



Fenomenologia del conflitto costituzionale nello spazio pubblico europeo: un approccio moderato e pragmatico. Riflessioni a partire dal volume di ANA BOBIĆ, *The jurisprudence of Constitutional Conflicts in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2022*

di Giuliano Vosa**

SOMMARIO: 1. Introduzione: il conflitto costituzionale europeo in tre punti. – 2. Un pluralismo costituzionale costruttivo. – 3. Identità e *ultra vires*: il nodo della *rule of law*. – 4. La fiducia nello scrutinio di proporzionalità come parametro di un ordinamento unitario. – 5. Verso una conclusione? Il ruolo del diritto scritto e il posto della politica.

1. Introduzione: il conflitto costituzionale europeo in tre punti

Nel trattare temi divisivi, com'è per natura quello qui dibattuto, due, in special modo, dovrebbero essere – almeno a parere di chi scrive – i punti fermi su cui erigere un'opera monografica. Uno è il metodo: rendere edotto il lettore su cosa si intende fare, e come. L'altro è il contesto: sforzarsi di elaborare una visione storico-sistematica, se non anche teorica, dello scenario euro-unitario, sul cui parametro misurare i propri argomenti e quelli altrui.

Il volume di Ana Bobić, giovane studiosa formatasi a Zagabria, Oxford e Berlino-Hertie – ora *référéndaire* presso la Corte di Giustizia – non pecca in nessuno di questi punti, identificando già a tutta prima metodo e contesto con meritoria dovizia di dettagli.

Il metodo ruota attorno al *judicial triangle* e alla relativa raffigurazione dei rapporti di forza fra giudici dello spazio europeo. Un approccio che, forse, un lettore continentale troverà di gusto anglosassone, non ultimo per l'abbondanza di figure esplicative e per le frequenti interviste con *practitioners*. Tre sono i passaggi in cui si articola.

Uno prende in esame le mutazioni nei rapporti di potere fra Corte di Giustizia, Corti costituzionali e giudici nazionali dinanzi a tre momenti chiave, che si individuano, rispettivamente, nel rafforzarsi dei concetti di effetto diretto e primato (p. 7), nella risposta delle Corti costituzionali dinanzi all'espansione del diritto comunitario nel campo presidiato dalle costituzioni nazionali (p. 10) e nell'ampliamento dell'ambito applicativo della Carta dei

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Ricercatore T.D.B. in *Diritto costituzionale*- Università di Catania.

diritti fondamentali dell'Unione (p. 11). Quest'ultimo *step*, in specie, ribalta nuovamente il piano a vantaggio della Corte di Giustizia, nei termini poi ripresi in chiusura (p. 241s.) e mette i giudici nazionali nella situazione – scomoda, e non sempre solidissima dal punto di vista dogmatico – di scegliere il percorso da seguire per la trattazione della controversia. Si trovano, infatti, tali giudici, a dover optare per la sollevazione di una questione di incostituzionalità e/o di un rinvio pregiudiziale. Ben possono, peraltro, percorrere entrambe queste strade, in caso di doppia pregiudizialità; in quel caso, nondimeno, l'assegnazione della “prima parola” riveste un'importanza non trascurabile.¹

Il secondo passaggio espone la combinazione di fonti adoperate, esponendone la multiforme natura: dottrinale, quanto alla ricostruzione del quadro generale; giurisprudenziale, che comprende l'esame delle sentenze della Corte di Giustizia e dei giudici nazionali apicali e i *Reports* delle Corti costituzionali redatti in occasione della XXVI Conferenza delle Corti costituzionali europee (p. 13); e, infine, pratica, includendo interviste e colloqui con rappresentanti delle istituzioni, da cui emergono, talora anonime, le *voci di dentro* degli organi direttamente coinvolti nel conflitto costituzionale (p. 14-15).

L'ultimo punto, che s'affaccia alla comparazione giuridica, identifica le Corti nazionali oggetto di esame, escludendone alcune – per carenza di un sindacato di costituzionalità vero e proprio – e classificando le altre in base al modello di scrutinio, se accentrato o diffuso, astratto o concreto, *ex ante* o *ex post* (p. 16-21); dando atto, infine, dei limiti e degli obiettivi del lavoro così come impostato (p. 21-24).

2. Un pluralismo costituzionale costruttivo

Forte di tali strumenti, l'A. si accinge all'esame del contesto. Il suo discorso s'immette nel filone del pluralismo costituzionale, di cui esprime una visione mediana. Rifugge, infatti, dalla deriva radicale espressa da Krisch e Teubner (con le cui opere, tuttavia, dialoga) per sposare un approccio epistemico ricalcato sul pensiero di Walker, Halberstam e Poiars Maduro (p. 25-31). Non si arrende, quindi, l'A., alla difficoltà di rinvenire, nel quadro di un'eterarchia orizzontale (p. 29), un linguaggio intersistemico che renda *commensurable* le rispettive *normative claims*; al contrario, si sforza di proteggere la qualità discorsiva olistica del costituzionalismo anche in un contesto non statale.²

Dagli autori citati, l'A. passa ad approfondire il pluralismo costituzionale, cogliendone una dimensione “descrittiva” e una “prescrittiva” (rispettivamente, p. 32s. e 57s.) su cui erige una bipartizione tra conflitti costituzionali *costruttivi* e *distruttivi* (59s. e 66s., rispettivamente).

