

STEFANIA NINATTI*

Una comunità di valori? Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale europea**

ABSTRACT (EN): In the most recent evolution of the European integration process, one can detect a type of dialogue between Courts structurally different from the previous ones, as the seminal Polish and Hungarian cases well show. This essay briefly traces the interpretive criteria used by the Court of Justice starting from the peculiar relevance of comparative law - as reformulated through the canon of common constitutional traditions - to the protection of the constitutional identity of member states (art. 4 TEU) and the progressive emergence of a European constitutional identity based on EU values (art. 2 TEU). The possible latent conflict between national identities and European values thus marks the last piece in a long saga and may signal the need for a new “constitutional moment” in the history of European integration.

ABSTRACT (IT): Nella più recente evoluzione del processo di integrazione europea si registra l'avvio di un tipo di dialogo fra Corti strutturalmente diverso dai precedenti, come ben mostrano i celeberrimi casi polacchi e ungheresi (ma non solo). Il saggio ripercorre in via sintetica gli strumenti interpretativi usati dalla Corte di giustizia a partire dalla peculiare rilevanza del diritto comparato – così come riformulato attraverso le tradizioni costituzionali comuni – per arrivare alla tutela dell'identità costituzionale degli Stati membri (art. 4 TEU) e al formarsi di una identità costituzionale europea fondata sui valori dell'UE (art. 2 TEU). Il (possibile) conflitto latente fra identità nazionali e valori europei segna così l'ultimo tassello di una lunga saga e potrebbe marcare la necessità di un nuovo “constitutional moment” nella storia dell'integrazione europea.

SOMMARIO: 1. Introduzione: “this is a constitutional moment” ... – 2. Diritto comparato e integrazione europea: the odd couple. – 3. Il rebus dell'integrazione e il contributo delle tradizioni costituzionali comuni. – 4. L'Unione Europea: una comunità di valori.

1. Introduzione: “this is a constitutional moment” ...

“Dear colleagues, distinguished guests, this is a constitutional moment”.¹

Così osservava il presidente della Corte di giustizia in un importante convegno che ha riunito giudici costituzionali da tutta Europa nel 2021. Il *constitutional moment* cui Lenaerts faceva riferimento era ben illustrato dal successivo confronto, in chiave comparata, fra l'attuale situazione europea e le origini della Costituzione americana, simboleggiate dalla celeberrima

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca.

** Il contributo, sottoposto a referaggio, è destinato alla pubblicazione negli Scritti in onore di G. F. Ferrari.

¹ K. LENAERTS, *Dinner Speech*, in AA.VV., “*EUrope in diversity: between common constitutional traditions and national identities*”, International Conference Riga, Latvia, 2-3 September 2021, Conference proceedings, disponibile online [curia.eu.int](https://curia.europa.eu/curia.int), 111.

frase del giudice Cardozo della Corte Suprema, secondo cui “*the peoples of the several states must sink or swim together, and (...) in the long run prosperity and salvation are in union and not division*”.²

Non è questa la sede per ricordare gli innumerevoli fronti aperti dalle ultime tappe dell'integrazione europea e per analizzare le profonde fratture apertesesi fra le Corti costituzionali in aperto confronto (o scontro) con la Corte di giustizia: basti solo citare, per rammentare gli episodi più eclatanti, la dura reazione della Corte di Karlsruhe sul *quantitative easing* o i casi ungherese e polacco relativi alla violazione delle regole sullo Stato di diritto. Ma – limitandoci all'ambito giurisdizionale – è l'intero panorama europeo a essere percorso da questi tratti di tensione che, seppure contrassegnati da molte e rilevanti diversità a seconda dei contesti di riferimento, documentano una crisi posta quasi sulla soglia di un nuovo “momento costituzionale”,³ così da suggerire di rileggere il delicato equilibrio fra Stati membri e UE in termini più adeguati.

Nel corso di queste brevi note, si intende tracciare un quadro, necessariamente sintetico, dell'attuale confronto fra valori europei e identità costituzionale degli stati membri, passando attraverso una rilettura del criterio interpretativo utilizzato dalla Corte di giustizia in tema di tradizioni costituzionali comuni ed esaminando correlativamente anche il ruolo assunto dal diritto comparato all'interno della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Se verificare lo stato dei rapporti fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale a partire dalla giurisprudenza è sicuramente riduttivo, non si deve tuttavia dimenticare che nel processo di integrazione, il dialogo fra Corti ha di fatto costituito la trama portante delle varie stagioni dell'evoluzione europea. Fin dai suoi albori, infatti, il sistema dell'Unione europea ha trovato nella Corte di giustizia e nel confronto costante con le Corti costituzionali nazionali il proprio motore propulsivo: basti pensare alla celeberrima sentenza *Van Gend en Loos* – che ha chiarito gli elementi fondanti dell'ordinamento giuridico europeo e dei suoi rapporti con gli ordinamenti interni – per comprendere quanto il dialogo fra Corti abbia via via intessuto la trama dell'integrazione giuridica, poi gradualmente recepita nelle diverse riforme dei Trattati.

