento ermeneutico per l'interpretazione del contenuto dei diritti fondamentali e delle libertà riconosciute dalla Costituzione, sottoposta, dunque, a un vincolo di interpretazione conforme<sup>213</sup>. La Costituzione spagnola vede la presenza di due elenchi di diritti e libertà al suo Titolo I, Capitolo II: la sezione I, *Dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche*, che ricomprende gli articoli 15-29 (tra cui si segnalano diritto all'integrità fisica, libertà di pensiero e religione, libertà personale e di circolazione, libertà d'espressione e di insegnamento, libertà di riunione e associazione, diritto alla tutela giurisdizionale, libertà di associazione sindacale e diritto allo sciopero), e la sezione II, *Dei diritti e dei doveri dei cittadini*, articoli 30-38 (diritto al matrimonio, diritto alla proprietà privata, diritto e dovere del lavoro, libertà di impresa). Queste due categorie si differenziano per il riconoscimento in capo alle disposizioni della sezione I di una tutela *quantitativamente* più ampia, in relazione alla possibilità per i singoli di far valere la

---

<sup>213</sup> Art. 10 Cost.: «2. Le norme relative ai diritti fondamentali e alla libertà, riconosciute dalla Costituzione, s'interpreteranno in conformità alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e ai Trattati e Accordi internazionali nelle stesse materie ratificate dalla Spagna».

lesione di un proprio diritto per il tramite del *recurso de amparo* costituzionale, ma la regola di interpretazione orientata dal diritto internazionale di cui all'articolo 10 c. 2 deve ritenersi applicabile ad entrambi gli elenchi ed in generale ad ogni posizione individuale di diritto o libertà costituzionalmente garantita ricavabile dal complesso del diritto costituzionale spagnolo e rinvenibile sul piano materiale del singolo caso<sup>214</sup>.

L'articolo 10 c. 2 assegna una posizione peculiare rispetto al regime "ordinario" dell'articolo 96 ai trattati che riconoscono e garantiscono diritti e libertà individuali: essi non hanno solo natura sovralegislativa, ma influenzano anche l'interpretazione dei diritti costituzionali. Se, come visto, il piano in cui agiscono normalmente i trattati internazionali nell'ordinamento interno è quello infracostituzionale, con questa clausola il diritto internazionale dei diritti conosce una forma di costituzionalizzazione, fino ad essere l'unico diritto internazionale che ha rilevanza diretta per la giurisdizione del Tribunal constitucional. D'altra parte, agendo come criteri interpretativi e non come normativa direttamente applicabile, i trattati in tale ambito hanno capacità adattiva, elastica, cosicché non è solo il riferimento testuale ad orientare ed integrare l'interpretazione dei diritti costituzionalmente riconosciuti ad opera del Tribunal, ma anche la prassi applicativa e la giurisprudenza internazionale o sovranazionale in relazione ad essi, a partire dalla CEDU<sup>215</sup>. Inoltre, l'articolo 10 c. 2 comporta uno strumento potenzialmente in grado di dare una certa concretizzazione, per quanto mediata dal testo costituzionale e dalla sua implementazione, a quelle disposizioni internazionali di principio o declamatorie che, pur entrando a far parte del diritto interno ai sensi dell'articolo 96, per le loro caratteristiche non possono creare direttamente posizioni individuali "azionabili" dai cittadini nei confronti del potere pubblico, risolvendosi piuttosto in un impegno preso dallo Stato nei confronti della comunità internazionale,

---

<sup>214</sup> M. A. APARICIO PÉREZ, *La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales*, in *Jueces para la Democracia*, 6, 1989, p. 11.

<sup>215</sup> Sottolinea la rilevanza sia qualitativa che quantitativa della CEDU e la giurisprudenza relativa per la giurisprudenza costituzionale spagnola A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999, pp. 156-169.

cosicché il diritto internazionale può assumere una funzione di indirizzo per l'attività del Tribunal constitucional come interprete supremo della Costituzione, anche ai fini dell'evoluzione nel significato dei diritti e delle libertà<sup>216</sup>.

Venendo all'ambito del diritto dell'Unione europea, se è ormai chiaro che esso non rientri direttamente nel parametro di costituzionalità, è altrettanto vero che, grazie all'articolo 10 c. 2, esso assume rilevanza nell'ambito dei diritti e libertà costituzionali integrando interpretativamente il parametro stesso, tanto che il Tribunal ha cominciato a richiamare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei propri giudizi ancora prima che essa assumesse carattere vincolante nell'ordinamento europeo<sup>217</sup>. Quest'integrazione, tuttavia, non si applica solo alle disposizioni esplicitamente dedicate ai diritti fondamentali della Carta di Nizza, ma tutto il complesso del diritto europeo può contribuire a dare contenuto ai diritti riconosciuti dalla Costituzione, e ciò è dimostrato dal peso relevantissimo che ha avuto il riferimento anche a direttive europee e sentenze della Corte di giustizia in alcuni ambiti particolari della giurisprudenza del Tribunal, come quello del principio di uguaglianza e discriminazione di genere<sup>218</sup>. In tal modo il diritto europeo, nella misura in cui concorre a dettare la disciplina di diritti e libertà, si innesta sulle garanzie costituzionali nazionali, che pure trovano il proprio fondamento ultimo nel testo della Costituzione, giacché l'articolo 10 c. 2 «non trasforma i trattati e accordi internazionali in un canone autonomo di validità di norme e atti dei poteri pubblici nell'ambito dei diritti fondamentali»<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> M. A. APARICIO PÉREZ, *La cláusula interpretativa del artículo 10.2*, cit, pp. 12-13, fa l'esempio del diritto d'asilo ricompreso nella Dichiarazione universale dei diritti umani, che nella Costituzione spagnola trova solo citazione, mentre il suo contenuto è interamente demandato a norme ordinarie, o ancora di più alle norme programmatiche del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali, come stimolo per un'evoluzione nella concezione nazionale dei diritti sociali.

<sup>217</sup> TC, sent. 30 novembre 2000, STC 292/2000, FJ 8, L. MONTANARI, *Verso il baricentro statale del diritto europeo*, cit., p. 8. Nel caso concreto, che riguardava la protezione dei dati personali, il Tribunal ricavava indicazioni interpretative anche dalla direttiva 95/46/CE, di riferimento per l'ambito materiale di decisione.

<sup>218</sup> A. TORRES PÉREZ, *Report on Spain*, in G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010, p. 463 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>219</sup> TC, sent. 22 marzo 1991, STC 64/1991, FJ 4.

### 3.2 L'evoluzione dei rapporti inter-ordinamentali nelle dinamiche dell'integrazione europea

La prima occasione per una sistemazione concettuale organica del significato delle clausole costituzionali appena analizzate e dei rapporti dell'ordinamento spagnolo con l'Unione europea è la dichiarazione 1/1992 del 1° luglio 1992, con cui il Tribunal era chiamato a valutare, ai sensi dell'articolo 95 Cost., la compatibilità del Trattato di Maastricht con la Costituzione.

La pronuncia del Tribunal era preceduta da un parere fornito dal Consiglio di Stato, quale organo consultivo del Governo, che, pur interrogato in relazione all'estensione del diritto di voto attivo e passivo alle elezioni municipali ai cittadini comunitari, provvede ad un'analisi generale dell'impatto del Trattato e dell'integrazione europea sull'ordinamento costituzionale<sup>220</sup>. In particolare, in riferimento alla natura del trasferimento di competenze previsto all'articolo 93, il Consiglio di Stato ritiene che tale clausola costituzionale comporti una forma di autorizzazione a "rompere" la rigidità delle procedure di revisione della Costituzione, e che dunque la legge organica prevista rappresenti una procedura speciale di riforma costituzionale limitatamente all'ambito dell'integrazione sovranazionale, corrispondente alla revisione parziale disciplinata all'articolo 167 Cost., mentre gli sarebbe precluso l'intervento sulle materie sottoposte alla procedura "super-rafforzata" dell'articolo 168 Cost. (su questo profilo v. *supra* par. 2 e *infra* par. 4.2)<sup>221</sup>.

Questa ricostruzione è negata dalla dichiarazione 1/1992 del Tribunal Constitucional<sup>222</sup>. L'articolo 93, infatti non è ricostruito come una procedura di riforma costituzionale, poiché il potere di modificare il testo della Costituzione non è una funzione suscettibile di cessione ai sensi della "clausola europea", e parallelamente l'articolo 95 esplicitamente non consente di concludere trattati *contra constitutionem* né apre a forme

---

<sup>220</sup> Cons. St., *Dictamen* del 20 giugno 1991, 850/91.

<sup>221</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo*, cit., pp. 215-216.

<sup>222</sup> TC, dic. 1° luglio 1992, DTC 1/1992.

di “revisione implicita o tacita della Costituzione” (FJ 4). L’articolo 93 ha natura meramente procedurale, poiché stabilisce semplicemente l’abilitazione costituzionale all’adesione della Spagna all’Unione europea e le procedure da seguire, ma in nessun caso esso può abilitare la contraddizione del tenore letterale di altre disposizioni costituzionali, dovendosi escludere che esso sia una clausola di “autorottura”<sup>223</sup>. Il giudice costituzionale spagnolo in questa sede fa quindi una scelta minimalista, concentrandosi sul rapporto letterale tra il testo della Costituzione e i Trattati senza elaborare in maniera più approfondita e tacendo sulle conseguenze che l’adesione e la conseguente accettazione del principio del primato del diritto europeo comporta<sup>224</sup>. Si ritrova poi, nella dichiarazione 1/1992, una riaffermazione della sistemazione dei rapporti tra fonti e ordinamenti precedentemente stabilita, con una conferma della natura infra-costituzionale delle problematiche legate all’applicazione diretta del diritto europeo e del suo primato: le eventuali antinomie devono essere risolte dalle giurisdizioni ordinarie con tutti gli strumenti che l’ordinamento nella sua globalità mette a disposizione, a partire dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (su cui v. *infra*)<sup>225</sup>.

Pertanto, in ossequio a quanto previsto dall’articolo 95, il Tribunal conferma che, in caso di contraddizione tra i precetti costituzionali e la lettera di un trattato, anche nel caso di trattati che trasferiscono competenze a organizzazioni internazionali, “coperti” dall’articolo 93 e dall’autorizzazione fornita dalla legge organica, per la ratifica sarà necessaria una previa revisione della Costituzione nelle forme stabilite. Così, con il Trattato di Maastricht si è avuto il primo caso in cui il Tribunal ha riscontrato una violazione della Costituzione da parte di un accordo internazionale e quindi richiesto una revisione del testo prima di procedere alla ratifica, che è stata anche la prima revisione in assoluto che la Costituzione spagnola ha conosciuto dall’anno della sua entrata in vigore,

---

<sup>223</sup> J. F. LÓPEZ AGUILAR, *Ordinamento costituzionale e ordinamento comunitario: l’esperienza spagnola. Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale spagnola rispetto all’integrazione dello Stato spagnolo nella Comunità Europea*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1998, p. 431.

<sup>224</sup> J. NANCLARES, *Constitutional Identity in Spain: Commitment to European Integration without Giving Up the Essence of the Constitution*, in C. CALLIÉS, G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, p. 274.

<sup>225</sup> J. F. LÓPEZ AGUILAR, *Ordinamento costituzionale e ordinamento comunitario*, cit., p. 432.

con l'adeguamento dell'articolo 13 c. 2 (revisione del 28 agosto 1992) per consentire il diritto di elettorato attivo e passivo alle elezioni municipali ai cittadini UE non spagnoli.

L'influenza esplicita del processo di integrazione europea sul testo costituzionale spagnolo, tuttavia, non si è esaurita con le conseguenze della ratifica del Trattato di Maastricht. Infatti, superata l'adozione del Trattato costituzionale senza che il Tribunal riscontrasse profili di incompatibilità costituzionale (v. *infra* par. 4.1), anche la seconda (e ad oggi ultima) modifica del testo della Costituzione spagnola dal 1978 è strettamente collegata a dinamiche europee. Si tratta della nota vicenda della riscrittura dell'articolo 135 Cost., con l'inserimento del principio della stabilità di bilancio come principio a cui tutte le Pubbliche amministrazioni devono adeguare i propri atti (c. 1), con ulteriori previsioni molto specifiche sulla gestione del disavanzo strutturale e del debito pubblico (cc. 2-6). Tale emendamento, approvato in meno di un mese durante la c.d. crisi dell'eurozona (l'approvazione è del 27 settembre 2011), pur rappresentando il punto di caduta di una vicenda storica, politica e giuridica peculiarissima, assume comunque rilevanza, ai fini del presente studio, come esempio del grado di pervasività che l'impatto del complesso istituzionale e giuridico dell'Unione europea può avere (ed ha avuto) sull'ordinamento costituzionale spagnolo, arrivando a toccare i fondamenti stessi della Costituzione economica della Spagna<sup>226</sup>.

Un'ulteriore considerazione, tra gli elementi rilevanti che determinano il quadro dei rapporti dell'ordinamento della Spagna nel contesto dell'integrazione europea, dev'essere svolta sul ruolo assunto dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea all'interno di tali rapporti. In relazione all'operato dei giudici ordinari, il Tribunal constitucional, con sentenza STC 58/2004<sup>227</sup>, ha ricondotto il rinvio pregiudiziale al

---

<sup>226</sup> Per un'analisi sul processo di approvazione, i contenuti e le conseguenze di questa revisione costituzionale si v. il numero monografico della rivista *Teoria y realidad constitucional* 29, 2012, consacrato a *La Reforma Constitucional*. Sui cambiamenti della Costituzione spagnola (formali e non) conseguenti all'integrazione europea v. R. BUSTOS GISBERT, *National Constitutional Identity in European Constitutionalism: Revisiting the Tale of the Emperor's New Clothes in Spain?*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRIO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 75-91.

<sup>227</sup> TC, sent. 14 aprile 2004, STC 58/2004.

diritto individuale alla tutela giurisdizionale, sancito dall'articolo 24 della Costituzione, per cui il fatto che i giudici si rivolgano alla Corte di Lussemburgo prima di valutare la disapplicazione di una legge interna eventualmente contrastante con il diritto europeo, rappresenterebbe una garanzia del singolo parallela a quella fornita dal giudizio incidentale di costituzionalità<sup>228</sup>. Come una legge in odore di illegittimità costituzionale può essere applicata al caso concreto solo dopo che abbia passato il giudizio del TC, così, sussistendone le condizioni, una legge può essere disapplicata per violazione del diritto europeo solo dopo il chiarimento di tali profili mediante il rinvio pregiudiziale<sup>229</sup>. Questa giurisprudenza, che identifica il rinvio come condizione per la disapplicazione della legge interna, è stata confermata successivamente, tra le altre, dalle sentenze STC 194/2006 e STC 78/2010<sup>230</sup>, e rappresenta un'eccezione alla natura infracostituzionale dei rapporti tra diritto interno e diritto europeo e all'estraneità della giurisdizione costituzionale a tali questioni: il Tribunal in sede di *amparo* si riserva di intervenire per valutare le condizioni di legittimità della disapplicazione della legge nazionale, verificando se nel caso concreto il giudice abbia adottato la decisione di quale norma applicare rispettando i limiti della propria giurisdizione e le giuste garanzie costituzionali, tra cui rientra anche il rinvio pregiudiziale (STC 194/2006, FJ 5).

D'altra parte, dopo aver definito questi profili di disciplina del rinvio pregiudiziale delle giurisdizioni ordinarie, che, come sottolineato in dottrina<sup>231</sup>, già facevano presagire un percorso evolutivo che estendesse tale strumento anche alla giurisdizione costituzionale, il Tribunal, dopo un'anticipazione in due opinioni dissenzienti alla sentenza 199/2009<sup>232</sup>, nel 2011 ha per la prima volta imboccato la via del dialogo aperto tra le corti, rivolgendo, con l'ordinanza 86/2011<sup>233</sup>, il suo primo rinvio pregiudiziale alla

---

<sup>228</sup> L. MONTANARI, *Verso il baricentro statale del diritto europeo*, cit., p. 13.

<sup>229</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 237.

<sup>230</sup> TC, sent. 19 giugno 2006, STC 194/2006 e sent. 20 ottobre 2010, 78/2010.

<sup>231</sup> F. FONTANELLI, *A comment on Tribunal Constitucional's judgement no. 199/2009 and Czech Constitutional Court's judgement no. 29/2009. How interpretation techniques can shape the relationship between constitutional courts*, in *STALS Research Papers*, 1, 2010, pp. 12-13.

<sup>232</sup> TC, sent. 28 settembre 2009, STC 199/2009.

<sup>233</sup> TC, ord. 16 giugno 2011, ATC 86/2011.

Corte di giustizia nel celebre caso *Melloni*, a cui sarò dedicato uno specifico approfondimento (v. *infra* par. 4.3).

#### **4. L'identità costituzionale nell'ordinamento spagnolo: emersione ed applicazione dei limiti materiali all'integrazione europea**

La ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (TECE) nel 2004 ha rappresentato, per l'ordinamento spagnolo e la sua giurisprudenza costituzionale, un momento di ricognizione e sistemazione anche dogmatica della partecipazione della Spagna al processo di integrazione europea. In questo frangente, in particolare con la dichiarazione 1/2004 dettata dal Tribunal ai sensi dell'articolo 95 Cost., l'ordinamento costituzionale spagnolo si è, in qualche modo, "allineato" alla giurisprudenza che andava diffondendosi anche negli altri Stati membri, ed è emersa anche per la Spagna l'idea che sussistano dei limiti materiali e dei principi costituzionali inderogabili che resistono all'applicazione del diritto europeo.

##### **4.1 Il Tribunal constitucional e il Trattato costituzionale: la *declaración* 1/2004**

Il 13 dicembre 2004 il Tribunal constitucional ha pubblicato la sua dichiarazione 1/2004, con cui, sollecitato dal Governo ad esprimersi sulla compatibilità con la Costituzione di alcuni passaggi del Trattato costituzionale europeo, ha provveduto ad un generale riassetto della propria giurisprudenza in merito ai rapporti tra Costituzione e integrazione europea<sup>234</sup>.

---

<sup>234</sup> TC, dic. 13 dicembre 2004, DTC 1/2004. Oltre ai commenti che saranno citati nelle successive note, su questa decisione del Tribunal constitucional si v., tra le moltissime: F. CASTILLO DE LA TORRE, *Opinion 1/2004 of 13 December 2004, on the Treaty Establishing a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 4, 2005, pp. 1169–1202; A. DEL VALLE GÁLVEZ, *Constitution Espagnole et Traité Constitutionnel Européen. La Déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004*, in *Cahiers de Droit Européen*, 5, 2005, pp. 705–723; F. DURANTI, *Il Tribunal Constitucional e la nuova Costituzione europea*, in *forumcostituzionale.it*, 2005; I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Una svolta nella giurisprudenza del Tribunal Constitucional*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2005, pp. 420-425.



L'analisi proposta dalla decisione del Tribunal verte su due assi portanti, corrispondenti alle questioni di costituzionalità del TECE sollevate dal Governo: da una parte il tema dei diritti fondamentali e della compatibilità con la Costituzione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ora incorporata nel Trattato e diventata vincolante; dall'altra il significato e la legittimità del principio del primato del diritto dell'Unione europea, affermato all'articolo I-6 del TECE.

In primo luogo, l'attenzione del Tribunal constitucional è rivolta all'ambito della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Esprimendosi positivamente sulla compatibilità con la Costituzione della Carta di Nizza, ed in particolare di quelli che oggi sono gli articoli 51 e 52, che definiscono il suo campo di applicazione e la portata dei diritti e principi in essa stabiliti, la dichiarazione 1/2004 riconosce il doppio canale di ingresso dei diritti fondamentali dell'Unione europea nell'ordinamento spagnolo: per via interpretativa e quindi ad integrazione ermeneutica del parametro costituzionale (art. 10 c. 2) e per via "diretta" con piena vincolatività per le autorità statali ma a livello infracostituzionale (art. 93). Tuttavia, pur avendone l'occasione, il Tribunal in questo passaggio non elabora un criterio di risoluzione per le possibili eventuali antinomie nell'interpretazione dei diritti garantiti da entrambi gli ordinamenti, ammettendo genericamente che solo nei singoli casi concreti di applicazione e nei singoli procedimenti di fronte ai giudici ordinari o costituzionali, si possa definire il contenuto delle singole posizioni individuali e relative garanzie (FJ 6)<sup>235</sup>. Effettivamente, il mancato chiarimento dei rapporti tra i due canali di applicazione della protezione dei diritti UE nell'ordinamento interno, ed in definitiva dei rapporti tra diritti costituzionalmente tutelati e diritti tutelati dal diritto europeo, ha fatto sì che poi negli anni seguenti si siano create delle concrete situazioni di conflitto nell'interpretazione dei contenuti dei diritti, come avvenuto in relazione all'interpretazione del principio di uguaglianza in ambito lavorativo

---

<sup>235</sup> A. TORRES PÉREZ, *Report on Spain*, cit., p. 465.

(caso *Cordero Alonso*<sup>236</sup>) o del diritto ad un equo processo, nell'ambito di applicazione del Mandato di Arresto Europeo (caso *Melloni* su cui v. *infra* par. 4.3).

La seconda questione su cui il Tribunale si esprime è una delle questioni fondamentali che hanno segnato la storia dell'integrazione europea in tutti gli Stati membri, ovvero l'applicazione del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale e il suo coordinamento con la Costituzione quale norma suprema degli ordinamenti statali.

Nell'introdurre il tema, la decisione si occupa preliminarmente di ridefinire il significato e la funzione dell'articolo 93 della Costituzione. Si abbandona così l'approccio minimalista e "proceduralista" della decisione sul Trattato di Maastricht di ventidue anni prima, in cui alla natura strettamente formale dell'articolo 93 corrispondeva la rigida valenza infracostituzionale dell'applicazione nazionale del diritto europeo, ma si prende atto, in maniera certamente più realista<sup>237</sup>, dell'effetto propriamente costituzionale dell'integrazione europea, dando alla clausola dell'articolo 93 un significato «sostanziale o materiale». Tale clausola rappresenta, dunque, «il supporto costituzionale di base dell'integrazione di altri ordinamenti con il nostro, attraverso la cessione dell'esercizio di competenze derivate dalla Costituzione ... In termini metaforici si potrebbe dire che l'articolo 93 opera come cerniera mediante il quale la Costituzione stessa consente l'ingresso nel nostro sistema costituzionale ad altri ordinamenti giuridici attraverso la cessione dell'esercizio di competenze» (FJ 2).

Ciò premesso, si stabilisce che il primato del diritto europeo come sancito dal TECE non viola la Costituzione e non necessita quindi di una previa revisione costituzionale,

---

<sup>236</sup> Il caso si riferiva all'applicazione di un fondo per i lavoratori che avevano perso il posto di lavoro per insolvenza del datore esclusivamente per il risarcimento dovuto in base a sentenza o decisione amministrativa in favore dei lavoratori, e non in caso di accordo di conciliazione, distinzione giustificata dal Tribunal Constitucional ed invece illegittima per la giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha confermato la vincolatività del diritto europeo come da essa interpretato anche in caso di contrasto con precedente interpretazione costituzionale interna nella decisione su rinvio pregiudiziale del *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*, CGUE, sent. del 7 settembre 2006, *Cordero Alonso*, C-81/05.

<sup>237</sup> P. PÉREZ TREMPES, *National Identity in Spanish Constitutional Court Case-law*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, p. 272.

per due ordini di motivi. In primo luogo, il primato si applica in riferimento ad un ordinamento giuridico che ha le sue radici nei valori condivisi e nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri, per cui non si creerebbe una tensione con la Costituzione statale. In secondo luogo, il primato del diritto dell'Unione europea è limitato nell'ambito di azione, in quanto ancorato al principio di attribuzione. Si deve distinguere concettualmente, infatti, tra *supremazia*, che è propria della Costituzione, e *primato* del diritto europeo. Il primato, già vincolato all'attribuzione di competenze alle istituzioni europee, opera sul piano dell'applicazione di norme ugualmente valide (norme interne e norme europee), stabilendo un criterio di prevalenza delle seconde in determinati ambiti materiali. La supremazia, invece, propria della Costituzione in quanto norma suprema dell'ordinamento, si riferisce a rapporti di validità nella produzione normativa e trova il suo fondamento nella gerarchia delle fonti stabilita dalla Costituzione<sup>238</sup>.

A completamento del ragionamento, però, il Tribunal aggiunge un passaggio argomentativo che rappresenta il centro dell'analisi del presente Capitolo. Infatti, nella decisione si ammette che, come naturale, il trasferimento di competenze abilitato dall'articolo 93 comporta inevitabilmente delle limitazioni (*rectius* autolimitazioni) nell'esercizio dei poteri sovrani dello Stato, ma per rendere le limitazioni ammissibili i trasferimenti devono essere compatibili con i «principi fondamentali dello stato sociale e democratico di diritto stabiliti dalla Costituzione nazionale». Sussistono, perciò, dei limiti materiali al trasferimento e all'esercizio delle competenze trasferite, limiti che derivano implicitamente dalla Costituzione e dal suo significato essenziale (FJ 2) e si traducono nel «rispetto della sovranità dello Stato, delle nostre strutture costituzionali di base e del sistema di valori e principi fondamentali consacrati nella nostra Costituzione, un sistema nel quale i diritti fondamentali hanno una individualità propria» (FJ 4). Se è vero che nel caso concreto del Trattato oggetto di scrutinio tali principi e valori sono rispettati, ed anzi rappresentano gli stessi valori su cui l'Unione è fondata, allo stesso tempo il giudice

---

<sup>238</sup> Si v. J. NANCLARES, *Constitutional Identity in Spain*, cit., pp. 275-276, che tuttavia ritiene questa distinzione concettuale “forzata, non necessaria, artificiale”, per quanto possa attrarre a prima vista.

costituzionale spagnolo riconosce che, nel caso improbabile («*difícilmente concebible*») in cui in futuro un ulteriore sviluppo del diritto europeo portasse risultati inconciliabili con la Costituzione spagnola, spetterebbe al Tribunal stesso, attraverso le procedure indicate nel testo costituzionale, garantire, in ultima istanza, «la conservazione della sovranità del popolo spagnolo e la supremazia della Costituzione», fermo restando che la salvaguardia ultima della sovranità risiede nello strumento estremo del recesso dall'Unione (FJ 4).

#### **4.2 Lo statuto teorico e funzionale dell'identità costituzionale spagnola**

Il riconoscimento esplicito nella dichiarazione 1/2004 della configurabilità di un nucleo duro di principi costituzionali che resiste all'applicazione del diritto dell'Unione europea non rappresenta un'assoluta novità per l'ordinamento spagnolo, ma trova un antecedente in un'altra pronuncia del Tribunal constitucional, seppur più vaga e generica nella formulazione. Nella sentenza STC 64/1991, infatti, si era già affermato il principio secondo cui l'applicazione del diritto europeo da parte delle autorità pubbliche spagnole non poteva realizzarsi in violazione dei precetti costituzionali, poiché la cessione dell'esercizio delle competenze a favore degli organismi sovranazionali non fa venir meno la subordinazione dei poteri pubblici alla Costituzione<sup>239</sup>. In particolare, nella vicenda in questione, si stabiliva che nel caso di un *recurso de amparo* deve rimanere in capo al giudice costituzionale la possibilità e il dovere di cognizione dell'eventuale lesione di un diritto fondamentale da parte di un'autorità pubblica nazionale anche se questa deriva dall'esecuzione di norme di diritto europeo<sup>240</sup>. Tale ricostruzione, per altro, risulta coerente con quanto poi statuito nella decisione sul Trattato costituzionale, risolvendosi, di fatto, nel riconoscere che il primato del diritto europeo, accettato ed applicato sul piano infracostituzionale, non si applica alla Costituzione, che mantiene il

---

<sup>239</sup> Si v. in particolare FJ 4b, F. BALANGUER CALLEJON, *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola*, cit., pp. 127-128.

