



CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

Constitutional Court of the Italian Republic

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Court of Justice of the European Union

GIORNATA DI STUDIO – *Study Meeting*

**IDENTITÀ NAZIONALE DEGLI STATI MEMBRI, PRIMATO
DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, STATO DI
DIRITTO E INDIPENDENZA DEI GIUDICI NAZIONALI**

*Member States' National Identity, Primacy of European Union Law,
Rule of Law and Independence of National Judges*

CELEBRAZIONI DEL 70° ANNIVERSARIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Celebrating the Court of Justice of the European Union's 70th Anniversary

ROMA, PALAZZO DELLA CONSULTA, 5 SETTEMBRE 2022

Rome, Palazzo della Consulta, September 5th, 2022

Il presente volume raccoglie gli atti dell'incontro bilaterale tra la Corte costituzionale della Repubblica italiana e la Corte di giustizia dell'Unione europea, dedicato allo studio dei temi dell'identità nazionale degli Stati membri, del Primato del diritto dell'Unione europea, dello stato di diritto e dell'indipendenza dei giudici nazionali, secondo una visione interpretativa e sistematica. L'incontro si è svolto nell'ambito delle celebrazioni per il settantesimo anniversario della istituzione della Corte di giustizia dell'Unione europea.

This volume collects the proceedings of the bilateral meeting between the Constitutional Court of the Italian Republic and the Court of Justice of the European Union, dedicated to the issues of National identity of Member States, the Primacy of European Union Law, the Rule of law and the Independence of national judges, according to an interpretative and systematic view. The meeting took place as part of the celebrations for the 70th anniversary of the establishment of the Court of Justice of the European Union.

Testo a cura di – Edited by – Bruno CAROTTI

Consigliere della Corte costituzionale – Segreteria generale
Counsellor of the Constitutional Court – General Secretariat

Roma, ottobre 2022 (rivisto nel dicembre 2022)

ISBN 9791221021578

LICENZA CREATIVE COMMONS



CC BY-NC-ND

ATTRIBUZIONE – NON COMMERCIALE – NON OPERE DERIVATE

INDICE – SUMMARY

PRIMA SESSIONE. L'IDENTITÀ NAZIONALE DEGLI STATI MEMBRI E IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA (*FIRST SESSION. MEMBER STATES' NATIONAL IDENTITY AND THE PRIMACY OF EUROPEAN UNION LAW*)

NATIONAL IDENTITY, THE EQUALITY OF MEMBER STATES BEFORE THE TREATIES AND THE PRIMACY OF EU LAW

KOEN LENAERTS

1. Premise	9
2. EU Identity and National Identities	12
3. National identity and the Principle of Equality of Member States before the Treaties	16
4. National Identity and the Primacy of EU law	19
5. Concluding remarks.....	25

IDENTITÀ NAZIONALE E PRIMATO DELL'UNIONE EUROPEA

EMANUELA NAVARRETTA

1. Premessa	27
2. Il contenuto dell'identità nazionale secondo prospettive statuali e i tratti generalissimi della categoria secondo l'ordinamento dell'Unione: il limite intrinseco dell'identità costituzionale europea.....	28
3. Le funzioni dell'identità nazionale secondo le prospettive nazionali e secondo il diritto dell'Unione europea	31
4. L'identità nazionale e il principio del primato.....	33

4.1 Le condizioni procedimentali	33
4.2 Le condizioni sostanziali	35
4.2.1 La tutela della unità e dell'effettività del diritto dell'Unione e i margini di flessibilità del criterio	36
4.2.2 La difesa dello standard di tutela riconosciuto ai diritti protetti dalla Carta e il bilanciamento con le ragioni sottese all'identità nazionale	38
5. Identità nazionale, tradizioni costituzionali comuni e identità costituzionale europea	41
6. Breve epilogo	45

THE PRINCIPLE OF PRIMACY

MACIEJ SZPUNAR

1. Premise	46
2. The features of the principle	48
3. The domain of fundamental rights and international law	52
4. Concluding remarks.....	54

L'IDENTITÀ NAZIONALE DEGLI STATI MEMBRI E IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

PIETRO CURZIO

1. Premessa	56
2. La Cassazione italiana e l'Unione europea	57
3. I diritti fondamentali concorrenti	59
4. Problemi aperti e prospettive	61

REGOLE DELL'UNIONE EUROPEA ED ECCEZIONI NAZIONALI: LA QUESTIONE "IDENTITARIA"

LUCIA SERENA ROSSI

1. Premessa	63
2. Regole europee ed eccezioni nazionali prima del Trattato di Lisbona	64
4. L'ambito di applicazione della "clausola identitaria" dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE.....	71
5. Conclusioni: alla ricerca di una "armonia costituzionale europea"	76

ANCORA IN TEMA DI DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ: LE PERMANENTI RAGIONI DELLA "PRECISAZIONE" CONTENUTA NELLA SENTENZA N. 269 DEL 2017 RISPETTO ALLA "GRANDE REGOLA" SIMMENTHAL-GRANITAL

NICOLÒ ZANON

1. Premessa	79
2. L'espansione degli ambiti di intervento dell'Unione europea e la "sovrapposizione" tra la Carta di Nizza e la Costituzione italiana	81
3. Effetti <i>erga omnes</i> delle decisioni della Corte costituzionale e certezza del diritto	83
4. Diritto direttamente applicabile: un concetto (parzialmente) da rivedere?	87
5. <i>Segue</i> : il caso del principio di non discriminazione	90
5. Un confronto continuo con la Corte di Lussemburgo.....	94

SECONDA SESSIONE. STATO DI DIRITTO E INDIPENDENZA DEI GIUDICI NAZIONALI (*SECOND SESSION. RULE OF LAW AND INDEPENDENCE OF NATIONAL JUDGES*)

RULE OF LAW AND INDEPENDENCE OF NATIONAL JUDGES

LARS BAY LARSEN

1. Premise	98
------------------	----

2. The Legal Framework – definition of the principle of judicial independence	99
3. Interpretation and Application of the Principle of Judicial Independence in the recent Jurisprudence of the CJEU.....	103
3.1 Modification of the period of judicial activity of judges	103
3.2 Appointment conditions and procedures	104
3.3 Disciplinary and control procedures	105
3.4 Liability of judges	106
3.5 Transfer of judges	107
4. Possible general effects and consequences when the principles of rule of law and of judicial independence are not respected in a Member State.....	107
5. The Framework Decision on the European Arrest Warrant.....	108

INDIPENDENZA DEI GIUDICI NAZIONALI E IN PARTICOLARE DEL MAGISTRATO CONTABILE

ANGELO BUSCEMA

1. Premessa	110
2. Il ruolo dell'Unione europea nell'indipendenza dei sistemi giudiziari	111
3. L'indipendenza della magistratura contabile	114
4. Inquadramento dell'autonomia della Magistratura contabile	115
5. La giurisprudenza costituzionale	116
5.1 Le nomine governative.....	116
5.2. Attribuzione degli incarichi extragiudiziari	118
5.3. Nomine dell'organo di autogoverno	119
6. Il Consiglio di presidenza della Corte dei conti	120
7. Il tema aperto della prevalenza numerica	121
8. I criteri oggettivi per la designazione dei giudici	122
9. Conclusioni	123

L'INTEGRAZIONE TRAMITE IL VALORE DELLO “STATO DI DIRITTO”

GIOVANNI PITRUZZELLA

1. Premessa	125
-------------------	-----

2. Una nuova attenzione ai valori dell'Unione	126
3. Teoria dei valori e ruolo della Corte	127
4. I valori e l'interpretazione dei Trattati	130
5. Stato di diritto e indipendenza dei giudici: ingranaggi costituzionali	132
6. Valori, identità politica e costituzionale degli Stati	136
7. Conclusioni	138

IDENTITÀ NAZIONALE E CORTI COSTITUZIONALI. IL VALORE COMUNE DELL'INDIPENDENZA

SILVANA SCIARRA

1. Premessa	140
2. La lingua e l'identità	142
3. Gli altri valori e il principio del primato	144
4. Conclusioni	151

CONCLUSIONI

GIULIANO AMATO

1. Parola ultima e parola unica	153
2. Dai principî ai valori.....	154
3. L'identità nazionale	154
4. Le zone grigie	155
5. L'indipendenza dei giudici.....	156

PRIMA SESSIONE.
L'IDENTITÀ NAZIONALE DEGLI STATI MEMBRI
E IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
(*FIRST SESSION. MEMBER STATES' NATIONAL IDENTITY*
***AND THE PRIMACY OF EUROPEAN UNION LAW*)**

NATIONAL IDENTITY, THE EQUALITY OF MEMBER STATES BEFORE THE TREATIES AND THE PRIMACY OF EU LAW

Koen LENAERTS*

1. Premise

It is an honour and a pleasure to be with you today in the Eternal City of Rome to celebrate the 70th anniversary of the Court of Justice of the European Union (the ‘Court of Justice’). Reasons for celebration would be incomplete without Italy’s contribution to the development of EU law. Allow me to highlight three of those contributions.

First, preliminary references coming from Italy have contributed enormously to the development of EU law. Suffice it to mention cases such as *Costa*¹, *Simmenthal*², and *Francovich*³, which have laid the foundations of the EU system of remedies. More recently, *M.A.S. and M.B.*, *Consob* and *INPS* are three examples that show the pathway towards a productive dialogue between the Court of Justice and national Constitutional Courts⁴. Second, Italy has always sent its best and brightest to the Court of Justice. I had the privilege of working with Professors Antonio Mario La Pergola, Antonio Tizzano and Paolo Mengozzi and, currently, with Professors Lucia Serena Rossi and Giovanni Pitruzzella, all of whom are amongst the best legal minds of their

* President of the Court of Justice of the European Union and Professor of European Union Law, Leuven University. All opinions expressed herein are personal to the author.

¹ ECJ, judgment of 15 July 1964, *Flaminio Costa v. ENEL*, case 6/64, EU:C:1964:66.

² ECJ, judgment of 9 March 1978, *Simmenthal*, case 106/77, EU:C:1978:49.

³ ECJ, judgment of 19 November 1991, *Francovich and Others*, cases C-6/90 and C-9/90, EU:C:1991:428.

⁴ CJEU, judgments of 5 December 2017, *M.A.S. and M.B.*, case C-42/17, EU:C:2017:936, of 2 February 2021, *Consob*, case C-481/19, EU:C:2021:84, and of 2 September 2021, *INPS*, case C-350/20, EU:C:2021:659 (*Childbirth and maternity allowances for holders of single permits*).

generation. Third and last, as the birthplace of Roman law, the Italian legal system plays an important role when it comes to the adoption of EU harmonisation measures, in particular, in the field of private law.

This shows that Italy has played a leading role in European integration. Just as Europe would not be the same without Tommaso d'Aquino, Leonardo da Vinci and Giuseppe Verdi, EU law would not be the same without the influence of the Italian legal culture. Yet, one may argue that Tommaso d'Aquino would not have been an influential thinker, had he not studied in Paris and Cologne. Maybe da Vinci would not have become one of the greatest painters of the Renaissance, had he not been a keen student of Flemish painting. Perhaps Verdi's repertoire would not have been so rich, had he not drawn on Dumas to compose *La traviata*, on Schiller to compose *Don Carlo*, and on Lord Byron to compose *Il corsaro*. Similarly, in order for the Italian legal culture to build a legacy for generations to come, it must be open to European integration.

This brings me to the topic that I would like to discuss with you today. I would like to reject the idea that national identity is to be understood as a means of building walls that seek to keep the influence of EU law at bay. According to this understanding, national identity would serve to draw red lines that EU law cannot cross. If those lines are crossed, national courts would be entitled to call the primacy of EU law into question. However, I respectfully disagree with this type of antagonistic understanding – or rather misunderstanding – of national identity. Instead, I believe that the notion of 'national identity', within the meaning of Article 4, paragraph 2, TEU, must be based on mutual respect and dialogue between legal orders. This is because national and European identities complement each other, since they both must rest on a set of common values that are shared and cherished by all Europeans.

Just like some of Verdi's operas, I shall divide my contribution into three parts. I can promise you though that my speech will not last that long.

First, I shall explain the relationship between national identities and EU identity, arguing that both must revolve around the founding values of the

EU, i.e. respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights. Since EU law opposes national measures that undermine the values of respect for the rule of law, democratic principles and fundamental rights, such measures cannot be grounded in protecting or promoting national identity, within the meaning of Article 4, paragraph 2, TEU.

Second, Article 4, paragraph 2, TEU reads as follows: “[t]he Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities”. Until recently, academic literature paid a lot of attention to the last part of that sentence⁵, whilst little or almost no attention was paid to the first part⁶. I shall therefore explain the basic meaning of the principle of equality of Member States before the Treaties, arguing that it gives concrete expression to the values of respect for the rule of law and equality. This means, in essence, that national identity must respect those values and, thus, the principles given concrete expression to them. In turn, since the primacy of EU law seeks to guarantee the equality of Member States before that law, claims based on national identity cannot call into question that primacy.

Third and last, the case law reveals that, in interpreting EU law, the Court of Justice does take national identities into account. National courts and, in particular, national Constitutional Courts play a key role in drawing to the attention of the Court of Justice the elements that they consider essential for protecting and promoting their own national identities. I shall argue that national identity, within the meaning of Article 4, paragraph 2, TEU, may only be defined through a constructive dialogue between the Court of Justice and national Constitutional Courts. By contrast, *ultra vires* doctrines and national identity claims that unilaterally seek to call into question the interpretation of

⁵ See, for example, the special volume that *European Public Law* dedicated to the notion of national constitutional identity. See, in this regard, D. FROMAGE and B. DE WITTE, *National Constitutional Identity Ten Years on: State of Play and Future Perspectives*, in 27 *European Public Law*, 2021, p. 441.

⁶ For a notable exception, see L. S. ROSSI, *The Principle of Equality Among Members of the European Union*, in L. S. ROSSI and F. CASOLARI (eds.), *The Principle of Equality in EU Law*, Berlin/Heidelberg, 2017, p. 3. See also S. JOLIVET, *L'égalité des États membres de l'Union européenne: vers une conception de l'égalité étatique autonome du droit international ?*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2015, p. 383.

EU law put forward by the Court of Justice have simply no room in the EU legal order.

2. EU Identity and National Identities

The EU is a Union of values. Those values are not the result of a ‘top-down’ approach, by which the authors of the Treaties decided to impose certain values on the Member States. On the contrary, those values are the result of a ‘bottom-up’ approach, since they stem from the constitutional traditions common to the Member States⁷. In the *Conditionality Judgments*, the Court of Justice made this crystal clear. It held – and I quote – that “[t]he values contained in Article 2 TEU have been identified and are shared by the Member States. They define the very identity of the European Union as a common legal order. Thus, the European Union must be able to defend those values, within the limits of its powers as laid down by the Treaties”⁸. The defence of those values has, in my view, three direct implications.

First, as the Court of Justice held in *Repubblika*, a candidate State for EU membership must align its own constitution (or Basic law) – including institutional and substantive provisions – with the values on which the EU is founded. The so-called Copenhagen Criteria – which are now set out in Article 49 TEU – implied, *inter alia*, a strict control of those values⁹. Needless to say, as the Court of Justice held in *Euro Box Promotion and Others* as well as in *RS*, EU law does not impose a “particular constitutional model”, but it is for each Member State to choose the model that best reflects the choices made by its

⁷ In relation to the value of respect for the rule of law, see CJEU, judgments of 16 February 2022, [Hungary v. Parliament and Council](#), case C-156/21, EU:C:2022:97, para. 237, and of 16 February 2022, [Poland v. Parliament and Council](#), case C-157/21, EU:C:2022:98, para. 291.

⁸ [Hungary v. Parliament and Council](#), *cit.*, para. 127; [Poland v. Parliament and Council](#), *cit.*, para. 145.

⁹ See, to that effect, CJEU, judgments of 20 April 2021, [Repubblika v. Il-Prim Ministru](#), case C-896/19, EU:C:2021:311, paras 61 and 62, and of 21 December 2021, [Euro Box Promotion and Others \(Criminal Proceeding against PM and Others\)](#), cases C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, EU:C:2021:1034, paras 160 and 161.

own people, provided that those choices comply with the values on which the EU is founded¹⁰.

For example, the constitutional model chosen by a Member State may organise the judiciary in a way that is different from that of another Member State. Member State ‘A’ may decide to establish a Constitutional Court whose decisions are binding upon ordinary courts. By contrast, Member State ‘B’ may prefer not to have such a court, because of its legal tradition and culture. The EU must respect both choices, provided that they adhere to a concept of the rule of law that stems from the constitutional traditions common to the Member States. This means for Member State ‘A’ that its Constitutional Court whose decisions are binding upon ordinary courts must be independent, since only respect for that independence may guarantee effective judicial protection of EU rights.¹¹

The principle of procedural autonomy also illustrates the idea that there is no particular constitutional model that EU law promotes. Provided that there are no EU rules on the matter, it is, in accordance with that principle, for the national legal order of each Member State to establish procedural rules providing for remedies that ensure the effective protection of EU rights. However, those procedural rules must comply with both the principles of equivalence and effectiveness. Subject to compliance with those twin principles, it is for each Member State to determine, inter alia, the relationship between civil and administrative courts of last instance. In *Randstad Italia*, for example, the Court of Justice held that in circumstances where an effective legal remedy exists, “it is ... entirely open – from the point of view of EU law – to the Member State concerned to confer jurisdiction on the highest court in its administrative order (*Consiglio di Stato*) to adjudicate on the dispute at last instance, in relation both to the facts and to points of law, and consequently to prevent the dispute from being open to further substantive examination in an appeal in cassation before the highest court in its judicial order (*Corte*

¹⁰ See also CJEU, [Euro Box Promotion and Others](#), *cit.*, para. 229, and judgment of 22 February 2022, [RS](#), case C-430/21, EU:C:2022:99, para. 43 (*Effect of the decisions of a constitutional court*).

¹¹ See CJEU, [Euro Box Promotion and Others](#), *cit.*, para. 230.

suprema di cassazione)”¹². This was so even if the highest court in the administrative order of the Member State concerned had delivered a judgment that was inconsistent with EU law, in so far as interested persons were allowed “to bring an action before an independent and impartial tribunal and to assert effectively that EU law... had been infringed”¹³. In any event, the Court of Justice recalled that parties adversely affected by that judgment could bring an action in damages against that Member State in accordance with the *Köbler* line of case law¹⁴.

The decision to align its own constitutional arrangements with EU values is a sovereign choice of the candidate State for EU membership¹⁵. However, if such State fails to do so, Article 49 TEU bars it from becoming a member of the EU¹⁶. Acquiring the status of ‘Member State’ is, therefore, a ‘constitutional moment’ for the State concerned since at that very moment, the legal order of the new Member State is deemed by the ‘Masters of the Treaties’ to uphold the values on which the EU is founded. The judgment of the Court of Justice in *Getin Noble Bank* illustrates this point¹⁷. From the moment of accession onwards, interlocking the legal order of the *new* Member State with the EU legal order and the other Member States’ legal orders takes place and gives rise to mutual trust.

Second, the Member State in question commits itself to respecting those values for as long as it remains a member of the EU. That ongoing commitment means that there is ‘no turning back the clock’ when it comes to respecting the values contained in Article 2 TEU. This was made clear by the Court of Justice in the *Conditionality Judgments*, ruling that “[c]ompliance with those values cannot be reduced to an obligation which a candidate State must meet in order

¹² CJEU, judgment of 21 December 2021, [Randstad Italia](#), case C-497/20, EU:C:2021:1037.

¹³ *Ibid.*, para. 78.

¹⁴ *Ibid.*, para. 80 (referring to ECJ, judgment of 30 September 2003, [Köbler](#), case C-224/01, EU:C:2003:513).

¹⁵ The same applies where a Member State decides to withdraw from the EU. See CJEU, judgment of 10 December 2018, [Wightman and Others](#), case C-621/18, EU:C:2018:999, para 50.

¹⁶ That provision states that “[a]ny European State *which respects the values referred to in Article 2* and is committed to promoting them may apply to become a member of the Union” (Emphasis added). CJEU, [Repubblica v. Il-Prim Ministru](#), *cit.*, para. 61.

¹⁷ CJEU, judgment of 29 March 2022, [Getin Noble Bank](#), case C-132/20, EU:C:2022:235.

to accede to the [EU] and which it may disregard after its accession”¹⁸. The Member States must respect those values “at all times”¹⁹.

The level of value protection provided for by a Member State when it joined the EU is a starting point and the trend of constitutional reforms must always be towards strengthening that protection. As the Court of Justice held in *Repubblika*, “[a] Member State cannot therefore amend its legislation in such a way as to bring about a reduction in the protection of the value of the rule of law, a value which is given concrete expression by, inter alia, Article 19 TEU”²⁰. It follows from that judgment that the EU legal order prohibits ‘value regression’.

The defence of the values contained in EU law amounts to protecting ‘the very identity of the EU as a common legal order’. That commonality implies that EU identity draws, in turn, on the constitutional traditions common to the Member States. Authoritarian drifts have simply no room in the EU legal order, since they would call into question the effectiveness of Articles 2, 19, paragraph 1, and 49 TEU and would entail a departure from those common traditions.

Third and last, the defence of those values is not a political question that exclusively falls within the scope of Article 7 TEU. Those values are not “merely a statement of policy guidelines or intentions”²¹, but may be protected by EU law, either at the level of primary or secondary law. Again, in the *Conditionality Judgments*, the Court of Justice observed that those values pervade the entire body of EU law. It held – and I quote – that “numerous provisions of the Treaties, frequently implemented by various acts of secondary legislation, grant the EU institutions the power to examine, determine the existence of and, where appropriate, to impose penalties for

¹⁸ CJEU, *Hungary v. Parliament and Council*, cit., para. 126, and *Poland v. Parliament and Council*, cit., para. 144.

¹⁹ CJEU, *Hungary v. Parliament and Council*, cit., para. 234, and *Poland v. Parliament and Council*, cit., para. 266.

²⁰ CJEU, *Repubblika v. Il-Prim Ministru*, cit., para. 63.

²¹ CJEU, *Hungary v. Parliament and Council*, cit., para. 232, and *Poland v. Parliament and Council*, cit., para. 264.

breaches of the values contained in Article 2 TEU committed in a Member State”²². In relation to secondary EU law, the Court of Justice pointed out, however, that the EU legislature may, within the scope of its competences, provide for procedures protecting those values, provided that they are not parallel to the procedure laid down in Article 7 TEU. This was, for example, the case of the conditionality mechanism laid down by Regulation 2020/2092 since it pursues an objective and provides for the adoption of measures that are different from those set out in that Treaty provision.

The national identity of a candidate State for EU membership must therefore be in keeping with the values contained in Article 2 TEU. Otherwise, such a State may not accede to the EU. Similarly, after accession, constitutional reforms or legislative measures that undermine the level of protection of those values constitute a violation of the principle of no regression. That is so, regardless of whether those reforms and legislative measures seek to protect or promote national identity. In any event, the reforms and legislative measures at issue would fall outside the scope of Article 4, paragraph 2, TEU, since they do not respect the values contained in Article 2 TEU.

3. National identity and the Principle of Equality of Member States before the Treaties

Therefore, national identity, within the meaning of Article 4, paragraph 2, TEU, must comply with the values contained in Article 2 TEU and, in particular, with the value of respect for the rule of law within the EU.

In light of the case law of the Court of Justice that draws on the constitutional traditions common to the Member States, respect for the rule of law means, *inter alia*, that public authorities must not call into question the

²² CJEU, [Hungary v. Parliament and Council](#), *cit.*, para. 159, and [Poland v. Parliament and Council](#), *cit.*, para. 195.

position taken by a court in a final decision. As the Court of Justice held in *Torubarov*, “the right to an effective remedy would be illusory if a Member State’s legal system were to allow a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party”²³. In the same way, ‘the fact that the public authorities do not comply with a final, enforceable judicial decision’, the Court wrote in the seminal *Deutsche Umwelthilfe*, “deprives [Article 47 of the Charter] of all useful effect”²⁴.

In the EU legal order, the principle of finality of judgments also applies to those issued by the Court of Justice. Accordingly, when it comes to the interpretation of EU law, the Court of Justice has the *final* say²⁵, and when it comes to the validity of that law, it has the *only* say²⁶. Otherwise, if public authorities, in general, and national courts, in particular, were to second-guess the interpretation of EU law put forward by the Court of Justice, the rule of law within the EU would become no more than the rule of lawlessness²⁷.

It is worth noting that the *Corte Costituzionale* has recognised the exclusive jurisdiction of the Court of Justice to have the final say as to what the law of the EU is. Most recently, it has reiterated that recognition in its judgment no. 67/2022²⁸.

Respect for the rule of law also means compliance with the principles of equality before the law and non-discrimination. In that regard, allow me to draw your attention to the wording of Article 4, paragraph 2, TEU. Before providing that the EU must respect the identities of the Member States, that Treaty provision states that the EU must respect the equality of Member

²³ CJEU, judgment of 29 July 2019, *Torubarov*, case C-556/17, EU:C:2019:626, para. 57.

²⁴ CJEU, judgment of 19 December 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, case C-752/18, EU:C:2019:1114, para. 37.

²⁵ See, in this regard, CJEU, judgments of 2 September 2021, *Republic of Moldova*, case C-741/19, EU:C:2021:655, para 45, and *RS*, *cit.*, para. 52 (*Effect of the decisions of a constitutional court*).

²⁶ CJEU, *RS*, *cit.*, para. 71.

²⁷ See, on this point, K. LENAERTS, *No Member State is More Equal than Others*, in A. von Bogdandy and A. Peters, *German Legal Hegemony? MPIL Research Paper Series*, no. 2020-43, p. 37. See also the Opinion of ADVOCATE GENERAL TANCHEV in *A.B. and Others*, case C-824/18, EU:C:2020:1053, points 80-84 (*Appointment of judges to the Supreme Court – Actions*).

²⁸ CORTE COSTITUZIONALE, *judgment of 11 march 2022, No. 67*, IT:COST:2022:67, *Considerato in diritto*, Point No. 10.2.

States before the Treaties. Since *equality comes before identity*, one may argue, in light of that wording, that national identity may not call into question the principle of equality of Member States before the Treaties, i.e. before EU law. Most importantly, since that principle stems directly from the value of respect for the rule of law, national identity must comply with it.

Writing extra-judicially²⁹, I have advocated that the principle of primacy enjoys a transnational dimension that is grounded in the principle of equality before the law. That transnational dimension is not something new but may be found in the seminal judgment of the Court of Justice in *Costa*³⁰. More recently, the link between primacy and the equality of Member States before the Treaties was explicitly recognised by the Court of Justice in *Euro Box Promotion and Others* as well as in *RS*³¹.

The rationale underpinning that transnational dimension may be summarised as follows. The principle of equality of Member States before the Treaties means, in essence, that all provisions of EU law are to have the same meaning and to be applied in the same fashion throughout the EU, from Italy to Estonia and from Portugal to Poland. That is so regardless of conflicting provisions of national law. Three direct implications flow from the principle of “equality of Member States before the Treaties”. First, the uniform interpretation and application of EU law are key for guaranteeing that

²⁹ See, for example, K. LENAERTS, *Éditorial : L'égalité des États membres devant les traités : la dimension transnationale du principe de primauté*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2021, no. 1, 1, and *La primauté du droit de l'Union et l'égalité des États membres devant les traités*, in E. Dubout (ed.), *L'égalité des États membres de l'UE*, Bruxelles, 2022, p. 37.

³⁰ ECJ, *Flaminio Costa v. ENEL*, *cit.* The relevant passage of the judgment reads as follows: “[t]he integration into the laws of each Member State of provisions which derive from the Community, and more generally the terms and the spirit of the Treaty, make it impossible for the States, as a corollary, to accord precedence to a *unilateral* and subsequent measure over a legal system accepted by them on a basis of reciprocity. Such a measure cannot therefore be inconsistent with that legal system. The executive force of Community law cannot vary from one State to another in deference to subsequent domestic laws, without jeopardizing the attainment of the objectives of the Treaty set out in Article 5, paragraph 2, and giving rise to the *discrimination* prohibited by Article 7” (emphasis added).

³¹ See also CJEU, *Euro Box Promotion and Others*, *cit.*, para. 249, and *RS*, *cit.*, para. 55. In those judgments, the Court of Justice held that “[a]rticle 4, paragraph 2, TEU provides that the Union is to respect the equality of Member States before the Treaties. However, the Union can respect such equality only if the Member States are unable, under the principle of the primacy of EU law, to rely on, as against the EU legal order, a unilateral measure, whatever its nature”.

equality. Second, the uniform interpretation of EU law needs to be ensured by one court and one court only, i.e. the Court of Justice. Third and last, the principle of primacy underpins the uniform interpretation and application of EU law. That law – as interpreted by the Court of Justice – is “the supreme law of the land” as primacy guarantees that normative conflicts between EU law and national law are resolved in the same fashion. Primacy thus guarantees that both the Member States and their peoples are equal before the law.

This shows that there is a link between the principle of primacy of EU, the principle of equality of Member States before that law and the value of respect for the rule of law within the EU. In my view, those two principles and that value are deeply intertwined. Without primacy, there is no equality, and without equality before the law, there is no rule of law within the EU.

4. National Identity and the Primacy of EU law

This brings me to the last part of my speech, where I want to stress the fact that national identity, within the meaning of Article 4, paragraph 2, TEU, is to be built in keeping with a constructive dialogue between the Court of Justice and national courts, in particular, national Constitutional Courts. By contrast, unilateral measures that call into question the primacy of EU law are not, in my view, the way forward.

When interpreting EU law, national identity, within the meaning of Article 4, paragraph 2, TEU, has been taken into account by the Court of Justice. To begin with, it has served to highlight the importance of the objectives pursued by a national measure that derogates from the fundamental freedoms. For example, in *Las*, the Court of Justice recognised that “the Union must also respect the national identity of its Member States, which includes

the protection of the official language or languages of those States”³². More recently, in *Boriss Cilevičs and Others*, the Court of Justice held that it was legitimate for a Member State to protect its national identity by adopting measures that sought to promote and develop the use of the official language in higher education. In implementing that policy, the Court of Justice acknowledged that the Member States enjoy ‘broad discretion’, ‘since such a policy constitutes a manifestation of national identity for the purposes of Article 4, paragraph 2, TEU’³³.

Next, it has also served to interpret secondary EU law. For example, in *Remondis*, a public procurement case, the Court of Justice found that a reallocation or transfer of competence from one public authority to another does not meet all of the conditions required to come within the definition of ‘public contract’ for the purposes of Directive 2004/18. That was because Article 4, paragraph 2, TEU protects the division of competences within a Member State. “Since that division is not fixed”, the Court of Justice wrote, “the protection conferred by Article 4, paragraph 2, TEU also concerns internal reorganisations of powers within a Member State”³⁴. Accordingly, those internal reorganisations could not be subject to EU public procurement rules.

Last, but not last, the Court of Justice has also interpreted the notion of national identity, within the meaning of Article 4, paragraph 2, TEU, as allowing room for diversity. This means, in the words of the Court of Justice, that “the specific circumstances which may justify recourse to [a legitimate objective that is grounded in national identity] may vary from one Member State to another and from one era to another. The competent national authorities must therefore be allowed a margin of discretion within the limits imposed by the Treaty”³⁵. The *Coman* case, a preliminary reference made by

³² CJEU, judgment of 16 April 2013, *Las*, case C-202/11, EU:C:2013:239, para. 26.

³³ CJEU, judgment of 7 September 2022, *Cilevičs and Others*, case C-391/20, EU:C:2022:638, para. 83. However, in the same paragraph, the Court of Justice pointed out that that broad discretion could not ‘justify a serious undermining of the rights which individuals derive from the provisions of the Treaties enshrining their fundamental freedoms’.

³⁴ CJEU, judgment of 21 December 2016, *Remondis*, case C-51/15, EU:C:2016:985, paras 40 and 41.

³⁵ See, in this regard, CJEU, judgments of 14 October 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, case C-36/02, EU:C:2004:614,

the Romanian Constitutional Court, is an excellent example that illustrates the limits of such a margin of discretion. In that case, the Court of Justice held that it is for each Member State, according to its own identity, to decide the meaning of the institution of marriage. EU law is neutral as to whether that meaning should include or not same-sex couples. However, the exercise of such a margin of discretion cannot go as far as adversely affecting the free-movement rights of same-sex couples that got legally married in another Member State. Within the meaning and for the purposes of the relevant provisions of EU law, those couples are to be considered ‘spouses’ and thus, members of the same family.

Moreover, Constitutional Courts may also enter into a dialogue with the Court of Justice in order to clarify the meaning and scope of overriding principles of its own legal order. For example, in *M.A.S. and M.B.*, a case concerning VAT fraud, the *Corte Costituzionale* stressed the importance that the principle that criminal offences and penalties must be defined by law has within both the EU and Italian legal orders. It also brought to the attention of the Court of Justice the fact that rules on limitation form part of substantive criminal law.

In that regard, the Court of Justice recalled that in light of Article 325 TFEU, the Member States must ensure, in cases of serious VAT fraud, that effective and deterrent criminal penalties are adopted. Nevertheless, in the absence of EU harmonisation, it is for the Member States to adopt rules on limitation applicable to criminal proceedings relating to such cases. This means, in essence, that while a Member State must impose effective and deterrent criminal penalties in cases of serious VAT fraud, it is free to consider, for example, that rules on limitation form part of substantive criminal law. If that is the case, the Court of Justice pointed out that the Member State concerned must comply with the principle that criminal offences and penalties must be defined by law, a fundamental right enshrined in Article 49 of the

para. 31 and the case-law cited, and of 22 December 2010, [*Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*](#), case C-208/09, EU:C:2010:806, para. 87.

Charter which corresponds to Article 7, paragraph 1, ECHR³⁶. Accordingly, even where the rules on limitation at issue prevent the imposition of effective and deterrent criminal penalties in a significant number of cases of serious VAT fraud, the national court is under no obligation to disapply those rules in so far as that obligation is incompatible with Article 49 of the Charter. However, the margin of appreciation enjoyed by Italy in qualifying rules on limitation as substantive criminal law could not go as far as maintaining the *status quo*. Whilst national courts did not have the obligation to disapply those rules, the same could not be said in relation to the Italian legislature. The Italian rules on limitation had to be amended so as to avoid impunity in a significant number of cases of serious VAT fraud.

These examples show, in my view, that judicial dialogue is an appropriate means of drawing the contours of the margin of appreciation that the Member States enjoy under the concept of ‘national identity’, within the meaning of Article 4, paragraph 2, TEU. However, the same cannot be said in respect of judicial unilateralism. That is why in *RS*, the Court of Justice expressly rejected that a Member State may unilaterally rely on its national identity in order to call into question the primacy of EU law. It is worth mentioning the relevant passage of that judgment in full. It held that Article 4, paragraph 2, TEU “has neither the object nor the effect of authorising a [C]onstitutional [C]ourt of a Member State, in disregard of the obligations under, in particular, Article 4, paragraphs 2 and 3, and the second subparagraph of Article 19, paragraph 1, TEU, which are binding upon it, to disapply a rule of EU law, on the ground that that rule undermines the national identity of the Member State concerned as defined by the national [C]onstitutional [C]ourt”³⁷.

In the same way, the Court of Justice rejected the so-called *ultra vires* doctrine, according to which a Constitutional Court may second-guess and depart from the interpretation of EU law contained in a judgment of the Court of Justice. Again, the relevant passage of *RS* merits quotation in full: “since [...] the Court [of Justice] has exclusive jurisdiction to provide the definitive

³⁶ CJEU, [M.A.S. and M.B.](#), *cit.*, para. 55.

