

## LA DEFINIZIONE DEL CONTENUTO DELL'IDENTITÀ NAZIONALE EX ART. 4 PAR. 2 TUE TRA CORTE DI GIUSTIZIA E CORTI COSTITUZIONALI: UN ARGOMENTO PER IL RIACCENTRAMENTO DEL «DIALOGO TRA LE CORTI»\*

di Umberto Lattanzi\*\*

79

**Sommario.** 1. Introduzione. 2. La protezione dell'identità nazionale nell'Unione europea tra autonomia e collaborazione. – 2.1. I conflitti costituzionali tra rischi di collisioni costituzionali e potenzialità pluralistiche. – 2.2. L'art. 4.2 TUE: una norma di traduzione. – 2.3. (...) in particolare: l'individuazione del contenuto dell'identità nazionale tra Corti Costituzionali e Corte di Giustizia. – 3. Dai principi alla prassi: alcuni recenti malfunzionamenti del dialogo costituzionale. L'esclusione dell'argomento identitario dalle interlocuzioni tra le Corti costituzionali italiana e tedesca e la Corte di Giustizia. – 3.1. La reticenza delle Corti italiana e tedesca a rinviare alle Corte di Giustizia questioni pregiudiziali ex art. 4, par. 2, TUE. – 3.2. Le ragioni della reticenza: la difesa della «sovranità interpretativa» in tema di identità costituzionale. – 4. Per il riaccentramento del dialogo costituzionale in tema di identità? – 4.1. Il meccanismo pregiudiziale e i sistemi di giustizia costituzionale negli Stati membri: l'asimmetria tra diffusione e accentramento. – 4.2. In cerca di un protocollo di cooperazione tra Corti nazionali e Corte di Giustizia nella definizione del contenuto dell'identità nazionale degli Stati membri ex art. 4, par. 2 TUE. – 5. Conclusioni.

**1. Introduzione.** Chi decide del contenuto dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE? Come si vedrà, è un'opinione diffusa – e condivisibile – che spetti alle Corti costituzionali nazionali determinare il contenuto dell'identità del proprio ordinamento, mentre spetta alla Corte di Giustizia l'interpretazione del concetto di identità nazionale rilevante e quindi la possibilità di sussumere entro tale nozione i contenuti normativi individuati dalle Corti costituzionali.

La prassi è però meno lineare: solo in una piccola parte dei casi nei quali la Corte di Giustizia è stata investita della questione del rispetto dell'identità nazionale di uno Stato membro ciò è avvenuto su rinvio della Corte costituzionale dello Stato membro interessato. Ciò spinge la Corte di Giustizia a effettuare un controllo sul contenuto delle rivendicazioni identitarie sottoposte, ingerendosi così di questioni di diritto costituzionale degli Stati membri. Questa circostanza, a sua volta, pare spiegare la reticenza delle Corti costituzionali a riferire questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia evocando espressamente la clausola identitaria di cui all'art. 4, par. 2, TUE, dato il timore di esserne smentite. Ne risulta una situazione complessiva nella quale gli aspetti di autonomia e, quindi, di unilateralità propri dei meccanismi di tutela dell'identità nazionale e costituzionale sono fortemente enfatizzati, a discapito dei profili

\* *Sottoposto a referendum.*

\*\* Dottorando di ricerca in International and European Law – Università Commerciale di Milano Luigi Bocconi.

collaborativi e relazionali.

Risulta pertanto problematica l'asimmetria tra la natura diffusa del meccanismo del rinvio pregiudiziale e quella accentrata propria di larga parte dei sistemi di giustizia costituzionale degli Stati membri, dal momento che ciò determina il decentramento del controllo di identità. A fronte di ciò, si sostiene, è necessario un ri-accentramento del dialogo costituzionale in materia di identità, che renda possibile un dialogo diretto tra la Corte di Giustizia e le Corti costituzionali degli Stati membri. A tal riguardo, se la prospettiva dell'introduzione di un «rinvio pregiudiziale al contrario» costituisce senz'altro la soluzione ideale, essa appare anche piuttosto difficile da realizzarsi, almeno al momento. Guardando alle soluzioni *de lege lata*, si afferma allora l'opportunità di un'estensione delle dottrine in tema di doppia pregiudizialità diffuse negli Stati membri dell'Unione anche alle questioni identitarie.

L'articolo procede come segue: nel primo paragrafo viene introdotto l'art. 4, par. 2, TUE, inquadrandolo nel contesto dei c.d. conflitti costituzionali (§ 1.1) e sottolineandone la natura di «norma di traduzione» (§1.2), venendo infine alla questione di chi sia il soggetto istituzionalmente deputato alla dichiarazione del contenuto dell'identità nazionale (§1.3). Nel secondo paragrafo è discussa la prassi della Corte costituzionale italiana e tedesca nell'interlocuzione in materia di identità con la Corte di Giustizia, mettendo in luce la reticenza delle prime a sollevare questioni pregiudiziali in tema di identità (§2.1) e provando a spiegarla quale difesa della loro sovranità interpretativa in materia di identità costituzionale (§ 2.2). Nell'ultimo paragrafo, le disfunzioni del dialogo tra le Corti costituzionali e la Corte di Giustizia vengono lette alla luce dell'asimmetria tra la natura accentrata dei sistemi di giustizia costituzionale di molti Stati membri e quella diffusa, propria del meccanismo pregiudiziale (§ 3.1), suggerendo un riaccentramento del dialogo in tema di identità (§ 3.2). Seguono brevi conclusioni.

**2. La protezione dell'identità nazionale nell'Unione europea tra autonomia e collaborazione.** Storicamente i rapporti tra gli ordinamenti nazionali e quello dell'Unione Europea si sono strutturati intorno a una duplice – e «rivale» – autonomia.

Da un lato, il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione,<sup>1</sup> risultante dalla limitazione delle prerogative sovrane da parte degli Stati e dal loro contestuale trasferimento all'Unione, implica che le questioni di diritto dell'Unione – relative cioè alla sua validità, interpretazione e applicazione – debbano essere risolte esclusivamente con riferimento a norme di diritto UE (e, quindi, non di diritto nazionale) e dalla sola Corte di Giustizia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione viene qui in rilievo solo nella sua dimensione interna – apprezzabile nei rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri e nella pretesa di indipendenza da questi ultimi – e non anche in quella esterna, attinente ai rapporti con il diritto internazionale. Per una discussione del principio in parola, v. almeno K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, S. Adam, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1, 2021; N. Nic Shuibhne, *What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter?*, in *Nordic Journal of International Law*, 1, 2019; M. Klamert, *The Autonomy of the EU (and of EU Law) through the Kaleidoscope*, in *European Law Review*, 6, 2017; B. de Witte, *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1, 2010.

<sup>2</sup> In una letteratura davvero vastissima, v. G.F. Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, in R.O. Keohane (a cura di), *The New European Community. Decisionmaking And Institutional Change*, Boulder - San Francisco - Oxford, 1991; J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 8, 1991; M. Cappelletti, M. Secombe, J.H.H. Weiler (a cura di), *Integration Through Law, Volume 1: Methods, Tools and Institutions, Book 2: Political Organs, Integration Techniques and Judicial Process*, Berlin - New York, 1986.

D'altro canto, a livello nazionale, le Corti costituzionali – italiana<sup>3</sup> e tedesca<sup>4</sup> anzitutto – hanno costantemente affermato come il diritto dell'Unione sia applicabile negli ordinamenti interni in virtù di un'autorizzazione da parte di questi ultimi. La natura condizionata di tale autorizzazione al rispetto di un nucleo di principi costituzionali intangibili preserva l'autonomia degli ordinamenti nazionali e il ruolo delle Corti Costituzionali stesse, cui spetta l'ultima parola sulla definizione del diritto applicabile nel caso di antinomie tra i due livelli ordinamentali.<sup>5</sup>

**2.1. I conflitti costituzionali tra rischi di collisioni costituzionali e potenzialità pluralistiche.** Lo scenario appena delineato è caratterizzato da un'ambivalenza di fondo: da un lato i conflitti costituzionali, stante l'assenza di un criterio ordinante complessivo e unitario, sono visti come una fonte di instabilità nella misura in cui espongono il progetto europeo a rischi di «collisioni costituzionali»;<sup>6</sup> dall'altro, i medesimi, si sostiene, costituiscono un momento fisiologico delle relazioni tra ordinamenti nazionali e dell'Unione<sup>7</sup> e assumono la funzione di vero e proprio «motore dello sviluppo dei principi fondamentali [e] reggono il funzionamento [del sistema]»<sup>8</sup>.

Di qui la centralità del «dialogo costituzionale» tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia<sup>9</sup>, sia al fine di «disinnescare» possibili conflitti costituzionali<sup>10</sup>, sia a quello di favorire lo sviluppo del diritto dell'Unione, anche a partire da materiali giuridici provenienti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, secondo una logica genuinamente pluralista<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> Sull'esperienza italiana, v., recentemente, D. Pellegrini, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2021; S. Polimeni, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale: contributo per una ricostruzione del dialogo tra le Corti*, Napoli, 2018; A. Bernardi (ed), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

<sup>4</sup> Per una panoramica, v. P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante?* in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020; M. Polzin, *Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?*, Tübingen 2018, 143-197; P.M. Huber, *Recht der Europäischen Integration*, Baden-Baden, 2017<sup>3</sup>.