<sup>240</sup> *Ibidem*.

suo ruolo di norma fondamentale suprema di garanzia degli individui nei confronti dell'azione dei poteri pubblici, in ragione della sua *supremazia*<sup>241</sup>.

Venendo ad analizzare la clausola testuale utilizzata dal Tribunal per porre la riserva dell'identità costituzionale spagnola, vi sono alcuni elementi da porre in luce. La formula comporta da una parte la tutela degli elementi essenziali dello Stato (la salvaguardia della sovranità in sé, le strutture costituzionali di base) e dall'altra gli elementi essenziali della Costituzione (il sistema dei valori e principi fondamentali di cui sono parte integrante i diritti fondamentali)<sup>242</sup>. È evidente a primo sguardo un parallelismo tra la scelta del giudice costituzionale e la formulazione della *identity clause* oggi contenuta all'articolo 4 c. 2 del TUE, che assume maggior peso alla luce del fatto che la decisione 1/2004 sembra aderire a quell'opzione interpretativa che vede in tale clausola un' "europeizzazione dei controlimiti", un riconoscimento, cioè, da parte dei Trattati istitutivi, dell'esistenza e legittimità di un nucleo costituzionale inderogabile nei diversi ordinamenti nazionali<sup>243</sup>.

Tuttavia, la genericità che, forse inevitabilmente, caratterizza la formula proposta dal Tribunal, impone uno sforzo ulteriore per cercare strumenti per ipotizzare il contenuto effettivo da ricondurre all'identità costituzionale spagnola, o, in altre parole e più in particolare, per identificare quali siano "i valori e principi fondamentali" della Costituzione della Spagna. Alcune indicazioni provengono dal già citato parere n. 850/91 prodotto dal Consiglio di Stato prima dell'approvazione del Trattato di Maastricht (v. *supra* par. 3.2), che rappresenterebbe un secondo precursore della decisione 1/2004, avendo individuato *ante tempus* un nucleo costituzionale intangibile dal processo di integrazione sovranazionale<sup>244</sup>. Infatti, nell'equiparare dei trasferimenti di competenze

---

<sup>241</sup> A. SAIZ ARNAIZ, *L'identité nationale et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole*, in L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Parigi, 2011, p. 112.

<sup>242</sup> P. PÉREZ TREMPES, *National Identity in Spanish Constitutional Court Case-law*, cit., pp. 270-272.

<sup>243</sup> M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Articolo 11*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Torino, 2006, p. 301, v. anche *infra* Cap. IV.

<sup>244</sup> A. SAIZ ARNAIZ, *L'identité nationale et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole*, cit., pp. 112-113.

all'Unione europea ai sensi dell'articolo 93 della Costituzione ad una forma di revisione costituzionale, il Consiglio di Stato asseriva che tale processo dovesse incontrare come limite assoluto quel gruppo di principi e disposizioni che la Costituzione spagnola tutela particolarmente di fronte alla revisione costituzionale, raccolti nel Titolo Preliminare, nel Capitolo secondo, Sezione prima del Titolo I e al Titolo II della Costituzione, sottoposti, come già descritto *supra* al par. 2, alle procedure di riforma "super-rafforzate" di cui all'articolo 168. D'altra parte, la presenza nei testi costituzionali di clausole di rigidità rafforzata per alcune disposizioni è esplicitamente considerato in dottrina uno degli strumenti ermeneutici per ricostruire i contenuti dell'identità costituzionale di un ordinamento<sup>245</sup>. Così, ammettendo questa indicazione, i "valori e principi fondamentali" della Costituzione comprenderebbero, oltre ai diritti fondamentali esplicitamente richiamati nella decisione 1/2004 del Tribunal (Capitolo secondo, Sezione prima del Titolo I) e alle norme sulla forma di stato monarchica (Titolo II), le disposizioni del Titolo preliminare, tra cui certamente assumono rilevanza il riconoscimento di libertà, giustizia, uguaglianza e pluralismo politico come valori superiori (art. 1), il principio di unità territoriale (art. 2), il pluralismo linguistico (art. 3), l'affermazione della libertà personale, del principio di uguaglianza e del principio di legalità nelle sue diverse componenti (art. 9), mentre destano perplessità, se rapportate al processo di integrazione europea, altre previsioni, come quelle concernenti la bandiera o la capitale dello Stato (artt. 4 e 5), o le specificazioni riguardanti le funzioni dei partiti politici, dei sindacati e delle forze armate (artt. 6, 7, 8), strettamente connesse alla genesi della Costituzione spagnola del 1978 nel superamento del regime franchista. Bisogna notare, nondimeno, che lo stesso Consiglio di Stato, chiamato ad esprimersi sul Trattato costituzionale con il parere 2544/2004<sup>246</sup>, poco prima della decisione del Tribunal constitucional, non fa alcun riferimento all'ipotesi da esso stesso teorizzata un ventennio prima, ma accenna all'idea di una limitazione all'attribuzione di competenze all'Unione europea per il tramite dell'articolo 93, considerando che esso non permetterebbe «un'attribuzione in blocco o globale della

---

<sup>245</sup> C. GREWE, *Methods of Identification of National Constitutional Identity*, cit., p. 42.

<sup>246</sup> Cons. st., *Dictamen* del 21 ottobre 2004, 2544/2004.

totalità delle competenze che avrebbe la conseguenza di svuotare le competenze statali, o persino di compromettere l'organizzazione politica dello Stato»<sup>247</sup>.

In sostanza, la formula che definisce i limiti costituzionali all'integrazione europea risulta molto vaga, e l'elencazione contenuta al FJ 4 della decisione 1/2004, che nelle parole del Tribunal dovrebbe chiarire quali siano i limiti che derivano dal "significato essenziale" della Costituzione (FJ 2), non consente di avere degli appigli testuali o interpretativi decisivi, lasciando un grande spazio di manovra al giudice costituzionale stesso per orientare in prospettiva i propri interventi e le proprie valutazioni sul punto in maniera sostanzialmente libera<sup>248</sup>. In aggiunta, concretamente, alcune delle clausole scelte rivelano delle criticità. Il fatto di inserire il "rispetto della sovranità dello Stato" tra gli elementi dell'identità costituzionale spagnola sembra dimenticare che in realtà ci sono aspetti di questa sovranità che sono indubbiamente influenzati e compressi dall'integrazione sovranazionale (gestione delle frontiere, politica monetaria, ...), senza che il Tribunal abbia ritenuto necessaria una revisione costituzionale di abilitazione, né in occasione del Trattato di Maastricht né rispetto al Trattato costituzionale, come invece avvenuto nell'esperienza francese in ragione della più precisa riserva delle "condizioni essenziali di esercizio della sovranità", quindi al massimo il limite del rispetto della sovranità sarebbe un limite quantitativo e non qualitativo al diritto europeo<sup>249</sup>. Inoltre, il riferimento generico ai diritti fondamentali non aggiunge alcun elemento di valutazione o di risoluzione rispetto ai potenziali conflitti tra i diritti costituzionalmente tutelati e l'interpretazione degli stessi nella Carta dei diritti dell'Unione o nel diritto europeo in genere (su cui v. *infra* par. 4.3).

Una certa dottrina si è espressa in maniera critica sulla scelta del Tribunal constitucional di identificare in maniera interpretativa i limiti materiali all'integrazione europea senza proporre, nella propria dichiarazione, l'incorporazione degli stessi nel testo

---

<sup>247</sup> A. SAIZ ARNAIZ, *L'identité nationale et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole*, cit., p. 114.

<sup>248</sup> Ivi, p. 120.

<sup>249</sup> J. NANCLARES, *Constitutional Identity in Spain*, cit., pp. 280-281.

della Costituzione ai sensi dell'articolo 95 della Costituzione. Andando ad integrare in senso limitativo la "clausola europea" della Costituzione spagnola, in effetti, il necessario rispetto per i principi e valori fondamentali dell'ordinamento avrebbe potuto essere integrato anche testualmente all'articolo 93, al fine di chiarire e dare un punto fermo interpretativo alla delicata gestione dei rapporti interordinamentali, a maggior ragione alla luce del fatto che il fondamento costituzionale dei "controlimiti" spagnoli è totalmente implicito («límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto», FJ 2, DTC 1/2004)<sup>250</sup>.

Un ulteriore nota di commento merita l'impostazione dell'identità costituzionale spagnola in relazione ai principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione. Il Tribunale, infatti, nel delineare l'ipotesi di una opposizione da parte sua, in futuro, dei limiti materiali all'applicazione del diritto europeo in caso di violazione del nucleo duro costituzionale spagnolo, al FJ 4 della decisione 1/2004 non solo definisce come assolutamente improbabile lo scostamento del diritto dell'Unione dai valori fondamentali dell'ordinamento, ma interpreta tali valori come del tutto sovrapponibili ai valori su cui è fondata l'Unione stessa. Si assiste dunque ad una sorta di inversione di prospettiva nell'orizzonte delle "giurisprudenze identitarie" delle corti degli Stati europei: parallelamente ad una giurisprudenza europea storica che interpreta il diritto europeo anche alla luce delle "tradizioni costituzionali comuni", si ha una giurisprudenza costituzionale che interpreta lo stesso diritto e lo ritiene conforme a questi stessi valori e tradizioni, tanto che la dichiarazione 1/2004 è avvicicabile alla sentenza *Solange II* del *Bundesverfassungsgericht* tedesco<sup>251</sup>. Nell'elaborare e portare alla luce l'esistenza di limiti materiali all'integrazione, dunque, il Tribunale bilancia da subito l'enunciato

---

<sup>250</sup> A. LÓPEZ CASTILLO, *La Unión Europea "en constitución" y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre*, in ID, A. SAIZ ARNAIZ, V. FERRERES COMELLA (a cura di), *Constitución Española y Constitución Europea: análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, 2005, p. 34.

<sup>251</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, *La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004): "Un Solange II à l'espagnole"*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 18, 2005, p. 8.



sottolineando la convergenza dei principi fondamentali dell'ordinamento spagnolo con quelli dell'Unione europea, cosicché i limiti inderogabili al trasferimento di competenze coinciderebbero con i presupposti su cui si fonda il Trattato costituzionale. Per come è formulata la questione, il Trattato e la Costituzione spagnola si rispettano mutualmente, in un fenomeno di “metacostituzionalità reciproca” che genera una stabilità costituzionale in cui coincidono le esigenze che l'uno e l'altro ordinamento si rivolgono vicendevolmente<sup>252</sup>. In tal modo un conflitto tra Unione europea e Spagna sul piano dei principi fondamentali si porrebbe contemporaneamente anche come un conflitto tra norma europea e principi dello stesso ordinamento dell'Unione: il diritto dell'Unione europea non può dunque violare l'identità costituzionale spagnola senza violare anche i valori fondanti dell'ordinamento europeo<sup>253</sup>.

Come dovrebbe essere attivato, dunque, il limite elaborato dal Tribunal nel caso di un'eventuale violazione dei principi e valori indicati dalla dec. 1/2004 da parte del diritto dell'Unione? Il giudice costituzionale fa riferimento a sé stesso come difensore ultimo della sovranità del popolo spagnolo e della supremazia della Costituzione, affermando che compete ad esso la risoluzione di problematiche su questo piano “attraverso i procedimenti costituzionali pertinenti”<sup>254</sup>. Si deve dunque ritenere, anche alla luce di quanto emerge dalla vicenda presentata *infra* al par. 4.3 e pur considerando la grande genericità dell'elaborazione della giurisprudenza costituzionale sul punto, che le eventuali antinomie tra diritto europeo direttamente applicabile e identità costituzionale spagnola sarebbero poste all'attenzione del Tribunal constitucional attraverso le diverse forme di controllo di costituzionalità successivo previste dall'ordinamento: il ricorso di costituzionalità diretto di cui all'articolo 162 Cost. da parte del Presidente del Governo,

---

<sup>252</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, 2004, pp. 139 ss.

<sup>253</sup> A. SAIZ ARNAIZ, *L'identité nationale et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole*, cit., pp. 118-119.

<sup>254</sup> DTC 1/2004, FJ 4: «... en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes».

del *Defensor del Pueblo*, o di cinquanta deputati o senatori, la questione incidentale di costituzionalità di cui all'articolo 163 Cost., e anche il *recurso de amparo constitucional*, a disposizione di ogni cittadino, la cui applicabilità anche nel caso di esecuzione di diritto europeo è da tempo riconosciuta dal Tribunal (STC 64/1991). Nel caso, finora mai verificatosi, di dichiarazione di incostituzionalità di una norma di diritto europeo contrastante con l'identità costituzionale spagnola, sembra corretto ritenere che la decisione del Tribunal non riguarderebbe la validità della norma europea in sé quanto piuttosto, mancando un atto normativo interno di ratifica dei Trattati alla luce dell'adattamento automatico dell'ordinamento sancito dall'articolo 96 Cost., la sua applicabilità nell'ordinamento interno, per violazione dei termini in cui la Costituzione consente, o meglio ha consentito, la conclusione del Trattato da cui la norma deriva, ed in particolare la previa valutazione della compatibilità costituzionale dello stesso, ai sensi dell'art. 95<sup>255</sup>.

#### **4.3 Diritti fondamentali e diritto europeo alla prova: il caso *Melloni***

L'ordinamento spagnolo è stato protagonista, in tempi relativamente recenti, di una dinamica di dialogo tra il giudice costituzionale nazionale e la Corte di giustizia dell'Unione europea di grande rilevanza non solo perché si è trattato del primo rinvio pregiudiziale rivolto dal Tribunal alla Corte di giustizia, ma anche e soprattutto per i profili giuridici coinvolti, nell'ambito dei rapporti tra diritti costituzionalmente tutelati e diritto europeo e dell'interpretazione dell'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, con la questione della riserva del nucleo duro costituzionale a fare da sfondo.

Nel celebre caso *Melloni*, infatti, il Tribunal constitucional si trovava a dover decidere su un *recurso de amparo* per un caso di esecuzione di un Mandato di Arresto Europeo per un imputato condannato in contumacia in Italia. Il parametro costituzionale di riferimento era dunque l'ambito dei diritti fondamentali ed in particolare il diritto alla

---

<sup>255</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo*, cit., pp. 241-242.

difesa e ad un equo processo sancito dall'articolo 24 della Costituzione spagnola che, come interpretato nella giurisprudenza passata del Tribunal, comprendeva la garanzia di revisione della sentenza per i condannati in assenza in un altro Stato come condizione per l'esecuzione di provvedimenti di estradizione o di MAE. Alla luce del fatto che, nel caso di specie, il diritto italiano non prevedeva tale possibilità, e allo stesso tempo, in base alla normativa europea rappresentata dalla decisione quadro sul MAE (2002/584/GAI), tale mandato poteva essere eseguito legittimamente, si poneva il problema della possibile deroga all'applicazione della decisione quadro in ragione di una maggior tutela dei diritti individuali garantita dalla Costituzione nazionale rispetto all'ordinamento dell'Unione europea. A questo proposito, dunque, il Tribunal, con l'ordinanza 86/2011<sup>256</sup> rivolgeva alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali concatenate: in primo luogo si richiedeva un chiarimento nell'interpretazione della decisione quadro, per definire se essa impedisca alle autorità nazionali di rifiutare l'esecuzione di un MAE qualora lo Stato richiedente non garantisca la possibilità di revisione del processo, ritenuta parte del contenuto essenziale del diritto ad un equo processo; in secondo luogo, qualora la risposta fosse stata positiva, si chiedeva di verificare la compatibilità di tale previsione con la Carta di Nizza, ed in particolare con gli articoli 47 e 48 che tutelano il diritto all'equo processo e alla difesa; infine, nel caso di risposta negativa all'eccezione di validità, si richiedeva se l'articolo 53 della stessa Carta dei diritti dell'Unione<sup>257</sup> consenta ad uno Stato membro di applicare una tutela più elevata ai diritti di difesa dei condannati e quindi in base a ciò rifiutare l'esecuzione di un MAE nei casi come quello *a quo*. Il giudice costituzionale spagnolo, in buona sostanza, confortato dal tenore letterale dell'articolo 53 della Carta, chiedeva se fosse legittimo non applicare una norma di diritto europeo qualora questo

---

<sup>256</sup> TC, *Auto* 9 giugno 2011, 86/2011.

<sup>257</sup> Articolo 53 della Carta dei diritti dell'Unione europea: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.»

fosse giustificato dal riconoscere uno standard nazionale più elevato di tutela ai diritti individuali.

La risposta della Corte di giustizia, arrivata il 26 febbraio 2013<sup>258</sup>, respingeva però tutti i tentativi del Tribunal di dare applicazione alla propria giurisprudenza precedente. Rigettate la proposta interpretativa della decisione quadro e la questione di validità della stessa ai sensi degli articoli 47 e 48 della Carta, ufficializzando, in un certo senso, il fatto che il diritto alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento europeo ha garanzie inferiori, in riferimento allo specifico profilo interessato, rispetto a quelle disposte dalla Costituzione spagnola, gli esiti della questione sulla portata dell'articolo 53 rivelano alcuni ulteriori profili critici. La Corte di giustizia, infatti, ritiene che l'articolo 53 non consenta a uno Stato membro di evitare l'esecuzione dei propri obblighi derivanti dalla decisione quadro per dare tutela al diritto individuale ad un equo processo come definito dall'ordinamento costituzionale interno, poiché la clausola di maggior tutela, con l'adozione di standard nazionali più elevati di tutela dei diritti fondamentali, può essere applicata solo qualora questo non comprometta «il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (pto. 60). La Corte di giustizia, dunque, in questo passaggio in particolare, ampiamente analizzato in dottrina<sup>259</sup>, pone il punto di equilibrio tra i due sistemi di garanzia (nazionale ed europeo) spostato verso le esigenze di funzionalità del diritto europeo, a discapito delle peculiarità costituzionali nazionali e della massima tutela per il singolo cittadino coinvolto: anche in un caso come questo, in cui non è la disciplina materiale ad essere in gioco, ma elementi del nucleo costituzionale dell'ordinamento coinvolto, devono essere garantite l'applicazione e l'efficacia del diritto europeo, anche arrivando ad applicare uno standard di tutela dei diritti inferiore<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> CGUE, sent. del 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, C-399/11.

<sup>259</sup> Si segnala sul punto, tra i molti, il punto di vista molto critico di A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2, 2013, pp. 399-408.

<sup>260</sup> L. MONTANARI, *Verso il baricentro statale del diritto europeo*, cit., pp. 19-20.

A questo punto, il Tribunal Constitucional si trovava di fronte a un' "alternativa imbarazzante"<sup>261</sup>: accettare la ricostruzione della Corte di giustizia rinunciando alla garanzia dei diritti fondamentali costituzionali, e quindi, in sostanza, rinunciando all'idea che i diritti come garantiti dalla Costituzione nazionale possano rappresentare un limite all'applicazione del diritto europeo, oppure opporre, appunto, i "controlimiti" e la supremazia dei diritti fondamentali come interpretati nel diritto costituzionale interno e aprire un conflitto esplicito con la Corte di Lussemburgo<sup>262</sup>.

La scelta dei giudici costituzionali spagnoli è però un compromesso tra le due strade. Il Tribunal, infatti, con la sentenza 26/2014<sup>263</sup> respinge il ricorso di amparo, ammettendo così l'esecuzione del MAE in questione, ma afferma e tutela la posizione propria e della Costituzione spagnola seguendo due traiettorie. In primo luogo, in via introduttiva, i giudici spagnoli ricordano l'esistenza di un nucleo duro invalicabile e non derogabile per il tramite dei trasferimenti di competenze di cui all'articolo 93, riprendendo la propria decisione 1/2004. Anche se spetta alla Corte di giustizia verificare la validità delle norme di diritto europeo alla luce dei Trattati, viene riaffermata la competenza del Tribunal a garantire in ultima istanza la sovranità del popolo spagnolo e la supremazia della Costituzione (FJ 2), anche se nel caso concreto si valuta di non dare seguito a tale eventualità, limitandosi alla "minaccia". In secondo luogo, nel dare in qualche modo seguito alla sentenza della Corte di giustizia, il Tribunal non esplicita il ruolo della stessa nel determinare la sua decisione, ma procede ad un revirement giurisprudenziale, agendo sull'interpretazione del parametro costituzionale e cambiando così il contenuto riconosciuto al diritto ad un equo processo, attraverso una giustificazione interna all'ordinamento nazionale basata sull'applicazione dell'articolo 10 c. 2 Cost. e sul richiamo soprattutto alla CEDU<sup>264</sup>. Così, in concreto, i giudici spagnoli ritengono che nel

---

<sup>261</sup> F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 marzo 2014.

<sup>262</sup> *Ibidem*.

<sup>263</sup> TC, sent. del 13 febbraio 2014, STC 26/2014.

<sup>264</sup> J. NANCLARES, *Constitutional Identity in Spain*, cit., p. 277.

caso di specie, quando ci si riferisca non a diritti individuali da esercitare all'interno dell'ordinamento spagnolo, ma in un ordinamento straniero, l'estensione della tutela della difesa del singolo può essere minore rispetto a quella assicurata nell'ordinamento interno, e rivedono quindi in senso limitativo la propria accezione del diritto in questione, adeguandola al livello di tutela garantito dalla CEDU e dalla Carta dei diritti dell'Unione europea (FJ 4). Il fatto di presentare l'evoluzione giurisprudenziale non come conseguenza del precedente rinvio pregiudiziale ma come ripensamento autonomo permette così al Tribunal da una parte di evitare lo scontro e dall'altra di non riconoscere che, di fatto, il diritto europeo, e la giurisprudenza della Corte di giustizia in particolare, possono imporre una riduzione delle garanzie dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione<sup>265</sup>.

Tale vicenda, sul piano generale, dimostra come il riconoscimento della riserva dell'identità costituzionale portato dalla decisione 1/2004 sia da considerarsi come un elemento consistente dell'ordinamento costituzionale spagnolo e della giurisprudenza del Tribunal. Questo seguito giurisprudenziale, con la minaccia dell'attivazione dei controlimiti all'applicazione del diritto dell'Unione, concorre quindi a far uscire tale strumento da una condizione di virtualità per divenire un mezzo effettivamente applicabile e a disposizione del giudice costituzionale. D'altra parte, la dinamica inter-ordinamentale del caso Melloni evidenzia le difficoltà che si pongono nel ricercare il punto di equilibrio nel sistema di tutela multilivello dei diritti tra istanze di garanzia e istanze di efficacia (in questo caso del MAE come strumento di diritto europeo) e nel diverso contenuto delle garanzie nei diversi ordinamenti. Se, da una parte, si rimprovera alla Corte di giustizia di non aver considerato nelle sue valutazioni la necessità di rispettare l'identità nazionale della Spagna, come sarebbe prescritto dall'articolo 4 c. 2 del TUE<sup>266</sup>, dall'altra non si può che considerare che il Tribunal constitucional, quando ne ha avuto l'occasione nella decisione 1/2004 o precedentemente, non ha saputo

---

<sup>265</sup> L. MONTANARI, *Verso il baricentro statale del diritto europeo*, cit., p. 20.

<sup>266</sup> A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato*, cit..

elaborare dei meccanismi di coordinamento tra i diritti tutelati dalla Costituzione interna e le garanzie sovranazionali agli stessi, che nell'ordinamento spagnolo hanno una duplice dimensione di sovrapposizione (l'adattamento automatico *ex art. 96* e l'integrazione interpretativa *ex art. 10 c. 2*).

Sul piano concreto, però, le criticità risultano più sfumate. Dal punto di vista della Carta dei diritti dell'Unione, la Corte di giustizia non nega *tout court* la validità della clausola di maggior tutela di cui all'articolo 53, ma ne dà un'interpretazione restrittiva in un caso ben determinato. In primo luogo, infatti, nella vicenda in oggetto l'applicazione della maggior tutela statale avrebbe impedito del tutto l'applicazione dello strumento del MAE, compromettendone in radice l'efficacia in un numero indefinito di casi. D'altra parte, senza entrare nel dettaglio, sembra comunque ragionevole, come ammette il Tribunal constitucional stesso, che uno strumento ad applicazione interstatale come il MAE non preveda il perfetto allineamento di tutti gli ordinamenti coinvolti su ogni singolo profilo delle garanzie processuali ma un accordo sulla tutela di un nucleo essenziale del diritto individuale all'equo processo. Quanto rilevante sia, per l'identità costituzionale spagnola, lo specifico profilo del diritto alla difesa contestato nel caso di specie, è poi tutto da dimostrare. Nella sentenza 26/2014 del Tribunal, infatti, si possono notare nel collegio giudicante ben tre opinioni dissenzienti che, pur condividendo le conclusioni della sentenza (il rigetto dell'amparo e conseguente esecuzione del MAE), dissentono in senso, per così dire, "europeistico" non condividendo l'espunzione della sentenza della Corte di giustizia e il principio del primato del diritto europeo dal ragionamento approntato nella stesura dell'opinione maggioritaria. Addirittura, dalle conclusioni al caso Melloni dell'Avvocato generale Yves Bot presso la Corte di giustizia, si evince che lo stesso governo spagnolo, intervenuto nel procedimento di decisione della questione pregiudiziale, aveva espressamente negato che l'interpretazione della portata dell'articolo 24 della Costituzione avesse una rilevanza tale da integrare l'identità costituzionale della Spagna (p.to 140-141).

## 5. Identità costituzionale, stato autonomico e rivendicazioni territoriali

Un'analisi dell'identità costituzionale della Spagna come quella disposta nel presente Capitolo non può concludersi senza un breve cenno alle peculiari dinamiche interne all'organizzazione territoriale dell'ordinamento spagnolo che hanno portato negli ultimi anni a forti tensioni fino alla recente crisi costituzionale legata alla dichiarazione unilaterale di indipendenza della Catalogna nell'autunno 2017. È evidente che tali dinamiche non rientrano nell'ambito di azione del concetto di identità costituzionale in senso funzionale come definito ai fini della presente analisi, ma è altrettanto vero che i temi e la semantica dell'identità nazionale, o meglio *delle identità nazionali*, hanno avuto una rilevanza per la storia costituzionale della Spagna, in riferimento alle rivendicazioni delle Comunità autonome più risolte, come, appunto la Catalogna o i Paesi Baschi, fondate su forti identità storiche, linguistiche e culturali proprie<sup>267</sup>. Non si tratta dunque di identità costituzionali nel senso qui considerato, ma si tratta certamente di questioni identitarie e allo stesso tempo costituzionali se non costituenti (nel caso catalano).

Un primo livello di rilevanza di tali temi, infatti, rientra nell'ambito del c.d. *subnational constitutionalism*, ovvero l'attribuzione e l'esercizio di un potere costituente o para-costituente agli enti sub-nazionali negli stati composti, che nel caso della Spagna riguarda gli Statuti delle Comunità autonome, ed in particolare quelli scaturenti dalla stagione di riforme dei primi anni 2000<sup>268</sup>. Nella formulazione di queste "Carte fondamentali" degli enti territoriali, infatti, sono presenti in maniera estensiva, soprattutto nei Preamboli, elementi afferenti alle *identity narratives*, che "autodefiniscono" le singole comunità<sup>269</sup> facendo appello al piano storico, nazionale (alcune Comunità si qualificano,

---

<sup>267</sup> A. SAIZ ARNAIZ, *L'identité nationale et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole*, cit., p. 112 n. 51.

