



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2016

CRISI E CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica

di PIETRO FARAGUNA

**ALLA RICERCA DELL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE
TRA CONFLITTI GIURISDIZIONALI E NEGOZIAZIONE POLITICA**

di *Pietro Faraguna*

*Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico
L.U.I.S.S. «Guido Carli»*

ABSTRACT

ITA

L'articolo esplora il tema dell'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea proponendo una chiave metodologica nuova, che si spinge oltre all'analisi del circuito delle Corti, e cerca via alternative attraverso le quali gli Stati membri proteggono interessi nazionali espressione delle loro identità costituzionali. Dapprima l'articolo ripercorre la narrazione classica dei controlimiti, esclusivamente focalizzata sulla giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali, e in particolare di alcune di esse. Si argomenta successivamente il motivo per cui questo approccio tradizionale può essere inadeguato ad apprestare una salvaguardia sufficientemente efficace di elementi peculiari dell'identità costituzionale che sono propri soltanto di alcuni Stati membri e non fanno parte di un condiviso patrimonio costituzionale europeo. A partire dal riconoscimento di questa inadeguatezza, si indagheranno quali alternative esistano per tutelare tali peculiarità. Tra queste l'articolo considera la sottrazione di alcune materie dalle competenze dell'Unione europea o comunque dall'applicazione del metodo comunitario, nonché l'applicazione della regola dell'unanimità in procedimenti decisionali riguardanti materie potenzialmente sensibili per l'identità costituzionale nazionale. Quindi l'articolo considera alcune esperienze significative di integrazione differenziata, con l'intento di verificare se gli interessi tutelati da quelle esperienze abbiano una qualche corrispondenza con quelli tutelati dalle Corti, riscontrando ampie zone di sovrapposizione.

Infine, si indagheranno alcuni recenti passaggi che sembrano sugge-

rire l'avvio di una nuova fase della storia dell'identità costituzionale nazionale, tanto nel circuito giurisdizionale del c.d. dialogo tra Corti (casi *Gauweiler*, *Signor R.* e *Taricco*), quanto nella gestione politica dei conflitti attorno a interessi nazionali fondamentali (con la vicenda *Brexit*).

EN

The article explores national constitutional identities in the European Union, adopting an innovative methodology to explore this seminal topic beyond the classic judicial perspective. The article investigates possible alternatives to the Court-centered debate on constitutional identities in the European Union. To begin with, the article gives an overview of the traditional court-centered approach through which the legal scholarship widely explored this topic, mostly focusing on national constitutional courts' case law and particularly on some given jurisdictions. This article argues that this approach may be inadequate to safeguard peculiar elements of constitutional identities that are not part of a shared European constitutional heritage. Given this inadequateness, the article explores possible alternatives to the court-centered approach, identifying such alternatives in the decision to keep identity-sensitive matters out of the EU competences or applying unanimity in the decision-making process on identity-sensitive matters. Additionally, identity-sensitive matters may be identified in a wide and heterogeneous experience of differentiated integration, that this article will explore in detail. Subsequently, the classic court-centered approach on the one hand, and political alternatives to the protection of national constitutional identities on the other hand, will be contrasted: striking overlaps will emerge. Finally, the article will explore recent developments suggesting a new trend both in the court-centered approach to constitutional identities (case *Gauweiler*, *Mr. R.*, and *Taricco*) and in political alternatives (*Brexit*).

ALLA RICERCA DELL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE TRA CONFLITTI GIURISDIZIONALI E NEGOZIAZIONE POLITICA

di *Pietro Faraguna*

SOMMARIO: *1. Primato del diritto dell'unione v. tutela dell'identità costituzionale; 2. I controlimiti nella prima fase della giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali; 3. La tutela dell'identità costituzionale nazionale fuori dal circuito giurisdizionale; 4. La strada della diffidenza: la regola dell'unanimità; 5. L'integrazione differenziata come strumento di neutralizzazione preventiva dei conflitti; 6. Un'Europa fatta su misura? L'integrazione differenziata e gli interessi nazionali tutelati; 7. Integrazione differenziata: opportunismo politico o tutela di specifiche identità costituzionali?; 8. I controlimiti dalla teoria alla pratica; 9. OMT/Gauweiler, Signor R., Taricco: il cane morde? 10. Quando l'integrazione differenziata non basta (o non funziona): Brexit (e oltre); 11. Osservazioni conclusive.*

1. Primato del diritto dell'unione v. tutela dell'identità costituzionale

I conflitti sono alla base della regolazione dei rapporti di ogni comunità. Una comunità senza conflitti non avrebbe bisogno di alcun ordinamento che disponga regole per far fronte a quei conflitti. In fin dei conti, i conflitti sono il nutrimento del diritto. Non vi è dunque motivo di stupirsi se nell'analisi dell'evoluzione del diritto pubblico europeo, il tema dei conflitti è sempre più al centro del dibattito¹. Nel quadro di questo dibattito, i controlimiti ricevono sempre più attenzione, ponendosi come soluzione (secondo alcuni) o fonte (secondo altri) della tensione tra ragioni costituzionali dell'Unione da una parte e preservazione dell'identità costituzionale degli Stati membri dall'altra. Quello dell'identità è diventato, ormai già da qualche lustro, uno dei temi classici di indagine nel diritto costituzionale europeo. Almeno a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, infatti, la questione è divenuta non solo materia di diritto positivo, mediante

¹ Su tutti si veda M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013.

l'introduzione del principio del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri nel Trattato sull'Unione europea, ma soprattutto oggetto di grande attenzione dottrinale. Accanto a ciò, l'identità costituzionale – che già ben prima dell'adozione del Trattato di Maastricht era emersa come categoria del diritto costituzionale nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali nazionali – ha cominciato a fare capolino sempre più spesso non soltanto nella giurisprudenza delle Corti che avevano già più dimestichezza con lo strumento, ma è diventata strumento argomentativo imbracciato anche ad altre Corti, e ha fatto infine la sua comparsa anche nella giurisprudenza della stessa Corte di giustizia. A lungo, però, gli argomenti giurisdizionali che poggiavano sulla tutela dell'identità costituzionale sembravano non essere destinati ad operare veramente, ma si sono limitati a svolgere il ruolo di elementi di dissuasione. I controlimiti sono rimasti a lungo una “pistola sul tavolo”², se non addirittura un'arma nucleare da tenere pronta, ma non usare. In virtù di una rappresentazione “drammatica” dei conflitti in materia di controlimiti, vi era, fino a tempi molto recenti, un'impressionante sproporzione tra l'immensa produzione teorica in tema e la quasi totale irrilevanza dei controlimiti nella concreta esperienza della giurisprudenza delle Corti costituzionali degli Stati membri e della Corte di giustizia dell'Unione europea.