2. Diritto comparato e integrazione europea: *the odd couple*

Il Maestro cui si dedicano queste brevi note ha più volte evidenziato come l'uso del diritto comparato da parte delle Corti costituzionali nazionali sia diventato un *topos* della materia,

² Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, 4 marzo 1935, *Baldwin v. G.A.F. Seelig*, 294 U.S. 511, 523.

³ Così A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law: The Importance of Red Lines*, in VON BOGDANDY, BOGDANOWICZ, CANOR, GRABENWARTER, TABOROWSKI, SCHMIDT, (eds) *Defending Checks and Balances in EU Member States. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2021, 385 e ss., e A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *Un possibile «momento costituzionale» per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2018, 855 e ss.

impegnando oramai gli studiosi da almeno una ventina d'anni.⁴ Tale osservazione, a maggior ragione, diventa rilevante nei giudizi davanti alle Corti sovranazionali e internazionali.

Come noto, il ruolo da attribuire al diritto comparato all'interno dei criteri interpretativi impiegati dalla Corte di giustizia è un interrogativo presente fin dagli albori dell'esperienza comunitaria: la rilevanza del dato comparatistico, insieme al superiore interesse dell'integrazione fra ordinamenti, costituisce, infatti, uno degli assi portanti della struttura argomentativa dei giudici del Kirchberg. Da un lato, il diritto comparato pertiene per sua stessa natura alla particolare struttura dell'Unione europea, a causa della coesistenza di sistemi giuridici diversi, che convivono uno accanto all'altro sul medesimo territorio; dall'altro, l'apertura al diritto "straniero" nelle argomentazioni di Corti sovranazionali è una scelta, in un certo senso, obbligata in un giudizio che fa del rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale la porta di accesso principale alla Corte di giustizia. La forza del richiamo comparatistico in tale ambito, quindi, non è solo a supporto dell'argomentazione principale (che sempre si trova a confrontare l'ordinamento nazionale con quello sovranazionale), ma diventa la trama sottesa ad una strategia giuridica più ampia, in cui la finalità di integrare/coordinare gli ordinamenti guida l'interpretazione del diritto comparato e lo modella in maniera radicale: "uniti nella diversità", del resto, non è solo il motto dell'Unione Europea, ma riassume l'ideale ultimo sotteso al processo di integrazione comunitario.

La logica applicata dai giudici di Lussemburgo per realizzare tale ideale è, direi, stringente e finisce per conformare la rilevanza del diritto comparato all'interno delle argomentazioni della Corte di giustizia.

In estrema sintesi, si deve innanzitutto ricordare che, fin dagli albori dell'integrazione, la Corte di giustizia non ha esitato a definire i Trattati come la "Carta costituzionale fondamentale" e la Comunità economica europea come una comunità basata sullo Stato di diritto. Letto all'interno di tale prospettiva, quest'ultima si realizza nel principio secondo cui sia le sue istituzioni sia gli Stati membri sono soggetti al controllo del rispetto della suddetta "Carta costituzionale" europea (il diritto primario dell'Unione europea), controllo diligentemente svolto dalla Corte di giustizia.⁵

⁴ Da ultimo si veda G.F. FERRARI, *Introduction: Judicial Constitutional Comparison and Its Varieties*, in G.F. FERRARI (ed.) *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Brill, Nijhoff, Leiden-Boston, 2019, 1 e ss., cui si rimanda anche per la bibliografia essenziale sulla materia. Il prof. Ruggeri, entrando nel merito della comparazione nell'ambito dell'Unione Europea, rileva l'importanza del tema, osservando come "senza la comparazione non è possibile cogliere e rappresentare in modo adeguato l'essenza della identità costituzionale (...)" e, con essa, l'evoluzione del processo di integrazione europea nel suo complesso: cfr. A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le corti, identità "intercostituzionale"*, in *Gruppo di Pisa*, 4/2022, 1 ss.

⁵ Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito che da tempo anima la dottrina in materia di "diritto costituzionale europeo". Per quanto riguarda il versante euro-unitario, può essere utile ricordare come sia la giurisprudenza stessa della Corte di giustizia a usare questa grammatica: si veda per tutti la celeberrima sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo*, causa C-294/83, par. 23 (versione inglese): "it must first be emphasized in this regard that the European Economic Community is a community based on the *rule of law*, inasmuch as neither its member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the *basic constitutional charter*, the treaty

All'interno di questo quadro di riferimento sulle funzioni svolte dal giudice di Lussemburgo, si deve poi aggiungere che su quest'ultimo, più in generale, incombe l'obbligo di risolvere le controversie di sua competenza⁶ anche laddove non esista una norma specifica a riguardo: in questi casi, è stato fin da subito chiarito, che si procede "informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza dei paesi membri".⁷ In altre parole, davanti a eventuali lacune del diritto dell'Unione europea, la Corte deve ricorrere "in particolare ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, ai principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri".⁸

È in questo spazio che si inserisce il peculiare utilizzo del diritto comparato all'interno dei giudizi davanti alla Corte di giustizia che si fonda sull'utilizzo delle tradizioni costituzionali comuni. Più precisamente, tale criterio interpretativo ha via via rappresentato la forma *sui generis* con cui il giudice di Lussemburgo ha filtrato il richiamo comparatistico per comporre la trama dei principi generali del diritto euro-unitario, ponendo così tali tradizioni, oggi come ieri, al centro del processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea e delle tensioni che in esso si agitano.⁹

Non si vuole qui ripercorrere l'utilizzo che nel tempo la Corte ha fatto dalla Corte di questo canone ermeneutico, ma si rivela certamente utile ai nostri fini ricordare che il criterio comparatistico che ne sta alla base non è mai assunto a rigoroso parametro giuridico¹⁰, ma ha

. In particular, in articles 173 and 184, on the one hand, and in article 177, on the other, the treaty established a complete system of legal remedies and procedures designed to permit the court of justice to review the legality of measures adopted by the institutions." (c.v.o nostro).