<sup>268</sup> Sul *subnational constitutionalism*, per definizioni e approfondimento, anche comparatistico, dei temi ad esso legati si v. G. MARTINICO, G. DELLEDONNE, *Legal Conflicts and Subnational Constitutionalism*, in *Rutgers Law Journal*, 4, 2012, pp. 881-912, e poi i due volumi monografici a ciò dedicati di *Perspectives on Federalism*, 2, 4, 2012 e 6, 2, 2014 (G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, P. POPELIER (a cura di), *Re-exploring subnational constitutionalism*).

<sup>269</sup> G. MARTINICO, G. DELLEDONNE, *Legal Conflicts and Subnational Constitutionalism*, cit., p. 897.



appunto, come nazioni), culturale-linguistico, valoriale, simbolico<sup>270</sup>, con funzione non solo di riconoscimento, ma anche, e forse soprattutto, in senso strategico, di rivendicazione di maggiori competenze e maggiori fondi dal livello di governo statale<sup>271</sup>. Tuttavia, tali elementi identitari sono stati, attraverso una serie di ricorsi di costituzionalità di fronte al Tribunal Constitucional, espunti dal testo degli Statuti o sostanzialmente privati di qualunque efficacia giuridica interpretativa.

Nel caso della Catalogna, proprio la frustrazione dello sforzo riformatore e innovatore dello Statuto, oggetto della celebre sentenza 31/2010<sup>272</sup>, che non riguardava esclusivamente gli elementi “identitari”, ma anche e soprattutto temi legati ai diritti individuali, al bilinguismo, al riparto di competenze e all’autonomia finanziaria della Comunità, può essere letto come uno dei presupposti della più recente e nota crisi nella regione, con l’azione politica di movimenti politici indipendentisti culminata con l’indizione di un referendum e la successiva dichiarazione unilaterale di indipendenza della Catalogna il 27 ottobre 2017<sup>273</sup>.

Anche se la ricostruzione della complessa vicenda, ancora in atto, esorbita completamente dagli obiettivi del presente scritto, dai diversi passaggi della giurisprudenza costituzionale spagnola sulle tappe della crisi catalana, si possono trarre alcune conferme e indicazioni, in particolare in tema di revisione costituzionale e quindi, in fin dei conti, in tema di principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale. Infatti, dato per assodato il fatto che l’unità e indissolubilità dello stato spagnolo sono garantite dall’articolo 2 della Costituzione, il Tribunal constitucional, in più di un’occasione

---

<sup>270</sup> Si ritrova una ricostruzione dettagliata di tutti questi elementi nei diversi Statuti approvati nei primi anni 2000 in I. Ruggiu, *Building Subnational Constitutionalism Through Identity Narratives. The Case of Spain*, in *Perspectives on Federalism*, 2, 4, 2012, pp. 7-35.

<sup>271</sup> G. MARTINICO, G. DELLEDONNE, *Legal Conflicts and Subnational Constitutionalism*, cit., p. 899.

<sup>272</sup> TC, sent. del 28 giugno 2010, STC 31/2010, su cui v. J. M. CASTELLÀ ANDREU, *La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico*, in *federalismi.it*, 18, 2010.

<sup>273</sup> Per una ricostruzione della vicenda e del seguito v. A. DI MARTINO, *Il conflitto costituzionale sulla Catalogna: origini, svolgimento, prospettive*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, pp. 49-107; E. BINDI, *Oltre i confini dell’autonomia. La Catalogna tra diritto a decidere e costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2019.

conferma che l'intera Carta costituzionale è aperta alla revisione, e dunque qualunque disposizione costituzionale è passibile di essere modificata, compresa quella che dispone l'unità dello Stato e la conseguente impossibilità attuale della secessione catalana<sup>274</sup>. Le condizioni a cui questa revisione è sottoposta sono due: il rispetto dei limiti formali, ovvero delle procedure imposte dal testo della Costituzione, che nel caso dell'articolo 2 corrispondono a quelle "super-rafforzate" dell'articolo 168, e il rispetto di limiti materiali, che impongono l'adozione del metodo democratico nel contesto in cui la revisione costituzionale emerge, non potendo essa essere «preparata o difesa attraverso azioni che violano i principi democratici, i diritti fondamentali o qualunque altro mandato costituzionale» (STC 259/2015, FJ 7).

Di fronte alla crisi costituzionale forse più grave dei quarant'anni di vigenza della Costituzione del 1978, con l'unità territoriale dello Stato a rischio, dunque, il giudice costituzionale spagnolo, forse confortato dall'onerosità delle procedure formali di revisione e pur immaginando una nuova condizione per la loro attuazione, lontana da "strappi" del metodo democratico, conferma l'assenza di un nucleo costituzionale inderogabile dal potere costituente, ammettendo che anche il principio di indissolubilità dello Stato possa essere modificato. Nell'ordinamento costituzionale spagnolo si riafferma, dunque, un modello di garanzia dei principi fondamentali dell'ordinamento con una duplice modalità di estrinsecazione: da un lato l'identità costituzionale costituisce un limite sostanziale all'integrazione europea e all'applicazione del diritto dell'Unione, che però sul piano procedurale non incontra vincoli, facendo il suo ingresso nell'ordinamento per il tramite dell'articolo 93 Cost., mentre dall'altro, verso l'interno, il legislatore costituzionale rimane virtualmente libero di riformare qualunque disposizione della Costituzione, essendo però soggetto a limiti procedurali gravosi.

---

<sup>274</sup> TC, sent. del 2 dicembre 2015, STC 259/2015, FJ 7, dettata in riferimento a una risoluzione del Parlamento catalano del 9 novembre 2015 che definiva una sorta di piano d'azione volto all'istituzione di un nuovo stato sovrano, e sent. del 17 ottobre 2017, STC 114/2017, FJ 5, sull'indizione del referendum sull'indipendenza ad opera delle autorità catalane.

## 6. Conclusioni

Il modello spagnolo di tutela dell'identità costituzionale delineato nel presente Capitolo si definisce in prima battuta per la scelta semantica delle sue istituzioni: nell'ordinamento spagnolo, infatti, si aderisce all'utilizzo dell'armamentario concettuale dell'identità costituzionale, identificando un nucleo costituzionale (sovranità dello Stato, strutture costituzionali di base, sistema di valori e principi fondamentali della Costituzione, tra cui in particolare i diritti fondamentali) come limite all'applicazione interna del diritto europeo, senza però utilizzare tale "etichetta".

La dottrina che ha tentato un inquadramento sistematico identifica tre funzioni fondamentali della clausola di riserva costituzionale definita dal Tribunal constitucional nella decisione 1/2004<sup>275</sup>. In primo luogo, coerentemente con la genesi del modello analizzata *supra* al Cap. II e come esplicitamente previsto dalla formulazione della clausola, essa sarebbe indirizzata a preservare la sovranità e l'esercizio delle funzioni statali, disponendo i limiti ultimi al processo di integrazione sovranazionale, che trova la sua fonte e la sua legittimazione interna nell'articolo 93 della Costituzione e nell'atto di adesione all'Unione e accettazione del suo vincolo, che è diretta espressione proprio della sovranità statale (STC 28/1991, FJ 4). In secondo luogo, l'identità costituzionale si rivolgerebbe al diritto derivato, rappresentando un limite all'applicazione del primato del diritto dell'Unione. Infine, essa compenserebbe l'assenza nella Costituzione di una "clausola di eternità". Da una parte, come già ricordato, l'articolo 168 consentirebbe di identificare i potenziali contenuti dell'identità costituzionale opposta all'integrazione europea, formulata in termini più vaghi e generali nella giurisprudenza costituzionale. D'altro canto, invece, ci si pone il problema della potenziale applicazione di quest'ultima riserva anche nei confronti del legislatore costituzionale, come limite assoluto alla revisione, anche se le pronunce del Tribunal constitucional nella vicenda catalana sembrano escludere del tutto tale ricostruzione, come argomentato *supra* par. 5.

---

<sup>275</sup> J. NANCLARES, *Constitutional Identity in Spain*, cit., pp. 273-278.

Comparando l'esperienza spagnola con il modello francese analizzato precedentemente, si riscontrano alcuni elementi comuni, che portano però ad elaborazioni differenti. Nei rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea e il principio del primato entrambi gli stati rientrano tra quelli che in linea di principio, non ammettono la *primauté* costituzionale, ma che consentono di superare l'ostacolo con una procedura rinforzata<sup>276</sup>. Ciò deriva dalla presenza, in entrambi gli ordinamenti, di meccanismi di applicazione automatica dei trattati internazionali con scrutinio preventivo di costituzionalità ed eventuale revisione costituzionale per autorizzare la ratifica di trattati in origine incompatibili con la Costituzione. Da questo punto comune, però, le due esperienze divergono nei risultati. In Spagna si assiste ad un'elaborazione della riserva di costituzionalità a difesa dell'identità costituzionale molto più embrionale, applicabile sia alle tappe di progressiva integrazione segnate dai Trattati (nello scrutinio preventivo), sia al diritto derivato dell'Unione (come minacciato nella vicenda Melloni), ricomprendendo le funzioni esercitate, nell'ordinamento francese, dalle due distinte riserve delle condizioni essenziali di esercizio della sovranità e dell'identità costituzionale.

D'altra parte, è bene notare il ruolo che i diritti fondamentali svolgono nella clausola elaborata dal Tribunal constitucional, che si premura di specificare la loro posizione autonoma all'interno del sistema di valori e principi fondamentali dell'ordinamento, e nel suo antecedente. In Spagna, infatti, il controllo successivo di costituzionalità è un elemento sistemico molto più ampio e risalente rispetto alla "conquista" relativamente recente della QPC in Francia. Non a caso nella sentenza 64/1991 il Tribunal aveva già considerato il *recurso de amparo* come una garanzia costituzionale (dei diritti individuali) destinata a valere anche nei confronti del diritto europeo: con tale strumento, che ha un peso e una rilevanza assolutamente prevalente nell'attività complessiva della giurisdizione costituzionale, il Tribunal diventa tribunale primariamente dei diritti, che trovano quindi tutela anche nella riserva dell'identità costituzionale, pur con le eventuali mediazioni nel caso concreto, come

---

<sup>276</sup> T. GROPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *ASTRID – Rassegna*, 13, 2005, p. 7.

confermato dall'approccio "minaccioso" ma accomodante assunto dal Tribunal nella sentenza 26/2014 a chiudere il caso Melloni.

Un ulteriore elemento di differenziazione nell'approccio francese e spagnolo all'identità costituzionale è dato dal diverso ruolo assegnato al legislatore costituzionale nella definizione dei rapporti tra ordinamento interno e integrazione europea. I due ordinamenti condividono la assenza di limiti materiali all'azione del legislatore costituzionale, anche se in Spagna, come ricordato a più riprese, questo elemento è bilanciato dalla differenziazione delle procedure di revisione, che comportano, per le disposizioni "più fondamentali" della Costituzione, una condizione "quasi-eternità", data l'onerosità dei vincoli procedurali. Tuttavia, se il legislatore costituzionale francese è presenza costante nel plasmare il testo della Costituzione con il metodo della "*revision-adjonction*" di fronte all'avanzare dell'integrazione sovranazionale, e ha la facoltà di determinare in concreto i contenuti dell'identità costituzionale francese, nell'esperienza spagnola il legislatore costituzionale rimane in posizione defilata, interpellato dal Tribunal constitucional unicamente ai tempi del Trattato di Maastricht, per un adeguamento alla partecipazione elettorale alle elezioni comunali dei cittadini europei, mentre, contrariamente a quanto sostenuto in dottrina (v. *supra* par. 4.2), non si è ritenuto di integrare nel testo della Costituzione, in occasione del Trattato costituzionale, la clausola di riserva.

Infine, l'elemento che determina una vera peculiarità dell'approccio spagnolo all'identità costituzionale è dato dal rapporto che il Tribunal constitucional instaura tra il nucleo costituzionale spagnolo e i principi fondamentali dell'Unione europea. Il giudice spagnolo, infatti, non solo costruisce la propria clausola di tutela sul modello dell'articolo 4 c. 2 del TUE (al tempo articolo I-5 del Trattato costituzionale), confidando nella "europeizzazione dei controlimiti" e creando un parallelismo tra istanza di garanzia statale e dovere di rispetto da parte dell'Unione, ma soprattutto nell'argomentare la non applicazione della riserva e l'assoluta improbabilità di una violazione da parte del diritto europeo, concepisce una assoluta sovrapposibilità tra i valori e principi fondamentali dell'ordinamento spagnolo e quelli dell'Unione europea costruiti sulle tradizioni costituzionali comuni. Così l'identità costituzionale della Spagna e l'identità costituzionale dell'Unione europea, nelle parole del

Tribunal, vanno a convergere, in una piena integrazione assiologica che allontana il rischio di conflitti e si pone in maniera assolutamente coerente con la funzione di integrazione interpretativa che, sul piano dei diritti fondamentali, l'articolo 10 c. 2 assegna ai diritti riconosciuti e tutelati a livello europeo e internazionale rispetto ai diritti costituzionali.

## CAPITOLO IV

### IDENTITÀ COSTITUZIONALE SOVRANAZIONALE: PROSPETTIVE PER UN'IDENTITÀ DELL'UNIONE EUROPEA?

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. I principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea; 3. Limiti sostanziali alla revisione dei Trattati europei?; 4. I principi costituzionali come limite all'integrazione dell'ordinamento dall'esterno: i "controlimiti" dell'Unione europea; 4.1 La vicenda Kadi; 4.2 La tutela dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea e la (mancata) adesione alla CEDU; 5. I limiti all'integrazione dell'ordinamento europeo "dall'interno": meccanismi di garanzia nei confronti degli ordinamenti giuridici degli Stati membri; 5.1 La via giurisdizionale; 5.2 La via politica e finanziaria; 6. Strumenti di confronto nello spazio costituzionale europeo: la presa in carico delle identità nazionali nell'ordinamento dell'Unione; 6.1 L'articolo 4, c. 2 TUE, tra europeizzazione dei controlimiti e applicazione ordinaria; 6.2 Il ruolo degli organi politici; 7. Conclusioni.

#### 1. Introduzione

L'interesse sulla definizione di un'identità europea comune legata all'integrazione economica e politica nelle Comunità, prima, e nell'Unione europea, poi, è un tema complesso e risalente, tanto che se ne ritrova traccia, in atti ufficiali, dalla Dichiarazione sull'identità europea adottata dagli allora nove Stati membri nel 1973, al fine di porsi come un unico interlocutore nelle relazioni con Paesi terzi<sup>277</sup>.

Che nello spazio costituzionale europeo si possa riscontrare una certa continuità nei valori e nei principi costituzionali fondanti dei diversi ordinamenti è pacifico<sup>278</sup>. Altrettanto pacifico è che nella progressione del processo di integrazione europea ci sia stato un avvicinamento dell'ordinamento dell'Unione europea a forme tipicamente costituzionali, tanto che la "semantica costituzionale" è ormai da tempo nell'uso delle

---

<sup>277</sup> *Dichiarazione sull'identità europea*, Copenhagen, 14-15 dicembre 1973, Bollettino delle Comunità Europee, n. 12, Dicembre 1973, pp. 127-130.

<sup>278</sup> W. SADURSKI, *European Constitutional Identity?*, in *EUI Working Paper LAW*, 33, 2006; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; da ultimo G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, pp. 299-309.

Istituzioni europee, a partire dalla Corte di giustizia<sup>279</sup>. La questione della natura dell'ordinamento dell'Unione e del suo essere o meno riconducibile a un modello genuinamente costituzionale, pur con le sue peculiarità, è stata oggetto di innumerevoli e poderosi contributi nella dottrina italiana ed europea, che hanno dato vita a diversi paradigmi attraverso cui leggere l'esperienza giuridica dell'integrazione europea<sup>280</sup>.

L'analisi che il presente capitolo intende offrire si pone, in un certo senso, prima e a lato di tali riflessioni. È infatti evidente, da una parte, che ricercare nelle dinamiche dell'ordinamento dell'Unione europea funzioni tipicamente presenti negli ordinamenti costituzionali nazionali significa partire dal presupposto che l'Unione europea sia interpretabile come un ordinamento costituzionale, con un grado di omogeneità tale da rendere possibile uno studio comparato<sup>281</sup>. D'altro canto, però, partire dalle funzioni concretamente esercitate per valutare se e quanto esse siano assimilabili a quelle nazionali, consente di fornire argomenti all'una o all'altra ricostruzione, in una prospettiva che parte dalla pratica del funzionamento dell'ordinamento per giungere solo in un secondo momento alla dogmatica.

Così, applicando lo schema analitico elaborato in riferimento agli ordinamenti nazionali di Francia e Spagna nei Capp. II e III, si evidenzieranno gli elementi, o le suggestioni, riconducibili all'ipotesi di un'identità costituzionale dell'Unione europea, nel senso funzionale descritto *supra* al Cap. I, ovvero quegli elementi che testimoniano una tutela di principi o tratti fondamentali come limite all'integrazione dell'ordinamento europeo. Dopo una sintetica rassegna dei principi che, nel quadro dei Trattati istitutivi, assumono particolare rilevanza (par. 2), si analizzerà la configurabilità di limiti sostanziali alla revisione dei Trattati stessi, come Carta costituzionale dell'Unione (par. 3). Lo studio, poi, verterà su due dimensioni di tutela del nucleo costituzionale

---

<sup>279</sup> A. VON BOGDANDY, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, 2, 2010, pp. 95-96; R. TONIATTI, F. PALERMO (a cura di), *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Trento, 2004.

<sup>280</sup> Per una ricostruzione v. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, pp. 38-66.

<sup>281</sup> R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., pp. 128-130.



dell'Unione: una dimensione esterna, nei confronti del diritto internazionale e della stipula di nuovi Trattati (con riferimento a due vicende paradigmatiche come il caso *Kadi*, par. 4.1, e l'adesione dell'Unione alla CEDU, par. 4.2), e una dimensione interna, nei confronti degli Stati membri, con esame degli strumenti giurisdizionali (par. 5.1) e politici (par. 5.2) utilizzabili a tal fine. Infine, sarà presentata la clausola di cui all'articolo 4 c. 2 TUE come possibile snodo del confronto tra le identità nazionali e l'identità dell'Unione europea.

## 2. I principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea

La necessità di individuare gli elementi dell'identità costituzionale dell'Unione europea impone di considerare in via introduttiva i passaggi attraverso cui, in particolare sul piano del diritto primario, l'ordinamento europeo costruisce dei principi o tratti fondamentali, che rappresentano, poi, i referenti materiali dell'esercizio delle funzioni dell'identità, che saranno analizzate *infra*. Come chiarito nell'introdurre la presente ricerca e come effettuato nei precedenti capitoli in riferimento agli ordinamenti nazionali, lo scopo dell'analisi non è quello di elaborare un elenco comprensivo di tutti i principi potenzialmente riconducibili all'identità europea, su cui ampia e illustre dottrina si è soffermata<sup>282</sup>, ma di esplicitare le modalità attraverso cui alcuni principi o valori assumono particolare rilevanza e un ruolo preminente per l'ordinamento dell'Unione.

In tal senso, il primo e principale riferimento non può che essere l'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea, in cui esplicitamente si definiscono i valori su cui è fondata l'Unione: «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza,

---

<sup>282</sup> Si segnalano a questo proposito D. SARMIENTO, *The EU's Constitutional Core*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 177-204, che identifica il nucleo costituzionale dell'Unione europea nei tre ideali normativi di democrazia, diritti e solidarietà, e A. VON BOGDANDY, *Founding principles*, in ID., J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010, pp. 11-54, che, proponendo una dottrina dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo come fonte dell'autorità sovranazionale dell'Unione stessa, vi ricomprende libertà e uguaglianza, la protezione dei diritti fondamentali, il principio democratico, lo stato di diritto e il principio di solidarietà.

dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini»<sup>283</sup>. Tali valori sono destinati ad ispirare l'azione delle istituzioni dell'Unione sia all'interno dell'ordinamento (art. 3 c. 1), sia verso l'esterno, nelle relazioni internazionali (art. 3 c. 5)<sup>284</sup>.

Proprio la presenza di tale clausola nei primi articoli del TUE e la scelta dei suoi contenuti materiali porta una certa dottrina a considerare l'Unione come portatrice di una propria identità in senso valoriale<sup>285</sup>, anche se, d'altra parte, è bene non attribuire troppa rilevanza alla scelta dei redattori di utilizzare a questo proposito il termine “valori” invece che “principi”. La previsione dell'articolo 2 TUE, infatti, ha una chiara consistenza giuridica e non etico-politica, e gli enunciati in esso contenuti hanno piena vincolatività, non solo quando sono tradotti legislativamente o nei diversi diritti azionabili dai singoli e riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>286</sup>, ma anche direttamente nel meccanismo di garanzia di cui all'articolo 7 TUE (v. *infra* par. 5.2) e come requisito per l'adesione di nuovi Stati membri (articolo 49 TUE)<sup>287</sup>.

Accanto all'articolo 2, il TUE presenta un'ulteriore disposizione che richiama un elemento cardine della costruzione dell'ordinamento europeo. L'articolo 6 TUE, infatti,

---

<sup>283</sup> Per un'analisi della portata e del significato dei valori inclusi nell'articolo 2 v. J. RIDEAU, *Les valeurs de l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2, 2012, pp. 329-349.

<sup>284</sup> Art. 3 TUE (corsivo aggiunto): «1. L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli. ... 5. Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini».

<sup>285</sup> L.S. ROSSI, *Fundamental values, principles and rights after the Treaty of Lisbon: the long journey toward an european constitutional identity*, in *Europe(s), Droit(s) européen(s) Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, 2015, p. 512.

<sup>286</sup> D. SARMIENTO, *The EU's Constitutional Core*, cit., pp. 180-181.

<sup>287</sup> A. VON BODGDANDY, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, 2, 2010, pp. 106-107. Il legame tra l'art. 2 TUE come espressione dell'identità costituzionale europea e la c.d. condizionalità democratica nei meccanismi di adesione all'Unione è messo in luce da V. CONSTANTINESCO, *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales: convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?*, in *L'Union européenne, Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Parigi, 2010, p. 80.

nell'assegnare alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il rango di diritto primario, riconosce i diritti fondamentali, risultanti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni, come parte del diritto dell'Unione «in quanto principi generali». Accanto alla conferma della centralità della tutela dei diritti per l'ordinamento dell'Unione, con una apposita previsione accanto alla ricomprensione tra i valori fondamentali dell'articolo 2 TUE<sup>288</sup>, tale disposizione introduce un'ulteriore categoria di norme potenzialmente rilevanti per la definizione materiale dell'identità europea. I principi generali del diritto europeo, infatti, categoria non chiusa né completamente positivizzata, rappresentano il portato della stratificazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, una fonte non scritta di diritto complementare elaborata a livello giurisprudenziale a partire dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri<sup>289</sup>.

Infine, una considerazione a parte merita un ulteriore principio, che fonda fin dalle origini la costruzione giuridica dell'ordinamento dell'Unione europea anche se, paradossalmente, non trova riconoscimento esplicito nel testo dei Trattati. Il primato del diritto dell'Unione sui diritti nazionali, affermato dalla Corte di giustizia a partire dalla celebre sentenza *Costa c. Enel*<sup>290</sup> e, dopo un tentativo di codificazione nel Trattato costituzionale, oggi esplicitato solo nella Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona, rappresenta una delle basi dell'ordinamento europeo, ovvero uno di quegli elementi che lo rendono un ordinamento giuridico “di nuovo genere nel campo del diritto internazionale”<sup>291</sup>. Esso riveste una rilevanza cardinale per la presente trattazione non solo perché, come emerso nell'analisi dei precedenti capitoli sugli ordinamenti nazionali, nelle dinamiche dei conflitti inter-ordinamentali il primato del diritto europeo rappresenta, in buona sostanza, il contraltare della garanzia delle identità costituzionali

---

<sup>288</sup> L.S. ROSSI, *Fundamental values, principles and rights*, cit., pp. 516-517.

<sup>289</sup> W. SADURSKI, *European Constitutional Identity?*, cit., pp. 2-3, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, cit., pp. 7-33 e segnatamente pp. 15-16. Per una trattazione completa del tema con approfondimento sui singoli principi generali v. T. TRIDIMAS, *General Principles of EU law*, Oxford, 2006 e X. GROUSSOT, *General Principles of European Community Law*, Groningen/Amsterdam, 2006.

<sup>290</sup> CGUE, sent. del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. Enel*, C-6/64.

<sup>291</sup> CGUE, sent. del 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*, C-26/62.

nazionali, ma anche perché esso, nelle analisi dottrinali sul tema, è ricostruito come strumento principe di garanzia dell'identità costituzionale dell'Unione europea<sup>292</sup> o come la sua essenza, in quanto “esigenza esistenziale” dell'ordinamento europeo<sup>293</sup>.

### 3. Limiti sostanziali alla revisione dei Trattati europei?

In analogia con l'analisi proposta nei precedenti capitoli dedicati agli ordinamenti nazionali, uno degli elementi rilevanti per valutare la presenza delle funzioni dell'identità costituzionale nell'ordinamento europeo è quello della configurabilità di limiti alla revisione dei Trattati istitutivi, che notoriamente costituiscono la Carta fondamentale dell'Unione<sup>294</sup>.

Risulta del tutto evidente che da un punto di vista strettamente formale l'ordinamento europeo, basato su trattati internazionali, pur con tutte le sue peculiarità, non può prevedere al suo interno una “clausola di eternità” paragonabile a quelle presenti in alcune carte costituzionali. D'altra parte però, come suggerito da Joseph H. H. Weiler, risolvere le questioni di fondo dell'ordinamento dell'Unione europea semplicemente secondo la formula degli Stati come “signori dei Trattati”, e quindi liberi in situazioni eccezionali di svincolarsi dagli obblighi pattizi, salva esclusivamente la responsabilità statale di diritto internazionale, è una prospettiva troppo legata alla “purezza concettuale”, mentre andrebbe considerato, nell'analisi globale delle dinamiche ordinamentali, il funzionamento ordinario dell'ordinamento<sup>295</sup>, cosicché ben si potrebbe immaginare in via ipotetica un processo di identificazione di limiti impliciti alla revisione dei Trattati, a

---

<sup>292</sup> G. VAN DER SCHYFF, *Exploring Member State and European Union Constitutional Identity*, in *European Public Law*, 2, 2016, pp. 236-237.

<sup>293</sup> A. LEVADE, *Identité constitutionnelle et exigence existentielle: comment concilier l'inconciliable?*, in *L'Union européenne, Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Parigi, 2010, pp. 109-128, che riprende l'espressione “*exigence existentielle*” da P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Etudes des sources du droit communautaire*, Liegi, 1971, p. 177.

<sup>294</sup> CGUE, sent. del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo*, C- 294/83. par. 23.

<sup>295</sup> J. H. H. WEILER, *Prologue: Global and Pluralist Constitutionalism – Some Doubts*, in ID, G. DE BURCA (a cura di), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2011, p. 11, nota 4.

tutela dei caratteri e tratti che definiscono l'ordinamento dell'Unione europea come tale. Posto che la Corte di giustizia dell'Unione europea ad oggi non ha mai agito in tal senso, possono comunque essere evidenziati alcuni elementi rilevanti per il profilo qui analizzato, nel diritto primario dell'Unione e nella giurisprudenza della Corte. Peraltro, l'ipotesi della potenziale configurabilità di limiti sostanziali alla modifica dei trattati era stata oggetto di attenzione dottrinale in vigenza del Trattato di Maastricht<sup>296</sup>, ed è tornata recentemente ad essere esaminata, in conseguenza al moltiplicarsi, nella dottrina pubblicistica internazionale, di studi dedicati al tema dei c.d. “*unconstitutional constitutional amendments*”<sup>297</sup>.