In questo articolo si cercherà di elaborare una chiave di lettura che, oltre a poter fornire una ragione di tale macroscopica sproporzione, si pone come critica metodologica dell'inquadramento dell'identità costituzionale in una prospettiva esclusivamente giurisdizionale. Per fare ciò, si darà dapprima conto della tradizionale narrazione dei controlimiti, concentrata principalmente (se non esclusivamente) sulla giurisprudenza di alcune Corti costituzionali nazionali. Successivamente si argomenterà che la tutela dell'identità costituzionale può passare anche attraverso vie non giurisdizionali, e che per lungo tempo ciò non solo è avvenuto, ma ha prodotto risultati soddisfacenti. In questa parte si esplorerà dapprima la diffidenza che ha condotto gli Stati membri a tenere inizialmente alcune materie – particolarmente delicate dalla prospettiva della tutela dell'identità costituzionale – fuori dal metodo comunitario, e successivamente comunque a mantenere quelle stesse materie sotto controllo, continuando ad applicare la regola decisionale dell'unanimità, che nel frattempo per molti altri settori era stata sosti-

² L'espressione è di G. MARTINICO, *L'integrazione silente*, Napoli, 2009, p. 198.

tuita dalla regola decisionale della maggioranza. Quindi si passeranno in rassegna alcune esperienze significative di integrazione differenziata nel diritto primario, con l'intento di verificare se gli interessi tutelati dall'integrazione differenziata abbiano una qualche corrispondenza con gli interessi tutelati dalle giurisprudenze costituzionali nazionali in materia di controlimiti, e con gli interessi che l'applicazione del meccanismo decisionale all'unanimità intende tutelare.

Infine, si indagheranno alcuni recenti passaggi che sembrano suggerire l'avvio di una nuova fase della storia dei controlimiti e dell'affermazione dell'identità costituzionale degli Stati membri, tanto nel circuito giurisdizionale del c.d. dialogo tra Corti, quanto nella gestione politica dei conflitti attorno a interessi nazionali fondamentali.

2. I controlimiti nella prima fase della giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali

I controlimiti hanno conosciuto un'evoluzione repentina nella teoria e nell'esperienza costituzionale dell'Unione europea e dei suoi Stati membri. Sembrano essere innanzitutto una peculiarità tutta europea: seppure concetti in qualche modo comparabili esistano anche in esperienze costituzionali propriamente federali³, il conflitto intorno a un "nucleo duro" costituzionale, almeno nei termini in cui si è sviluppato in Europa, sembra un inedito nella storia del costituzionalismo. E si tratta per di più di un inedito recente. La storia è ormai abbastanza nota⁴: i controlimiti, intesi come limitazione del principio del primato del diritto dell'Unione europea, emergono nelle giurisprudenze delle Corti costituzionali di alcuni Stati membri. La primissima sentenza che pare tratteggiare tale categoria risale ai primi anni '70: è la sentenza Frontini della Corte costituzionale italiana⁵, seguita soltanto pochi anni dopo

³ Per un interessante accostamento della esperienza federale americana in tema di *nullification* alle teorie dei controlimiti e di tutela delle identità costituzionali nazionali degli Stati membri dell'Unione europea, cfr. F-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, 2013.

⁴ La letteratura in materia di tutela delle identità costituzionali nazionali nell'Unione europea è ormai così ampia, da essere difficilmente censibile. Per una trattazione che ha il doppio pregio di essere esaustiva e recente, si rinvia a: E. CLOOTS, *National identity in the EU law*, Oxford-New York, 2015.

⁵ Corte costituzionale, sent. n. 183/1973. La sentenza ebbe anche l'indiretto effetto di aprire un nuovo capitolo del dibattito dottrinale in tema di rapporti tra ordinamento ita-

dalla più nota sentenza *Solange I* del Tribunale costituzionale federale tedesco⁶, istanza giurisdizionale che da quel momento in poi svolgerà una parte importante in quella vicenda di resistenza nazionale sul fronte dei controlimiti⁷.

Il ruolo di guida assunto dal Tribunale di Karlsruhe su questo terreno non si deve soltanto all'elemento quantitativo, che in ogni caso attribuisce alla Corte costituzionale tedesca un indubbio primato, ma a una capacità di plasmare (e lentamente trasformare) una categoria sfuggente e astratta nelle griglie di una giurisprudenza sempre più precisa e rigorosa. Il giudice costituzionale aveva d'altronde il vantaggio di poggiare la sua giurisprudenza su una clausola di tutela dell'identità costituzionale particolarmente articolata, qual è quella disposta dall'articolo 79.3 della Legge Fondamentale⁸. Ciononostante, il tratto assai caratteristico della giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di controlimiti è rappresentato, oltre che dal registro spiccatamente polemico che ha contraddistinto quel segmento giurisprudenziale, dalla capacità di trasformare la teoria dei controlimiti, adattandola ai vari sviluppi del processo di integrazione europea. Così, i controlimiti di Karlsruhe sono passati da una roccaforte costruita attorno allo standard di tutela dei diritti fondamentali (*Solange I e II*⁹) a un presidio sul

liano e ordinamento europeo, capitolo il cui primo paragrafo può essere considerato il commento a quella sentenza di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2406 ss.

⁶ *BVerfG*, *BVerfGE* 37, 271.

⁷ Volendo, P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, pp. 427-459.

⁸ L'art. 79.3 GG è stato oggetto di attenzione comprensibilmente vasta e profonda nella dottrina giuspubblicistica. Per un inquadramento dei molti nodi teorici che da esso sviluppano, cfr. M. POLZIN, *Irrungen und Wirrungen um den Pouvoir Constituant*, in *Der Staat*, 2014/1, pp. 61 ss.; H. DREIER, *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, München, 2009; H. DREIER, *Art. 79 III*, in ID. (a cura di), *Grundgesetz*, Bd. II, Tübingen, 2006; H. MÖLLER, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG und zur verfassungsgebenden Gewalt nach dem Grundgesetz*, Berlin, 2004, specialmente pp. 136 ss.; P. HÄBERLE, *Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien*, in ID. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992, pp. 611 ss.; P. KIRCHHOF, *Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 1, 1. Aufl. 1987, Heidelberg, § 19; B.-O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, in particolare pp. 232 ss.