<sup>5</sup> In una prospettiva comparata, estesa a più giurisdizioni, v. 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*, 2, 2020; C. Calliess, G. van der Schyff (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2020; M. Claes, J.H. Reestman, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case*, in *German Law Journal*, 4, 2015; C. Grabenwarter, *National Constitutional Law Relating to the European Union*, in A. von Bogdandy, J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2011<sup>2</sup>.

<sup>6</sup> N. MacCormick, *Risking Constitutional Collision in Europe?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 1998.

<sup>7</sup> G. Martinico, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, London, 2022<sup>2</sup>.

<sup>8</sup> G. Martinico, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2018, 788.

<sup>9</sup> Richiama alla cautela nell'uso dell'espressione in questione, a causa della sua vaghezza e del suo frequente improprio impiego nella letteratura G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010. Per una precisazione della nozione, v. A. Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009, 118, ss.

<sup>10</sup> Sulla preoccupazione di evitare collisioni costituzionali, alla base del pluralismo c.d. normativo, v., pur critici, O. Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*, London, 2022, 40-44; N. Krisch, *Who Is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space*, in *Ratio Juris*, 4, 2011.

<sup>11</sup> L'idea fondamentale è quella di valorizzare la comune appartenenza di principi e valori riconosciuti da ciascuno dei livelli ordinamentali in dialogo a un unico patrimonio costituzionale europeo: sul punto v. almeno A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002. Per la realizzazione di tale prospettiva è particolarmente rilevante il 'moto ascendente' proprio della dialettica tra identità costituzionale e tradizioni costituzionali comuni: v. M. Fichera, O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 8, 2019.

Ora, se tale dialogo è a lungo rimasto un dialogo «nascosto», caratterizzandosi per la sua informalità,<sup>12</sup> più recentemente esso ha assunto (anche) un carattere «palese», incanalandosi in procedure ufficiali, anzitutto quella del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFEU<sup>13</sup>.

**2.2. L'art. 4.2 TUE: una norma di traduzione.** È alla luce di questo impianto di fondo, basato, da un lato, sulle «rivali» autonomie dell'ordinamento dell'Unione e di quelli nazionali, presidiate dai monopoli interpretativi delle rispettive Corti di vertice, e, dall'altro, sull'esigenza, se non sul dovere<sup>14</sup>, di una stretta collaborazione tra queste che si intende qui discutere della clausola identitaria di cui all'art. 4, par. 2 TEU e in particolare delle modalità della definizione del contenuto dell'identità nazionale di cui all'articolo in parola<sup>15</sup>.

A tal riguardo, è stata correttamente rigettata<sup>16</sup> la proposta ricostruttiva secondo la quale l'art. 4, par. 2, TUE sarebbe una codificazione e una conferma delle dottrine dei controlimiti sviluppate dalle Corti nazionali, con la conseguenza di autorizzare queste ultime, in forza del diritto dell'Unione stesso, a non dare applicazione alle norme di diritto UE ritenute contrastanti con l'identità costituzionale interna in via del tutto unilaterale.<sup>17</sup> Una tale lettura dell'art. 4, par. 2, TUE avrebbe ridotto la norma in parola a un rinvio «in bianco» al diritto costituzionale degli Stati membri e avrebbe determinato il ricorso ai fini della sua interpretazione a criteri esterni all'ordinamento dell'Unione europea: ciò, con ogni evidenza, avrebbe negato all'art. 4, par. 2, TUE la natura di norma autonoma di diritto UE e, in ultima analisi, avrebbe arrecato un grave pregiudizio all'autonomia dell'ordinamento dell'Unione.<sup>18</sup>

Piuttosto, l'art. 4, par. 2, TUE, appunto quale norma autonoma di diritto UE, offre la possibilità, sotto il controllo della Corte di Giustizia, di operare deroghe, rispettose del principio di proporzionalità, al diritto dell'Unione: ciò sia assurgendo ad autonoma causa di deroga, sia, più spesso, concorrendo all'interpretazione delle cause di deroga già esistenti,

<sup>12</sup> G. Martinico, *Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of "Hidden Dialogue"*, in *King's Law Journal*, 2, 2010.

<sup>13</sup> V. i contributi in M. Dicosola, C. Fasone, I. Spigno (a cura di), *Special Issue Preliminary References to the Court of Justice of The European Union by Constitutional Courts*, in *German Law Journal*, 6, 2015.

<sup>14</sup> Depone in tal senso sicuramente il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3 TUE: v. Corte cost., Ord. del 26 gennaio 2017, no. 24, par. 6, 8. Sul punto v. G. Martinico, *Taming National Identity: A Systematic Understanding of Article 4.2 TEU*, in *European Public Law*, 3, 2021. Nella prospettiva degli ordinamenti statali, le medesime conclusioni si impongono anche in ragione del principio di apertura all'integrazione europea: v. BVerfG, Ordinanza del Secondo Senato del 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, par. 58-66. V. anche A. von Bogdandy, P.M. Huber (a cura di), *Handbuch Ins Publicum Europaeum II: 'Offene Staatlichkeit - Wissenschaft vom Verfassungsrecht'*, Heidelberg, 2007.

<sup>15</sup> La letteratura in argomento è estremamente vasta. V. almeno G. Di Federico, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea: natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017; E. Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015; A. Saiz Arnaiz, C. Alcobero Llivina (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration* Cambridge, 2013.

<sup>16</sup> Corte Giust., Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS*, par. 68-71. In dottrina v., *ex multis*, M. Claes, *National Identity: Trump Card or up for Negotiation?*, in A. Saiz Arnaiz, C. Alcobero Llivina (a cura di), *National constitutional identity and European integration*, cit.

<sup>17</sup> A. von Bogdandy, S.W. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 5, 2011, 1419; sia pure con riferimento all'art. I-5 del fallito Trattato costituzionale, v. M. Kumm, V. Ferreres Comella, *The Primacy Clause of the Constitutional Treaty and the Future of Constitutional Conflict in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2-3, 2005, 479. Analogamente, v. Corte cost. spagnola, Dichiarazione del 13 dicembre 2004, no. 1/2004, *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, par. 3 e dal Consiglio cost. francese, Decisione del 19 novembre 2004, no. 2004-505 DC, *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, par. 13.

<sup>18</sup> V. Corte giust., Conclusioni dell'AG Cruz Villalón presentate il 14 gennaio 2015 in causa C-62/14, *Ganweiler*, par. 59: «sarebbe un compito pressoché impossibile preservare questa Unione, quale la conosciamo oggi, se si pretendesse di assoggettarla ad una riserva assoluta, a mala pena specificata e in pratica lasciata alla discrezionalità di ciascuno Stato membro, sotto forma di una categoria denominata 'identità costituzionale'».

anzitutto quella in tema di ordine pubblico<sup>19</sup>.

Dalla natura autonoma dell'art. 4, par. 2, TUE discendono inoltre ulteriori conseguenze. Anzitutto, l'identità nazionale di cui si invoca il rispetto da parte dell'Unione non può confliggere con i valori fondanti di questa, espressi all'art. 2, TUE, i quali, come ha precisato di recente la Corte di Giustizia «definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune»<sup>20</sup>: l'imposizione di tale limite esterno alle pretese identitarie provenienti dagli ordinamenti nazionali appare essere l'espressione di un «imperativo di omogeneità», che costituisce il limite oltre il quale il pluralismo degli Stati membri non può essere tollerato.<sup>21</sup>

Inoltre – ed è la questione qui più rilevante –, le nozioni di identità costituzionale e di identità nazionale sono reciprocamente indipendenti. La prima è una nozione di diritto costituzionale degli Stati membri; la seconda, invece, è una nozione di diritto dell'Unione. Ne consegue che le due nozioni non coincidono<sup>22</sup>; anzi, è stato autorevolmente osservato che la nozione di identità nazionale di diritto UE è una nozione più ristretta di quella di identità costituzionale di diritto interno, dovendosi in particolare escludere dal suo ambito materiale di applicazione questioni inerenti alla protezione dei diritti fondamentali garantiti dalle costituzioni nazionali, che sono invece generalmente ritenuti sussumibili, almeno nel loro nucleo duro, entro la nozione di identità costituzionale di diritto interno<sup>23</sup>.

Se le due nozioni, come si è detto, sono certamente distinte e indipendenti l'una dall'altra, ciò non esclude né l'esistenza di rilevanti ambiti di convergenza e sovrapposizione, né la possibilità della nozione di identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE di farsi veicolo nell'ordinamento dell'Unione delle identità costituzionali nazionali. D'altro canto, esacerbare i profili di autonomia reciproca delle due nozioni in parola conduce ad escludere ogni comunicabilità tra le stesse, oltre che a esasperare gli aspetti di unilateralità propri del dialogo tra le Corti, con i rischi di collisioni costituzionali che ne derivano.<sup>24</sup>

Al contrario, da più parti si sono evidenziate le funzioni relazionali della norma in parola.<sup>25</sup> Infatti, nella misura in cui l'art. 4, par. 2, TUE richiede alle istituzioni dell'Unione – e, tra esse, anzitutto alla Corte di Giustizia – di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, insita nelle loro strutture fondamentali, costituzionali e politiche, esso pare assolvere a una funzione di «traduzione»: detta norma guarda alle norme di diritto costituzionale degli Stati membri che ne costituiscono l'identità nazionale e le sussume nell'ordinamento UE, appunto «traducendole» e facendo loro assumere le vesti di eccezione autonoma ovvero

<sup>19</sup> B. Guastafarro, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 263 ss.