La descrizione del pluralismo costituzionale quale prisma per leggere la realtà euro-unitaria si costruisce sulla constatazione dell'esistenza di molteplici pretese all'ultima parola

¹ Si legga, ad es., D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia*, 12 marzo 2018.

² Cfr. N. WALKER, *The EU's Unresolved Constitution*, University of Edinburgh School of Law WP 2011/15, 1-33, e J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992) ed inglese: (W. Rehg) *Between Facts and Norms. Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT-Press, 1996, 209s.

(*‘competing claims to ultimate authority’*: p. 33) e rende ragione della difficoltà di esprimere in termini costituzionalistici la pretesa di sovranità che l’Unione – per bocca della Corte di Giustizia – è venuta attribuendosi (p. 34-36). L’A. polemizza con coloro i quali – cita Lenaerts, in prima battuta; ma non è il solo – prendono a prestito categorie e istituti tipici del federalismo per raccontare l’Unione: il difetto di tale approccio, sostiene, è la tendenza a svalutare il contributo degli Stati alla costruzione dell’Unione come *polity* unitaria e del suo diritto. Infatti, se il federalismo serba una risposta già consolidata alla domanda sulla sovranità – derivandone la prevalenza del diritto federale su quello statale – l’Unione non possiede una certezza siffatta, poiché ha messo in parentesi la rispettiva domanda. Di qui l’approccio inclusivo e tollerante del pluralismo costituzionale, che non si avventura a considerare risolta, nella forma come nella sostanza, la questione della titolarità ultima del potere sovrano, bensì la stempera in un continuo dialogo tra argomenti giuridicamente fondati.

Su tali basi, la critica mossa dall’A. si sposta sul piano normativo, dirigendosi ai fautori di un primato incondizionato (Kelemen, F. Fabbrini). In specie, l’A. nega che l’indisponibilità a fornire una risposta secca alla questione del *final arbiter* sia indizio d’immaturità costituzionale, o latrice di diseguaglianze tra gli Stati membri là dove ad alcuni di essi, e non ad altri, sia consentita un’applicazione selettiva del diritto dell’Unione. Sostiene, invece, che l’accettazione della diversità reciproca in seno all’Unione sia, piuttosto, indizio di una maturità siffatta, e che nel lungo andare la consonanza tra Stati membri possa raggiungersi sull’onda della capacità di auto-correzione del pluralismo costituzionale (*auto-correct function*: p. 46). Tale capacità consente di concludere che, pur in caso di dissonanze tra il diritto dello Stato e quello dell’Unione, nel medio-lungo periodo il conflitto tenderebbe ad una soluzione qualora sia le Corti nazionali, sia quella dell’Unione – mediante l’uso consapevole dei rispettivi argomenti – riuscissero a controllare il conflitto e a canalizzarlo verso una soluzione accettabile (p. 47-49). All’uopo, sostiene, è in primo luogo necessario un linguaggio appropriato (p. 49-55); in secondo luogo, s’impone un certo stile nella formulazione del conflitto da parte delle Corti in causa, sicché è utile distinguere tra conflitti “costruttivi” e conflitti “distruttivi”.

Nell’elaborare le premesse di questa dicotomia, l’A. prende posizione su almeno due punti “caldi” (p. 58-59).

Primo: dai valori di cui all’art. 2 TUE – *‘the normative core of constitutional pluralism’*: p. 57 – discende la doverosità di una prospettiva cosmopolita, piuttosto che nazionalistica, nel costruire il conflitto costituzionale. In tal senso, le Corti nazionali dovrebbero astenersi dal fraseggiare tale conflitto in termini puramente introversi, “abusando della clausola dell’identità nazionale”; e la Corte di Giustizia, dal canto suo, dovrebbe rispettare l’autorevolezza di queste ultime, tenendo conto delle ragioni formulate in tal sede.

Secondo: in via eguale e contraria, proprio per impedire abusi nazionalistici della clausola identitaria, l’eguaglianza (formale) fra Stati – schierata da F. Fabbrini a guardia di un primato incondizionato – non va disgiunta da un’eguaglianza (sostanziale) tra cittadini (*‘equality of the people’*), la cui pietra angolare è l’art. 9 TUE.

Di qui, la differenza tra conflitti costruttivi e distruttivi si gioca sul filo di tre caratteristiche, che l'A. menziona nell'ordine seguente (p. 59-63).

Uno: l'interpretazione della clausola *ex art. 4(2) TUE* come fattore di '*codification of their [the Union & the Member States] shared values*', sì da ridurre '*the incommensurability of constitutional concepts in substance*'.

Due: l'importanza di '*discursive elements between different sites of constitutional authority*' – l'A. si rifà a Poiares Maduro e al suo celebre *diritto a contrappunto*, riferendosi probabilmente alla caratteristica *universalizability* delle *competing claims for ultimate authority* che lo studioso portoghese affronta nello scritto citato.³

Tre: la differenza tra *institutional* e *substantive balancing*. La Corte di Giustizia, ove il conflitto assuma toni di peculiare delicatezza, può giocare sulla differenza tra interpretare (o invalidare) il diritto dell'Unione e risolvere il caso concreto – due attività concettualmente distinte, di cui solo la prima, a voce dell'art. 267 TFUE, spetta alla Corte stessa. In tal senso, potrebbe astenersi da una valutazione troppo incisiva verso il caso concreto, demandando il bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco al giudice statale, ancorché 'alla luce del diritto dell'Unione'. Così operando, il giudice del Kirchberg inviterebbe il collega nazionale ad assumere a sua volta un approccio '*open to European integration*', scongiurandone la radicalizzazione. In tal modo, il rispetto delle competenze reciproche fra Stati e Unione si traduce in un bilanciamento istituzionale che si aggiunge a quello materiale, impedendo che il potere decisionale corrispettivo sia assorbito interamente da un solo livello. Così fraseggiato, il conflitto deve qualificarsi come costruttivo.