Un primo elemento che definisce il profilo analizzato è la presenza nei Trattati europei di limiti procedurali alla revisione, ovvero l'imposizione di procedure obbligatorie che fanno venir meno la libertà di forme che caratterizza la disciplina dei trattati internazionali “ordinari”<sup>298</sup>. L'articolo 48 del TUE disciplina infatti le modalità di riforma dei Trattati istitutivi con due diverse procedure: la procedura ordinaria prevede l'iniziativa di Stati membri, Parlamento europeo o Commissione, un parere preventivo del Consiglio europeo, la convocazione di una apposita convenzione con rappresentanti dei parlamenti nazionali, dei capi di Stato o di governo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione, ed infine una conferenza dei rappresentanti dei governi di tutti gli Stati membri che decide all'unanimità, seguita dalla ratifica in tutti gli Stati membri; la procedura semplificata, invece, si applica esclusivamente alla parte terza del TFUE (Politiche e azioni interne dell'Unione, compreso il mercato interno, l'Area di libertà,

---

<sup>296</sup> J. L. DA CRUZ VILAÇA, N. PIÇARRA, *Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés Européennes?*, in *Cahiers de Droit Européen*, 1-2, 1993, pp. 3-37; R. BIEBER, *Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté Européenne*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1993, 343-350.

<sup>297</sup> Tra i moltissimi contributi si segnala Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2017. In relazione, invece allo specifico profilo oggetto del presente paragrafo v. R. PASSCHIER, M. STREMLER, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2, 2016, pp. 337-362, di cui la presente analisi è debitrice.

<sup>298</sup> Art. 39 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, 1969: «Un trattato può essere emendato di comune intesa fra le parti. ...».

sicurezza e giustizia, le politiche monetarie ed economiche, politiche sociali) e consiste in una decisione all'unanimità del Consiglio europeo, previo parere del Parlamento europeo, della Commissione ed eventualmente della Banca Centrale Europea, in caso di modifiche in ambito monetario, con il limite generale del divieto di estendere le competenze dell'Unione per questo tramite. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare nel caso *Defrenne*<sup>299</sup>, conferma l'obbligatorietà delle procedure indicate nei Trattati, escludendo così la possibilità di revisioni "informali".

Se la vincolatività delle procedure di revisione (e quindi l'esistenza quantomeno di limiti procedurali alla modifica dei Trattati) è dunque un dato acquisito, un secondo elemento da chiarire è la possibilità di attribuire alla Corte di giustizia la competenza a valutare la legittimità di eventuali riforme e alla luce di quale parametro di giudizio. Una risposta a tale questione proviene dalla sentenza *Pringle*<sup>300</sup> del novembre 2012. In tale caso, infatti, la Corte di Lussemburgo, chiamata a valutare la legittimità di un emendamento adottato con procedura semplificata che aggiungeva la previsione del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) all'articolo 136 del TFUE, riconosceva di avere giurisdizione a valutare in concreto la questione sottoposta, alla luce del fatto che la decisione del Consiglio europeo con cui tale emendamento era stato approvato è da considerarsi a tutti gli effetti un "atto compiuto dalle istituzioni" ai sensi dell'articolo 267 TFUE (parr. 30-37). Lo scrutinio della Corte sulla legittimità delle modifiche ai Trattati adottate con procedura semplificata, tuttavia, non è declinato esclusivamente come un controllo formale del rispetto delle procedure, ma anche come un controllo sostanziale sul rispetto dei limiti ulteriori dettati dall'articolo 48 TUE, ovvero la possibilità di modificare solo la Parte terza del TFUE e il divieto di estendere le competenze dell'Unione (par. 36). Le decisioni adottate, dunque, sono valutate nel merito utilizzando come parametro di legittimità il resto del diritto primario dell'Unione: verificare che la

---

<sup>299</sup> CGUE, sent. del 8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, C-43/75; R. PASSCHIER, M. STREMLER, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law*, cit., p. 350.

<sup>300</sup> CGUE, sent. del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland and Others*, C-370/12.

modifica debba insistere esclusivamente sulla Parte terza del TFUE equivale a giudicare se essa rispetti e sia compatibile con il resto delle previsioni dei Trattati<sup>301</sup>. Anche se la distinzione esplicita tra controllo formale e controllo sostanziale proposta dall'Avvocato generale non è espressamente adottata dalla Corte nella sentenza, in cui si utilizza una terminologia con essa compatibile ma più vaga, tale configurazione delle caratteristiche del sindacato di legittimità della revisione dei Trattati, pur limitata alla procedura semplificata, rappresenta un elemento di grande rilevanza da un punto di vista dogmatico, poiché ammette la possibilità di un controllo materiale della legittimità delle modifiche, e quindi la configurabilità di limiti materiali ad esse<sup>302</sup>.

Esaminati i limiti procedurali alla revisione dei Trattati e la giurisdizione di legittimità della Corte di giustizia su di essi, rimane infine da analizzare l'ipotesi che, da tali basi, si possano configurare dei limiti impliciti di natura sostanziale alle modifiche del diritto primario dell'Unione, ovvero la possibilità che la Corte di giustizia possa dichiarare illegittima una revisione adottata con procedura ordinaria per violazione di alcune norme fondamentali dell'ordinamento europeo.

A questo proposito si traggono delle suggestioni da un riferimento risalente e abbastanza incerto nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo. Infatti, nel dicembre 1991<sup>303</sup> la Corte si esprimeva in senso contrario ad un progetto di accordo tra la Comunità europea e i paesi dello spazio AELS (Associazione europea di libero scambio) per la creazione di uno Spazio economico europeo (in inglese *European Economic Area – EEA*), che prevedeva, tra le altre cose, l'instaurazione di una apposita Corte indipendente per la risoluzione delle controversie inerenti all'implementazione di tale accordo. La preoccupazione della Corte si riferiva in particolare alla tutela dell'autonomia

---

<sup>301</sup> Parere dell'AG Kokott, par. 28: «... Questa limitazione non può operare soltanto da un punto di vista formale ma ... deve altresì operare dal punto di vista sostanziale. Una modifica formale della parte terza del TFUE non può comportare una modifica sostanziale del diritto primario nei casi in cui quest'ultimo non può essere modificato mediante la procedura di revisione semplificata».

<sup>302</sup> R. PASSCHIER, M. STREMLER, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law*, cit., p. 353.

<sup>303</sup> CGUE, parere del 14 dicembre 1991, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, 1/91.

dell'ordinamento giuridico comunitario e dell'unità dell'interpretazione del diritto, assicurata dalla Corte stessa e messa a repentaglio dall'introduzione di un sistema parallelo di Corti. Al di là dei dettagli delle valutazioni espresse, ciò che rileva ai fini della presente analisi è che la Corte, nel considerare che il sistema istituzionale definito dall'accordo oggetto di valutazione violasse i principi fondamentali (*the very foundations*) dell'ordinamento europeo, afferma che neanche una revisione in senso autorizzativo delle norme del Trattato che disciplinavano la conclusione di accordi internazionali da parte della Comunità (art. 238 Trattato CEE) potesse rendere tale sistema legittimo<sup>304</sup>. Pur in riferimento a un caso specifico e isolato, dunque, in questa pronuncia la Corte di Lussemburgo presenta chiaramente la possibilità che le *very foundations* dell'ordinamento siano un limite materiale invalicabile non solo per gli Accordi internazionali conclusi dalla Comunità, ma anche per le procedure di revisione dei Trattati, e riconduce a tale ambito i tratti fondamentali che definiscono il funzionamento della “comunità di diritto” che è l'Unione, a partire dalla posizione autonoma e individuale della Corte stessa. Tale difesa di principi fondamentali di natura istituzionale sarà un elemento ricorrente della difesa “esterna” dei principi fondamentali “identitari” dell'Unione, che troverà la sua più compiuta espressione nel parere 2/13 sull'adesione dell'Unione alla CEDU (esaminata *infra* par. 4.2).

L'ordinamento dell'Unione europea, dunque, non conosce una clausola esplicita di eternità, né, al momento, una completa teorizzazione di limiti impliciti materiali alla revisione della Carta fondamentale dell'Unione, del diritto primario. Tuttavia, da un punto di vista istituzionale esiste uno strumento di scrutinio giurisdizionale della legittimità della revisione dei Trattati, tra le competenze della Corte di giustizia, e allo

---

<sup>304</sup> Parere 1/91, parr. 70 e 71 (corsivo aggiunto): «70. ... un accordo internazionale che preveda un sistema giurisdizionale dotato di una Corte competente ad interpretare le disposizioni dell'accordo stesso non è, in via di principio, incompatibile con il diritto comunitario e può quindi trovare il suo fondamento giuridico nell'art. 238 del Trattato CEE. 71. Tuttavia, l'art. 238 del Trattato CEE non fornisce alcuna base per l'istituzione di un sistema giurisdizionale che pregiudichi l'art. 164 del detto Trattato e, più in generale, gli stessi principi fondamentali della Comunità. 72. Per gli stessi motivi *una modifica di tale disposizione nel senso indicato dalla Commissione non potrebbe sanare l'incompatibilità del sistema giurisdizionale previsto dall'accordo con il diritto comunitario.*»



stesso tempo sul piano dogmatico si ammette che tale sindacato possa avere natura non solo formale ma anche sostanziale. In tal modo, ampliare questa possibilità anche alle revisioni dei Trattati adottate con procedura ordinaria (e quindi a qualunque modifica) e ipotizzare dei principi inviolabili sulla scorta del parere 1/91 richiederebbe certamente uno sforzo interpretativo in senso estensivo, ma poggerrebbe su basi già definite.

L'apposizione di limiti alla revisione della Carta fondamentale che negli ordinamenti statali, pur nelle peculiarità delle singole esperienze, integra in senso operativo o interpretativo l'identità costituzionale nazionale, o comunque ne determina alcune caratteristiche funzionali, non è quindi una dinamica totalmente estranea all'ordinamento europeo, pur restando ancora in fase embrionale o meglio sul piano ipotetico.

#### **4. I principi costituzionali come limite all'integrazione dell'ordinamento dall'esterno: i "controlimiti" dell'Unione europea**

In tempi relativamente recenti, l'ordinamento dell'Unione europea, in particolare per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia, ha conosciuto due momenti di emersione di una garanzia posta dall'ordinamento a tutela del proprio nucleo fondamentale nei confronti dell'ordinamento internazionale, in un caso (vicenda *Kadi*, par. 4.1) come limite all'applicazione di risoluzioni delle Nazioni Unite, nell'altro (parere 2/13 sull'adesione dell'Unione alla CEDU, par. 4.2) come limite alla conclusione di un trattato internazionale. In entrambi tali vicende, come sarà dimostrato, la Corte di giustizia sembra applicare modalità di argomentazione e risoluzione delle questioni assolutamente riconducibili a quelle utilizzate dalle Corti costituzionali nazionali nella loro difesa delle identità costituzionali dei relativi ordinamenti.

#### 4.1 La vicenda *Kadi*

Il primo elemento che testimonia un avvicinamento delle modalità di ricostruzione dei rapporti inter-ordinamentali da parte dell'ordinamento europeo nei confronti di quello internazionale a quelle proposte dalla giurisprudenza delle Corti nazionali, emerge dalla celebre vicenda *Kadi* e dalle sentenze della Corte di giustizia su tale caso. La questione scaturisce dall'applicazione in Europa, per il tramite di una serie di regolamenti comunitari esecutivi, di misure sanzionatorie stabilite da risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nell'ambito del contrasto al terrorismo internazionale di matrice islamica nei primi anni 2000. In particolare, si trattava del congelamento di capitali e beni finanziari di soggetti inseriti in una *black list* in quanto ritenuti parte attiva o finanziatori di movimenti terroristici, sulla base di informazioni riservate fornite dai singoli Stati.

Il punto fondamentale e critico della vicenda, che ha dato origine a due sentenze della Corte di giustizia precedute da due sentenze del Tribunale di primo grado tra il 2005 e il 2013, risiedeva nella sostanziale negazione della possibilità di difesa giurisdizionale dei soggetti inclusi nella lista e colpiti dalle sanzioni, dato il totale riserbo e l'assenza di comunicazione dei motivi e degli elementi materiali alla base di tali decisioni. Gli interessati, infatti, non partecipavano in nessun modo al procedimento, e si prevedeva la possibilità di contestazione delle misure presso il Comitato competente solo tramite il rappresentante diplomatico dello Stato di cui erano residenti o cittadini.

La saga giurisprudenziale a livello europeo nasce quindi dalla richiesta, da parte di alcuni interessati, di annullamento dei Regolamenti comunitari per difetto di competenza dell'Unione sul punto, in quanto sprovvisti di base giuridica, e soprattutto per violazione dei diritti fondamentali alla difesa giurisdizionale e ad un equo processo. Dopo una risposta negativa ad opera del Tribunale di primo grado nelle sentenze del 21 settembre 2005<sup>305</sup>, in cui si affermava la possibilità di valutare a livello comunitario la legittimità di

---

<sup>305</sup> Trib. CE, sent. del 21 settembre 2005, *Kadi c. Consiglio e Commissione e Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, T-315/01 e T-306/01.

un regolamento di implementazione di risoluzioni ONU esclusivamente in relazione a norme dello *jus cogens* internazionale e non alla luce dell'ordinamento europeo, la grande sezione della Corte di giustizia si pronunciava in appello con la sentenza c.d. *Kadi I* il 3 settembre 2008<sup>306</sup>.

Per il profilo che più rileva ai fini della presente analisi, ovvero l'asserita violazione dei diritti fondamentali ad opera dei regolamenti impugnati, la sentenza *Kadi I* ha una portata storica, sia per la posizione espressa sia per il vocabolario "costituzionale" adottato. Infatti, nell'analizzare l'immunità giurisdizionale dei Regolamenti di esecuzione di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza stabilita dal Tribunale in primo grado, la Corte provvede immediatamente a chiarire, o meglio ribadire, che la Comunità europea «è una comunità di diritto nel senso che né i suoi Stati membri né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla *carta costituzionale fondamentale costituita dal Trattato CE*» (par. 281, corsivo aggiunto) e che nessun accordo internazionale può influire sul sistema di competenze stabilito dai Trattati e sull'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario, di cui la Corte assicura il rispetto (par. 282). Di tale ordinamento sono parte integrante i diritti fondamentali desunti dalle tradizioni costituzionali comuni, ed il loro rispetto rappresenta una condizione di legittimità degli atti normativi comunitari (parr. 283-284). Proseguendo nell'argomentazione la Corte compie un ulteriore salto di qualità, affermando che «gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere *i principi costituzionali del Trattato CE*» (par. 285), che l'AG Maduro nel suo parere sul caso aveva definito "*the constitutional framework created by the Treaties*" (par. 44). Parte integrante dei principi costituzionali inderogabili dell'ordinamento europeo è il rispetto dei diritti fondamentali, che la Corte ha l'obbligo di verificare come presupposto della legittimità degli atti comunitari, attraverso il sistema complessivo dei rimedi giurisdizionali interni che costituisce «una *garanzia*

---

<sup>306</sup> CGUE, sent. del 3 settembre 2008, cause riunite *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, C 402/05 P e C 415/05.

costituzionale che fa parte di fondamenti stessi della comunità» (par. 290). Un'immunità giurisdizionale del Regolamento controverso rispetto al controllo della sua compatibilità con i diritti fondamentali, derivante da un'asserita prevalenza assoluta delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU di cui tale atto è attuazione, non ha alcun fondamento nel diritto europeo e nel concatenarsi dei rapporti tra l'ordinamento europeo e quello internazionale. Da ciò consegue la possibilità di scrutinio di legittimità dei Regolamenti, ed il conseguente loro annullamento per violazione del diritto alla difesa e ad un equo processo dei soggetti colpiti dalle sanzioni<sup>307</sup>.

Risulta evidente sin da un primo sguardo la rilevanza di tale decisione per i profili indagati nella presente ricerca. Essa, infatti, non dimostra solo la ricchezza di "simbolismo costituzionale"<sup>308</sup> che la Corte ha voluto utilizzare nel suo ragionamento, ma fa emergere un chiaro approccio di difesa del nucleo valoriale e costituzionale su cui si poggia l'ordinamento europeo nei confronti delle "aggressioni" dell'ordinamento internazionale, alla stregua di quanto fatto dalle Corti nazionali in riferimento ai rapporti tra Unione e Stati membri. Emerge così quello che è stato definito in dottrina un «circuitto di mutua alimentazione tra la dimensione europea e quella nazionale» in cui la Corte di giustizia «assume a tutti gli effetti lo spessore e le tecniche argomentative di una corte costituzionale»<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> La Corte, nel pronunciare la sentenza di annullamento, fa salva l'applicazione provvisoria dei Regolamenti al fine di consentire alle istituzioni preposte l'adozione di nuove misure, che saranno alla base delle successive tappe della saga, con un ulteriore passaggio al Tribunale di primo grado e una sentenza *Kadi II* che, nel 2013, sostanzialmente confermerà l'approccio precedentemente adottato.

<sup>308</sup> N. WALKER, *Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ*, in L. AZOULAI, M. POIARES MADURO (a cura di), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, 2010, p. 333, ma v. anche G.F. FERRARI, *Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, pp. 187-192.

<sup>309</sup> O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero sia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta online*, 1, 2015, pp. 257-258. Sull'avvicinamento dell'argomentazione della Corte di giustizia alla giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali in tema di rapporti inter-ordinamentali v. A. TZANAKOPOULOS, *The Solange Argument as a Justification for Disobeying the Security Council in the Kadi Judgments*, in M. AVBELJ, F. FONTANELLI, G. MARTINICO (a cura di), *Kadi on Trial. A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Abingdon, 2014, pp. 121-134.

La Corte di giustizia fa ruotare, dunque, la propria decisione su una visione dei rapporti tra Comunità e ordinamento esterno fondata su parametri di validità interni, che poggiano sui valori fondamentali che l'ordinamento esprime, e, proprio come nell'applicazione a livello statale della difesa dell'identità costituzionale, tutela i propri caratteri fondamentali proponendo un sindacato di legittimità indiretto, per il tramite dei regolamenti attuativi, di fonti di diritto esterno (le risoluzioni del Consiglio di sicurezza), alla luce del proprio nucleo costituzionale<sup>310</sup>.

#### **4.2 La tutela dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea e la (mancata) adesione alla CEDU**

Il Trattato di Lisbona, nel disciplinare la tutela dei diritti fondamentali nel nuovo quadro istituzionale dell'Unione europea all'articolo 6 TUE, traccia inequivocabilmente un percorso di integrazione materiale della tutela multilivello dei diritti nello spazio giuridico europeo, di cui sono parte l'inclusione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nel diritto primario, con lo stesso valore giuridico dei Trattati (c. 1), il riconoscimento dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni come principi generali del diritto europeo (c. 3) e l'adesione diretta dell'Unione alla CEDU (c. 2). Tuttavia, come noto, quest'ultimo processo, dopo lunghi negoziati, si è bruscamente interrotto nel dicembre 2014 quando la Corte di giustizia, interpellata ai sensi dell'articolo 218 TFUE, con il suo parere 2/13 ha negato la compatibilità dell'accordo di adesione con il diritto europeo<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> G. MARTINICO, *Building Supranational Identity: Legal Reasoning and Outcome in Kadi I and Opinion 2/13 Of The Court Of Justice*, in *Italian Journal of Public Law*, 2, 2016, p. 246 e 249.

<sup>311</sup> CGUE, parere del 18 dicembre 2014, *Progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2/13.

Come anticipato, tale intervento si inserisce nell'analisi qui proposta come esempio di utilizzo dei principi e tratti fondamentali dell'ordinamento europeo come limite alla conclusione di un accordo internazionale di integrazione.

Il parere 2/13, infatti, trova la propria premessa nella necessità, ricavata dal Protocollo n. 8 e dalla Dichiarazione n. 16 allegati al TUE, che l'adesione dell'Unione europea alla CEDU rispetti le specificità dell'ordinamento giuridico stesso dell'Unione. Come efficacemente descritto in dottrina, metaforicamente si trae dalla decisione della Corte di giustizia la visione dell'integrazione europea come un edificio composto da diversi mattoni, che sono gli elementi e principi fondamentali dell'ordinamento, che trovano nucleo centrale nella difesa dell'autonomia del diritto europeo, vero elemento di preservazione della sua integrità<sup>312</sup>. Nell'introdurre la propria analisi sulla compatibilità dell'accordo con l'ordinamento dell'Unione, la Corte chiarisce così sin da subito la presenza, nel diritto europeo, di alcuni tratti che devono essere garantiti, in quanto parte di «una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti» che vincolano l'Unione e gli Stati membri a perseguire gli obiettivi dell'integrazione europea (par. 167): la “struttura costituzionale” dell'Unione derivante dal principio di attribuzione e concretizzata nel sistema istituzionale e giurisdizionale la cui chiave di volta è rappresentata dallo strumento del rinvio pregiudiziale (parr. 165 e 174-176), la natura del diritto dell'Unione declinata nella sua autonomia, nel primato e nell'effetto diretto (parr. 166, 170, 173), i valori fondanti di cui all'articolo 2 TUE e i diritti fondamentali (parr. 168-169).

Le stesse censure puntuali che individuano i profili di incompatibilità dell'accordo sono riconducibili, sinteticamente, alla difesa di singoli elementi fondamentali della costruzione giuridica dell'Unione europea.

In primo luogo, la Corte di giustizia, lamenta il mancato coordinamento tra gli articoli 53 della Carta di Nizza e l'articolo 53 della CEDU, le due clausole “di maggior tutela”

---

<sup>312</sup> M.E. GENNUSA, *Difesa di posizioni nel parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla CEDU?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2015, p. 190.

delle relative Carte: la previsione della CEDU, infatti, metterebbe a rischio il monopolio interpretativo della Corte di giustizia sui diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione (par. 186) e le conclusioni della sentenza *Melloni*, secondo cui la facoltà di applicazione degli standard più elevati di tutela dei diritti a livello nazionale deve essere bilanciata con la necessità di garantire l'unità e l'effettività del diritto UE e quindi, in buona sostanza, il rispetto del principio del primato (par. 188-190)<sup>313</sup>. Il principio della fiducia reciproca e del mutuo riconoscimento tra gli Stati membri oltre che, ancora una volta, la natura stessa dell'Unione contrastano, in secondo luogo, con l'equiparazione dell'Unione ad una parte contraente e con la possibilità di un ricorso interstatale alla CEDU in ambiti di rilevanza comunitaria, che farebbe venir meno l'impegno accettato dagli Stati membri di disciplinare esclusivamente a livello unionale i propri rapporti negli ambiti di competenza assegnati all'Unione dai Trattati (parr. 193-195). Ulteriormente, è la centralità dello strumento del rinvio pregiudiziale come fondamento dell'unità del diritto dell'Unione europea ad essere tutelato dalla Corte, statuendo l'incompatibilità con i Trattati della previsione del Protocollo n. 16 della CEDU, ovvero uno strumento di rinvio interpretativo alla Corte di Strasburgo, che potrebbe essere utilizzato dagli Stati membri per porre questioni relative ai diritti fondamentali a quest'ultima e non alla Corte di giustizia (parr. 196-197). Il quarto profilo di censura riguarda i rapporti tra gli Stati membri e sottolinea il contrasto tra i ricorsi interstatali propri della Convenzione con l'articolo 344 TFUE che impone la risoluzione delle controversie relative all'applicazione e interpretazione dei Trattati nelle forme imposte dagli stessi (parr. 212-213). Un'ulteriore criticità dell'accordo di adesione è rilevata dalla Corte di giustizia in riferimento alla necessaria garanzia della propria posizione di monopolio interpretativo sul diritto europeo, non sufficientemente tutelata dai previsti meccanismi del convenuto aggiunto e del previo coinvolgimento della Corte in caso di controversia sulla compatibilità di disposizioni di diritto dell'Unione con la Convenzione su cui i giudici di Lussemburgo non si siano

---

<sup>313</sup> F. BERROD, *L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans les droits de l'homme? Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH*, in *Europe(s), droit(s) européen(s): une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, 2015, pp. 72-75.

ancora pronunciati, poiché residuerebbe in capo alla Corte di Strasburgo la facoltà di interpretare la giurisprudenza dell'Unione per stabilire la necessità del coinvolgimento (parr. 225, 227, 238, 242). Infine, si evidenzia che gli atti adottati nell'ambito PESC sono, nell'ordinamento dell'Unione europea, sostanzialmente immuni dal sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia, mentre con l'adesione alla CEDU finirebbero per essere sottoposti ad un giudice esterno, in contrasto con le disposizioni dei Trattati istitutivi (par. 257)<sup>314</sup>.

Risulta chiaro, dunque, che nell'approcciarsi alla valutazione della possibilità di procedere all'adesione dell'Unione europea alla CEDU la Corte di giustizia fonda la propria decisione sull'esistenza di un nucleo di principi inderogabili, che determinano l'autonomia dell'ordinamento europeo, la cui tutela si esprime, in definitiva, nella difesa delle proprie attribuzioni<sup>315</sup>. Nonostante la direzione espressa dall'articolo 6 TUE, come visto, la Corte di giustizia dimostra dunque di aderire ad una concezione dei diritti fondamentali non assoluta, ma relativa ai diversi livelli di protezione e agli ordinamenti di riferimento, proteggendo l'integrità dell'ordinamento dell'Unione europea nei confronti dell'ordinamento espresso dalla Convenzione<sup>316</sup>.

Per quanto rileva ai fini della prospettiva adottata nella presente indagine, il parere 2/13 evidenzia l'utilizzo di principi fondamentali istituzionali e di funzionamento dell'ordinamento come limite ad un processo di integrazione prescritto dai Trattati istitutivi. In tal modo, la pronuncia della Corte si inserisce nella medesima dinamica propria degli ordinamenti nazionali nei confronti dell'integrazione europea. Infatti, esercitando ai sensi dell'articolo 218 TFUE una competenza tipica delle Corti costituzionali statali, quella del previo scrutinio di costituzionalità dei trattati internazionali, che, come ampiamente mostrato nei capitoli precedenti, è centrale nelle

---

<sup>314</sup> La letteratura dedicata all'analisi del parere 2/13 è sterminata. Per un'analisi approfondita delle argomentazioni proposte dalla Corte e le loro implicazioni, sia consentito rinviare alla dottrina citata alla n. 5 in D. PELLEGRINI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 CGUE*, in *federalismi.it*, settembre 2016, pp. 3-4.

<sup>315</sup> G. MARTINICO, *Building Supranational Identity*, cit., p. 261.

<sup>316</sup> F. BERROD, *L'autonomie de l'Union européenne*, cit., p. 78.



dinamiche dell'identità costituzionale di Francia e Spagna, la Corte di giustizia si trova, di fatto, a stabilire un punto di equilibrio tra l'apertura verso l'esterno dettata dai Trattati (in questo caso la prescritta adesione alla CEDU) e la conservazione del nucleo costituzionale dell'ordinamento stesso, alla stregua di quanto, negli ordinamenti costituzionali nazionali, le Corti sono chiamate a fare nel bilanciamento tra principio di apertura e tutela dell'identità costituzionale. Con tale decisione, dunque, pur inserendosi in una linea giurisprudenziale consolidata di opposizione ad accordi internazionali che prevedano l'istituzione di circuiti giurisdizionali esterni all'Unione (parere 1/91 analizzato *supra* par. 3, parere 1/09), la Corte di giustizia aggiunge un elemento, ponendo la garanzia del nucleo fondamentale dell'ordinamento anche al di sopra di disposizioni del diritto primario.