<sup>20</sup> Corte Giust., Sentenza della Corte (Seduta plenaria) del 16 febbraio 2022, C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, par. 145, 264-266.

<sup>21</sup> Sulla configurabilità dell'art. 2 TUE come una clausola di omogeneità, v. G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, 215 ss. e in particolare sui rapporti con l'art. 4 par 2 TUE, 278-283.

<sup>22</sup> E. Cloots, *National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2, 2016.

<sup>23</sup> Per un'interpretazione particolarmente restrittiva, che limita l'ambito materiale dell'identità nazionale ex art. 4 TUE alle sole strutture istituzionali degli Stati membri, v. B. de Witte, *Article 4(2) TEU as a Protection of the Institutional Diversity of the Member States*, in *European Public Law*, 6, 2021. Sul rapporto tra identità nazionale e diritti fondamentali, v. M. Claes, *National Identity and the Protection of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, 6, 2021.

<sup>24</sup> G. Martinico, O. Pollicino, *Use and Abuse of a Promising Concept: What Has Happened to National Constitutional Identity?*, *Yearbook of European Law*, 2021, 231.

<sup>25</sup> L.D. Spicker, *Framing and managing constitutional identity conflicts*, cit., 380 ss., il quale riprende la nozione di relazionalità da Vittoria Barsotti et al., *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, 2015.

riconducendole a eccezioni già esistenti, anzitutto quella dell'ordine pubblico<sup>26</sup>. Di qui l'idoneità, e anzi le potenzialità, della norma in questione ad incanalare in procedure ufficiali i conflitti costituzionali che possono sorgere tra i livelli ordinamentali<sup>27</sup>.

**2.3. (...) in particolare: l'individuazione del contenuto dell'identità nazionale tra Corti Costituzionali e Corte di Giustizia.** Coerentemente con la funzione dialogica (o di 'norma di traduzione') dell'art. 4, par. 2, TUE, le dinamiche attinenti all'individuazione del contenuto dell'identità nazionale di cui alla disposizione in parola vivono nella già discussa tensione tra autonomia e cooperazione.

La dimensione collaborativa si riscontra nella «divisione del lavoro» tra ordinamenti nazionali e dell'Unione nella definizione del contenuto dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE: la questione centrale, in questo contesto, diviene quella di individuare «chi decide che cosa» tra la Corte di Giustizia e le Corti nazionali.<sup>28</sup> Il criterio guida di tale operazione di ripartizione delle competenze interpretative dovrebbe consistere in un'attenta individuazione e coordinazione delle sfere di autonomia, degli ordinamenti in dialogo e delle attribuzioni degli attori istituzionali – anzitutto le Corti – che in essi operano<sup>29</sup>.

Ne deriva che è una questione riservata agli ordinamenti nazionali l'individuazione del contenuto della propria identità costituzionale – o, se si preferisce, delle proprie «strutture fondamentali, politiche e costituzionali». La lettura dell'art. 19 TUE, peraltro, conforta questa conclusione nella misura in cui, definendo l'ambito materiale della giurisdizione della Corte di Giustizia ne esclude il diritto nazionale, tanto più se costituzionale<sup>30</sup>. Sotto un profilo istituzionale, larga parte dei sistemi di giustizia costituzionale degli Stati membri sono sistemi accentrati, nei quali l'interpretazione della costituzione è riservata esclusivamente alle Corti costituzionali<sup>31</sup>: quale corollario, l'individuazione del contenuto dell'identità costituzionale spetta alle sole Corti costituzionali, come, peraltro, espressamente osservato dalla Corte costituzionale italiana e tedesca<sup>32</sup>. D'altro canto, la Corte di Giustizia non è certo nuova ad assicurare un certo grado di deferenza verso gli Stati membri nella definizione del contenuto delle eccezioni alle libertà fondamentali, specialmente se relative ad ambiti

<sup>26</sup> L.F.M. Besselink, *Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010*, in *Common Market Law Review*, 2, 2012, 687. In una prospettiva analoga, v. anche S. Weatherill, *Distinctive Identity Claims, Article 4(2) TEU (and a Fleetingly Sad Nod to Brexit)*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2016, xi; A. Schnettger, *Article 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System*, in C. Calliess, G. van der Schyff (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, cit., para 2 *The Identity Clause as a Verbundnorm*.

<sup>27</sup> F.X. Millet, *Successfully Articulating National Constitutional Identity Claims: Strait Is the Gate and Narrow Is the Way*, in *European Public Law*, 6, 2021, 584 ss.

<sup>28</sup> L.D. Spieker, *Framing and managing constitutional identity conflicts*, cit., 381.

<sup>29</sup> T. Wischmeyer, *Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3, 2015, 443-452.

<sup>30</sup> M. Claes, *National Identity: Trump Card or up for Negotiation?*, cit., 123.

<sup>31</sup> Sul punto v. già A. Pizzorusso, *I Sistemi Di Giustizia Costituzionale: Dai Modelli Alla Prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1982; M. Cappelletti, *Il Controllo Giudiziario Di Costituzionalità Delle Leggi Nel Diritto Comparato*, Milano, 1968, in particolare Cap. 3. Quanto ai Paesi dell'Europa centro-orientale, v., per analoghe conclusioni, W. Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, 2014. Tra gli Stati membri dell'Unione vi sono comunque significative eccezioni: si pensi all'Irlanda, ai Paesi Bassi e ai Paesi scandinavi.

<sup>32</sup> Corte cost., ord. n. 24/2017, no. 24, par. 6, n. 216/2021, par. 7.5, sent. N. 239/2014, no. 238, parr. 3.1, 3.3, sent. n. 284/2017, par. 3; BVerfG, Sentenza del 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, *Trattato di Lisbona*, par. 241; Sentenza del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, *Identitätskontrolle I*, par. 43; Sentenza del 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13, OMT, par. 155.

costituzionalmente sensibili.<sup>33</sup>

La cornice di disciplina dell'art. 4, par. 2, TUE è invece una questione di diritto UE: spetta dunque, in via esclusiva, alla Corte di Giustizia l'interpretazione astratta dell'art. 4, par. 2, TUE e, con essa, la definizione in astratto della nozione di identità nazionale, nonché la verifica della possibilità di sussumere entro quella nozione la pretesa identitaria avanzata dall'ordinamento nazionale, il controllo del rispetto da parte di questa del principio di proporzionalità e dei valori di cui all'art. 2 TUE.<sup>34</sup>

Nel senso della necessità di un coordinamento delle funzioni interpretative delle Corti costituzionali e della Corte di Giustizia sembra peraltro deporre una recente sentenza della Corte di Giustizia – RS – ove si legge che: «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 sospendere la decisione e investire la Corte di giustizia di una domanda 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».<sup>35</sup>

Analoghe conclusioni sono diffuse in dottrina<sup>36</sup> e anche negli scritti extragiudiziali di numerosi giudici costituzionali e della Corte di Giustizia<sup>37</sup>.

**3. Dai principi alla prassi: alcuni recenti malfunzionamenti del dialogo costituzionale. L'esclusione dell'argomento identitario dalle interlocuzioni tra le Corti costituzionali italiana e tedesca e la Corte di Giustizia.** Se quella appena delineata appare una soluzione, almeno per principi, abbastanza lineare, quando si viene all'analisi della prassi, tuttavia, la questione si fa più complessa e alcuni malfunzionamenti del dialogo costituzionale emergono chiaramente, in particolare quanto alla «reticenza» da parte di alcune Corti costituzionali a sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia in tema di identità costituzionale.

**3.1. La reticenza delle Corti italiana e tedesca a rinviare alle Corti di Giustizia questioni pregiudiziali ex art. 4, par. 2, TUE.** Per discutere dei «malfunzionamenti» cui si è fatto appena cenno, in questa sede si guarderà all'esperienza tedesca e a quella italiana. Iniziando dunque dal contesto tedesco, la Corte costituzionale nella sua ordinanza con cui effettuava un rinvio pregiudiziale nella causa *Gauweiler*, affermava:

<sup>33</sup> J. Zgliniski, *The Rise of Deference: The Margin of Appreciation and Decentralized Judicial Review in EU Free Movement Law*, in *Common Market Law Review*, 5, 2018; F. de Witte, *Sex, Drugs & EU Law: The Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 6, 2013.

<sup>34</sup> Molto chiaramente I. Pernice, *Der Schutz Nationaler Identität in Der Europäischen Union*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* 2, 2011, 195: «il concetto di identità nazionale di cui all'art. 4 par. 2 TUE è un concetto di diritto dell'Unione, per la cui interpretazione è competente la Corte di giustizia (art. 267 TFUE)» (traduzione dell'autore).