³⁷ CJEU, [RS](#), *cit.*, para. 70.

interpretation of EU law, the [C]onstitutional [C]ourt of a Member State cannot, on the basis of its own interpretation of provisions of EU law [...] validly hold that the Court [of Justice] has delivered a judgment exceeding its jurisdiction and, therefore, refuse to give effect to a preliminary ruling from the Court”³⁸.

The *RS* judgment is, in my opinion, an important development in defining the relationship between national Constitutional Courts and the Court of Justice. It contains two powerful statements ruling out judicial unilateralism. Still, those two statements must be read in light of judicial dialogue. That is why in the same judgment, the Court of Justice indicated the path that a Constitutional Court must follow when having doubts as to the compatibility of secondary EU law with the concept of ‘national identity’ laid down in Article 4, paragraph 2, TEU. That path imposes the obligation for the Constitutional Court concerned to refer a preliminary question of validity to the Court of Justice³⁹.

I am happy to note that, in judgment no. 67/2022, the *Corte Costituzionale* referred explicitly to the judgment of the Court of Justice in *RS* and, in particular, to the passage of the judgment that makes the link between the principle of primacy of EU law and the equality of Member States before that law. Most importantly, I welcome the conclusion that the *Corte Costituzionale* draws from that judgment of the Court of Justice. It held – and I quote from the English translation contained in its website – that “the principle of [primacy] of EU law and Article 4, paragraphs 2 and 3, TEU, are the cornerstone on which the community of national courts rests, held together by convergent rights and duties. This Court has consistently upheld that principle, affirming the value of its driving effects with regard to the domestic legal system”⁴⁰.

Similarly, judicial dialogue may also serve national courts as a means of urging the Court of Justice to reconsider its previous findings. For example, in

³⁸ *Ibid.*, para. 72.

³⁹ *Ibid.*, para. 71.

⁴⁰ CORTE COSTITUZIONALE, [judgment of 11 march 2022, No. 67](#), *cit.*, *Considerato in diritto* No. 11.

*Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Direct effect)*⁴¹, the referring court asked the Court of Justice to clarify the consequences that flow from finding a national legislation to be incompatible with the principle of proportionality of penalties set out in an EU Directive. It asked whether that principle could produce direct effect and if so, whether the principle of primacy required it to set aside the national legislation at issue as a whole or only the part necessary to enable the imposition of proportionate penalties. Following the Opinion of AG Bobek, the Court held that the principle of proportionality of penalties was unconditional and sufficiently precise to produce direct effect. The Court reasoned that that principle was not qualified by any condition. Nor was it subject, in its implementation or effects, to the taking of any measure either at EU or at national level. On the contrary, the principle of proportionality of penalties imposes on the Member States in unequivocal terms a precise obligation as to the result to be achieved. It is worth noting that, in paragraph 29 of that judgment, the Court of Justice expressly overruled its previous findings in *Link Logistik N&N* in which it had reached the opposite conclusion⁴². Moreover, the Court of Justice held that the national legislation at issue had to be set aside only to the extent that it prevented the imposition of proportionate penalties, whilst ensuring that those penalties remain effective and dissuasive⁴³.

The judgment of the Court in *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* shows that the Court of Justice takes judicial dialogue seriously. In the context of that dialogue, it is not afraid of rectifying its case law. As AG Bobek wrote, “to find, in a system that defines itself as being based on judicial dialogue, a dialogue partner that is never wrong may perhaps be rather

⁴¹ CJEU, judgment of 8 March 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, case C-205/20, EU:C:2022:168 (*Direct effect*).

⁴² CJEU, judgment of 4 October 2018, *Link Logistik N&N*, case C-384/17, EU:C:2018:810.

⁴³ CJEU, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, *cit.*, paras 40 and 41. In this regard, the Court of Justice observed that the “combination of various characteristics” of the national legislation at issue made it disproportionate (e.g. the accumulation of pecuniary penalties without an upper limit of fines). However, this was not the case when those characteristics were taken in isolation (e.g. the fact that the amount of pecuniary penalties varied according to the number of workers affected by violations of certain obligations in the field of employment law was not, in itself, disproportionate).

surprising and occasionally frustrating”⁴⁴. However, as is apparent from this judgment, the Court of Justice is not such a dialogue partner, but one who leaves the door open for reconsideration in the light of concerns and doubts raised by national courts and, in particular, by national constitutional courts.

5. Concluding remarks

As I mentioned in a speech that I delivered last year in the context of an international conference organised by the Latvian Constitutional Court⁴⁵, and again in the 29th FIDE conference, the Court of Justice is not the new kid on the block as its looming 70th anniversary shows.

The Court of Justice’s commitment to upholding the rule of law, democracy and fundamental rights is beyond doubt. The Court of Justice has incorporated many constitutional traditions common to the Member States into the constitutional fabric of the EU, thereby ensuring that EU law and national constitutional laws are deeply intertwined. EU identity seeks to ensure that EU law remains a “common legal order” where the Member States may express their own identities.

In *Repubblika*, the Court of Justice sent the clear message that authoritarian tendencies have simply no room in the EU legal order and in so doing, it protects the very principle of democracy that national Constitutional Courts are called upon to uphold. This shows that the Court of Justice and the Constitutional courts of the Member States are allies.

The principle of primacy serves, in my view, to protect and to strengthen that alliance. It is a means of preventing Member States from departing from

⁴⁴ ADVOCATE GENERAL, Opinion of the 23 September 2021, [Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld](#), case C-205/20, EU:C:2021:759, point 141.

⁴⁵ K. LENAERTS, *Dinner Speech*, in *EUited in diversity: between common constitutional traditions and national identities International Conference Riga, Latvia – 2-3 September 2021 Conference Proceedings* (Court of Justice and Constitutional Court of Latvia, Luxembourg and Riga, 2022), available at [eUnited in Diversity - Riga - September 2021 - Conference proceedings.pdf](#).

their own common constitutional traditions and from establishing “new illiberal traditions”. By virtue of the principle of primacy, a national court – and in particular, a national Constitutional Court – may rely on EU law with a view to setting aside constitutional reforms that undermine the values on which the EU is founded. In particular, EU law protects national Constitutional Courts from reforms that undermine their independence, as only an independent Constitutional Court may issue rulings that are binding upon ordinary courts.

An antagonistic understanding of ‘national identity’ undermines that alliance. National identity must be construed in light of a constructive dialogue between the Court of Justice and national Constitutional Courts that revolves around upholding common values.

IDENTITÀ NAZIONALE E PRIMATO DELL'UNIONE EUROPEA

Emanuela NAVARRETTA*

1. Premessa

L'art. 4, paragrafo 2, del TUE prevede il rispetto da parte dell'Unione europea di due paradigmi: l'identità nazionale e l'«eguaglianza degli Stati membri dinanzi ai Trattati», che è il fondamento assiologico del principio del primato.

Il loro connubio attesta la ricerca di un punto di equilibrio tra uniformità e rispetto del pluralismo, secondo una logica – direbbero gli esponenti del pluralismo costituzionale, a partire da MacCormick¹ – “eterarchica”, nel quadro di un ordinamento, quello dell'Unione, che ha oramai consolidato al proprio interno i principî dello stato di diritto e del personalismo (art. 2 del TUE e CDFU)².

L'identità nazionale sembra, dunque, mostrare una vocazione ad assorbire, almeno in parte, dall'interno del sistema dell'Unione, le tensioni che avevano alimentato dall'esterno la teoria dei controlimiti³. Quest'ultima era stata elaborata da alcune Corti costituzionali nazionali – caso *Frontini*⁴ e caso

* Giudice della Corte costituzionale italiana, Professore ordinario di diritto civile all'Università di Pisa.

¹ N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, 1993, Vol. 56, No. 1, pp. 1-18.

² Sull'evoluzione del personalismo nel diritto dell'Unione europea si veda per tutti M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; EAD., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007.

³ Fra gli innumerevoli contributi si veda i saggi raccolti in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017 e le recenti monografie di D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2021 e S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018.

⁴ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 18 dicembre 1973, n. 183](#), IT:COST:1973:183.

*Solange I*⁵ – in una fase storica in cui l’Unione europea non aveva ancora fatto propri i principi del personalismo ed è stata poi ridefinita, quando la Corte di Giustizia ha sviluppato uno standard adeguato di protezione dei diritti fondamentali della persona (caso *Solange II*⁶).

Nondimeno, l’identità nazionale non coincide con i controlimiti, proprio in quanto la prima categoria viene concepita come operante dall’interno del sistema dell’Unione europea, ragion per cui se ne impone una ricostruzione in termini compatibili con il primato.

Sono state, invece, proprio le tendenze a definire l’identità nazionale secondo prospettive statuali unilaterali e autoreferenziali ad aver alimentato valutazioni scettiche rispetto al nuovo paradigma, ritenuto da taluni troppo vago e idoneo ad attrarre nazionalismi e populismi⁷. Ma non è la categoria in sé a sottendere le insidie, quanto piuttosto esse si annidano nelle citate interpretazioni, di matrice nazionale, che coinvolgono sia il suo contenuto sia la sua funzione.

2. Il contenuto dell’identità nazionale secondo prospettive statuali e i tratti generalissimi della categoria secondo l’ordinamento dell’Unione: il limite intrinseco dell’identità costituzionale europea

Sul piano contenutistico si collocano fuori del perimetro del sistema dell’Unione europea concezioni dell’identità nazionale – di reminiscenza schmittiana – sganciate dalle fonti costituzionali. Emblematica, in tal senso, la ricostruzione ungherese secondo la quale “the constitutional self-identity of

⁵ BVERFG sentenza 29 maggio 1974, BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71.

⁶ BVERFG sentenza 22 ottobre 1986, BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83.

⁷ F. FABBRINI and A. SAJÓ, *The dangers of constitutional identity*, in *European Law Journal*, 2019, Vol. 25, No. 4, pp. 457-473; R.D. KELEMEN and 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*, 2019, Vol. 21, p. 59-74.

Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law – [but] merely acknowledged by the Fundamental Law”⁸.

Simili ricostruzioni contrastano con quanto dispone testualmente l’art. 4, paragrafo 2, del TUE, che evoca la struttura fondamentale politica e costituzionale degli Stati membri. L’espressione è, infatti, da intendere qualeendiadi, nella quale la fonte positiva della Costituzione è elemento imprescindibile, volto ad allontanare il rischio di suggestioni alimentate da contingenze politiche.

Parimenti, fuoriescono dai confini che traccia l’ordinamento dell’Unione concezioni dell’identità nazionale che fanno valere principî estranei allo stato di diritto, ciò che è emerso nell’ambito di giudizi che hanno coinvolto non solo l’Ungheria, ma anche la Polonia e la Romania. Che l’identità nazionale debba trarsi da Costituzioni nazionali coerenti con il rispetto dei principî dello stato di diritto e della democrazia è anch’esso un requisito che emerge dalle fonti, intese in senso lato, dell’Unione⁹.

In origine, era stato codificato all’art. F del Trattato di Maastricht, ove si disponeva che l’Unione europea rispetta l’identità nazionale degli Stati membri “i cui sistemi di governo si fondano sui principî democratici”.

Di seguito, la medesima condizione è stata riaffermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in un gruppo di sentenze emanate fra il 2019 e il 2022¹⁰. In particolare, la Corte di Lussemburgo – come testualmente si legge nella citata sentenza C-156/21 del 2022 (punti 127 e 232-234) – ritiene che i “valori contenuti nell’articolo 2 TUE”, vale a dire il rispetto della dignità

⁸ Corte costituzionale ungherese, decisione 22/2016 (XII. 5.) AB, sulla quale, *ex multis*, si v. G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Basic Law*, in *Review of Central and East European Law* 2018, Vol. 43, pp. 23–42.

⁹ Sull’identità nazionale prima e dopo il Trattato di Lisbona si veda L.F.M. BESSELINK, *National and Constitutional Identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 2010, p. 36-49.

¹⁰ CGUE, sentenza del 15 luglio 2021, [Commissione europea c. Repubblica di Polonia](#), in causa C-791/19, EU:C:2021:596; CGUE, sentenza del 21 dicembre 2021, [Euro Box Promotion e altri \(Procedimento penale a carico di PM e altri\)](#), in cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, EU:C:2021:1034; CGUE, sentenza del 16 febbraio 2022, [Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea](#), in causa C-156/21, EU:C:2021:97; CGUE, sentenza del 16 febbraio 2022, [Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea](#), in causa C-157/21, EU:C:2021:98; CGUE, sentenza del 22 febbraio 2022, [RS](#), in causa C-430/21, EU:C:2022:99.

umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e dei diritti umani, valori che “sono stati identificati e [...] condivisi dagli Stati membri” e che “sono concretizzati in principî che comportano obblighi giuridicamente vincolanti”, “definiscono l'identità stessa dell'Unione ordinamento giuridico comune”. Di conseguenza, se l'Unione europea “rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, cosicché tali Stati dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principî dello Stato di diritto, ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro. Infatti, pur disponendo di identità nazionali distinte [...], che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di “Stato di diritto” che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo”.

In sostanza, il riconoscimento e il rispetto dei principî cardine dello stato di diritto è condizione di adesione da parte degli Stati membri all'Unione europea e segna la linea di confine tra uso o abuso della categoria dell'identità nazionale¹¹. Chiaramente, questo sposta il *focus* sulla individuazione delle ipotesi che giungono a mettere a repentaglio lo stato di diritto, la cui latitudine concettuale impone un processo di concretizzazione relativamente al tipo di previsioni nazionali che pongono in discussione l'identità costituzionale europea. Simile esigenza emerge, a ben vedere, già dalle pronunce sopra richiamate che, con riferimento all'imparzialità e all'indipendenza della magistratura, evocano il supporto dell'art. 19 TUE, unitamente ai precedenti della Corte di Giustizia e alle tradizioni costituzionali comuni, proprio al fine di concretizzare (punto n. 161 della sentenza n. 156/21) il richiamo allo stato di diritto. La conclusione cui giunge la Corte è, dunque, nel senso che “l'esistenza stessa di un effettivo controllo giurisdizionale destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca a uno Stato di diritto e presuppone

¹¹ Sul tema si veda, da ultimo, J. SCHOLTES, *Abusing constitutional identity*, in *German Law Journal*, 2021, Vol. 22, p. 534-556 e B. TRIPKOVIC, *Constructing the Constitutional Self: Meaning, Value, and Abuse of Constitutional Identity*, in *Union University Law Review*, 2020, p. 359-384.

l'esistenza di organi giurisdizionali indipendenti" (punto 12 della sentenza citata).

Si delineano, a questo punto, i confini generalissimi dell'identità nazionale quale categoria del sistema dell'Unione europea.

Deve trattarsi di una nozione che si inferisce dall'interpretazione di fonti costituzionali nazionali, le quali non devono contrastare con i tratti essenziali dell'identità costituzionale dell'Unione europea.

Ciò non vuol dire – come si chiarirà in seguito – che qualunque profilo dell'identità costituzionale nazionale debba essere considerato un tratto identificativo della nazione, ma che nessun tratto identificativo della nazione può essere valorizzato nel sistema dell'Unione europea se non si radica nell'interpretazione di una Costituzione nazionale, la quale, a sua volta, deve rispettare quelli che vengono ritenuti, non solo dal Trattato e dalla sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia, ma anche dalle tradizioni costituzionali comuni¹², elementi fondativi dello stato di diritto.

Solo dentro questo perimetro può porsi l'esigenza di un riconoscimento del pluralismo.

3. Le funzioni dell'identità nazionale secondo le prospettive nazionali e secondo il diritto dell'Unione europea

Venendo ora al piano funzionale, non sembra riconducibile ad una logica interna al sistema dell'Unione la ricostruzione – velatamente sottesa ai proclami del *Lissabon Urteil*¹³ del *BVerfG*, ma fatta poi valere da altri ordinamenti – che sposta sull'identità nazionale la prospettiva unilaterale e condizionale dei controllimiti, ritenendo gli Stati membri legittimati a invocare

¹² V. *infra*, par. 5.

¹³ BVerfG, sentenza 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, su cui, tra i moltissimi commenti, D. THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon judgment of the German Constitutional Court*, in *Common Market Law Review*, 2009, Vol. 46, No. 6, p. 1795-1822.

– in nome di principi costituzionali nazionali non emendabili – una condizione interna al sistema dell’Unione, che relativizzerebbe il principio del primato.

È evidente, infatti, che l’incorporazione di ventisette diverse clausole condizionali unilaterali si porrebbe in aperto contrasto con la garanzia della “uguaglianza degli Stati membri dinanzi ai Trattati”, ossia con il fondamento assiologico del principio del primato, che trova invero corrispondenza anche nelle Costituzioni nazionali, in specie in quella italiana, che, all’art. 11, consente le limitazioni di sovranità solo “in condizioni di parità con gli altri Stati”.

Del resto, che la clausola identitaria non abbia “né lo scopo né l’effetto di autorizzare la Corte costituzionale di uno Stato membro, a disapplicare una norma del diritto dell’Unione, con la motivazione che tale norma non rispetti l’identità nazionale come definita dalla Corte costituzionale nazionale”¹⁴ è stato espressamente sottolineato dalla Corte di Giustizia.

Esclusa, dunque, l’ipotesi che nell’identità nazionale si compendino ventisette condizioni unilaterali, si delineano, viceversa, i due possibili volti di una identità nazionale coerente, sul piano funzionale, con il sistema dell’Unione.

Da un lato, vi è una identità nazionale dotata di una forza centrifuga, che fa valere le ragioni del pluralismo e che si ascrive al raggio applicativo dell’art. 4 TUE, ma solo nei limiti in cui si dimostri compatibile con il principio del primato.

Da un altro lato, vi è una identità nazionale che, invece, è attratta dalla spinta centripeta dell’uniformità, in quanto risulta conforme a quella di altri Stati membri e, dunque, rientra nel paradigma delle tradizioni costituzionali comuni, di cui all’art. 6 TUE¹⁵.

¹⁴ CGUE, sentenza [RS](#), cit., punto 70, sulla quale si veda D. GALLO, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 2, p. 374 ss.

¹⁵ M. FICHERA and O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 2019, Vol. 20, p. 1097 propongono, invece, di passare *tout court* dal linguaggio dell’identità nazionale a quello delle tradizioni costituzionali comuni.

4. L'identità nazionale e il principio del primato

4.1 Le condizioni procedurali

La prospettiva funzionale, che fa valere le ragioni del pluralismo, è quella che più propriamente interroga il sistema sui presupposti che rendono tale esigenza compatibile con il principio del primato. In via del tutto schematica si possono ravvisare condizioni di natura sia procedimentale sia sostanziale.

Sul piano procedimentale, se è naturale che siano le Corti costituzionali a specificare in concreto che una determinata interpretazione o un particolare bilanciamento di interessi siano ritenuti tratti identificativi del sistema nazionale, parimenti è imprescindibile che sia la Corte di Giustizia a decidere se vi sia compatibilità con il primato, ciò che ha portato ad affermare l'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale, quando venga posta una questione di identità nazionale.

La soluzione del rinvio pregiudiziale, emersa con il caso *Mangold*, su iniziativa del *BVerfG*¹⁶, e poi nella vicenda *Taricco*, su impulso della Corte costituzionale italiana¹⁷, ha visto di recente emergere la tesi della obbligatorietà del rinvio nella citata sentenza *RS* della Corte di Giustizia, in nome del principio di leale collaborazione. “Qualora la Corte costituzionale di uno Stato membro ritenga che una disposizione del diritto derivato dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia, violi l'obbligo di rispettare l'identità nazionale di detto Stato membro, tale Corte costituzionale *deve*¹⁸ sospendere la decisione e investire la Corte di giustizia di una domanda

¹⁶ BVERFG, ordinanza 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, su cui, fra i molti, si veda C. MÖLLERS, *German Federal Constitutional Court: Constitutional Ultra Vires Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances. Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, Honeywell*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, Vol. 7, No. 1, p. 161 ss.

¹⁷ CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24](#), IT:COST:2017:24, su cui si vedano i molteplici commenti raccolti nel volume collettaneo a cura di A. BERNARDI e C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, nonché D. PARIS, *Carrot and Stick. The Italian Constitutional Court's Preliminary Reference in the Case Taricco*, in *Questions of International Law, Zoom-in* 37, 2017, p. 5 ss.

¹⁸ Il corsivo è aggiunto.

di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, al fine di accertare la validità di tale disposizione alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, essendo la Corte di giustizia la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione"¹⁹.

Quanto alle motivazioni che devono essere adottate dalle Corti nazionali (e anche a tal proposito l'ordinanza *Taricco* può ritenersi emblematica), esse devono riguardare non solo l'identità nazionale, ma anche la compatibilità con il primato e con il principio di eguaglianza fra gli Stati. E questo sia perché le Corti costituzionali sono esse stesse Corti dell'Unione europea, sia perché l'eguaglianza fra gli Stati membri configura anche un loro interesse, tant'è che nell'ordinamento italiano – come si è già ricordato – tale condizione è codificata all'art. 11 Cost.

A questo punto, l'obbligo di rinvio pregiudiziale e il duplice onere, sul piano delle motivazioni, che grava sulle Corti statali, riferito sia alla sussistenza di ragioni che involgono l'identità nazionale sia alla loro compatibilità con il primato, creano le condizioni per un confronto diretto e sui medesimi contenuti con la Corte di Giustizia²⁰. Diviene, in tal modo, possibile, nel solco della leale collaborazione di cui all'art. 4, paragrafo 3, del TUE²¹, attuare quella che può definirsi una “concretizzazione dialogica” delle condizioni sostanziali che rendono compatibile l'identità nazionale, che fa valere il pluralismo, con il principio del primato.

¹⁹ CGUE, sentenza [RS](#), cit., punto 71.

²⁰ Tra gli innumerevoli contributi dedicati al confronto tra le Corti si veda l'opera collettanea a cura di N. ZANON, *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006. Da ultimo si veda inoltre L.S. ROSSI, *Un dialogo da giudice a giudice. Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Quaderni dell'Associazione italiana Studiosi di Diritto dell'Unione europea (AISDUE)*, 2022, p. 50-84.

²¹ Pone, in particolare, l'accento sul principio di leale collaborazione S. SCIARRA, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the Eu Speak Common Words?*, in *Eurojus*, 2022, p. 67-78.

4.2 Le condizioni sostanziali

Ebbene, proprio il metodo della “concretizzazione dialogica” ha contribuito a rendere nel tempo più flessibili entrambe le condizioni sostanziali dettate in astratto dalla Corte di Giustizia, a partire dal caso *Åkerberg Fransson*²² e dal caso *Melloni*²³.

Nella prima sentenza è stato disposto che “quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l’operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell’Unione, attua tale diritto ai sensi dell’articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione”²⁴. Viceversa, quando manca il margine di discrezionalità – come nel caso del mandato di arresto europeo implicato nella sentenza *Melloni* – non si può rimettere “in discussione l’uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali”²⁵ in nome dell’art. 53 della CDFUR, poiché ciò comporterebbe “un pregiudizio per l’effettività”²⁶.

²² CGUE, sentenza del 26 febbraio 2013, [Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson](#), in causa C-617/10, EU:C:2013:105. Tra i molti commenti si v. E. HANCOX, *The meaning of “implementing” EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson*, in *Common Market Law Review*, 2013, Vol. 50, No. 5, p. 1411-1431.

²³ CGUE, sentenza del 26 febbraio 2013, [Sfetano Melloni. C. Ministero Fiscal](#), in causa C-399/11, EU:C:2013:107, su cui – *ex multis* – D. SARMIENTO, *Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, Vol. 50, No. 5, p. 1267 ss. Su entrambe le sentenze da ultimo citate, JHR, LB, *Editorial. After Åkerberg Fransson and Melloni*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, Vol. 9, No. 2, pp. 169 ss.

²⁴ CGUE, sentenza [Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson](#), cit., punto 29.

²⁵ CGUE, sentenza [Sfetano Melloni. C. Ministero Fiscal](#), cit., punto 63.

²⁶ *Ibidem*.

4.2.1 La tutela della unità e dell'effettività del diritto dell'Unione e i margini di flessibilità del criterio

Esaminando, dunque, dapprima la condizione costituita dalla garanzia che l'identità nazionale non infici l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione europea, essa, a ben vedere, è stata resa meno rigida in un duplice senso.

In primo luogo, – come sembra suggerire la vicenda *Taricco* – nel senso che il rispetto degli impegni assunti nei confronti dell'Unione europea può conseguirsi anche in una maniera meno immediata di quanto garantisca la disapplicazione, ma con eguale efficacia, se ciò serve a evitare la lesione di un principio identitario, qual è quello di legalità dei reati e delle pene, coinvolto in concreto per effetto di un'interpretazione nazionale e condiviso in astratto dalla stessa Unione europea. Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana si legge infatti che “l'art. 325 del TFUE, pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo”, sicché occorre evitare che il potere giudiziario possa disfarsi “di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato”²⁷. Accogliendo tale prospettiva, la Corte di Giustizia condivide che, “[s]e il giudice nazionale dovesse [...] ritenere che l'obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene, esso non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo”²⁸ e, al contempo, conferma che, in tal caso, spetterebbe “al legislatore nazionale adottare le misure necessarie”²⁹, “che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE, alla luce delle considerazioni esposte dalla Corte al punto 58 della sentenza

²⁷ CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24](#), cit.

²⁸ CGUE, sentenza del 5 dicembre 2017, [Procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B.](#), in causa C-42/17, EU:C:2017:936, punto 61.

²⁹ *Ibidem*.

Taricco”³⁰, rispettando, in pari tempo, l’equipollenza con l’effettività assicurata nei casi di frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato membro.

In secondo luogo, anche a fronte di vincoli stringenti che non pongono alternative – come quello del rispetto degli impegni relativi al mandato di arresto europeo – emerge nondimeno un limite alla garanzia dell’effettività, costituito dall’esigenza di evitare il pericolo di un gravissimo attentato ai diritti fondamentali della persona, qual è il rischio di trattamenti inumani e degradanti, oggetto del divieto di cui l’art. 4 della CDFUE³¹. La forte protezione “del diritto garantito dall’articolo 4 della Carta”³², “strettamente connesso al rispetto della dignità umana”³³ mitiga le ragioni dell’effettività, finanche a fronte della mancanza di discrezionalità per gli Stati, e ciò a presidio del nucleo essenziale di un principio fondamentale dell’Unione europea, vale a dire la dignità umana, che è un caposaldo anche dei costituzionalismi nazionali, oltre che della CEDU³⁴.

In definitiva, là dove interpretazioni nazionali o contesti nazionali chiamano in causa, a livello statuale, principî che, in astratto, anche per l’Unione europea, dimostrano una connotazione assiologica fondamentale, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione si piegano agli adattamenti del legislatore e, in casi eccezionali, addirittura retrocedono.

³⁰ *Ivi* (punto 41).

³¹ Ciò che è emerso in CGUE, sentenza del 5 aprile 2016, [Pal Aranyosu e Roberto Căldăraru](#), in cause C-404/15 e C-659/15, EU:C:2016:198, su cui, *ex multis*, G. REPETTO, *Ancora su mandato d’arresto e diritti fondamentali di fronte alla Corte di Giustizia: il caso Aranyosi*, in *Diritti Comparati*, 19 maggio 2016, e in CGUE, sentenza del 25 luglio 2018, [LM](#), in causa C-216/18 PPU, EU:C:2018:586.

³² CGUE, sentenza [Pal Aranyosu e Roberto Căldăraru](#), *cit.*, punto 85.

³³ *Ibidem*.

³⁴ In tal senso la sentenza della CGCE, sentenza del 12 giugno 2003, [Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contro Republik Österreich](#), in causa C-112/00, EU:C:2003:333, punto 80. *Ex multis*, F. RONKES AGERBEEK, *Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor: the Schmidberger case*, in *European Law Review*, 2004, p. 255 ss.

4.2.2 La difesa dello standard di tutela riconosciuto ai diritti protetti dalla Carta e il bilanciamento con le ragioni sottese all'identità nazionale

Proprio l'attenzione alla natura dei diritti e dei principî coinvolti introduce l'esame della seconda condizione sostanziale cui è subordinato il rispetto dell'identità nazionale: l'esigenza che le ragioni ad essa sottese non abbassino lo *standard* di tutela riconosciuto dalla Corte di Giustizia ai diritti tutelati dalla Carta. Anche tale criterio ha mostrato, invero, di non poter operare rigidamente e automaticamente, in termini di pura prevalenza. Innanzitutto, perché deve tenere conto delle esigenze poste dall'art. 53 della Carta, secondo cui nessuna disposizione della stessa "deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti [...] dalle costituzioni degli Stati membri". E soprattutto perché le ragioni identitarie riguardano per lo più un diverso bilanciamento di interessi, che, dunque, per un verso, riduce la tutela di taluni diritti, ma, per un altro verso, innalza quella di altri, che normalmente sono parimenti riconosciuti dalla Carta.

Di conseguenza, la questione non può che porsi nell'ottica di un bilanciamento di interessi³⁵ – nel confronto tra le Corti – che ponderi la forza delle ragioni identitarie nazionali, che tendono a prediligere un interesse, rispetto alla forza delle ragioni del primato, che si riverberano sull'interesse contrapposto, tenendo conto del criterio della proporzionalità.

Chiaramente, le ragioni identitarie nazionali richiedono, a questo punto, una specificazione aggiuntiva rispetto al loro semplice derivare dall'interpretazione di una fonte costituzionale nazionale conforme ai principî dello stato di diritto. Deve infatti trattarsi di profili identificativi della nazione³⁶, il che evoca sia – come si dirà a breve – particolari contenuti, sia la loro rilevanza nel contesto nazionale (ciò che non implica necessariamente la

³⁵ Si veda, in merito, A. VON BOGDANDY e S. SHILL, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, Vol. 48, p. 1420.

³⁶ Come sottolineano – fra i tanti – M. CARTABIA, *The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2006 e P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

non emendabilità, che attiene più al piano della previsione astratta dei principî che non a quello della loro interpretazione).

Si tratta allora di valutare quanto sia rilevante, in concreto, una certa interpretazione, ai fini identitari nazionali, e se essa possa prevalere sulle ragioni dell'uniformità, tenendo conto anche del peso assiologico e identitario per l'Unione europea del contrapposto interesse supportato dal primato, nonché del canone della proporzionalità.

Ebbene, nel processo di concretizzazione dialogica, affidato al confronto tra Corti nazionali e Corte di Giustizia, un rilievo identitario è emerso, innanzitutto, con riferimento a interpretazioni che, a livello nazionale, sono tali da richiamare il coinvolgimento di diritti e di principî fondamentali attinenti alla persona, quali la dignità umana³⁷ o il principio di legalità dei reati e delle pene³⁸, prevalse rispetto a interessi patrimoniali, quali le libertà economiche fondamentali, o quale la riscossione dell'IVA, fatta salva la garanzia per quest'ultima di una tutela effettiva.

Ancora, profili fortemente identitari sono stati associati ad aspetti legati al tessuto culturale di una nazione, il che richiama alla mente il margine di discrezionalità riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Tali profili attengono, in particolare, alla bioetica³⁹, alla lingua⁴⁰, alla libertà religiosa⁴¹, o al diritto di famiglia, fermo restando che la loro implicazione deve essere sempre in concreto di rilievo. Questo, ad esempio, non è emerso nel caso

³⁷ Il riferimento è al caso *Omega*: CGCE, sentenza del 14 ottobre 2004, [*Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*](#), in causa C-36/02, EU:C:2004:614.

³⁸ Si intende, chiaramente, richiamare la sentenza *Taricco 2*: CGUE, sentenza [*Procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B.*](#), cit.

³⁹ CGCE, sentenza del 4 ottobre 1991, [*Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*](#), in causa C-159/90, EU:C:1991:378.

⁴⁰ CGUE, sentenze del 12 maggio 2011, [*Malgožata Runevič-Vardyn e Łukasz Paweł Wardyn contro Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*](#), in causa C-391/09, EU:C:2011:291, e del 7 settembre 2022, [*Boriss Cilevičs e a.*](#), in causa C-391/20, EU:C:2022:638.

⁴¹ CGCE, sentenza del 12 novembre 1996, [*Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*](#), in causa C-84/94, EU:C:1996:431; CGUE, sentenza del 17 dicembre 2020, [*Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri*](#), in causa C-336/19, EU:C:2020:1031.

*Coman*⁴², in cui non era coinvolto in sé l'istituto del matrimonio fra persone dello stesso sesso, quanto piuttosto la mera richiesta di un permesso di soggiorno, fondata su tale relazione.

Ancora profili identitari sono stati riconosciuti in relazione alla forma di governo – nello specifico, alla forma repubblicana che disconosce i titoli nobiliari – ma di nuovo il loro peso è variato in funzione della diversa rilevanza in concreto⁴³.

Di seguito, sempre dalle vicende giurisprudenziali è dato desumere ragioni identitarie deboli.

Questo si registra, innanzitutto, quando risultano implicati principi costituzionali che non presentano, a ben vedere, un particolare significato identitario, come la necessità di accedere alle professioni per concorso *ex art.* 33 Cost., fatta valere nel caso *Torresi*⁴⁴.

D'altro canto, ma in un senso del tutto diverso, deve ritenersi debole anche il richiamo a principi che, in astratto, sono di notevolissimo rilievo, come il principio di democraticità, ma che in concreto vengono evocati in maniera del tutto generica al mero fine di opporre l'eccezione di intervento *ultra vires*, la quale non fa che riesumare dall'interno del sistema, tramite l'identità nazionale, la logica dei controlimiti riferiti questa volta allo stesso riparto di competenze fra Stati e Unione: si pensi al caso *Weiss*⁴⁵ e al caso *OMT*⁴⁶.

Da ultimo, come già anticipato, rilevano non solo il peso astratto e concreto degli interessi che attraggono l'identità nazionale, ma anche il peso

⁴² CGUE, sentenza del 5 giugno 2018, [*Relu Adrian Coman e a. contro Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*](#), in causa C-673/16, EU:C:2018:385.

⁴³ Così emerge dal confronto tra il caso *Sayn-Wittgestein* (CGUE, sentenza 22 del dicembre 2010, [*Ilonka Sayn-Wittgestein contro Landeshauptmann von Wien*](#), in causa C-208/09, EU:C:2010:806), e il caso *Bogendorff von Wolffersdorff* (CGUE, sentenza del 2 giugno 2016, [*Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff contro Standesamt der Stadt Karlsruhe e Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*](#), in causa C-438/14, EU:C:2016:401).

⁴⁴ CGUE, sentenza del 17 luglio 2014, [*Angelo Alberto Torresi e Pierfrancesco Torresi contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*](#), in cause riunite C-58/13 e C-59/13, EU:C:2014:2088.

⁴⁵ CGUE, sentenza dell'11 dicembre 2018, [*Causa promossa da Heinrich Weiss e a.*](#), in causa C-493/17, EU:C:2018:1000.

⁴⁶ CGUE, sentenza del 16 giugno 2015, [*Peter Gauweiler e a. contro Deutscher Bundestag*](#), in causa C-62/14, EU:C:2015:400.

assiologico e identitario sul piano europeo delle ragioni del primato sottese al contrapposto interesse. Emblematica in tal senso la vicenda, relativa al caso *Dansk Industri*⁴⁷, per conto della *Ajos* – cui si è singolarmente opposto l'*Højesteret* danese – che ha visto soccombere, nel giudizio della Corte di Giustizia, ragioni legate alla certezza del diritto e al principio dell'affidamento rispetto a un principio – come quello di non discriminazione – non soltanto caratterizzante l'identità dell'Unione, ma anche dotato di una forte connotazione assiologica e personalistica.