La prospettiva della (mancata) adesione alla CEDU, conduce dunque l'Unione a ridefinire la propria singolarità, per garantire la conservazione di ciò che essa concepisce come tratto essenziale dell'integrazione. La protezione dell'autonomia come nucleo genetico dello spazio normativo dell'Unione diventa una garanzia per l'autonomia concettuale dell'Unione, definendo, così, un discorso di tutela dell'identità dell'Unione europea in quanto tale<sup>317</sup>.

## **5. I limiti all'integrazione dell'ordinamento europeo “dall'interno”: meccanismi di garanzia nei confronti degli ordinamenti giuridici degli Stati membri**

Data ragione delle dinamiche che testimoniano come l'ordinamento dell'Unione europea tuteli alcuni propri tratti fondamentali (i principi costituzionali, l'autonomia dell'ordinamento e i principi di funzionamento che la garantiscono) “verso l'esterno”, nei confronti dell'ordinamento internazionale, rimane da analizzare l'altro lato, per così dire, della medaglia, ovvero le garanzie ai principi fondamentali dell'Unione “verso l'interno”, rispetto cioè a possibili violazioni da parte degli Stati membri, che sono

---

<sup>317</sup> *Ivi*, p. 68.

contemporaneamente parte dell'Unione e ordinamenti diversi e autonomi. La questione di base sottesa a questa analisi, dunque, è se, a prescindere delle norme che regolano il riparto di competenze tra Stati membri e Unione, quest'ultima sia portatrice di principi di cui può, in qualche misura, imporre l'osservanza negli ordinamenti nazionali.

Come noto, la necessità di trovare meccanismi di garanzia efficaci per i principi su cui si fonda l'ordinamento europeo si è fatta sempre più attuale nel corso dell'ultimo decennio, con l'aumentare delle tensioni costituzionali tra l'Unione (e il complesso degli Stati membri) e alcuni ordinamenti dell'Europa centro-orientale, in particolare Ungheria e Polonia, sul piano del rispetto proprio dei valori fondamentali proclamati all'articolo 2 TUE, a partire dallo Stato di diritto, messo in discussione all'interno di tali ordinamenti attraverso progressive riforme, soprattutto dei sistemi giurisdizionali, nella direzione dell'affermazione di modelli di c.d. democrazia illiberale<sup>318</sup>.

I piani su cui si esplica questa dinamica di tutela dell'"omogeneità costituzionale" nell'Unione, mutuando una terminologia tipica degli stati federali <sup>319</sup>, sono fondamentalmente due. Da una parte la via giurisdizionale, incentrata sull'azione della Corte di giustizia, nella cui giurisprudenza si rilevano alcune suggestioni, valorizzate in via propositiva da una certa dottrina, di garanzia di determinati principi fondamentali per il tramite della cittadinanza europea, accanto ad un nuovo significato che va assumendo uno strumento ordinario come la procedura di infrazione in relazione all'*enforcement* dei valori fondamentali dell'articolo 2 TUE (par. 5.1). Dall'altra la via politica e finanziaria, che si esprime nel meccanismo sanzionatorio dettato dall'articolo 7 TUE, con le iniziative di *soft law* ad esso connesse, e ai recenti tentativi di legare l'utilizzo dei fondi europei nel

---

<sup>318</sup> Tra i moltissimi contributi si v. J. SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, 2018 e L. PECH, K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, 2017, pp. 3-47. L'espressione "democrazia illiberale" si deve a F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 6, 1997, pp. 22-43.

<sup>319</sup> G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, in particolare pp. 215-306; D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell'UE: connotazione costituzionale o internazionale? Riflessioni da un'analisi comparata*, in *federalismi.it*, dicembre 2014.

nuovo Quadro Finanziario Pluriennale 2021-2027 ad una condizionalità democratica, imponendo il rispetto nei singoli Stati membri dello Stato di diritto (par. 5.2).

### 5.1 La via giurisdizionale

Il primo elemento tratto dall'azione della Corte di giustizia dell'Unione europea che rileva ai fini dell'individuazione di traiettorie di tutela dei principi fondamentali europei negli ordinamenti nazionali, è una linea giurisprudenziale relativamente recente che, pur avendo conosciuto un certo grado di relativizzazione in decisioni successive, afferma il ruolo della cittadinanza europea come *status* autonomo dalla cittadinanza degli Stati membri e come strumento di garanzia dei diritti fondamentali individuali. Il profilo da chiarire in via introduttiva è che ciò che emerge come strumento di tutela dei principi dell'ordinamento europeo nei confronti degli ordinamenti nazionali non è il riconoscimento dei diritti stabiliti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nell'applicazione del diritto europeo, che rappresenta il funzionamento ordinario della tutela multilivello delle posizioni individuali, ma la possibilità che, per il tramite della cittadinanza dell'Unione, il rispetto di tali diritti possa essere imposto agli Stati membri, a determinate condizioni, anche oltre gli ambiti di competenza del diritto europeo, in situazioni a rilevanza esclusivamente statale.

Nel 2010 la sentenza *Rottman*<sup>320</sup> - che riguardava il caso di un cittadino austriaco che aveva fraudolentemente acquisito la cittadinanza della Germania, decadendo dalla precedente, e, scoperta la frode, era oggetto di procedimento di revoca - aveva aperto una via in questo senso, stabilendo, pur a fronte del riconoscimento della natura puramente statale della normativa sull'acquisizione della cittadinanza, che in caso di revoca che comportasse apolidia, e quindi privazione dello *status* di cittadino dell'Unione europea con i diritti ad esso connessi, tale procedimento fosse comunque sottoposto al diritto dell'Unione e dovesse perciò rispettare il principio di proporzionalità da quest'ultimo

---

<sup>320</sup> CGUE, sent. del 2 marzo 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, C-135/08.

imposto. La successiva sentenza *Ruiz Zambrano* del marzo 2011<sup>321</sup> amplia e approfondisce questo approccio. Si trattava, in questo caso, di una situazione che non evidenziava profili legati alla circolazione europea dei soggetti coinvolti e dunque puramente interna allo Stato del Belgio, in cui due coniugi di nazionalità colombiana irregolarmente residenti avevano generato due figli, divenuti cittadini belgi ed europei grazie alla normativa ispirata allo *ius soli*, ed erano destinatari di provvedimenti di espulsione, che avrebbero, di fatto, costretto anche i due figli ad allontanarsi dal territorio europeo. I due infanti si sarebbero così trovati nell'impossibilità materiale di esercitare i diritti connessi al proprio *status* di cittadini europei. A fronte di ciò, la Corte, fondando la propria decisione sull'articolo 20 TFUE, che istituisce la cittadinanza dell'Unione, asserisce la necessità di garantire un «godimento reale ed effettivo» dei diritti ad essa connessi (ma nel testo inglese della sentenza si usa la ben più evocativa espressione «*substance of the rights*», par. 42), che comporta l'illegittimità di quelle misure che di fatto privano un individuo dell'esercizio della cittadinanza europea, anche qualora adottate dagli Stati in sfere di loro piena competenza<sup>322</sup>.

La sentenza *Zambrano*, dunque, stabilendo la consistenza autonoma della cittadinanza europea rispetto a quella nazionale, sembra individuare uno spazio e uno strumento di applicazione del diritto dell'Unione anche al di fuori delle sue competenze, aprendo potenzialmente a forme di riconoscimento automatico dei diritti sanciti dal diritto europeo, compresa la Carta dei diritti fondamentali, in capo ai cittadini europei in quanto tali ed in ogni situazione, e non solo in conseguenza dell'esercizio delle libertà di

---

<sup>321</sup> CGUE, sent. dell'8 marzo 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09.

<sup>322</sup> Approfondisce l'analisi del criterio decisionale del nucleo essenziale/*substance* dei diritti di cittadinanza D. SARMIENTO, *The EU's Constitutional Core*, cit., pp. 189-191. Si v. anche, a proposito della sentenza in oggetto L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità internazionale*, 3, 2011, pp. 433-446, e G. MARTINICO, A.M. RUSSO, *Is the European Union a Militant Democracy? The Perspective of the Court of Justice in Zambrano and Kadi*, in *European Public Law*, 4, 2015, pp. 659-678, che evidenzia i parallelismi di questa sentenza con la vicenda *Kadi* sopra descritta.

circolazione<sup>323</sup>. In tal modo i diritti legati alla cittadinanza emergerebbero come parte del nucleo costituzionale dell'Unione tutelato nei confronti degli ordinamenti nazionali<sup>324</sup>.

Anche se la portata delle conclusioni della sentenza *Zambrano* è stata circoscritta e relativizzata nelle decisioni successive<sup>325</sup>, il seme gettato dalla Corte di giustizia della cittadinanza europea come fonte di garanzia di posizioni individuali sancite dal diritto dell'Unione nei confronti di atti interni degli Stati membri, ha ispirato una proposta dottrinale che, proprio per far fronte alle sopra citate “crisi costituzionali” dell'area dell'Europa centro-orientale, propone di generalizzare tale approccio per “proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea”<sup>326</sup>. Questa “*Solange* ribaltata” consisterebbe nella possibilità per i singoli cittadini di trovare una protezione innanzi alle corti nazionali dello standard sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali qualora gli ordinamenti nazionali non assicurino sistematicamente il rispetto dei diritti della Carta di Nizza e dei valori di cui all'articolo 2 TUE. Così, come nella storica sentenza *Solange II* il *Bundesverfassungsgericht* ammetteva di sospendere il proprio sindacato *fintantoché* l'ordinamento europeo avesse garantito un adeguato standard di tutela delle posizioni individuali, così gli ordinamenti nazionali resterebbero autonomi nella protezione dei diritti *fintantoché* si possa presumere che essi assicurino l'essenza dei diritti fondamentali consacrati dall'ordinamento dell'Unione europea, ed in mancanza si attiverebbe l'applicazione degli standard europei per il tramite delle corti nazionali, allo stesso modo in cui essi applicano il diritto dell'Unione negli ambiti di sua competenza<sup>327</sup>.

---

<sup>323</sup> D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit., p. 53.

<sup>324</sup> D. SARMIENTO, *The EU's Constitutional Core*, cit., p. 178.

<sup>325</sup> In particolare, nelle sentenze *McCarthy* del 5 maggio 2011 (C-434/09), *Dereci* del 15 novembre 2011 (C-256/11) e *Iida* dell'8 novembre 2012 (C-40/11), D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit., p. 54.

<sup>326</sup> A. VON BOGDANDY e al., *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 2, 2012, pp. 489-520.

<sup>327</sup> Ivi, p. 491; G. DELLEDONNE, *Crisi costituzionali nazionali e difesa dei valori dell'UE: come risolvere l'impasse?*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2016 pp. 416-417.

Il secondo profilo che rileva per la ricostruzione della “via giurisdizionale” per la tutela dei principi fondamentali dell’Unione europea riguarda invece l’utilizzo della procedura di infrazione e relative condanne e sanzioni comminate dalla Corte di giustizia nel contrasto alle violazioni dei valori fondamentali dell’articolo 2 TUE ed in particolare dello Stato di diritto.

Come noto, la procedura di infrazione è un meccanismo istituito dall’articolo 258 TFUE per sanzionare l’eventuale violazione puntuale da parte degli Stati membri di uno degli obblighi ad essi derivanti dai Trattati. Ricontrata una possibile violazione, la Commissione, nel suo ruolo di vigilanza sull’applicazione del diritto dell’Unione, dopo aver instaurato un contraddittorio con lo Stato interessato, emette un parere motivato e, nel caso le violazioni continuino, ricorre alla Corte di giustizia che può provvedere ad una condanna pecuniaria<sup>328</sup>.

Di fronte al progressivo deterioramento dello Stato di diritto negli ordinamenti di Ungheria e Polonia, e alla luce delle criticità e sostanziale inutilizzabilità pratica del meccanismo di cui all’articolo 7 TUE (v. *infra*), in dottrina sono emerse delle proposte per una valorizzazione dello strumento della procedura di infrazione contro violazioni non puntuali ma sistemiche dello Stato di diritto<sup>329</sup>. Il punto di partenza di tali considerazioni è dato dal fatto che riscontrare il mancato rispetto di un principio astratto e generale come questo è molto diverso dal valutare, come prevedono la natura e l’utilizzo consolidato della procedura di infrazione, la violazione di singole previsioni normative del diritto europeo. La Commissione, avvalendosi anche delle iniziative degli altri Stati

---

<sup>328</sup> Art. 258 TFUE: «La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell’Unione europea».

<sup>329</sup> L’idea originaria si deve a K. L. SCHEPPELE, *What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions*, 2013, accessibile online all’indirizzo <https://verfassungsblog.de/wp-content/uploads/2013/11/scheppele-systemic-infringement-action-brussels-version.pdf> (ultima consultazione 14/12/2020), ma v. anche ID, *Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (a cura di), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, pp. 105-132.

membri, dovrebbe dunque fare un uso cumulativo di singoli casi e profili di inottemperanza del principio dello Stato di diritto in un singolo ordinamento, in modo così da dare sostanza al caso presentato alla Corte di giustizia e permettere la sanzione della violazione globale del principio a livello di sistema, anche quando non si rilevino contrasti con specifiche disposizioni del diritto primario o derivato dell'Unione<sup>330</sup>.

Parallelamente a questa proposta, in tempi recenti si è assistito ad un utilizzo effettivo ed estensivo della procedura di infrazione nei confronti delle riforme della magistratura adottate dalla Polonia. A questo proposito, le condanne inflitte si legano ad un nuovo approccio interpretativo ed operativo della Corte di giustizia nel definire il significato dell'articolo 19 TFUE che istituisce e fonda il sistema giurisdizionale composito dell'Unione europea, di cui i giudici nazionali sono parte integrante come autorità chiamate a dare applicazione al diritto dell'Unione.

A partire dalla sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*<sup>331</sup>, emessa in sede di rinvio pregiudiziale in riferimento alla riduzione delle retribuzioni dei giudici in Portogallo, la Corte di giustizia fonda sull'articolo 19 TFUE, quale concretizzazione del principio dello Stato di diritto consacrato all'articolo 2 TUE (par. 32), l'imposizione di un obbligo per gli Stati membri di assicurare che le proprie corti rispettino gli standard europei di protezione giurisdizionale effettiva. Si legge in tale decisione, infatti, che «l'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca ad uno Stato di diritto ... Ne consegue che ogni Stato membro deve garantire che gli organi rientranti, in quanto "giurisdizione" nel senso definito dal diritto dell'Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori

---

<sup>330</sup> Un recente e voluminoso approfondimento delle modalità attraverso cui tale dinamica dovrebbe esplicarsi si ritrova in K. L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2020 (in corso di pubblicazione). Sulla questione dell'utilizzabilità della procedura di infrazione per colpire la violazione di valori di cui all'articolo 2 TUE si v. anche E. ALBANESI, *Pluralismo costituzionale e procedura d'infrazione dell'Unione europea*, Torino, 2018, pp. 241-263.

<sup>331</sup> CGUE, sent. del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, C-64/16.

disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva (parr. 36-37) ... Per garantire detta tutela, preservare l'indipendenza di detto organo è di primaria importanza (par. 41)»<sup>332</sup>. La garanzia dell'indipendenza dei giudici statali viene dunque riportata dalla Corte di giustizia tra gli obblighi imposti dal diritto dell'Unione e quindi nel suo ambito di competenza, disinnescando quello che, soprattutto nel caso della Polonia, è uno degli argomenti fondanti della “difesa” dalle accuse rivolte ad essa da parte delle istituzioni europee, ovvero il fatto che le riforme dell'ordinamento giudiziario, tramite principale attraverso cui in quell'ordinamento si realizza il *vulnus* allo Stato di diritto, sarebbero una competenza strettamente statale e di conseguenza totalmente estranea all'azione e agli interessi dell'Unione<sup>333</sup>.

L'interpretazione inaugurata con il caso *Associação Sindical* è alla base delle condanne inflitte alla Polonia in alcune procedure di infrazione, a partire dalla sentenza *C-619/18*<sup>334</sup>, seguita dalla *C-192/18*<sup>335</sup> e rafforzata dall'imposizione della disapplicazione della normativa nazionale nel rinvio pregiudiziale della sentenza *A.K.*<sup>336</sup>. In particolare, in tali casi le procedure di infrazione riguardano la normativa interna che impone l'abbassamento obbligatorio dell'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema polacca, con parallelo riconoscimento in capo al Presidente della Repubblica di una facoltà libera, e dunque arbitraria, di concedere su richiesta un prolungamento del servizio. Nella sentenza *C-619/18*, il ragionamento della Corte riprende quanto già elaborato nel precedente *Associação Sindical*, ricordando l'obbligo ai sensi dell'articolo 19 TFUE per gli Stati membri di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ed in particolare l'indipendenza dei giudici nazionali, aspetto essenziale del diritto fondamentale ad un equo processo garantito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Sebbene l'organizzazione della giustizia rientri nella

---

<sup>332</sup> L. PECH, S. PLATON, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, 6, 2018, pp. 1827-1828.

<sup>333</sup> *Ibidem*.

<sup>334</sup> CGUE, sent. del 24 giugno 2019, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, C-619/18.

<sup>335</sup> CGUE, sent. del 5 novembre 2019, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, C-192/18.

<sup>336</sup> CGUE, sent. del 19 novembre 2019, *A.K. c. Krajowa Rada Sądownictwa* (e al.), cause riunite C 585/18, C 624/18 e C 625/18.



competenza degli Stati membri (par. 52), ciò non toglie che, nell'esercizio di tale competenza, essi siano tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione, che impone la necessaria esistenza di regole, relative in particolare alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti (par. 74). La misura oggetto di censura, coinvolgendo i giudici in carica e quindi violando il principio di inamovibilità, contrasta con la necessaria garanzia dell'indipendenza del giudice, e pertanto con l'articolo 19 TFUE, comportando la condanna della Polonia (par. 96).

In tale linea giurisprudenziale, dunque, l'articolo 19 TFUE, costruito come espressione dei valori dell'articolo 2 TUE e presidio del diritto fondamentale ad un equo processo, assume una funzione generale idonea a trascendere le attribuzioni dell'Unione, diventando strumento per la garanzia generalizzata dello standard europeo di tutela giurisdizionale effettiva<sup>337</sup>. Anche se le citate condanne nei confronti della Polonia non hanno ad oggetto un'infrazione dell'articolo 2 TUE *tout court*, come paventato dalle proposte dottrinali accennate *supra*, ma specifiche violazioni dell'articolo 19 TFUE, esse tuttavia dimostrano, sul piano concreto delle vicende istituzionali, l'attivismo della Commissione, nel dare avvio alle procedure, e della Corte di Giustizia nel reagire alle violazioni dei valori fondamentali dell'Unione in atto. In secondo luogo, il fatto che tali condanne derivino da un'interpretazione estensiva della portata dell'articolo 19 TFUE e della Carta dei diritti fondamentali testimonia lo sforzo di individuare un nuovo strumento ermeneutico di garanzia giurisdizionale di un principio fondamentale dell'Unione, quale

---

<sup>337</sup> F. GUELLA, *Indipendenza della magistratura polacca e stato di diritto in Europa: malgrado l'irricevibilità di questioni ipotetiche, la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva prescinde dalle attribuzioni dell'Unione*, in *DPCE Online*, 2, 2020, p. 2918. Si v. sul punto anche M. E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par.1, TUE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2019, pp. 245-260 e C. CINNIRELLA, *"You cannot beat something with nothing": ossia la strategia della Corte di giustizia per tutelare l'indipendenza dei giudici nazionali (e lo Stato di diritto) nello spazio giuridico europeo*, *Ivi*, 2, 2020, pp. 361-388.

è l'indipendenza dei giudici come concretizzazione dello Stato di diritto, anche in un ambito riservato alle competenze degli Stati quale è quello dell'organizzazione della magistratura.

## **5.2 La via politica e finanziaria**

Sul piano politico, i Trattati prevedono un meccanismo esplicitamente finalizzato a garantire il rispetto dei valori fondanti dell'Unione europea di cui all'articolo 2 TUE da parte degli Stati membri. L'articolo 7 del Trattato sull'Unione europea, infatti, comprende tre diverse procedure in qualche modo l'una conseguente all'altra, in cui le istituzioni politiche dell'Unione, con un ruolo centrale del Consiglio, sono chiamate a reagire a potenziali o attuali violazioni sistemiche dell'articolo 2 negli ordinamenti nazionali. In via introduttiva emergono due elementi sostanziali che differenziano il meccanismo dell'articolo 7 TUE dagli strumenti descritti nel paragrafo precedente: la natura politica e non giurisdizionale delle procedure, tanto che la Corte di giustizia dell'Unione europea non vi riveste alcun ruolo, e l'oggetto materiale di riferimento della stessa, chiamata a rispondere a violazioni di sistema dei principi fondamentali dell'Unione e non a casi singoli di mancato rispetto di norme o diritti.

La prima procedura, stabilita al comma 1 dell'articolo 7, rappresenta una misura preventiva, una sorta di pre-attivazione che consiste nella constatazione formale, da parte del Consiglio, del fatto che in uno degli Stati membri sussiste «un evidente rischio di violazione grave ... dei valori di cui all'articolo 2». La procedura può essere attivata su proposta di un terzo degli Stati membri, della Commissione o del Parlamento europeo, e l'approvazione in Consiglio europeo, che interviene dopo un'interlocuzione con lo Stato coinvolto ed eventuali raccomandazioni ad esso rivolte, deve avvenire con una maggioranza di 4/5 dei membri, previo voto favorevole anche del Parlamento<sup>338</sup>. La

---

<sup>338</sup> Il comma 5 dell'articolo 7, richiamando l'articolo 354 del TFUE, impone che il Parlamento esprima la previa approvazione ai sensi del comma 1 e anche del successivo comma 2 con il voto favorevole dei due terzi dei voti espressi, che rappresentino almeno la maggioranza assoluta dei propri membri.

seconda procedura, disciplinata al comma 2 del medesimo articolo e logicamente anche se non per forza cronologicamente conseguente alla prima, si rivolge invece a casi di gravità più intensa, essendo essa rivolta a dichiarare l'esistenza non più di un rischio ma di una violazione grave e persistente dell'articolo 2 TUE. In questo caso si prevede che la proposta provenga dalla Commissione o da un terzo degli Stati membri, mentre il Parlamento è chiamato unicamente a dare la previa approvazione, prima che il Consiglio europeo all'unanimità approvi la dichiarazione. Gli effetti di questa procedura agiscono esclusivamente sul piano dello stigma, e del peso politico, sull'opinione pubblica e sulla diplomazia, di una formale constatazione di questa portata, anche se la sua vera utilità consiste nel fatto che essa è il requisito per l'applicazione successiva delle sanzioni previste dall'articolo 7. Una volta constatata l'esistenza di una violazione grave e persistente dei valori dell'Unione, il comma 3 prevede l'unico vero meccanismo sanzionatorio, secondo cui il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata (72 per cento degli Stati membri favorevoli, che rappresentino almeno il 65 per cento della popolazione dell'Unione), può decidere di sospendere l'esercizio da parte dello Stato membro "imputato" di alcuni diritti derivanti dai Trattati, compreso il diritto di voto all'interno del Consiglio, la cui sospensione equivarrebbe sostanzialmente ad un azzeramento dell'incidenza e della rilevanza dello Stato membro in questione sulla definizione delle politiche dell'Unione.

L'articolo 7 rappresenta, dunque, la risposta per eccellenza predisposta dai Trattati per i casi in cui in alcuni ordinamenti nazionali si allontanano a livello sistemico dai principi fondamentali su cui è fondata l'Unione europea. Tuttavia, tale meccanismo, per come costruito normativamente ed interpretato nella prassi, sconta delle criticità notevoli, che ne hanno determinato la sostanziale inapplicabilità o comunque irrilevanza nei confronti delle crisi costituzionali in atto in Ungheria e Polonia. Il grado di consenso richiesto tra i rappresentanti degli Stati membri per attivare tanto la procedura preventiva di cui al comma 1, tanto quella sanzionatoria di cui ai commi 2 e 3, è tale da rendere molto complesso l'utilizzo di tale meccanismo, e il criterio dell'unanimità imposto per la

dichiarazione di violazione grave e persistente da parte del Consiglio europeo è destinato a paralizzarne la funzionalità nel caso, quale quello attuale, in cui siano più di uno gli Stati membri coinvolti, portati come ovvio a sostenere l'uno le ragioni dell'altro. D'altro canto, l'articolo 7 è politicamente percepito e costruito, con riguardo ai presupposti materiali per l'attivazione, come *extrema ratio* - un'"opzione nucleare", come definita dal Presidente della Commissione Barroso nel settembre 2012 - da utilizzare in risposta a situazioni critiche ed eccezionali. Questa interpretazione, che alle difficoltà politiche e procedurali di raggiungimento del necessario consenso aggiunge la criticità di una soglia di attivazione troppo elevata, disegna così un quadro in cui l'effettività dei meccanismi di difesa del diritto dell'Unione nel suo nucleo più sensibile è lungi dall'essere garantita.

Tale difficile operatività del meccanismo dell'articolo 7 TUE è pienamente confermata nel suo utilizzo concreto, visto che, a fronte di tensioni sul piano del rispetto dello Stato di diritto perduranti ormai da anni, risultano in questo momento aperte le procedure nei confronti di Polonia, su iniziativa della Commissione del 20 dicembre 2017<sup>339</sup>, e Ungheria, su iniziativa del Parlamento europeo del 12 settembre 2018<sup>340</sup>, senza che il Consiglio abbia in alcun modo dato seguito a tali proposte<sup>341</sup>. Parallelamente, alla luce di tali criticità, le Istituzioni europee hanno intrapreso iniziative per tutelare lo Stato di diritto e i valori dell'articolo 2 TUE per altre vie, definendo diversi meccanismi di *soft law*, di natura dialogica e persuasiva, fondati sulla leale collaborazione tra Istituzioni e Stati membri, a partire dal *Nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*<sup>342</sup>,

---

<sup>339</sup> Commissione UE, *Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia - Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia*, COM(2017) 835 final.

<sup>340</sup> Parlamento UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione*, 2017/2131(INL).

<sup>341</sup> Rivelatrici le parole pronunciate dal Ministro per gli Affari esteri polacco nel dicembre 2018 alla televisione nazionale: «L'articolo 7 è morto. La Commissione ha perso.», riportato da D. KOCHENOV, *Article 7 TEU: A Commentary on a Much Talked-About "Dead" Provision*, in *XXXVIII Polish Yearbook of International Law*, 2018, pp. 165-187.

<sup>342</sup> Commissione UE, *Nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM (2014) 158 Final. Sia consentito rinviare sul punto a M. DAICAMPI, *I meccanismi di tutela dello stato di diritto nell'ordinamento*

predisposto dalla Commissione europea nel 2014 ed utilizzato senza grandi risultati nei confronti della Polonia prima della proposta di attivazione dell'articolo 7 TUE, e dal *Dialogo annuale sullo Stato di diritto* portato avanti dal Consiglio<sup>343</sup>. Questi strumenti scontano però una certa difficoltà di incidere realmente sulle situazioni concrete degli ordinamenti oggetto di attenzione, dovuta proprio alla loro natura stessa, che non comporta un apparato sanzionatorio se non quello già previsto dall'articolo 7 TUE, e confermano la debolezza della posizione dell'Unione europea nella garanzia politica dei propri principi fondamentali<sup>344</sup>.