⁹ *BVerfG*, *BVerfGE* 37, 271 (*Solange I*) e *BVerfG*, *BVerfGE* 73, 339 (*Solange II*).

principio di attribuzione e dunque a strumento utile contro l'autoespansione delle competenze dell'Unione europea (*Maastricht-Urteil*¹⁰), fino a divenire una forma di tutela dell'identità costituzionale tedesca (*Lissabon-Urteil*¹¹). Queste tre tappe fondamentali sono state poi accompagnate da molte variazioni sul tema, alternando un approccio più ruvido ad uno più *europarechtsfreundlich*¹², ma sempre mantenendo – almeno fino a pochissimo tempo fa – un punto fermo: la scure dei controlimiti veniva agitata, ma mai calata. La «ossessione»¹³ tedesca verso i controlimiti rimaneva astratta, facendo guadagnare al Tribunale di Karlsruhe l'appellativo di «can che abbaia, ma non morde»¹⁴. E i controlimiti parevano fungere più da monito che da strumento processuale per risolvere i casi di specie che giungevano all'esame del Tribunale costituzionale federale tedesco, peraltro attraverso un vistoso rilassamento dei criteri di ammissibilità dei ricorsi individuali con cui, spesso (anche se non sempre), le questioni “europee” giungevano al suo esame.

Il punto più alto di questa retorica giurisprudenziale dei controlimiti è forse raggiunto dal famoso *Lissabon-Urteil* della Corte costituzionale tedesca. Pronunciandosi sulla compatibilità della *Zustimmungsgesetz* al Trattato di Lisbona rispetto al *Grundgesetz* (da qui: GG), i giudici di Karlsruhe redigevano una lunga sentenza nella quale, oltre a farsi il punto sui rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto costituzionale tedesco, si teorizzava per la prima volta, in aggiunta al controllo di compatibilità con lo standard di tutela dei diritti fondamentali garantito dal GG (*Solange*) e al controllo degli atti *ultra vires* (*Maastricht-Urteil*), un *Identitätskontrolle* posto a presidio del nucleo di identità costituzionale tedesco. E per quanto il *Bundesverfas-*

¹⁰ *BVerfG*, BVerfGE 89, 155.

¹¹ *BVerfG*, 2 BvE, 2/08.

¹² L'*Europarechtsfreundlichkeit* è, letteralmente, l'amichevolezza nei confronti del diritto europeo, e ha avuto la funzione di smorzare la ruvidità di alcune posizioni della giurisprudenza tedesca. In particolare vi è stato fatto ricorso nel *Mangold/Honeywell-Urteil*, cfr. 2 BvR 2661/06.

¹³ C. TOMUSCHAT, *The Defence of National Identity by the German Constitutional Court*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerpen, 2013, p. 205.

¹⁴ L'espressione è tratta da C. SCHMID, *All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's 'Banana' Decision*, in *European Law Journal*, 2001/1, pp. 95 ss. e successivamente, sempre nella stessa accezione, J.H.H. WEILER, *The Lissabon Urteil and the Fast Food Culture*, in *EJIL*, 2009/3, p. 505.

sungsgericht (da qui *BVerfG*) non ritenesse che l'identità costituzionale tedesca fosse violata dal Trattato di Lisbona, i giudici tedeschi si sono in quella sede prodigati a concretizzare quali fossero i beni costituzionali che potevano essere messi in pericolo da un'incontrollata espansione del diritto dell'UE. Al paragrafo 252 della sentenza, i giudici del Tribunale di Karlsruhe redigevano un vero e proprio elenco di materie "sensibili" dal punto di vista della tutela dell'identità costituzionale. Vi si legge, infatti, che «per la capacità di autodeterminazione propria di uno Stato costituzionale si considerano da sempre particolarmente sensibili: 1) le decisioni sul diritto penale sostanziale e procedurale; 2), la possibilità di disporre del monopolio della forza, della forza di polizia all'interno e della forza militare all'esterno; 3) le decisioni fondamentali in materia fiscale su entrate e uscite – motivate anche dalla politica sociale – della mano pubblica; 4) la conformazione delle condizioni di vita allo Stato sociale; 5) le decisioni di particolare rilievo culturale, ad es. in materia di diritto di famiglia, sistema scolastico, educazione e rapporti con le comunità religiose»¹⁵.

Questo avanzamento sul fronte della "resistenza nazionale" all'affermazione incondizionata del principio del primato era importante non soltanto per le affermazioni in sé che avevano un indubbio impatto quanto a raffinamento della teoria dei controlimiti, ma anche per la propagazione degli effetti di quella sentenza ben oltre i confini nazionali. A volte espressamente, altre volte soltanto nei fatti, il *Lisabon-Urteil* è diventato punto di riferimento di molte altre Corti costituzionali, alle prese anch'esse con la necessità di valutare la compatibilità costituzionale del Trattato di Lisbona con le Costituzioni nazionali. Questa migrazione di argomenti costituzionali¹⁶, con il senno di poi, sembrava essere tutt'altro che un effetto collaterale della sentenza del *BVerfG*. A suggerirlo vi è innanzitutto il fatto che la sentenza (che occupa più di un centinaio di pagine della rassegna della giurisprudenza del *BVerfG*) fosse stata pubblicata contestualmente in tedesco e in inglese, tradendo con ciò il chiaro intento del *BVerfG* di rivolgersi a una platea che andava non soltanto al di là delle parti del ricorso individuale che avevano introdotto la questione, ma andava ben al di là dei confini nazionali della Repubblica federale tedesca. E a con-

¹⁵ *BVerfG*, 2 BvE, 2/08, § 252. La traduzione è tratta dalla versione reperibile [sul sito istituzionale della Corte costituzionale italiana \(cortecostituzionale.it\)](http://www.cortecostituzionale.it).

¹⁶ S. CHOUDHRY (a cura di), *The migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006.

ferma “postuma” di questa strategia, vi è l’ultima saga “europea” del *BVerfG*: nella decisione con cui per la prima volta il giudice costituzionale tedesco ha promosso direttamente un rinvio pregiudiziale, i giudici di Karlsruhe hanno fatto riferimento – al fine di supportare la propria concezione dei controlimiti – alla giurisprudenza delle Corti costituzionali e supreme di molti alti Stati membri, laddove queste hanno anch’esse contemplato limiti costituzionali all’accettazione del principio del primato¹⁷. Tale riferimento, a dire il vero in alcune parti un po’ superficiale¹⁸, aveva un che di paradossale, posto che poggiava su una giurisprudenza che proprio il *BVerfG* ha in larga parte contribuito a generare¹⁹. Soprattutto (anche se non solo) negli anni immediatamente successivi l’approvazione del Trattato di Lisbona, i controlimiti erano diventati una sorta di spettro che si aggirava tra le Corti costituzionali e supreme dell’Unione: Polonia²⁰, Ungheria²¹, Repubblica ceca²² sono forse i casi ove l’ispirazione alla giurisprudenza di Karlsruhe è più evidente. A volte le sentenze del “cammino comunitario” tedesco sono espressamente citate²³, altre volte compaiono – pur prive di etichetta – nell’ordito motivazionale.