<sup>35</sup> Corte Giust., Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 22 febbraio 2022, C-430/21, RS, par. 71

<sup>36</sup> M. Wendel, *The Fog of Identity and Judicial Contestation: Preventive and Defensive Constitutional Identity Review in Germany*, in *European Public Law*, 3, 2021; L.D. Spieker, *Framing and managing constitutional identity conflicts*, cit., 381 ss.; M. Claes, *Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity Is It Anyway?*, in Ead. et al. (a cura di), *Constitutional conversations in Europe. Actors, topics and procedures*, Antwerp, 2012.

<sup>37</sup> Si vedano gli interventi in B. Carotti (a cura di), *L'identità nazionale degli Stati membri e il primato del diritto dell'UE. Giornata di Studio. Roma, Palazzo della Consulta, 5 settembre 2022*, Roma, 2022 del Presidente Lenaerts, *National Identity, the Equality of Member States Before the Treaties and the Primacy of EU Law*, 23; della Giudice Navarretta, *Identità Nazionale e Primato dell'Unione Europea*, 33, s.; della Giudice Rossi, *Regole dell'Unione Europea ed Eccezioni Nazionali: la Questione "Identitaria"*, 77; v. anche C. Grabenwarter et al., *The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*, in *European Public Law*, 1, 2021, 58, ss.

«il sindacato sull'identità condotto dalla Corte costituzionale federale è fondamentalmente diverso dal controllo, condotto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, di cui all'art. 4, paragrafo 2, primo periodo, del TUE [... che] si basa su un concetto di identità nazionale che non corrisponde al concetto di identità costituzionale ai sensi dell'articolo 79 par. 3 G. [...]. La Corte di giustizia dell'Unione europea considera la tutela dell'identità nazionale, che è richiesta ai sensi dell'art. 4 par. 2 primo periodo TUE, come una 'finalità legittima' che deve essere presa in considerazione quando gli interessi legittimi sono bilanciati con i diritti conferiti dal diritto dell'Unione. [... Ciò] non soddisfa i requisiti di tutela del contenuto essenziale della Legge fondamentale ai sensi dell'articolo 79 par. 3 GG, che non può essere bilanciato con altri interessi giuridici. La tutela di questi ultimi è compito esclusivo della Corte costituzionale federale»<sup>38</sup>.

Al netto delle considerazioni, estranee all'oggetto di questa ricerca, circa la tutela da accordarsi all'identità – assoluta ovvero condizionata al rispetto del principio di proporzionalità –, viene in rilievo la forte enfasi posta sulla reciproca autonomia (o, con le parole della Corte, la «fondamentale differenza») tra le nozioni di identità costituzionale di diritto costituzionale e quella di identità nazionale di diritto UE: «due nozioni di identità, due tipi di sindacato».<sup>39</sup>

Dalla negazione di ogni collegamento tra la nozione di identità di diritto interno e quella di diritto UE – presente, invece, nella giurisprudenza precedente<sup>40</sup> – deriva che la tutela dell'identità costituzionale diventa una responsabilità della sola Corte costituzionale tedesca. Diversamente dal caso «parallelo» del sindacato *ultra vires*,<sup>41</sup> la Corte costituzionale ha pertanto escluso la sussistenza dell'obbligo di effettuare, prima del proprio pronunciamento ultimo e definitivo, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ponendo la questione della compatibilità della normativa di diritto dell'Unione con l'identità nazionale tedesca, così da offrire alla Corte lussemburghese la possibilità di intervenire a definire la validità della normativa in questione alla stregua del diritto dell'Unione, e in particolare, dell'art. 4, par. 2, TUE.<sup>42</sup> È evidente come la tutela dell'identità costituzionale tedesca (art. 79, par. 3, GG) sia percepita, dalla Corte tedesca, appunto come una responsabilità esclusivamente propria, in nessun modo da condividersi con la Corte di Giustizia<sup>43</sup>.

Alcuni, simili, malfunzionamenti del dialogo tra le Corti costituzionali e la Corte di Giustizia in tema di identità possono essere trovati nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, nonostante questa sia spesso descritta – e a ragione – come

<sup>38</sup> BVerfG, ordinanza del 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13, OMT, § 29 (traduzione dell'autore).

<sup>39</sup> M. Wendel, *Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference*, in *European Constitutional Law Review*, 2, 2014, 286.

<sup>40</sup> BVerfG, sentenza del 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, *Trattato di Lisbona*, par. 240: «la garanzia dell'identità costituzionale nazionale in base al diritto costituzionale e al diritto dell'Unione va di pari passo nello spazio giuridico europeo».

<sup>41</sup> BVerfG, Ordinanza del 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, par. 60, ove la Corte tedesca afferma, *inter alia*, il proprio dovere di permettere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla natura *ultra vires* di atti dell'Unione europea prima della propria decisione sul punto, come avvenuto, con esiti diversi nei casi 2 BvR 2728/13, *Gauweiler (OMT)* e 2 BvR 859/15, *Weiss (PSPP)*. Cf., in tema di sindacato di identità ai sensi dell'art. 79, par. 3 GG, BVerfG, Ordinanza del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, *Solange III/Mandato d'arresto europeo II*, par. 46, ove il coinvolgimento della Corte di Giustizia viene limitato alla sola interpretazione della normativa europea in questione, e non anche alla valutazione della sua validità, o di una sua interpretazione, alla luce dell'art. 4 par. 2 TUE.

<sup>42</sup> V. condivisibilmente critici quanto all'approdo in parola, M. Wendel, *The Fog of Identity and Judicial Contestation*, cit., 470–472; S. Dietz, *Die Europarechtsfreundliche Verfassungsidentität in Der Kontrolltrias Des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1, 2017, 111, ss.; D. Burchardt, *Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2016, 535-540.

<sup>43</sup> BVerfG, ordinanza del 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13, *Gauweiler (OMT)*, § 29.

caratterizzata da uno «stile relazionale» nel giudizio costituzionale, soprattutto se confrontata con il BVerfG tedesco.<sup>44</sup>

Infatti, se in *Taricco* la Corte aveva fatto ricorso alla dottrina dei principi supremi insieme all'art. 4, par. 2, TUE, rinviando tale questione alla Corte di giustizia europea,<sup>45</sup> in alcuni casi successivi la Corte ha operato diversamente. Nelle ordinanze n. 117/2019 e 216/2021, infatti, la Corte ha inteso sottrarre dalla propria interlocuzione con la Corte di Giustizia la questione identitaria. In questi casi la Corte ha indubbiamente adottato uno stile marcatamente relazionale e dialogico nella propria interazione con la Corte di Giustizia, finalizzato a favorire un'interpretazione del diritto UE che fosse compatibile con la normativa costituzionale italiana, valorizzandone l'appartenenza al patrimonio costituzionale europeo; in tali occasioni la Corte ha però escluso di sottoporre alla Corte di Giustizia questioni inerenti al rispetto dei principi supremi dell'ordinamento italiano o all'obbligo di rispettare l'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE.

La mancata remissione alla Corte di Giustizia di questioni pregiudiziali afferenti alla tutela dell'identità nazionale italiana non deve però far concludere per una minore 'problematicità', che non si sarebbe spinta sino alla soglia dei principi supremi, dei casi in parola rispetto, ad esempio, al caso *Taricco*; piuttosto ciò rivela, come si dirà a breve, un mutamento nell'atteggiamento della Corte rispetto al coinvolgimento della Corte di Lussemburgo nelle questioni afferenti i principi supremi dell'ordinamento italiano.

Che i casi affrontati nelle ordinanze n. 117/2019 e 216/2021 non siano di ridotta rilevanza costituzionale e problematicità nel rapporto con l'ordinamento UE si evince chiaramente dal loro tenore, come peraltro osservato da alcuni commentatori<sup>46</sup>. Infatti, nell'ordinanza n. 117/2019, la Corte ha affermato come il c.d. diritto al silenzio «dell'imputato – pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale – costituisca un 'corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa'», ritenendo tale diritto «appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana, che caratterizzano l'identità costituzionale italiana».<sup>47</sup> Analogamente, nell'ordinanza n. 216/2021 il diritto alla salute si contrapponeva all'esecuzione *sic et simpliciter* di un mandato di arresto europeo: la Corte ne ricordava la qualificazione, in Costituzione, come «fondamentale diritto dell'individuo», escludendo ogni dubbio circa la sua appartenenza «al novero dei 'diritti inviolabili dell'uomo' riconosciuti dall'art. 2 Cost»,<sup>48</sup> i quali, almeno nel loro nucleo essenziale, sono certamente opponibili, quali «controlimiti» al primato del diritto dell'Unione, come peraltro affermato anche nella citata ordinanza 117/2019<sup>49</sup>.

La scelta di non sollevare questioni pregiudiziali interrogando espressamente la Corte di Giustizia sul rispetto, da parte della normativa europea, dell'identità nazionale italiana pare allora potersi spiegare come il prodotto di una concezione, in questo simile a quella della Corte tedesca, che considera la tutela dei principi supremi della Costituzione una materia

<sup>44</sup> A. von Bogdandy, D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020.