L'A. espone tre casi, a suo parere, esemplificativi di tale approccio da parte della Corte di Giustizia. È interessante, col *sen di poi*, verificare come si sono comportati i giudici lussemburghesi in seguito alle ordinanze di rinvio pregiudiziale (le rispettive sentenze, negli ultimi due casi, sono successive alla pubblicazione del libro).

In *Juizes Portugueses*,⁴ com'è noto, la Corte di Giustizia ha di fatto ampliato il *petitum* mediante un cospicuo, altisonante *obiter dictum*, preparando il terreno per l'estensione, o forse mutamento,⁵ del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva verso la Polonia. L'A. ritiene quest'approccio conforme al modello di pluralismo costituzionale tracciato, giacché – nella sua analisi – il riferimento ultimo ai valori di cui all'art. 2 TUE impedisce di escludere l'indipendenza giudiziale in quanto tale dal perimetro di valutazione della Corte (p. 64). Nelle sue parole – ed è, questo, un punto che l'A. mantiene con coerenza lungo tutto il lavoro, benché tale scelta possa risultare alquanto discutibile – 'non c'è nulla di problematico nell'imporre agli Stati membri il rispetto dello Stato di diritto e dell'indipendenza giudiziale in ogni circostanza, proprio perché è questo il nucleo costituzionale comune che tutti i livelli di autorità costituzionale condividono'.

³ M. POIARES MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (ed.) *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003, 501-538, 529s.

⁴ CGUE, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, 27 febbraio 2018, ECLI:EU:C:2018:117, § 29-38.

⁵ M.E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, ne *Il diritto dell'Unione europea*, 2/2019, 245-259.

In *FX*, la risposta della Corte di Giustizia, benché non sorprendente, è stata, del pari, alquanto secca,⁶ prima arrogandosi la facoltà di valutare, in astratto, la natura di giudice della Corte costituzionale, e poi riservandosi, nell'affermare la priorità applicativa del diritto dell'Unione nel caso concreto, la facoltà di guidare il braccio dei giudici nazionali fino all'ultimo livello di dettaglio. Ci si chiede, alla luce delle posizioni dell'A., se l'argomentazione della Corte di Giustizia possa legittimamente assumere toni meno moderati allorché si diano violazioni (presunte) dell'art. 2 TUE. A ciò s'aggiunge la questione della presunta suscettibilità all'applicazione diretta dell'art. 325 TFUE, da cui scaturirebbero obblighi direttamente vincolanti in capo alla Romania; per lo Stato transilvanico, sostiene la Corte, tali obblighi rivestirebbero una speciale pregnanza, giacché 'integrati' dai doveri istituiti, in via diretta e immediata, dal c.d. MCV (Meccanismo di Cooperazione e Verifica) che ne ha accompagnato l'adesione.⁷

In *Grossmania*, il principio di certezza del diritto, che fonda la definitività di un atto amministrativo non impugnato nei termini, viene apertamente posto in bilanciamento con 'l'interesse alla legittimità secondo il diritto dell'Unione, in base ai principi di effettività e leale cooperazione'.⁸ Di più: la Corte di Giustizia, nell'impostare il bilanciamento in termini sia istituzionali sia sostanziali (il caso verte sulla tutela dell'usufrutto) giunge a qualificare come 'nefasta' la violazione del diritto dell'Unione nel caso di specie, attribuendo 'particolare rilievo' all'interesse all'applicazione di questo. Afferma, infine, che, ove tale applicazione risultasse impossibile, spetterebbe al giudice nazionale disporre il risarcimento del danno. Pure in quest'ultimo caso, se si intende bene il senso dell'approccio dell'A., la combinazione di *institutional* e *substantive balancing* avrebbe, forse, potuto riconoscere al livello nazionale margini di manovra meno angusti; ad ogni modo, restando la vertenza nel quadro del diritto euro-unitario, può concludersi che il conflitto, pur assumendo rilievo costituzionale per l'intervento di una Corte nazionale, continuerebbe a qualificarsi come costruttivo.

Dall'altro verso, invece, l'A. qualifica come distruttivo quel conflitto in cui il dialogo fra Corti (*judicial accommodation*: p. 68) non riesce a porre rimedio alle deficienze sistemiche dello Stato di diritto in seno agli Stati membri. In quel caso, anzi – prosegue l'A. – mantenere l'interscambio al livello di dialogo fra giudici, fidando nelle virtù dell'auto-correzione del pluralismo, legittimerebbe le contestazioni al livello nazionale, riducendo lo standard di ciò che è 'costituzionale' per tutti gli attori del pluralismo stesso. Al termine di questo passo, l'A. (nota 65) cita un lavoro di Armin von Bogdandy, a sua volta aggiornamento di un lavoro ancor più risalente: secondo lo studioso tedesco, com'è noto, dinanzi a lacune sistemiche, è doveroso che l'Unione difenda i suoi valori secondo modalità proprie di una *militant*

⁶ CGUE, C-859/19, *FX et alt.* (*Effet des arrêts d'une Cour constitutionnelle III*), 7 novembre 2022, § 106s. ECLI:EU:C:2022:878, §

⁷ *Ibid.*, § 90; cfr. Decisione della Commissione 2006/928 del 13 dicembre 2006, che istituisce un Meccanismo di Cooperazione e Verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione (MCV), in G.U. L 354, 14 dicembre 2006.