In alcuni casi altre Corti costituzionali hanno non solo attinto dalla giurisprudenza di Karlsruhe in materia di controlimiti, ma lo hanno fatto estremizzandone le conseguenze. Sembra essere questo il recente caso deciso dalla Corte costituzionale ungherese sulla delicata questione delle misure europee di redistribuzione delle quote di migranti.

¹⁷ Cfr. *BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016.

¹⁸ M. CLAES, *The Validity and Primacy of EU Law and the ‘Cooperative Relationship’ between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016/1, pp. 157 s.

¹⁹ Sull’influenza generata dalla giurisprudenza costituzionale tedesca sugli omologhi di altri Stati membri, soprattutto negli anni successivi all’approvazione del Trattato di Lisbona, cfr. J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the ‘German Model’*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, cit., p. 243 ss.

²⁰ Cfr. Tribunale Costituzionale polacco, caso K32/09 *Trattato di Lisbona*, decisione del 24 novembre 2010,

²¹ Cfr. Corte costituzionale ungherese, 143/2010, decisione del 12 luglio 2010.

²² Cfr. Corte costituzionale ceca, caso Pl. ÚS 19/08 *Trattato di Lisbona I*, decisione del 26 novembre 2008 e caso Pl. ÚS 29/09 *Trattato di Lisbona II*, decisione del 3 novembre 2009.

²³ Così è per quanto riguarda la decisione della Corte costituzionale ceca, caso Pl. ÚS 29/09 *Trattato di Lisbona II*, decisione del 3 novembre 2009, in particolare paragrafi 110 e 137.

La Corte costituzionale ungherese ha infatti fatto esplicito riferimento al trittico *Solange – Maastricht – Lissabon*, per giustificare una decisione che, per ora soltanto astrattamente, ha paventato la possibilità di utilizzare una versione magiara dello strumento tedesco dei controlli-limiti per vigilare su obblighi che in materia vengano posti sullo Stato ungherese²⁴.

In alcuni altri casi la variazione sul tema originale tedesco è posta in essere da altre Corti in modo meno radicale, come nel caso delle pronunce della Corte costituzionale ceca sul Trattato di Lisbona, laddove è accordato un ampio margine di manovra al decisore politico. Le due sentenze sul Trattato di Lisbona, infatti, pur riferendosi anche espressamente alla giurisprudenza tedesca, non si spingono al punto di stilare un elenco dettagliato di materie non trasferibili, quale quello che si legge nel *Lissabon-Urteil*, ma affidano la concreta individuazione dei (contro)limiti al trasferimento di competenze a livello sovranazionale al legislatore, trattandosi tipicamente di *political question*²⁵ rispetto alle quali il legislatore detiene una legittimazione più appropriata. Questo approccio, tendente a privilegiare la dimensione politica del problema della delimitazione di limiti e controlli del principio del primato dell'Unione europea, ricorda a suo modo l'impostazione della giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* francese, che sul punto aveva dedicato la sua attenzione in occasione dell'approvazione del (poi naufragato) Trattato costituzionale e successivamente del Trattato di Lisbona²⁶. In quei contesti, il giudice costituzionale francese era stato chiamato in causa per mezzo dell'accesso in via preventiva, e – a differenza del Tribunale di Karlsruhe – non aveva paventato limiti “assoluti” al trasferimento di competenze a livello sovranazionale, ma aveva chiarito che per consentire l'entrata in vigore di alcune novità che i Trattati in questione si prefiggevano di introdurre sarebbero state

²⁴ Cfr., Corte costituzionale ungherese, decisione 22/2016 (XII. 5.) AB del 16 dicembre 2016, in merito alla quale è reperibile un comunicato ufficiale in inglese sul [sito istituzionale della Corte stessa \(hunconcourt.hu\)](http://www.hunconcourt.hu). Sulla sentenza in generale, nonché sullo specifico aspetto dell'utilizzo improprio degli strumenti elaborati dalla giurisprudenza tedesca, cfr. il commento di G. HALMAI, *The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*, in *Verfassungsblog.de* (10 gennaio 2017).

²⁵ *Ibidem*, paragrafo 111.

²⁶ Ci si riferisce qui a *Conseil constitutionnel*, decisione No. 2004-505 DC del 19 novembre 2004, Rec. 173 (sul poi mai entrato in vigore Trattato costituzionale) e *Conseil constitutionnel*, decisione No. 2007-560 DC Rec. 459 (sul Trattato di Lisbona).

necessarie alcune puntuali modifiche della Costituzione²⁷. Si trattava dunque di un'impostazione radicalmente differente – non è azzardato dire che è proprio concettualmente opposta – a quella del *BVerfG*, da cui si desumono invece limiti costituzionali invalicabili al processo di integrazione europea. Ciò pare tutto sommato essere in linea con la tradizione francese secondo cui la supremazia parlamentare non incontrerebbe limiti, e perciò nessun (contro)limite potrebbe essere invocato *a priori*: il pallino è semplicemente rimesso al Parlamento, libero (ma in alcuni casi, come quello in esame, gravato dell'onere) di modificare la Costituzione, per adattarla allo sviluppo del processo di integrazione europea.

3. La tutela dell'identità costituzionale nazionale fuori dal circuito giurisdizionale

Quale fosse la variante della teoria dei controlimiti abbracciata dalle varie Corti costituzionali nazionali, l'espansione territoriale di tali teorie rimaneva però fedele alla costante che ne aveva caratterizzato le sue prime esperienze: i controlimiti venivano agitati come argomenti, ma mai concretamente applicati dalle Corti. Una letteratura giuridica sempre più imponente rimaneva quasi priva di ogni banco di prova giurisprudenziale, ed era agganciata su alcuni *obiter dicta* e sulla lettura della disposizione del Trattato sull'Unione europea che pone tra gli obiettivi dell'Unione il rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e della loro identità nazionale, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (così Articolo 4(2) TUE). Questa sproporzione tra il volume del dibattito, e le concrete ricadute giurisdizionali ci pare possa essere soggetta a due letture. Da un lato, laddove si considerino gli elementi essenziali dell'identità costituzionale che sono l'esito acquisito del costituzionalismo, quali la tutela dei diritti fondamentali, la separazione dei poteri, il principio democratico e il rispetto della *rule of law*, è più che probabile che tali esiti non vengano negati, ma semmai (ri-)affermati dal processo di integrazione europea. Il rispetto di tali principi non solo è tra gli obiettivi