<sup>45</sup> Corte cost., ordinanza del 26 Gennaio 2017, n. 24, punto 1, par. 3 Dispositivo (e, in parte motiva, parr. 6-8).

<sup>46</sup> In merito all'ordinanza n. 117 del 2019, v. G. Fares, *Diritto al Silenzio, Soluzioni Interpretative e Controlimiti: La Corte Costituzionale Chiama in Causa La Corte Di Giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 75 ss. In merito alle ordinanze nn. 216 e 217 del 2021 (con particolare riferimento alla n. 216), v. C. Amalfitano, M. Aranci, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Sistema Penale*, 1, 2022; S. Barbareschi, *Tra scudo e fendente: la Corte costituzionale fa valere il diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo. Considerazioni a margine dell'ord. n. 216 del 2021*, in *Nomos*, 3, 2021.

<sup>47</sup> Corte cost., ord. n. 117/2019, par. 7.1.

<sup>48</sup> *Ibidem*, par. 9.1.

<sup>49</sup> Così già Corte cost., sent. n. 232/1989, par. 3.1. V. anche E. Lamarque, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 3, 2012, 756, ss.

riservata alla Corte costituzionale. In effetti, la Corte pare riservarsi di intervenire – se necessario – in un momento successivo alla sentenza della Corte di Giustizia, dichiarando unilateralmente la non applicabilità della normativa europea per il suo contrasto con i principi supremi della Costituzione.<sup>50</sup>

Rispetto all'Ordinanza *Taricco*, le ordinanze n. 117/2019 e 216/2021 parrebbero quindi indicare il ritorno del dialogo tra la Corte italiana e la Corte di Giustizia, limitatamente alle questioni identitarie, a una dinamica di dialogo informale e nascosto, segnando, invece, l'abbandono delle forme ufficiali proprie del rinvio pregiudiziale.<sup>51</sup> Questo sviluppo ha riflessi certamente negativi: da un lato, accentuando gli aspetti di unilateralità propri della dottrina dei controlimiti, accresce il rischio di 'collisioni costituzionali'; dall'altro svaluta le potenzialità pluralistiche proprie dell'art. 4, par. 2, TUE quale veicolo, nell'ordinamento dell'Unione, di principi e valori propri delle costituzioni nazionali.

**3.2. Le ragioni della reticenza: la difesa della «sovranità interpretativa» in tema di identità costituzionale.** Dal confronto tra l'ordinanza *Taricco* e le due ordinanze pocanzi discusse, così come dall'evoluzione intervenuta nella giurisprudenza tedesca, sorge spontaneo l'interrogativo circa le ragioni di un tale sviluppo.

A tal riguardo, sono di sicuro interesse alcuni passaggi delle Conclusioni dell'AG Bot in *M.A.S e M.B. (Taricco II)*, nei quali viene discussa la qualificazione quale parte dei principi supremi dell'ordinamento italiano del principio di legalità in materia penale, operata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio. L'AG, nell'escludere che il principio di legalità in materia penale facesse parte dell'identità costituzionale italiana, scriveva:

«rilevo che, nella Costituzione italiana, i principi qualificati come «fondamentali» sono elencati agli articoli da 1 a 12 della stessa, e il principio di legalità dei reati e delle pene ne è quindi, a priori, escluso.

È noto che la portata e il rango di un principio nell'ordinamento costituzionale italiano possono anche essere opera della giurisprudenza costituzionale.

Orbene, la Corte costituzionale ha già affermato che solo il «nucleo centrale» di un principio fondamentale può giustificare l'avvio della procedura cosiddetta dei «controlimiti», con esclusione dei diversi istituti nei quali tale diritto può concretamente estrinsecarsi e atteggiarsi nel corso della storia e secondo le esigenze di quest'ultima. [...]

Tenuto conto di tali elementi, non sono convinto del fatto che l'obbligo stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco e a.* [...] possa ledere l'identità nazionale della Repubblica italiana».<sup>52</sup>

I profili di criticità delle Conclusioni dell'AG sono evidenti: al netto dell'esito cui l'argomentazione perviene, come si è detto, non spetta all'Avvocato Generale (o alla Corte di Giustizia) definire il contenuto dell'identità costituzionale degli Stati membri, tanto più se far ciò vuol dire sindacare la qualificazione operata dalla Corte costituzionale dello Stato interessato.<sup>53</sup>

Certamente l'AG, con le proprie conclusioni, ha finito per ledere le prerogative costituzionalmente riservate alla Corte costituzionale, prerogative riconosciute e protette anche dal diritto dell'Unione (artt. 19 e 4, par. 2, TUE).

A ciò si aggiunga che le sentenze della Corte di Giustizia rese all'esito di un rinvio

<sup>50</sup> V. *supra*, nota 4.6

<sup>51</sup> G. Martinico, *Judging in the Multilevel Legal Order*, cit.

<sup>52</sup> Corte Giust., Conclusioni dell'AG Bot del 18 luglio 2017 in C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, par. 181-183, 186.

<sup>53</sup> G. Piccirilli, *The 'Taricco Saga': the Italian Constitutional Court continues its European journey*, in *European Constitutional Law Review*, 4, 2018, 819, s.; C. Rauegger, *National Constitutional Rights and the Primacy of EU Law: M.A.S.*, in *Common Market Law Review*, 5, 2018, 1542.

pregiudiziale sono giuridicamente vincolanti per il giudice *a quo*.<sup>54</sup> Sollevare una questione pregiudiziale vuol dire – anche – accettare l'autorità della Corte di Giustizia: accettazione che è costituzionalmente possibile nella misura in cui gli ambiti interpretativi delle due Corti sono distinti e separati; laddove, in ragione di un eccesso interpretativo della Corte lussemburghese, questi venissero a sovrapporsi, ne sarebbero evidenti i rischi di subordinazione della Corte *a quo* rispetto alla Corte *ad quem*.<sup>55</sup> Pertanto, escludere dalla propria interlocuzione con la Corte di Giustizia l'argomento identitario significa, per le Corti costituzionali, anche sottrarsi al rischio di vedersi smentite, con una sentenza giuridicamente vincolante nei loro confronti, nella qualificazione da esse operata dell'identità costituzionale del 'proprio' ordinamento.<sup>56</sup> D'altro canto, il rischio percepito di una perdita di 'sovranità interpretativa' è stata la ragione del rifiuto, a lungo mantenuto, da parte di molte Corti costituzionali di riferire questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, preferendo, invece, le modalità proprie del dialogo «nascosto».<sup>57</sup>

**4. Per il riaccentramento del dialogo costituzionale in tema di identità?** Nel paragrafo precedente si è cercato di mostrare come la Corte costituzionale italiana e quella tedesca, pur avendo ormai accettato la possibilità di interloquire direttamente con la Corte di Giustizia attraverso il canale ufficiale del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, rifiutino invece di sottoporre a quest'ultima questioni pregiudiziali in materia di identità nazionale ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, preoccupate di porsi in una posizione subordinata rispetto alla Corte di Giustizia e di poterne essere, pertanto, smentite proprio nella loro interpretazione dell'identità costituzionale.

Se tale sindacato della Corte di Giustizia sulle qualificazioni svolte dalle Corti costituzionali è certamente indebito alla luce di quanto fin qui osservato, esso appare, in una certa misura, il portato dell'asimmetria che caratterizza le relazioni tra giudici nel contesto dell'Unione: da un lato la natura accentrata dei sistemi di giustizia costituzionale, dall'altro la natura diffusa del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.<sup>58</sup>

**4.1. Il meccanismo pregiudiziale e i sistemi di giustizia costituzionale negli Stati membri: l'asimmetria tra diffusione e accentramento.** È un dato ampiamente acquisito al dibattito che il processo di integrazione europea e, in particolare, il c.d. mandato *Simmenthal*<sup>59</sup> abbiano determinato una de-centralizzazione dei sistemi di giustizia costituzionale degli Stati membri.<sup>60</sup> Gli effetti di tale de-centralizzazione dei sistemi di

<sup>54</sup> Corte Giust., Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, par. 16.

<sup>55</sup> C. Grabenwarter et al., *The Role of the Constitutional Courts*, cit. 57 ss.; A. Bouveresse, *How Autonomy Could Lead to Subordination*, in European Central Bank (a cura di), *Building bridges: central banking law in an interconnected world: ECB Legal Conference 2019*, Frankfurt am Main, 2019.

<sup>56</sup> F.C. Mayer, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, in A. von Bogdandy, J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, cit., 407.

<sup>57</sup> M. Claes, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *German Law Journal*, 6, 2015; G. Martinico, *Multiple Loyalties and Dual Preliminarity: The Pains of Being a Judge in a Multilevel Legal Order*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2012; J.H.H. Weiler, *Editorial: Judicial Ego*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2011. Per una discussione dedicata alla Corte costituzionale italiana, v. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, *passim*.