⁶ Così richiede esplicitamente l'art. 19 TUE, c. 1, nel momento in cui afferma che "la Corte di giustizia dell'Unione europea (...) assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione."

⁷ Sentenza Corte di giustizia dell'Unione Europea, 12 luglio 1957, *Algera e a. c. Assemblea Comune*, causa 7/56, 3/57 a 7/57, par. 55 e ss.: a seguito di quest'affermazione segue un'accurata disamina dei diritti dei vari Stati membri.

⁸ In via esemplare si veda la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, 5 Marzo 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, causa C-46/93 and C-48/93, par. 27.

⁹ Se guardiamo, in particolare, agli articoli di chiusura sui criteri di interpretazione della Carta, l'art. 52, c. 4, afferma: «Nella misura in cui la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni», riecheggiando così la più nota dizione dell'art. 6, c. 3, dei trattati comunitari, secondo cui "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

¹⁰ Basti ricordare, in via esemplare, le osservazioni svolte dall'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni del 29 aprile 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e altri c. Commissione europea*, causa C-550/07 P – in un caso in cui vengono approfonditamente analizzate le diverse tradizioni costituzionali in materia di segreto professionale degli avvocati d'impresa – secondo cui: «Un siffatto riferimento alle tradizioni costituzionali o ai principi giuridici comuni non presuppone necessariamente che si tratti di una tendenza uniforme o chiaramente maggioritaria negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Occorre piuttosto procedere ad una valutazione comparativa degli ordinamenti giuridici, in cui si tenga adeguatamente conto anche delle finalità e dei compiti dell'Unione europea nonché della particolare natura dell'integrazione europea e del diritto dell'Unione" (par. 94). Tale osservazione esprime in maniera esemplare la giurisprudenza costante della Corte di giustizia, come ben dimostra forse il caso più famoso a riguardo, ossia quello

fin dall'inizio assunto contorni suoi propri. Infatti, il rinvio alle *tradizioni* costituzionali – che inevitabilmente richiama la necessaria verifica di un arco temporale ampio, e nello stesso tempo dinamico (quasi a voler identificare il nucleo costitutivo di un ordinamento che resiste nel tempo) – deve operare congiuntamente all'interpretazione teleologica: come è stato recentemente affermato dal presidente della Corte di giustizia, “*comparative law method and teleological interpretation are deeply intertwined*”.¹¹ Il che comporta anche che, se l'uso della comparazione può certo favorire una lettura evolutiva del diritto dell'Unione europea, che si adatti al cambiamento dei tempi e degli ordinamenti, tuttavia, l'eventuale progressiva convergenza dei sistemi nazionali non potrà mai arrivare a minare il principio di autonomia dell'ordinamento sovranazionale e, con esso, i fini costitutivi del processo di integrazione europea.¹² È stato, quindi, criticamente osservato come tale operazione possa finire, in ultimo, per rappresentare “un mero artificio interpretativo”, o meglio che “la tradizione comune è la tradizione comunitariamente utile e quindi rilevante”.¹³ Forse, più realisticamente, significa che “il ricorso alla comparazione resta utile per mettere a fuoco i valori comuni”¹⁴ non per trarne un rigoroso criterio giuridico in grado di individuare una assoluta comunanza.

È questa originale trama giuridica – il rispetto delle tradizioni costituzionali comuni all'interno di un sistema che fa dell'integrazione fra ordinamenti il suo fine primario – che, sotto altre spoglie, si ripresenta oggi davanti agli sviluppi del processo di integrazione europea, sviluppi contrassegnati dal confluire del discorso sulle tradizioni costituzionali (almeno in parte)

sul divieto di discriminazione legato all'età (sentenza della Corte, grande sezione, 22 novembre 2005, *Mangold*, Causa C-144/04).

¹¹ Così K. Lenaerts, *The constitutional traditions common to the Member States: the comparative law method*, in AA.VV., *EU united in diversity...*, cit., 40.

¹² Già nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange, 4 giugno 1962, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V. v High Authority of the European Coal and Steel Community*, causa C-14/61, si era in effetti chiarito il principio in maniera inequivocabile nel momento in cui chiariva che “la giurisprudenza della Corte, nella misura molto ampia in cui essa trae dai singoli ordinamenti interni le norme relative all'applicazione del Trattato, non si limiterebbe a fare una specie di «media» più o meno aritmetica fra i vari ordinamenti, bensì sceglierebbe in ciascuno dei paesi membri le soluzioni migliori in vista delle finalità del Trattato, o, se vogliamo usare questa espressione, le più progressiste. È questo, del resto, lo spirito che ha finora animato la Corte”.