²⁷ Le novità in questione riguardavano alcune nuove competenze attribuite all'UE, l'introduzione delle passerelle ex art. 48.7 TEU e il conferimento di nuovi poteri al Parlamento europeo.

dell'Unione, ma è patrimonio costituzionale comune degli Stati membri²⁸. È dunque improbabile che ci sia la necessità di attivare i controlli per salvaguardare tali principi: tutt'al più, posto che nemmeno tali principi si sottraggono alle dinamiche del bilanciamento, potrebbero esservi divergenze interpretative sul peso da attribuire a una pluralità di principi confliggenti, che siano tutti riconducibili all'identità costituzionale. Non vi sarebbe dunque ragione di stupirsi del fatto che i controlli compaiono così raramente nella giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali e della Corte di giustizia dell'Unione europea: secondo questa impostazione, si tratterebbe infatti di strumenti adatti a risolvere conflitti così improbabili da potersi relegare nella proverbiale categoria dei casi di scuola.

A questa lettura, che relegherebbe i conflitti con l'identità costituzionale nazionale all'anacronismo, è però forse possibile affiancare una lettura alternativa, che ammette la possibile riconducibilità all'identità costituzionale degli Stati membri di elementi peculiari non necessariamente ricompresi nel patrimonio costituzionale comune europeo (ad esempio una tutela particolarmente forte del diritto alla vita del nascituro, la preservazione della sovranità monetaria, il controllo delle frontiere esterne dello Stato...).

Si tratta di un terreno forse meno esplorato dalla letteratura giuridica, nonostante le cospicue dimensioni ormai assunte dalla letteratura in tema di tutela dell'identità costituzionale. Questa minore attenzione per la tutela di elementi non condivisi dell'identità costituzionale può forse essere ricondotta all'inidoneità strutturale del circuito giurisdizionale a risolvere *ex post* conflitti che potrebbero insorgere tra il diritto dell'Unione e tali peculiari elementi dell'identità costituzionale di uno Stato membro. A ciò si aggiunge una propensione degli studiosi a privilegiare un approccio giurisdizionale al diritto²⁹, in particolare quando si tratti del diritto costituzionale composito europeo, ove il contributo delle Corti è stato cruciale nell'avanzamento di una narrati-

²⁸ Sul patrimonio costituzionale comune europeo, cfr., *ex multis*, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002 e AA. VV., *The constitutional heritage of Europe*, Proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) on 22 and 23 November 1996 in co-operation with the Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Faculty of Law, University of Montpellier, Strasbourg, 1997.

²⁹ Invero, non soltanto in Europa. Su tutti, cfr. M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 2000.

va costituzionale dell'Unione³⁰. Nei casi in cui sia necessario garantire identità costituzionali "asimmetriche" tra gli Stati membri, i cui elementi non siano inclusi nel patrimonio costituzionale comune europeo, il circuito giurisdizionale sarebbe assai difficilmente idoneo a garantire una differenziazione *ex post* "su misura" del diritto dell'Unione o altre soluzioni che consentano di disinnescare in via preventiva i conflitti con quei peculiari elementi delle identità costituzionali degli Stati membri.

Quel risultato può invece prodursi in modo assai più efficace nel circuito politico-istituzionale, senza che alcuna Corte, nazionale o sovranazionale, sia coinvolta. In particolare, dalla prospettiva degli Stati membri, i metodi più efficaci per far fronte a questo tipo di situazioni possono essere due: mantenere il controllo sulle decisioni che siano suscettibili di toccare elementi sensibili per le loro identità costituzionali, richiedendo il requisito dell'unanimità per adottare decisioni in quei settori; oppure consentire un'applicazione differenziata del diritto dell'Unione, in modo da ritagliare l'integrazione europea con una forma tale che prevenga il conflitto tra il diritto dell'Unione e particolari interessi nazionali che siano ricollegabili all'identità costituzionale di uno Stato membro.

4. La strada della diffidenza: la regola dell'unanimità

Quanto al primo metodo – l'applicazione della regola dell'unanimità – va considerato che tra le decisioni più importanti di una comunità vi sono proprio le regole su come le decisioni debbano essere prese. La stessa distinzione tra i Trattati internazionali e le Costituzioni passa, nella narrazione classica, tra l'applicazione della regola dell'unanimità e quella della maggioranza per la loro modifica. I Trattati sarebbero modificabili soltanto all'unanimità, mentre le Costituzioni – per quanto possano essere dotate di garanzie volte a salvaguardare la rigidità – sono modificabili con a maggioranza, seppur ag-

³⁰ La letteratura sul cammino costituzionale dell'Unione europea è sterminata. Si rinvia a tre pilastri di questa letteratura: J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999; G.F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989/4, pp. 595-614; E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1981/1, pp. 1-27.

gravata rispetto a quella necessaria ad approvare una legge ordinaria. La regola dell'unanimità è infatti espressione della diffidenza delle parti in campo: quando tutte le parti pretendono di mantenere la piena sovranità sulla modifica di uno *status quo* si adotta la regola dell'unanimità. La progressiva restrizione delle materie su cui è necessario raggiungere l'unanimità per adottare decisioni nell'Unione europea è una vicenda sufficientemente nota da permettere di non soffermarsi in dettaglio in queste pagine³¹. In estrema sintesi, a partire dall'adozione dell'Atto Unico Europeo, un numero significativo di decisioni potevano essere prese a maggioranza qualificata. La decisione a maggioranza qualificata diventava lentamente la regola, segnando un significativo passo avanti dell'integrazione, ma soltanto nell'applicazione del metodo comunitario. Vi erano altre materie ove la sovranità statale continuava a rimanere impenetrabile. Tra queste vi era certamente il diritto penale, ramo dell'ordinamento che comprende «il diritto d'impronta più spiccatamente statale, nel quale si esprimono le fondamentali scelte di valore costituenti il nocciolo duro dell'identità nazionale»³². Diritto penale che, non a caso, compare nell'elenco delle materie sensibili all'identità costituzionale che era stato stilato dal *BVerfG* nel suo *Lissabon-Urteil*.