⁸ CGUE, C-177/20, 10 marzo 2022, *Grossmania*, ECLI:EU:C:2022:175, § 52s., § 70s.

democracy – anche a costo di avallare la riconversione *im-mediata* di tali valori in regole concrete – affinché l’art. 2 TUE si faccia baluardo *contro* le violazioni dello Stato di diritto.⁹

3. Identità e *ultra vires*: il nodo della *rule of law*

La seconda parte del libro (p. 73s.) sviluppa coerentemente le premesse impostate. Si divide, infatti, in tre segmenti, ove si analizzano, rispettivamente, la giurisprudenza qualificata come ‘*ultra vires review*’, quella qualificata come *identity review*, e quella relativa alla tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia in rete con i giudici nazionali. Nelle Conclusioni, poi, tale giurisprudenza è passata al setaccio del *judicial triangle*, scandagliando l’evoluzione dei rapporti di forza tra Corti (p. 245, 250, 253s).

La prima parte abbraccia la tematica della progressiva affermazione del primato. Si evidenziano, da un canto, la massiccia *substantive expansion* del diritto dell’Unione operata dalla Corte di Giustizia (p. 88) e, d’altro canto, le contrapposte pretese sollevate dalle Corti nazionali. In questa parte, l’A. dedica ampio spazio alla giurisprudenza del *BVerfG* (p. 95-106) partendo dalla sentenza *Maastricht* per giungere a *OMT-Weiss-PSPP*. In quest’ultimo caso, l’A. dubita che il *BVerfG* abbia rispettato gli obblighi di sincera cooperazione e *Euro-friendliness*, in specie, perché non sarebbe chiaramente definito il parametro della lesione strutturale, ossia di peculiare gravità, delle competenze statali (p. 104-105).

D’altronde, l’A. stima che il caso in questione non ecceda il perimetro dei conflitti costruttivi. Ritiene, anzi, infondate le critiche di chi imputa ai giudici di Karlsruhe una mancata reiterazione del rinvio pregiudiziale: manca nei Trattati una disposizione che obblighi o anche solo alluda a un rinvio reiterato, e, del resto, un *ping-pong* interminato tra giudici apicali ridurrebbe l’efficacia del rinvio stesso, riducendosi in proporzione la fiducia dei giudici nazionali. Ciò malgrado, riconosce l’A., l’insistenza da parte di una Corte costituzionale a non accettare la soluzione im-posta dal Kirchberg potrebbe indurre la Corte di Giustizia a rivedere le proprie posizioni (p. 105). Inoltre, con chiarezza, l’A. esclude l’opportunità di sollevare una procedura d’infrazione dinanzi alla Corte di Giustizia contro il giudice costituzionale tedesco (eventualità, invero, palesata già nel comunicato stampa emanato dalla Corte di Giustizia dopo la sentenza *PSPP*, e prospettata altresì in dottrina):¹⁰ vi osterebbe la carenza d’imparzialità e terzietà da parte del giudice competente a decidere in ultima istanza su tale procedura, essendo tale giudice, com’è noto, la medesima Corte di Giustizia.

Rientrano, poi, nel modello *ultra vires* talune sentenze della Corte costituzionale della Repubblica ceca (da *Sugar Quotas II* a *Landtova*), la cui indole costruttiva si evincerebbe dalla graduale riduzione del conflitto (p. 113), e della Corte Suprema della Danimarca. Con riguardo a quest’ultima, *Ajos* solleva una critica costruttiva all’espansione indefinita delle

⁹ A. VON BOGDANDY, *Principles of a systemic deficiencies doctrine: How to protect checks and balances in the Member States*, in *Common Market Law Review*, 57:5, 2020, 704-750, spec. p. 717; si veda, dello stesso A., *Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies*, *MPHIL Research Paper* 2019-14, p. 1-32, 7s.

¹⁰ F. FABBRINI, *Suing the BVerfG*, in *Verfassungsblog.de*, 5 maggio 2020.

competenze dell'Unione, il cui *iter* argomentativo sopravvive alle modifiche legislative nazionali (p. 120); tuttavia, lamenta l'A., i commentatori della sentenza non ne hanno colto il senso, limitandosi a denunciare la “sorpresa” e la “sfiducia” generate dal conflitto per tal via sollevato.

Il capitolo si chiude con un'esposizione delle vicende relative a “*rule of law and judicial independence*” (p. 123-127). Questa parte, sebbene l'A. non ne trascuri la centralità per la trattazione del tema qui studiato, non sembra, in verità, particolarmente approfondita. Vi si legge una cronaca delle vicende polacche e romene, a commento della quale stanno un richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e un cenno alla sentenza della Corte costituzionale romena – il cui apparato motivazionale, specie per il passaggio relativo alla certezza del diritto (parametro, questo, condiviso con la Corte Suprema danese) avrebbe forse meritato maggior attenzione.