Su tutto, nell'ottica del bilanciamento, domina poi la valutazione in concreto affidata al criterio della proporzionalità, che costituisce il cuore dell'argomentazione anche nella più recente pronuncia della Corte di Giustizia formulata in materia di identità nazionale e di primato. Nel caso *Boriss Cilevičs e a.*, si legge, infatti, che “l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa di uno Stato membro che impone, in linea di principio, agli istituti di istruzione superiore l'obbligo di impartire gli insegnamenti esclusivamente nella lingua ufficiale di tale Stato membro, purché una siffatta normativa sia giustificata da motivi connessi alla tutela dell'identità nazionale di quest'ultimo, vale a dire che sia necessaria e proporzionata alla tutela dell'obiettivo legittimamente perseguito”⁴⁸.

5. Identità nazionale, tradizioni costituzionali comuni e identità costituzionale europea

In definitiva, la possibilità di definire, anche tramite i chiaroscuri di talune vicende giurisprudenziali, i contenuti dell'identità nazionale quale categoria interna al sistema dell'Unione europea, unitamente alla possibilità di individuare le condizioni procedimentali e sostanziali che rendono la sua

⁴⁷ CGUE, sentenza del 19 aprile 2016, [Dansk Industri \(D1\) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen](#), in causa C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278.

⁴⁸ CGUE, sentenza [Boriss Cilevičs e a.](#), *cit.*, punto 87.

funzione, volta a tutelare il pluralismo nell'Unione, compatibile con il principio del primato, dimostrano che non si tratta di un paradigma né pericoloso⁴⁹, né *naïf*⁵⁰.

Al contrario, l'identità nazionale palesa tutta la flessibilità e la ricchezza di una clausola generale, la cui specificità risiede nel richiedere un processo di concretizzazione nel suo rapporto con il principio del primato, affidato alla leale collaborazione tra Corte di Giustizia e Corti costituzionali nazionali.

E allora – in linea con il pensiero di Weiler⁵¹ – non si tratta di sostituire la categoria dell'identità nazionale con un'altra, che finirebbe per riproporre inevitabilmente i medesimi problemi.

Piuttosto occorre, da un lato, riconoscere – nel perimetro dell'identità nazionale di cui all'art. 4, paragrafo 2, del TUE – l'importanza di un limitato spazio di confronto dialettico, nella consapevolezza che quello fra l'Unione europea e gli Stati membri è un matrimonio, che si costruisce insieme e in cui nessuno può tirare la corda troppo o ingiustificatamente, se non si vuole la rottura.

Da un altro lato, si deve favorire il processo di avvicinamento tra i sistemi costituzionali europei, alimentando l'interpretazione della Carta attraverso gli stimoli offerti dalle tradizioni costituzionali comuni.

Questo processo è certamente agevolato dalla cosiddetta doppia pregiudizialità⁵², che ha visto profondamente evolvere l'impatto del principio

⁴⁹ F. FABBRINI and A. SAJÓ, *The dangers of constitutional identity*, cit., p. 457.

⁵⁰ Come ritenuto da R.D. KELEMEN, *Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism. Lessons from Hungary and Poland*, in *Reconnect Working Papers*, 2018, No. 2, p. 8.

⁵¹ J.H.H. WEILER, *A Constitution for Europe? Some hard choices*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, Vol. 40, p. 563 ss. Si veda, in proposito, L.D. SPIEKER, *Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to stabilize the Modus Vivendi Between the Court of Justice and National Constitutional Courts*, in *Common Market Law Review*, 2020, Vol. 57, p. 361-398.

⁵² Si vedano *ex multis* A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, pp. 1-27 e la relazione di N. ZANON, *Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della "precisazione" contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla "grande regola" Simmenthal-Granital*.

del primato sui rapporti istituzionali fra le Corti⁵³. Il primato non si limita più – nel solco delle storiche pronunce della Corte di Giustizia⁵⁴, nonché del caso *Granital* della Corte costituzionale italiana⁵⁵ – a segnare un netto riparto di competenze fra giudici comuni, attuatori del primato, tramite la disapplicazione di norme *self-executing*, e Corti costituzionali, chiamate a giudicare solo il contrasto di norme nazionali con discipline dell’Unione europea non caratterizzate dall’effetto diretto.

Simile riparto – volendo evocare sottotraccia la tassonomia di Alexy⁵⁶ – si riferiva, e deve riferirsi tuttora, preferibilmente ad un contrasto fra regole, che propriamente richiama la tecnica della disapplicazione, fondata sulla incompatibilità fra norme dotate di *Drittwirkung* diretta⁵⁷. Viceversa, a fronte del nuovo tipo di giudizio, che valuta il diritto nazionale attuativo del diritto dell’Unione rispetto ai principî e ai diritti della CDFUE⁵⁸, intersecando “in larga misura i principî e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)”⁵⁹, il primato viene a svolgere una

⁵³ Sul tema si veda il volume a cura di C. CARUSO, F. MEDICO e A. MORRONE, *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020, dal titolo volutamente provocatorio.

⁵⁴ CGCE, sentenza del 16 agosto 1962, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, in causa C-26/62, EU:C:1963:1; CGCE, sentenza del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, in causa C-6/64, EU:C:1964:66; CGCE, sentenza del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Spa Simmenthal*, in causa C-106/77, EU:C:1978:49.

⁵⁵ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 5 giugno 1984, n. 170](#), IT:COST:1984:170.

⁵⁶ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (Suhrkamp, 1985), ed. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 101 ss.

⁵⁷ Il diritto dell’Unione europea ha fatto ricorso alla teorica della *Drittwirkung* in tutte le sue declinazioni: quella diretta, relativamente alle norme *self-executing*; quella immediata, riferita alla proiezione delle libertà economiche fondamentali dell’Unione europea sui contratti collettivi; quella impropria, con riguardo alla responsabilità civile degli Stati membri. Ci sia consentito rinviare sul punto al nostro *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung: ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, p. 19 ss., 36 ss., 85 ss. Doveroso ricordare fra i primi contributi dedicati al tema della *Drittwirkung* in Italia G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1967.

⁵⁸ Si veda da ultimo C. AMALFITANO, M. D’AMICO e S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell’Università degli studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Torino, 2022.

⁵⁹ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 7 novembre 2017, n. 269](#), IT:COST:2017:269, sulla quale si vedano, *ex multis*, A. GUZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un atto interruttivo dell’usucapione delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 1, p. 175 ss.; G. MARTINICO e G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, Vol. 15, p. 731 ss.; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, n. 6, p. 2955 ss.; A. RUGGERI, *Svolta della*

nuova funzione. A partire dalla sentenza *Melki Abdeli*⁶⁰ la Corte di Giustizia detta le condizioni perché, in presenza di ragioni, quale la doppia pregiudizialità, che giustifichino il giudizio di costituzionalità, vi possa essere compatibilità tra il primato (e il correlato potere di disapplicazione da parte dei giudici ordinari, guidato dall'opera ermeneutica della Corte di Giustizia) e l'intervento delle Corti costituzionali, cui primariamente compete, a livello nazionale, misurarsi con i principî e con il bilanciamento di interessi⁶¹.

Sullo sfondo di questo nuovo assetto istituzionale, è allora evidente che più le Corti costituzionali nazionali, tramite il rinvio pregiudiziale⁶², offrono alla Corte di Giustizia argomenti capaci di arricchire l'interpretazione della stessa CDFUE⁶³, più la Carta prende vita attraverso il fermento sociale degli Stati nazionali e si riducono le divergenze nell'interpretazione dei medesimi principî e nel loro bilanciamento, lasciando all'identità nazionale soltanto lo spazio del doveroso rispetto di precui e rilevanti aspetti costituzionali identificativi dello Stato specie sul piano culturale.

Al contempo, la convergenza di tradizioni costituzionali comuni, relativamente a profili ritenuti dagli Stati nazionali inemendabili, finisce per alimentare quel paradigma della identità costituzionale comune a livello europeo, che la Corte di Giustizia ha opposto agli abusi dell'identità

Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in Rivista di diritti comparati, 2017, n. 3, p. 234 ss.; D. TEGA, La Corte nel contesto. Percorsi di riaccentramento della giustizia costituzionale in Italia, Bologna, 2020, specialmente p. 231-237.

⁶⁰ CGUE, sentenza del 22 giugno 2010, [Aziz Melki \(C-188/10\) e Sélim Abdeli \(C-189/10\)](#), in cause C-188/10, C-189/10, EU:C:2010:363.

⁶¹ La diversità di giudizio che comporta il confronto tra il diritto nazionale attuativo del diritto dell'Unione europea e principi assiologici garantiti dalla stessa Costituzione italiana giustifica l'opportunità di far valere la doppia pregiudizialità anche rispetto al principio di non discriminazione, salvo i casi in cui operi in maniera non molto diversa da una regola. Sull'applicazione della doppia pregiudizialità al principio di non discriminazione si veda N. ZANON, *Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della "precisazione" contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla "grande regola" Simmenthal-Granital*, cit.

⁶² Sul tema si veda, in generale, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 2014, p. 1-34.

⁶³ Lo sottolinea sempre più di frequente la CORTE COSTITUZIONALE: si vedano le ordinanze del [30 luglio 2020, n. 182](#), IT:COST:2020:182; [10 maggio 2019, n. 182](#), IT:COST:2019:182; [26 gennaio 2017, n. 24](#), cit.; nonché le sentenze del [4 marzo 2022, n. 54](#), IT:COST:2022:54; [30 aprile 2021, n. 84](#), IT:COST:2021:84; [10 maggio 2019, n. 117](#), IT:COST:2019:117; [21 marzo 2019, n. 63](#), IT:COST:2019:63; [21 febbraio 2019, n. 20](#) IT:COST:2019:20 e [14 dicembre 2017, n. 269](#), cit.

nazionale⁶⁴, invocando anche la forza della condivisione da parte degli Stati membri e, dunque, il sostegno delle tradizioni costituzionali comuni.

6. Breve epilogo

In conclusione, se un tempo le Corti costituzionali nazionali ergevano i controlimiti a difesa dei valori del personalismo, che non erano ancora penetrati nel sistema dell'Unione, oggi che il cuore del personalismo è entrato in Europa, l'identità nazionale non identifica uno "scontro fra Leviatani", ma il volto di un pluralismo capace di arricchire il sistema complesso dell'Unione, senza inficiare il valore del primato, che è divenuto esso stesso strumento di garanzia dello stato di diritto e del personalismo contro il fluttuare delle politiche nazionali e contro la minaccia di manifestazioni ideologiche radicali che si fanno interpreti di nazionalismi e populismi.

Ed è contro simili insidie che l'Europa democratica non può che fondare la sua forza sul sodalizio e sulla leale collaborazione fra Corte di Giustizia e Corti costituzionali nazionali.

⁶⁴ P. FARAGUNA, *On the Identity Clause and Its Abuses: 'Back to the Treaty'*, in *European Public Law*, 2021, Vol. 27, No. 3, p. 427 ss.

THE PRINCIPLE OF PRIMACY

Maciej SZPUNAR*

1. Premise

It is a great honour and privilege to speak to the representatives of the supreme jurisdictions of Italy. It would be difficult not to underline on this occasion the immense contribution of Italian lawyers and Italian courts (even Italian citizens) to the development of EU Law.

Indeed, the topic we are dealing with today is a case in point: it was also thanks to the resilience of Flaminio Costa when faced with an electricity bill and the subsequent courage of the Giudice Conciliatore of Milan, that the Court of Justice was in a position to rule on primacy back in 1964.

I have been asked to take part in the panel on “national identity of the member states and primacy of European Union Law”. We have agreed together with judge Rossi that I would concentrate my intervention on the issue of primacy, whereas judge Rossi will focus on the national identity.

It seems to me that there is a broader issue behind the panel's title phrased in this way. To what extent Member States may invoke national identity in order to justify the non-fulfilment of obligations stemming from the treaties? In fact, the rejection of the principle of primacy is only one of many examples of such “non-fulfilment”. Sometimes, “non-fulfilment” is “explained” by a simple reference either to the fact that certain competences of a Member State could not be transferred to the Union under the national constitution or to the

* First Advocate General of the Court of Justice of the European Union.

fact that the institutions of the Union – while exercising their powers – went beyond the competences that have been transferred to the Union by Member States.

In fact, the potential violations of Union law by Member States are numerous. They do not always consist of a breach of the principle of primacy in the strict sense. For this reason, I would suggest to distinguish two meanings of the principle of primacy.

The first meaning is a broad one. It covers all situations where a Member State does not fulfil its obligations under the treaties: non-compliance with a judgment of the CJEU or non-implementation of a directive. One can say that such a behaviour on the part of the Member States amounts to the violation of the principle of primacy. In fact, however, such a behaviour constitutes – at the same time – violation of more specific provisions of the treaty (ex. Article 288 TFEU is violated in case of non-implementation of a directive).

One could say that the principle of primacy is violated when a judicial authority of a Member State refuses to apply a provision of EU Law endowed with direct effect, applies this provision incorrectly (ex. by ignoring its *effet utile*), does not ensure the respect of the principle of effectiveness of rights stemming from EU Law or refuses to interpret national law in conformity with EU Law in order to avoid any conflicts. Each of these situations requires a separate analysis.

The precise determination of the relationship between the principle of primacy and other principles (direct effect, *effet utile*, effectiveness, principle of sincere cooperation¹) is a task for legal scholars and such considerations do not always have significant consequences for the practice of law. There is no doubt that the principle of primacy – to some extent – overlaps with other principles of EU Law.

What seems particularly interesting is the relation between primacy and direct effect. In this context one should point to a debate which is based on the

¹ See Article 4, paragraph 3, TEU. Formerly known as the principle of loyal cooperation.

distinction between so-called “invocabilité d’exclusion” and “invocabilité de substitution”. The former occurs when the application of an EU norm precludes the application a national rule. This corresponds mainly to the principle of primacy. The latter means that an EU norm is invoked and applied in order to grant rights or impose obligations. This, in turn, corresponds mainly to the principle of direct effect. In my opinion, the distinction is too simplistic. These two principles, i.e. direct effect and primacy, are very closely interrelated. One cannot function properly without the other. Primacy on its own cannot exclude the application of a domestic provision without direct effect of a norm of Union law. A norm of Union law cannot effectively grant rights or impose obligations without having the effect of rendering inapplicable rules of national law which are contrary to EU law.

2. The features of the principle

In my intervention, I would like to address the principle of primacy in the strict sense of the term. It refers to the obligation to refuse to apply a national measure (provision) that is contrary to EU law². This obligation is imposed on all authorities of the Member States that apply the law and it refers to the process of the application of law.

For those charged with applying the law, the principle of primacy is first and foremost a technical rule of conflict: it comes into play each time a national court – in the process of the application of law – faces a conflict between a provision of national and one of EU Law.

The principle of primacy implies that in the event of such a conflict between a Union rule and a rule of internal law, EU law must be applied.

Given that, as of COSTA/ENEL, the Court of Justice had on numerous occasions ruled on primacy and refined this principle over the years from a

² ECJ, judgment of 15 July 1964, [Flaminio Costa v. ENEL](#), case 6/64, EU:C:1964:66.

constitutional principle to one of precise obligations for all actors applying EU law, it was only logical that the draft Treaty establishing a Constitution for Europe³, set out to codify this principle. Article I-6 of the draft Constitutional Treaty thus read as follows: “The Constitution and law adopted by the institutions of the Union in exercising competences conferred on it shall have primacy over the law of the Member States.”

We all know that this Treaty did not see the light of day. Crucially, the primacy clause was dropped with the Treaty of Lisbon. All that remains now is Declaration 17, attached to the Treaty of Lisbon, which recalls inter alia that “The fact that the principle of primacy will not be included in the future treaty shall not in any way change the existence of the principle and the existing case-law of the Court of Justice.”

Sometimes, the term “supremacy” is used instead of that of “primacy”. Personally, I would prefer to resort to the latter. “Supremacy” may suggest that there is a hierarchical relationship between EU law and the laws of Member States. In fact, the principle of primacy does not render the laws of Member States to be subordinated to Union law, but rather operates as a conflict rule: in the case of conflict, EU law applies. The difference is well articulated by the Spanish Constitutional Court in its 2004 declaration regarding the draft Treaty establishing a Constitution for Europe⁴. As the Spanish Court rightly observed, supremacy refers to a higher hierarchical status of a rule and is therefore a source of validity for lower rules, whereas primacy describes a relation between different rules, which are all valid in principle, but some of them will prevail when conflict arises⁵.

³ As adopted by the EU heads of state and government on 29 October 2004. In the initial version, submitted by the Convention to the President of the European Council on 18 July 2003, this provision was contained in draft Article 10.

⁴ 13 December 2004, DTC No. 1/2004.

⁵ The distinction drawn by the Spanish Court corresponds with the one we may make between H. Kelsen’s and H.L.A. Hart’s models of legal system. The former is necessarily hierarchical, therefore, “lower” norms are valid if and because they comply with superior norms, whereas the latter describes a looser relation between legal rules, like the one existing between Common Law made by courts and written law adopted by the UK Parliament. Those two sources of law are originally valid in an independent manner, but when conflict arises, the law of Parliament prevails.

Most of the underlying concepts are obvious. I will mention them only in order to be able to point out issues that are still of concern to the courts of the Member States.

It seems worth recalling at this point how the principle of primacy is understood in the light of the case law of the Court of Justice. A number of indisputable assertions can be drawn in this regard.

1. The principle of primacy does not derive from the constitutional rules of the Member States, but has its source in the Treaties themselves. This means that the primacy of Union law is independent of how a state's constitution regulates the relationship between international law and domestic law. It is in this sense an autonomous concept.

We all know that the relationship between EU Law and national law is regulated differently in the national constitutions. It is also evident that national courts, especially constitutional ones, must seek legitimacy in their own constitutions for applying Union law, if only from the point of view of preserving the coherence of their legal system. Nevertheless, from the perspective of EU law, it is irrelevant what method a given Member State uses in order to provide a basis for primacy, provided of course that Union law actually will be given precedence over domestic law. It is obvious since otherwise there would be no uniformity of the application of EU law! A lack of uniformity of application would eventually lead to inequality between the Member States and between individuals invoking EU law before the courts of Member States.

2. The principle of primacy operates from the moment of the entry into force of the Union norm. It is irrelevant whether the conflicting national provision is prior or subsequent to the Union norm⁶.

⁶ ECJ, *Costa v. ENEL*, *cit.*, and judgment of 9 March 1978, *Amministrazione delle Finanze v. Simmenthal*, case 106/77, EU:C:1978:49.

3. The principle of primacy also applies to national provisions of all levels, including constitutional norms of a Member State⁷.

4. A conflict between a domestic provision and a Union norm does not invalidate the domestic provision, but only precludes its application⁸. Nevertheless, Member States should, for reasons of legal certainty, repeal such a provision – to the extent that it contravenes the Union law.

5. The obligation to apply the Union legal rule and to disregard the conflicting domestic provision rests with each authority of the Member State responsible for applying the law, including administrative bodies⁹.

6. Each authority of a Member State applying the law must have the independent power to refuse to apply a domestic provision contrary to the Union law. Its competence to do so cannot depend on the decision of another body (e.g. a constitutional court). Moreover, the decision to refuse to apply the conflicting domestic provision is independent from any other obstacles to apply this provision, e.g. its unconstitutional character¹⁰.

Having outlined these points, we have to wonder which the essential elements of the principle of primacy are. First, it is essential to identify that there is a conflict. The national court must ascertain that in given circumstances, the provision of EU law has direct effect. Otherwise, this provision would be not capable in itself of rendering a domestic provision inapplicable. In *Popławski II*¹¹, the Court clarified that the duty to set aside provisions of national law is restricted to those provisions of Union law that

⁷ ECJ, judgments of 17 December 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, case 11/70, EU:C:1970:114, and *Amministrazione delle Finanze v. Simmenthal*, *cit.*

⁸ ECJ, *Costa v. ENEL*, *cit.*, and *Amministrazione delle Finanze v. Simmenthal*, *cit.*

⁹ ECJ, judgment of 22 June 1989, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, case 103/88, EU:C:1989:256.

¹⁰ ECJ, judgment of 4 April 1968, *Lück v. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, case 34-67, EU:C:1968:2, and CJEU, judgement of 19 November 2009, *Filipiak v. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, case C-314/08, EU:C:2009:719.

¹¹ See CJEU, judgment of 24 June 2019, *Popławski v. Openbaar Ministerie*, case C-573/17, EU:C:2019:530.

have direct effect. Otherwise, the obligations imposed upon national courts may be restricted to interpret national law in conformity with EU law.

Secondly, in order to identify the existence of a conflict, it is necessary to identify properly the scope of application of each of the two provisions. This concerns the temporal scope, the personal scope and the substantive scope (if the scopes do not coincide, we are in the presence of a fake conflict). Obviously, when it comes to a provision of Union law, the interpretation of its scope of application is ultimately decided by the CJEU.

3. The domain of fundamental rights and international law

This identification of the scope of application is particularly important in the domain of fundamental rights and international law.

The scope of the fundamental rights enshrined in the Charter is determined by Article 51 according to which the Charter is addressed to the EU institutions and to the Member States, but when they implement EU law. There is a whole body of the Court's case-law that interprets this provision. A national rule may be assessed in the light of the Charter only if the requirement stemming from Article 51 is fulfilled. Otherwise, there would be no conflict since the Charter does not apply in a particular set of circumstances.

Similar problems may arise in relation to fundamental rights and general principles of law as far as their personal scope of application is concerned. For example, in recent years, the Court was called upon to ascertain whether certain fundamental rights (or general principles of law) may impose obligations on individuals (ex. the principle of non-discrimination by a private employer). Again, if the Court finds that a given right does not bind individuals, the conflict between a domestic provision and EU law may be avoided.

The identification of the scope of application is particularly important in the case of international law. Here it must be emphasised that the principle of primacy applies, as a rule, to conflicts between EU law and international law (the role of Italian courts is particularly important in this regard!). Let me phrase a few concluding remarks:

First, the Union itself may conclude international agreements. These agreements are part of EU law with all its consequences. This implies that the principle of primacy applies to the conflicts between obligations stemming from these agreements and the domestic law of the Member States. In the CJEU's jurisprudence, we find numerous examples of judgments interpreting international law that was part of Union law, where the courts of Member States were in doubt as to the compatibility of national law with this international law.

Second, in the case of international agreements which do not form part of Union law but which bind a Member State concerned, a conflict may arise between the implementation of such agreements by this Member State and Union law. The principle of primacy may apply in such situations as well.

In general, Article 351 TFEU regulates these kind of conflicts. It is a provision governing conflicts between treaties, which distinguishes international obligations pre-existing or posterior to the entry into force of Union law.

Furthermore, it distinguishes between international obligations towards third countries and towards other Member States. In the second scenario (international obligations towards another Member States), the principle of primacy should apply. Member States may not enter into international obligations towards each other which would contravene Union law.

In the case of an international agreement to which only Member States are parties, the situation is relatively easy. One has to analyse carefully the scope of application of this agreement and the relevant provision of EU Law. If this scope of application coincides and there is a conflict, then the principle

of primacy applies, i.e. such an international agreement cannot be applied¹². In particular, in the domain of bilateral investment treaties between Member States it is typical that one of the initially concluding states was not a Member State of the EU at the time of concluding the treaty. Hence the application of Article 351 TFEU to such situations with the ensuing principle of primacy.

The situation becomes more complicated in the case agreements to which both the Member States and third countries are parties. If these agreements are contrary to EU law, the essential question is whether the obligations that the Member States undertook towards each other can be separated from the obligations undertaken by the Member States towards third countries. If this is the case, the principle of primacy applies¹³.

4. Concluding remarks

I will conclude citing the Italian Constitutional Court. It is difficult not to note how that Court understands the relationship between the principle of primacy and the principle of sincere cooperation. The 67th judgment of 8 February 2022 contains a formulation which, in my opinion, should be included in every textbook on Union law in all Member States:

“Therefore, the principle of the primacy of EU law and Article 4, paragraphs 2 and 3, TEU are the cornerstone on which the community of national courts rests, held together by convergent rights and duties. This Court has consistently upheld that principle, affirming the value of its driving effects with regard to the domestic legal system. Within this system, the centralized review of constitutionality enshrined in Article 134 of the Constitution is not an alternative to the widespread mechanism for implementing European law

¹² See CJEU, judgment of 6 March 2018, [Slovakische Republik v. Achmea BV](#), case C-284/16, EU:C:2018:158.

¹³ See CJEU, judgment of 2 September 2021, [République de Moldavie v Komstroy LLC](#), case C-741/19, EU:C:2021:655.

(Judgment No. 269 of 2017, points 5.2 and 5.3 of the Conclusions on points of law and Judgment No. 117 of 2019, point 2 of the Conclusions on points of law), but rather merges with them to build an increasingly well integrated system of protections”.

L'IDENTITÀ NAZIONALE DEGLI STATI MEMBRI E IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Pietro CURZIO*

1. Premessa

Intendo proporre alcune riflessioni da uno specifico punto di vista, quello della Corte di cassazione, senza pretese di ordine sistematico.

Ovviamente ogni punto di vista, anche quello più tecnico e asettico, risente delle grandi questioni che l'Europa deve affrontare.

L'Unione riguarda 447 milioni di cittadini, appartenenti a 27 stati, all'interno dei quali si delineano visioni diverse, distribuite in un arco che va da una concezione "sovranazionale" più o meno accentuata, ad una visione meramente "intergovernativa". Le diverse visioni politiche si riflettono sulla dimensione istituzionale e più in generale sulla ricostruzione del rapporto tra l'ordinamento giuridico europeo e gli ordinamenti nazionali e quindi si riflettono anche sulle relazioni tra giudici europei e nazionali.

Il quadro, peraltro, non è statico: i problemi posti dalla guerra in Ucraina possono essere affrontati solo su scala europea e rafforzano l'esigenza di politiche ed interventi di dimensione europea. Del resto, la finalità dell'Unione, come ricorda l'art. 3 del TUE, è prima di tutto quella di un'azione comune ed unitaria per promuovere la pace e i suoi valori e il Trattato assegna all'Unione un ruolo attivo a tal fine nel contesto internazionale ed in particolare nei confronti dei paesi limitrofi (art. 8 TUE).

* Primo Presidente della Corte di Cassazione.

L'esigenza di rafforzare l'azione comune europea è anche alla base delle scelte che, a seguito della crisi pandemica, hanno portato al *Newgeneration.EU*, così come è alla base delle decisioni della Corte di giustizia e delle prese di posizione delle istituzioni politiche europee, che hanno con forza riaffermato i principî dello stato di diritto e di indipendenza della magistratura nei confronti di paesi membri che hanno intrapreso traiettorie dissonanti.

2. La Cassazione italiana e l'Unione europea

Ma rientriamo nello specifico punto di vista della Corte di cassazione italiana, che è poi un giudice comune di uno stato membro, sebbene con una duplice peculiarità. Una prima di ordine generale: quella di essere il giudice cui è demandata la nomofilachia, cioè l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge. Una seconda relativa ai rapporti con il diritto europeo: quella di essere giudice di ultima istanza che ha il dovere, non la mera facoltà, di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Rispetto alla seconda peculiarità, è in corso un dialogo con la Corte di giustizia per definire quando questo dovere ricorra e soprattutto per precisarne i limiti e le eccezioni. Il dialogo tra le Corti non è esaurito: siamo in attesa delle precisazioni richieste con l'ordinanza del 6 aprile 2022 dal Consiglio di Stato, che con la Cassazione condivide questa responsabilità.

Più in generale sui rapporti tra Consiglio di Stato e Cassazione, la Corte di giustizia ha indicato di recente il punto di equilibrio nella prospettiva europea¹. È di pochi giorni fa la decisione delle Sezioni unite che, prendendone atto, come del resto hanno fatto in una serie di altre decisioni sul tema, chiude la controversia².

¹ CGUE, sentenza del 21 dicembre 2021, [Randstad Italia SpA / Umana SpA, Azienda USL Valle d'Aosta, IN. VA SpA, Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA](#), in causa C-497/20, EU:C:2021:1037.

² CASS. SEZ. UN., [sentenza del 30 agosto 2022, n. 25503](#).

Come ogni altro giudice comune europeo la Cassazione deve applicare oltre alle norme del suo ordinamento nazionale, anche quelle dell'Unione europea. L'art. 117 Cost. dispone che “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. Si specifica così il consenso espresso dall'art. 11 Cost., in condizioni di parità con gli altri Stati, alle “limitazioni di sovranità” necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni.

L'Unione non ha competenza generale ed onnicomprensiva, ma delimitata dal principio di attribuzione: “agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli stati membri per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti”, secondo l'art. 5 del TUE, che in due diverse norme (5, paragrafo 2 e 4, paragrafo 1), afferma e ribadisce: “qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli stati membri”.

Le questioni sono rese più complesse dall'affiancamento di un secondo principio, quello di sussidiarietà, per cui nei settori non di competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto “se ed in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli stati membri... ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione”.

All'interno di tale ambito, il giudice nazionale deve applicare le disposizioni europee previa verifica che possano essere applicate direttamente, senza la mediazione di una legge nazionale. A tal fine, deve accertare che le disposizioni da osservare siano chiare, precise e suscettibili di applicazione immediata, non condizionata ad alcun provvedimento formale dello stato membro.

Lo sono tipicamente i regolamenti, ma come è noto la giurisprudenza della Corte ha esteso da tempo la teorica dell'effetto diretto anche ai Trattati³.

³ CGCE, sentenza del 5 febbraio 1963, [*NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*](#), in causa 26/62, EU:C:1963:1.

Il problema si è riproposto con l'approvazione e l'entrata in vigore della Carta dei diritti dell'Unione europea, approvata a Nizza e oggi richiamata dall'art. 6 TUE, con il quale l'Unione "riconosce" i diritti, le libertà, i principi sanciti dalla Carta, che "ha lo stesso valore giuridico dei trattati", precisando peraltro che le disposizioni della Carta non estendono le competenze dell'Unione definite nei trattati.

Si pone per il giudice il problema di sapere se l'applicazione delle previsioni della Carta debba passare attraverso la mediazione di direttive o derivi dalle prescrizioni della Carta in quanto tale. Nella giurisprudenza della Corte non sembra essere maturata una risposta compiutamente delineata. E questo è un punto che la Corte di giustizia dovrebbe definire con la maggiore chiarezza possibile.

3. I diritti fondamentali concorrenti

Ancora più complesso è il problema che si pone al giudice comune quando è chiamato a contemperare diritti fondamentali concorrenti che le parti in causa traggano da disposizioni dei trattati e della Carta e può egli addirittura essere tenuto nell'ambito del controllo che deve effettuare, ad assicurarsi che il principio di proporzionalità sia rispettato. Il problema è stato focalizzato in questi termini dalla Corte di giustizia⁴.

Questo è un problema cruciale. La Carta di Nizza riconosce diritti fondamentali che in parte sono già presenti nella Costituzione, in altra parte penetrano comunque nel nostro ordinamento in virtù degli artt. 11 e 117 Cost. Tali diritti, al pari di ogni altro diritto previsto dalla Costituzione sono soggetti ad un bilanciamento con altri diritti e principi.

⁴ CGUE, sentenza del 17 aprile 2018, [*Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*](#), in causa C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, punto 80.

La Costituzione ha una sua architettura e complessi equilibri interni. La disciplina concreta e specifica di un diritto sancito dalla Costituzione deve considerarli attentamente. A svolgere questa funzione è chiamato prioritariamente il legislatore ordinario. Il giudice, a sua volta, quando interpreta una norma, non può non tenerne conto. La difficoltà dell'interpretazione conforme alla Costituzione deriva spesso proprio dalla necessità di non assolutizzare un diritto ma di contemperarlo con altri diritti di pari o superiore rilievo costituzionale.

È evidente che questa complessa valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore, né può spingersi ad elidere dall'ordinamento interno una norma vigente, assumendo un ruolo sostitutivo della Corte costituzionale. In tale ottica, mostra la sua inadeguatezza anche il meccanismo della "disapplicazione" della norma da parte del giudice nazionale.

Quando il bilanciamento oltrepassa i limiti della interpretazione e si colloca in una dimensione che richiede una decisione sul possibile contrasto tra una norma e i diritti riconosciuti a livello costituzionale allora il giudice comune dovrebbe fare un'operazione di *self-restraint*, rimettendosi tendenzialmente al giudizio di chi è specificamente attrezzato per tale tipo di valutazioni.

La controprova è nella efficacia *erga omnes* che la decisione del giudice costituzionale può assumere, in quanto, anche se occasionata da una specifica controversia, essa è diretta a rimodellare l'ordinamento alla luce della Costituzione con efficacia generale e non limitata alla soluzione dello specifico caso. E questo è un chiaro vantaggio per la ricalibratura del sistema ordinamentale che ne deriva.

Può accadere che la norma ponga un dubbio di contrasto tanto con un diritto riconosciuto dalla Costituzione, quanto con la Carta dei diritti fondamentali o più in generale con il diritto dei Trattati ed altre norme europee.

Immediatamente dopo l'esito positivo della vicenda *Taricco*, in cui le Corti hanno cooperato nel ricercare un convincente punto di equilibrio nel rapporto tra ordinamento italiano e ordinamento europeo, la Corte costituzionale ha indicato un metodo da seguire quando si pongano problemi di "doppia pregiudizialità".

La soluzione proposta, peraltro in un *obiter* che si affidava quindi alla capacità di persuadere, è stata in seguito stemperata, passando dalla obbligatorietà alla opportunità e alla indicazione metodologica, ma, ciò nonostante, sembra stia incidendo nella ridefinizione del quadro complessivo.

Alcune vicende processuali successive ne hanno tratto sicuramente un vantaggio. La Corte di cassazione due mesi dopo ha applicato la "precisazione", pur evidenziandone profili di criticità, e l'esito di quella importante vicenda⁵ può essere considerato largamente positivo, come del resto si è sottolineato in dottrina. Le ulteriori applicazioni non sono state sempre allo stesso livello, ma si è aperta una linea di dialogo.

4. Problemi aperti e prospettive

Permangono molteplici incertezze e problemi che la dottrina ha dettagliatamente evidenziato. Pur in un quadro non stabilizzato, la Corte costituzionale sembra aver recuperato un ruolo che le è proprio e le consente di accentrare e di dare quindi risposte coerenti e di sistema a problemi in cui è necessario trovare un delicato punto di equilibrio tra primato dell'Unione e identità nazionali.

La Consulta ha avuto l'accortezza di interpretare sobriamente questo ruolo, non declinandolo in via esclusiva ed escludente, ma cogliendo e

⁵ CGUE, sentenza del 2 febbraio 2021, [*DB contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa \(CONSOB\)*](#), in causa C-481/19, EU:C:2021:84.

valorizzando le sollecitazioni del giudice comune e coinvolgendo in più occasioni la Corte europea mediante rinvii pregiudiziali.

Più in generale, mi sembra che tutti i giudici nazionali ed europei, abbiano acquisito negli ultimi anni, maggiore consapevolezza dei loro rispettivi ruoli e responsabilità e siano impegnati a muoversi nel rispetto del principio di “leale cooperazione” che l’art. 4, paragrafo 3, del TUE richiede all’Unione e a tutti gli stati membri.

Non esistono altre vie per ricercare il giusto punto di equilibrio tra i valori comuni europei indicati nell’art. 2 del TUE e l’identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale degli stati membri, cui fa riferimento l’art. 4, paragrafo 3, del TUE.

Un equilibrio su cui si fondano i Trattati e il cui rispetto inciderà sul futuro dell’Unione.

REGOLE DELL'UNIONE EUROPEA ED ECCEZIONI NAZIONALI: LA QUESTIONE “IDENTITARIA”

Lucia Serena ROSSI*

1. Premessa

I temi scelti per questo incontro bilaterale sono di estrema importanza per il dialogo tra le nostre Corti.