Astraendo l'analisi dalla "cronaca costituzionale", nell'ambito della presente ricerca l'articolo 7 TUE si inserisce coerentemente come meccanismo di tutela dei principi fondamentali dell'Unione europea nei confronti degli Stati membri, agendo esso necessariamente al di fuori degli ambiti del principio di attribuzione<sup>345</sup>. Tuttavia, se da un punto di vista dell'oggetto tale meccanismo ha di certo un ambito di applicazione "costituzionale", dal punto di vista del funzionamento esso sembra avvicinarsi più ad una natura internazionalistica, dato il suo esplicarsi esclusivamente sul piano intergovernativo, salvo solo il potere di iniziativa di Commissione e Parlamento. In più, le sanzioni previste che non hanno alcun effetto giuridico all'interno dell'ordinamento statale colpito, non prevedendo meccanismi di annullamento di atti eventualmente illegittimi, ma limitandosi, nel peggiore dei casi, a incidere negativamente sul ruolo dello

---

*dell'Unione europea: rassegna di alcuni recenti documenti di portata generale*, in *DPCE Online*, 4, 2016, pp. 205-222.

<sup>343</sup> Consiglio UE, Press Release n. 16936/14, 3362 Council meeting, General Affairs, 2014, pp. 20-21.

<sup>344</sup> D. KOCHENOV, *Article 7 TEU*, cit. p. 166. Per un'analisi più ampia di tali meccanismi, compresa la loro attuazione nel contesto generale della tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea v. L. MONTANARI, *Il rispetto del principio di Rule of law come sfida per il futuro dell'Unione Europea*, in *La Comunità Internazionale*, 1, 2020, pp. 75-96, in particolare pp. 80-81; D. KOCHENOV, L. PECH, *Renforcer le respect de l'État de droit dans l'UE: Regards critiques sur les nouveaux mécanismes proposés par la Commission et le Conseil*, in *Fondation Robert Schuman Policy Paper*, 356/2015; ID., *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2015, pp. 512-540; S. MARINAI, *Considerazioni in merito all'introduzione, "a Trattati invariati", di nuovi meccanismi per il rispetto della rule of law*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2020, 69-88; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2020, pp. 10-27.

<sup>345</sup> D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit. p. 42.

Stato membro a livello dell'organizzazione sovranazionale<sup>346</sup>. D'altra parte, alcuni autori sottolineano come la stessa reticenza e riluttanza del Consiglio nel portare avanti le procedure attivate dalle proposte di Commissione e Parlamento contro Polonia e Ungheria non derivi soltanto dalle oggettive difficoltà pratiche legate alle maggioranze necessarie, ma sembri testimoniare una mancanza di volontà fondata su ragioni diplomatiche ed economiche<sup>347</sup>.

Il secondo meccanismo di natura non giurisdizionale che sembra poter rientrare tra gli strumenti di garanzia dei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione nei confronti degli Stati membri attiene all'ambito finanziario, e si concretizza in una proposta proveniente dalla Commissione europea nel contesto della definizione del nuovo Quadro Finanziario Pluriennale dell'Unione per gli anni 2021-2027. Avendo ben chiare le criticità negli ordinamenti di Ungheria e Polonia, oltre al rischio che altri Stati membri imbocchino tale china, e la poca incisività delle iniziative sul piano politico già descritte, la Commissione ha valutato di proporre l'istituzione di un legame tra il rispetto dello Stato di diritto e la fruizione da parte degli Stati membri dei finanziamenti europei, sia a gestione diretta della Commissione sia a gestione concorrente (cioè demandata agli Stati e/o alle loro ripartizioni territoriali), come i fondi strutturali delle politiche di coesione.

La proposta di Regolamento “sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri”<sup>348</sup> trova la sua base giuridica nella competenza legislativa di Parlamento e Consiglio a definire le regole finanziarie che stabiliscono le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio (articolo 322 TFUE), e si fonda sul presupposto che il mancato rispetto dello Stato di diritto in un Paese possa causare gravi effetti negativi sugli interessi finanziari

---

<sup>346</sup> Ivi, pp. 38-44.

<sup>347</sup> D. KOCHENOV, *Article 7 TEU*, cit., pp. 169-170.

<sup>348</sup> Commissione UE, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo stato di diritto negli Stati membri*, 2 maggio 2018, COM(2018)324 def. Per un'analisi generale del provvedimento v. S. DE LA ROSA, *La 'sanction budgétaire' risque-telle de faillir? A propos du Règlement portant protection du budget européen en cas de défaillance de l'État de droit*, in *Revue des affaires européennes*, 1, 2019, pp. 67-74.

dell'Unione, con particolare riferimento a quelle carenze che impattano sul buon funzionamento delle autorità pubbliche e sull'effettivo controllo giurisdizionale (cons. 11). La carenza generalizzata riguardante lo Stato di diritto in un ordinamento nazionale, che rappresenta il presupposto dell'attivazione delle misure contenute nella proposta, è definita come qualunque “prassi od omissione diffusa o ricorrente, oppure misura adottata dalle autorità pubbliche che compromette lo Stato di diritto” (articolo 2 lett. b), e vi rientrano esplicitamente i casi di minaccia all'indipendenza della magistratura, l'omessa prevenzione o rettifica di decisioni arbitrarie, e la mancata effettività dei procedimenti giurisdizionali (articolo 3 c. 2), oltre che la presenza di criticità in tutti quei profili dell'amministrazione pubblica e della giurisdizione che rappresentano una garanzia per il corretto utilizzo dei fondi europei<sup>349</sup>.

Constatata tale carenza, a valle di un'interlocuzione con lo Stato membro interessato (articolo 5), l'articolo 4 della proposta prevede che la Commissione adotti, rispettando il principio di proporzionalità, delle misure sanzionatorie che comprendono la sospensione dei pagamenti e la riduzione dei finanziamenti, fermi restando però gli obblighi dello Stato membro di effettuare i pagamenti con i beneficiari finali dei finanziamenti, cosicché le sanzioni andrebbero a pesare unicamente sullo “Stato apparato” e non su cittadini e imprese<sup>350</sup>. Tali misure, adottate con risoluzione della Commissione, sono comunicate al Consiglio, che ha un mese per eventualmente respingere o modificare la proposta a maggioranza qualificata. In mancanza di ciò, si applica un modello di approvazione tacita, e si considerano adottate le proposte della Commissione (articolo 5, cc. 6-8). Si prevede, invece, solamente un'informativa lungo la procedura al Parlamento europeo che, infatti,

---

<sup>349</sup> Art. 3 c. 1 ricomprende infatti tra le componenti dello Stato di diritto il corretto funzionamento delle autorità che eseguono il bilancio dell'Unione, della repressione di frodi e corruzione e del controllo giurisdizionale indipendente, l'imposizione di sanzioni effettive, il corretto recupero dei fondi europei indebitamente versati, la leale collaborazione con l'Ufficio europeo per la lotta anti-frode (OLAF) e con la Procura europea.

<sup>350</sup> A. CIRCOLO, *È la rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento «sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto»*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2019, p. 400.

ha predisposto degli emendamenti alla proposta di Regolamento della Commissione per potenziare la propria partecipazione all'intera procedura<sup>351</sup>.

Le criticità dello strumento proposto dalla Commissione, oltre al rischio di avere un impatto negativo sui beneficiari finali dei finanziamenti, pur a fronte delle precauzioni di cui all'articolo 4<sup>352</sup>, riguardano proprio la sua compatibilità con il diritto primario dell'Unione, ed in particolare il suo rapporto con l'articolo 7 TUE. Non è un caso che in dottrina ci si domandi se, in fin dei conti, sia lo Stato di diritto a proteggere il bilancio dell'Unione, come prospettato dalla Commissione per giustificare l'adozione di tale Regolamento, o piuttosto il contrario, ovvero se il bilancio e i finanziamenti europei possano diventare uno strumento di tutela dello Stato di diritto<sup>353</sup>. Se sul piano analitico forse entrambe le alternative possono essere considerate vere, e le finalità di garanzia del principio dello Stato di diritto sono senz'altro condivisibili, sul piano invece del rapporto tra fonti pone alcune criticità il fatto che la Commissione, per il tramite della potestà legislativa di Parlamento e Consiglio, identifichi un *escamotage*, uno strumento alternativo per "colpire" le medesime violazioni sistemiche a cui è chiamato a rispondere l'articolo 7 TUE, parte del diritto primario, di fatto eludendo i requisiti procedurali da esso richiesti<sup>354</sup>.

Tuttavia, al di là di tali profili problematici, il meccanismo proposto dalla Commissione assume rilevanza come utilizzo della condizionalità, che fa leva sull'incentivo finanziario dei fondi europei, per garantire il rispetto dello Stato di diritto come valore fondamentale dell'ordinamento dell'Unione e sanzionarne le violazioni<sup>355</sup>.

---

<sup>351</sup> Per il contenuto delle proposte emendative del Parlamento v. M. CARTA, *Qualche considerazione sulla tutela dello Stato di diritto attraverso gli strumenti finanziari nell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 318-319.

<sup>352</sup> L. MONTANARI, *Il rispetto del principio di Rule of law*, cit., p. 93.

<sup>353</sup> A. CIRCOLO, *È la rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa?*, cit., pp. 405-406.

<sup>354</sup> *Ibidem*; contra v. M. CARTA, *Qualche considerazione sulla tutela dello Stato di diritto*, cit., p. 317.

<sup>355</sup> Sul concetto di condizionalità e il suo utilizzo nell'ordinamento dell'Unione v. V. VITA, *The Rise of Spending Conditionality in the EU: What Can EU Learn from the U.S. Conditional Spending Doctrine and Policies?*, in *EUI Department of Law Research Paper*, 16, 2017. Per un'analisi dello strumento qui esaminato v. M. BLAUBERGER, V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, in *Journal of European Integration*, 2020.



Si configura pertanto come un meccanismo politico di garanzia che, a differenza delle procedure dell'articolo 7 TUE, vede in un ruolo centrale la Commissione europea, come attore politico per eccellenza dell'ordinamento dell'Unione, segnando, in qualche modo, la differenza tra una misura genuinamente sovranazionale di garanzia dei principi fondamentali dell'ordinamento, e una misura, l'articolo 7, di natura intergovernativa, pur esplicitamente disposta dai Trattati a tutela dei medesimi principi.

## **6. Strumenti di confronto nello spazio costituzionale europeo: la presa in carico delle identità nazionali nell'ordinamento dell'Unione**

Nel corso del presente capitolo sono emersi alcuni profili ed alcune dinamiche interne all'ordinamento dell'Unione europea che si sono dimostrati assimilabili, in senso funzionale, a quelli che negli ordinamenti statali attengono alla tutela delle identità costituzionali. Se però tanto gli Stati membri quanto, a suo modo, l'Unione europea sono portatori di identità costituzionali, di nuclei costituzionali garantiti nei rapporti inter-ordinamentali, è necessario riflettere, pur sinteticamente, su quegli strumenti che nell'ordinamento europeo consentono o potrebbero consentire un confronto ed eventualmente un bilanciamento tra i due livelli identitari, a partire dalla presa in carico delle identità nazionali da parte del diritto europeo, con la già citata clausola dell'articolo 4, c. 2 TUE (v. *supra* cap. I par. 3) e con il possibile coinvolgimento, per altro tramite, delle istituzioni politiche nazionali ed europee.

### **6.1 L'articolo 4, c. 2 TUE, tra europeizzazione dei controlimiti e applicazione ordinaria**

Come già ricordato nel capitolo I della presente ricerca, il Trattato sull'Unione europea dispone, all'articolo 4, c. 2, che l'Unione rispetti «l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale,

politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali»<sup>356</sup>. L'interesse che tale clausola riveste a questo punto dell'analisi è legato alla definizione di quanto e in che modo la sua applicazione giurisdizionale (e non) possa consentire un confronto e un bilanciamento tra le identità costituzionali nazionali e i principi fondamentali che costituirebbero l'identità dell'Unione europea.

La prima criticità che si pone, in tal senso, deriva da una sorta di paradosso a cui l'articolo 4, c. 2 soggiace, ovvero quello di stabilire un concetto di diritto dell'Unione europea che però fa riferimento ad elementi materiali interamente nazionali, creando un dubbio su quale sia l'autorità chiamata a dare contenuto e significato a questa clausola, se la Corte di giustizia come interprete dei Trattati, o se qualche autorità nazionale (non necessariamente le Corti costituzionali) come interprete della "struttura fondamentale politica e costituzionale" dello Stato.

La valorizzazione della *identity clause* del TUE come europeizzazione dei controlimiti, e dunque il riconoscimento della facoltà da parte degli Stati membri di limitare l'applicazione del diritto dell'Unione europea a fronte della violazione del loro nucleo costituzionale sospendendo il primato del diritto europeo, comporterebbe la possibilità che, parallelamente, la Corte di Giustizia dell'Unione europea valuti la consistenza e la legittimità della deroga al primato, e, in fin dei conti, si pronunci sul bilanciamento così impostato dalle autorità nazionali interpretando il contenuto dell'"identità" coinvolta<sup>357</sup>. In tal modo il concetto di identità nazionale secondo il diritto

---

<sup>356</sup> La letteratura sulle identità nazionali nel diritto dell'Unione europea, sul rapporto tra esse e le identità costituzionali tutelate nella giurisprudenza delle Corti statali, e sull'effettiva applicazione di tale clausola nel *case law* della Corte di Giustizia è sterminata. Oltre alle opere che saranno citate lungo il paragrafo sia consentito rinviare a E. CLOOTS, *National identity in EU Law*, Oxford, 2015; D. SIMON, *L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne*, in L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Parigi, 2011, pp. 27-43; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 5, 2011, pp. 1417-1454; M. CLAES, *National Identity: Trump Card or Up for Negotiation?*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 109-140.

<sup>357</sup> Sull'articolo 4, c. 2 TUE come europeizzazione dei controlimiti v., tra gli innumerevoli scritti a questo argomento dedicati dal medesimo Autore, A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei*

europeo si sovrapporrebbe a quello di identità costituzionale come difeso dagli ordinamenti nazionali, e l'articolo 4, c. 2 TUE rappresenterebbe lo strumento principe per bilanciare, ove in contrasto nelle singole vicende, principi costituzionali ritenuti essenziali dai due (o più) ordinamenti coinvolti<sup>358</sup>.

Sul piano concreto, l'obbligo di rispettare le identità nazionali da parte del diritto europeo, nel caso più probabile che esso non sia rispettato da una norma di diritto derivato, potrebbe essere fatto valere all'interno di un ricorso di annullamento davanti alla Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 263 TFUE proposto dallo Stato interessato o anche dalla Commissione, nell'ipotesi (invero irenica) di una sua attivazione per garantire l'identità statale in gioco, nel ruolo di "guardiano dei Trattati" e quindi anche della clausola dell'articolo 4 c. 2 TUE<sup>359</sup>. In secondo luogo, l'*identity clause* potrebbe rilevare come giustificazione derogatoria in sede di ricorso per inadempimento, a seguito di una procedura di infrazione, contro uno Stato membro le cui autorità abbiano valutato di non dare applicazione a norme o principi di diritto europeo qualora in contrasto con la propria identità nazionale. Infine, in un contesto di leale collaborazione e di dialogo tra gli ordinamenti statali e l'ordinamento europeo, è evidente che la sede adeguata a saggiare il bilanciamento tra primato del diritto dell'Unione e garanzia delle identità nazionali sarebbe il rinvio pregiudiziale (interpretativo e di validità) ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Se si accoglie la ricostruzione interpretativa dell'articolo 4 c. 2 TUE sopra accennata, si può immaginare che, nelle sedi giurisdizionali ricordate, la possibilità di riconoscere una particolare tutela derogatoria alle identità nazionali, limitando l'applicabilità del diritto europeo, incontrerebbe a sua volta dei limiti. In primo luogo, è facile dedurre da un'interpretazione sistemica dei Trattati che la Corte di giustizia non

---

*controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006.

<sup>358</sup> G. VAN DER SCHYFF, *Exploring Member State and European Union Constitutional Identity*, cit., pp. 228-334. Rifiuta la sovrapposibilità giuridica e concettuale delle due categorie E. CLOOTS, *National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2, 2016, pp. 82-98.

<sup>359</sup> F. X. MILLET, *Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, pp. 838-839.

potrebbe ammettere di tutelare particolari tratti costituzionali degli Stati membri qualora contrastino con i valori fondanti di cui all'articolo 2 TUE, e dunque con l'identità costituzionale dell'Unione stessa, che rappresenterebbe un limite assoluto all'applicazione dell'articolo 4 c. 2 TUE<sup>360</sup>. In secondo luogo, la dottrina ricava dalla sentenza *Melloni* (su cui v. *supra* cap. III par. 4.3) un secondo possibile limite, costituito dal «primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (par. 60), che ostacolerebbero l'applicazione di standard nazionali più elevati di tutela dei diritti fondamentali negli ambiti materiali oggetto di armonizzazione sovranazionale. In questo caso, tale necessità di uniformità nell'applicazione del diritto europeo dovrebbe rientrare in un bilanciamento con l'obbligo, anch'esso imposto dal diritto primario, di rispettare le identità nazionali, configurando dunque i principi fondamentali "di funzionamento" dell'ordinamento europeo come limite relativo<sup>361</sup>. In tal modo, per il tramite dell'articolo 4 c. 2 TUE si identificherebbe uno strumento in cui si possano confrontare l'identità costituzionale espressa dagli Stati membri e quella sovranazionale, anche se il bilanciamento avverrebbe inevitabilmente ad opera della Corte di giustizia, pur su stimolo nazionale, trattandosi comunque di interpretazione ed applicazione di una norma di diritto primario europeo.

Tuttavia, l'applicazione dell'*identity clause* nella giurisprudenza della Corte non sembra allinearsi a tale ricostruzione e alla sovrapposizione tra identità nazionale e identità costituzionale, accogliendo piuttosto una nozione indefinita e relativa dell'identità nazionale<sup>362</sup>.

Anche se in alcuni passaggi dei primi anni 2000, precedenti al Trattato di Lisbona, si evidenziava, soprattutto in alcune conclusioni degli Avvocati Generali, un'attenzione sul rispetto delle identità costituzionali nazionali da parte dell'Unione europea come snodo

---

<sup>360</sup> Ivi, p. 846; L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 19, 2020, pp. 8-10.

<sup>361</sup> F. X. MILLET, *Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État*, cit., pp. 847-850.

<sup>362</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos*, in *AFDUAM - Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 2013, pp. 501-514, che definisce l'identità richiamata dall'articolo 4 c. 2 TUE "identità con la i minuscola" (p. 510).

di funzionamento del pluralismo costituzionale in Europa<sup>363</sup>, la Corte di Giustizia non ha elaborato una nozione autonoma o un chiarimento dogmatico, adottando un approccio rigidamente casistico<sup>364</sup>. Così, l'identità nazionale, invocata come parametro per la validità di disposizioni di diritto derivato (come nel caso *Torresi*<sup>365</sup>) o come argomento aggiuntivo per l'ammissibilità di una deroga all'applicazione del diritto dell'Unione (tra i molti ad es. il caso *Sayn-Wittgenstein*<sup>366</sup>), ha ricompreso, nelle diverse vicende sottoposte allo scrutinio dei giudici di Lussemburgo, il contrasto tra libertà di circolazione dei cittadini europei e abolizione dei titoli nobiliari (sent. 22 dicembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, causa C-208/09, e sent. 2 giugno 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, causa C-438/14), il divieto di matrimoni omosessuali (sent. 5 giugno 2018, *Coman*, causa C-673/13) o l'imposizione di requisiti linguistici per i registri di stato civile (sent. 16 dicembre 2010, *Runevic-Vardyn*, causa C-391/09), i conflitti tra le libertà economiche e salvaguardia della lingua nazionale (sent. 24 maggio 2011, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, causa C-51/08, e sent. 12 luglio 2012, *Las*, causa C-202/11), la ripartizione interna di competenze tra Stato e enti sub-statali (sent. 24 ottobre 2013,

---

<sup>363</sup> V. tra tutti le conclusioni dell'AG Maduro nel caso *Michaniki* (CGUE, sent. del 16 dicembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, C-213/07) par. 31: «È ben vero che il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri costituisce un obbligo per l'Unione europea e che siffatto obbligo le è stato imposto sin dall'inizio. Esso, infatti, rientra nell'essenza stessa del progetto europeo avviato nei primi anni '50, che consiste nel progredire sulla via dell'integrazione pur conservando l'individualità politica degli Stati. Ne è prova il fatto che questo principio è stato enunciato per la prima volta esplicitamente in occasione di una revisione dei trattati, quando è apparso necessario ai costituenti farne richiamo per consentire i progressi sulla via dell'integrazione prevista. Infatti, l'art. F, n. 1, del trattato di Maastricht, divenuto art. 6, n. 3, del trattato sull'Unione europea, dispone: «L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri». L'identità nazionale comprende chiaramente l'identità costituzionale dello Stato membro. Se ve ne fosse bisogno, ciò è confermato dalla spiegazione degli elementi dell'identità nazionale tentata dall'art. I-5 della Costituzione per l'Europa e dall'art. 4, n. 2, del trattato sull'Unione, nella stesura del trattato di Lisbona. Infatti, dal contenuto identico di questi due testi risulta che l'Unione rispetta l'«identità nazionale [degli Stati membri] insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale»».

<sup>364</sup> G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE*, cit., p. 342.

<sup>365</sup> CGUE, sent. del 17 luglio 2014, *Angelo Alberto Torresi e Pierfrancesco Torresi c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, cause riunite C-58/13 e C-59/13.

<sup>366</sup> CGUE, sent. del 22 dicembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, C-208/09.

*Commissione c Regno di Spagna*, causa C-151/12; sent. 12 giugno 2014, *Digibet e Albers*, causa C-156/13; sent. 21 dicembre 2016, *Remondis*, causa C-51/15)<sup>367</sup>.

Si ricava, dunque, un'impressione di normalizzazione della portata dell'articolo 4, c. 2 TUE nella giurisprudenza applicativa, che non valorizza le potenzialità espansive di tale clausola per diventare centrale nella gestione dei rapporti tra identità costituzionali sullo spazio giuridico europeo, con un riconoscimento di un significato relativo e debole dell'identità nazionale, destinata a fungere come strumento argomentativo concorrente ad altri, e sottoposto a bilanciamento con le norme di diritto europeo eventualmente derogate, in ossequio al principio di proporzionalità<sup>368</sup>. Tale considerazione da parte della Corte di Giustizia, ai fini della ricerca qui condotta, può assumere due diversi significati. Da una parte si potrebbe concludere che il fenomeno delle identità costituzionali intese in senso forte, come proposte dagli ordinamenti nazionali e, nelle forme qui ricostruite, anche dall'ordinamento europeo, sia in parte estraneo all'articolo 4, c. 2 TUE nell'applicazione che ne dà la Corte di Giustizia. Dall'altra, questa accezione "normalizzata" dell'identità potrebbe costituire uno stimolo per una relativizzazione della portata dei conflitti costituzionali, alla luce della considerazione che la grande maggioranza delle peculiarità costituzionali nazionali si presta ad una ricomposizione interpretativa e dialogica, che si bilanci con le esigenze di funzionalità dell'ordinamento dell'Unione europea e prenda atto della condivisione assiologica di fondo che permea i rapporti inter-ordinamentali nello spazio europeo, cosicché l'innalzamento delle barriere

---

<sup>367</sup> G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE*, cit., p. 343. Dello stesso A. v. *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 71-120 per un'analisi estesa delle diverse funzioni assunte dall'articolo 4 c. 2 TUE nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e pp. 133-141 per un approfondimento sulla nozione di identità nazionale deducibile dalla prassi applicativa.

<sup>368</sup> G. CAPONI e al., *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*, in *federalismi.it*, 24, 2014, p. 8; P. CRUZ VILLALÓN, *La identidad constitucional de los Estados miembros*, cit., p. 512; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, cit., p. 256, A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy*, cit., p. 1441.

insormontabili della garanzia dei principi fondamentali degli ordinamenti rimanga un'ipotesi residuale<sup>369</sup>.

## 6.2 Il ruolo degli organi politici

La sintetica analisi dell'articolo 4 c. 2 TUE appena presentata vede, ancora una volta, in posizione centrale le procedure giurisdizionali e le Corti come motori delle dinamiche legate alle identità costituzionali. Tuttavia, è bene riflettere su quali spazi residuino, in forma limitata o anche embrionale, per un'azione delle istituzioni politiche degli Stati e dell'Unione nel confronto tra le identità, alla luce del fatto, già accennato nel corso del presente lavoro (v. *supra* cap. II par. 5) e segnalato in dottrina, che sembrerebbe auspicabile che siano anche organi politici e non solo quelli giurisdizionali a far valere nei rapporti inter-ordinamentali il rispetto dei principi fondamentali degli ordinamenti di appartenenza<sup>370</sup>.

Prendendo in considerazione la posizione degli Stati membri nei confronti dell'Unione europea, in primo luogo si è già segnalato come essi, in particolare i loro esecutivi, possano far valere il rispetto delle identità nazionali stabilito dall'articolo 4 c. 2 TUE con ricorso di annullamento contro atti di diritto europeo derivato che le violino, anche se l'esercizio di tale facoltà si sostanzia in una procedura giurisdizionale, che manterrebbe quindi la centralità della Corte di Giustizia nel definire le sorti del conflitto sollevato.

Un secondo strumento è invece previsto dall'ordinamento dell'Unione europea in capo ai Parlamenti nazionali. All'interno del procedimento legislativo europeo, infatti, gli organi legislativi nazionali hanno la facoltà di intervenire secondo quanto previsto dal Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, e per il

---

<sup>369</sup> B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, pp. 441-461.

<sup>370</sup> P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, cit., pp. 491-578; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la mancata fine della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, p. 9 segnala il paradosso per cui i principi supremi dell'ordinamento, intimamente connessi al principio democratico, sono tutelati da istituzioni aristocratiche quali sono le Corti costituzionali.

tramite di tale facoltà essi potrebbero segnalare già in tale fase eventuali supposte violazioni delle proprie identità, attraverso un'interpretazione estensiva facilitata dalla versatilità del principio di sussidiarietà<sup>371</sup>. Infatti, il Protocollo n. 2 dispone che i Parlamenti nazionali possono rivolgere al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione dei pareri motivati su progetti legislativi europei evidenziando le ragioni secondo cui un progetto non sia conforme al principio di sussidiarietà. Le Istituzioni europee sono tenute a tenere conto dei pareri dei Parlamenti e, qualora questi raggiungano un determinato numero, a riesaminare i progetti di legge in oggetto. D'altra parte, oltre a proposte dottrinali in tal senso, si segnalano alcuni pareri motivati statali che effettivamente in svariati ambiti (aggiudicazione di concessioni pubbliche, gestione delle frontiere, politica comune della pesca) hanno sollevato criticità ai sensi dell'articolo 4 c. 2 TUE<sup>372</sup>.

Uno strumento come questo, che pure nasce per scopi parzialmente diversi dalla tutela del rispetto delle identità nazionali, rappresenta un interessante mezzo per porre l'attenzione da parte nazionale su profili della legislazione europea eventualmente rilevanti per le identità costituzionali statali. L'attivazione "anticipata", all'interno del procedimento legislativo e quindi prima della definizione finale degli atti di diritto derivato, avrebbe l'effetto di ridurre i motivi di conflittualità e facilitare, ove possibile, meccanismi di differenziazione, anche se inevitabilmente avrebbe una applicazione circoscritta, anche perché le antinomie spesso sorgono sul piano applicativo ed interpretativo, e non sono dunque facilmente riscontrabili nel semplice testo di un progetto legislativo.