Solo recentemente, con il Trattato di Maastricht, si è deciso di procedere ad un'armonizzazione delle politiche criminali, aprendo – anche se solo leggermente – la porta che gli ordinamenti statuali avevano tenuto serrata così a lungo³³. Nello stesso momento in cui gli Stati sembravano per la prima volta disposti a spogliarsi della piena sovranità in ambito penale, il sistema a pilastri riproduceva però quella diffidenza che a lungo aveva governato il meccanismo decisionale nelle materie “comunitarizzate”. Le decisioni in materia di “cooperazione nei settori degli affari interni e della giustizia” erano infatti sottoposte al metodo intergovernativo, richiedendo perciò ancora una volta l'unanimità degli Stati membri. Ad aggiungere una garanzia ulteriore

³¹ Si rimanda, *ex multis*, a G. STROZZI, *Le modifiche relative al Consiglio*, in *Dir. Unione europea*, 2001, p. 82 ss.

³² A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, pp. 42-43.

³³ Su questa vicenda si vedano la ricostruzione di A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione Europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in ID. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, specialmente LXI ss.

vi era la conseguenza che derivava dalla collocazione di tali azioni nel terzo pilastro, ovvero il difetto di giurisdizione della Corte di giustizia: gli Stati che ritenessero le misure adottate nell'ambito del terzo pilastro potenzialmente lesive dei loro interessi, avrebbero in fin dei conti sempre potuto tutelarsi scegliendo la via dell'inadempimento, senza temere l'intervento della Corte di giustizia. Soltanto con il Trattato di Lisbona il sistema dei pilastri è stato smantellato, e anche agli atti adottati nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ha cominciato ad applicarsi il procedimento legislativo ordinario. Tuttavia, anche in questo passaggio, la diffidenza degli Stati membri a subire la conseguenza applicativa di decisioni prese a maggioranza degli altri Stati, è riemersa in accorgimenti normativi che servivano (e tutt'ora servono) ad apprestare cautele specifiche. Si è stabilito un periodo transitorio di cinque anni per la trasformazione in direttive dei vecchi strumenti del terzo pilastro, e soprattutto si è introdotto il cd. "freno di emergenza". In base a tale norma di salvaguardia, anche nel ristretto ambito di competenza penale attribuito all'Unione europea, ogni membro del Consiglio può bloccare qualunque decisione, qualora «ritenga che un progetto di direttiva ... incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale»³⁴.

Oltre a ciò, il Trattato di Lisbona non ha affatto eliminato i casi in cui le decisioni devono essere adottate all'unanimità. Tra queste vi sono alcune questioni istituzionali di primaria importanza, che nel lessico costituzionale classico sono solitamente inquadrare in quel *frame of government* che è parte essenziale delle Costituzioni moderne: l'accesso di nuovi Stati membri³⁵, l'adesione dell'Unione alla CEDU³⁶, e l'autorizzazione a procedere con accordi di cooperazione rafforzata³⁷. Simili ragioni strutturali stanno dietro all'applicazione della regola dell'unanimità per l'approvazione del bilancio pluriennale³⁸ e delle disposizioni relative al sistema delle risorse proprie dell'Unione³⁹, nonché quelle che sono espressione diretta dell'eguaglianza degli

³⁴ Art. 83.3 TFUE.

³⁵ Art. 49 TUE.

³⁶ Art. 6(2) TUE.

³⁷ Art. 329 TFUE.

³⁸ Art. 312 TFUE.

³⁹ Art. 311 TFUE.

Stati membri nelle Istituzioni⁴⁰. Eppure è spingendosi alle materie per così dire di politiche sostanziali ove ancora vige la regola dell'unanimità che l'eco della giurisprudenza delle Corti costituzionali sui controlimiti sembra lontanamente risuonare. L'unanimità è ancora oggi richiesta per le decisioni in materia di politica estera e di sicurezza comune⁴¹, e per quelle in materia di politica di sicurezza e di difesa comune⁴²; per la conclusione di alcuni tipi di accordi internazionali, e in particolare per quelli in materia di scambi di alcuni determinati servizi⁴³; per le decisioni su imposte dirette e indirette⁴⁴; per molte decisioni in materia di protezione sociale dei lavoratori⁴⁵; per le decisioni volte a completare i diritti di cittadinanza dell'Unione elencati all'art. 20(2) TFUE⁴⁶; per le decisioni adottate al fine di combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale⁴⁷; per le decisioni aventi principalmente natura fiscale, nonché aventi incidenza sull'assetto territoriale, sulla gestione delle risorse idriche, sulla destinazione dei suoli, nonché per le decisioni aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo⁴⁸; per le decisioni relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali⁴⁹; per la decisione di istituire un Procura

⁴⁰ Così l'art. 14(2) TUE sulla composizione del Parlamento europeo, l'art. 341 TFUE sulle sedi delle istituzioni europee e l'art. 264 TFUE sull'uso delle lingue nelle Istituzioni.

⁴¹ Art. 31 TUE.

⁴² Art. 42(2) TUE.

⁴³ Tra i gli accordi sottoposti alla regola dell'unanimità vi sono quelli che regolano gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale e degli investimenti esteri diretti, nonché gli scambi di servizi culturali e audiovisivi, qualora tali accordi rischino di arrecare pregiudizio alla diversità culturale e linguistica dell'Unione e gli scambi di servizi nell'ambito sociale, dell'istruzione e della sanità, qualora tali accordi rischino di perturbare seriamente l'organizzazione nazionale di tali servizi e di arrecare pregiudizio alla competenza degli Stati membri riguardo alla loro prestazione: così Art. 207(4) TFUE.

⁴⁴ Artt. 113, 192(2)(a) e 193 (3) TFUE.

⁴⁵ Si tratta, in particolare, delle decisioni in materia di sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori; protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro; rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione; condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione: cfr. Art. 153(2)(b) TFUE.

⁴⁶ Art. 25(2) TFUE.

⁴⁷ Art. 19 TFUE.

⁴⁸ Art. 192(2) TFUE.

⁴⁹ Art. 81(3) TFUE.

europea⁵⁰; per le decisioni riguardanti la cooperazione operativa tra le autorità degli Stati membri competenti in materia di servizi di polizia, di servizi delle dogane e di altri servizi nel settore della prevenzione o dell'individuazione dei reati e delle relative indagini⁵¹; per le decisioni relative ai passaporti, alle carte d'identità, ai titoli di soggiorno⁵².

Da questo lungo elenco di materie che gli Stati membri, come “signori dei Trattati”, conservano gelosamente sotto il controllo della regola dell'unanimità non è difficile scorgere degli elementi ricorrenti, e non è difficile vederne una (forse non completa, ma assai larga) sovrapposizione con quelle materie che le giurisprudenze delle Corti costituzionali degli Stati membri individuano come aree “ad alta sensibilità” per la definizione della loro identità costituzionale. Tra gli elementi ricorrenti vi sono infatti certamente gli affari internazionali, nonché le politiche di sicurezza e difesa; la tassazione; il diritto e la procedura penale, comprendendovi anche le misure che hanno a che fare con il monopolio della forza e l'esecuzione penale; e infine i diritti connessi allo *status* di cittadino e il diritto di famiglia.