Le Corti costituzionali degli Stati membri, da una parte, e la Corte di giustizia dell'Unione europea, dall'altra, presidiano valori che appartengono, come disse questa Corte costituzionale già nella sentenza *Frontini*¹ del 1973 a “sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato.” Questi ordinamenti, ad ogni nuovo regolamento, ad ogni nuova direttiva adottati dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione, diventano ancora più strettamente intrecciati fra loro. Se dall'esterno può sembrare che la Corte di giustizia dell'Unione europea stia “espropriando” sempre più le competenze degli Stati membri, la realtà è che la competenza della Corte si espande in modo direttamente proporzionale alla legislazione e alle revisioni dei Trattati.

* Tutte le opinioni sono personali e non vincolano in alcun modo la Corte di giustizia dell'Unione europea. Per ulteriori approfondimenti, anche bibliografici, sul tema, rinvio a “2,4,6 (Tue) *L'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei principi fondamentali*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018 p. 859-871, nonché a *Un dialogo da giudice a giudice. Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Post di AISDUE*, IV, 2022, Sezione “Articoli”, n. 4, 23 maggio 2022, p. 50-84.

¹ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 18 dicembre 1973, n. 183](#), IT:COST:1973:183, punto 7.

La Corte di giustizia esercita dunque i compiti che le sono conferiti dal Trattato e, soprattutto, deve mantenere l'unitarietà del sistema, per evitare che si frammenti in tanti sotto-sistemi discordanti, in cui in definitiva nessuno rispetterebbe le regole comuni.

Il mio intervento cercherà di rispondere, dalla prospettiva del diritto dell'Unione, alla seguente domanda: è possibile - e in che modo - conciliare l'esigenza di tutelare il primato e l'uniforme applicazione di tale diritto con quella di garantire al sistema margini di flessibilità per rispettare i valori essenziali per il sistema costituzionale di ciascuno Stato membro?

Dopo aver esaminato l'evoluzione del sistema e le possibili eccezioni *lato sensu* "identitarie", previste dall'ordinamento dell'Unione, farò qualche considerazione sul procedimento in due fasi, con cui, da un lato, le Corti possono sollevare le eccezioni identitarie e, dall'altro, la Corte di giustizia le valuta.

2. Regole europee ed eccezioni nazionali prima del Trattato di Lisbona

Vorrei innanzitutto brevemente ricordare che, sin dalle sue origini "comunitarie", l'ordinamento giuridico dell'Unione è basato su una serie di regole uguali per tutti gli Stati membri, alle quali inizialmente i Trattati non prevedevano che un limitato e tassativo numero di eccezioni, come ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica.

Tuttavia, sin dagli anni '70, la Corte di giustizia ha introdotto importanti principî per garantire una maggiore flessibilità al sistema e permettere all'ordinamento comunitario di aprirsi ai valori fondamentali degli Stati membri, evitando che il primato del diritto dell'Unione divenisse una "gabbia" troppo rigida.

Possiamo ricordare due esempi: da un lato, la giurisprudenza degli inizi degli anni '70 sui diritti fondamentali e dall'altro, quella della fine dello stesso

decennio sulle esigenze imperative. In entrambi i casi, la Corte ha riconosciuto agli Stati membri la possibilità di invocare deroghe alle regole comuni, ulteriori rispetto a quelle che erano tassativamente elencate dai Trattati, al fine di proteggere alcuni valori ritenuti degni di tutela, non certo per espandere il diritto dell'Unione, ma al contrario per porre dei limiti allo stesso.

Quanto ai diritti fondamentali, la Corte, nel silenzio dei Trattati, li introdusse come principî generali di diritto interni all'ordinamento giuridico comunitario, ispirandosi ai valori costituzionali degli Stati membri e utilizzandoli come parametri di validità e di legalità del diritto dell'Unione e come criteri di interpretazione dello stesso. A partire dalla sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970, la Corte affermò che “la tutela dei diritti fondamentali” costituisce “parte integrante dei principî giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza” e che “la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità”².

Con quella giurisprudenza la Corte introduceva anche un nuovo concetto, quello di “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”. Tale concetto non era estrapolato mediante un esercizio di diritto comparato, e nemmeno esprimeva un minimo comune denominatore fra le Costituzioni di tutti gli Stati membri, ma rappresentava una nozione autonoma di diritto dell'Unione, poiché solo la Corte in definitiva poteva – e può – valutarne il carattere “comune”. Il concetto è oggi enunciato dall'art. 6 TUE, secondo cui le tradizioni costituzionali comuni sono principî generali di diritto dell'Unione. Anche se è affermato in relazione ai diritti fondamentali, tale concetto potrebbe estendersi ad altri valori costituzionali³.

² CGCE, sentenza del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, in causa 11/70, EU:C:1970:114, punto 4.

³ V. anche l'art. 67, paragrafo 1, TFUE, che con riferimento allo spazio di libertà sicurezza e giustizia, prescrive il “rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri”.

Quanto alle esigenze imperative, con la sentenza *Cassis de Dijon*⁴ (1979) la Corte affermò che uno Stato membro poteva invocare, per giustificare restrizioni alle libertà di circolazione del mercato, valori che non rientravano nelle eccezioni tassativamente previste dai Trattati. Le esigenze imperative sono valori degni di tutela a livello generale, o motivi imperativi di interesse generale⁵, talmente rilevanti da poter essere elevati ad eccezioni alle regole europee: la Corte ha ritenuto tali ad esempio la protezione del patrimonio culturale, la tutela dei consumatori, quella dei lavoratori, il pluralismo dell'informazione e la salvaguardia del bilancio nazionale.

Ed è a partire dalla stessa sentenza *Cassis de Dijon* che la Corte di giustizia ha utilizzato il noto metodo di bilanciamento basato su un test di proporzionalità. Questo metodo, simile peraltro a quello utilizzato dalla Corte EDU e dalle Corti nazionali, è tuttora seguito dalla Corte di giustizia ogni volta che si tratta di valutare la possibilità per uno Stato membro di derogare ad una norma, ad un principio o ad un diritto fondamentale previsti dal diritto dell'Unione.

È interessante ricordare che, prima dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali con il Trattato di Lisbona, gli Stati membri hanno invocato con successo, come esigenze imperative, anche valori costituzionali: si pensi ai casi *Schmidberger*⁶ e *Omega*⁷, in cui le libertà del mercato si confrontavano rispettivamente con la libertà di espressione e di riunione e con la dignità umana.

Dunque sin dagli anni '70 la Corte aveva riconosciuto l'importanza di valori essenziali per gli Stati membri, incorporandoli nell'ordinamento dell'Unione come valori propri dello stesso ma riservandosi l'ultima parola

⁴ CGCE, sentenza del 20 febbraio 1979, [Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein](#), in causa 120/78, EU:C:1979:42.

⁵ CGCE, sentenza del 23 novembre 1999, [Arblade, Leloup e altri](#), in cause C-369/96 e C-376/96, EU:C:1999:575.

⁶ CGCE, sentenza del 12 giugno 2003, [Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contro Republik Österreich](#), in causa C-112/00, EU:C:2003:333.

⁷ CGCE, sentenza del 14 ottobre 2004, [Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn](#), in causa C-36/02, EU:C:2004:614.

sulla possibilità che tali valori potessero giustificare deroghe alle regole comuni.

Le riforme dei Trattati hanno poi via via integrato la giurisprudenza della Corte. Oggi i diritti fondamentali sono valorizzati dal Trattato e dalla Carta dei diritti fondamentali, mentre molte di quelle che erano state riconosciute dalla Corte come esigenze imperative sono prescritte dal TITOLO II del TFUE come disposizioni trasversali di cui tutte le politiche dell'Unione devono tenere conto.

3. Il sistema valoriale dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

Con il Trattato di Lisbona, il sistema valoriale dell'Unione ha assunto una forma più articolata. Tale sistema è incentrato, per quel che riguarda i valori e i diritti, sugli articoli 2 e 6 TUE, e sulla Carta dei diritti fondamentali, mentre, per ciò che concerne i principî che regolano le relazioni fra ordinamenti, e che potremmo definire “strutturali”, sull'art. 4 TUE. Quali sono le relazioni fra questi valori, diritti e principî e la loro connessione con l'identità costituzionale degli Stati membri?

I valori fondativi dell'Unione, il cui rispetto, alla luce dell'art. 47 TUE, è condizione stessa della *membership*⁸, sono affermati dall'art. 2 TUE. Tale articolo può essere considerato la *Grundnorm* di un sistema complesso, formato dagli ordinamenti dell'Unione europea e degli Stati membri e, in ultima analisi, il nocciolo del concetto di un'identità europea condivisa. Nelle recenti sentenze *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* e *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, infatti,

⁸ CGUE, sentenza del 20 aprile 2021, [*Repubblica c. Il-Prim Ministru*](#), in causa C-896/19, EU:C:2021:311, punti 62 e 63.

la Corte di giustizia ha espressamente collegato i valori di cui all'art. 2 TUE all'"identità" dell'Unione⁹.

Fra i valori fondamentali, l'art. 2 include anche il rispetto dei diritti fondamentali, elevando tale protezione a valore "sistemico". I diritti fondamentali sono poi regolati dall'art. 6 TUE, che richiama le tradizioni costituzionali comuni come principî generali di diritto dell'Unione e della Carta dei diritti fondamentali.

La Carta, costituendo, per ogni atto dell'Unione, un parametro di validità e legittimità, oltre che un criterio di interpretazione, si pone come limite all'azione dell'Unione europea, tutelando così indirettamente, nei confronti degli atti dell'Unione, anche i diritti fondamentali contenuti nelle Costituzioni degli Stati membri.

Quale ruolo hanno le Corti nell'interpretazione della Carta? Va innanzitutto ricordato che quest'ultima, per così dire, "non sta in piedi da sola": essa infatti può applicarsi solo a fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione di un'altra disposizione del diritto dell'Unione. Pertanto l'interpretazione dell'una si accompagna a quella dell'altra ed entrambe ricadono necessariamente nella competenza esclusiva della Corte di giustizia.

La Corte, ai sensi dell'art. 52, par. 4 della Carta, interpreta quest'ultima "in armonia" con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principî generali di diritto dell'Unione. Tuttavia, oltre al fatto che, come si è visto, le tradizioni costituzionali comuni sono un concetto autonomo del diritto dell'Unione, e non meramente nazionale, va sottolineato che "armonia" non significa "conformità": si noti che la formulazione del paragrafo 4 è diversa rispetto a quella del paragrafo 3 dello stesso articolo, riferito alla CEDU¹⁰.

⁹ CGUE, sentenze 16 febbraio 2022, [*Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*](#), in causa C-156/21, EU:C:2021:97, punto 232, e del 16 febbraio 2022, [*Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*](#), in causa C-157/21, EU:C:2021:98 punto 264.

¹⁰ Secondo l'art. 52, paragrafo 3, della Carta "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

Per quel che riguarda le disposizioni delle singole Costituzioni degli Stati membri, la Corte di giustizia ha sempre ribadito che le costituzioni nazionali di per sé non giustificano una deroga al diritto dell'Unione¹¹. L'art. 53 della Carta afferma in proposito che le disposizioni di questa non possono essere interpretate come lesive di diritti e libertà riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri, ma precisa che ciò avviene “nel rispettivo ambito di applicazione”. Distinguendo i rispettivi campi di applicazione, questa disposizione sembra escludere qualunque gerarchia fra le rispettive competenze e dunque anche fra le rispettive Corti.

In effetti, con riferimento alle norme nazionali che danno esecuzione agli atti dell'Unione, la Corte di giustizia e le Corti costituzionali potrebbero essere chiamate entrambe a valutare l'idoneità di tali norme a proteggere i diritti fondamentali, nei rispettivi ambiti, alla luce della Carta dei diritti fondamentali o della Costituzione nazionale¹². Si tratta di due giudizi autonomi, in quanto, per quello che riguarda lo standard di tutela dei diritti fondamentali, è possibile che una norma di attuazione pur rispettando la Costituzione violi il diritto dell'Unione, o viceversa.

In questo ambito, le Corti costituzionali possono giocare un ruolo importante, per assicurare l'efficacia della Carta, sotto due profili.

In primo luogo, come avveniva nella sentenza *AMS*¹³, vi sono molte norme della Carta che rinviano alle legislazioni e pratiche nazionali, sottoponendo

fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”.

¹¹ Questo risulta chiaramente da molte sentenze della CGUE, fra cui la sentenza dell'11 gennaio 2000, *Tanja Kreil c. Repubblica federale di Germania*, in causa C-285/98, EU:C:2000:2, nonché, da ultimo, nelle sentenze del 21 dicembre 2021, *Randstad Italia SpA contro Umana SpA e altri*, in causa C-497/20, EU:C:2021:1037, del 18 maggio 2021, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România” e altri c. Inspekția Judiciară e altri*, in cause C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, EU:C:2021:393 e del 21 dicembre 2021, *Euro Box Promotion e altri (Procedimento penale a carico di PM e altri)*, in cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, EU:C:2021:1034.

¹² Le competenze ad interpretare le costituzioni nazionali o la Carta sono ben distinte ed appartengono ciascuna esclusivamente alle rispettive corti, le quali giudicano con effetti diversi. La Corte di giustizia peraltro è “laica” sulle precdenze in caso di doppia pregiudizialità, purché i giudici nazionali siano liberi di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

¹³ CGUE, sentenza del 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT e altri*, in causa C-176/12, EU:C:2014:2.

dunque l'attuazione del diritto europeo nelle relative materie allo standard nazionale di tutela dei diritti, che dovrà essere conforme alla Costituzione di quello Stato.

In secondo luogo, come confermato anche recentemente dalla sentenza *Eurobox*¹⁴, l'art. 53 della Carta va interpretato nel senso che, nella misura in cui le disposizioni del diritto dell'Unione non effettuano un'armonizzazione completa, gli Stati membri possono derogare *in melius* a tali disposizioni. La scelta di armonizzare o meno in maniera completa una certa materia dipende ovviamente dai (co-)legislatori dell'Unione e non dalla Corte di giustizia, ma quest'ultima rimane competente a pronunciarsi, in caso di dubbio, sul tipo di armonizzazione effettuata dalle singole norme dell'Unione.

Se invece un atto dell'Unione effettua una armonizzazione completa, gli standard di protezione dei diritti fondamentali sono, in principio, fissati dallo stesso atto, la cui interpretazione alla luce della Carta spetta esclusivamente alla Corte di giustizia¹⁵. Nell'ipotesi, fortunatamente non frequente, che gli standard dell'Unione creino un conflitto con le norme costituzionali, in quanto meno protettivi di queste ultime, il confronto diretto fra Corte costituzionale e Corte di giustizia, mediante un rinvio pregiudiziale della prima alla seconda, è particolarmente utile.

Le sentenze *Taricco* e *M.A.S e M.B.*¹⁶, da un lato, mostrano come, quando si tratta di questioni costituzionalmente sensibili per uno Stato membro, spostare il dialogo a livello superiore permetta alla Corte di giustizia di valutare

¹⁴ CGUE, [*Euro Box Promotion e altri \(Procedimento penale a carico di Pm e altri\)*](#), *cit.*, punto 211: “quando un giudice di uno Stato membro è chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, l'articolo 53 della Carta conferma che resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”.

¹⁵ Anche le due recenti ordinanze della Corte costituzionale italiana in tema di mandato d'arresto europeo si sono espresse in questo senso (CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 18 novembre 2021, n. 216](#), IT:COST:2021:216, nonché [ordinanza del 18 novembre 2021, n. 217](#) IT:COST:2021:217).

¹⁶ Sentenza dell'8 settembre 2015, [Procedimento penale a carico di Ivo Taricco e altri](#), in causa C-105/14, EU:C:2015:555 e del 5 dicembre 2017, [Procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B.](#), in causa C-42/17, EU:C:2017:936.

meglio la portata di tali questioni. Dall'altro, in questi casi, il rinvio pregiudiziale effettuato da una Corte costituzionale può divenire un moltiplicatore di alcuni valori di uno Stato membro, che possono poi essere invocati anche dagli altri Stati dell'Unione.

4. L'ambito di applicazione della “clausola identitaria” dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE

Veniamo ora all'art. 4 TUE, che raggruppa i principî relativi alle relazioni fra Unione e Stati membri, prevedendo al primo paragrafo il principio di attribuzione, al secondo paragrafo i principî dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri da parte dell'Unione e al terzo paragrafo il principio - bidirezionale - di leale cooperazione. Il riferimento all'identità nazionale degli Stati membri figurava già nel Trattato di Maastricht (art. F¹⁷) e poi nel Trattato di Amsterdam (art. 6¹⁸) in connessione con i diritti fondamentali. È con il Trattato costituzionale, mai entrato in vigore, che il riferimento all'identità degli Stati membri acquista un valore autonomo rispetto ai diritti fondamentali e viene messo in relazione con il principio di uguaglianza fra gli Stati membri (art. I-5, paragrafo 1)¹⁹ e con il principio di leale cooperazione

¹⁷ Art 6, paragrafo 1: “[l]’Unione rispetta l’identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici”.

¹⁸ Articolo 6 (*ex* articolo F): “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. 2. L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. 3. L’Unione rispetta l’identità nazionale dei suoi Stati membri”.

¹⁹ Articolo I-5, paragrafo 1: “[l]’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti alla Costituzione 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”.

(art. I-5, paragrafo 2). Il Trattato di Lisbona riprende molti punti di questa disposizione, riorganizzandola ulteriormente.

Per comprendere la portata della, chiamiamola così, “clausola identitaria” occorre inquadrarla nella sua collocazione sistematica all’interno dell’art. 4 TUE e, più in generale alla luce degli articoli 2 e 6 TUE.

In primo luogo, per quel che riguarda il coordinamento “interno” all’art. 4 TUE, va sottolineato che i principî che quest’ultimo afferma sono pariordinati alla clausola identitaria. Pertanto, nell’invocare tale clausola, gli Stati devono innanzitutto rispettare il principio di attribuzione e tutti i suoi corollari, come ad esempio quello della *pre-emption* nelle materie di competenza concorrente, oltre che le competenze esclusive dell’Unione. Inoltre il rispetto dell’identità nazionale va temperato con il principio di uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati. Infine, il principio di leale cooperazione, enunciato dal terzo paragrafo dell’art. 4 TUE deve essere tenuto presente dagli Stati membri che vogliano invocare eccezioni o deroghe alle regole europee in nome del rispetto della loro identità nazionale.

In secondo luogo, l’art. 4, paragrafo 2, TUE va letto anche alla luce dei principî di cui agli articoli 2 e 6 TUE.

Da un lato, stante il valore di *Grundnorm* dell’art. 2 TUE, la “clausola identitaria” non potrebbe essere validamente invocata da uno Stato membro per giustificare violazioni dei valori fondativi espressi dall’art. 2 TUE. La Corte di giustizia lo ha chiarito prima, con riferimento allo Stato di diritto e all’indipendenza dei giudici nazionali²⁰, in quanto l’art. 19 è espressione dell’art. 2²¹, e lo ha poi recentemente ribadito nella sentenza *RS*²², che afferma che l’art. 4, paragrafo 2, TUE “non ha né lo scopo né l’effetto di autorizzare la

²⁰ CGUE, [*Euro Box Promotion e altri \(Procedimento penale a carico di Pm e altri\)*](#), cit., Sentenza Euro Box Promotion e a., op.cit.; v. sentenze del 19 novembre 2019, [*A.K. contro Krajowa Rada Sądowa*](#) e [*CP e DO contro Sąd Najwyższy*](#), in cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:982 e del 15 luglio 2021, [*Commissione europea c. Repubblica di Polonia*](#), in C-791/19, EU:C:2021:596 (*Regime disciplinare dei giudici*).

²¹ CGUE, sentenza del 27 febbraio 2018, [*Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*](#), in causa C-64/16, EU:C:2018:117.

²² CGUE, sentenza del 22 febbraio 2022, [*RS*](#), in causa C-430/21, EU:C:2022:99, punto 70 (*Efficacia delle sentenze di una Corte costituzionale*).

Corte costituzionale di uno Stato membro a disapplicare una norma del diritto dell'Unione, con la motivazione che tale norma non rispetti l'identità nazionale”.

La stessa sentenza *RS* ha anche preso una posizione molto netta sull'eccezione *ultra vires* che era stata evocata dalla Corte rumena, precisando che, poiché la Corte di giustizia “detiene una competenza esclusiva a fornire l'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione, la Corte costituzionale di uno Stato membro non può, sulla base della propria interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione ivi compresa quella dell'art. 267 TFUE, legittimamente dichiarare che la Corte di giustizia ha pronunciato una sentenza che viola la sua sfera di competenza e, pertanto, rifiutare di ottemperare a una sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia”²³.

Dall'altro, una lettura sistematica del Trattato induce a dubitare che “la clausola identitaria dell'art. 4, paragrafo 2, si sovrapponga all'art. 6, paragrafo 3, TUE, comprendendo anch'essa le norme di protezione dei diritti fondamentali previsti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

In effetti, la formulazione dell'art. 4, paragrafo 2, i cui principî non sono richiamati, a differenza dei diritti fondamentali, dall'art. 2 TUE, sembra far riferimento non tanto ad un'identità valoriale in senso stretto, quanto soprattutto ad un'identità strutturale e territoriale. Né la “struttura fondamentale, politica e costituzionale” né le “funzioni essenziali” dello Stato sembrano infatti riferirsi ai diritti fondamentali.

Anche nella giurisprudenza della Corte, che si era pronunciata prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona su questioni di identità nazionale invocate dagli Stati membri, come ad esempio la protezione della lingua o il divieto di usare titoli nobiliari, in nessun caso tale identità era invocata a protezione dei diritti individuali. Al contrario, in taluni casi²⁴ il principio era

²³ *Ibidem*, punto 72

²⁴ Si vedano, ad esempio, sentenze della CGUE, del 22 dicembre 2010, [*Ilonka Sayn-Wittgenstein contro Landeshauptmann von Wien*](#), in causa C-208/09, EU:C:2010:806, nonché del 12 maggio 2011, [*Malgožata Runevič-Vardyn e Łukasz Paweł Wardyn contro Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*](#), in causa C-

invocato dagli Stati proprio per giustificare una deroga alla norma europea che fissava uno standard di tutela dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito a livello nazionale, ponendosi in conflitto con altri principî ritenuti fondamentali per l'ordinamento statale. In effetti l'art. 4, paragrafo 2 e l'art. 6 TUE esprimono valori diversi e non si può escludere che in taluni casi questi entrino in conflitto fra loro.

Un esempio recente in tal senso si trova nella sentenza *B.K.*²⁵, relativa all'orario di lavoro nelle forze armate, che ha appunto affrontato un problema di conflitto non solo fra due direttive, ma anche fra un elemento dell'identità strutturale nazionale (difesa), da un lato, e diritti fondamentali dei lavoratori, dall'altro.

La Corte di giustizia, su rinvio della Corte suprema slovena, ha innanzitutto rilevato che la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro e che le principali funzioni delle forze armate, che sono la salvaguardia dell'integrità territoriale e la tutela della sicurezza nazionale, figurano esplicitamente tra le funzioni essenziali dello Stato che l'Unione deve rispettare, in forza dell'art. 4, paragrafo 2, TUE.

Ha poi aggiunto che, sebbene dal rispetto di tali funzioni non discende che le decisioni degli Stati membri relative all'organizzazione delle loro forze armate esulano dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, l'art. 4, paragrafo 2, TUE, esige che l'applicazione ai militari delle norme del diritto dell'Unione relative a tale organizzazione non sia tale da ostacolare il corretto svolgimento di tali funzioni essenziali. Ne consegue che le specificità che ciascuno Stato membro conferisce al funzionamento delle sue forze armate devono essere debitamente prese in considerazione dal diritto dell'Unione. Queste specificità possono variare, ad esempio in funzione delle particolari responsabilità internazionali assunte da tale Stato membro, dei conflitti o dalle

391/09, EU:C:2011:291 e, infine, del 2 giugno 2016, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff contro Landesamt der Stadt Karlsruhe e Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, in causa C-438/14, EU:C:2016:401.

²⁵ CGUE, sentenza del 15 luglio 2021, *B.K. contro Republika Slovenija (Ministrstvo za obrambo)*, in causa C-742/19, EU:C:2021:597

minacce cui è confrontato, o ancora del contesto geopolitico nel quale tale Stato si trova.

Di fronte ad un bilanciamento così delicato, la Corte di giustizia ha cercato di analizzare tutte le possibili implicazioni per la difesa nazionale, e ha poi lasciato al giudice del rinvio il compito di determinare se l'attività di guardia concretamente svolta da *B.K.* fosse effettivamente legata allo svolgimento di funzioni essenziali per la sicurezza, o ad una operazione militare propriamente detta, affermando che solo in caso contrario tale attività deve essere considerata soggetta all'ambito di applicazione della direttiva 2003/88/CE, sull'orario di lavoro.

Anche nella sentenza *Boris Cilevičs*²⁶, in cui veniva invocata l'identità nazionale sotto il profilo della tutela della lingua e della diversità culturale, la Corte ha dovuto effettuare un bilanciamento fra art. 4, paragrafo 2, da un lato, e gli articoli 15 e 16 della Carta, dall'altro. Secondo la Corte “è vero che gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare gli obiettivi della loro politica di difesa della lingua ufficiale, dal momento che una siffatta politica costituisce l'espressione dell'identità nazionale, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE”, ma “tale potere discrezionale non può giustificare che siano gravemente pregiudicati i diritti conferiti ai singoli dalle disposizioni dei trattati che sanciscono le loro libertà fondamentali”²⁷. Secondo la Corte, una normativa di uno Stato membro che imponga, senza alcuna eccezione, che i programmi di studi a livello di istruzione superiore siano impartiti nella lingua ufficiale di tale Stato membro eccederebbe quanto necessario e proporzionato per conseguire l'obiettivo della difesa e la promozione di tale lingua. Per contro, gli Stati membri possono stabilire, in linea di principio, un obbligo di utilizzare la loro lingua ufficiale nell'ambito di tali programmi, purché un siffatto obbligo sia accompagnato da eccezioni che garantiscano che una lingua diversa da quella ufficiale possa essere utilizzata, ad esempio, nell'ambito dei corsi universitari, per quanto

²⁶ CGUE, sentenza 7 settembre 2022, [Boriss Cilevičs e a.](#), in causa C-391/20, EU:C:2022:638.

²⁷ *Ibidem*, punto 83.

riguarda i corsi impartiti nell'ambito di una cooperazione europea o internazionale o relativi alla cultura e alle lingue diverse da quella nazionale.

Emerge, dunque, da quanto sin qui detto che, l'identità nazionale "strutturale" cui l'art. 4, paragrafo 2, si riferisce, non coprendo i diritti fondamentali, non coincide con il concetto più ampio di "*identité constitutionnelle*", né tantomeno introduce nell'ordinamento dell'Unione una "porta spalancata" per tutti i possibili controlimiti nazionali.

Questo è stato riconosciuto anche dalla Corte costituzionale tedesca, che, nell'ordinanza *OMT*²⁸, ha affermato che, anche se la salvaguardia delle responsabilità di bilancio dello Stato tedesco, costituisce, in quanto connessa ai diritti dei cittadini-contribuenti, un elemento dell'identità costituzionale tedesca, quest'ultima è diversa rispetto a quella prevista dall'art. 4, paragrafo 2, TUE, che ammette bilanciamenti con altri interessi generali dell'Unione europea.

5. Conclusioni: alla ricerca di una "armonia costituzionale europea"

Come si è visto, nel sistema complesso formato dagli ordinamenti dell'Unione e dei suoi Stati membri, gli strumenti di flessibilità non mancano. Dunque, alla domanda che ci siamo posti inizialmente, se esista la possibilità di derogare alle regole dell'Unione per tutelare valori fondamentali dell'ordinamento nazionale, la risposta è in principio affermativa, ma con l'importante precisazione che le deroghe non possono essere gestite in maniera unilaterale dagli Stati membri e dalle loro Corti.

La recente sentenza *RS* indica il metodo con cui far valere la clausola identitaria, un metodo che comporta una procedura in due fasi, una nazionale e una europea.

²⁸ BVERFG, Ordinanza del 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13.

Alle Corti nazionali, in particolare a quelle costituzionali o supreme, spetta il compito di individuare gli elementi essenziali della propria identità costituzionale e di invocarli come possibile deroga alle regole comuni davanti alla Corte di giustizia, tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale. Tale sentenza indica chiaramente che, se la Corte costituzionale di uno Stato membro ritiene che una disposizione del diritto dell'Unione violi l'obbligo di rispettare l'identità nazionale di detto Stato, essa deve sospendere la decisione e rinviare alla Corte di giustizia, una questione di validità di tale disposizione, o sollecitare una determinata interpretazione della stessa, alla luce dell'art. 4, paragrafi 2, TUE.

Spetta però alla Corte di giustizia decidere, sulla base di un *test* di proporzionalità²⁹, se le eccezioni nazionali invocate possano – e in che misura – derogare alle regole comuni. In proposito, va osservato che a differenza delle esigenze imperative e delle tradizioni costituzionali comuni, che come si è visto possono essere considerate nozioni autonome e comuni di diritto dell'Unione, il contenuto dell'identità nazionale può variare da Stato a Stato, e non spetta certo alla Corte di giustizia definirlo. Questo può rendere più semplice (ma anche più delicata) la prima parte del test di proporzionalità, in quanto è lo stesso art. 4, paragrafo 2, nei termini sopra visti, che stabilisce la legittimità degli obbiettivi che rilevano per la protezione dell'identità nazionale.

Un'ultima questione: quale giudice può sollevare la questione di identità nazionale? Ovviamente, il rinvio alla Corte per invocare eccezioni, “identitarie” (si pensi ad esempio alle esigenze imperative), può essere effettuato da qualunque giudice nazionale, in qualunque momento.

Ma, come ha affermato la citata sentenza *RS*, in caso esista un reale conflitto fra la norma dell'Unione e i valori costituzionali (in particolare, diritti fondamentali o elementi di identità strutturale) è sicuramente vero che le Corti costituzionali, prima di pronunciarsi esse stesse, devono adire la Corte di

²⁹ V. ad esempio sentenze del 16 dicembre 2008, [*Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis e Ypourgos Epikrateias*](#), C-213/07, EU:C:2008:731; del 12 maggio 2011, *Runevič-Vardyn*, cit. e del 23 aprile 2009, [*Angelidaki e altri c. Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis*](#), C-378/07, EU:C:2009:250.

giustizia, per conoscere la posizione di quest'ultima in relazione allo specifico conflitto, senza ricorrere unilateralmente ai controlimiti.

Il rapporto fra le rispettive Corti, infatti, non può e non deve essere risolto a colpi, da una parte, di primato e, dall'altra di controlimiti, ma deve concretarsi in un dialogo costruttivo, basato sulla leale cooperazione³⁰.

Solo il dialogo fra le Corti può portare ad una osmosi valoriale ed all'incorporazione di valori costituzionali degli Stati membri nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Solo il dialogo, in definitiva, può creare una "armonia costituzionale" europea.

L'ordinamento giuridico dell'Unione ha subito una progressiva evoluzione in senso costituzionale, aggiungendo all'integrazione dei mercati quella dei diritti. La sfida che l'Unione europea deve ora affrontare è quella di essere realmente una comunità di valori, una comunità in cui i conflitti si regolano con il dialogo e con un attento bilanciamento.

La Corte costituzionale italiana, che appartiene ad uno Stato fondatore, è da sempre protagonista di primo piano nel dialogo con la Corte di giustizia. In un momento in cui le Corti di altri Stati membri mettono in discussione lo Stato di diritto, l'indipendenza dei giudici e il primato, vale a dire le fondamenta stesse dell'ordinamento dell'Unione, la Corte costituzionale italiana affronta questo dialogo in maniera leale e costruttiva ed è sicuramente in grado di insegnare metodi e principî alle altre Corti costituzionali dell'Unione. Penso in particolare alla recente sentenza n. 67 del 2022³¹ - nella quale anche la Cassazione ha avuto un ruolo importante permettendo coraggiosamente alla Corte costituzionale di pronunciarsi-, che spiega in maniera illuminante il ruolo dei giudici italiani chiamati ad applicare il diritto dell'Unione ai sensi della sentenza *Simmenthal*³².

³⁰ Nello stesso senso si è espressa la Corte costituzionale italiana nella [sentenza del 9 marzo 2022, n. 54](#), IT:COST:2022:54.

³¹ Corte cost., [sentenza del 16 marzo 2022, n. 67](#), IT:COST:2022:67.

³² Sentenza del 9 marzo 1978, [Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SPA](#), 106/77, EU:C:1978:49.

**ANCORA IN TEMA DI DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ: LE PERMANENTI RAGIONI
DELLA “PRECISAZIONE” CONTENUTA NELLA SENTENZA N. 269 DEL 2017
RISPETTO ALLA “GRANDE REGOLA” SIMMENTHAL-GRANITAL**

Nicolò ZANON*

1. Premessa

In questo intervento cercherò di illustrare – secondo il mio personale avviso (e senza ovviamente impegnare il Collegio di cui sono componente) – le ragioni per le quali la Corte costituzionale, con la sent. n. 269 del 2017¹, ha ritenuto di dover tornare sulla grande regola che sorregge i rapporti tra l’ordinamento europeo e quello nazionale.

Queste ragioni permangono e, se possibile, si sono fatte anche più stringenti. L’*obiter* contenuto in quella sentenza, d’altro canto, ha avuto modo di essere sviluppato e precisato in pronunce successive. Ed è perciò possibile, a distanza di qualche anno, fare un bilancio sereno in materia.

Per l’Italia, come noto, la “grande regola” dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale è definita dalla “coppia” di decisioni Simmenthal-Granital².

* Vice Presidente della Corte costituzionale italiana. Professore ordinario di Diritto costituzionale all’Università di Milano.

¹ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269](#), IT:COST:2017:269.

² CGCE, sentenza del 9 marzo 1978, [Amministrazione delle finanze dello Stato c. Spa Simmenthal](#), in causa C-106/77, EU:C:1978:49; CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza dell’8 giugno 1984, n. 170](#), IT:COST:1984:170.

Con la sent. n. 170 del 1984 il Giudice costituzionale italiano, conformandosi alle indicazioni della Corte di Giustizia³, ha affermato che la norma europea provvista di immediata applicabilità prevale sulla norma legislativa nazionale, indipendentemente dall'ordine cronologico di adozione dell'una e dell'altra. Ed ha altresì chiarito che tale prevalenza non si traduce nella caducazione della norma nazionale, né nella sua abrogazione, avendo piuttosto il regolamento comunitario l'effetto "di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale"⁴.

La ben nota conseguenza, dal punto di vista del processo costituzionale, è che una questione di legittimità costituzionale, sollevata su una disposizione di legge nazionale che sia in contrasto con una norma europea dotata di effetti diretti, è inammissibile per irrilevanza, non dovendo essere quella disposizione applicata dal giudice nazionale.

Ebbene, proprio il meccanismo della "disapplicazione" (o "non applicazione") della norma nazionale incompatibile con la norma europea dotata di effetti diretti, con le sue conseguenze sul processo costituzionale, è stato oggetto della riflessione avviata con la sent. n. 269 del 2017.

Non si è certo trattato di un "ripensamento" sul primato del diritto europeo, o sulla disapplicazione in generale: è più corretto parlare di una deroga, o, per usare le esatte parole della Corte, di una "precisazione"⁵, che non

³ Secondo cui il giudice nazionale disapplica «di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale» (punto n. 24 sent. *Simmenthal*).

⁴ Per la Corte costituzionale ciò dipende dalla circostanza che l'ordinamento europeo e quello nazionale sarebbero da considerarsi ordinamenti autonomi e distinti, ancorché coordinati. Una impostazione teorica per vero non coincidente con quella fatta propria dal Giudice europeo, ma che, a dire della Corte costituzionale, non conduce a conclusioni diverse. Nella sentenza n. 170 del 1984 si legge infatti che la Corte di Giustizia «considera, è vero, la fonte normativa della Comunità e quella del singolo Stato come integrate in un solo sistema, e quindi muove da diverse premesse, rispetto a quelle accolte nella giurisprudenza di questa Corte. Quel che importa, però, è che col giudice comunitario si possa convenire nel senso che alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna».