Dal punto di vista, invece, dell'ordinamento dell'Unione europea e dell'opposizione dei suoi principi fondamentali agli ordinamenti nazionali, si è già sottolineato come l'ordinamento europeo preveda effettivamente, nell'articolo 7 TUE, un meccanismo

---

<sup>371</sup> P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, cit., p. 568. Valorizza il legame tra principio di sussidiarietà e rispetto delle identità nazionali E. CLOOTS, *National Identity*, cit., p. 189.

<sup>372</sup> B. GUASTAFERRO, *Coupling National Identity with Subsidiarity Concerns in National Parliaments' Reasoned Opinions*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2, 2014, pp. 328-336.



politico chiamato, con le sue peculiarità e criticità, a esercitare tale funzione. La portata trasversale di tale strumento e, soprattutto, dei principi dell'articolo 2 TUE da esso presidiati, portano a ritenere inevitabile che l'articolo 7 TUE agisca come deroga all'obbligo di rispetto delle identità nazionali, che dunque, come già accennato in relazione all'applicazione giurisdizionale dell'articolo 4 c. 2, non potrebbero essere validamente opposte come ragioni a giustificazione della violazione dell'articolo 2 TUE da parte di Stati membri<sup>373</sup>.

## 7. Conclusioni

La *research question* a cui il presente capitolo intendeva rispondere era se nell'ordinamento dell'Unione europea, nella disciplina dei Trattati istitutivi e nella prassi applicativa, siano presenti elementi assimilabili alle funzioni esercitate dal concetto di identità costituzionale negli ordinamenti nazionali, come garanzia dei principi fondamentali e limite all'integrazione dell'ordinamento. Alla luce di ciò, l'analisi presentata consente di concludere che, anche se la configurazione dell'identità costituzionale dell'Unione europea appare come un processo *in fieri* e non completamente definito, ciononostante senz'altro in tale ordinamento si riscontrano alcune dinamiche assimilabili a quelle identitarie nazionali.

Rispetto ai limiti alla revisione costituzionale, o nel caso dell'Unione europea dei limiti alla revisione dei Trattati, che anche nelle esperienze nazionali assume caratteri variabili e variabili rapporti con l'identità costituzionale come limite al diritto esterno, non emergono dati definitivi dall'analisi, ma solo alcune possibili traiettorie argomentative che testimoniano comunque la consistenza del problema della continuità e della "riconoscibilità" dell'ordinamento europeo nel tempo.

---

<sup>373</sup> D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit., pp. 47-50.

Più concreti si rivelano i risultati dell'analisi su quello che rappresenta il cuore del concetto funzionale di identità costituzionale, ovvero l'opposizione dei principi fondamentali come limite all'integrazione dell'ordinamento. In questo caso, come inevitabile, la definizione di tali dinamiche in riferimento all'Unione europea sconta una peculiarità assoluta, ovvero il fatto che tale ordinamento presenta due dimensioni di applicazione di questa funzione: verso l'esterno, con "controparte" il diritto internazionale o altre organizzazioni, e verso l'interno, nei confronti degli Stati membri che, come già evidenziato, sono contemporaneamente parte dell'Unione ma anche ordinamenti autonomi, in cui l'Unione come ordinamento a sua volta autonomo esprime la necessità di imporre il rispetto di alcuni principi, anche al di là delle proprie competenze segnate dal principio di attribuzione.

L'opposizione dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo al diritto internazionale rivela un'applicazione da parte dell'Unione di modalità e argomentazioni tratte dalle elaborazioni nazionali del concetto di identità costituzionale. Come, secondo la dottrina, l'identità costituzionale è utilizzata dagli ordinamenti nazionali come scudo per segnare un limite all'integrazione europea per il tramite dei Trattati e come spada per dichiarare l'illegittimità di norme di diritto derivato che violino il nucleo costituzionale<sup>374</sup>, così la Corte di Giustizia ha utilizzato l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea e i suoi principi di funzionamento come limite all'adesione alla CEDU, che avrebbe comportato un processo di "integrazione" in un diverso sistema anche giurisdizionale, e ha opposto la tutela dei diritti fondamentali all'applicazione delle risoluzioni ONU nella vicenda *Kadi*, attraverso un sindacato di legittimità interno di norme esterne a protezione dei «principi costituzionali» dei Trattati.

Nei confronti, invece, degli ordinamenti degli Stati membri, l'affermazione dei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione si presenta più problematica, poiché necessita di strumenti attraverso cui superare i limiti posti alla sua azione dal riparto di

---

<sup>374</sup> P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU - A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, 7, 2017, pp. 1617-1640.

competenze sancito dai Trattati e dal principio di attribuzione. Paradossalmente, in maniera del tutto inimmaginabile fino a pochi anni fa, è proprio questa dimensione dell'identità costituzionale dell'Unione europea a proporsi come più urgente, di fronte al sistematico attacco allo Stato di diritto in Ungheria e Polonia. Di fronte a ciò si sono descritti due diversi percorsi che l'ordinamento europeo sta seguendo nell'affermazione e imposizione dei propri valori fondamentali. In ambito giurisdizionale, l'idea, suggerita dalla sentenza *Ruiz Zambrano*, di una valorizzazione della cittadinanza europea come strumento di affermazione universale dei diritti riconosciuti dall'Unione europea rappresenta una suggestione assolutamente rilevante, ma per il momento non affermata in senso estensivo. D'altra parte, sembra dare effetti più concreti, anche se episodici, l'evoluzione interpretativa dell'articolo 19 TFUE che, in qualche modo, amplia lo spettro di competenza dell'Unione e consente alla Corte di sanzionare il rispetto dell'indipendenza dei giudici nei singoli ordinamenti come espressione dello Stato di diritto su cui si fonda l'Unione stessa. Contemporaneamente, l'affermazione dei principi fondamentali dell'Unione passa anche attraverso strumenti politici. Tuttavia, come evidente, lo strumento che i Trattati stessi disegnano esplicitamente per esercitare questa funzione, l'articolo 7 TUE, rivela forti criticità che ne compromettono l'utilizzo, non solo sul piano procedurale, ma anche, per così dire, istituzionale: quello che dovrebbe essere lo strumento politico per eccellenza di difesa dell'identità dell'Unione rimane, per i motivi e nei modi illustrati *supra* al par. 5.2, uno strumento intergovernativo, nella disponibilità degli Stati membri. Parallelamente, l'iniziativa della Commissione verso l'introduzione di condizionalità finanziarie legate al rispetto dello Stato di diritto rappresenta una nuova frontiera dell'impegno politico delle Istituzioni dell'Unione per la garanzia del nucleo costituzionale dell'ordinamento.

Infine, descritti gli strumenti attuali e potenziali di affermazione di un'identità costituzionale *in nuce* dell'Unione europea, l'analisi normativa e applicativa dell'articolo 4, c. 2 TUE ha consentito di aprire uno spazio di riflessione su come e su quale piano le identità fatte valere dagli Stati membri e i principi dell'Unione europea possano trovare

un confronto e un bilanciamento, effettuato a livello giurisdizionale o promosso a livello politico-legislativo per il tramite dei pareri motivati dei Parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà. Ammettere che anche l'Unione europea è portatrice di una propria identità (quantomeno sul piano funzionale) che si confronta con quelle statali avvicina alla conclusione che le risposte ai conflitti costituzionali nello spazio giuridico europeo non si trovino tanto nella definizione di apposite procedure, quanto nell'interpretazione dialogica, propositiva e teleologica delle identità costituzionali, che, fondandosi su una condivisione assiologica di fondo, possono essere concettualizzate come *corpus* di principi che consentono di volta in volta un compromesso, e non di regole da applicarsi *tout court*, enfatizzando le differenze<sup>375</sup>.

Se, come suggerito da un recente saggio, in questa fase storica, dopo la prima fase nel secondo dopoguerra di diffusione dello stato costituzionale di diritto e apertura degli ordinamenti all'integrazione e la seconda caratterizzata dal sempre maggiore utilizzo del diritto internazionale e sovranazionale da parte delle Corti costituzionali, ci troviamo nella terza ondata dei rapporti inter-ordinamentali, segnata dalla diffusione dell'argomento identitario e dalla funzione difensiva del controllo della Corti costituzionali sul processo di integrazione, l'analisi che qui si conclude suggerisce che anche l'ordinamento dell'Unione europea possa partecipare a questo processo di circolazione o "migrazione delle idee costituzionali"<sup>376</sup>. Preso atto, dunque, che i conflitti costituzionali sono conaturati al processo di integrazione europea, la teorizzazione di un ulteriore centro di espressione identitaria costituzionale in capo all'Unione europea, di cui la presente ricerca rappresenterebbe la premessa, da una parte consentirebbe una relativizzazione dei conflitti, che dovrebbero risolversi nel confronto e bilanciamento tra istanze paritarie, e dall'altra fornirebbe una contro-narrativa in particolare nei casi,

---

<sup>375</sup> G. VAN DER SCHYFF, *Exploring Member State and European Union Constitutional Identity*, cit., pp. 238-241.

<sup>376</sup> D. LUSTIG, J. H. H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world - Retrospective and prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2018, pp. 315-372; S. NINATTI, O. POLLICINO, *Identità costituzionale e (speciale) responsabilità delle Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020, pp. 191-197.

tristemente noti, in cui non solo la ricomposizione sia impossibile ma venga meno la condivisione valoriale di fondo che ispira la costruzione europea.



## CONCLUSIONI

L'identità costituzionale è stata, negli ultimi anni, uno dei temi maggiormente approfonditi nella dottrina costituzionalistica europea e mondiale, e porta con sé una grande complessità di fondo data da una certa aleatorietà definitoria e dalla sovrapposizione sotto il medesimo termine da un lato di temi di rilievo descrittivo e teorico, e dall'altro di un utilizzo concreto sul piano normativo, o meglio giurisprudenziale.

Di fronte a tale complessità, la ricerca qui condotta trova il suo punto di partenza (delineato nel Capitolo I) nella necessità, per uno studio di diritto costituzionale comparato, di riconoscere un contenuto giuridico all'oggetto dell'analisi e nella conseguente presa d'atto della diffusione, nello spazio europeo, di una nozione giuridica di identità costituzionale e del conseguente apparato teorico e argomentativo. A partire dai due modelli storici di riferimento (Germania e Italia), l'elaborazione da parte di numerose Corti apicali degli Stati membri dell'Unione europea di limiti materiali al processo di integrazione a garanzia di un nucleo duro costituzionale inderogabile, testimonia un fenomeno di circolazione che, accompagnato dalla progressiva emersione della medesima semantica anche nel testo dei Trattati europei (articolo 4, c. 2 TUE), ha portato all'affermazione dell'identità costituzionale come uno dei concetti chiave per la definizione dei rapporti inter-ordinamentali in Europa. Si è dunque impostato uno studio comparato di tipo funzionalistico, sulla base di una definizione massimamente astratta dell'identità costituzionale come limite materiale all'integrazione dall'esterno dell'ordinamento, a cui si accompagna la necessità di garantire principi, valori o tratti fondamentali e distintivi di tale ordinamento. L'analisi è stata così ripartita su due diversi piani, volti a evidenziare in primo luogo come l'identità costituzionale così intesa si configura in due ordinamenti nazionali che presentano elementi di originalità rispetto ai modelli storici di riferimento (comparazione orizzontale) e, in secondo luogo, se e in che

modo le funzioni appena ricordate sono esercitate all'interno dell'ordinamento sovranazionale dell'Unione europea (comparazione verticale).

Lo studio del piano nazionale dell'esperienza di Francia e Spagna (cui sono stati dedicati, rispettivamente, i Capitoli II e III) ha interessato diversi profili. In primo luogo, si è analizzata la disciplina della revisione costituzionale, al fine di evidenziare eventuali legami tra i limiti alla modificabilità del testo della Costituzione e i limiti opposti al diritto europeo. In secondo luogo, è stato ricostruito il processo di progressiva apertura dei due ordinamenti all'integrazione europea, alla luce della disciplina costituzionale dei rapporti con il diritto internazionale. Infine, nel contesto così definito, si è approfondita l'elaborazione vera e propria della "riserva" dell'identità costituzionale, con le modalità di definizione, le funzioni ad essa attribuite, e il concreto funzionamento della stessa nella prassi degli ordinamenti e nei rapporti con l'ordinamento europeo.

Così, rispetto al primo profilo, mentre i modelli storici di identità costituzionale tedesco e italiano propongono una interazione e una certa sovrapposizione tra limiti alla revisione costituzionale e limiti al diritto europeo, i due ordinamenti esaminati presentano due modelli differenti. In Francia il testo della Costituzione prevede esplicitamente un limite sostanziale alla propria modifica, ovvero la necessaria garanzia della "forma repubblicana" (art. 89 c. 5 Cost.), ma tale disposizione risulta concretamente priva di strumenti di applicazione, data l'asserita incompetenza del *Conseil constitutionnel* a sindacare le leggi di revisione, e dogmaticamente osteggiata in ragione della tradizione costituzionale *légitimiste* francese. Il legame tra limiti alla riforma della Costituzione e tutela dell'identità costituzionale in Francia si esprime come un nesso ideale di carattere istituzionale, concretizzato nel ruolo centrale e libero assegnato al legislatore costituzionale in relazione tanto alla revisione, quanto alla definizione degli elementi essenziali e inderogabili dell'ordinamento costituenti la riserva identitaria. L'ordinamento spagnolo invece presenta un approccio "procedurale" alla revisione costituzionale, in cui non sono previsti principi o disposizioni non modificabili, sussistendo anche la possibilità di una revisione totale, ma alcuni di essi sono sottoposti



a procedure “ultra-rafforzate” (art. 168 Cost.), così da garantire in maniera più intensa i tratti dell’ordinamento ritenuti essenziali. In questo caso, tale differenziazione della forza passiva delle disposizioni della Costituzione si rapporta con la riserva costituzionale dei limiti all’integrazione europea esclusivamente come elemento interpretativo, che può aiutare a ricostruire quali, tra i principi costituzionali, possano rientrare nel nucleo inderogabile garantito di fronte al diritto europeo.

Il secondo piano della comparazione riguarda il rapporto tra ordinamento interno e diritto europeo, alla luce del percorso di progressiva integrazione e della posizione assegnata dalla Costituzione al diritto internazionale. Sotto questo aspetto Francia e Spagna presentano numerosi profili di convergenza. In entrambi i Paesi, infatti, si prevede l’incorporazione automatica nell’ordinamento interno degli accordi internazionali e si assegna al diritto internazionale una posizione sovralegislativa, che comporta l’inapplicabilità di norme interne con esso incompatibili. A ciò si collega l’attribuzione del controllo di convenzionalità alla competenza dei giudici ordinari e non, rispettivamente, al *Conseil constitutionnel* e al *Tribunal constitucional*, sancendo la rilevanza infracostituzionale dei rapporti tra norme interne e diritto derivato dell’Unione europea. Inoltre, un ulteriore strumento presente in entrambi gli ordinamenti è la competenza del giudice costituzionale a valutare preventivamente la compatibilità dei Trattati sottoscritti con la Costituzione ed eventualmente richiedere una revisione di quest’ultima che consenta la ratifica degli accordi, anch’essa legata al sistema dell’incorporazione automatica e alla sovraordinazione gerarchica del diritto internazionale (ed europeo) sulle leggi ordinarie interne, come garanzia della supremazia della Costituzione sugli accordi internazionali. Proprio l’esercizio di questa competenza è stato il motore dell’adattamento testuale o interpretativo della Costituzione all’integrazione europea, dimostrando le potenzialità di un meccanismo istituzionale che consenta di chiarire anticipatamente in sede di ratifica gli aspetti dogmatici più rilevanti dei rapporti inter-ordinamentali. Questo elemento vale per entrambi gli ordinamenti considerati, anche se in Spagna si prevedeva *ab origine* una clausola costituzionale apposita, pur generica, e le

decisioni del *Tribunal* su Trattato di Maastricht e Trattato costituzionale hanno avuto una grande rilevanza dogmatica senza comportare grandi interventi di revisione costituzionale, mentre in Francia si è assistito all'inserimento e progressiva interpolazione ed aggiornamento del Titolo XV della Costituzione seguendo, di volta in volta, le valutazioni del *Conseil*.

La definizione dei caratteri teorici e funzionali dell'identità costituzionale nei due ordinamenti, oltre che rappresentare il punto di arrivo dell'analisi, è anche il profilo che rivela un maggior grado di differenziazione tra i due casi di studio, a partire dal fatto che il *Conseil constitutionnel* francese è stato la prima Corte in Europa ad utilizzare l'espressione "identità costituzionale", nella decisione n. 2006-540 DC, mentre in Spagna essa non è mai stata adottata.

Innanzitutto, nell'ordinamento francese la giurisprudenza costituzionale definisce due distinte riserve costituzionali, l'una, le "condizioni essenziali di esercizio della sovranità", elaborata nell'ambito dello scrutinio preventivo dei Trattati e diretta ad evitare lo svuotamento dei poteri statali per il tramite del processo di integrazione europea senza espressa autorizzazione (fornita di volta in volta) del legislatore costituzionale, l'altra, l'"identità costituzionale", opposta alle norme interne di esecuzione di diritto derivato europeo per garantire il rispetto di regole e principi "cruciali e distintivi" salvo che il costituente acconsenta alla deroga o violazione. In riferimento ad entrambe le riserve emerge in maniera evidente l'elemento più profondo di peculiarità dell'esperienza francese nel contesto europeo, ovvero la già accennata centralità del legislatore costituzionale nel definire i caratteri fondamentali dell'ordinamento e le garanzie ad essi riconosciute, che integra il primo attributo che si è ricondotto all'identità costituzionale della Francia nelle Conclusioni del Cap. II: la sua relatività. Così, in maniera coerente, la revisione costituzionale non incontra limiti materiali giuridicamente sanzionabili: il costituente, modificando di volta in volta il testo della Costituzione, stabilisce il giusto bilanciamento tra integrazione europea e sacrificio dell'esercizio della sovranità in occasione della ratifica dei Trattati, e può inoltre valutare se consentire all'ordinamento

europeo di violare regole e principi che fanno parte dell'identità costituzionale francese, avendo di fatto la possibilità di definirne i contenuti.

Ulteriori profili di analisi del modello francese di identità costituzionale ne rivelano la portata funzionalmente limitata ed il suo carattere (o esercizio) collaborativo. La limitata funzionalità della riserva identitaria francese si ricollega al suo utilizzo non nei confronti di atti sovranazionali direttamente applicabili ma esclusivamente contro atti interni di trasposizione di diritto derivato dell'Unione europea (direttive ed eccezionalmente regolamenti), nel contesto del giudizio preventivo di costituzionalità o anche della QPC, nel caso la lesione dell'identità costituzionale comporti anche violazione di diritti e libertà individuali. Infine, la natura collaborativa dell'identità costituzionale francese, nei confronti della "controparte" europea, si esprime nella disponibilità del legislatore costituzionale alla progressiva modifica della Costituzione per l'adattamento ai successivi Trattati a partire dall'introduzione del Titolo XV in seguito al Trattato di Maastricht, e dalla recente apertura del *Conseil constitutionnel* al dialogo con la Corte di giustizia utilizzando lo strumento del rinvio pregiudiziale (a partire dal caso *Jeremy F.*).

Il carattere collaborativo si riscontra anche nell'esperienza spagnola di garanzia dell'identità costituzionale, con l'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte del *Tribunal constitucional* e, in un caso sensibile come *Melloni*, l'accettazione di un *revirement* della propria giurisprudenza imposto dalla Corte di giustizia, rinunciando alla minacciata applicazione di limiti costituzionali al diritto europeo. Tuttavia, da un punto di vista dogmatico, su questo punto l'elaborazione del *Tribunal* compie un salto qualitativo rispetto al modello francese, rivelando un profilo peculiare. Infatti, la garanzia del «rispetto della sovranità dello Stato, delle nostre strutture costituzionali di base e del sistema di valori e principi fondamentali consacrati nella nostra Costituzione, un sistema nel quale i diritti fondamentali hanno una individualità propria» (DTC, 1/2004), elaborata, senza applicarla, nel contesto dello scrutinio preventivo dei Trattati e richiamata anche in riferimento al diritto derivato (caso *Melloni*), è costruita dal giudice costituzionale spagnolo come semanticamente integrata e assiologicamente sovrapposta

all'ordinamento dell'Unione europea. Il primo elemento si concretizza nel fatto che il *Tribunal* definisce le componenti della riserva utilizzando una formulazione molto simile a quella dell'attuale articolo 4 c. 2 TUE, creando un parallelo tra gli elementi costituzionali fondamentali tutelati a livello nazionale e la garanzia agli stessi riconosciuta dall'ordinamento europeo. Il secondo elemento emerge invece dalla scelta del *Tribunal* (nella decisione "inaugurale" DTC 1/2004) di bilanciare l'affermazione dell'esistenza di limiti materiali all'integrazione europea con l'attestazione della piena convergenza del nucleo duro costituzionale spagnolo con i principi fondamentali dell'Unione europea, cosicché si ritiene che una violazione da parte del diritto europeo dell'identità costituzionale spagnola comporterebbe una violazione anche dei valori fondanti dell'Unione europea, rivelando l'impostazione di una garanzia costituzionale rivolta non tanto al conflitto tra i diversi livelli di ordinamento, quanto ad una stabilità valoriale sul complesso piano costituzionale europeo.

Lo studio dell'ordinamento dell'Unione europea, effettuato al Cap. IV, ha portato alla luce la presenza in esso di elementi e dinamiche assimilabili alle funzioni esercitate dal concetto di identità costituzionale negli ordinamenti nazionali, dando così sostegno alla prospettiva di una ricostruzione di un'identità sovranazionale propria dell'ordinamento europeo, come processo in divenire.

Così, in prima battuta, in riferimento ai limiti alla modifica dei Trattati, corrispettivo della revisione costituzionale negli ordinamenti nazionali, si sono definiti il quadro teorico e le suggestioni giurisprudenziali che potrebbero rappresentare la base di una possibile elaborazione futura di tale elemento, che al momento rimane nel campo della potenzialità e dunque scarsamente rilevante per una ricostruzione attuale dell'identità costituzionale europea.

In secondo luogo, l'Unione europea rivela un approccio del tutto assimilabile a quello nazionale nella tutela dei propri principi fondamentali nella dimensione esterna, in opposizione a norme di diritto internazionale destinate a trovare applicazione nell'ordinamento europeo e ad eventuali nuovi accordi internazionali. In tal modo, in

*Kadi* la Corte di Giustizia ha imposto il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dai Trattati (in particolare il diritto alla difesa giurisdizionale e ad un equo processo) come limite all'applicazione di risoluzioni ONU, invalidando gli atti europei di esecuzione delle risoluzioni in oggetto, mentre nel caso dell'Accordo per l'adesione dell'Unione alla CEDU essa, esercitando le medesime funzioni di sindacato preventivo sui trattati attribuite alle rispettive Corti in Francia e Spagna, ha opposto l'autonomia del diritto europeo e dei suoi principi di funzionamento come nucleo inderogabile dell'ordinamento ad un accordo internazionale di integrazione previsto dagli stessi Trattati istitutivi, ovvero la "carta costituzionale" dell'Unione.

Come scontato, risulta invece inedita sul piano nazionale la necessità rivelata dall'ordinamento europeo di trovare forme di garanzia anche "interna" per il rispetto dei propri principi o valori fondamentali, imponendoli negli ordinamenti degli Stati membri anche al di là del proprio raggio di azione determinato dal principio di attribuzione. Sul piano giurisdizionale, essa si concretizza nella valorizzazione estensiva e teleologica da parte della Corte di giustizia di alcune norme o principi del diritto europeo nell'esercizio delle sue competenze "fisiologiche". In primo luogo, ciò è avvenuto con la caratterizzazione della cittadinanza europea come perno per il riconoscimento dei diritti garantiti a livello europeo ai singoli in qualunque ambito materiale, circoscritta però al momento a casi episodici (giurisprudenza *Ruiz Zambrano*). In secondo luogo, si segnala l'estensione della portata dell'articolo 19 TFUE fino a ricomprendere la garanzia dell'indipendenza dei giudici come obbligo imposto dal diritto europeo e dunque sanzionabile dalla Corte a valle di procedure di infrazione. Il piano politico è stato invece impegnato a reagire alle carenze sistemiche nel rispetto dello Stato di diritto in corso in alcuni Stati membri, con le procedure *ex* articolo 7 TUE e le loro forti criticità e la nuova iniziativa di Regolamento, elaborata dalla Commissione, volta a istituire una condizionalità nel Bilancio europeo, legando la fruizione dei fondi al rispetto dello Stato di diritto nei diversi ordinamenti nazionali. Così, anche se si danno casi anche molto recenti di tensioni inter-ordinamentali tra Stati membri e Istituzioni europee, come la

sentenza del 5 maggio 2020 del Tribunale costituzionale tedesco sul *Public Sector Purchase Program (PSPP)* della BCE, in questa fase storica i rischi e le sfide del confronto tra le identità costituzionali nazionali e l'identità espressa dall'Unione europea non sembrano risiedere tanto nei puntuali conflitti in cui, a fronte di una certa tendenza all'exasperazione narrativa, le distanze tra le sensibilità dei diversi ordinamenti sono e si rivelano colmabili, quanto nella più generale e profonda problematica della tenuta dei legami valoriali tra le componenti della costruzione europea e del rispetto di principi di fondo che appaiono sotto attacco negli ordinamenti che scivolano verso l'affermazione di "democrazie illiberali".

Lo studio presentato fornisce dunque delle indicazioni su come sul piano funzionale alcuni principi fondamentali di un dato ordinamento (nazionale ma anche europeo) siano garantiti negli snodi di interazione e sovrapposizione tra diversi ordinamenti nello spazio costituzionale europeo. Un differente piano di approfondimento, che rimane aperto alla riflessione, è ricostruire i percorsi attraverso cui si affermano in un dato ordinamento alcuni principi come fondamentali ed essenziali. Una tale ricostruzione risulta particolarmente rilevante in relazione all'ordinamento dell'Unione europea, per evidenziare se, come e con quali contenuti essa possa farsi portatrice di principi distinti e indipendenti da quelli degli Stati membri che la compongono anche sul piano materiale oltre che funzionale. Se i principi sono per definizione caratterizzati da grande astrazione, e i loro contenuti concreti si specificano nell'applicazione, nella prassi delle istituzioni a ciò preposte, allora un'affermazione completa di identità costituzionale propria da parte dell'Unione europea non potrà che conseguire da una prassi "costituzionale" delle sue Istituzioni, da un'affermazione di autonomia nel concreto dipanarsi delle dinamiche dell'ordinamento sovranazionale, anche attraverso gli strumenti analizzati nella presente ricerca.

## BIBLIOGRAFIA

- AAVV., *La Reforma Constitucional*, in *Teoria y realidad constitucional*, 29, 2012
- AAVV., *Perspectives on Federalism*, 2, 4, 2012
- ABRAHAM R., *Droit international, droit communautaire et droit français*, Parigi, 1989
- ALBANESI E., *Pluralismo costituzionale e procedura d'infrazione dell'Unione europea*, Torino, 2018
- APARICIO PÉREZ M. A., *La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales*, in *Jueces para la Democracia*, 6, 1989, pp. 9-18
- BALANGUER CALLEJON F., *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, pp. 113-134.
- BARBERA A. (cur.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 1997
- BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pp. 2406-2419
- BEAUD O., *Le cas français: l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle*, in *Jus Politicum – Revue de droit politique*, 18, 2017, pp. 93-116
- BEAUD O., *Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle*, in *Dossier: Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 27, 2010.
- BENVENUTI S., *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e «dialogo» tra Corti*, Napoli, 2016
- BERROD F., *L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans les droits de l'homme? Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH*, in *Europe(s), droit(s) européen(s): une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, 2015

BIEBER R., *Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté Européenne*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1993, 343-350

BINDI E., *Oltre i confini dell'autonomia. La Catalogna tra diritto a decidere e costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2019

BLANQUET M., *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, in H. GAUDIN (a cura di), *La Constitution européenne de la France*, Dalloz, Paris, 2017, pp. 73-91

BLAUBERGER M., VAN HÜLLEN V., *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, in *Journal of European Integration*, 2020

BONNET B., *Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable*, in *Titre VII – Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 2, aprile 2019.