Si noti, sia pur solo come parentesi, che se questa è la logica sottesa al richiamo delle tradizioni costituzionali comuni, e tramite esso alla rilevanza del dato comparatistico sulle decisioni della Corte di giustizia, emerge fin da subito una difficoltà a comparare tale criterio con la teoria del *consensus* propria del giudizio davanti alla Corte di Strasburgo, nonostante le evidenti somiglianze: così, se teoricamente l'assenza di soluzioni comuni ai diversi Stati membri rispetto ad un certo principio dovrebbe indurre il giudice ad una certa cautela nella soluzione del caso, nel contempo l'esistenza di una forte convergenza su una certa questione fra gli Stati membri ancora non dice di una dovuta scelta da parte della corte di Lussemburgo. Su entrambi i casi, in ultima analisi, si dispiega l'ombra lunga del *favor integrationis* che nell'ottica della Corte, comunque, modella anche la lettura del dato comparato. Non si può non richiamare l'acustica osservazione di Tridimas, secondo cui «i principi generali del diritto sono figli del diritto nazionale ma, una volta cresciuti dalla Corte di giustizia, finiscono per diventare degli *enfants terribles*: essi sono estesi, ridotti, ribaditi, e comunque trasformati da un processo giurisdizionale creativo ed eclettico» (T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, II ed., 2006, 6, traduzione nostra).

¹³ G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 307.

¹⁴ *Ibid.*, 303.

nel problematico controllo dell'identità costituzionale, per poi arrivare a paragonarsi con l'entrata in campo dei valori dell'Unione Europea

3. Il rebus dell'integrazione e il contributo delle tradizioni costituzionali comuni

Tracciare i confini dell'evoluzione costituzionale dell'UE è un compito, a dir poco, arduo. Se, da una parte, l'ordinamento sovranazionale ha sviluppato nel tempo dei tratti inconfondibili, basati su una "Carta costituzionale fondamentale" e su un proprio stato di diritto, dall'altra, non si può non tenere in debito conto che questo stesso ordinamento si compone – a sua volta – di 27 sistemi costituzionali nazionali, in un intreccio realmente peculiare sulla cui definizione ancora oggi la dottrina (non solo) europea si interroga. Un intarsio che diventa a tratti un *rebus*, poiché è chiamato a declinare il significato di ordinamenti giuridici di Stati membri "separati e distinti, ancorché coordinati" all'interno di un processo di integrazione che, tuttavia, non solo limita in maniera stringente le competenze interne, ma finisce anche per influenzare prepotentemente l'esercizio del potere pubblico nazionale.¹⁵

All'interno di un contesto così complesso, le tradizioni costituzionali nazionali vengono spesso individuate come punto di incontro, come un possibile collante, di queste tensioni, e non solo per quanto riguarda l'area dei diritti fondamentali: è così una necessità ribadita in seno al *network* europeo composto da giudici costituzionali e sovranazionali quella "to make greater efforts with regard to constitutional comparison and to the development of robust methods for its identification and concretisation".¹⁶

Questo quadro fotografa, dunque, uno spazio giuridico comune, abitato da ordinamenti nazionali e sovranazionali che condividono la stessa area d'azione: tale interazione, come è noto, è stata letta tramite le lenti del pluralismo giuridico che, sia pur nelle sue molteplici versioni, comprova l'inadeguatezza di una ricostruzione inter-ordinamentale fondata sulla classica piramide delle fonti di kelseniana memoria. Ampliando lo sguardo, ci si è così spinti a ritenere necessario «uno spostamento di prospettiva», abbandonando il paradigma delle relazioni verticali fra ordinamenti a favore di una loro concorrenza a partire dal caso concreto, su «un piano orizzontale privo (...) di criteri incondizionati, comunque denominati – gerarchia, *primauté*, riserva di competenza ecc. – in base ai quali sia possibile definire una volta per tutte

¹⁵ Si noti bene, questi stessi Stati costituiscono, nello stesso tempo, la struttura portante dell'ordinamento sovranazionale. Più ampiamente, L. BESSELINK, *The Persistence of a Contested Concept: Reflections on Ten Years Constitutional Identity in EU Law*, in *European Public Law*, 3/2021, 599.

¹⁶ La citazione è tratta dall'intervento del giudice costituzionale tedesco P.M. HUBER, *The constitutional traditions common to the Member States: identification and concretization*, in "EUropean in diversity: between common constitutional traditions and national identities", cit., ma si può ritenere comune a tutte le osservazioni e i rilievi dei giudici intervenuti nel convegno del 2021, di cui la Corte di Giustizia ha pubblicato gli atti. Non è certo questa la sede per ripercorrere l'ampissimo dibattito dottrinale sul punto, strettamente correlato al necessario utilizzo del canale comunicativo formato dal dialogo fra Corti: una ricostruzione di ampie vedute su tale correlazione, non priva di rilievi critici, si può leggere da ultimo in A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti comparati*, 2/2022, in particolare 571 – 572.

quale sia destinato a prevalere».¹⁷ Si potrebbero fare molti esempi per chiarire tale struttura composita del processo di integrazione europea: a tal proposito pare interessante la lettura di una recente ordinanza della Corte costituzionale tedesca che, in un classico caso di concorrenza fra Carta di Nizza e disposizione costituzionale nazionale, specifica che, così come la Legge fondamentale tedesca deve essere letta alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e delle tradizioni costituzionali comuni, anche la Carta di Nizza deve essere letta alla luce della Cedu e delle tradizioni costituzionali comuni.¹⁸ Le tradizioni costituzionali comuni diventano così un criterio ermeneutico non solo per la Corte sovranazionale, ma anche per la Corte costituzionale interna. Analogamente, anche la Corte costituzionale italiana nella sentenza 269/2017 ha ribadito che i diritti enucleati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono "essere interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e

¹⁷ E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *Nel mondo delle legalità al plurale e dell'interconnessione*, in Id., (a cura di), *L'era dell'interlegalità*, Bologna, Il Mulino, 2021, 23.