⁵ *Incipit* del punto n. 5.2. del *Considerato in diritto*.

ha pertanto inteso “capovolgere” la regola generale, destinata a rimanere architrave intangibile dei rapporti tra l’Italia e l’UE⁶.

La precisazione infatti riguarda, come noto, unicamente i casi in cui la norma nazionale esibisca, allo stesso tempo, una antinomia, sia rispetto ad un diritto sancito dalla Costituzione italiana, sia rispetto all’analogo diritto sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Evenienza al ricorrere della quale l’autorità giudiziaria nazionale è *sollecitata* a non percorrere la strada della disapplicazione, ma a provocare il sindacato di legittimità costituzionale.

2. L’espansione degli ambiti di intervento dell’Unione europea e la “sovrapposizione” tra la Carta di Nizza e la Costituzione italiana

Io concordo con chi pensa che la regola delineata dalla “coppia” di pronunce Simmenthal-Granital si collocava in un contesto ben diverso rispetto a quello segnato dalla proclamazione e, soprattutto, dall’acquisizione di effetti giuridici ad opera della Carta dei diritti fondamentali.

Taluni, in dottrina, riferendosi alla regola espressa dalla Corte costituzionale nel 1984, hanno in effetti affermato che “bisogna riconoscer[ne] il ruolo formidabile giocato in un’altra fase di sviluppo dell’ordinamento dell’Unione”. Ma aggiungono che oggi, a fronte delle sollecitazioni del presente, soprattutto in punto di disapplicazione diretta di leggi dello Stato ritenute in

⁶ Una regola ribadita di recente, ad es., con la [sentenza dell’11 marzo 2022, n. 67](#), IT:COST:2022:67, che ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla sezione lavoro della Corte di cassazione per violazione, da parte di una legge nazionale, di norme della direttiva n. 2003/109 relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo. Il giudice a quo aveva infatti provocato incidente di costituzionalità nonostante la Corte di Giustizia si fosse già espressa in sede di rinvio pregiudiziale nel senso del carattere chiaro, preciso e incondizionato delle norme di tale direttiva.

conflitto con la Carta di Nizza, e di impiego anomalo del rinvio pregiudiziale, questa grande regola “sembra irrimediabilmente invecchiata”⁷.

In effetti, l’ordinamento europeo ha vissuto una straordinaria espansione, non essendo più relegato alla tutela e promozione delle libertà economiche. Da “ordinamento [...] nato come *settoriale e limitato* alla materia economica”, l’Unione europea si è trasformata in “qualcosa di profondamente diverso”⁸.

La “appropriazione” del terreno dei diritti fondamentali è avvenuta gradualmente ma decisamente, in un percorso che ha visto protagonista la Corte di Giustizia. Questo percorso è iniziato, per vero, ben prima dell’opera di codificazione intervenuta con la proclamazione della CDFUE nel 2000. Con quest’ultima, si è infatti deciso “solo” di rendere “più visibili” i diritti (cfr. il Preambolo della Carta) mediante la loro traduzione in norme scritte.

Ma Lisbona ha segnato comunque una svolta. La CDFUE è diventata giuridicamente vincolante e ha di fatto messo in mano ai giudici comuni la possibilità di svolgere un sindacato diffuso anche di “costituzionalità”, data la (parziale) sovrapposizione di contenuti tra la Carta e la Costituzione italiana.

Inoltre, sebbene la CDFUE non alteri le competenze dell’UE e si applichi esclusivamente nell’attuazione del diritto europeo (art. 51 CDFUE), è indubitabile come la stessa abbia saputo esercitare, si è detto, un particolare “fascino” sui giudici, anche per la possibilità, che si dischiude loro, di procedere a diretta disapplicazione delle leggi nazionali che ritengano in contrasto con essa⁹.

⁷ A. MANGIA, *L’interruzione della grande opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, n. 3, p. 865. È bene chiarire che l’Autore non critica affatto il meccanismo del rinvio pregiudiziale, riconoscendone anzi il ruolo essenziale ai fini del coordinamento tra ordini giuridici diversi; pone piuttosto l’attenzione sulla circostanza che sovente i giudici vi ricorrano quale fosse “strumento per provocare una espansione intenzionale dei confini del diritto dell’Unione attraverso l’impiego della Carta di Nizza come una sorta di contro-costituzione, in cui sarebbe riassunto un sistema di protezione dei diritti alternativo e concorrente rispetto alla Costituzione nazionale”. Con la conseguenza che questi ritengono di rivolgersi alla Corte di Giustizia come se si trattasse di una “Corte costituzionale europea” alternativa a quella nazionale.

⁸ Ancora, A. MANGIA, *L’interruzione*, cit., p. 863.

⁹ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4, p. 4.

3. Effetti *erga omnes* delle decisioni della Corte costituzionale e certezza del diritto

Ora, ritengo che, in tale contesto, l'innegabile primato del diritto dell'UE, espresso attraverso il meccanismo della disapplicazione, possa presentare, in quanto riferito ai rapporti tra legge nazionale e CDFUE, alcuni inconvenienti.

Il primo di essi è che i diritti fondamentali, sanciti nella Costituzione nazionale, solo perché “ripetuti” nella CDFUE, possono subire una “paradossale diminuzione di tutela”¹⁰, in quanto destinati ad affermarsi nei (soli) singoli giudizi, in cui è disposta la disapplicazione della norma interna. Mentre, se in materia potesse decidere la Corte costituzionale, la pronuncia di quest'ultima, produttiva di effetti *erga omnes*, massimizzerebbe la tutela del diritto, mettendo definitivamente fuori gioco la disposizione di legge illegittima, a beneficio di tutti i consociati e delle esigenze di certezza del diritto.

Non mi nascondo i problemi di teoria generale che questa affermazione spalanca.

La non applicazione nel singolo caso è coerente con la tradizionale idea che tra i due ordinamenti non esista gerarchia, ma separazione di competenze: la norma nazionale non è viziata, non viene perciò annullata (né, in effetti, abrogata), resta semplicemente “fuori applicazione” e, in linea puramente teorica, l'uscita dell'Italia dall'ordinamento dell'Unione potrebbe consentirle una nuova efficacia.

Invece, l'intervento della Corte costituzionale scompagina la visione tradizionale, perché, necessariamente, accerta un vizio e dichiara l'illegittimità costituzionale, in nome di un rapporto gerarchico fra fonti.

¹⁰ S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 3, p. 640.

Inoltre, se il problema è quello della certezza del diritto e dell'uniformità di trattamento, bisogna pur riconoscere che le pronunce della Corte di giustizia – che affermano che una disposizione europea ha effetti diretti – sono ben più che semplici “precedenti”. Sono vero e proprio “diritto”, che vincola certo nell'immediato il giudice del rinvio, ma anche ha rilievo per l'intero ordinamento europeo.

I manuali di diritto dell'Unione, in effetti, chiariscono che la sentenza interpretativa della Corte di giustizia pronunciata su rinvio pregiudiziale non vincola solo il giudice *a quo*. Essa può e all'occorrenza deve essere considerata anche al di fuori del contesto processuale che l'ha provocata, proprio perché si pronuncia su punti di diritto. Altri giudici, quindi, e le stesse amministrazioni nazionali, saranno tenuti a fare applicazione delle norme così come interpretate dalla Corte, determinando conseguentemente anche i diritti di cui beneficiano i singoli¹¹.

In termini di diritto costituzionale processuale, un indice della forza “generale” della sentenza in parola può ricavarsi dalla stessa tendenza della Corte costituzionale a restituire gli atti al giudice rimettente, quando per l'appunto sopravvengano pronunce della Corte di Giustizia, rilevanti per la questione di legittimità costituzionale sollevata, che riconoscano alla norma europea l'effetto diretto: la sentenza viene considerata, ai fini del destino della questione di legittimità costituzionale, come vero e proprio *ius superveniens*, di rilievo generale¹².

Tutto ciò riconosciuto, il problema continua a essere l'uniformità di atteggiamento dei giudici comuni. Vi è certezza che essi (tutti) si adeguino nel senso indicato dalla Corte di Giustizia? Ma soprattutto, prima della pronuncia

¹¹ Così, ad esempio, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 347 ss.

¹² Ad esempio, CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 16 giugno 2005, n. 241](#), IT:COST:2005:241, in cui si afferma che la sopravvenienza della decisione della Corte di Giustizia impone la restituzione degli atti al Giudice rimettente, soluzione viepiù necessaria, atteso che le decisioni dei giudici comunitari, “nel risolvere la questione della conformità della norma censurata al diritto comunitario”, enunciano “principi che, inserendosi direttamente nell'ordinamento interno, con valore di «*ius superveniens*», condizionano e determinano i limiti in cui quella norma conserva efficacia e deve essere applicata anche dal giudice nazionale”, ciò che quindi “impone una valutazione sulla persistente rilevanza della questione sollevata” (analogamente, [ordinanza del 20 aprile 2004, n. 125](#), IT:COST:2004:125 e [ordinanza del 14 marzo 2003, n. 62](#), IT:COST:2003:62).

“centrale” della Corte di Giustizia, cosa garantisce che essi facciano uso effettivo del rinvio pregiudiziale e non risolvano da sé i giudizi, ponendo le condizioni per un possibile effetto “a macchia di leopardo”, che genera difformità applicative e incertezze?

Riconosco che mi si potrebbe obiettare che va considerata la fisiologia dei rapporti ordinamentali, non già le sempre possibili patologie. E la fisiologia va nel senso che dicevo: la pronuncia della Corte di Giustizia che afferma l’effetto diretto è *ius superveniens*.

Inoltre, né la Corte di Giustizia, né la Corte costituzionale, hanno mai ommesso di considerare la cruciale importanza della certezza dei rapporti giuridici.

Ma, appunto, hanno tendenzialmente riposto fiducia nel fatto che sarebbe proprio il meccanismo della disapplicazione, unitamente a quello del rinvio pregiudiziale, ad assicurare protezione a questo essenziale bene giuridico.

Proprio in questi termini sembra doversi leggere il passaggio della sent. n. 170 del 1984 in cui si afferma che “[i]l regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili: e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell’ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell’art. 177 del Trattato. Solo così è soddisfatta la fondamentale esigenza di certezza giuridica, sempre avvertita nella giurisprudenza di questo Collegio, che impone eguaglianza e uniformità di criteri applicativi del regolamento comunitario per tutta l’area della Comunità Europea”.

Qui sta il punto essenziale, a mio sommo avviso: *nel rinnovato contesto di cui si è dato sinteticamente conto*, l’interesse a che sia garantita l’uniforme applicazione di un diritto fondamentale (e sia dunque assicurata uguaglianza e certezza del diritto su aspetti cruciali) può davvero essere affidato unicamente al singolo giudice comune e alla sua *scelta* (laddove non si tratti di giudice di ultima istanza) di investire la Corte di Giustizia? E, in ultimo, può questo interesse essenziale restare confidato ad una decisione del giudice comune, che

si limita per l'appunto a disapplicare nel singolo caso la norma nazionale lesiva di un diritto fondamentale, lasciandola però "sopravvivere" nell'ordinamento giuridico, senza un'effettiva e decisiva garanzia che il legislatore provveda a rimuoverla?

Ovviamente non sto negando che lo strumento del rinvio pregiudiziale continui a svolgere un ruolo fondamentale rispetto alle esigenze di cui si sta discorrendo. La Corte costituzionale lo ha chiaramente ribadito anche di recente, con l'ordinanza n. 182 del 2020, quando, ricorrendo *essa stessa* allo strumento del rinvio pregiudiziale, ha fatto riferimento alla necessità di un «intervento chiarificatore» della Corte di Giustizia, "funzionale [...] alla garanzia di uniforme interpretazione dei diritti e degli obblighi che discendono dal diritto dell'Unione"¹³.

Ma quel che vorrei sottolineare è che tali affermazioni si situano nell'ambito di un giudizio di costituzionalità: a) che nella vigenza del tradizionale schema Simmenthal-Granital probabilmente non avrebbe avuto luogo, perché la questione di legittimità sarebbe stata dichiarata inammissibile; b) provocato da un giudice (la Corte di cassazione) che, a fronte di una prassi giurisprudenziale e amministrativa particolarmente *incerta*, aveva ritenuto necessario sollecitare il pronunciamento "definitivo" della Corte costituzionale, in quanto tale capace di effetti vincolanti generalizzati; c) che ha costituito l'occasione perché ad instaurare un dialogo diretto con la Corte di Giustizia fosse proprio, a livello "centrale", la Corte costituzionale.

Tutto ciò pare condensato nel passaggio della richiamata ordinanza n. 182 del 2020, in cui si legge che "[l]'ampiezza del contenzioso pendente attesta un grave stato di incertezza sul significato da attribuire al diritto dell'Unione. L'orientamento diffuso nella giurisprudenza di merito, che attribuisce efficacia diretta alle previsioni dell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, non è seguito dall'amministrazione competente a erogare le provvidenze, mentre la Corte di cassazione, chiamata a garantire l'uniforme interpretazione del diritto

¹³ CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 30 luglio 2020, n. 182](#), IT:COST:2020:182.

nazionale, si è rivolta a questa Corte per ottenere una pronuncia con effetti *erga omnes*".

Determinatasi nel senso del rinvio pregiudiziale, peraltro, la Corte costituzionale richiedeva anche l'applicazione dell'art. 105 del *Regolamento di procedura* della Corte di Giustizia (ovverosia il procedimento accelerato), sull'assunto che proprio la *grave incertezza* prospettata dal giudice rimettente necessitasse di essere risolta in "maniera sollecita" mediante l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia.

In definitiva, *nulla quaestio* sul fatto che, in questo caso, per dirimere la questione relativa alla riconducibilità delle provvidenze di cui si discuteva all'ambito di applicazione dell'art. 34 CDFUE, si sia fatto ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale; ma quel che è significativo è che *a farlo sia stata proprio la Corte costituzionale* e non direttamente il "giudice del caso", il quale, a fronte di un "grave stato di incertezza", ha ritenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale, invocando la decisione (comunque) *erga omnes* del giudice delle leggi.

4. Diritto direttamente applicabile: un concetto (parzialmente) da rivedere?

A mio modo di vedere, applicando (direttamente) la CDFUE e disapplicando la disciplina nazionale con essa incompatibile i giudici nazionali finiscono per svolgere una attività tipica del Giudice costituzionale, che è quella di dare risposta a quesiti che sovente s'incentrano non già sul lineare rapporto tra norma oggetto e norma parametro, ma sul rapporto tra norma oggetto, da una parte, e norme parametro espressive di più diritti costituzionali, dall'altra: diritti che la norma oggetto mette in "competizione".

Nel campo dei diritti fondamentali, sono spesso necessarie valutazioni complesse, di proporzionalità e di bilanciamento. E nessuno dubita trattarsi di valutazioni che vanno compiute dal giudice costituzionale.

D'altra parte, ragionando ancora una volta dei peculiari contenuti della CDFUE, ovverosia di un catalogo composto anche di principi e di norme "dal carattere aperto", Augusto Barbera si chiedeva, in riferimento a tale materiale normativo, che "cosa si intende per diritto immediatamente efficace, e quindi applicabile"? L'Autore, in sostanza, si domandava se tutte le norme della Carta siano in grado di restituire regole che definiscono situazioni giuridiche direttamente azionabili in giudizio¹⁴.

Anche da altri si è detta "opinabile [...] la tesi che diritti costituzionali fondamentali, nei termini generalissimi e «universali» in cui sono fraseggiati nella Carta, ossia in un documento dotato di carattere dichiaratamente costituzionale, possano essere dotati di diretta efficacia": almeno "[s]e con questo vuole intendersi che i diritti si traducono normativamente in regole capaci di impadronirsi di una fattispecie somministrando per essa una regola dettagliata e precisa, tanto da prendere il posto della corrispondente e concorrente regola nazionale"¹⁵.

Mi permetterei di sostenere che la Corte costituzionale ha provato a dare risposte a questi dubbi, ad esempio con la sent. n. 20 del 2019, nell'ambito di una questione concernente la pubblicazione e diffusione *on line* dei dati patrimoniali e reddituali relativi ai dirigenti della pubblica amministrazione¹⁶.

In quel caso, infatti, la Corte di Giustizia si era già espressa sulla immediata applicabilità delle norme della direttiva che il giudice *a quo*, unitamente alle connesse pertinenti norme della Carta, aveva evocato a parametro della questione di legittimità costituzionale sollevata. Ma è

¹⁴ A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 2.

¹⁵ G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone, Torino, 2022, p. 161. L'Autore usa quale esempio il divieto di discriminazione, rammentando come l'eguaglianza sia un «concetto di relazione», che implica anzitutto una complessa valutazione di comparabilità tra fattispecie, ovverosia un'attività non certo meramente ricognitiva. "È più che dubbio, perciò, che una disposizione enunciativa di un divieto di discriminazione possa essere precisa, chiara e incondizionata, applicabile quale regola dettagliata e uniforme in sostituzione del corrispondente principio costituzionale di eguaglianza; e che le complesse e poliedriche applicazioni del canone dell'eguaglianza-ragionevolezza, con i bilanciamenti e le scelte di valore che esso ineluttabilmente incorpora, possano essere affidate alle cure del giudice comune".

¹⁶ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 21 febbraio 2019, n. 20](#), IT:COST:2019:20.

significativo che la stessa Corte di Giustizia avesse, ciononostante, ritenuto di lasciare al giudice l'individuazione della regola del caso, all'esito di una valutazione di bilanciamento tra *privacy* e trasparenza, tra tutela della riservatezza dei dati personali e diritto di accedere agli stessi.

Tale questione di legittimità costituzionale non fu dunque dichiarata inammissibile, come forse avrebbe dovuto, in ottemperanza alla “grande regola” Simmenthal-Granital.

Afferma la Corte costituzionale, nella richiamata sentenza n. 20 del 2019, che ciò è accaduto a motivo del “rango costituzionale” di tale questione. Si trattava, infatti, di una questione implicante una valutazione di proporzionalità sui contenuti della disposizione censurata, e di bilanciamento tra “diritti e principî fondamentali, contemporaneamente tutelati sia dalla Costituzione che dal diritto europeo, primario e derivato”: il diritto alla riservatezza, da una parte, l'esigenza di trasparenza, dall'altra.

In questo scenario, afferma la Corte costituzionale, “[n]on erra pertanto il giudice *a quo* quando segnala la peculiarità dell'esame cui deve essere soggetta la disciplina legislativa che egli si trova ad applicare, e quando sottolinea che tale esame va condotto dalla Corte costituzionale”.

Allora, due domande.

La prima: siamo davvero in presenza di norme europee “direttamente” applicabili, capaci di restituire la regola del caso, in tutti i casi in cui quelle norme, in realtà, richiedano di tradursi in *scelte legislative*, che a loro volta devono contemperare più diritti fondamentali, senza azzerarne uno a discapito dell'altro? Detto altrimenti: effetto diretto equivale *sempre* a *immediata* applicazione da parte del giudice *comune*, o, in determinati e specifici casi, l'indiscusso primato del diritto europeo può trovare strade alternative?

La (conseguente) seconda domanda: la *diretta* applicazione della norma europea da parte del giudice *comune*, se ribadisce nel modo più netto il primato del diritto europeo, non rischia talvolta di attribuire a tale giudice un ruolo che, in realtà, dovrebbe spettare a un giudice costituzionale?

5. *Segue*: il caso del principio di non discriminazione

Qualche sintetico riferimento al principio di non discriminazione può essere utile per spiegare meglio quel che vorrei sostenere, anche sulla scorta di qualche spunto dottrinale.

Come noto, per la Corte di giustizia il principio di non discriminazione è un principio direttamente applicabile, anche nei rapporti orizzontali. La giurisprudenza conferisce effetti diretti alle direttive che esprimono tale principio e allo stesso art. 21 della CDFUE.

D'altra parte, da questa giurisprudenza emerge anche che il compito di accertare l'esistenza di una discriminazione, e di rimuoverla (nel caso di specie), è attribuito al giudice comune.

La Corte di giustizia lo ribadisce costantemente, affermando che “spetta al giudice del rinvio verificare, in primo luogo, se [si] instauri una differenza di trattamento”. Se ciò avviene, al medesimo “spetta quindi esaminare, in secondo luogo, se tale differenza di trattamento sia basata su un criterio obiettivo e ragionevole”. La giurisprudenza è costante sul punto. Molto chiara anche la Corte di giustizia¹⁷.

In affetti, dice la Corte di Lussemburgo, è il giudice del singolo caso che deve verificare l'esistenza di una discriminazione, poiché egli “è l'unico ad avere conoscenza diretta della controversia”¹⁸.

Importante è ricordare che è sempre il giudice comune a dover rimuovere le discriminazioni, non applicando il diritto interno in contrasto con il principio di non discriminazione.

¹⁷ CGUE, sentenza del 29 ottobre 2020, [A contro Veselības ministrija](#), in causa C-243/19, EU:C:2020:872, punto 38.

¹⁸ Così, chiaramente, CGUE, sentenza del 7 febbraio 2019, [Carlos Escibano Vindel contro Ministerio de Justicia](#), in causa C-49/18, EU:C:2019:106, punto 49.

Il punto cruciale è che, in certe pronunce, la Corte di giustizia sostiene che il giudice (comune, perlopiù) può essere chiamato a svolgere una essenziale opera di bilanciamento degli interessi coinvolti nella fattispecie concreta. Emblematico in questo senso è il caso *Egenberger*: qui, oltre al divieto di discriminazione, veniva in rilievo un altro interesse tutelato da norme primarie dell'UE, ovvero quello della tutela dello *status* delle Chiese sancito dal TFUE (art. 17).

La Corte di giustizia qui afferma che “allorché il giudice nazionale è chiamato a garantire il rispetto degli articoli 21 e 47 della Carta procedendo a un eventuale bilanciamento dei diversi interessi in gioco [...] deve prendere in considerazione, in particolare, l'equilibrio stabilito tra tali interessi dal legislatore dell'Unione”¹⁹.

In senso analogo la Corte di giustizia si pronuncia in un altro caso, due anni dopo²⁰. La Corte, qui, afferma che le discipline devono tenere in conto non solo l'obiettivo di agevolare l'accesso al mercato del lavoro dei giovani, ma anche il diritto alla partecipazione dei lavoratori anziani alla vita professionale, cercando “di raggiungere un equilibrio tra la volontà di favorire l'accesso dei lavoratori giovani all'occupazione e il rispetto del diritto delle persone più anziane di lavorare”, si richiede al giudice proprio una verifica che altro non si rivela se non una tipica operazione di bilanciamento tra diritti e interessi.

Ancora, afferma sovente la Corte di giustizia, nel superare i problemi legati alle discriminazioni il giudice deve dapprima tentare una operazione di interpretazione conforme. Solo laddove questa non sia possibile, il giudice comune – dovendo assicurare la tutela giuridica attribuita ai singoli dal diritto europeo, conferendo, quindi, piena efficacia a quest'ultimo – è tenuto a

¹⁹ CGUE, sentenza del 17 aprile 2018, [Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.](#), in causa C-414/16, EU:C:2018:257, punto 81. In generale su questa decisione L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 709 ss. Sul fatto che essa richieda un bilanciamento M.E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 461.

²⁰ CGUE, sentenza del 2 aprile 2020, [CO contro Comune di Gesturi](#), in causa C-670/18, EU:C:2020:272, punti 44 ss.

disapplicare il diritto interno eventualmente confliggente con il principio di non discriminazione. Al medesimo, inoltre, non può essere fatto obbligo di attendere, per dare piena efficacia al diritto UE, la rimozione delle norme interne da parte di altri organi dello Stato, né di dover effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prima di disapplicarle²¹.

Soprattutto in due casi, mi pare, il ruolo del giudice comune è stato “ampliato” a tal punto da sovrapporlo a quello che dovrebbe spettare ad una Corte costituzionale.

Nel caso *Egenberger*, la non applicazione richiesta dalla Corte di giustizia presenta una caratteristica peculiare. Affermando che il bilanciamento necessario in tale circostanza deve essere svolto dal giudice alla luce del diritto dell’Unione (in particolare della direttiva 2000/78/CE), viene imposta, nei fatti, non solo la non applicazione della normativa nazionale, ma anche l’applicazione, da parte del giudice comune, dei criteri derivanti dalla normativa europea. In definitiva, l’effetto diretto dell’art. 21 della Carta comporta, in concreto, la sostituzione della disciplina nazionale con quella dell’Unione europea. Forse, fin qui, si potrebbe dire che ciò, da n certo unto di vista, è l’effetto normale della disapplicazione della norma interna.

Ma un altro caso, *Cresco Investigation*, mostra peculiarità ulteriori. Qui si riconosce non solo che il giudice, in forza dell’art. 21 della Carta, deve disapplicare la norma interna in contrasto con il divieto di discriminazione, ma anche che esso è chiamato ad estendere il beneficio concesso dalla norma indebitamente selettiva ai soggetti irragionevolmente esclusi dal suo campo di operatività.

A maggior ragione ci si può chiedere se sia questo un “normale” effetto della disapplicazione, oppure se non sia qualcosa di più e di diverso.

La Corte di giustizia, invero, chiarisce che “il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve

²¹ Si veda, in particolare, CGUE, sentenza del 19 gennaio 2010, [*Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*](#), in causa C-555/07, EU:C:2010:21, punti 51 ss.

applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria". Il giudice è chiamato a giungere ad un tale risultato "indipendentemente dall'esistenza, nel diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo"²².

Il fatto è che, a mio modo di vedere, la decisione della Corte di giustizia, una volta seguita dal giudice del caso concreto, comporta un effetto *additivo* e non semplicemente una disapplicazione. Si va ben al di là, dunque, della naturale valenza estensiva che discende dal riconoscimento ad una disposizione europea di effetti diretti. Il diritto che viene, in definitiva, riconosciuto a chi ne era stato originariamente privato, infatti, non discende da norme dell'Unione, bensì dall'ampliamento della sfera di applicazione di una disciplina *interna*. Certo, ciò è reso necessario dall'art. 21 della Carta, ma si può dire che il contenuto del diritto è quello previsto a livello nazionale, mentre il sistema europeo ne impone l'espansione della applicazione da parte del giudice.

Nei fatti, si verifica qualcosa di molto simile a quanto accade a seguito di una pronuncia di accoglimento *additiva* della Corte costituzionale²³.

²² CGUE, sentenza del 22 gennaio 2019, [*Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*](#), in causa C-193/17, EU:C:2019:43, punto 80.

²³ Questa tesi è espressa esplicitamente da S. CATALANO, *Il principio di non discriminazione*, in C. Amalfitano, M.E. D'Amico e S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Milano, 2022, p. 285 ss. (specie 290 ss.). Analogamente, sostiene che la sentenza *Cresco* produce un effetto simile a quello delle sentenze additive della Corte costituzionale, M.E. GENNUSA, *op. cit.*, p. 461. Una analisi delle problematiche poste da questa decisione anche in L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione: il caso Cresco Investigation*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 337 ss.

Sul fatto che la Corte di giustizia solleciti talvolta i giudici comuni ad assumere ruoli sovrapponibili a quello di un giudice costituzionale si veda V. De MICHELE, *Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di uguaglianza e non discriminazione: attraverso la Carta di Nizza la Corte di giustizia riafferma la primazia del diritto dell'Unione e la stabilità del sistema giurisdizionale europeo*, in *European Rights*, 2016, p. 9 ss., disponibile all'indirizzo http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini32-Commento_De_Michele.pdf.

Anche M. BARBERA, *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in V. Piccone, O. Pollicino (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Napoli, 2018, p. 48, sottolinea come la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di non discriminazione "sping[e] [...] nella direzione di un controllo d'eguaglianza diffuso".

Ma, se è così, non sarebbe allora più corretto che, in casi di questa natura, il rapporto con la Corte di Giustizia sia tenuto dalla Corte costituzionale stessa (beninteso, se ve siano le occasioni e le condizioni processuali)?

In definitiva, io penso che il concreto operare della Carta dei diritti fondamentali nei diversi ordinamenti europei induca a rivedere – solo per questa parte, ovviamente – schemi collaudati. Una norma europea a effetto diretto non necessariamente “somministra” la regola del caso concreto. O meglio: in casi che presentano simili peculiarità, è opportuno che il giudice comune investa la Corte costituzionale. Questa, soprattutto, è a mio avviso la permanente ragione che continua a fondare l'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017.

5. Un confronto continuo con la Corte di Lussemburgo

Non è, del resto, sfuggito alla dottrina il fatto che la Corte costituzionale si sia orientata verso la “precisazione” alla grande regola Simmenthal-Granital contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 quando si è allo stesso tempo risolutivamente decisa a ricorrere essa stessa, senza più remore, al rinvio pregiudiziale.

Prima della svolta del 2017, la Corte costituzionale aveva bensì operato rinvii pregiudiziali, ma inizialmente solo nell’ambito di giudizi in via principale (mancando in questi un giudice). Solo con l’ordinanza n. 207 del 2013 il Giudice costituzionale italiano ha per la prima volta attivato il meccanismo del rinvio pregiudiziale anche nell’ambito di un giudizio in via incidentale²⁴.

Recentemente la Corte costituzionale ha invece intensificato questo necessario e proficuo confronto con la Corte di Giustizia. Non solo nell’ambito del noto caso *Taricco*, ma, successivamente alla più volte citata sentenza n.

²⁴ CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 18 luglio 2013, n. 207](#), IT:COST:2013:207.

269/2017, con diverse ordinanze adottate tra il 2019 e il 2021²⁵, così dimostrando di voler sfruttare al meglio quel “concorso di rimedi giurisdizionali” (sentenza n. 269 del 2017, già citata) che “arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali” (sentenza n. 20 del 2019, ugualmente già richiamata).

E allora, si potrebbe dire, non è certo per negare il primato del diritto europeo che la Corte costituzionale ha prospettato ai giudici, se non la necessità, quantomeno la stringente opportunità, di sollevare la questione di legittimità costituzionale prima ancora di attivare il rinvio pregiudiziale. Invece, lo ha fatto perché anch’essa intende, direttamente, avvalersi della possibilità di accedere al contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul significato della Carta di Nizza.

In sostanza: ammettendo al giudizio di merito questioni di legittimità costituzionale che un tempo sarebbero state dichiarate inammissibili, la Corte costituzionale accentra significativamente su di sé il potere di disporre il rinvio pregiudiziale, *in casi di rilievo costituzionale assoluto*, sollecitando un intervento della Corte di Giustizia di cui, oltretutto, potranno beneficiare tutti gli ordinamenti dei Paesi aderenti all’Unione, e non solo l’Italia.

Al tempo stesso, il giudice costituzionale rivendica la possibilità di dire una “parola” su questioni che riguardano la tutela dei diritti fondamentali, e di “contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l’art. 6 del Trattato sull’Unione europea (TUE) [...] che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall’art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti”.

Quanto a quest’ultima affermazione, si tratta di un passaggio della sentenza n. 20 del 2019, già citata, che è stato forse frainteso. Infatti,

²⁵ CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 10 maggio 2019, n. 117](#), IT:COST:2019:117, [ordinanza del 30 luglio 2020, n. 182](#), cit., [ordinanza del 18 novembre 2021, n. 216](#), IT:COST:2021:216, [ordinanza del 18 novembre 2021, n. 217](#) IT:COST:2021:217.

“esprimere la «prima parola» non significa necessariamente pretendere di chiudere il discorso; solo volervi prendere parte”²⁶ e così partecipare a quell’opera di modellamento delle tradizioni costituzionali comuni, che alimenta a sua volta l’interpretazione della Carta di Nizza (come pare emblematicamente dimostrare, ad esempio, la questione sul diritto al silenzio, risolta dalla Corte costituzionale proprio all’esito di un confronto con la Corte di Giustizia²⁷).

²⁶ N. ZANON, *Introduzione generale*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema integrato di tutela*, cit., p. 8, 9.

²⁷ CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 10 maggio 2019, n. 117](#), cit., [sentenza del 30 aprile 2021, n. 84](#), IT:COST:2021:84.

SECONDA SESSIONE.
STATO DI DIRITTO E INDIPENDENZA DEI GIUDICI NAZIONALI
(*SECOND SESSION. RULE OF LAW AND INDEPENDENCE*
***OF NATIONAL JUDGES*)**

RULE OF LAW AND INDEPENDENCE OF NATIONAL JUDGES

Lars Bay LARSEN¹

1. Premise

I would like to thank the Italian Constitutional Court and the other supreme Italian jurisdictions for the very warm welcome we have received here in Rome. It is no wonder that all roads lead to Rome with hospitality like this.

Thank you also, President Amato, for your introduction of this second working session.

It is an honor for me to try to introduce the somewhat delicate subject of rule of law and judicial independence as I see it from a point of EU Law and after almost 17 years as a judge at the CJEU and before those 3 years as a judge at the Danish Supreme Court. Obviously the views I express are personal and they may not all be shared by my colleagues.

My time is not without limits and my intention is, first, to very briefly introduce the basic legal framework in Union Law on rule of law and judicial independence. In particular, given that President Lenaerts has already largely covered this part this morning.

Then, I will turn to the main fields, where the principle of rule of law and the notion or principle of judicial independence has been interpreted and applied as illustrated by the case-law of the Court of Justice of the European Union.

¹ Vice-president of the Court of Justice of the European Union. All opinions expressed herein are personal to the author.

Finally, I will talk on the effects and consequences, when these principles are not respected and judicial independence is not or no longer present, in particular due to a “systemic or generalized deficiency” in the judicial system of a Member State.

2. The Legal Framework – definition of the principle of judicial independence

In article 2 TEU we find a list of the fundamental values on which the European Union is founded: Respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities.

It is further stated, that these values “are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail”.

Now, why this article? In particular, when we already have a declaration in the preamble stating that the Member States confirm “their attachment to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law”.

It is because article 2 TEU is clearly – and in spite of its general language – something more than just a simple declaration. To be attached to something is one thing, to be under a legal obligation is something different.

Obviously, becoming and being a Member State of the European Union is voluntary.

As the United Kingdom has sadly demonstrated, a Member State is free to leave (with or without an exit-agreement) in accordance with article 50 TEU as confirmed by the CJEU in our *Wightman*-judgment².

However, as long as you are a Member State, you are obliged to respect the fundamental values listed in article 2 TEU, including the rule of law.

The concept of the rule of law entails several elements, among which I will here highlight the judicial review of legislative and administrative action to ensure constitutionality of the legislation and legality of administrative acts.

Such controls presuppose judicial independence from the executive and legislative branches of government. Essentially the basic separation of the three state powers that Montesquieu advocated more than 250 years ago³.

Surely, as I think Francesco Viganò argued, this can be done in a great many ways, and the Treaties does not point to or give preference to a single, specific shining path – we are also in this respect united in diversity. Nevertheless, the diversity is not without limits as all the Member States still have to respect the basic values.

Then there is a further concretization of the principle of judicial independence flowing from article 19, paragraph 1, second *sub*-para, TEU and from article 47 CEU (corresponding to art. 6 and 13 ECHR).

Article 19, paragraph 1, second *sub*-para TEU obliges Member States “to provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law”. The CJEU has confirmed that this part of this article has direct effect⁴.

² CJEU, judgment of 10 December 2018, [*Andy Wightman and Others v Secretary of State for Exiting the European Union*](#), case C-621/18, EU:C:2018:851.

³ C.L. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* [1748], Paris, 1961, Tome I, p. 163-174.

⁴ CJEU, judgment of 2 March 2021, [*A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others*](#), case C-824/18, EU:C:2021:153, para 142 (*Appointment of judges to the Supreme Court – Actions*). See also CJEU, judgment of 22 April 2022, [*RS*](#), case C-430/21, EU:C:2022:99, para 58 (*Effect of the decisions of a constitutional court*).