BURGORGUE-LARSEN L., *La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004): "Un Solange II à l'espagnole"*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 18, 2005

BUSTOS GISBERT R., *National Constitutional Identity in European Constitutionalism: Revisiting the Tale of the Emperor's New Clothes in Spain?*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 75-91

CALAMO SPECCHIA M., *Il Conseil constitutionnel e le corti europee: dall'indifferenza al dialogo?*, in G. F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, 2006, pp. 327-363

CALAMO SPECCHIA M., *La revisione della Costituzione: potere costituente o potere costituito?*, in ID. (a cura di), *La Costituzione Francese*, Torino, 2009, pp. 295-320.

CAPONI G. e al., *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti, in federalismi.it*, 24, 2014

CARCASSONE G., *Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit*, in *Dossier: Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 27, 2010.

CARCASSONE G., *Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975?*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 7, 1999, pp. 93-100



CARCASSONNE G., *France Conseil constitutionnel on the European Constitutional Treaty. Decision of 19 november 2004, 2004-505 DC*, in *European Constitutional Law Review*, 1 (2), 2005, pp. 293-301

CARTA M., *Qualche considerazione sulla tutela dello Stato di diritto attraverso gli strumenti finanziari nell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 308-321

CARTABIA M., *“Unita nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 3, 2005, pp. 583-611

CARTABIA M., CHIEFFI L., *Articolo 11*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Torino, 2006, pp. 263-305

CASTELLÀ ANDREU J. M., *La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico*, in *federalismi.it*, 18, 2010

CASTILLO DE LA TORRE F., *Opinion 1/2004 of 13 December 2004, on the Treaty Establishing a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 4, 2005, pp. 1169–1202

CHARPY C., *Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Contribution à l'étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaire*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 3, 2009, pp. 621-647

CINNIRELLA C., *“You cannot beat something with nothing”: ossia la strategia della Corte di giustizia per tutelare l'indipendenza dei giudici nazionali (e lo Stato di diritto) nello spazio giuridico europeo*, *Ivi*, 2, 2020, pp. 361-388

CIRCOLO A., *È la rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento «sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto»*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2019, pp. 395-409

CLAES M., *Le “clausole europee” nelle costituzioni nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2005, pp. 283-320

CLAES M., *National Identity: Trump Card or Up for Negotiation?*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 109-140.

CLOOTS E., *National identity in EU Law*, Oxford, 2015

CONSTANTINESCO V., *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales: convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?*, in *L'Union européenne, Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Parigi, 2010, pp. 79-94

CRUZ VILLALÓN P., *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, 2004

CRUZ VILLALÓN P., *La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos*, in *AFDUAM - Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 2013, pp. 501-514

DA CRUZ VILAÇA J. L., PIÇARRA N., *Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés Européennes?*, in *Cahiers de Droit Européen*, 1-2, 1993, pp. 3-37

DAICAMPI M., *I meccanismi di tutela dello stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione europea: rassegna di alcuni recenti documenti di portata generale*, in *DPCE Online*, 4, 2016, pp. 205-222

DANI M., *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013

DE LA ROSA S., *La 'sanction budgétaire' risque-t-elle de faillir? A propos du Règlement portant protection du budget européen en cas de défaillance de l'État de droit*, in *Revue des affaires européennes*, 1, 2019, pp. 67-74

DE VERGOTTINI G., *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, pp. 296-312

DEL VALLE GÁLVEZ A., *Constitution Espagnole et Traité Constitutionnel Européen. La Déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004*, in *Cahiers de Droit Européen*, 5, 2005, pp. 705-723

DELLEDONNE G., *Crisi costituzionali nazionali e difesa dei valori dell'UE: come risolvere l'impasse?*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2016 pp. 405-420

DELLEDONNE G., *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017

DELLEDONNE G., MARTINICO G., POPELIER P. (a cura di), *Re-exploring subnational constitutionalism*, in *Perspectives on Federalism*, 6, 2, 2014

DERRIEN A., *Les juges français de la constitutionnalité: étude sur la construction d'un système contentieux: Conseil Constitutionnel, Conseil d'État, Cour de Cassation: trois juges pour une norme*, Bruxelles-Atene, 2003

- DI FEDERICO G., *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, pp. 333-357
- DI FEDERICO G., *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2017
- DI MARTINO A., *Il conflitto costituzionale sulla Catalogna: origini, svolgimento, prospettive*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, pp. 49-107
- DUBOUT E., *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France: une supra-constitutionnalité?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 3, 2010, pp. 451-482
- DURANTI F., *Il Tribunal Constitucional e la nuova Costituzione europea, in forumcostituzionale.it*, 2005
- DUTHEILLET DE LAMOTHE O., *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in AA.VV., *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Parigi, 2007
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010
- FABBRINI F., POLLICINO O., *Constitutional Identity in Italy. Institutional Disagreements at a Time of Political Change*, in in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, pp. 201-221
- FABBRINI F., POLLICINO O., *Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfilment of the Constitution*, in *EUI Working Paper LAW*, 6, 2017.
- FABBRINI F., *Pregiudizialità costituzionale: la riforma francese è contraria al diritto dell'Unione europea?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2010, pp. 382-286
- FABBRINI F., *Sulla «legittimità comunitaria» del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2010, pp. 840-843
- FARAGUNA P., *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015
- FARAGUNA P., *Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, 7, 2017, pp. 1617-1640
- FARAGUNA P., *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2016, pp. 431-464

- FARAGUNA P., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti Comparati*, 1, 2016
- FARAGUNA P., *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, pp. 123-126
- FARAGUNA P., *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 41, 2, 2016, pp. 491-578
- FAVOREU L., « [Note sous décision n° 92-312 DC] », in *Revue française de droit constitutionnel*, 11, 1992, pp. 389-398
- FAVOREU L., *Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du « droit constitutionnel international »*, in *Revue générale de droit international public*, 1, 1993, pp. 39-66
- FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (13<sup>e</sup> édition)*, Parigi, 2005
- FAVOREU L., *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, in *Pouvoirs*, 67, 1993, pp. 71-77
- FERRARI G.F., *Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, pp. 187-192
- FONTANELLI F., *A comment on Tribunal Constitucional's judgement no. 199/2009 and Czech Constitutional Court's judgement no. 29/2009. How interpretation techniques can shape the relationship between constitutional courts*, in *STALS Research Papers*, 1, 2010
- GAÏA P., « [Note sous décision n° 92-312 DC] », in *Revue française de droit constitutionnel*, 11, 1992, pp. 398-408
- GAÏA P., *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne – Contribution à l'étude des articles 53 et 54 de la Constitution*, Parigi, 1991.
- GENEVOIS B., *Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975?*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 7, 1999, pp. 101-108
- GENEVOIS B., *Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992*, in *Revue française de droit administratif*, 8 (3), 1992, pp. 373-408
- GENNUSA M. E., *Difesa di posizioni nel parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla CEDU?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2015, pp. 189-192

- GÓMEZ FERNÁNDEZ I., *Una svolta nella giurisprudenza del Tribunal Constitucional*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2005, pp. 420-425
- GREWE C., *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : à la recherche d'une frontière introuvable*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 4, 2014, pp. 961-970
- GREWE C., *Methods of Identification of National Constitutional Identity*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 37-48
- GROPPI T., *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *ASTRID – Rassegna*, 13, 2005
- GROUSSOT X., *General Principles of European Community Law*, Groeningen/Amsterdam, 2006
- GUASTAFERRO B., *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1, 2012, pp. 263-318
- GUASTAFERRO B., *Coupling National Identity with Subsidiarity Concerns in National Parliaments' Reasoned Opinions*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2, 2014, pp. 320-340
- GUASTAFERRO B., *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, pp. 441-461
- GUASTINIR., *La costituzione senza identità*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo – Consulta Online*, aprile 2020
- GUELLA F., *Indipendenza della magistratura polacca e stato di diritto in Europa: malgrado l'irricevibilità di questioni ipotetiche, la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva prescinde dalle attribuzioni dell'Unione*, in *DPCE Online*, 2, 2020, pp. 2917-2925
- GUERRINI M., *L'identité constitutionnelle de la France. Recherche sur les fonctions de la réserve identitaire dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, tesi di dottorato in diritto pubblico presentata e sostenuta in pubblico il 6 giugno 2014, Aix-Marseille Université
- GUILLOD L., *Révision constitutionnelle et intégration européenne, l'insoutenable légèreté de la Constitution*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, 2, 2009, pp. 397-424

HALMAI G., *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, 2018, pp. 23-42

J. H. H. WEILER, G. DE BURCA (a cura di), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2011

JACOBSOHN G. J., *Constitutional Identity*, Cambridge, 2010

KELEMEN K., *The Hungarian Constitutional Court enters the dialogue on national constitutional identity*, in *diritticomparati.it*, 30 marzo 2017

KOCHENOV D., *Article 7 TEU: A Commentary on a Much Talked-About “Dead” Provision*, in *XXXVIII Polish Yearbook of International Law*, 2018, pp. 165-187

KOCHENOV D., PECH L., *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2015, pp. 512-540.

KOCHENOV D., PECH L., *Renforcer le respect de l’État de droit dans l’UE: Regards critiques sur les nouveaux mécanismes proposés par la Commission et le Conseil*, in *Fondation Robert Schuman Policy Paper*, 356/2015

KOSAŘ D., VYHNÁNEK L., *Constitutional Identity in the Czech Republic: A New Twist on an Old-Fashioned Idea?*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, pp. 85-113

LABAYLE H., *L’identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l’Union européenne?*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, pp. 91-112

LABAYLE H., SAURON J-L., *La Constitution française à l’épreuve de la Constitution pour l’Europe*, in *Revue française de droit administratif*, 1, 2005, pp. 1-29

LAFFAILLE F., *L’ordre constitutionnel français et l’ordre constitutionnel UE. Guerre des constitutions, guerre des juges?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2017

LEVADE A., *Identité constitutionnelle et exigence existentielle: comment concilier l’inconciliable?*, in *L’Union européenne, Union de droit, Union des droits, Mélanges en l’honneur de Philippe Manin*, Parigi, 2010, pp. 109-128

LÓPEZ AGUILAR J. F., *Ordinamento costituzionale e ordinamento comunitario: l’esperienza spagnola. Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale spagnola rispetto*

*all'integrazione dello Stato spagnolo nella Comunità Europea*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1998, pp. 423-447

LÓPEZ CASTILLO A., *La Unión Europea "en constitución" y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre*, in ID, A. SAIZ ARNAIZ, V. FERRERES COMELLA (a cura di), *Constitución Española y Constitución Europea: análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, 2005, pp. 13-49

LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la mancata fine della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2016

LUSTIG D., WEILER J. H. H., *Judicial review in the contemporary world - Retrospective and prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2018, pp. 315-372

LUTHER J., *Costituzionalizzare l'Integrationsgewalt: non solo querelle de l'Allemagne*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, pp. 135-164

MAGNON X., *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, tesi di dottorato in diritto presentata e sostenuta in pubblico il 30 novembre 2002, *Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille III*

MAGNON X., *La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois: une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence IVG*, in *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 2878-2882

MAGNON X., *Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel: entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire*, in *Europe*, 8, 2004, pp. 6-12.

MAGNON X., *Le Conseil constitutionnel, quel acteur européen? Autour des articles 54, 55, 61 et 61-1 de la Constitution*, in H. GAUDIN, *La Constitution européenne de la France*, Parigi, 2017

MAGNON X., *Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2, 2010, pp. 417-442

MAGNON X., *Le traité de Lisbonne devant le Conseil constitutionnel: non bis in idem?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2, 2008, pp. 310-336

MAGNON X., *Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 3, 2004, pp. 595-617.

MARCENÒ V., *La sentenza M.A.S.: conseguenze di una sovranità incerta*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, pp. 231-234

MARINAI S., *Considerazioni in merito all'introduzione, "a Trattati invariati", di nuovi meccanismi per il rispetto della rule of law*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2020, 69-88

MARTÍ J. L., *Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 17-36

MARTINICO G., *Building Supranational Identity: Legal Reasoning and Outcome in Kadi I and Opinion 2/13 Of The Court Of Justice*, in *Italian Journal of Public Law*, 2, 2016, pp. 235-267

MARTINICO G., DELLEDONNE G., *Legal Conflicts and Subnational Constitutionalism*, in *Rutgers Law Journal*, 4, 2012, pp. 881-912

MARTINICO G., RUSSO A. M., *Is the European Union a Militant Democracy? The Perspective of the Court of Justice in Zambrano and Kadi*, in *European Public Law*, 4, 2015, pp. 659-678

MATHIEU B., *Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales*, in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1739-1740

MBONGO P., *La banalisation du pouvoir de révision*, in *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 2507-2508

MILLET F. X., *Constitutional Identity in France*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, pp. 134-152

MILLET F. X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Parigi, 2013

MILLET F. X., *Plaider l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, pp. 831-854



- MILLET F.-X., PERLO N., *The First Preliminary Reference of the French Constitutional Court to the CJEU: Révolution de Palais or Revolution in French Constitutional Law?*, in *German Law Journal*, 6, 16, 2015, pp. 1471-1490
- MONTANARI L., *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002
- MONTANARI L., *Il rispetto del principio di Rule of law come sfida per il futuro dell'Unione Europea*, in *La Comunità Internazionale*, 1, 2020, pp. 75-96
- MONTANARI L., *Verso il baricentro statale del diritto europeo: il pluralismo integrativo alla prova. Alcune riflessioni dalla comparazione tra Italia, Francia e Spagna*, in *JPs Working Papers*, 7, 2016.
- MUÑOZ MACHADO S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo V: La Constitución como norma*, Madrid, 2015
- NABLI B., SUTTER G., *L'instabilité sous la Vème République*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 6, 2009, pp. 1599-1634
- NANCLARES J., *Constitutional Identity in Spain: Commitment to European Integration without Giving Up the Essence of the Constitution*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, pp. 268-283
- NGUYÊN QUÔC D., *Note sous décision n° 74-54 DC*, in *Annuaire français de droit international*, 21, 1975, p. 859
- NINATTI S., POLLICINO O., *Identità costituzionale e (speciale) responsabilità delle Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020, pp. 191-197
- ONDOUA A., *Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France. L'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne*, Parigi, 2001
- PALERMO F., *La forma di stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005
- PASSCHIER R., STREMLER M., *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2, 2016, pp. 337-362

- PECH L., PLATON S., *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, 6, 2018, pp. 1827-1854
- PECH L., SCHEPPELE K.L., *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, 2017, pp. 3-47
- PELLEGRINI D., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 CGUE*, in *federalismi.it*, settembre 2016
- PÉREZ TREMPES P., *National Identity in Spanish Constitutional Court Case-law*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 263-274
- PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes. Etudes des sources du droit communautaire*, Liegi, 1971
- PINELLI C., *Controlimiti e principi supremi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2019, pp. 491-499.
- PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002
- POLIMENI S., *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli, 2018
- POLLICINO O., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero la incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta online*, 1, 2015, pp. 242-263
- POLLICINO O., *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 17, 2012, pp. 765-788
- POLZIN M., *Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul*, in *German Law Journal*, 7, 2017, pp. 1596-1616
- QUESNEL M., *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, Parigi, 2015
- RENOUX T., *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *La Costituzione Francese*, Torino, 2009, pp. 267-278
- RENOUX T., DE VILLIERS M., MAGNON X., *Code constitutionnel (2016)*, Parigi, 2015
- RIDEAU J., *Les valeurs de l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2, 2012, pp. 329-349

- RIDEAU J., *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the “German Model”*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 243-261
- ROSENFELD M., *Constitutional Identity*, in ID, A. SAJÓ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, pp. 756-775
- ROSENFELD M., *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Abingdon, 2010
- ROSSI L. S., *Il valore giuridico dei valori. L’Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell’UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 19, 2020
- ROSSI L.S., *Fundamental values, principles and rights after the Treaty of Lisbon: the long journey toward an european constitutional identity*, in *Europe(s), Droit(s) européen(s) Liber Amicorum en l’honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, 2015, pp. 511 – 525
- ROUSSEAU D., *L’identité constitutionnelle, bouclier de l’identité nationale ou branche de l’étoile européenne?*, in L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Parigi, 2011, pp. 89-100
- ROUX J., *Le traité établissant une Constitution pour l’Europe à l’épreuve de la Constitution française*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 1, 2005, pp. 59-110
- ROUX J., *Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice et conjonction de dialogues des juges autour du mandat d’arrêt européen*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 3, 2013, pp. 531-557
- ROZNAI Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2017
- RUGGERI A., *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2, 2013, pp. 399-408
- RUGGERI A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006

RUOTOLO G. M., *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2-3, 2016, pp. 329-354

SADURSKI W., *European Constitutional Identity?*, in *EUI Working Paper LAW*, 33, 2006

SAIZ ARNAIZ A., *L'identité nationale et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole*, in L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Parigi, 2011, pp. 101-131

SAIZ ARNAIZ A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999

SARMIENTO D., *The EU's Constitutional Core*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 177-204

SAWICKI J., *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, 2018

SCARCIGLIA R., *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2018

SCHEPPELE K. L., *Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (a cura di), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, pp. 105-132

SCHEPPELE K. L., KOCHENOV D., GRABOWSKA-MOROZ B., *EU Values are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2020 (in corso di pubblicazione)

SCHEPPELE K. L., *What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions*, 2013, accessibile online all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/wp-content/uploads/2013/11/scheppele-systemic-infringement-action-brussels-version.pdf>

SIMON D., *L'identite constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne*, in L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Parigi, 2011, pp. 27-43

ŚLEDZIŃSKA-SIMON A., ZIÓŁKOWSKI M., *Constitutional Identity in Poland: Is the Emperor Putting On the Old Clothes of Sovereignty?*, in C. CALLIESS, G. VAN DER

SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, pp. 243-267

SORBELLO C., *Profili costituzionali dell'integrazione europea multilivello. Le esperienze di Francia e Italia*, tesi di dottorato in Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo ed internazionale, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, 2016

STRAZZARI D., *La clausola di omogeneità dell'UE: connotazione costituzionale o internazionale? Riflessioni da un'analisi comparata*, in *federalismi.it*, dicembre 2014

TOMUSCHAT C., *The Defence of National Identity by the German Constitutional Court*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 205-219

TONIATTI R., PALERMO F. (a cura di), *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Trento, 2004

TONIATTI R., *Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp, 2013, pp. 49-73

TORRES PÉREZ A., *Report on Spain*, in G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010, pp. 457-473

TRIDIMAS T., *General Principles of EU law*, Oxford, 2006

TROPER M., *Identité constitutionnelle*, in B. MATHIEU (a cura di) *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Parigi, 2008, pp. 123-131

TUSHNET M., *How do constitutions constitute constitutional identity?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2010, pp. 671-676

TZANAKOPOULOS A., *The Solange Argument as a Justification for Disobeying the Security Council in the Kadi Judgments*, in M. AVBELJ, F. FONTANELLI, G. MARTINICO (a cura di), *Kadi on Trial. A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Abingdon, 2014, pp. 121-134

VAN DER SCHYFF G., *Exploring Member State and European Union Constitutional Identity*, in *European Public Law*, 2, 2016, pp. 227-242

VEDEL G., *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, in *Pouvoirs*, 67, 1993, pp. 79-96

- VIALA A., *Le concept d'identité constitutionnelle: approche théorique*, in L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Parigi, 2011, pp. 7-24
- VIDAL-NAQUET A., *Comment se forge l'identité constitutionnelle? Le rôle du législateur et du juge*, in *Revue générale de droit international public*, 3, 2014, pp. 517-539
- VILLANI U., *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2020, pp. 10-27
- VITA V., *The Rise of Spending Conditionality in the EU: What Can EU Learn from the U.S. Conditional Spending Doctrine and Policies?*, in *EUI Department of Law Research Paper*, 16, 2017
- VON BOGDANDY A., *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, 2, 2010, pp. 95-111
- VON BOGDANDY A. e al., *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 2, 2012, pp. 489-520
- VON BOGDANDY A., BAST J. (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010
- VON BOGDANDY A., SCHILL S., *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 5, 2011, pp. 1417-1454
- WALKER N., *Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ*, in L. AZOULAI, M. POIARES MADURO (a cura di), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, 2010
- WEILER J.H.H., *On the power of the Word: Europe's constitutional iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2-3, 2005, pp. 173-190
- WENDEL M., *Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives*, in *European Constitutional Law Review*, 1, 7, 2011, pp. 96-137
- ZAKARIA F., *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 6, 1997, pp. 22-43

– Abstract –

La ricerca condotta trova il suo punto di partenza (delineato nel Capitolo I) nella presa d'atto della diffusione, nello spazio giuridico europeo, del concetto giuridico di identità costituzionale e del conseguente apparato teorico e argomentativo. A partire dai due modelli storici di riferimento (Germania e Italia), l'elaborazione da parte di numerose Corti apicali degli Stati membri dell'Unione europea di limiti materiali al processo di integrazione europea, a garanzia di un nucleo duro costituzionale inderogabile, testimonia un fenomeno di circolazione che, accompagnato dalla progressiva emersione della medesima semantica anche nel testo Trattati europei (articolo 4 c. 2 TUE), ha portato all'affermazione dell'identità costituzionale come uno dei concetti chiave per la definizione dei rapporti inter-ordinamentali in Europa. Si è dunque impostato uno studio comparato di tipo funzionalistico, sulla base di una definizione massimamente astratta dell'identità costituzionale come limite costituzionale all'integrazione dall'esterno dell'ordinamento costituzionale, a cui si accompagna la necessità di garantire principi, valori o tratti fondamentali e distintivi di tale ordinamento. L'analisi è stata così ripartita su due diversi piani, volti a evidenziare in primo luogo come l'identità costituzionale così intesa si configura in due ordinamenti nazionali che presentano elementi di originalità rispetto ai modelli storici di riferimento (comparazione orizzontale), e, in secondo luogo, se e in che modo queste stesse funzioni siano esercitate all'interno dell'ordinamento sovranazionale dell'Unione europea (comparazione verticale).

Lo studio del piano nazionale si è svolto sugli ordinamenti di Francia e Spagna (cui sono stati dedicati, rispettivamente, i Capitoli II e III), ed ha interessato diversi profili. In primo luogo, si è analizzata la disciplina della revisione costituzionale, al fine di evidenziare eventuali legami tra i limiti alla modificabilità del testo della Costituzione e i limiti opposti al diritto europeo. In secondo luogo, si è ricostruito il processo di progressiva apertura dei due ordinamenti all'integrazione europea, alla luce della disciplina costituzionale del diritto internazionale. Infine, nel contesto così definito, si è approfondita l'elaborazione vera e propria della riserva dell'identità costituzionale, con le modalità di definizione, le funzioni ad essa attribuite, e il concreto funzionamento della stessa nella prassi degli ordinamenti e nei rapporti con l'ordinamento europeo.

Così, la riserva dell'identità costituzionale francese rivela una natura *funzionalmente limitata*, poiché sul piano interno essa non rappresenta un limite alla revisione costituzionale e sul piano esterno è destinata ad essere opposta solo agli atti di diritto europeo che necessitano di attuazione normativa nazionale e non direttamente applicabili, *relativa*, in ragione della possibilità per il legislatore costituzionale di autorizzarne la deroga e, dunque, di definirne i contenuti, e *collaborativa*, data l'apertura al dialogo dimostrata dal *Conseil constitutionnel* nel processo di progressiva integrazione e nei rapporti con la Corte di giustizia.

D'altra parte, anche l'esperienza dell'ordinamento spagnolo, che non ha mai conosciuto l'utilizzo esplicito dell'espressione "identità costituzionale", si caratterizza per un uso

collaborativo della riserva del nucleo duro costituzionale, nel dialogo con i giudici europei per il tramite del rinvio pregiudiziale come testimoniato dal caso *Melloni*. Tuttavia, l'elemento maggiormente peculiare dell'identità costituzionale spagnola, per come essa emerge dalla giurisprudenza del *Tribunal constitucional* ed in particolare nella sentenza "inaugurale" DTC 1/2004, è la sua ricostruzione semanticamente integrata e assiologicamente sovrapposta all'ordinamento dell'Unione europea. Ciò deriva, in primo luogo, dall'utilizzo, nella definizione delle componenti della riserva costituzionale, di una formula linguistica molto simile a quella contenuta nella *identity clause* dei Trattati europei (oggi all'articolo 4, c.2 TUE), ed in secondo luogo, sul piano dogmatico, dall'affermazione della convergenza del nucleo duro costituzionale spagnolo con i principi fondamentali dell'Unione europea, cosicché si ritiene che una violazione da parte del diritto europeo dell'identità costituzionale spagnola comporterebbe una violazione anche dei valori fondanti dell'Unione europea.

Infine, il Capitolo IV è dedicato ad uno studio dell'ordinamento dell'Unione europea, che porta alla luce la presenza in esso di elementi e dinamiche assimilabili alle funzioni esercitate dal concetto di identità costituzionale negli ordinamenti nazionali, dando così sostegno alla prospettiva di una ricostruzione di un'identità sovranazionale propria dell'ordinamento europeo, come processo in divenire.

Sul piano esterno, nei confronti dell'ordinamento internazionale, l'Unione europea, ed in particolare la Corte di giustizia, rivela un approccio assimilabile a quello nazionale nella tutela dei propri principi fondamentali, da un lato imponendo, nel caso *Kadi*, il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dai Trattati come limite all'applicazione nell'ordinamento europeo di risoluzioni ONU, e dall'altro garantendo, nella vicenda dell'adesione alla CEDU, l'autonomia del diritto europeo e i principi di funzionamento come nucleo inderogabile, opponendosi ad un accordo internazionale di "integrazione".

Sul piano interno, invece, l'ordinamento europeo testimonia la necessità di garantire il rispetto dei propri principi fondamentali all'interno degli ordinamenti degli Stati membri anche al di là dei propri ambiti di competenza determinati dal principio di attribuzione, in particolare di fronte alla crisi del rispetto dello Stato di diritto in atto in alcuni ordinamenti nazionali. Così, sul piano giurisdizionale, si segnalano la linea giurisprudenziale della Corte di giustizia, al momento di portata limitata, che a partire dal caso *Ruiz Zambrano* sembra valorizzare della cittadinanza europea come strumento di affermazione dei diritti riconosciuti dall'Unione europea nei confronti degli Stati membri, e la relativamente recente interpretazione estensiva dell'articolo 19 TFUE che consente alla Corte di sanzionare il rispetto dell'indipendenza dei giudici nei singoli ordinamenti come espressione dello Stato di diritto su cui si fonda l'Unione stessa. Infine, sul piano politico e finanziario, assumono rilevanza il meccanismo delineato all'articolo 7 TUE a tutela dei valori fondamentali dell'Unione, di natura intergovernativa, che rivela sul piano pratico numerose criticità operative, e l'iniziativa della Commissione per l'istituzione, nel contesto del nuovo Quadro finanziario pluriennale dell'Ue, di un meccanismo di



condizionalità nell'utilizzo dei fondi europei legato al rispetto dello Stato di diritto negli ordinamenti dei singoli Stati membri.