Il secondo capitolo affronta il tema della *identity review* (p. 129) la cui caratteristica – rispetto al giudizio *ultra vires* – starebbe nel formulare la questione in termini di merito, ossia di lesione di un diritto materiale, e non già nei termini di una lesione, per quanto strutturale, delle competenze attribuite all'Unione. Rientrano in questo capitolo una parte della giurisprudenza tedesca – quella sul mandato d'arresto e sul diritto all'oblio – nonché quella degli Stati seguenti: Polonia, Francia, Spagna, Italia e Portogallo.

A prim'acchito, l'A. si sofferma sulla differenza, tracciata dal *BVerfG* nell'ordinanza di rinvio su *Gauweiler*,¹¹ tra identità nazionale *ex art. 4(2) TUE* e identità costituzionale, intesa come contenuto inderogabile della Legge fondamentale coperto dalla c.d. clausola di eternità (art. 79(3) *Grundgesetz*) su cui il giudice costituzionale tedesco manterrebbe giurisdizione esclusiva. Sebbene riconosca che il *BVerfG* fa uso di *self-restraint* nell'interpretare tale concetto, l'A. considera (p. 135) l'identità costituzionale tedesca un limite materiale invalicabile al primato del diritto dell'Unione; resta, in tal senso, ancorata a un'interpretazione “rigida” della clausola di eternità, benché il giudice di Karlsruhe si sia premurato – da ultimo, proprio nel caso *PSPP* – di sottolineare come tale clausola non protegge contenuti specifici, bensì difenda il diritto del popolo (tedesco) a determinarli democraticamente, collocandosi a presidio del contenuto sostanziale del diritto di voto.¹²

Quanto alla Polonia, l'esame è espressamente diviso in due parti.

Nella prima, che giunge fino alle riforme del 2015, l'A. dà atto della natura di organo “indipendente d'ineguagliata autorevolezza nello spazio pubblico della Polonia, per molti versi una storia di successo della transizione democratica polacca” (p. 139); analizza, poi, le sentenze sull'adesione e sul Trattato di Lisbona, in cui il *Trybunał Konstytucyjny* riconosce la peculiarità del diritto dell'Unione e la sua capacità d'interazione col diritto interno pur da una prospettiva di separazione reciproca – fino a sottoscriverne una presunzione di

¹¹*BVerfG*, II Senato, BvR 2728/13, ordinanza del 14 gennaio 2013.

¹²*BVerfG*, II Senato, 2 BvR 859/15, 5 maggio 2020, *PSPP*, § 100: “Art. 38(1) first sentence GG does not, however, confer a right upon citizens to subject democratic majority decisions to a review of lawfulness that goes beyond what is necessary to safeguard the right to democratic self-determination enshrined in Art. 20(1) and (2) in conjunction with Art. 79(3) in conjunction with Art. 1(1) GG. The purpose of this fundamental right is not to subject the contents of democratic decision-making to substantive review but to facilitate democratic decision-making processes as such”.

costituzionalità. In caso “d’inconciliabile contrasto” tra il diritto costituzionale interno e il diritto dell’Unione, secondo il *Trybunał*, tre sarebbero le vie praticabili: un emendamento costituzionale; una modifica della norma di diritto dell’Unione; il recesso della Polonia dall’Unione. Relativamente al tema identitario, il *Trybunał* avalla una lettura *Euro-friendly* dell’identità nazionale e si dichiara pronto a declinarla in senso solidaristico-cooperativo verso gli altri *partners* europei – in questo differendo, secondo l’A., dal giudice tedesco (p. 141).

La seconda fase, per contro, è caratterizzata da “una decisiva influenza politica da parte del partito di governo” (p. 143). L’A. rende conto del reclamo inoltrato dal Primo Ministro in ordine alla compatibilità con la Costituzione polacca del costrutto interpretativo eretto dalla Corte di Giustizia sulla base degli articoli 2, 4(2) e 19(1) TUE; tuttavia, definisce le relative argomentazioni *‘flawed and extremely superficial’* benché ripercorrano, come pure riconosce, ‘schemi già analizzati nel corso del libro’. La decisione del *Trybunał*, ancora pendente quando il libro andava in stampa, è anticipata come latrice di un conflitto distruttivo, e se ne lamenta tutta la difficoltà di esaminarne gli sviluppi nel quadro del pluralismo costituzionale per la rottura del principio di leale cooperazione operato, a dire dell’A., da parte del *Trybunał* – da ultimo, in replica alla decisione della Corte di Giustizia che dichiarava lesiva del principio di indipendenza giudiziale un’iniziativa della Camera disciplinare della Corte suprema polacca (p. 144). Anche in questo caso, l’A. conferma il suo approccio rigido dinanzi alle asserite violazioni della *rule of law*: “è difficile analizzare gli sviluppi [della giurisprudenza polacca] nel quadro del pluralismo costituzionale, giacché il *Trybunał* non applica più il principio di leale cooperazione e rispetto reciproco verso la Corte di Giustizia” (p. 145).