¹⁸ Più specificamente il conflitto riguardava la commercializzazione di un medicinale veterinario ed una possibile violazione sia dell'art. 12 GG sulla libertà di professione sia dall'art. 16 della Carta dei diritti sulla libertà di impresa. In particolar modo, sulla concorrenza delle diverse Carte, si legga la decisione del Secondo senato della Corte costituzionale tedesca del 27 aprile 2021 (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats, 27 April 2021, 2 BvR 206/14 -, Rn. 1-110, pubblicata sul sito ufficiale del BVerfG), par. 56 e 57: "Assuming that the use and processing of the complainants' ecotoxicity data by the Federal Office of Consumer Protection and Food Safety was fully determined by EU law, the marketing authorisation notice would have to be measured against Art. 16 of the Charter. Like most of the fundamental rights enshrined in the Basic Law, this right is a specification of European and also universal constitutional traditions by the Member States who are the authors of the Treaties and it is rooted in the development of these traditions (...). This must be taken into account in the interpretation and application of Art. 16 of the Charter (...).

The fundamental rights of the Basic Law, the guarantees of the European Convention on Human Rights and the fundamental rights of the EU Charter are primarily rooted in common constitutional traditions and are thus a manifestation of common European and universal values (...). For this reason, the European Convention on Human Rights and the constitutional traditions common to the Member States as well as their interpretation by the highest competent courts are relevant not only for the interpretation and application of the fundamental rights enshrined in the Basic Law but also for the interpretation and application of the fundamental rights of the Charter (...)." (traduzione ufficiale inglese).

Si veda anche la decisione del Secondo Senato della Corte costituzionale tedesca del 1° dicembre 2020 – in ambito di mandato d'arresto e possibile violazione degli Artt. 1, 2(1), 2(2) seconda frase, 19(4) e 101(1) seconda frase del Grundgesetz e dell'art. 4 della Carta di Nizza –, nel momento in cui, dalla statuizione dell'art. 52, c. 4, della Carta di Nizza che richiede di interpretare i diritti fondamentali derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni in armonia con dette tradizioni, deduce che "both the Convention rights as they are specified by the European Court of Human Rights and the fundamental rights as they are reflected in common constitutional traditions and are shaped by the constitutional and supreme courts of the Member States must be taken into account when interpreting the rights of the Charter" (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 01. Dezember 2020 - 2 BvR 1845/18, par. 37). Conseguentemente, la Corte di Karlsruhe osserva come "Within the framework of the multi-level cooperation of constitutional courts, the Federal Constitutional Court ensures the protection of fundamental rights in close cooperation with the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights and with the constitutional and supreme courts of the other Member States" (par. 38).

dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito", citando *ad adiuvandum* interpretazioni simili operate da altre Corti costituzionali, quale, ad esempio, quella austriaca.¹⁹

Non si può non notare una evidente contaminazione nelle argomentazioni delle Corti costituzionali nazionali – il cui dialogo (anche di natura orizzontale) rappresenta il principale canale di comunicazione – che porta così in primo piano la speciale trama costitutiva di quello spazio giuridico che si è venuto instaurando nella regione europea, caratterizzato dall'interazione fra ordinamento statale e ordinamento dell'UE (e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e poggiato senza incertezze sulla rilevanza delle tradizioni costituzionali comuni.

In questo ambito evolutivo, non solo l'utilizzo del diritto comparato assume un tono assolutamente suo proprio, ma arriva inevitabilmente a lambire anche i contorni della *querelle* sull'identità costituzionale (europea o nazionale). Sia che si voglia o meno ricostruire identità e tradizioni costituzionali secondo una linea di continuità,²⁰ resta comunque evidente che entrambi fanno parte del medesimo impianto costitutivo del processo di integrazione europea, intaccando a diverso titolo e in diverso modo il delicato equilibrio esistente fra Unione e Stati membri.

Non è questa la sede per ripercorrere a livello sovranazionale l'evoluzione delle tradizioni costituzionali comuni fino ad arrivare, da un lato, alla enucleazione da parte della Corte di giustizia di una "identità organica" fra il livello domestico e quello sovranazionale²¹ e, dall'altro, all'inserimento nei Trattati dell'art. 4, c. 2, TUE sull'identità costituzionale nazionale. Nel contempo – sempre nell'ottica della contaminazione fra argomentazioni adottate da diverse corti costituzionali domestiche – si può notare un progressivo utilizzo del controllo di identità costituzionale, inaugurato dalla Corte costituzionale tedesca nella famosa *Lissabon-Urteil* e poi via via circolato fra le altre Corti europee.²² Se questo è il contesto argomentativo in cui inizia

¹⁹ Sentenza della Corte costituzionale nr. 269/2017, par. 5.2. Non è possibile in questa sede ripercorrere né l'ampissima dottrina a commento di tale rivoluzionario *obiter dictum* né i successivi adattamenti e chiarimenti che la Corte costituzionale italiana ha apprestato a riguardo.