<sup>58</sup> È nota la natura privilegiata dell'interazione tra la Corte di Giustizia e i giudici comuni negli Stati membri: sul punto v. almeno K.J. Alter, *Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration*, in A.M. Slaughter, A. Stone Sweet, J.H.H. Weiler (a cura di), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*, Oxford, 1998.

<sup>59</sup> M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford – Portland, Oregon, 2006, 58–265.

<sup>60</sup> D. Paris, *The Impact of EU Law and the ECHR on National Constitutional Adjudication in the European Legal Space*, in A. von Bogdandy, P.M. Huber, C. Grabenwarter (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public*

giustizia costituzionale, con la conseguente marginalizzazione del ruolo delle Corti costituzionali, sono stati apprezzati principalmente in relazione alla tutela dei diritti fondamentali e hanno spinto le Corti costituzionali in Italia, come in altre giurisdizioni<sup>61</sup>, a intervenire, essenzialmente mettendo mano alle proprie dottrine in tema di doppia pregiudizialità, al fine di recuperare la propria centralità.<sup>62</sup>

Una problematica analoga viene in rilievo in relazione alla tutela dell'identità nazionale. A dispetto della riserva di controllo a favore della Corte costituzionale in tema di identità costituzionale,<sup>63</sup> solo in piccola parte dei casi nei quali la Corte di Giustizia è stata investita della questione identitaria ex art. 4, par. 2, TUE, ciò è avvenuto su rinvio della Corte costituzionale dello Stato membro interessato.<sup>64</sup> La questione del rispetto dell'identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE è sorta più spesso, invece, su rinvio di un giudice comune, venendo sollevata direttamente dal giudice *a quo*<sup>65</sup> o da una delle parti del giudizio principale,<sup>66</sup> ovvero sempre su rinvio di un giudice comune, ma venendo rilevata, con le proprie osservazioni, dal Governo dello Stato membro interessato o, talvolta, da quello di un altro Stato membro<sup>67</sup>. In un numero consistente di casi, infine, la questione è stata sollevata *ex officio* dalla Corte, o, più spesso, dagli Avvocati Generali<sup>68</sup>.

Quanto ai giudizi in via principale, la questione è stata posta sia nell'ambito di giudizi dinanzi

---

*Law: Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford, 2023; J. Komárek, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2013; M. Bobek, *The Impact of the European Mandate of the Ordinary Courts on the Position of Constitutional Court* in M. Claes et al. (a cura di), *Constitutional Conversations in Europe*, cit.

<sup>61</sup> In prospettiva comparata, v. G. Martinico, *La doppia pregiudizialità nel diritto comparato*, in *Diritto pubblico*, 3, 2022.

<sup>62</sup> In una letteratura assai vasta, v. almeno C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022; C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (a cura di), *'Granital revisited'? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020; D. Tega, *La corte nel contesto*, Bologna, 2020, Cap. III.

<sup>63</sup> C. Caruso, *Granital revisited? La "precisazione" nell'integrazione attraverso i conflitti*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (a cura di), *'Granital revisited'*, cit., 29.

<sup>64</sup> Ciò è avvenuto in solo quattro occasioni: nelle cause C-391/20, *Boriss Cilevičs e a.* (su rinvio della Corte costituzionale lettone); C-673/16, *Coman e a.* (su rinvio della Corte costituzionale rumena); C-42/17, *M.A.S. e M.B.* (su rinvio della Corte costituzionale italiana); C-399/11, *Melloni* (su rinvio del Tribunale costituzionale spagnolo).

<sup>65</sup> Così nella causa C-490/20, *Pancharevo*; nelle cause riunite C-473/13 e C-514/13, *Bero e Bouzalmate*; e nella causa C-58/13, *Torres*: i quattro rinvii, si noterà, provengono tutti da ordinamenti che prevedono sistemi di giustizia costituzionale accentrata (rispettivamente Bulgaria, Germania e Italia).

<sup>66</sup> Così in C-566/15, *Erzberger*: la questione è discussa dall'AG Saugmandsgaard Øe nelle sue Conclusioni presentate il 4 maggio 2017, il quale esclude che si possa «qualificare il regime di cogestione tedesco come elemento dell'identità nazionale, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE» (ivi, par. 103).

<sup>67</sup> L'intervento del Governo dello Stato interessato è per vero piuttosto raro: ciò è successo nelle cause riunite C-473/13 e C-514/13, *Bero e Bouzalmate*. A volte però interviene il Governo di uno Stato terzo: così in C-148/22, *Commune d'Ans*; C-742/19, *Ministrstvo za obrambo*; C-157/15, *G4S Secure Solutions (Achibita)*; C-393/10, *O'Brien* (ove il giudice rimettente era la UK Supreme Court).

<sup>68</sup> Corte Giust., Sentenza della Corte del 21 dicembre 2016, C-51/15, *Remondis*; Sentenza della Corte del 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*; Sentenza della Corte del 12 giugno 2014, C-156/13, *Digibet e Albers*; Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, C-202/11, *Las*; Sentenza della Corte del 12 maggio 2011, C-391/09, *Rumenič-Vardyn e Wardyn*; Sentenza della Corte del 22 dicembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*. Quanto all'analisi da parte degli Avvocati generali, v. le Conclusioni dell'AG Tanchev, presentate il 9 novembre 2017, in C-414/16, *Egenberger*; Conclusioni dell'AG Bot, presentate il 7 maggio 2015, in causa C-216/14 *Covaci*; Conclusioni dell'AG Kokott, presentate il 21 giugno 2012 in causa C-566/10 P, *Italia c. Commissione*; ancorché prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma comunque nella vigenza di quello di Maastricht, v. anche Conclusioni dell'AG Poiares Maduro del 8 ottobre 2008 in C-213/07, *Michaniki*; Conclusioni dell'AG Poiares Maduro del 16 dicembre 2004 in C-160/03, *Spagna c. Eurojust*.

alla Corte intervenuti a valle di una procedura di infrazione<sup>69</sup>; sia nei ricorsi per l'annullamento di atti dell'Unione europea e delle sue istituzioni e agenzie promossi dagli Stati membri<sup>70</sup>.

L'erosione della riserva di controllo a favore della Corte costituzionale che si deriva da queste osservazioni, anche senza considerare in giudizio in via principale, si può spiegare con l'eccessiva enfasi posta sull'autonomia reciproca delle nozioni di identità nazionale (di diritto UE) e costituzionale (di diritto interno): se tra le due norme non vi è alcun collegamento, un giudice comune al quale è precluso rilevare esso stesso l'incompatibilità con l'identità costituzionale del proprio ordinamento della normativa europea che dovrebbe altrimenti applicare, potrebbe sentirsi invece libero di rinviare alla Corte di Giustizia la questione – di diritto europeo (art. 4, par. 2, TUE) – inerente il rispetto europea dell'identità nazionale dello Stato membro interessato.

Se la Corte costituzionale dello Stato membro interessato è rimasta pretermessa dall'interlocuzione tra gli attori costituzionali coinvolti, non potendo, di conseguenza, offrire la propria autorevole interpretazione dell'identità costituzionale dello Stato membro interessato, la Corte di Giustizia è posta dinanzi a un'alternativa: la Corte può «prendere per buona» la qualificazione dell'identità nazionale effettuata da un soggetto diverso dalla Corte costituzionale dello Stato interessato, oppure sindacare tale qualificazione, in ultima analisi interpretando il diritto costituzionale interno ed eccedendo le proprie competenze.<sup>71</sup> Nel contesto attuale, caratterizzato da numerose sfide all'autorità del diritto dell'Unione avanzate dagli organi giudiziari degli Stati membri, così come da quelli politici – e non solo in contesti di regressione dello Stato di diritto –, la Corte è comprensibilmente spinta a non accettare ciecamente qualsiasi caratterizzazione dell'identità nazionale di uno Stato membro proposita, tanto più nella misura in cui questa non provenga dagli organi a tal fine individuati nell'ordinamento statale in considerazione.

D'altro canto, se la qualificazione dell'identità viene operata dalla Corte costituzionale dello Stato interessato, qualora questa mantenga la propria indipendenza dagli organi politici, la Corte di Giustizia dovrebbe assumere un atteggiamento affatto diverso, escludendo il proprio sindacato sulla qualificazione operata dalla Corte *a quo*, e limitandosi a verificare la sua riconducibilità alla nozione di identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE e la sua compatibilità con i valori di cui all'art. 2 TUE.

**4.2. In cerca di un protocollo di cooperazione tra Corti nazionali e Corte di Giustizia nella definizione del contenuto dell'identità nazionale degli Stati membri ex art. 4, par. 2 TUE.** L'insufficienza dei protocolli di collaborazione tra Corti costituzionali e Corte di Giustizia – si diceva – è tra le cause delle difficoltà del dialogo costituzionale sopra

<sup>69</sup> Così nelle cause C-658/19, *Commissione c. Spagna*; C-151/12, *Commissione c. Spagna*. Ancorché prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma comunque nella vigenza di quello di Maastricht, v. anche le cause C-51/08, *Commissione c. Lussemburgo* e C-473/93, *Commissione c. Lussemburgo*.

<sup>70</sup> Così, ancorché trattasi di casi di abuso della categoria identitaria, in C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*; C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*. Ancorché prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma comunque nella vigenza di quello di Maastricht, v. anche C-344/01, *Germania c. Commissione*.