Article 47 CEU enshrines in Primary EU law two fundamental rights: the right to a legal remedy (corresponding to article 13 ECHR) and the right to a fair trial (corresponding to article 6 ECHR).

Finally, I will mention article 267 TFEU. As you will know, this article is the cornerstone on which the preliminary reference system, which counts for approximately 75 pct. of the case-load at the CJEU, is based.

The right to make preliminary references on the interpretation of EU-law and on the validity of EU-law is a right that belong to all national courts and tribunals in the Member States.

Normally it does not give rise to great doubts whether an order for reference arriving at the CJEU - be it from a court of first instance, an appeals court or a supreme or constitutional court - is made by a “court or tribunal of a Member State” in the sense of article 267 TFEU.

But occasionally the question arises, when an order for reference arrives from a particular body or board, which does not appear to be a classical court or tribunal, but perhaps a sort of hybrid that has some administrative features combined with some collegiate conflict solving elements.

Then the CJEU will consider a number of criteria and questions⁵ before deciding whether the body is in fact to be considered as a court or tribunal in the sense of article 267 TFEU.

It is thus a concept of EU law, implying that the national “classification” of a body as a court or a tribunal is not decisive.

The criterion of independence is quite often a turning point, whenever such discussions on admissibility take place.

⁵ M. BROBERG and N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2014², p. 61-72. See also CJEU, judgment of 21 January 2020, [Banco de Santander SA](#), case C-274/14, EU:C:2020:17, para 51 and case-law quoted.

In this respect it does not suffice that the body is established by law. The law must also secure that the body is without organizational and functional links to the administration, whose decisions it is to oversee⁶.

Judicial independence has both an external and an internal aspect. The body and its individual members must be protected against external intervention and pressure⁷. Internally the members should act impartially in order to provide a level playing field for the parties in the procedures before the body.

This necessitates rules on the composition of the body, on the qualifications and appointment of its members, their length of service, payment and dismissal as well as internal rules on issues such as voting, quorum and abstention in case of conflicts of interest⁸.

In the case “*Juízes Portugueses*” the Portuguese Union of judges (unsuccessfully) challenged that a general cut of salaries due to the economic and financial crisis in Portugal had been extended to also affect the salaries of the members (“judges”) of the Portuguese Court of Auditors. The key discussion in this case was not about admissibility, but on whether the independence of the judges concerned had been affected by the general cuts in salary.

In the CJEU’s judgment of 27 February 2018 the Court summed up the key elements of judicial independence and stressed that judicial independence is required by EU law not only for the judges and advocate generals at the Union Courts, but equally for national judges in the Member States, whenever they apply Union law⁹.

⁶ ECJ, judgment of 30 May 2002, *Walter Schmid*, case C-516/99, EU:C:12002:213, paras 34-44 and ECJ, judgment of 31 May 2005, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEVE*, case C-53/03, EU:C:2005:333, paras 30 and 37.

⁷ ECJ, judgment of 14 May 2008, *Jonathan Pilato v Jean-Claude Bourgault*, case C-109/07, EU:C:2008:274.

⁸ ECJ, judgment of 19 September 2006, *Graham J. Wilson v Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, case C-506/04, EU:C:2006:587, paras 49-53.

⁹ CJEU, judgment of 27 February 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas*, case C-64/16, EU:C:2018:117, paras 42-46. The Court has recently applied the independence requirement to

It is also worth noting that the Court in this judgment noted the link between article 19 TEU on the value of the rule of law and the principle of sincere or loyal cooperation, expressed in article 4, paragraph 3, TEU. Thus stressing the responsibility of each Member State to secure the required judicial independence of its national courts whenever they are applying Union law¹⁰.

In the judgment of 24 June 2019 concerning the independence of the Supreme Court of Poland, the CJEU essentially confirmed this case-law on the definition of the notion of judicial independence¹¹.

3. Interpretation and Application of the Principle of Judicial Independence in the recent Jurisprudence of the CJEU

3.1 Modification of the period of judicial activity of judges

This makes a transition to the next part of my introduction, as I will now turn to the substance of the case concerning the Supreme Court of Poland.

The Commission was in this case contesting the “judicial reform” in Poland that combined a general lowering of the retirement age of Supreme Court judges from 70 to 65, leading to the removal of a significant number of judges, with a discretionary power of the Polish President to extend the employment period for selected judges for up to 2 or 3 years.

The Court in the judgment stated that the explanatory memorandum to the new Polish law contained information that raised “serious doubts as to whether the reform of the retirement age of serving judges of the [Polish Supreme Court] was made in pursuance of [potentially legitimate objectives of

constitutional courts in judgment of 21 December 2021, [Euro Box Promotion and Others \(Criminal Proceeding against PM and Others\)](#), joined cases C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, EU:C:2021:1034.

¹⁰ CJEU, [Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas](#), *cit.*, para 34.

¹¹ CJEU, judgment of 2 June 2019, [European Commission v. Republic of Poland](#), case C-619/18, EU:C:2019:531, paras 72-74 (*Independence of the Supreme Court*). See also the Rectification of 11 July 2019.

harmonizing legislation on retirement age], and not with the aim of side-lining a certain group of judges of that court”¹².

The Court further noted that the alleged purpose of harmonizing retirement age nationally had not been pursued with consequence, since the retirement age for most other groups on the labour market implied only the right, not the obligation to retire¹³.

The CJEU found that this “judicial reform” implied that Poland had failed to respect its obligations under article 19, paragraph 1, second *sub-para*, TEU¹⁴.

Later, the CJEU— on 5 November 2018, in case C-192/18 – applied a similar reasoning concerning the Polish law that reduced the mandatory retirement age from 70 to 65 for men and 60 for women and combined this with a possibility for the Minister for Justice to authorize for selected judges a continuation in judicial functions after they had reached retirement age¹⁵. The CJEU ruled that Poland was in breach of article 19, paragraph 1, TEU and article 47 CEU.

3.2 Appointment conditions and procedures

Several cases concerning *appointment conditions and procedures* have been brought before the CJEU the last couple of years.

In a preliminary ruling delivered on 19 November 2019¹⁶ the CJEU raised doubts on the new appointment procedures for members of the Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court.

¹² CJEU, [European Commission v. Republic of Poland](#), *cit.*, para 82.

¹³ CJEU, [European Commission v. Republic of Poland](#), *cit.*, paras 84-85 and 89-90.

¹⁴ CJEU, [European Commission v. Republic of Poland](#), *cit.*, para 97.

¹⁵ CJEU, judgment of 5 November 2019, [European Commission v. Republic of Poland](#), case C-192/18, EU:C:2019:924.

¹⁶ CJEU, judgment of 5 November 2019, [A.K. and Others v Sąd Najwyższy, CP v Sąd Najwyższy and DO v Sąd Najwyższy](#), cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, EU:C:2019.982 (*Independence of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court*).

This was in particular due to the involvement of the new – and disputed¹⁷ – National Judiciary Council (KRS) and the fact that sitting judges of the Supreme Court, who had not been appointed with the involvement of KRS, could not be appointed for the Disciplinary Chamber.

The national referring court (the Labour Chamber of the Polish Supreme Court) on 5 December 2019 ruled that the Disciplinary Chamber is not a court within the meaning of article 47 CEU, article 6 ECHR and article 45, paragraph 1, of the Polish constitution¹⁸.

In *Repubblika*¹⁹ it was the Constitutional Court of Malta that referred questions on the procedure laid down in the Maltese Constitution giving the Prime Minister discretion to appoint members of the judiciary.

In its judgment of 20 April 2021 the CJEU did not find that the Maltese law was contrary to EU law and emphasized in this respect a number of important constitutional and institutional measures that circumscribed the Prime Minister's discretion. However, the Court emphasized in its judgment the obligations to preserve the rule of law flowing from articles 2 and 19, paragraph 1, TEU²⁰.

3.3 Disciplinary and control procedures

If we now turn our attention to the area of disciplinary and control procedures, we once again have to mention a case of Polish origin, *Commission v Poland*, which was decided by our court on 15 July 2021²¹.

The CJEU found that Poland had failed to fulfill its obligations under art. 19, paragraph 1, TEU by inter alia failing to guarantee the independence and

¹⁷ CJEU, judgment *A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others*, cit.

¹⁸ This subject was recently reconsidered by the CJEU in the judgment of 29 March 2022, *BN and Others v Getin Noble Bank S.A.*, case C-132/20, EU:C:2022:235.

¹⁹ CJEU, judgment of 20 April 2021, *Repubblika v. Il-Prim Ministru*, case C-896/19, EU:C:2021:311.

²⁰ CJEU, *Repubblika v. Il-Prim Ministru*, cit., paras 63-65.

²¹ CJEU, judgment of 15 July 2021, *European Commission v Republic of Poland*, case C-791/19, EU:C:2021:596 (*Disciplinary regime for judges*).

impartiality of the Disciplinary Chamber and by allowing the content of judicial decisions to be classified as a disciplinary offence. The Court also found that Poland had violated article 267 TFEU by making it possible to trigger disciplinary procedures against Polish judges, who have used their right under article 267 TFEU to make a preliminary reference to the CJEU.

Romania is equally represented in our case-law under this sub-heading²². In the judgment, “Romanian Judges Forum”, which was delivered on 18 May 2021, the CJEU once again stressed the need for disciplinary chambers to be set up in such a way and in accordance with rules such as to safeguard the impartiality and independence of the chamber and its individual members.

It is, said the CJEU, “essential that the body competent to conduct investigations and bring disciplinary proceedings should act objectively and impartially in performance of its duties and, to that end, be free from any external influence”²³.

As is normal in a preliminary ruling case it is then for the referring court to apply the EU-law as interpreted by the Court on the national law and the facts at hand in the national file.

3.4 Liability of judges

The Court in the “Romanian Judges Forum” case also drew a very sharp line between state financial liability for judicial errors, which is certainly in conformity with articles 2 and 19 TEU, and personal liability of individual judges for damages caused by the judicial errors they may have made, which on the other hand is not acceptable²⁴.

²² CJEU, judgment of 18 May 2021, [*Asociația ‘Forumul Judecătorilor din România’ and Others v Inspecția Judiciară and Others*](#), joined cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 and C-397/19, EU:C:2021:393 (*Romanian Judges Forum*).

²³ CJEU, [*Asociația ‘Forumul Judecătorilor din România’ and Others v Inspecția Judiciară and Others*](#), *cit.*, para 199.

²⁴ JEU, [*Asociația ‘Forumul Judecătorilor din România’ and Others v Inspecția Judiciară and Others*](#), *cit.*, para 241.

3.5 Transfer of judges

The rules of Primary EU law on judicial independence, in particular art. 19, paragraph 1, TEU may equally play a role and set limits, when it comes to the transfer of judges against their will. The CJEU on 6 October 2021 rendered a judgment in the *W.Z.* case²⁵, which falls under this heading and confirms this. However, the factual and procedural setting of this case is so complex and intertwined with other preliminary references that for reasons of time I refrain from presenting it properly.

4. Possible general effects and consequences when the principles of rule of law and of judicial independence are not respected in a Member State

I have already mentioned the (in)admissibility of preliminary references made by bodies who in the end often end up not qualifying as a “court or tribunal” in the sense of article 267 TFEU, which of course is often a consequence of lack of judicial independence. Although it is normally a consequence of an individual character, as it normally concerns a single body.

I will now instead talk a little on the possible more general consequences, when these principles are not respected and judicial independence is not or no longer present, in particular due to a “systemic or generalized deficiency”, in the judicial system of a Member State.

The issue has already been brought before the CJEU on several occasions.

²⁵ CJEU, judgment of 6 October 2021, [W.Z.](#), case C-487/19, EU:C:2021:798 (*Chamber of Extraordinary Control and Public Affairs of the Supreme Court – Appointment*).

5. The Framework Decision on the European Arrest Warrant

This happened for the first time in a judgment in the Minister for Justice and Equality case of 12 March 2018²⁶ on a preliminary reference from an Irish court confronted with a European Arrest Warrant concerning the surrender of a Polish citizen to Poland. The referring court was - with reference to inter alia reports from the Venice Commission - concerned with the possible general deficiencies in the Polish judicial system.

The referring court therefore asked whether the general violations of the principle of judicial independence in Poland following the judgments delivered by the CJEU implied that there was no longer a sufficient basis for the necessary mutual trust in order to execute the EAW at hand.

The CJEU referring to the *Aranyosi and Căldăraru*-judgment²⁷ stated that “limitations may be placed on the principles of mutual recognition and mutual trust between Member States in «exceptional circumstances»”²⁸. The Court also noted that “not only the decision on executing a European arrest warrant, but also the decision on issuing such a warrant, must be taken by a judicial authority that meets the requirements inherent in effective judicial protection – including the guarantee of independence”²⁹.

The CJEU continued to follow the reasoning of the *Aranyosi and Căldăraru*-judgment and told the executing judicial authority to “determine, specifically and precisely, whether, having regard to his personal situation, as well as to the nature of the offence for which he is being prosecuted and the factual context that form the basis of the European arrest warrant, and in the light of the information provided by the issuing Member State [...] there are

²⁶ CJEU, judgment of 25 July 2018, [LM](#), case C-216/18 PPU, EU:C:2018:586 (*Deficiencies in the system of justice*).

²⁷ CJEU, judgment of 5 April 2016, [Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen](#), joined cases C-404/15 and C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

²⁸ CJEU, [LM](#), *cit.*, para 46.

²⁹ CJEU, [LM](#), *cit.*, para 56.

substantial grounds for believing that [the wanted person] will run such a risk if he is surrendered to that state”³⁰.

The essentially same question has come back to the CJEU on references mostly from Dutch courts. The answers given so far³¹ have been in line with the answers in *Minister for Justice and Equality*, but we have still pending cases on these and similar issues³². I should also mention here a reference from the Italian Constitutional Court on the application of the *Aranyosi and Caldaru* “logic” on individual health issues³³.

I believe it is fair to say that the CJEU, in particular when it comes to the FD EAW has given a certain priority to the principle of mutual recognition based on mutual trust. The Court has accepted that the EU legislator has set the bar quite high before a general or individual (risk of) breach of the principle of rule of law and judicial independence in the issuing Member State obliges the executing Member State to not execute an EAW.

It is finally important here to bear in mind that - different from say the area of the Dublin-regime - we are with the FD EAW confronted with a kind of Goldilocks’ squeeze.

The administrative and judicial authorities “have to get it just right”, when interpreting the FD. They must surrender the requested person, unless a sufficiently qualified breach of fundamental rights exceptionally obliges them not to surrender. They are not allowed to be more generous in applying the fundamental rights “to be on the safe side.”

³⁰ CJEU, *LM*, *cit.*, para 67.

³¹ CJEU, judgments of 17 December 2020, *L and P*, joined cases C-354/20 PPU and C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033, and of 22 February 2022, *X and Y v Openbaar Ministerie*, Joined Cases C-562/21 and C-563/21 PPU, EU:C:2022:100.

³² Pending case *Puig Gordi and Others*, case C-158/21. In this case, the ADVOCATE GENERAL delivered his *Opinion* on 14 July 2022, EU:C:2022:573.

³³ Pending case *E.D.L.*, case C-699/21.

INDIPENDENZA DEI GIUDICI NAZIONALI E IN PARTICOLARE DEL MAGISTRATO CONTABILE

Angelo BUSCEMA*

1. Premessa

La sessione pomeridiana dell'incontro odierno è dedicata al tema dell'indipendenza del giudice, tema che si presta a essere studiato sotto molteplici profili. Tra questi assumono particolare rilievo quelli dell'indipendenza esterna dei magistrati – in relazione ai rapporti tra l'ordinamento giurisdizionale interno e la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) – e dell'indipendenza interna dei magistrati.

Nella mia relazione tratterò di quest'ultimo profilo, quello dell'indipendenza interna del giudice, che presenta aspetti plurimi e variamente articolati e in particolare del magistrato contabile.

Il legislatore costituente, stabilendo, all' art. 101 della Costituzione, che la giustizia è amministrata in nome del popolo e che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, ha inteso garantire l'indipendenza di chi esercita la funzione giudiziaria, affermando un principio basilare per ogni ordinamento democratico.

Difatti, la subordinazione del giudice alla legge restringe l'ambito della sua discrezione e consente di assicurare effettività alle norme giuridiche volte alla tutela dei diritti fondamentali contribuendo così a consolidare la funzione

* Giudice della Corte costituzionale italiana, già Presidente della Corte dei Conti.

di garanzia attribuita alla Magistratura nel sistema costituzionale democratico.

In questo quadro assumono particolare rilievo principî fondamentali quali: l'imparzialità della funzione giurisdizionale finalizzata alla conservazione dell'ordinamento giuridico dello Stato; l'indipendenza dei giudici, strumentale rispetto all'imparzialità della funzione; l'autonomia della Magistratura, intesa nel senso di sottrazione ad altri poteri od organi dello Stato dei provvedimenti riguardanti lo status del giudice, dei relativi giudizi disciplinari e del governo della Magistratura stessa.

L' art. 104 della Costituzione italiana prevede, poi, che la Magistratura costituisca un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.

La Corte costituzionale ha costantemente affermato – fin dalla sentenza n. 22 del 1959¹ – che l'art. 101, enunciando il principio dell'indipendenza del singolo giudice, ha inteso indicare che il magistrato nell'esercizio della sua funzione non ha altro vincolo che quello della legge, mentre l'art. 104 contiene il principio dell'indipendenza dell'organizzazione giudiziaria nel suo complesso, ciò significando che l'ordine della Magistratura non deve dipendere da altro potere e deve esso stesso disporre per ciò che riguarda il proprio stato.

Discende dalla Costituzione che l'indipendenza del Magistrato non deve essere considerata una prerogativa o un privilegio nell'interesse proprio ma essa rappresenta un interesse dello stato di diritto e di coloro che cercano e si aspettano giustizia: i cittadini.

2. Il ruolo dell'Unione europea nell'indipendenza dei sistemi giudiziari

Tale assunto trova conferma nell'invito rivolto dall'Unione europea agli Stati membri a migliorare l'indipendenza, la qualità e l'efficienza dei rispettivi

¹ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 5 maggio 1959, n. 22](#), IT:COST:1959:22.

sistemi giudiziari e ad adottare riforme capaci di preservare lo stato di diritto e di rispettare le norme dell'Unione in materia di indipendenza della Magistratura stessa.

Il Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), organo del Consiglio d'Europa, ha affermato che l'indipendenza dei giudici, in una società globalizzata e interdipendente, rappresenta per ogni cittadino una garanzia di verità, libertà, rispetto dei diritti umani e giustizia imparziale e libera da influenze esterne, ritenendo l'indipendenza della Magistratura una condizione preliminare dello stato di diritto e una garanzia fondamentale di un processo equo. I giudici sono, difatti, incaricati della decisione finale sulla vita, le libertà, i diritti, i doveri e le proprietà dei cittadini.

Da qui, il dovere degli Stati di intraprendere tutte le misure idonee a promuovere l'indipendenza e l'efficienza dei giudici, garantire e rendere più efficace la loro responsabilità, rafforzando non soltanto il ruolo dei singoli giudici, ma anche della Magistratura in generale.

Anche il Comitato dei Ministri membri – rilevando che nell'esercizio delle loro funzioni giudiziarie il ruolo dei giudici è essenziale per garantire la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali e volendo promuovere l'indipendenza dei giudici, elemento inerente allo stato di diritto indispensabile per l'imparzialità della Magistratura e per il funzionamento del sistema giudiziario – ha rivolto agli Stati una Raccomandazione, la n. 2 del 2010², sottolineando che l'indipendenza della Magistratura è in grado di assicurare a ogni persona il diritto a un equo processo; essa costituisce una garanzia di rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali rafforzando la fiducia nel sistema giudiziario.

Tutto ciò nel suo insieme rappresenta un elemento fondamentale dello stato di diritto, modello dominante nei moderni sistemi costituzionali, espressamente contemplato nell'art. 2 del TUE, il quale, nella versione vigente, qualifica lo stato di diritto come uno dei valori fondanti dell'Unione europea.

² CM./Rec. (2010) 12.

L'onere di assicurare il controllo giurisdizionale nell'ordinamento giuridico eurounitario è ripartito, secondo quanto disposto dall'art. 19 del TUE, tra la Corte di giustizia dell'Unione europea e gli organi giurisdizionali degli Stati membri³.

Il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti dell'Unione europea è altresì previsto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dall'art. 6 e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

L'art. 6 CEDU, in particolare, definisce lo standard minimo di garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione correlate al diritto a un equo processo quali: pubblicità della procedura, durata ragionevole, accesso a un tribunale, indipendenza e imparzialità; e al diritto nel processo: eguaglianza delle parti, diritto a essere informato dell'accusa, all'assistenza legale, ecc.

Tali garanzie, che pongono a carico dello Stato un obbligo di risultato pur nella libertà di scelta delle modalità con le quali raggiungere lo scopo, corrispondono a quelle previste nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 47 e 48), oggi parte del Trattato di Lisbona.

Tale normativa, assieme alla giurisprudenza della Corte EDU che ha elaborato i principi in materia di equo processo – applicabili, in linea generale, anche nel processo amministrativo e nel processo contabile – hanno sollecitato la riforma dell'art. 111 Cost., operata dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

³ CGCE, sentenza del 25 luglio 2002, [*Unión de Pequeños Agricultores*](#), in causa C-50/00 P, EU:C:2002:462.

3. L'indipendenza della magistratura contabile

Tradizionalmente, il tema dell'indipendenza del giudice è stato sempre affrontato con riguardo alla Magistratura ordinaria o, tutt'al più, a quella amministrativa, quest'ultima soprattutto in relazione alle funzioni (giurisdizionale e consultiva) attribuite al Consiglio di Stato⁴. Scarsa attenzione è stata, invece, rivolta alla Magistratura contabile, la quale presenta alcuni aspetti del tutto peculiari.

Tale peculiarità discende dal fatto che la Corte dei conti è un'Istituzione complessa (articoli 100, comma 2, nonché 103 e 108, comma 2), in ragione della pluralità di funzioni che la Costituzione le attribuisce, composta di magistrati dotati di ampie garanzie di indipendenza (art. 100, secondo comma, Cost.), che, analogamente ai magistrati dell'ordine giudiziario, si distinguono tra loro “solo per diversità di funzioni” (art. 10 legge 21 marzo 1953, n. 161); essa è annoverata, accanto alla Magistratura ordinaria e al Consiglio di Stato, tra le “supreme magistrature” (art. 135 Cost.) ed è istituzionalmente investita di funzioni giurisdizionali a norma dell'art. 103, secondo comma, Cost.⁵.

L'esigenza dell'indipendenza del giudice contabile è particolarmente avvertita in quanto l'assenza di qualsiasi rapporto di subordinazione verso gli organi della pubblica amministrazione si pone come essenziale garanzia per la tutela dell'interesse patrimoniale indisponibile dell'ente pubblico e per una effettiva imparzialità nei riguardi dell'operatore pubblico.

Come noto, infatti, dinanzi al giudice contabile l'interesse patrimoniale della pubblica amministrazione è tutelato dalla Procura della Corte dei conti e non dalla amministrazione, la quale non assume la veste di parte in causa nel giudizio.

⁴ G. URBANO, *Riflessioni sulla indipendenza del magistrato contabile*, in *Rivista Federalismi*, 2019.

⁵ Circa la pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale dinanzi alla Corte dei conti si ricorda che l'art.2 del nuovo codice della giustizia contabile, approvato con d.lgs. 26 agosto 2016, n.174, prevede, tra i principi generali, quello della “tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”; in particolare, l'effettività della tutela giurisdizionale dinanzi alla Corte dei conti, coniugata alla sua pienezza, trova fondamento nell'art. 24 Cost. e negli articoli 6 e 13 della CEDU (M.C. RAZZANO, *Commento al codice della giustizia contabile*, Rimini, 2017, p. 27 ss.).

4. Inquadramento dell'autonomia della Magistratura contabile

Generalmente, quando si parla dell'autonomia della Magistratura contabile, il problema viene inquadrato nell'ottica dei rapporti tra la Corte dei conti, nell'esercizio della funzione di controllo, il Governo e il Parlamento.

In tale ambito, la Magistratura contabile si presenta come un organo in grado di soddisfare l'esigenza di garanzia di indipendenza dell'organo controllante rispetto al controllato ed è proprio grazie alle sue prerogative che essa è in grado di assolvere una funzione di garanzia dell'ordinamento, esercitando un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, preordinato alla tutela del diritto oggettivo e garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità⁶.

Riguardo, ad esempio, al giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che esso si svolge nelle forme della giurisdizione contenziosa, pertanto, la situazione del magistrato contabile nel giudizio di parifica del rendiconto è analoga a quella in cui si trova un qualsiasi giudice (ordinario o speciale), allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono⁷.

Nella recente pronuncia n. 184 del 2022⁸, nella quale sono stati respinti i ricorsi della Regione Siciliana per conflitto di attribuzione tra enti, la Corte ha affermato che il controllo di legittimità/regolarità (la “validazione”) del risultato di amministrazione, cioè delle risultanze contabili della gestione finanziaria e patrimoniale dell'ente su cui si basa il rendiconto, alla luce dei principî costituzionali di stabilità finanziaria è riservato al giudice contabile

⁶ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 27 gennaio 1995, n. 29](#), IT:COST:1995:29; sentenza [30 dicembre 1997, n. 470](#), IT:COST:1997:470.

⁷ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 5 marzo 2018, n. 49](#), IT:COST:2018:49.

⁸ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 21 giugno 2022, n. 184](#), IT:COST:2022:184.

quale organo di garanzia della legalità nell'utilizzo delle risorse pubbliche e non può arrestarsi per il sopravvenire della legge regionale di approvazione del rendiconto, proprio in quanto strumentale ad assicurare il rispetto dei principi costituzionali sull'equilibrio di bilancio.

Con riguardo al controllo di legittimità-regolarità sui bilanci degli enti locali, poi, esso si colloca nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica, in riferimento agli articoli 97, primo comma, 81, 117 e 119 della Costituzione, che la Corte dei conti contribuisce ad assicurare, quale organo terzo ed imparziale di garanzia dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive, in quanto al servizio dello Stato—ordinamento.

5. La giurisprudenza costituzionale

5.1 Le nomine governative

La giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di occuparsi dell'indipendenza del giudice contabile anche in altre occasioni affrontando, in particolare alcune questioni, comuni al giudice contabile e al giudice amministrativo, ma non ai magistrati ordinari, proprio in ragione della differenza tra le Magistrature.

In particolare, la Corte si è espressa sulla questione di legittimità costituzionale di disposizioni afferenti alla nomina governativa di una quota di Magistrati con la qualifica di Consigliere nel ruolo della Magistratura contabile.

Nella fattispecie veniva censurato l'art. 7 del T.U. delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti 12 luglio 1934, n. 1214, nella parte in cui attribuisce al Governo la facoltà di nominare una quota di consiglieri della Corte dei conti. Tale procedura di nomina era infatti prospettata come idonea a influenzare il libero convincimento del giudice e potenzialmente capace di

produrre effetti distorsivi, sia nell'espletamento della funzione di controllo, sia nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 1 del 1967⁹, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale della normativa in questione affermando che il reclutamento di magistrati contabili in modi diversi e con procedimenti diversi da quelli del concorso pubblico può essere invece opportuno in quanto la provvista di magistrati con tale procedimento, diverso da quello del concorso pubblico, consente alla Corte dei conti di acquisire esperienze e professionalità maturate nell'amministrazione attiva, utili, in particolare, all'esercizio delle funzioni di controllo.

L'indipendenza della Corte dei conti deve ricercarsi – ha affermato la Consulta – nei modi con i quali svolge le funzioni e non nelle modalità di nomina dei suoi componenti.

La giurisprudenza costituzionale valida la garanzia di indipendenza, ricordando che ai sensi dell'art. 8 del T.U. delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, i consiglieri della Corte dei conti non possano essere revocati, né collocati a riposo di ufficio, né allontanati in qualsiasi altro modo senza il parere conforme di una commissione composta dai Presidenti e dai Vicepresidenti dei due rami del Parlamento.

In definitiva, le regole che disciplinano la nomina di una quota di magistrati della Corte dei conti non incidono sulla indipendenza del giudice in quanto esauriscono i loro effetti con l'atto di nomina che segna anche la fine di ogni vincolo di soggezione tra il Governo e il giudice contabile nominato.

La Corte costituzionale è successivamente intervenuta confermando il suo orientamento ed affermando che l'indipendenza del giudice si manifesta e si rintraccia nel momento successivo all'investitura del soggetto nell'ufficio, garantita non solo dalla inamovibilità effettiva dei consiglieri di nomina

⁹ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 21 gennaio 1967, n. 1](#), IT:COST:1967:1.

governativa ma soprattutto dall'idoneità del soggetto a ricoprire l'ufficio e dall'acquisizione dello *status* di magistrato nell'esercizio delle funzioni¹⁰.

Con riguardo ai consiglieri di nomina regionale, designati dai rispettivi consigli regionali ai sensi dell'art. 7, comma 8-*bis*, della legge n. 131/2003, introdotto dalla legge 4 marzo 2009, n. 15, si osserva che essi hanno un mandato limitato ad un breve arco temporale, 5 anni, e non sono confermabili.

Occorre chiedersi se la durata limitata del mandato di detti consiglieri possa riflettersi, in termini di stabilità e inamovibilità, sulla garanzia della loro indipendenza dagli organi politici regionali che li hanno nominati, anche in considerazione del fatto che, dopo aver completato il mandato, i predetti Magistrati possono tornare presso l'amministrazione regionale che li ha nominati.

5.2. Attribuzione degli incarichi extragiudiziari

Altro profilo è quello dell'attribuzione degli incarichi extragiudiziari, affrontato dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato¹¹ che la disciplina relativa agli incarichi extraistituzionali dei magistrati non è illegittima se rispettosa delle esigenze di salvaguardia dell'indipendenza e dell'imparzialità, e se prevede condizioni e procedure compatibili con detti principî per il conferimento o per l'autorizzazione all'assunzione dell'incarico.

Da ciò consegue che gli incarichi non possono essere conferiti, né autorizzati, quando l'espletamento degli stessi, tenuto conto delle circostanze ambientali, sia suscettibile di determinare una situazione pregiudizievole per l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato, o per il prestigio e l'immagine della Magistratura della Corte dei conti.

¹⁰ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 4 novembre 2004, n. 316](#), IT:COST:2004:316, [sentenza del 22 gennaio 1976, n. 25](#), IT:COST:1976:25, [sentenza del 6 giugno 1973, n. 177](#), IT:COST:1973:177.

¹¹ CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 3 giugno 1999, n. 224](#), IT:COST:1999:224.

La Corte costituzionale¹², con riguardo agli incarichi attribuiti ai magistrati contabili in servizio presso la Regione Siciliana, ha affermato che la limitazione territoriale, per il contesto normativo e per le caratteristiche degli incarichi extragiudiziali attribuiti, potrebbe porsi in contrasto con le garanzie di indipendenza e imparzialità dei magistrati della Corte dei conti¹³.

5.3. Nomine dell'organo di autogoverno

Un ulteriore aspetto correlato all'indipendenza della Magistratura contabile riguarda la nomina del Presidente dell'Istituto e la composizione dell'organo di autogoverno¹⁴.

Il Presidente della Corte dei conti è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di Presidenza (art. 1 della legge n. 202 del 2000, che sostituisce l'art. 7, comma 2, del r.d. n. 1214 del 1934).

Nella prassi prevalsa per molto tempo il parere rilasciato dal Consiglio di Presidenza aveva assunto la veste di una vera e propria designazione che consentiva di assicurare la garanzia di indipendenza e imparzialità dell'organo di fronte al Governo. Negli ultimi anni, tuttavia, il Governo ha chiesto all'organo di autogoverno della Corte dei conti di indicare una rosa di tre o addirittura di cinque nominativi entro i quali effettuare la scelta che, in tal modo, è compiuta dal Governo stesso e non dall'organo di autogoverno.

Il meccanismo previsto dalla legge, che prevede che il parere sulla nomina rilasciato dal Consiglio di Presidenza è obbligatorio ma non vincolante, è considerato da parte della dottrina come una ingerenza del potere esecutivo

¹² CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 3 giugno 1999, n. 224](#), *cit.*, [sentenza del 2 luglio 2018, n. 231](#), IT:COST:2018:231.

¹³ Cfr. sul punto M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2018, p.72 ss.

¹⁴ Cfr. N. ZANON, *L'autonomia e l'indipendenza delle magistrature speciali nella Costituzione*, oggi, Pisa, 2013.

nell'attività giurisdizionale e come una criticità capace di minare il principio di indipendenza della funzione giurisdizionale¹⁵.

6. Il Consiglio di presidenza della Corte dei conti

Fondamentale, per l'indipendenza della Magistratura è l'Organo di autogoverno, come affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 87 del 2009¹⁶, secondo la quale l'esistenza di organi di autogoverno delle giurisdizioni appartiene all'area di quei principî costituzionali comuni che rappresentano una garanzia "del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale complessivamente intesa, esercitata, cioè sia dalla magistratura ordinaria che dalle (altre) magistrature".

Delle tre magistrature costituzionalmente riconosciute quella contabile è stata l'ultima a introdurre tale organo: il Consiglio di presidenza della Corte dei conti è stato istituito solo nel 1988 dalla legge 13 aprile 1988, n. 117¹⁷.

La sostanziale omologazione alla magistratura ordinaria e a quella amministrativa è durata, però, solo fino al 2009 quando la citata legge 4 marzo 2009, n. 15 ha statuito che l'organo di governo della Corte dei conti è rappresentato dal Presidente al quale vengono attribuite una serie di prerogative quali, ad esempio, l'autorizzazione degli incarichi extra-istituzionali e il potere di proporre variazioni o riforme che ritiene opportune

¹⁵ E.DE FRANCISCO e H.SIMONETTI, *La nomina del Presidente del Consiglio di Stato: quello che noi credevamo*, in www.giustamm.it, 2016, p. 12; F.F. PAGANO, *La composizione del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti e l'indipendenza dei giudici speciali al vaglio della Corte costituzionale*, p.11.

¹⁶ CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 27 marzo 2009, n. 87](#), IT:COST:2009:87.

¹⁷ L'esistenza di organi di autogoverno delle giurisdizioni appartiene all'area di quei principi costituzionali comuni che rappresentano una garanzia "del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale complessivamente intesa, esercitata, cioè sia dalla magistratura ordinaria che dalle (altre) magistrature" (CORTE COSTITUZIONALE, [ordinanza del 27 marzo 2009, n. 87](#), cit.). Si veda A.D'ALOIA, *I Consigli di autogoverno delle magistrature speciali. Bilancio di una esperienza e problemi (ancora) aperti*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2021, n. 2.

per il perfezionamento delle leggi e dei regolamenti sull'amministrazione e "sui conti del pubblico denaro".

Il Consiglio di Presidenza della Corte dei conti è, in tal modo, transitato da organo di autogoverno ad organo di amministrazione del personale di magistratura e privato di una competenza generale a beneficio di prerogative tipiche fissate espressamente per legge.

Anche la sua composizione muta radicalmente: prima della riforma era composto dal Presidente della Corte dei conti, dal Presidente aggiunto, dal Procuratore generale, da 10 membri togati elettivi e rappresentativi di tutte le qualifiche magistratuali (presidente di sezione, consigliere, primo referendario e referendario) e da 4 rappresentanti del Parlamento.

Dopo la riforma – ferma restando la partecipazione delle tre cariche istituzionali di vertice (Presidente, Presidente aggiunto, Procuratore generale) – i membri togati elettivi sono stati ridotti a quattro unità, numericamente parificati ai rappresentanti del Parlamento.