²⁰ Si veda per tutti M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 2019, 1097 ss.; volendo, si veda anche S. NINATTI, *Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale il passo è breve? Riflessioni introduttive*, in *Stato, Chiese e pluralismo costituzionale*, 2/2019.

²¹ Esemplarmente, si vedano le osservazioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro nel caso *Arcelor* del 2008 (conclusioni del 21 maggio 2008, causa C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri c. Premier ministre e altri*, par. 16 in particolare), secondo cui l'art. 6 TUE avrebbe ormai stabilito una sorta di «identità sistemica» – ovvero «una congruenza strutturale che può essere garantita solo su un piano sistemico e solo a livello comunitario» – tra i valori costituzionali nazionali e comunitari, identità che esige di per sé stessa un unico parametro per il giudizio (chiaramente da svolgersi a livello sovranazionale). Questo passaggio potrebbe essere l'ultima evoluzione dell'utilizzo del criterio delle tradizioni costituzionali comuni, le quali nel tempo, come è noto, si sono trasformate nella giurisprudenza della Corte da strumento interpretativo per colmare le lacune dei Trattati – basandosi sulle differenti espressioni delle tradizioni costituzionali nazionali – a criterio fondativo dei valori comuni europei.

²² In quest'ambito si può, dunque, rintracciare un ricco e vivace dialogo fra Corti (per l'ordinamento italiano basti citare il celeberrimo caso *Taricco* per comprendere l'assoluta rilevanza di questa giurisprudenza), grazie anche all'utilizzo sempre più frequente del rinvio pregiudiziale da parte delle corti costituzionali e allo sviluppo di diverse

a farsi largo una nuova lettura delle tradizioni costituzionali comuni, possiamo altresì rilevare come da canone interpretativo, saldamente ancorato alle diverse espressioni degli ordini costituzionali degli Stati membri, esse si stiano tramutando in una sorta di principio fondativo dei valori comuni dell'Unione europea. Ed è proprio sui valori che si apre un'ennesima faglia fra gli ordinamenti giuridici nazionali e l'ordinamento europeo, che trascina con sé anche il dibattito sulle tradizioni costituzionali comuni e sull'identità costituzionale.²³

4. L'Unione Europea: una comunità di valori

In un certo senso, era facilmente prevedibile che, con il progressivo ampliamento dei Trattati ben al di là del paradigma iniziale del mercato unico e con il contestuale ampliamento degli Stati membri dell'Unione europea, aumentassero pure le possibili occasioni di frizione fra ordinamenti.

Forse quello che non era stato previsto, nell'ottica dei redattori del Trattato, era che i valori previsti nell'art. 2 TUE e la tutela dell'identità costituzionale sancita dall'art. 4, c. 2 TUE entrassero in collisione.

Come noto, l'art. 2 TUE descrive l'UE come una comunità di valori, valori che hanno percorso la storia dell'integrazione europea, anche grazie all'individuazione delle tradizioni costituzionali comuni (e con esse dei principi generali dell'UE), di un *Bill of Rights* e di un riconoscimento tramite l'art. 4, c. 2 TUE delle identità nazionali. Certo, identità e valori non sono concetti identici, anche se sicuramente alcuni valori formano la base delle identità costituzionali; tuttavia, come si è detto, i due articoli non erano pensati in contraddizione²⁴. D'altra parte, anche la formulazione dell'art. 7 TUE dimostrava che si era coscienti del rischio di una possibile violazione di quei valori, ma l'ambiguo intreccio fra art. 2 e art. 4, c. 2, TUE non era stato pienamente considerato nell'impianto dell'ordinamento euro-unitario, ossia non era stato pienamente considerato il possibile utilizzo dell'identità costituzionale in funzione difensiva, come una sorta di "*escape clause*", o "riserva di sovranità". Non è un caso, dunque, che il Presidente della Corte di giustizia ritenga il controllo sulla giustiziabilità dei valori

narrative costituzionali che da esso si dipanano: più specificamente sul tema si veda, volendo, M. GALIMBERTI, S. NINATTI, *Constitutional Resistance to EU Law: The Courts and Test of Constitutional Identity Conflicts*, in *Union University Law School Review*, 2020, 413 ss.

²³ I. ZIEMELE, *Common constitutional traditions as a means of legitimacy and coherence of the EU legal order*, in AA.VV., *EUUnited in diversity...*, cit., 47: "Since we are in the presence of a supranational legal order formed by a hybrid legislative process preserving in part an intergovernmental element of legislating known in international law and since we do not have a single sovereign as a source of the legal order's normativity and authority, we still need to conceive better ways to provide EU law with legitimacy. Common constitutional traditions remain a perfect tool for this purpose".