<sup>71</sup> Per vero, in larga parte delle cause nelle quali viene invocata la categoria identitaria, la Corte di Giustizia evita questa alternativa 'secca' ricorrendo a una terza opzione, quella di eludere la questione identitaria decidendo la causa ricorrendo a un'argomentazione che eviti del tutto l'argomento identitario – come avvenuto in Corte Giust., Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.* – ovvero affermando la necessità di assicurare piena effettività alla normativa europea in questione, senza entrare nel merito della reale riconducibilità all'identità nazionale dello Stato membro interessato dei principi e valori invocati – come avvenuto in Corte Giust., Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman e a.* Sul punto, concordi, v. M. Claes, *National Identity and the Protection of Fundamental Rights*, cit.; G. Martinico, *Taming National Identity*, cit.

accennate nella misura in cui favorisce l'interlocazione della Corte di Giustizia con i giudici comuni, invece che con le giurisdizioni costituzionali.

Per questa ragione, si discute in letteratura della possibilità di introdurre un «rinvio pregiudiziale al contrario», con il quale la Corte di Giustizia possa richiedere alla Corte costituzionale dello Stato interessato di dichiarare se le norme di diritto costituzionale invocate facciano effettivamente parte dell'identità nazionale dello Stato interessato.<sup>72</sup> In questa prospettiva, ove in un caso pendente dinanzi alla Corte di Giustizia fosse sollevata la questione del rispetto dell'identità nazionale di uno Stato membro, la Corte dovrebbe sospendere il procedimento e riferire una questione alla Corte costituzionale dello Stato in questione. La 'risposta' data dalla Corte nazionale sarebbe quindi vincolante per la Corte di Giustizia quanto alla qualificazione (o meno) di una data norma come parte dell'identità costituzionale. La Corte resterebbe ovviamente libera quanto alle restanti rilevanti questioni: soprattutto la verifica del rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE e la conclusione circa gli effetti nell'ordinamento del diritto dell'Unione di un'eventuale lesione della norma nazionale. Tale prospettiva è, con ogni evidenza, una prospettiva *de lege ferenda*. Le strade per una sua concretizzazione sembrano essere tre. La «via maestra» in tal senso è una riforma dei Trattati (con le difficoltà politiche connesse al requisito dell'unanimità). In alternativa, è ipotizzabile un intervento limitato alla revisione del Regolamento di procedura della Corte, introducendo un procedimento sulla falsariga delle domande di chiarimento (che possono essere rivolte al solo giudice rimettente) disciplinate dall'art. 101 dello stesso. Si potrebbe introdurre una tale norma, riconducibile all'ambito dell'art. 24, c. 2, dello Statuto della Corte, mediante la riforma del solo Regolamento di procedura.<sup>73</sup> Un'ultima ipotesi è quella di permettere alle Corti costituzionali nazionali di intervenire ex art. 40 dello Statuto della Corte nelle cause pendenti dinanzi ad essa: anche in questo caso sarebbe però necessaria una modifica della disposizione in parola<sup>74</sup>. Tale ipotesi, a tacer d'altro, sconta però il limite di non realizzare un rapporto paritario tra le Corti nei due livelli. Inoltre, la modifica sia del Regolamento di procedura, sia dello Statuto della Corte prevedono procedure che coinvolgono le sole istituzioni europee, escludendo invece quelle nazionali, salvo ovviamente il ruolo dei Ministri nel Consiglio: una modifica dei rapporti tra Corti costituzionali e Corte di Giustizia di tale conseguenza non sembra certo potersi realizzare escludendo dalla discussione le istituzioni nazionali. In ogni caso, né l'una né l'altra prospettiva sembrano all'orizzonte.

Se le prospettive *de lege ferenda* connesse all'introduzione di un rinvio pregiudiziale «al contrario» appaiono di scarsa praticabilità, è forse opportuno guardare a quelle *de lege lata*: queste, ancorché soddisfino solo parzialmente le esigenze sopra evidenziate, appaiono di più facile percorribilità.

In particolare, la proposta che qui si avanza passa dalla valorizzazione e dall'adattamento della dottrina elaborata in tema di doppia pregiudizialità in una pluralità di Stati membri<sup>75</sup>.

Ora, la dottrina della doppia pregiudizialità, comune, come si diceva, a una pluralità di Stati

<sup>72</sup> Per una prima suggestione, v. M. Cartabia, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling*, in *German Law Journal*, 6, 2015, 1796. Il tema è ripreso, sempre a livello di intuizione da C. Grabenwarter et al., *The Role of the Constitutional Courts*, cit, 58-60. Sviluppano il tema A. Nicòtina, E. Martini, *From Monologues to Dialogue: The US "Certification" Procedure as a Source of Inspiration for EU Cooperative Judicial Federalism* in J. de Poorter et al (a cura di), *European Yearbook of Constitutional Law 2022: A Constitutional Identity for the EU?*, The Hague, 2023.

<sup>73</sup> Ai sensi dell'art. 253 TFUE, il Regolamento di procedura è approvato dalla Corte stessa, con l'approvazione del Consiglio.

<sup>74</sup> Ai sensi dell'art. 281, par. 2 TFUE, la modifica dello Statuto della Corte di Giustizia è effettuata mediante la procedura legislativa ordinaria, previa richiesta da parte della Corte stessa e consultazione della Commissione ovvero previa richiesta della Commissione e consultazione della Corte.

<sup>75</sup> G. Martinico, *La doppia pregiudizialità nel diritto comparato*, cit.

membri dell'Unione, prescrive, prendendo a riferimento l'elaborazione dalla Corte costituzionale italiana<sup>76</sup>, che il giudice comune, laddove rilevi un possibile contrasto tra la normativa nazionale che è chiamato ad applicare e le norme in tema di diritti fondamentali afferenti sia all'ordinamento nazionale sia, se applicabile, all'ordinamento dell'Unione, sollevi prima la questione di pregiudizialità costituzionale e solo successivamente, se del caso, alla Corte di Giustizia per i profili di diritto UE.

La Corte di Giustizia, d'altro canto, ha avuto modo di precisare che tali dottrine sono compatibili con il diritto UE solo ad alcune condizioni: il giudice comune deve restare libero di riferire questioni alla Corte di Giustizia, di rendere i necessari provvedimenti cautelari e, infine, se del caso, di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione<sup>77</sup>.

Ciò che si propone è l'estensione della dottrina della doppia pregiudizialità alla tutela dell'identità costituzionale, indipendentemente dalla sua connessione con la tutela dei diritti fondamentali, tanto più che, come si è detto, questi ultimi appaiono estranei alla nozione di identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE<sup>78</sup>.

Pertanto, il giudice comune il quale, chiamato a dare attuazione a una data norma di diritto UE, ne paventi il conflitto con l'identità costituzionale dello Stato in questione e, allo stesso tempo, con l'identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE, dovrebbe investire la Corte costituzionale nazionale della questione inerente all'individuazione del contenuto dell'identità costituzionale. Laddove la Corte costituzionale ritenesse fondata l'ipotesi formulata dal giudice comune in ordine all'appartenenza di taluni principi al nucleo di quelli che costituiscono l'identità costituzionale, dovrebbe essa stessa adire la Corte di Giustizia mediante un rinvio pregiudiziale onde appurare l'interpretazione corretta della normativa eurounitaria ritenuta in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento nazionale e, eventualmente, cercare una composizione del conflitto.

In particolare, in siffatta ipotesi, nell'ordinamento italiano, il giudice ordinario che ipotizzi un contrasto tra i principi supremi dell'ordinamento e l'identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE da un lato e la disciplina di derivazione eurounitaria dall'altra, si porrà il problema dell'applicabilità di quest'ultima, con ogni evidenza inapplicabile in caso di positivo accertamento del richiamato contrasto: di qui la rilevanza della questione di costituzionalità. Il giudice, in attuazione dei principi sinora espressi, dovrà pertanto sollevare dinanzi alla Corte Costituzionale una questione di legittimità costituzionale della norma di diritto italiano in forza della quale la normativa dell'Unione Europea è incorporata nell'ordinamento nazionale, invocando, quale parametro del giudizio, le rilevanti disposizioni costituzionali che ipotizza siano espressive di principi supremi dell'ordinamento e delle quali ravvisa un possibile contrasto con la normativa europea<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> V. *supra*, nota 62.

<sup>77</sup> Corte Giust., Sentenze del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*; del 11 settembre 2014, C-112/13, *A. v. B.*; del 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet*. V. C. Amalfitano, L. Cecchetti, *The ECJ's approach to dual preliminary 5 years after the ItCC's Judgment No. 269/2017*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2023; P. Mori, *Il rapporto tra la Corte di Giustizia e le giurisdizioni nazionali nell'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali: la posizione della Corte di Giustizia*, in C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, cit.192–199.

<sup>78</sup> M. Claes, *National Identity and the Protection of Fundamental Rights*, cit.