Tuttavia, a ben vedere – ovviamente, al netto delle posizioni di merito – ciò che risulta difficile è capire perché sia stato il *Trybunał* ad aver violato il citato principio, e non la Corte di Giustizia, là dove è stata quest’ultima a pretendere di derivarne effetti giuridici diretti in violazione delle competenze conferite. Se, cioè, il crinale dei rapporti fra ordinamenti è l’oggetto del conflitto, e i due giudici apicali devono l’uno all’altro rispetto nel tracciare il reciproco confine, non si capisce perché la Corte di Giustizia non ha mancato di rispetto interpretando il principio di leale cooperazione (in uno agli articoli 2 e 19(2) TUE) come strumento capace di ridisegnare l’oggetto del conflitto a tutto vantaggio dell’Unione, mentre ad aver mancato di rispetto è stato il Tribunale costituzionale polacco, che tale ridefinizione unilaterale ha subito. La domanda pare senza risposta; a meno di non assumere come un dato di fatto l’esistenza di un parametro euro-unitario, immediatamente precettivo, formato dagli articoli 2, 4(3) e 19(2) TUE, che la Polonia ha violato. In altre parole: davanti alla c.d. crisi della *rule of law*, l’atteggiamento dell’A. tende ad essere acritico, ascrivendo qualunque caso di tal fatta al novero dei conflitti *destructive* e prendendo le parti della Corte di Giustizia senz’altra discussione. Prova ne siano l’anticipazione del giudizio finale (che, a dir il vero, contiene molti elementi di prossimità con le decisioni dello stesso organo anteriori alla svolta conservatrice di *PiS*; né potrebbe, del resto, essere altrimenti)¹³ e (p. 145)

¹³ *Trybunał Konstytucyjny*, K-3/21, 7 ottobre 2021.

l'accostamento della giurisprudenza polacca con quella etno-centrica, dichiaratamente nazionalista, della Corte costituzionale ungherese nel 2016 – accostamento appena sfumato, ma che ha il potere d'indurre il lettore al parallelo accostamento dei rispettivi argomenti, i quali invece hanno ben poco in comune.

Per l'A., con estrema chiarezza, 'il Tribunale costituzionale polacco non opera più come istituzione indipendente facente parte, in buona fede, dello spazio giuridico europeo. Dal punto di vista normativo, è affondato al di sotto della linea tracciata dai valori comuni di cui all'art. 2 TUE [il cui effetto giuridico diretto, par di capire, è dato per scontato] poiché non aderisce alla *rule of law* nel sostenere le ragioni della propria costituzione. Per estensione, ciò si ripercuote nelle relazioni fra Polonia e Unione. Per cui, la Polonia è un esempio di Stato la cui Corte costituzionale è passata da un approccio costruttivo a un uso distruttivo dello scrutinio di identità' (p. 146).

4. La fiducia nello scrutinio di proporzionalità come parametro di un ordinamento unitario

Tornando alle Corti di Stati esterni alla c.d. "crisi della *rule of law*", l'A. osserva la posizione del *Conseil constitutionnel* francese, che negli accenti risulta non troppo diversa da quella polacca, e del *Conseil d'État*, la cui decisione in *Quadrature du Net* viene accostata a *Taricco* per la valorizzazione di una posizione giuridica nazionale di stampo materiale non protetta dal diritto dell'Unione in modo equivalente rispetto all'ordinamento dello Stato (p. 148).

Quanto all'ordinamento spagnolo, l'A. attribuisce al *Tribunal Constitucional* un livello di fiducia nella Corte di Giustizia massimo (*ibid*). *Melloni* è il primo *focus* dell'esame; non è citato *de Diego Porras*,¹⁴ il quale, pur risolvendosi dinanzi al *Tribunal Supremo* (organo esterno al sindacato di costituzionalità) avrebbe, forse, meritato un cenno, poiché segna una specie di rivincita per il diritto interno. Del pari, si segnala la prassi del *Tribunal Constitucional* di promuovere il diritto al rinvio pregiudiziale per mezzo del *recurso de amparo*¹⁵ – circostanza che, peraltro, milita a sostegno della tesi dell'A.

Al caso italiano – specialmente a *Taricco* – sono dedicate quattro pagine (151-154). Secondo l'A., la Corte costituzionale avrebbe fatto "un'eccellente mossa costruttiva", poiché, rifuggendo dalla tentazione di far valere un limite procedurale al diritto dell'Unione – a guisa del sindacato *ultra vires*, come analizzato dall'A. – avrebbe indotto la Corte di

¹⁴ CGUE, C-619/17, *Ministerio de Defensa c./ Ana de Diego Porras*, 21 novembre 2018, ECLI:EU:C:2018:936, su cui vedasi, ad es., Y. CANO GALÁN, *El asunto De Diego Porras: el final de una saga y el comienzo de las siguientes sobre derechos indemnizatorios por extinción de contratos temporales*, in *Diario La Ley*, 3/2019; J. SEGALÉS FIDALGO, *De Diego Porras II*, in *Jurisprudencia social*, 194/2018, 28-38; R. VICENTE ANDRÉS, *Análisis de la STJUE del 21 de noviembre de 2018 (C-619/2017). El fin de la doctrina Diego Porras*, in *Unión Europea Aranzadi*, 2019; *amplius*, A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Principio y fin de la doctrina «de Diego Porras», o de cómo, en ocasiones, «el sueño de la tutela multinivel produce monstruos»*, in *Revista de información laboral*, 7/2018, 17-38.

¹⁵ Su cui X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*, Madrid, Editorial CEPC, 2020. 6s., *passim*.

Giustizia a difendere come diritto fondamentale dell'Unione il principio di legalità nel senso indicato dalla giurisprudenza italiana. In altre parole, i giudici di Roma avrebbero accettato di lasciare la questione sul piano dei diritti, sicché i colleghi lussemburghesi includessero nel diritto dell'Unione la *specialità* italiana. Questa mossa, tuttavia, trasforma il diritto formale 'all'ultima parola' in un *soft power* che rende la Corte italiana capace d'interloquire alla pari con la Corte di Giustizia; sia nel merito, ritoccando e precisando le posizioni di quella, sia sul piano procedurale della doppia pregiudizialità.