²⁴ Più ampiamente si veda Z. KÖRTVÉLEYESI, B. MAJTÉNYI, *Game of Values: the Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary*, in *German Law Journal*, 18(7), 2019, in particolare 1724-1726.

dell'Unione europea una delle sfide più importanti che oggi il giudice di Lussemburgo deve affrontare.²⁵

E così si arriva all'ultima fase evolutiva del delicato equilibrio su cui si fonda il rapporto fra ordinamento interno ed ordinamento sovranazionale, rappresentato *in primis* dai casi polacchi e ungheresi. Senza voler entrare nel merito di tali controversie, è innegabile che con esse si sia raggiunto un tipo di dialogo fra Corti supreme interne²⁶ e Corte di giustizia strutturalmente diverso dai precedenti. I ricorsi di Ungheria e Polonia, infatti, pur partendo dal classico richiamo alla tutela delle identità costituzionali nazionali, evidenziano un vero e proprio scontro con i valori dell'UE e traggono la loro origine da una di quelle cosiddette violazioni "perduranti e sistemiche" dei principi fondamentali dell'UE, in grado di porre in dubbio anche il principio di non regressione e, con esso, il rispetto dell'art. 49 TUE sulle condizioni di accesso all'Unione Europea.²⁷

È interessante evidenziare come la Corte di giustizia, di fronte a tali possibili violazioni, non esiti a definire i valori europei come un punto di non ritorno, ossia quell'elemento di rigidità costituzionale che non può essere superato. In altri termini, l'art. 2 TUE andrebbe a tracciare i confini delle diversità nazionali potenzialmente ammesse dall'art. 4, c. 2, TUE.²⁸ Ad una rigidità costituzionale interna (quella fissata, esemplarmente, dalla Corte tedesca nella *Ewigkeitsklausel*)

²⁵ K. LENAERTS, *Concluding remarks*, in AA.VV., *EU united in diversity...* cit., 237. Per comprendere la gravità della questione, può essere utile leggere le osservazioni svolte in merito dal presidente della Corte di giustizia (233-234) "the Court of Justice cannot simply rubber-stamp any claim of national identity that is made. That is the case, in particular, where a Member State relies on arguments based on national identity in order to justify a breach of the values set out in Article 2 TEU or of fundamental rights recognised in the Charter. The same is true where a Member State departs completely, in a particular policy field, from the obligations imposed by EU law and relies on a provision in its own national constitution, perhaps even on a provision that was inserted in the constitution after EU law had developed in a certain direction, in order to be able to say thereafter, 'that is contrary to our constitution; it touches upon our national identity.' Such an approach is simply unacceptable. It would amount to granting Member States de facto, under the guise of arguments based on their national identities, a unilateral power of veto vis-à-vis legislative decisions of the Union that have been adopted in accordance with the Treaties and thus in accordance with the rules which all Member States accepted when they acceded to the Union."

²⁶ Sempre che si possa limitare l'analisi al solo versante giurisdizionale, visto che in entrambi i casi i ricorsi sono stati promossi dai Ministri dei rispettivi governi: in questa sede, tuttavia, seguendo l'approccio adottato per l'articolo, ci limiteremo all'esame dei casi.

²⁷ In proposito si può leggere la sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 2022, *Republika c. Il-Prim Ministru*, causa C-896/19, par. 63-64: "Ne consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall'articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro. Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell'articolo 19 TUE. Gli Stati membri sono quindi tenuti a provvedere affinché sia evitata qualsiasi regressione, riguardo a detto valore, della loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall'adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici".

²⁸ Questa la tesi sostenuta in più articoli dal prof. A. von Bogdandy: per una versione sintetica della stessa si veda A. VON BOGDANDY, *Fundamentals on Defending European Values*, in *VerfBlog*, 12 November 2019.

si viene così ad opporre una sorta di rigidità costituzionale europea, fissata nel rispetto dei valori ex art. 2 TUE.²⁹

Nelle due sentenze gemelle sulla condizionalità riguardanti Polonia³⁰ e Ungheria³¹, questo impianto viene poi valutato attraverso l'argomento identitario (a livello sovranazionale): nella sentenza sull'Ungheria si arriva ad esplicitare che "i valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori"³².

Ancora più precisamente, nella sentenza riguardante la Polonia, si osserva che "l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori che (...) fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune, valori che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri. Orbene, anche se, come risulta dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, cosicché tali Stati dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, ciò non implica in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro"³³.

Soltanto pochi giorni più tardi delle due pronunce sul meccanismo di condizionalità tale problematica si ripresenta nella replica della Grande Sezione al rifiuto della Corte costituzionale rumena di ottemperare, anche sulla base di argomentazioni di carattere identitario, ad una precedente sentenza dei giudici di Lussemburgo in tema di riforma dell'ordinamento giudiziario ed indipendenza della magistratura.³⁴ Anche in questo caso, in armonia con le recenti pronunce

²⁹ Il giudice delle leggi, infatti, interpretando senza incertezze il ruolo di guardiano della costituzione (nazionale), avverte ripetutamente le istituzioni europee che superare il confine fra ordinamento interno e sovranazionale significherebbe intaccare il nucleo duro della costituzione, ossia quell'ambito della materia costituzionale che risulta escluso dalla stessa revisione costituzionale e che ne circoscrive la suprema rigidità. La questione si fa, quindi, oltremodo interessante proprio per il genere di richiamo "ultimo" con cui le Corti costituzionali mettono in guardia la controparte sovranazionale. E che, qui, sembra trovare un corrispettivo nel richiamo della Corte di giustizia a un equivalente confine ultimo a livello sovranazionale costituito dai valori europei.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia, causa C-157/21, 16 febbraio 2022 (Polonia).