<sup>79</sup> Ad esempio, in caso di un paventato contrasto con il diritto primario (come in *Taricco* – Ord. 24 del 2017), dedurrà quale oggetto del giudizio di costituzionalità la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona nella parte in cui autorizza la ratifica e dà piena esecuzione alla norma in parola (art. 2 della l. 130/2008). Ove trattasi di diritto secondario (come nei casi dell'ord. n. 217/2021, o dell'Ord. n. 117/2019) dedurrà quale oggetto del giudizio di costituzionalità la normativa interna che traspone quella di origine eurounitaria (nella specie, rispettivamente l'art. 18-*bis*, c. 1, lett. c), l. n. 69/2005 e l'art. 187-*quinquiesdecies* n. d.lgs. n. 58/1998); in

Il giudice comune sarà quindi vincolato dalla sentenza della Corte costituzionale: in particolare, laddove questa concludesse per la non appartenenza di un dato principio o di una certa norma all'identità costituzionale, il giudice *a quo* non potrebbe successivamente rinviare la questione alla Corte di Giustizia ex art. 4, par. 2, TUE. Di conseguenza, la libertà del giudice di proporre questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia sembrerebbe limitata. Tuttavia, a ben vedere, il giudice comune rimarrebbe assolutamente libero di riferire alla Corte di Giustizia questioni pregiudiziali inerenti l'interpretazione del diritto dell'Unione, essendo solamente vincolato, invece, dalla sentenza della Corte costituzionale quanto all'interpretazione del diritto costituzionale interno, in particolare in merito a una questione – quella della definizione del contenuto dell'identità costituzionale nazionale – sulla quale, come si è detto, la Corte di Giustizia non potrebbe comunque intervenire. Ovviamente ciò implica l'accettazione di un collegamento sostanziale tra la norma interna in tema di identità costituzionale e quella di cui all'art. 4, par. 2, TUE, da intendersi quale norma «di traduzione». In conclusione, è certamente vero che alle conclusioni qui avanzate circa la necessità di escludere i giudici comuni dal dialogo costituzionale con la Corte di Giustizia in tema di identità sarebbe possibile giungere già sulla base del monopolio delle Corti costituzionali in tema di controllo di identità<sup>80</sup>. Tuttavia, l'asimmetria tra natura accentrata dei sistemi di giustizia costituzionale interni e natura diffusa del meccanismo pregiudiziale ex art. 267 TFUE e l'indebita separazione tra le nozioni di identità costituzionale e di identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE, ha determinato, nei fatti, l'erosione del monopolio delle Corti costituzionali sul controllo giurisdizionale sul rispetto dell'identità e la sua, almeno parziale, diffusione. A fronte di ciò, appare necessario un riaccostamento del controllo di identità, che ponga in un dialogo diretto le Corti costituzionali e la Corte di Giustizia, ad esclusione di altri soggetti, istituzionalmente non deputati all'individuazione del contenuto dell'identità costituzionale nazionale.

**5. Conclusioni.** La presente riflessione prendeva le mosse dalla questione di quale fosse il soggetto istituzionale deputato all'individuazione del contenuto dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE. Da un punto di vista teorico, si osservava, la questione sembra abbastanza lineare, prevedendosi un coinvolgimento della Corte di Giustizia, cui spetta la definizione della cornice normativa generale, e delle Corti nazionali, cui compete invece l'individuazione in concreto del contenuto dell'identità.

Un tale schema, si diceva, corrisponde a una concezione collaborativa e relazionale dell'art. 4, par. 2, TUE quale «norma di traduzione», la cui funzione è quella di sussumere nell'ordinamento dell'Unione, e agli effetti di questo, materiali normativi provenienti dagli ordinamenti nazionali, quali i principi supremi, o l'identità costituzionale, degli stessi. Ciò favorisce l'evoluzione del diritto dell'Unione secondo una logica pluralista, che valorizzi le tradizioni costituzionali elaborate negli ordinamenti nazionali, e costituisce una cautela rispetto al rischio di collisioni costituzionali, al tempo stesso rispettandone l'autonomia reciproca.

L'analisi della prassi recente restituisce però un'immagine diversa, nella quale emerge l'eccessiva enfattizzazione della natura autonoma delle due nozioni di identità nazionale e

---

assenza di una normativa interna che incorpori quella euronunitaria la quale sia cionondimeno direttamente efficace nell'ordinamento interno, come nel caso di un Regolamento, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale sarà nuovamente la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona (n. 130/2008), nella parte in cui autorizza la ratifica e dà piena esecuzione nell'ordinamento nazionale alla base giuridica del Regolamento in questione.

<sup>80</sup> P. Faraguna, *La costruzione di tutele dei diritti fondamentali «sempre più integrate». Orgoglio e (doppio) pregiudizio di fronte alla Corte costituzionale*, in *Diritto e Società*, 1, 2023, 198.

costituzionale, con ciò erodendone le potenzialità relazionali: le Corti nazionali, preoccupate di perdere la propria «sovranità interpretativa», tendono a concepire la tutela dell'identità costituzionale come una funzione loro riservata, sottratta all'interlocuzione con la Corte di Giustizia; quest'ultima, invece, enfatizza la natura autonoma della nozione di identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE, onde contenerne gli effetti centrifughi e i rischi per l'autorità del diritto UE.

Questi malfunzionamenti del dialogo tra le Corti – si è provato ad argomentare – sono in parte dovuti alle difficoltà di stabilire un collegamento diretto tra Corti costituzionali e Corte di Giustizia, stante l'asimmetria tra la natura accentrata del giudizio di costituzionalità e quella diffusa del meccanismo pregiudiziale, che finisce per permettere l'erosione della riserva di controllo sull'identità prevista in favore delle Corti costituzionali. Di qui la necessità di procedere a un riaccentramento del dialogo costituzionale in materia di identità, favorendo l'interlocuzione diretta e immediata tra le Corti costituzionali e la Corte di Giustizia: ciò tramite la previsione di un «rinvio pregiudiziale al contrario», prospettiva che sembra di scarsa plausibilità, ovvero tramite l'estensione delle dottrine in tema di doppia pregiudizialità recentemente affermatesi in più Stati membri anche alle questioni identitarie. Quest'ultima prospettiva, in particolare non risolve pienamente la questione, certo: anzitutto non ne sono interessati i giudizi in via principale. Inoltre, non impedisce alla Corte di Giustizia di smentire le qualificazioni operate, in ipotesi, dalle Corti costituzionali con riguardo all'identità dei propri ordinamenti; tuttavia, escludere i giudici comuni dalle interazioni con la Corte di Giustizia in tema di identità comporta, per la Corte di Giustizia, che il proprio interlocutore siano solo le Corti costituzionali, soggetti istituzionalmente preposti all'interpretazione delle Costituzioni nazionali, delle cui affermazioni in tema di identità la Corte può – e per quanto si è detto, *deve* – fidarsi.

**Abstract.** L'articolo discute la questione di chi sia competente a determinare il contenuto dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE: la Corte di Giustizia ovvero le Corti costituzionali nazionali. In linea di principio, spetta alle Corti nazionali definire il contenuto dell'identità del proprio ordinamento, nel quadro dell'interpretazione dell'art. 4, par. 2, TUE resa dalla Corte di Giustizia. L'analisi della prassi, tuttavia, rivela la riluttanza delle Corti costituzionale a effettuare rinvii pregiudiziali ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, temendo di essere smentite dalla Corte di Giustizia. Tale approccio della Corte di Giustizia è dovuto, si sostiene, al fatto che, nella maggior parte dei casi in cui è investita di questioni identitarie, ciò non avviene su rinvio della Corte costituzionale dello Stato interessato, spingendo la Corte GUE a un sindacato delle qualificazioni in tema di identità prospettate. Si sostiene allora la necessità di un riaccentramento del dialogo costituzionale in tema di identità, valutando la possibilità di introdurre un «rinvio pregiudiziale al contrario» e di estendere all'ambito identitario le dottrine elaborate in tema di doppia pregiudizialità.

**Abstract.** The article discusses the question of the institutional subject competent to determine the content of national identity under Article 4(2) TEU: the Court of Justice or the national constitutional Courts. In principle, it is up to the national Courts to define the content of the identity of their own Constitution within the framework of the Court of Justice's interpretation of Art. 4(2) TEU. By reviewing the concrete practice, it is shown that constitutional Courts are reluctant to refer questions in matters of identity, fearing that they will be second-guessed by the Court of Justice. This approach of the Court of Justice is due, it is argued, to the fact that most cases where national identity comes to the fore are not referred by the Constitutional Court of the State concerned, thus prompting the CJEU to second-guess the referring judge in its qualification of national identity. Therefore a re-

centralisation of the constitutional dialogue on identity issues is needed. In this regard, both the possibility of introducing a «reverse preliminary reference», and of extending the doctrines developed on the subject of dual preliminary to matters of national identity are considered.

***Parole chiave.*** Identità nazionale – identità costituzionale – dialogo tra le Corti – diffusione dei sistemi di giustizia costituzionale – riaccentramento dei sistemi di giustizia costituzionale.

***Key words.*** National identity – constitutional identity – constitutional dialogue – decentralisation of constitutional justice systems – recentralisation of constitutional justice systems.