5. L'integrazione differenziata come strumento di neutralizzazione preventiva dei conflitti

Il mantenimento della regola dell'unanimità può dunque essere uno dei meccanismi attraverso i quali gli Stati membri si salvaguardano quando si presenta la necessità di attribuire all'Unione competenze il cui esercizio potrebbe minacciarne l'identità costituzionale. Non si tratta di una garanzia, poiché potrebbe ben darsi che una decisione assunta all'unanimità violi l'identità costituzionale di uno Stato membro: il Governo dello Stato in questione potrebbe non essere stato in grado o non aver voluto esercitare la sua funzione di vigilanza in seno al Consiglio, oppure la portata di una decisione sull'identità costituzionale potrebbe essere difficilmente valutabile in sede di negoziazione e formazione dell'atto, per manifestarsi solo in fase applicativa.

Un'altra strada che gli Stati membri possono cercare di percorrere per neutralizzare preventivamente possibili conflitti con alcuni pecu-

⁵⁰ Art. 86(1) TFUE.

⁵¹ Art. 87(3) TFUE.

⁵² Art. 77(3) TFUE.

liari elementi delle loro identità costituzionali è quella dell'integrazione differenziata. Elementi di flessibilità nel sistema di integrazione esistevano fin dalla fondazione del progetto di integrazione europea. Già il Trattato di Roma del 1957⁵³ ammetteva un regime di applicazione speciale delle sue disposizioni in diversi casi: si permetteva infatti la continuazione degli accordi di cooperazione regionale preesistenti tra gli Stati del Benelux⁵⁴; l'intera Parte quarta del Trattato era dedicata al riconoscimento di uno *status* speciale e un'applicazione limitata delle norme dei trattati ai Territori d'oltre mare; disposizioni specifiche erano dettate a mo' di compensazione a favore della Germania divisa⁵⁵. La configurazione del diritto dei Trattati al di fuori di uno schema rigido – per così dire, “a taglia unica” – era perciò già parte del codice genetico dell'integrazione europea, e non vi è da stupirsi se il tema è spesso ritornato al centro delle riflessioni sul futuro dell'integrazione europea. I Trattati del 1957, che pur prevedevano meccanismi di applicazione differenziata delle sue norme, venivano sottoscritti da sei Stati assai più omogenei rispetto ai 28 Stati membri che oggi fanno parte dell'Unione europea. L'omogeneità era infinitamente maggiore non soltanto se misurata con il parametro socio-economico⁵⁶, ma anche se misurata con il metro della cultura poli-

⁵³ Per non dire delle molte disposizioni transitorie che man mano sono state accluse ai Trattati di adesione all'Unione, prevedendo regimi differenziati per i nuovi Stati membri. Nel complesso può calcolarsi che approssimativamente metà dei Protocolli allegati al Trattato di Roma prevedevano clausole derogatorie, e che la stessa approssimazione vale per i Trattati di adesione di nuovi Stati membri. Sul punto cfr. D. HANF, *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice*, in B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, 2001, Antwerpen, pp. 3 ss.

⁵⁴ Cfr. l'articolo 233 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea e successivamente la simile regolazione adottata in riferimento all'accordo di cooperazione tra Danimarca, Finlandia, Islanda (si veda la dichiarazione congiunta sulla cooperazione nordica, 29 agosto 1994, O.J. (C 241) 9, 392).

⁵⁵ Cfr. l'articolo 82 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea.

⁵⁶ Volendo misurare le disparità economiche tra Stati membri in prospettiva diacronica, nel 1957 il prodotto interno lordo *pro capite* più alto era meno del doppio di quello più basso, mentre nel 2007 (riferimento cronologico che permette una valutazione al netto delle oscillazioni dovuto all'eurocrisi), il PIL *pro capite* del Lussemburgo ammontava a più di dieci volte tanto quello della Romania, quello della Germania a più di quattro volte tanto. Risultati simili si ottengono anche confrontando il PIL *per capita* degli Stati membri economicamente più performanti con quello della Bulgaria, dell'Ungheria o della Croazia. I dati sono tratti da *Bureau Economic Analysis, Regional Data*, (sito: bea.gov; ultimo aggiornamento: 10 giugno 2015).

tica⁵⁷ e della tradizione giuridica degli Stati in questione. Quest'ultimo aspetto può essere cruciale nell'ambito della presente indagine, e solitamente è ampiamente trascurato dagli studi sull'integrazione differenziata e dalle valutazioni che sono state alla base delle proposte di avanzamento dell'integrazione europea sulla strada della differenziazione.

Numerose proposte si sono susseguite con il comune denominatore di allontanare il cammino dell'integrazione europea da un inadeguato modello "a taglia unica" che derivava dalla trasposizione dell'esperienza dello Stato nazionale a livello europeo⁵⁸; dall'integrazione "à la Carte" il cui primo padre fu Dahrendorf⁵⁹, all'Europa a più velocità di cui al primo ministro e federalista europeo Tindemans⁶⁰, fino al modello dei cerchi concentrici evocato da Balladur, o alla *Kerneuropa* (evocativi di un nucleo ristretto di integrazione rafforzata) a cui si riferisce il "Schäuble-Lamers-Paper"⁶¹ – ripresa in anni successivi dalle proposte di Fischer⁶², Delors⁶³, Chirac⁶⁴ e Schrö-

⁵⁷ Si pensi soltanto che i sei ministri degli esteri che firmarono il Trattato di Roma nel 1957 erano tutti esponenti di partiti cristiano democratici. Cfr. sul punto T. JUDT, *Post-war. A History of Europe since 1945*, London, 2006.

⁵⁸ Il dibattito sull'integrazione differenziata è contraddistinto da una ricchezza metaforica e terminologica che rischia di creare più confusione che chiarezza, ed è assai precisamente ricostruita nel fondamentale contributo di A.C.G. STUBB, *A Categorization of Differentiated Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 1996/2, pp. 283 ss. Più recentemente, una sistemazione delle teorie dell'integrazione rappresentata è stata intrapresa da K. DYSON, A. SEPOS (a cura di), *Which Europe?: The Politics of Differentiated Integration*, London, 2010.

⁵⁹ Cfr. R. DAHRENDORF, *A Third Europe?*, Third Jean Monnet Lecture at the European University Institute in Florence, 26 Novembre 1969, reperibile sul sito aei.pitt.edu. L'idea era già contenuta in una serie di articoli pubblicati sotto allo pseudonimo "Wieland Europa" sul giornale "die Zeit".