Che tale mossa sia espressione di conflitto costruttivo, appare nitido agli occhi dell'A. In tale cornice, infatti, s'inquadrano sia l'irrimediabile indeterminatezza che, affliggendo l'art. 325 TFUE, lo rende radicalmente privo di effetti diretti, sia il richiamo al sollevamento della questione di incostituzionalità da parte dei giudici nazionali là dove l'applicazione del diritto dell'Unione intercetti diritti della persona – questioni, com'è noto, trattate entrambe da C. cost., 269/2017. Trattasi di conflitto costruttivo anche perché la Corte italiana, concentrando su di sé il controllo identitario, monopolizza il dialogo sui temi di tal fatta, rendendosi interlocutrice unica della Corte di Giustizia – approccio che l'accomuna, nell'ottica dell'A., al Tribunale costituzionale del Portogallo.

Seguendo la via italiana, il controllo identitario rientrerebbe in quel filone che vede le particolarità nazionali fraseggiarsi come eccezioni di *public policy* alle libertà fondamentali comunitarie. Un quadro, quest'ultimo, ben noto al diritto dell'Unione, a partire da *Omega Spielballen* e *Sadyn-Wittgenstein*. Tale scenario non porrebbe problemi dal punto di vista del diritto dell'Unione, atteso che la Corte di Giustizia può ampliare o restringere, a seconda dei casi, il margine d'azione dello Stato membro (e del giudice interno) semplicemente agendo sulle leve del sindacato di proporzionalità (p. 160-166) e giocando sulla combinazione tra *substantive* e *institutional balancing*. Analoga sorte riguarda quei casi in cui l'eccezione identitaria riguardi la tutela linguistica, anche fraseggiata nei termini dell'art. 4(2) TUE – da ultimo, in *Cilevičs*.¹⁶

Nell'apprezzamento dell'A., l'ampiezza del giudizio di proporzionalità e la sua capacità d'includere questioni identitarie rappresentano una solida garanzia in termini di certezza del diritto, poiché offrono la base per una più chiara regolamentazione del mercato interno malgrado l'assenza di consenso politico. Cita (p. 171, n. 265) il lavoro monografico di Elke Cloots¹⁷ come parametro per uno scrutinio alternativo (un *rule-based scrutiny*, a somiglianza della US *Supreme Court*); tuttavia, alla fine, considera proprio la proporzionalità lo strumento migliore per una ricomposizione dei conflitti identitari in seno all'Unione.¹⁸ Da tale pulpito, bardato di pragmatica moderazione, ha buon gioco nel consolidare le critiche contro i sostenitori di un primato assoluto del diritto dell'Unione: il grado di 'relatività' di un tale primato diviene, in questo modo, elemento di merito, giocato nel lungo periodo sull'onda

¹⁶ CGUE, C-391/20, *Cilevičs*, 7 settembre 2022, ECLI:EU:C:2022:638, con nota di F. FERRI, in *AISDUE Blog*, 13 novembre 2022, 1-9.

¹⁷ E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, 2015.

¹⁸ Una tesi che può dirsi, ad oggi, maggioritaria: cfr., *ex plurimis*, A. STEINBACH, *The federalism dimension of proportionality*, in *European Law Journal*, 28:1-3, Special Issue: *Shall we say the words? Essays on the EU federal democracy*, 2022, 36-49.

della *auto-correct function* del pluralismo costituzionale e, quindi, negoziato dai giudici, in attesa che lo scorrere del *fatto* ne attenui l'eventuale trasposizione in *diritto*.

L'esame della giurisprudenza lussemburghese sui diritti fondamentali sembra valere allo scopo di dimostrare quali siano le potenzialità dei giudici lussemburghesi nel trattare diritti costituzionali nazionali ed europei giocando sul filo fra *substantive* e *institutional balancing*. L'ampia cronistoria del conflitto sulla materia parte da *Internationale Handelsgesellschaft* per giungere alle pronunce più recenti, articolandosi in tre parti: dalla presa d'atto di una prospettiva comune tra Stati e Unione (p. 177) si passa all'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla riduzione ai minimi termini delle situazioni puramente interne, tesa ad ampliare l'ambito applicativo dei diritti fondamentali dell'Unione (p. 187) – per poi passare a una benaugurante, per non dire irenica “*common perspective after the Charter*” (p. 201). Quest'ultima s'incentra principalmente sull'esame della giurisprudenza in tema di mandato di arresto europeo e di protezione dei dati; in conclusione, s'illustra il ruolo della fiducia reciproca come facilitatore di un dialogo incrementale sul merito, ossia sugli standard di tutela dei diritti fondamentali. L'A. (p. 236) in base a un esame casistico, arriva a preconizzare che le Corti nazionali ‘insisteranno su una più dettagliata analisi delle circostanze individuali del caso in relazione alla tutela dei diritti fondamentali, al contrario della Corte di Giustizia – il cui approccio incentrato sulle ‘*systemic deficiencies*’ va ora rafforzandosi con riguardo al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva’. Prosegue subito dopo l'A. con la chiusa seguente: ‘Perciò, la Corte di Giustizia e le Corti nazionali sembrano trovarsi in completo equilibrio di poteri’; con ciò, ancora una volta – e con coerenza – confermando la posizione in merito allo scontro fra Corti in tema di *rule of law*, elusiva da un lato, dall'altro aprioristicamente a favore della Corte lussemburghese.