7. Il tema aperto della prevalenza numerica

La legge n. 15 del 2019 è stata oggetto di impugnazione davanti alla Corte costituzionale.

Il dubbio di legittimità costituzionale della normativa censurata era fondato sull'assunto che il criterio della necessaria prevalenza numerica dei membri eletti dai magistrati costituisce un "principio costituzionale comune" applicabile anche al Consiglio di presidenza della Corte dei conti, in virtù del fatto che "l'esistenza di una relazione di rappresentatività", quanto meno con la maggioranza dei componenti elettivi degli organi di autogoverno, sarebbe un elemento imprescindibile al fine di assicurare l'autonomia e l'indipendenza delle varie magistrature.

La Consulta, con la sentenza n. 16 del 2011¹⁸, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 8, sollevata dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio. Nel merito la Corte non si è pronunciata.

8. I criteri oggettivi per la designazione dei giudici

Successivamente, la Corte costituzionale con sentenza n. 257 del 2017¹⁹ si è pronunciata relativamente alla mancata previsione normativa circa la designazione del giudice sia effettuata sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 25, primo comma, della Costituzione.

Nella menzionata sentenza la Corte ha affermato, confermando l'orientamento già espresso con la sentenza n. 272 del 1998²⁰, che il soddisfacimento delle esigenze di tutela di indipendenza e imparzialità ben potesse avvenire attraverso l'esplicitazione dei criteri per l'assegnazione degli affari da parte dell'organo di autogoverno della magistratura contabile, con modalità analoghe a quelle della giurisdizione ordinaria.

Evidenzia la Corte, tuttavia, nella predetta sentenza che la situazione considerata in occasione della già menzionata decisione è significativamente mutata a seguito dell'entrata in vigore della legge 4 marzo 2009, n. 15 e che, a seguito della stessa, gran parte delle competenze prima riconosciute all'organo di autogoverno della magistratura contabile sono state trasferite a un organo monocratico, il Presidente della Corte dei conti, qualificato "organo di governo dell'Istituto".

Sostiene, altresì, la Corte che, per effetto del nuovo assetto recato dalla citata legge e della riduttiva delimitazione delle funzioni a quelle sole

¹⁸ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 13 gennaio 2011, n. 16](#), It:COST:2011:16.

¹⁹ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 6 dicembre 2017, n. 257](#), It:COST:2017:257.

²⁰ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 17 luglio 1998, n. 272](#), It:COST:1998:272.

espressamente previste dalla legge, il Consiglio di presidenza della Corte dei conti non dispone attualmente – come avviene invece per gli organi di autogoverno delle altre magistrature – del potere di dettare i criteri di massima per la ripartizione degli affari e la composizione dei collegi.

9. Conclusioni

Va in conclusione rilevato che il Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, transitato da organo di autogoverno ad organo di amministrazione del personale di magistratura, sembra discostarsi dal modello disegnato per gli organi di autogoverno della Giustizia amministrativa e, in particolare, per quello della Magistratura ordinaria²¹.

Aggiungo soltanto qualche breve considerazione.

Nell'ottica delle riforme che riguarderanno tutte le magistrature, si potrebbe ipotizzare un riallineamento degli organi di autogoverno delle Magistrature, compreso quello del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti sulla base del modello previsto per la Magistratura ordinaria, pur tenendo conto delle peculiarità di ciascuna Magistratura, anche considerando la necessità di garantire, all'interno dell'organo, la rappresentanza di tutte le plurime funzioni istituzionali della Corte stessa.

Occorre riaffermare che il principio di indipendenza del magistrato contabile, anche per la natura degli interessi coinvolti nelle controversie di sua competenza, con particolare riguardo alla tutela dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive di bilancio che contribuisce ad assicurare, quale organo terzo ed imparziale di garanzia, rappresenta un bene imprescindibile a cui sono connessi l'imparzialità del giudizio, le concrete modalità di esercizio delle funzioni e,

²¹ Sul tema degli organi di garanzia delle magistrature vedasi *Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario*, a cura di B. CARAVITA DI TORITTO, in *Studi di Federalismi*, Napoli, 2013.

soprattutto, il grado di tutela delle aspettative di giustizia da parte dei cittadini, anche a salvaguardia degli interessi delle future generazioni.

L'INTEGRAZIONE TRAMITE IL VALORE DELLO “STATO DI DIRITTO”

Giovanni PITRUZZELLA*

1. Premessa

La relazione del Vice-presidente della Corte di giustizia ha analizzato in modo magistrale la giurisprudenza della Corte sul *rule of law* o stato di diritto e l'indipendenza dei giudici. Non ho molto da aggiungere a quanto abbiamo ascoltato; mi limito, pertanto, ad alcune considerazioni di ordine generale, riguardanti: a) il ruolo dei valori menzionati dall'art. 2 TUE nella giurisprudenza della Corte di giustizia e nel processo di integrazione; b) l'identità costituzionale europea, di cui è elemento costitutivo il principio di indipendenza dei giudici e che fa di democrazia e *rule of law* un'endiadi inscindibile ; c) l'indipendenza degli organi giurisdizionali come blocco essenziale dell'architettura costituzionale e giudiziaria dell'Unione, indispensabile per il suo corretto funzionamento; d) lo spazio riservato all'autonomia costituzionale degli Stati membri in relazione allo Stato di diritto e all'indipendenza del potere giudiziario; e) diritto e politica di fronte alla sfida della “democrazia maggioritaria”.

* Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea.

2. Una nuova attenzione ai valori dell'Unione

La “storica” sentenza della Grande Sezione sul caso *Associazione sindacale dei giudici portoghesi*¹ ha ritenuto di “primaria importanza” preservare l’indipendenza degli organi giurisdizionali al fine di assicurare il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell’Unione (ricavato dall’art. 19 TUE). La Corte di giustizia ha collegato i suddetti principî al valore dello Stato di diritto consacrato dall’art. 2 TUE e ha sottolineato come l’Unione si fonda su alcuni valori comuni agli Stati membri, tra cui, appunto, quello dello Stato di diritto.

L’art. 2 TUE, com’è noto, afferma che l’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’eguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti alle minoranze. Si tratta dei valori comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne.

Più recentemente, nelle sentenze in seduta Plenaria dell’inizio del 2022, i cosiddetti *Conditionality Judgments*², la Corte di giustizia, ha ritenute infondate due azioni di annullamento avviate dall’Ungheria e dalla Polonia contro il regolamento 2020/2022 che ha introdotto un meccanismo di condizionalità orizzontale. In tali sentenze la Corte ha sostenuto che “l’art. 2 TUE non è semplicemente una dichiarazione di linee guida politiche o di intenzioni, ma contiene i valori che [...] sono una parte integrante dell’identità dell’UE come ordine giuridico comune, valori che hanno una concreta espressione in principi, comprese delle obbligazioni vincolanti per gli Stati”.

Il riferimento esplicito ai valori su cui si fonda l’Unione non era presente nelle prime sentenze che hanno posto i capisaldi dell’architettura

¹ CGUE, sentenza del 27 febbraio 2018, [Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas](#), in causa C-64/16, EU:C:2018: 117.

² CGUE, sentenza del 16 febbraio 2022, [Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea](#), in causa C-156/21, EU:C:2021:97; CGUE, sentenza del 16 febbraio 2022, [Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea](#), in causa C-157/21, EU:C:2021:98.

costituzionale europea, come quella riguardanti il principio dell'effetto diretto e quella sul primato del diritto dell'Unione³. La giurisprudenza recente, invece, contiene una forte sottolineatura del ruolo dei valori comuni come fondamento del diritto dell'Unione, e ciò è stato reso possibile dall'art. 2 TUE. Esiste un corpo ormai consistente di pronunce sull'indipendenza dei giudici che hanno collegato il suddetto principio al valore dello stato di diritto. Ma anche in altri campi i valori di cui all'art. 2 TUE sono utilizzati dalla Corte, che riconosce – per usare l'efficace espressione della Giudice Lucia S. Rossi – “il valore giuridico dei valori”⁴.

Come ha osservato in sede extragiudiziaria il Presidente della Corte di giustizia Koen Lenaerts, l'Unione è “in primo luogo e soprattutto, una ‘Unione di valori’”⁵. Ma quali sono le implicazioni dell'uso dei valori nel sistema costituzionale dell'Unione?

3. Teoria dei valori e ruolo della Corte

La teoria dei valori ha occupato un posto importante nel dibattito costituzionalistico novecentesco, specie in Germania e in Italia. Naturalmente non è questa la sede per effettuarne una sintesi. Piuttosto, schematizzando al massimo, possiamo cogliere in esso due opposti atteggiamenti. Da una parte, la “tirannia dei valori” teorizzata da Carl Schmitt, che, sulla scia di Max Weber, evidenziava la loro pulsione assolutistica, che ne può fare il propellente

³ Rispettivamente, casi *van Gend & Loos* (CGCE, sentenza del 16 agosto 1962, [*NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*](#), in causa C-26/62, EU:C:1963:1) e *Costa c. ENEL* (CGCE, sentenza del 15 luglio 1964, [*Flaminio Costa c. ENEL*](#), in causa C-6/64, EU:C:1964:66).

⁴ L.S. ROSSI, *La valeur juridique des valeurs. L'art. 2 TUE: relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'UE et remèdes juridictionnels*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2020, p. 639. Analogamente v. M. SAFJAN, *Rule of Law and the future of Europe*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 425 ss.

⁵ K. LENAERTS, *On Checks and Balances: the Rule of Law within the EU*, in corso di pubblicazione in *Columbia Journal of European Law*, SPECIAL ISSUE, p. 1.

di scontri e conflitti non componibili pacificamente⁶. Dall'altra, la teoria della costituzione come ordinamento del processo di integrazione di Rudolf Smend, che individuava l'essenza della politica, piuttosto che nella schmittiana contrapposizione amico-nemico, nella realizzazione dell'integrazione delle parti separate che compongono una società pluralistica⁷. Vi è l'integrazione personale, basata sulla leadership che ha il compito principale di tenere unito il gruppo politico; vi è l'integrazione funzionale che si basa sulle procedure che non hanno uno scopo predeterminato, come le procedure elettorali e parlamentari; vi è infine l'integrazione materiale, basata sui valori. A differenza dei valori antagonisti di Carl Schmitt, qui si tratta di valori condivisi tra le parti e tra loro compatibili, che sono la base del processo di integrazione e che devono essere costantemente aggiornati.

I valori, quindi, a seconda del loro contenuto e delle circostanze storico-politiche possono essere divisivi o integrativi, possono dividere o unire. A quest'ultimo tipo appartengono i valori menzionati dall'art. 2 TUE e utilizzati dalla Corte. Sono i valori che fanno parte delle tradizioni costituzionali comuni e che sono stati accettati dagli Stati che sono entrati a far parte dell'Unione in fasi successive della storia dell'integrazione europea. La giurisprudenza sulla *rule of law* e l'indipendenza dei giudici, infatti, fa costantemente riferimento alle tradizioni costituzionali comuni e si è sviluppata in piena sintonia con quella della Corte EDU. I valori utilizzati dalla Corte di giustizia, sulla base dell'art. 2 TUE, non sono imposti agli Stati membri, ma derivano dagli stessi Stati, dalle loro tradizioni costituzionali comuni e quindi emergono da un processo *bottom-up*. Solo così possono unire piuttosto che dividere.

Diventare un membro dell'Unione è per lo Stato un *constitutional momentum* perché in quel momento esso ha accettato e condiviso i valori su cui si fonda l'Unione. Lo ha detto chiaramente la Corte di giustizia in una recente sentenza della Grande Sezione⁸, che riguardava la posizione dei giudici polacchi

⁶ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, p. 46 ss. L'Autore, tra l'altro, parla di “un'aggressività immanente a ogni posizione di valori” (p. 55).

⁷ R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, p. 177 ss.

⁸ CGUE, sentenza del 29 marzo 2022, [BN e a. contro Getin Noble Bank S.A.](#), in causa C-132/20, EU:C:2022:235.

inizialmente nominati durante il regime autoritario. Quando il regime antidemocratico è cessato e la Polonia ha aderito all'Unione, gli Stati membri hanno ritenuto che, poiché l'adesione richiede una valutazione di conformità con i cosiddetti criteri di Copenaghen, la decisione a favore dell'adesione della Polonia presupponeva la conformità del suo sistema giudiziario con il diritto dell'UE.

Integration through law è stata l'espressione fortunata che, a partire dagli studi fondamentali di Mauro Cappelletti, Monica Secombe e Joseph Weiler (1986)⁹, è servita a caratterizzare il processo di integrazione europea, in cui il diritto è al tempo stesso l'oggetto e il mezzo dell'integrazione. Avere in comune i valori fondativi degli ordinamenti costituzionali nazionali e impegnarsi a tutelarli e a promuoverne la realizzazione significa creare dei vincoli di solidarietà tra i popoli e gli Stati membri ancora più forti di quelli che derivano dalla creazione di un mercato unico, di una moneta unica, di un'Area di libertà e di sicurezza e di giustizia comune, significa infatti approdare a quell'*idem sentire de re publica* che è alla base di un'unione politica. La Costituzione normativa (espressa nei Trattati) dell'Unione si appoggia su una realtà politico-materiale fatta di valori condivisi tra i popoli europei, che sono divenuti giuridicamente vincolanti, che costituiscono il fondamento ultimo dell'integrazione e una fonte di legittimazione dell'Unione, ma anche il mezzo (uno dei mezzi) attraverso cui approfondirla, secondo un processo circolare.

Ma cosa comporta in pratica tutto ciò? E come conciliare la pretesa dei valori ad una piena realizzazione (la tirannia dei valori di Carl Schmitt) e il riconoscimento da parte dei Trattati dell'identità politico costituzionale degli Stati membri?

⁹ M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. WEILER, *Integration Through Law*, Berlino, 1986.

4. I valori e l'interpretazione dei Trattati

I valori tendono alla loro piena realizzazione. Essi sono dotati di un'intrinseca forza espansiva. Pertanto, i valori di cui all'art. 2 TUE orientano l'interpretazione delle disposizioni dei Trattati. In questo modo essi si concretizzano in determinati principî giuridici. Proprio perché espressione dei valori fondativi questi principî ne traggono forza in termini di inderogabilità e capacità espansiva.

Quanto detto trova conferma nella giurisprudenza della Corte. Quest'ultima afferma che l'art. 19, paragrafo 1, dà concreta espressione allo stato di diritto, imponendo agli Stati membri l'obbligazione di prevedere rimedi giurisdizionali effettivi nei campi coperti dal diritto dell'Unione¹⁰. Posto che esiste un nesso inscindibile tra rimedi effettivi e Corti indipendenti, l'art. 19, paragrafo 1, obbliga gli Stati membri a proteggere l'indipendenza delle loro Corti¹¹. La Corte ha altresì affermato che l'indipendenza è “inerente alla giurisdizione” e forma “parte dell'essenza del diritto ad una protezione giudiziaria effettiva e del diritto fondamentale al giusto processo”, entrambi diritti tutelati dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali¹².

Il concetto di indipendenza secondo la giurisprudenza, a partire dal caso *Wilson*¹³, ha due aspetti, uno interno ed uno esterno. Internamente essa assicura un *level playing field* alle parti della procedura. In questo senso indipendenza equivale a imparzialità¹⁴. Esternamente l'indipendenza comporta la necessità di uno scudo nei confronti di qualsiasi influenza esterna

¹⁰ CGUE, sentenza del 25 luglio 2018, [LM](#), in causa C-216/18 PPU, EU:C:2018:586 (*Deficienze nel sistema di giustizia*); CGUE, sentenza del 5 novembre 2019, [Commissione europea c. Repubblica di Polonia](#), in causa C-192/18, EU:C:2019:924 (*Indipendenza della Corte Suprema*).

¹¹ CGUE, sentenza del 27 febbraio 2018, [Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas](#), in causa C-64/16, EU:C:2018:117; CGUE, *cit.*

¹² CGUE, [Commissione europea c. Repubblica di Polonia](#), *cit.*

¹³ CGUE, sentenza del 19 settembre 2006, [Graham J. Wilson contro Ordre des avocats du barreau de Luxembourg](#), in causa C-506/04, EU:C:2006:587.

¹⁴ CGUE, sentenza del 21 gennaio 2020, [Banco di Santander SA](#), in causa C-274/14, EU:C:2020:17.

o pressione che possa pregiudicare l'indipendenza di giudizio. Certamente essa esclude qualsiasi controllo politico sul contenuto delle decisioni giudiziarie¹⁵.

Inoltre, la Corte ha sottolineato l'importanza del legame che esiste tra la garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità e la garanzia dell'accesso a un tribunale precedentemente istituito per legge, prevista dall'art. 47 della Carta¹⁶. Legame che esiste soprattutto con riguardo alle procedure di nomina dei titolari di organi giurisdizionali. Queste procedure, infatti, costituiscono un elemento per definire il concetto di "tribunale istituito per legge" e, altresì, un fattore alla luce del quale l'indipendenza dei giudici può essere "misurata"¹⁷.

Fare parte dell'Unione, come si osservava, significa aderire ad un ben definito paniere di valori e – possiamo aggiungere – di principî in cui essi si concretizzano. Il loro rispetto, come ha affermato la Corte di giustizia nei *Conditionality Judgments*, non è un'obbligazione che deve essere osservata al momento dell'adesione e che poi possa restare non adempiuta. Piuttosto è un obbligo che deve essere sempre rispettato dagli Stati membri. Il livello di protezione del valore dello Stato di diritto e dei principî in cui esso si concretizza che esisteva al momento dell'adesione dello Stato all'Unione è il punto di partenza e il trend delle riforme adottate dallo Stato deve essere sempre diretto al suo rafforzamento. Perciò – come la Corte di giustizia ha affermato nel caso *Repubblika*¹⁸ – uno Stato membro non può modificare la sua legislazione in maniera tale da portare ad una riduzione del livello di protezione del *rule of law*. In altre parole, l'ordinamento giuridico dell'Unione vieta la "regressione dei valori".

Nel caso citato, in effetti, le riforme in questione non portavano alcuna regressione ma al contrario rafforzavano l'indipendenza degli organi giurisdizionali. A tutt'altre conclusioni la Corte è pervenuta nelle sentenze

¹⁵ CGUE, sentenza del 18 maggio 2021, [*Asociația «Forumul Judecătorilor din Romania» e altri c. Inspecția Judiciară e altri*](#), in cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, EU:C:2021:393.

¹⁶ CGUE, sentenza del 22 febbraio 2022, [*X e Y*](#), in cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, EU:C:2022:100 (*tribunale stabilito per legge*).

¹⁷ *Ivi*, punto 57.

¹⁸ CGUE, sentenza del 20 aprile 2021, [*Repubblika c. Il-Prim Ministru*](#), in causa C-896/19, EU:C:2021:311.

A.K. e *A.B.*¹⁹, dove la Corte ha sostenuto che il principio dell'indipendenza giudiziaria non vieta la nomina dei giudici da parte dell'esecutivo, purché una volta nominati essi siano liberi da influenze o pressioni riguardanti l'esercizio delle loro funzioni. Questa precisazione significa che le condizioni sostanziali e le regole procedurali concernenti la nomina non devono dare luogo a dubbi sull'indipendenza, interna ed esterna, di tali giudici. Dubbi che, invece, sussistevano in quei casi, in particolare a causa delle riforme che hanno pregiudicato l'indipendenza dell'organo incaricato di verificare l'idoneità dei candidati alla nomina.

Pertanto, nello spazio costituzionale europeo non c'è alcuna possibilità per depotenziare o addirittura sacrificare la *rule of law*. Democrazia e *rule of law* sono considerati non solamente compatibili, ma lo Stato di diritto è visto come una condizione della democrazia. Questo valore e i principî in cui si concretizza – come quello dell'indipendenza dei giudici - si oppongono a chi vuole rimanere al potere ad ogni costo, con la conseguenza che – come si ricava dalla sentenza *Repubblika* – le tendenze autoritarie non potranno in nessun caso essere tollerate. La “democrazia illiberale” è, in Europa, un ossimoro.

5. Stato di diritto e indipendenza dei giudici: ingranaggi costituzionali

Attaccare la *rule of law* e l'indipendenza dei giudici nazionali, peraltro, equivale a bloccare gli ingranaggi principali del sistema costituzionale e giudiziario dell'Unione. Il principio di indipendenza degli organi giurisdizionali è un presupposto indefettibile del loro funzionamento.

Com'è noto, l'architettura giudiziaria europea include non solo la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado, ma anche le Corti degli Stati membri,

¹⁹ CGUE, sentenza del 19 novembre 2019, [A.K. contro Krajowa Rada Sądownictwa e CP e DO contro Sąd Najwyższy](#), in cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:982 (*Indipendenza della Camera disciplinare della Corte suprema*); CGUE, sentenza del 2 marzo 2021, [A.B. e altri c. Krajowa Rada Sądownictwa e altri](#), in causa C-824/18, EU:C:2021:153 (*Nomina dei giudici della Corte suprema*).

che hanno giurisdizione per quanto riguarda l'applicazione del diritto dell'Ue. In forza dei principî del primato e dell'effetto diretto, il diritto dell'Unione è in ciascuno Stato *the Law of the Land* e i giudici nazionali sono anche giudici europei. Pertanto, le Corti nazionali sono una componente fondamentale dell'architettura costituzionale europea, dove svolgono tre ruoli essenziali. In primo luogo, in conformità all'art. 19 TUE, esse assicurano agli individui una protezione giudiziaria effettiva dei diritti che il diritto dell'Unione attribuisce loro.

In secondo luogo, le Corti nazionali cooperano con la Corte di giustizia, attraverso il rinvio pregiudiziale, che assicura l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri; in questo modo viene garantito che il diritto dell'Unione abbia lo stesso significato normativo in tutti i Paesi dell'Unione assicurando l'eguaglianza degli individui e degli Stati membri. Per questa ragione la Corte di giustizia ha definito il meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE come “la pietra d'angolo del sistema giudiziario dell'Ue”. Infine, per far funzionare l'Area di libertà, sicurezza e giustizia, in cui è possibile il libero movimento delle decisioni giudiziarie, le Corti nazionali devono avere una fiducia reciproca in ordine al fatto che tutte siano egualmente impegnate nell'assicurare la protezione giudiziaria effettiva dei diritti attribuiti dall'Unione.

Se una misura nazionale pregiudica l'indipendenza degli organi giurisdizionali l'architettura costituzionale dell'Ue è minacciata. Come si ricava dalla giurisprudenza della Corte, senza indipendenza non ci può essere un'effettiva protezione giudiziaria dei diritti attribuiti dall'Unione; senza indipendenza degli organi giurisdizionali una corte nazionale non può impegnarsi in un dialogo, basato esclusivamente sul diritto, con la Corte di giustizia; senza indipendenza viene meno la fiducia reciproca tra le Corti mettendo a repentaglio l'Area di libertà, sicurezza e giustizia²⁰.

Ma in concreto come è possibile tutelare l'indipendenza delle Corti nazionali?

²⁰ CGUE, sentenza del 9 luglio 2020, [VQ c. Land Hessen](#), in causa C-272/19, EU:C:2020:535.

Come si è visto, la giurisprudenza instaura un ponte tra l'art. 2 del TUE, l'art. 19 TUE e l'art. 47 della Carta. A differenza delle previsioni della Carta dei diritti fondamentali, la cui applicazione, ai sensi dell'art. 51, paragrafo 1, della Carta, è condizionata alla circostanza che nel caso in esame ci sia l'implementazione del diritto dell'UE, l'art. 19, par. 1, TUE si applica tutte le volte in cui un organismo, che è considerato una Corte o un Tribunale, ha giurisdizione su questioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione. In presenza di questa unica condizione, l'art. 19 trova applicazione proteggendo l'indipendenza della Corte nazionale. Quindi l'art. 19, paragrafo 1, permette a ciascun giudice di agire, agendo nella sua "istituzionale capacità", davanti ad una Corte nazionale allorché la sua indipendenza sia stata pregiudicata da una legge o da un comportamento amministrativo. Tutto ciò indipendentemente dal fatto che i suoi diritti individuali tratti dal diritto dell'Unione siano direttamente in gioco. In quest'ultimo caso, agendo nella sua "personale capacità", il giudice, come qualsiasi persona, potrà invocare l'art. 47 della Carta.

Naturalmente cambieranno le condizioni procedurali a seconda che si tratti di un'azione per inadempimento iniziata dalla Commissione o da un altro Stato nei confronti dello Stato membro che ha violato l'obbligo di garantire l'indipendenza dei suoi tribunali, oppure di una procedura per rinvio pregiudiziale. Poiché l'azione per inadempimento mira a determinare se uno Stato membro ha violato il diritto dell'Unione non c'è bisogno che ci sia una lite pendente davanti a una Corte nazionale. Viceversa il meccanismo del rinvio pregiudiziale, di cui all'art. 267 TFUE, presuppone che ci sia una lite pendente davanti a una Corte nazionale e che la Corte di giustizia sia chiamata a aiutare la corte nazionale a "risolvere la specifica disputa che pende di fronte alla Corte"²¹. L'uso del rinvio pregiudiziale è, pertanto, condizionato all'esistenza di un "fattore di connessione" tra l'interpretazione dell'art. 19, paragrafo 1, chiesta dal giudice del rinvio e la lite che pende davanti allo stesso.

²¹ CGUE, [*Repubblika c. Il-Prim Ministru*](#), cit., punto 48.

Si tratterà di un “fattore di connessione” di natura sostanziale (come in *Associazione sindacale dei giudici portoghesi*, dove il giudice del rinvio doveva decidere se annullare una decisione amministrativa riguardante la riduzione dello stipendio dei membri della Corte dei conti sulla base della pretesa secondo cui la legislazione che la prevedeva confliggeva con l’art. 19, paragrafo 1), oppure di natura procedurale²², dove l’interpretazione dell’art. 19, paragrafo 1, TUE era richiesta al fine di stabilire quale fosse la Corte nazionale competente a risolvere una lite relativa al diritto dell’Unione).

Va poi sottolineato che la Corte di giustizia ha inserito nel principio dell’indipendenza giudiziaria la discrezionalità del giudice di promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Pertanto, misure nazionali che limitano tale discrezionalità violano il diritto dell’Unione. Questo principio è apparso, prima, come *obiter dictum*²³ e, poi, è stato espressamente riconosciuto in una pronuncia che ha affermato come i giudici non possono essere sottoposti a procedure disciplinari per avere promosso un rinvio pregiudiziale²⁴. Successivamente, in *RS*²⁵, la Corte ha sostenuto che l’art. 267 TFUE proibisce regole o pratiche nazionali secondo le quali le Corti nazionali non hanno giurisdizione a esaminare la compatibilità con il diritto dell’Unione di una legislazione nazionale che da una Corte costituzionale è stata ritenuta rispettosa di una previsione costituzionale che richiede il rispetto del principio del primato del diritto dell’Unione. Inoltre, la Corte di giustizia ha ritenuto che l’art. 267 TFUE preclude che un procedimento disciplinare sia aperto nei confronti del giudice che non ha applicato una sentenza di una Corte costituzionale di uno Stato membro con la quale detta Corte rifiutava di dare

²² Come nel citato caso deciso dalla CGUE, [*A.K. contro Krajowa Rada Sądownictwa e CP e DO contro Sąd Najwyższy*](#), sulla *indipendenza della Camera disciplinare della Corte suprema*.

²³ CGUE, sentenza del 26 marzo 2020, [*Miasto Łowicz e Prokurator Generalny zastępowany przez Prokuraturę Krajową, inizialmente Prokuratura Okręgowa w Płocku c. Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki e altri*](#), in causa C-558/18, EU:C:2020:234, punto 59.

²⁴ CGUE, sentenza del 23 novembre 2021, [*Procedimento penale a carico di IS*](#), in causa C-564/19, EU:C:2021:949.

²⁵ CGUE, sentenza del 22 febbraio 2022, [*RS*](#), in causa C-430/21, EU:C:2022:99 (*Effetti delle decisioni di una Corte costituzionale*).

effetto ad una sentenza della Corte che ha deciso in seguito ad un rinvio pregiudiziale.

6. Valori, identità politica e costituzionale degli Stati

Come si concilia quanto fin qui esposto con la tutela dell'identità politica e costituzionale degli Stati membri? Da una parte, sappiamo da una vasta letteratura che il *rule of law* è una nozione dai confini assai elastici e che non vi è comunanza di vedute sull'individuazione del suo esatto contenuto. Dall'altro, in applicazione del principio di attribuzione, la disciplina dell'ordinamento giudiziario non è affidata all'Unione ma rientra tra le competenze rimaste agli Stati membri. Allora non c'è forse il rischio che, applicando la *rule of law* e il principio di indipendenza, l'Unione esondi dagli argini posti alle sue competenze, pregiudicando l'identità politica e costituzionale degli Stati membri e in conclusione determini piuttosto che una maggiore integrazione una reazione ostile all'integrazione medesima?

La risposta è certamente negativa appena si considerano due aspetti della giurisprudenza della Corte di giustizia, entrambi evidenziati dal Presidente della Corte di giustizia. Il primo è che la *rule of law* costituisce un “*framework of reference*” che lascia spazio all'autonomia degli Stati. Il secondo è che nell'applicare il principio di indipendenza la Corte ha adottato un “*law in context approach*”²⁶.

L'integrazione tramite i valori non comporta l'adozione di un unico modello costituzionale. Come ha affermato la Corte di giustizia in due pronunce²⁷, il valore dello Stato di diritto non ha come obiettivo quello di imporre un determinato modello costituzionale. Infatti, l'imposizione di un

²⁶ K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 25 ss.

²⁷ CGUE, sentenza del 21 dicembre 2021, [Euro Box Promotion e altri \(Procedimento penale a carico di PM e altri\)](#), in cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, EU:C:2021:1034; [RS](#), *cit.* (*Effetti delle decisioni di una Corte costituzionale*).

unico modello costituzionale sarebbe in contrasto con l'art. 4, paragrafo 2, TUE che espressamente garantisce il principio del rispetto dell'identità degli Stati membri, inerente le loro fondamentali strutture politiche e costituzionali. Pertanto, la Corte di giustizia, nei *Conditionality Judgments* ha affermato che gli Stati membri godono di un certo grado di discrezionalità nell'implementare il principio della *rule of law* e che queste modalità possono variare da uno Stato membro all'altro. In conclusione, il *case law* della Corte di giustizia relativo allo stato di diritto e all'indipendenza dei giudici forma semplicemente un *framework* all'interno del quale gli Stati membri possono fare le loro scelte costituzionali. Queste scelte dovranno comunque garantire, come si è già osservato, di essere conformi al valore dello Stato di diritto e non devono mai costituire una regressione.

In questo quadro si collocano perfettamente le conclusioni dell'AG Bobek nel caso *AX*²⁸, in cui si specifica che quando uno Stato membro è stato ritenuto responsabile per i danni causati da un errore giudiziario, il principio dell'indipendenza non preclude, per sé, la possibilità per tale Stato membro di iniziare una successiva azione di recupero facendo valere la responsabilità civile del giudice in caso di dolo o colpa grave. L'analisi di diritto comparato svolta dall'AG mostra che i diversi Stati membri seguono al riguardo approcci diversi per il recupero delle somme. Queste divergenze mostrano, secondo l'AG, che sono possibili diversi bilanciamenti tra responsabilità e indipendenza giudiziaria, che possono avere esiti diversi a seconda delle tradizioni e dei modelli costituzionali di separazione dei poteri. Non è compito del diritto dell'UE fare tale bilanciamento imponendo un determinato regime di responsabilità. Al diritto dell'UE – continua l'AG – spetta semplicemente assicurare che le scelte fatte dagli Stati membri in materia di responsabilità civile dei giudici siano tali da assicurare che essi siano protetti contro ogni pressione che possa pregiudicare la loro indipendenza di giudizio e influenzare

²⁸ AVVOCATO GENERALE, conclusioni del 23 settembre 2020, [Statul Român – Ministerul Finanțelor Publice](#), in causa C-397/19, EU:C:2020:747.

le loro decisioni. Su questo punto la Corte di giustizia ha seguito le conclusioni dell'AG²⁹.

In ogni caso la verifica – analogamente a quanto fa la Corte di Strasburgo – riguarda l'esame del contesto in cui operano le regole in questione, sicché – per usare l'espressione del Presidente della Corte EDU, la garanzia riguarda non solo “l'indipendenza *de jure*”, ma anche “l'indipendenza *de facto*”. Come afferma la Corte di giustizia, le garanzie dell'indipendenza e dell'imparzialità presuppongono delle regole, in particolare per quanto riguarda la composizione dell'organo e la nomina, la durata del servizio e le ragioni per l'astensione, la riconsiderazione e le dimissioni dei suoi membri, che siano tali da evitare qualsiasi ragionevole dubbio nella mente degli individui in ordine all'impenetrabilità da parte dell'organo giurisdizionale a fattori esterni e con riguardo alla sua neutralità con riguardo agli interessi che ha di fronte³⁰. Tale valutazione richiede che la Corte esamini “lo specifico contesto nazionale legale e fattuale”³¹.

7. Conclusioni

L'attacco alla *rule of law* recentemente è maturato a causa della diffusione di un'idea – che invero ha avuto un certo grado di successo solamente in due Paesi europei – che riduce la democrazia alla volontà della maggioranza. Come ha scritto recentemente il Presidente Giuliano Amato, quando la *grund norm* diventa “nulla al di sopra della volontà del popolo”, i principali interpreti della *rule of law*, e cioè le Corti, cadono sotto una violenta critica³². Come abbiamo visto, il diritto dell'Unione innalza una diga robusta contro la diffusione di una

²⁹ CGUE, [*Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a. contro Inspectia Judiciară e altri*](#), cit.

³⁰ Si vedano le citate sentenze della CGUE [*LM, Commissione europea c. Repubblica di Polonia, A.K. contro Krajowa Rada Sądownictwa e CP e DO contro Sąd Najwyższy*](#) (Indipendenza della Camera disciplinare della Corte suprema); [*A.B. e altri c. Krajowa Rada Sądownictwa e altri*](#) (Nomina dei giudici della Corte suprema).

³¹ CGUE, [*A.B. e altri c. Krajowa Rada Sądownictwa e altri*](#), cit., punti 187 e 188.

³² G. AMATO, *Introduction*, in *Rule of Law vs. Majoritarian Democracy*, a cura di G. AMATO, B. BARBISAN, C. PINELLI, Oxford, 2021, e-book, posizione 105 ss.

semplificistica versione della democrazia che si fonda esclusivamente sulla volontà della maggioranza, sottratta a un efficace sistema di limiti e di *checks and balances*, tra cui spiccano quelli imperniati su giudici indipendenti e imparziali.

Lo stesso Presidente Giuliano Amato, però, ha collegato la “democrazia maggioritaria” a alcuni rilevanti fenomeni socio-politici³³. In estrema sintesi, da una parte, la reazione di vaste parti della società alla crisi del compromesso tra democrazia e capitalismo, nel contesto dell’attuale globalizzazione, che si è accompagnata in molti Paesi occidentali all’aumento delle diseguaglianze, all’indebolimento dei legami sociali e alla diffusione di un sentimento di rigetto nei confronti dell’élites. Dall’altra, la prevalenza in un Paese (la Polonia) di un conservatorismo legato ai valori della tradizione, il quale si sente aggredito dai principî di tolleranza, dall’espansione dei diritti individuali e dalla liberalizzazione dei costumi delle società occidentali. La reazione, orientata da alcune forze politiche, consiste nell’esaltare la volontà della maggioranza contro quelle minoranze che sono ritenute la causa dei mali attuali. In questo caso i valori sono utilizzati in chiave divisiva, servono a dividere e a creare dei muri tra chi si ritiene maggioranza e gli altri.