³¹ Sentenza della Corte di giustizia, causa C-156/21, 16 febbraio 2022 (Ungheria).

³² Sentenza della Corte di giustizia, causa C-156/21, cit., par. 127.

³³ Sentenza della Corte di giustizia, causa C-157/21, cit., parr. 264-265. Può essere utile riportare anche il seguito (par. 266), secondo cui "pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di «Stato di diritto» che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo".

³⁴ Si fa riferimento alla decisione dell'8 giugno 2021 con cui la Corte costituzionale rumena ha rifiutato di dare esecuzione alla sentenza della Corte di giustizia, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a. contro Inspekția Judiciară e a.*, 18 maggio 2021: cfr. sentenza della Corte costituzionale rumena nr. 390, 2021, *passim*. Un ultimo (per ora) tassello di tale filone giurisprudenziale può essere letto nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Emiliou a seguito di un rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale lettone: cfr. conclusioni dell'8 marzo 2022, *Boriss Cilevičs e a. causa*

della Corte di giustizia relative a Ungheria e Polonia, viene di nuovo rimarcata la preminenza della tutela dei valori comuni dell'Unione ex art. 2 TUE rispetto alla clausola identitaria di cui all'art. 4, c. 2, TUE.³⁵

Possiamo però ritenere che, con queste decisioni, si sia giunti alla fine di questa lunga saga che, partendo dal rilievo del diritto comparato nei primi anni del processo di integrazione europea, ha via via messo in discussione tradizioni e identità costituzionali ed europee? Il confronto fra i valori alla base degli ordinamenti nazionali ed europeo segna, quindi, l'ultima tappa nella costruzione del delicato equilibrio fra Stati membri e Unione europea?

Al momento è difficile fornire una risposta sicura. Quello che è certo, a partire dalle osservazioni svolte, è che molte sono ancora le ombre che si stagliano sul futuro dell'integrazione europea: anche solo guardando all'ambito giurisprudenziale, che rappresenta esclusivamente un aspetto di un quadro ben più complesso, è evidente, infatti, che quando entrano in gioco i "valori", il pericolo è che si finisca per produrre una netta frattura fra "amici e nemici" di questa o quella causa³⁶, a tutto detrimento di quel motto di "uniti nella diversità" che rappresenta il tratto fondante dello stesso esperimento europeo. Conseguentemente è forse più probabile che, invece che alla fine di una saga, si sia in realtà soltanto agli inizi di una partita che si prospetta lunga, e, ancor di più, "fondamentale". Anche in questo senso, allora, si può intravedere nel momento attuale una sorta di nuovo "constitutional moment" della storia dell'integrazione europea.

C-391/20. In particolare, vedi par. 86, dove si osserva che "[...] non spetta all'Unione determinare, per ciascuno Stato membro, gli elementi che fanno parte di tale nucleo dell'identità nazionale. Gli Stati membri dispongono, al riguardo, di un ampio margine di manovra. Tuttavia, la discrezionalità degli Stati membri non può essere illimitata. Diversamente, l'articolo 4, paragrafo 2, TUE si configurerebbe come una clausola di esonero totale troppo agevole dalle norme e dai principi dei trattati dell'Unione, che potrebbe essere attivata in qualsiasi momento da qualsiasi Stato membro. Un obbligo per l'Unione di «rispettare» l'identità nazionale degli Stati membri non può equivalere a un diritto dello Stato membro di ignorare a suo piacimento il diritto dell'Unione". Senza poter entrare nel merito del caso riguardante la tutela della lingua ufficiale lettone e l'identità costituzionale, la questione è stata poi risolta in via definitiva dal giudice del Kirchberg rilevando come sia possibile impartire insegnamenti esclusivamente nella lingua ufficiale di uno Stato membro "purché una siffatta normativa sia giustificata da motivi connessi alla tutela dell'identità nazionale di quest'ultimo, vale a dire sia necessaria e proporzionata alla tutela dell'obiettivo legittimamente perseguito" (sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, 7 settembre 2022, *Boriss Cilevičs e a. causa C-391/20*, par. 87).

³⁵ Nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale ha precisato che, avendo gli stessi Stati membri accettato i valori fondanti dell'Unione come valori ad essi "comuni", la clausola identitaria in oggetto non può infatti legittimare eventuali deroghe agli artt. 2 e 3 TUE (*ibi*, par. 87).

³⁶ Per una prima lettura della problematica si veda, in particolare, J.H.H. WEILER, *Not on Bread Alone Doth Man Liveth* (Deut. 8:3; Mat 4:4): *Some Iconoclastic Views on Populism, Democracy, the Rule of Law and the Polish Circumstance*, in VON BOGDANDY, BOGDANOWICZ, CANOR, GRABENWARTER, TABOROWSKI, SCHMIDT, (eds.) *Defending Checks and Balances...*, cit., 3 ss.