5. Verso una conclusione? Il ruolo del diritto scritto e il posto della politica

La tutela dei diritti, con i suoi stilemi e con il suo linguaggio inclusivo, sembra, in definitiva, ancora una volta, porsi come paradigma comune per l'evoluzione del progetto europeo, pur ormai in fase ben più matura rispetto ai primordi. Il punto merita maggior attenzione, poiché sembra ricondurre posizioni in apparenza opposte verso un terreno comune, quali, in conclusione, debbono evidenziarsi.

In altre parole: se gli *anti-pluralists* pretendono che sia messo nero su bianco il frutto del mutamento costituzionale da Stati a membri della federazione europea, l'A., dall'ottica del *constitutional pluralism*, si accontenta di lasciare che un tal mutamento si trascini latente, covando nel placido avanzare delle dinamiche politico-istituzionali, fino ad emergere per forza propria.

A quest'ultimo discorso, senza dubbio per molti versi sensato, possono tuttavia muoversi due obiezioni.

La prima: il contributo delle Costituzioni nazionali (e delle relative Corti) è lasciato alla strategia della Corte di Giustizia e a quella della Corte nazionale volta per volta chiamata in

causa. Diviene, insomma, un dato di merito, negoziabile nel concreto dai due giudici; e, in un negoziato, le forze in campo non si contano, ma “si pesano”. Si pesano, in particolare, su un duplice parametro: gli interessi in gioco e la loro funzionalità al disegno comune. Il sospetto, insomma, è che a qualche Stato, in qualche caso, possa concedersi “di più” sulla base della delicatezza, per l’Unione, del tema toccato, nonché della fiducia che le sue classi dirigenti riscuotono in seno al comune consesso; e a qualche altro, invece, “di meno”, su basi eguali e speculari. Una tale interpretazione del principio di eguaglianza tra Stati e popoli (che l’A. tiene in considerazione: cfr. *supra*) suscita, a dire il vero, più d’una perplessità; tanto più che il negoziato potrebbe sacrificare alla soluzione di merito la fedeltà al dato scritto, con serio rischio di nocimento per la certezza delle situazioni giuridiche e, forse, di slittamento del dialogo tra le Corti verso una singolare diatriba fra un’equità sovranazionale e una legittimità nazionale – sul modello dello scontro fra *equity* regia e *common law* che infiammò l’Inghilterra del Seicento.

La seconda fa da *pendant* all’altra: manca uno strumento che dia il senso e la portata del moto delle costituzioni nazionali sull’onda dell’integrazione europea. In altri termini: resta fuori, dolorosamente, la politica, intesa come responsabilità dei cittadini di auto-governarsi – e, dunque, auto-assunzione di responsabilità dei rispettivi governati, scelti attraverso i congegni della rappresentanza. L’idea sottesa a un simile approccio, anzi, è proprio quella di evitare lo scontro e lasciare che il conflitto, più che risolversi, *sbollisca*, per poi realizzare pian piano nei fatti un assetto d’interessi e diritti quanto più possibile vicino a ciò che non si è riuscito a ottenere a prim’acchito. Ne risulta, a dire il vero, un’idea di politica giudiziaria e del diritto tanto pragmatica da sfociare nell’autoreferenzialità, che “sente” sé stessa al centro del pubblico dibattito e che dà l’impressione di far volentieri a meno dell’apporto della politica, rappresentativa e partecipativa.

Tale linea, del resto, disegna quel profilo moderato e pragmatico del pluralismo costituzionale di cui si diceva in apertura, che combacia con l’idea di una ridefinizione autonoma dei valori fondamentali europei da parte della Corte di Giustizia. In altre parole, un’impostazione pragmatica di tal fatta rende compatibili il pluralismo costituzionale, da un lato, e dall’altro la supremazia assiologica della *rule of law*: il suo metodo di funzionamento è che dal Kirchberg si ridefiniscano i contenuti delle costituzioni nazionali senza che vi sia necessità di un’adeguata presa di responsabilità politica – e senza che le Corti costituzionali nazionali possano fare altrimenti se non rimpallare (all’infinito? E sopportando quali pressioni politiche? E comunque meglio non esagerare, per non svilire lo strumento in sé) una questione pregiudiziale imperniata sull’art. 4(2) TUE.

Interessante la chiosa sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa al piano dei rapporti tra l’Unione e altre organizzazioni internazionali, sia in *Kadi*, sia nel *Parere* 2/13 sulla (non) adesione dell’Unione alla CEDU. Sostiene l’A. che, se la pretesa di proteggere la propria giurisdizione sulla tutela dei diritti vale, per la Corte di Giustizia, nei rapporti con organizzazioni internazionali esterne, lo stesso approccio – evidentemente pluralista – non potrebbe esser ripudiato, a pena d’irrimediabile incoerenza, verso l’interno, cioè sul piano dei rapporti con le Corti costituzionali degli Stati membri (p. 199).

Chiude il lavoro la disamina dei vari casi esaminati con riguardo al triangolo giudiziale (Corte di Giustizia, giudici nazionali, Corti costituzionali nazionali) per evidenziare i continui mutamenti dei rapporti di forza susseguitisi con l'evolversi della giurisprudenza. Un esame, anche quest'ultimo, improntato a un pragmatico, moderato pluralismo, che retrospettivamente illumina l'intero affresco – per la verità, godibile e completo – tracciato dall'A.