Di fronte a questi fenomeni che minano la fiducia di una parte consistente di alcune società europee e dei partiti maggioritari (per il momento solo in due Paesi, ma non c’è certezza che tutti gli altri siano immuni dal pericolo) in alcuni valori fondanti dell’identità dell’Unione e che sono alla base del processo di integrazione, la grande sfida che ci riguarda come europei è come affrontare le radici del malessere sociale e dare nuovo vigore ai suddetti valori. Ma qui termina il compito delle Corti costituzionali e della Corte di giustizia, e inizia quello della politica e della cultura.

³³ G. AMATO, *op. loc. cit.*

IDENTITÀ NAZIONALE E CORTI COSTITUZIONALI. IL VALORE COMUNE DELL'INDIPENDENZA

Silvana SCIARRA*

1. Premessa

Nel riflettere sui temi di questa giornata ho riletto l'«Intervista sull'identità» a Zygmunt Bauman, pubblicata alcuni anni fa¹. Posto dinanzi alla scelta se far suonare l'inno nazionale polacco o quello inglese, in occasione del conferimento di una laurea *honoris causa*, Bauman scelse l'inno europeo: troppo amara la perdita della sua identità polacca, difficile l'identificazione totale con una comunità di accoglienza, quale il Regno Unito.

Questo episodio fa riflettere sulla forza dell'identità come nozione onnicomprensiva di appartenenza ed è un modo per guardare ad alcune vicende europee contemporanee, vicende che vedono le corti costituzionali artefici della definizione dei valori comuni di cui parla l'art. 2 TUE, in stretto collegamento con l'art. 4, paragrafo 2, TUE.

L'indipendenza delle corti e dei singoli giudici – questo è il cuore del mio contributo – deve essere intesa quale valore comune dell'Unione, da interpretare sistematicamente in combinazione con il principio del primato del diritto europeo. Il Presidente Lenaerts ha scritto che è un «prerequisito» per le

* Presidente della Corte costituzionale. Le opinioni espresse in questo scritto non coinvolgono in alcun modo il collegio di cui sono parte. Ringrazio il professor Roberto Cisotta, esperto collaboratore dell'Ufficio Studi della Corte, che ha letto una prima bozza di questo intervento, fornendomi, come sempre, utili spunti di riflessione. Gli errori e le omissioni sono da attribuire solo a me.

¹ Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità* (a cura di B. Vecchi), Roma-Bari, 2003, p. 31.

corti che intendono avviare un dialogo con la CGUE e con le altre corti degli Stati membri.²

Torno a Bauman per una breve citazione: “[l]a voglia di identità nasce da un desiderio di sicurezza, esso stesso un sentimento ambiguo”. Se lasciato “fluttuare all’interno di uno spazio dai contorni indefiniti [...] diventa sul lungo periodo una condizione sfibrante e ansiogena”. Nel richiamare il disorientamento e la solitudine che accompagnano l’assenza di un’identità, si profila l’inadeguatezza degli stati nel creare certezze e vincoli di solidarietà e si insinua una critica del ‘patriottismo costituzionale’ teorizzato da Habermas.

Non intendo addentrarmi in questa disputa teorica, se non per dire che i valori comuni di cui noi, come giudici, discutiamo, dovrebbero essere il fondamento di un patriottismo costituzionale europeo, proprio perché condivisi e posti all’origine di un patto comune. Vincoli di appartenenza, dunque, e anche vincoli di lealtà e fiducia.

Prendo le mosse dalle Conclusioni dell’Avvocato generale Emiliou (AG) in un caso recente³.

La Corte costituzionale lettone chiede, con un rinvio pregiudiziale, se sia compatibile con il diritto UE – in particolare con gli articoli 49 e 56 TFUE e con l’art. 16 della CDFUE – una legge nazionale in cui si prevede sia adottata la sola lingua lettone in programmi di studio offerti da istituti di istruzione superiore nel campo dell’economia e del diritto. Ciò potrebbe implicare una restrizione della libertà di stabilimento per gli istituti stranieri che, a causa di questa barriera linguistica, sceglierebbero di non insediarsi in Lettonia.

L’AG afferma, in modo forse volutamente provocatorio, che la CGUE non ha ancora sufficientemente approfondito la nozione di identità nazionale,⁴

² K. LENAERTS, *On judicial independence and the quest for national, supranational and transnational justice*, in G. Selnik et al. (a cura di), *The art of judicial reasoning*, Berlino, 2019, p. 173.

³ AVVOCATO GENERALE, conclusioni dell’8 marzo 2022, [*Boriss Cilevičs e a. contro Latvijas Republikas Saeima*](#), in causa C- 391/20, EU:C:2022:166.

⁴ Punto 82: “[a]d oggi, la Corte non ha approfondito la nozione di «identità nazionale», né la natura o la portata della «clausola d’identità nazionale» di cui all’articolo 4, paragrafo 2, TUE. Tuttavia, alla luce del suo tenore letterale, e tenuto conto delle cause finora decise dalla Corte, taluni aspetti (o, addirittura, taluni limiti intrinseci) dell’articolo 4, paragrafo 2, TUE meritano di essere sottolineati”.

proprio perché rientra nella discrezionalità degli Stati membri riempire di contenuti quello che può apparire un concetto astratto. Ma – avverte l’AG – questa discrezionalità deve misurarsi con il principio di proporzionalità e dunque non può essere illimitata. Il diritto UE può offrire al giudice nazionale elementi di bilanciamento con il quadro costituzionale europeo e in particolare con l’art. 4, paragrafo 2, TUE. Questa norma non deve divenire “una clausola di esonero totale troppo agevole dalle norme e dai principî dei trattati dell’Unione”. L’obbligo dell’Unione di “rispettare” l’identità nazionale “non può equivalere a un diritto dello Stato membro di ignorare a suo piacimento il diritto dell’Unione”⁵.

2. La lingua e l’identità

In anni risalenti la Corte costituzionale italiana ha riconosciuto che la lingua è “elemento fondamentale di identità culturale e [...] mezzo primario di trasmissione dei relativi valori” (sentenza n. 62 del 1992), “elemento di identità individuale e collettiva di importanza basilare” (sentenza n. 15 del 1996). C’è dunque una strada aperta per valorizzare elementi identitari che, pur nel rispetto delle minoranze linguistiche, che la Corte ha sempre valorizzato, non interseca i valori europei.

Se guardiamo alla forza della lingua parlata dalle corti costituzionali, quando sono in gioco valori identitari, ci accorgiamo che essa diviene espressione diretta del rapporto più o meno collaborativo che si intende stringere con la CGUE.

Ho sostenuto in sede accademica che una ‘conversazione collaborativa’ fra corti costituzionali e CGUE si svolge adottando ‘parole comuni’, dunque rifuggendo da ogni enfasi su chi pronuncia la prima o l’ultima parola.⁶

⁵ Punto 86.

⁶ S. SCIARRA, *First and last word: can constitutional courts and the Court of Justice of the EU speak common words?*, in EUROJUS, 2022, su <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/here-3.pdf>.

L'indipendenza, quale valore comune, è una pre-condizione per l'avvio della conversazione.

Le corti costituzionali – come quella italiana – attive all'interno di ordinamenti democratici rispettosi dello stato di diritto, devono contribuire all'avanzamento dell'integrazione europea fornendo esempi di razionalità ed equilibrio nell'argomentazione, senza cedere a una deferenza acritica nei confronti della CGUE e tuttavia avendo ben chiaro che l'obiettivo comune prioritario consiste nella permanente adesione ai valori fondanti dell'Unione.

Cito brevemente a questo proposito due decisioni recenti della CGUE, che mi consentono anche di porre qualche domanda ai nostri ospiti e interlocutori.

La prima è la sentenza *Repubblika*, redatta dal giudice Rossi. A seguito di un rinvio pregiudiziale riferito a disposizioni della Costituzione maltese sui criteri di nomina dei giudici, la Corte afferma che dall'articolo 2 TUE discendono valori comuni, fra cui lo stato di diritto, caratteristici di una società in cui opera una giustizia indipendente. Da ciò si fa discendere la fiducia reciproca fra gli Stati membri “e segnatamente [fra] i loro giudici”. Pertanto, il rispetto dei valori sanciti dall'art. 2 TUE è condizione per il godimento di tutti i diritti sanciti dai Trattati, da cui gli Stati membri non possono discostarsi “in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell'art. 19 TUE”⁷.

In un contributo accademico la professoressa Rossi ha chiarito che i valori di cui all'art. 2 TUE, da intendersi quali principî costituzionali dell'Unione, sono vincolanti per le istituzioni e per gli Stati membri. Essi sono riconducibili essenzialmente ai criteri di Copenaghen e condizionano l'adesione all'UE. Come tali sono giustiziabili e si pongono su un piano distinto dalla procedura di controllo di cui all'art. 7⁸.

⁷ CGUE, sentenza del 20 aprile 2021, *Repubblika c. Il-Prim Ministru*, in causa C-896/19, EU:C:2021:311, punti 62 e 63.

⁸ L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'art. 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi*, 2020, IV ss.

A queste conclusioni si giunge sulla scorta di una giurisprudenza assai innovativa della CGUE che prende le mosse da un noto caso promosso da un'associazione di giudici portoghesi, in cui per la prima volta la CGUE legge congiuntamente l'art. 2 e l'art. 19 TUE, per sostenere che quest'ultimo "concretizza il valore dello stato di diritto affermato all'art. 2 TUE" e lo collega in via sistematica all'art. 47 della Carta. Il riferimento all'art. 267 TFUE conferma, inoltre, che gli organi giurisdizionali nazionali convergono con la CGUE nel garantire un diffuso controllo all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione⁹.

Voglio sottolineare, ancora una volta, il linguaggio adoperato dalla Corte: concretezza di un valore significa immanenza dello stesso e dunque sua traduzione in strumenti di tutela sia politici sia giurisdizionali. Su quella decisione si è innestata una lunga serie di pronunce molto complesse che, a differenza del caso maltese, hanno affrontato situazioni di crisi 'sistemica' di alcuni sistemi giudiziari, prendendo, ancora una volta, le mosse dall'indipendenza quale valore comune.

3. Gli altri valori e il principio del primato

Stabilito che non sono consentite deviazioni dallo stato di diritto, resta da chiarire quanto questa interpretazione possa dilatarsi fino a includere altri valori che allo stato di diritto fanno da cornice, poiché sono anch'essi posti a fondamento delle democrazie. Fra questi, il principio di non discriminazione, la parità di trattamento, la ragionevolezza delle regole che sovrintendono alla piena inclusione dei cittadini europei e di quanti legalmente risiedono nell'UE.

La domanda è: si può andare oltre i criteri di Copenaghen per affermare che l'identità nazionale non può costituire un limite al raggiungimento di comuni obiettivi di solidarietà nell'UE? Si può aprire una via a una

⁹ CGUE, sentenza del 27 febbraio 2018, [*Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*](#), in causa C-64/16, par. 32 e 35, EU:C:2018:117.

interpretazione estensiva di quei criteri o aggiungerne altri, alla luce dei contributi che provengono dalle corti costituzionali nazionali? Serve, per procedere in questa direzione, uno sforzo congiunto delle istituzioni europee?

Torna ciclicamente la proposta di un'Europa a doppia velocità per spingere in avanti iniziative legislative necessarie, che possano anche servire ad alleggerire – si consenta questa espressione – le responsabilità della CGUE. Anche su questo punto può essere utile soffermarsi, partendo dal valore comune dell'indipendenza¹⁰.

Sui ricorsi di annullamento proposti dalla Repubblica slovacca e dall'Ungheria contro la decisione del Consiglio che, in considerazione dell'eccezionalità dei flussi migratori aveva stabilito misure temporanee a carattere non legislativo per rispondere all'emergenza a favore di Italia e Grecia, la CGUE ha affermato, respingendo i ricorsi, che si trattava di misure complementari alla politica comune di asilo e che erano stati comunque rispettati i principî di certezza del diritto e chiarezza normativa¹¹.

Questo sembra un buon esempio di solidarietà imposta agli stati, a favore di soggetti richiedenti asilo e bisognosi di protezione internazionale, un caso in cui si deve escludere che una riserva di identità nazionale possa prevalere.

E tuttavia non basta. Per affermare quella solidarietà serve rafforzare l'intervento del legislatore europeo.

Nella drammatica nuova emergenza creatasi a seguito dell'arrivo dei profughi ucraini, in fuga dalla guerra, si è data applicazione per la prima volta, con una Decisione del Consiglio europeo, alla Direttiva 2001/55/CE¹². Quella solidarietà già prefigurata molti anni prima nel diritto europeo secondario, ha preso corpo in una scelta legislativa concreta.

¹⁰ G. AMATO, *Le identità nazionali nell'Unione europea*, Lezione 'Cesare Alfieri', Firenze, 2018

¹¹ CGUE, sentenza del 6 settembre 2017, [Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea](#), in cause C-643/15 e C-647/15, EU:C:2017:631.

¹² DECISIONE DI ESECUZIONE (UE) 2022/382 DEL CONSIGLIO, del 4 marzo 2022, [che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea](#).

L'altro caso recente che vorrei citare, per proseguire nel confronto con i nostri ospiti, riguarda la Romania. In *RS*¹³, la CGUE contrasta la decisione della Corte costituzionale rumena che, invocando l'identità nazionale, rivendica solo a sé l'interpretazione di una disposizione relativa all'istituzione di una sezione specializzata del PM.

Il primato del diritto UE è contestato perché la Decisione 2006/928/CE, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania nella riforma giudiziaria e nella lotta alla corruzione, e le Relazioni che la implementano, non sarebbero norme di diritto UE e pertanto non consentirebbero al giudice nazionale di disapplicare le disposizioni ritenute con esse in contrasto.

In due opinioni dissenzienti si chiarisce la natura giuridica delle Decisioni, atti vincolanti nella loro interezza, perfino negli allegati annessi, in cui si indicano i *benchmarks* che la Romania deve applicare per garantire appieno i valori dello stato di diritto e della indipendenza dei giudici¹⁴. Dissenso e indipendenza: altro aspetto cruciale da non trascurare.

Il punto sottolineato nelle due opinioni è tutt'altro che pedante, perché induce a riflettere sulla latitudine degli inadempimenti degli Stati membri, secondo parametri sempre più minuziosi di analisi e valutazione delle misure legislative in potenziale contrasto con il diritto dell'Unione.

Di grande interesse, a questo riguardo, è la terza edizione del “*Rapporto sullo stato di diritto*” pubblicato dalla Commissione, questa volta con specifiche raccomandazioni agli Stati membri¹⁵. Il capitolo relativo al bilanciamento fra i poteri istituzionali espressamente richiama il ruolo delle corti costituzionali e di autorità indipendenti che operano per la difesa dei diritti umani. Anche il Consiglio d'Europa ha contribuito alla redazione del rapporto, facendo

¹³ CGUE, sentenza del 22 febbraio 2022, *RS*, in causa C-430/21, EU:C:2022:99.

¹⁴ La Decisione della Corte costituzionale rumena n. 390, dell'8 giugno 2021 è disponibile in lingua inglese all'indirizzo <https://www.ccr.ro/en/admission-decisions/>. Non sono reperibili nel sito in lingua inglese le Opinioni dissenzienti.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, *The rule of law situation in the European Union. 2022 Rule of Law Report*, COM (2022) 500 final, 13 luglio 2022.

confluire in questo documento una lunga esperienza nell'individuazione di indicatori¹⁶.

Ma torniamo alla sentenza *RS* e ad alcuni passaggi che meritano particolare attenzione e favoriscono un utile confronto.

Nel richiamare, ancora una volta, gli articoli 2 e 19 TUE, seguendo questo fortunato abbinamento, la CGUE sostiene che essi non impongono un “modello costituzionale preciso”, poiché essi vanno sistematicamente interpretati in assonanza con l'art. 4, paragrafo 2, TUE, che rispetta le identità nazionali e soprattutto l'indipendenza dei giudici.

Tuttavia, disposizioni nazionali “quand'anche di rango costituzionale”¹⁷ non possono pregiudicare il primato del diritto dell'Unione, la sua unità ed efficacia, nel rispetto del principio di eguaglianza degli Stati membri dinanzi ai Trattati. In presenza di una Decisione, quale è quella indirizzata alla Romania, con contenuti chiari e precisi, i giudici nazionali devono disapplicare le disposizioni contrastanti, per non compromettere il principio di cooperazione di cui all'art. 267 TFUE. L'esito di eventuali eccezioni di incostituzionalità potrebbe essere quello di dissuadere i giudici nazionali dai loro precisi doveri di giudici europei¹⁸.

È ampio il ventaglio delle norme dei Trattati cui fare riferimento per fornire linee guida non confutabili ai giudici nazionali: l'art. 19, paragrafo 1, secondo comma deve essere interpretato in combinato disposto con l'art. 2 e l'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE, con l'art. 267 TFUE, nonché con il principio del primato del diritto dell'Unione.

¹⁶ *State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law. A democratic Renewal for Europe*, REPORT BY THE SECRETARY GENERAL OF THE COUNCIL OF EUROPE, CoE Publications, May 2021; *Moving forward 2022*, ANNUAL REPORT OF THE SECRETARY GENERAL OF THE COUNCIL OF EUROPE, CoE Publications, April 2022.

¹⁷ Par. 51 e par. 65

¹⁸ CGUE, sentenza del 21 dicembre 2021, [*Euro Box Promotion e altri \(Procedimento penale a carico di PM e altri\)*](#), in cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, EU:C:2021:1034, in cui la Corte aveva indicato il contrasto con il diritto europeo delle decisioni della Corte costituzionale rumena, se nell'attuazione delle stesse si fosse dato luogo, in collegamento con le disposizioni nazionali, a un rischio sistemico di non punibilità. Il primato del diritto europeo implica che i giudici nazionali devono disapplicare una decisione di una corte costituzionale che si pone in contrasto con il diritto dell'Unione, senza correre il rischio di sanzioni in sede disciplinare.

Questa combinazione di norme e principi osta a una normativa o a una prassi nazionale da cui si deduce che i giudici ordinari non sono – diversamente dalla prospettiva ben delineata dalla CGUE, in cui domina il rispetto del principio del primato del diritto europeo – “competenti a esaminare la conformità al diritto dell’Unione di una normativa nazionale che la Corte costituzionale di tale Stato membro ha dichiarato conforme a una disposizione costituzionale nazionale, che impone il rispetto del principio del primato del diritto dell’Unione”¹⁹.

Credo che questa decisione confermi quanto ho provato a suggerire prima: la ricerca di un linguaggio comune che nasca dall’interpretazione uniforme del diritto europeo, marginalizza il dilemma, in sé divisivo, proprio perché competitivo, fra prima e ultima parola e pone in primo piano il valore comune dell’indipendenza.

La lingua parlata dalle corti nazionali non compromette l’identità della lingua europea, che tiene insieme – quasi fosse essa stessa una lingua madre – le corti europee intese quale comunità unitaria. L’indipendenza è canale di accesso a quel linguaggio comune, presupposto per raggiungere obiettivi condivisi.

Si può, a questo riguardo, richiamare la duplice dimensione dell’indipendenza, che nell’elaborazione della CGUE è insieme ‘interna’ ed ‘esterna’, la prima orientata a salvaguardare la piena autonomia degli organi giurisdizionali, la seconda più connessa con la funzione di imparzialità²⁰.

In una recente decisione la Corte costituzionale italiana cita, unitamente ad altre sentenze, anche *RS*, proprio per avvalorare il connubio fra l’art. 4, paragrafi 2 e 3 TUE con l’art. 267 TFUE e per ribadire che la mancata disapplicazione di una disposizione nazionale ritenuta in contrasto con il diritto

¹⁹ Par 78. Si veda anche CGUE, sentenza del 16 luglio 2020, [*OC e altri c. Banca d’Italia e altri*](#), in causa C-686/18, EU:C:2020:567, par 30-33 in cui la Corte si pronuncia su una domanda di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, dopo che si era già pronunciata la Corte costituzionale.

²⁰ G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino e M. Bassini (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019, p. 52 ss.

europeo viola il principio di eguaglianza fra gli Stati membri e incrina la leale cooperazione fra gli stessi²¹.

Il principio del primato del diritto europeo, nel definire diritti e obblighi delle corti nazionali intese come un unico insieme, è richiamato dalla Corte costituzionale per confermare che quel sistema coeso non entra in alcun modo in conflitto con il sindacato accentrato di costituzionalità (art. 134 Cost). Quest'ultimo "confluisce nella costruzione di tutele sempre più integrate", proprio perché si raccorda con un "meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo"²².

Non serve dunque evocare gerarchie tra fonti europee e costituzioni nazionali, se è unitaria la convergenza verso una massimizzazione delle tutele, quando si discute di diritti e principî fondamentali, nello schema della convergenza delle tutele. Torna il valore comune dell'indipendenza delle corti che una tale convergenza perseguono²³.

Non è conciliante, al contrario, il tono della Corte costituzionale polacca in risposta a una decisione della CGUE, che aveva individuato misure atte a preservare l'indipendenza del sistema giudiziario, per evitare il contrasto con l'art. 19 TUE²⁴. Non solo si ritengono tali misure incompatibili con la costituzione polacca; si afferma anche che le decisioni della CGUE hanno un carattere ibrido e non devono ritenersi vincolanti, anche perché, in forza dell'art. 87, comma 1, della Costituzione, l'ordinamento polacco si fonda su una

²¹ CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza del 8 febbraio 2022, n. 67](#), IT:COST:2022:67, punto 10.2 del *Considerato in diritto*, in cui si cita RS par. 88. La Corte cita la sua giurisprudenza, in particolare le due ordinanze del [18 novembre 2021, n. 116](#), IT:COST:2021:116, del [18 novembre 2021, n. 117](#) IT:COST:2021:117, e del [30 luglio 2020, 182](#), *cit.*, per ribadire una risalente pratica collaborativa nel ricorso alla procedura di rinvio pregiudiziale.

²² CORTE COSTITUZIONALE, [sentenza dell'8 febbraio 2022, n. 67](#), *cit.*, punto 11 del *Considerato in diritto*.

²³ Su indipendenza e controllo effettuato dal PM nell'adozione di un mandato d'arresto europeo si vedano le Conclusioni dell'AVVOCATO GENERALE PITRUZZELLA, 21 gennaio 2020, [HK](#), in causa C- 746/18, EU:C:2020:18, punti 100 ss.

²⁴ CGUE, sentenza 15 luglio 2021, [Commissione europea c. Repubblica di Polonia](#), in causa C-791/19, EU:C:2021:596. Questa decisione fa seguito a un'azione per inadempimento promossa dalla Commissione, per contrasto con l'art. 19 paragrafo 1, secondo comma TUE, delle disposizioni in materia di provvedimenti disciplinari nei confronti di giudici che avviavano domande di rinvio pregiudiziale, così violando l'art. 267, secondo e terzo comma TFUE. Nonostante una lettera formale della Commissione che contestava queste misure, la Polonia ha negato che vi fosse violazione del diritto dell'Unione.

gerarchia di fonti che vede i Trattati europei occupare una posizione “inferiore” rispetto alla Costituzione, assimilabili a qualunque altro accordo internazionale ratificato dalla Polonia²⁵. La stessa Corte polacca, sempre in tema di indipendenza del sistema giudiziario, ha, con toni ugualmente non concilianti, minacciato di contestare la definizione di “*tribunal established by law*” di cui all’art. 6, paragrafo 1, CEDU²⁶.

Riguarda tutti noi, come cittadini europei oltre che come giudici, l’esito di questa contesa. Per questo le tecniche di salvaguardia dello stato di diritto devono essere sempre più condivise.

Le corpose sentenze della CGUE che si occupano delle misure di condizionalità per l’accesso di Polonia e Ungheria ai fondi europei si segnalano per una coerenza stringente²⁷.

Il rispetto delle sentenze della CGUE si impone quale prima condizione per accedere ad aiuti economici erogati sulla scorta di un bilancio obiettivo e trasparente. La difesa degli strumenti contabili è tutt’altro che marginale, se si pensa al complesso processo democratico che precede la stesura del bilancio europeo.

Ma possono queste condizionalità essere modulate o riformulate alla luce di altre emergenze, quale il massiccio arrivo di profughi in fuga dalla guerra? Sono quelle condizionalità altra cosa dal sostegno ai profughi? Torna in primo piano la discrezionalità politica del legislatore europeo e il corretto bilanciamento fra istituzioni europee²⁸.

²⁵ Comunicato stampa a seguito della decisione della Corte costituzionale polacca, Ref. No. K 3/21, punto 22. <https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>

²⁶ K 7/21 del 10 Marzo 2022.

²⁷ CGUE, sentenza del 16 febbraio 2022, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea*, in causa C-156/21, EU:C:2021:97, punti 110-111 e 124; CGUE, sentenza del 16 febbraio 2022, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea*, in causa C-157/21, EU:C:2021:98, punto 359. In tema, B. NASCIMBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La condizionalità*, in *Eurojus*, 2021, p. 172 ss.; C. BUZZACCHI, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*, in *Diritto e conti*, 2022.

²⁸ Il 28 agosto 2022 quattro organizzazioni europee di giudici hanno presentato ricorso per annullamento (art. 263 TFUE) alla CGUE contro il Consiglio dell’UE per la sua decisione di sbloccare i fondi per la ripresa e la resilienza per la Polonia.

4. Conclusioni

Provo a trarre alcune conclusioni.

L'indipendenza dei giudici all'interno della comunità delle corti dell'Unione si caratterizza sempre più quale valore trasversale e fondante dello stato di diritto europeo.

Per sostenere l'instancabile attività della Corte di Lussemburgo potrebbe rivelarsi utile rafforzare ancora di più la rete delle corti costituzionali europee.

La circolazione di decisioni di rilievo europeo, ora anche attraverso una più stretta collaborazione fra gli apparati amministrativi e di ricerca, voluta dal Presidente Lenaerts, si rivela sempre più necessaria.

Nel Rapporto sullo stato di diritto prima citato, fra gli *stakeholders* consultati, si indica anche la Conferenza delle corti costituzionali europee.

Mi chiedo se questo è il momento di rendere ancora più incisivo il loro intervento, attraverso una diffusione mediatica più attenta delle loro prese di posizione, ben oltre la mera ritualità di incontri periodici.

Seguendo criteri obiettivi e trasparenti, serve segnalare il comportamento di corti costituzionali virtuose, in aree anche diverse dal rispetto dello stato di diritto, poiché il corpo del diritto europeo nella sua interezza – si pensi ai diritti sociali, alla difesa dell'ambiente e dell'ecosistema – contribuisce a rafforzare le democrazie, dando voce alle attese dei cittadini.

Le Raccomandazioni allegate al “*Rapporto sullo stato di diritto*” si collegano al metodo adottato nelle procedure del Semestre europeo, un metodo volto a creare emulazione fra gli Stati membri e a segnalare all'intera comunità internazionale la marginalizzazione degli Stati che deviano e si chiamano fuori da un contesto democratico.

Ma questo potrebbe non bastare.

Cosa fare a fronte di ‘crisi sistemiche’ dello stato di diritto? Come prevenire i pericoli che possono insidiare l’indipendenza dei giudici? Può il sistema delle condizionalità, affiancato a quello delle sanzioni nei confronti degli Stati, servire a correggere ogni distorsione?

Nell’evocare, in apertura di questo intervento, l’indipendenza quale valore comune ho inteso proporre che esso è valore prioritario, proprio perché presupposto dell’eguaglianza fra gli Stati membri e preconditione per garantire “una tutela giurisdizionale effettiva” (art. 19, paragrafo 2, TUE). Come tale è funzionale alla cooperazione fra corti che regge l’impianto dell’art. 267 TFUE.

L’indipendenza concorre a creare l’identità nazionale quale fondamento della ‘struttura costituzionale’ di cui parla l’art 4, paragrafo 2, TUE. La CGUE, con le sue decisioni, sta gradualmente tratteggiando i contorni dell’indipendenza quale valore costituzionale europeo. In questo percorso le corti costituzionali nazionali devono agire in sintonia sempre più stretta.

CONCLUSIONI

Giuliano AMATO*

1. Parola ultima e parola unica

Questa è la conclusione del mio mandato di Presidente della Corte, e non poteva esserci conclusione migliore di questo incontro con voi sui temi che mi hanno interessato per tutta la vita, anche prima che entrassi alla Corte.

Attraverso questa esperienza ho notato che la Corte stessa ha migliorato il suo *fine tuning*. Devo dire che – lo ricorderanno anche i colleghi che erano presenti, già c'erano quando decidemmo il caso *Taricco* – alcuni erano già pronti e avevano come unica motivazione i *controlimiti*. Con un po' di sforzo e, comunque, rapidamente, l'intero collegio si convinse di quello che ha affermato il presidente LENAERTS: è meglio che *noi* formiamo la *nostra* interpretazione del diritto europeo, che può includere anche questo aspetto dell'ordinamento italiano, che non è presente in tutti gli ordinamenti.

La Corte, dunque, ha accettato questo ruolo: siamo anche noi interpreti del diritto europeo.

È una materia sulla quale la parola ultima spetta alla Corte di giustizia: sul diritto europeo – e questo è il primato, ben diverso dalla supremazia – essa ha *la parola ultima*, ma non *l'unica parola*. La quale si forma anche attraverso le *nostre* parole. Quindi, quella richiesta di *preliminary ruling* – che in realtà, secondo alcune intenzioni, era nata solo come un avviso del fatto che la Corte era pronta ad alzare il muro dei controlimiti – è divenuto un dialogo proficuo.

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

Proprio questo risultato è davvero importante, per la Corte e anche nella mia personale visione.

2. Dai principî ai valori

Il secondo punto che voglio rapidamente toccare è come sia accaduto che quelli che erano *principî* prima del Trattato di Lisbona siano diventati *valori*. È difficile, ancora oggi, comprenderlo. Durante i lavori della Convenzione sul futuro dell'Europa, la stesura dell'articolo 2, che era una “semplice” raccolta dei principî precedenti (chiamati, appunto, principî), li ha indicati, infine, come *valori*. Nessuno vi prestò la dovuta attenzione. Forse questo cambiamento aveva una precisa origine nazionale. Potrebbe essere stato un classico esempio di gelosia degli Stati (tipica del processo di integrazione europea) che ha inteso ridurre la forza legale dei principî, trasformandoli in valori. In seguito, a questi valori è stata attribuita, in realtà, forza giuridica. Del resto, prima di questi ultimissimi casi, di cui si è ampiamente discusso nell'incontro odierno, la *rule of law* non è mai stata, come tale, un principio che venisse *direttamente* contrapposto a norme nazionali ma, si noti, un insieme da cui si traggono i singoli *direttamente*. Le conseguenze sono facilmente immaginabili.

3. L'identità nazionale

Il terzo punto su cui vorrei soffermarmi è l'identità nazionale. Mi fa piacere constatare che siamo tutti d'accordo che tale concetto non può essere opposto all'articolo 2. È un punto fermo. Naturalmente vi possono essere alcune difficoltà, relative allo sforzo di identificare quali elementi ricadono all'interno della *rule of law*, ma la *red line* per l'identità nazionale è il rispetto dei valori comuni.

Se uno Stato non intende rispettarli, non può restare all'interno dell'Unione: deve scegliere un'altra strada. Non si può, ad esempio, usufruire dei benefici della politica agricola comune e degli altri che, in futuro, seguiranno, se nel frattempo si mina in radice uno dei cardini del processo di integrazione.

Ritengo che questo dovrebbe essere un punto fermo anche nell'interpretazione giuridica, oltre che nella sfera politica.

4. Le zone grigie

Occorre comunque essere consapevoli che ci sono zone grigie. Ci sono le *red lines* che non possono essere varcate; c'è – giustamente, come ha appena ricordato il Presidente Lenaerts – l'ambito delle diversità possibili; c'è la neutralità senza velo, oppure, al contrario, con tutti i veli possibili – neutralità che contrappone Francia e Germania, ma anche l'Italia. Quando si pose la questione del crocifisso nelle aule, il nostro amico Joseph Weiler si presentò come *amicus curiae* nel corso del giudizio, sentendo la necessità di affermare che: “io sono ebreo, ma se voi non siete cristiani, io non so più con chi parlo. Quindi, voi il crocifisso lo dovete mettere”. Da parte sua, la posizione italiana era rivolta all'apertura verso gli altri, secondo una formula come “il crocifisso e tutti gli altri, perché no? Ciascuno ha la sua religione”. È un dibattito sempre accesissimo.

Ho sottolineato questo caso per ribadire, dunque, che vi è uno spazio, chiamato dalla Corte di Strasburgo “*the margin of appreciation*”: ed è esattamente la stessa cosa.

Mi sono posto la domanda davanti alla legge polacca sull'interruzione di gravidanza. Che è così estrema, davvero così estrema che, in nome del diritto alla vita che tutela nel bambino, paralizza l'intervento del medico e consente la morte della madre. Questo è accaduto realmente.

Questo, per ricollegarmi a quanto affermato prima, va dritto al cuore dei valori: occorre verificare se sono divisivi o integrativi. Purtroppo, i valori che oggi tendono a prevalere in Europa sono divisivi. Perché sono unilaterali, rifiutano il *balancing*. La tolleranza, lo ha insegnato la Storia, è molto più integrativa dell'intolleranza. Questo accade sebbene la tolleranza consenta a opinioni molto diverse di avere, tutte, lo stesso *legal standing*; in quanto tolleranza, è, però, integrativa.

Questo è il punto nodale, che oggi affronta l'Europa, e che può creare dei seri problemi, allargando la zona grigia attorno al confine tra identità nazionale *come parte dell'insieme* e identità nazionale *che si distacca dall'insieme*.

5. L'indipendenza dei giudici

Un'ultima considerazione riguarda l'effetto che questa dinamica può avere sull'indipendenza dei giudici e sul sentimento popolare rispetto all'indipendenza dei giudici.

Anch'io ritengo che quel sentimento conti molto, ma ho sempre pensato che la maggior parte dei cittadini, di tutto il mondo in cui c'è un potere giudiziario indipendente, ha sempre apprezzato questa indipendenza. Moltissime persone ritengono che, nella loro vita, non vi sia un "giudice a Berlino", non vi siano poteri che siano disposti ad ascoltare le loro richieste, e che dunque nessuno risponde alla loro domanda di giustizia. Il fatto che ci sia un giudice che ha come unico scopo quello di stabilire quale fosse la verità di un determinato fatto, che riguarda solo la mia sfera individuale e la mia vita – una sfera di cui la politica non può e non deve interessarsi – dipende dal fatto che la singola persona possa poter dire: "avevo ragione io, non avevo rubato", oppure qualunque altra cosa sia.

Personalmente, ho sempre ritenuto che il maggior risultato della civiltà umana e giuridica sia stato questo: creare un giudice indipendente, che è quello

che soddisfa le istanze che la politica non potrà mai raggiungere, perché riguardano la vita dei singoli.

Quando nella società prende il sopravvento il valore divisivo; quando i singoli sono disposti ad accettare un giudice solo sapendo, in anticipo, a chi darà ragione, altrimenti non può essere considerato un buon giudice (ad esempio, nel sostenere che l'interruzione della gravidanza non deve essere mai ammessa, o che non ci deve essere il divorzio, oppure che la mia religione è superiore alle altre); quando si vuole un giudice quale espressione della maggioranza, della *volonté générale*... allora si è creata una frattura profonda tra il vero senso del valore dell'indipendenza e il sentimento popolare.

In conclusione, è nostro dovere adoprarci per fare in modo che questo tempo di valori – perché sono valori, molto aspramente divisivi – prima o poi finisca; lo dobbiamo fare per sperare, per tornare a respirare quell'aria che proprio Joseph Weiler aveva colto all'inizio della vita della Comunità europea, sottolineando ed esaltando il principio di fondo su cui viveva questa comunità, creata da popoli che si erano combattuti fino a pochi anni prima.

Avevamo scelto la *mutual tolerance*, come lui la definì.