⁶⁰ Cfr. il "Report of Mr. Leo Tindemans to the European Council", in *Bulletin of the European Communities*, Supplement 1/76, 1976, reperibile sul sito bookshop.europa.eu.

⁶¹ See W. SCHÄUBLE, K. LAMERS, *Reflections on European Policy*, in T. SOLOMON, W. NICOLL (a cura di), *Building European Union*, Manchester University Press, Manchester, 1997, pp. 255 ss.

⁶² Cfr. il discorso ove Fischer si riferì alla necessità di individuare un centro di gravità in Europa: J. FISCHER, *Speech at the Humboldt University in Berlin* (12 maggio 2000), in FROM CONFEDERACY TO FEDERATION: THOUGHTS ON THE FINALITY OF EUROPEAN INTEGRATION, BERLIN, 2000, pp. 13–14, reperibile sul sito ec.europa.eu.

⁶³ J. DELORS, *Europe Needs an Avant-Garde, But ...*, in *Center for European Reform* (2 ottobre 2000) reperibile sul sito www.cer.org.uk.

⁶⁴ J. CHIRAC, *Discorso al Bundestag: la nostra Europa* (27 giugno 2000), versione francese reperibile sul sito istituzionale del Bundestag (www.bundestag.de) e traduzione inglese reperibile sul sito www.cvce.eu.

der⁶⁵ – si è dato vita a un vero e proprio vocabolario dell'integrazione differenziata. Quale che fosse la variante della singola proposta, mutava la terapia ma la diagnosi era sempre fondata sul riconoscimento della sempre crescente differenziazione regionale interna dell'Unione in termini socio-economici.

Tuttavia non è da sottovalutare anche il dato della crescente differenziazione in termini di tradizioni giuridiche e costituzionali. Il diritto pubblico europeo ha conosciuto una crescente differenziazione in almeno due sensi, per ciò che interessa la presente prospettiva di ricerca. In un primo senso, diremmo, "orizzontale", il diritto europeo ha finito per ricomprendere una sempre più vasta pluralità di tradizioni costituzionali. Dai tempi dei sei stati del Trattato di Roma del 1957 a quelli dell'allargamento alla Croazia, l'Unione ha infatti accolto Stati membri la cui tradizione giuridica si fonda su radici e percorsi storici assai eterogenei, a partire dal peculiare modello di costituzionalismo britannico (al netto delle turbolente e ancora incerte vicende legate alla *Brexit*), fino ai Paesi nordici e a quelli dei Paesi dell'ex patto di Varsavia. Questa sempre crescente differenziazione ha accolto nel progetto di integrazione europea tradizioni costituzionali aventi origini anche estremamente lontane l'una dall'altra, con ciò rendendo assai più verosimile la possibilità di conflitti con peculiari elementi di identità costituzionale non compresi in quelle tradizioni costituzionali comuni cui fa riferimento l'art. 6 TUE. Tanto più che la possibilità di questo conflitto è agevolata da un processo evolutivo che si è registrato in quello che potremmo dire il senso "verticale" della differenziazione del diritto pubblico in Europa. Nell'orizzonte statuale di molte esperienze costituzionali si è infatti assistito a un'autentica moltiplicazione delle c.d. "clausole di eternità" che identificano principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento costituzionale, e sottratti perciò a qualunque possibilità di modifica. Dal consolidarsi di quelle esperienze di limiti invalicabili ai poteri costituiti sono gemmate le teorie dei controlimiti che in alcuni casi sono stati incluse nel testo stesso della Costituzione⁶⁶, in altri ordinamenti invece sono rimaste scolpite "soltan-

⁶⁵ Invero sia Chirac che Schröder paventarono la minaccia di andare avanti con un'integrazione più profonda per un nucleo duro europeo, di fronte ai freni posti al Trattato costituzionale: la vicenda è ricostruita, ad esempio, in W. VAN GERVEN, *THE EUROPEAN UNION: A POLITY OF STATES AND PEOPLES*, Redwood City CA, 2005, p. 6.

⁶⁶ Così è nel caso della Legge Fondamentale tedesca, il cui art. 79.3 dispone i limiti alla revisione costituzionale che nel 1992 sono stati estesi anche alle modifiche derivanti dal

to” nella giurisprudenza costituzionale⁶⁷. La combinazione di queste due direzioni di sviluppo del diritto pubblico europeo ha dunque condotto alla necessità di integrare tradizioni costituzionali sempre più diverse le une delle altre, e armate di strumenti sempre più rigidi per preservare la peculiarità profonde delle diverse esperienze costituzionali.

Non vi è dunque motivo di meravigliarsi se l'integrazione differenziata ha trovato sempre più spazio nell'evoluzione dell'integrazione europea. L'integrazione differenziata permetteva infatti di conciliare la pressione proveniente da una crescente necessità (e volontà politica) di integrazione giuridica con il problema di integrare tradizioni costituzionali sempre più diverse e gelose del nucleo duro della loro specifica tradizione giuridica e storica. Approssimativamente a partire dal Trattato di Maastricht (e successivamente con il Trattato di Amsterdam e di Nizza, fino al Trattato di Lisbona) si è tentato di dare una si-

processo di integrazione europeo, con un rinvio espresso dall'art. 23 GG (c.d. Europa-Artikel) all'art. 79.3 GG.

⁶⁷ Questo è, come noto, il caso dell'ordinamento costituzionale italiano, ove tanto i limiti alla revisione sono legati a un dato testuale relativamente scarso (l'art. 139 Cost., che sottrae a revisione la forma repubblicana, nonché gli articoli che dispongono l'inviolabilità dei diritti fondamentali e l'indivisibilità della Repubblica), e che tuttora affida interamente la teoria dei controlimiti all'elaborazione giurisprudenziale (per cui ancora oggi può farsi riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 183/1973). Sul tema, essendo ormai destinato a fallire qualunque sforzo di tracciare un elenco completo dei riferimenti in letteratura, ci si limita ad alcune tappe significative del dibattito: P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit.; F. SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, in M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, pp. 61 ss.; G.L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in AA. VV., *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, 734 ss.; G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, pp. 1183 ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 267-312; G. MARTINICO, *L'integrazione silente*, cit., pp. 171-200; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013; volendo, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015 e infine, soltanto da ultimo in ordine cronologico, rinviando altresì alla vasta bibliografia del medesimo autore, in quella sede ampiamente richiamata: A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., pp. 19-43.

stemazione a queste forze convergenti attrezzando da una parte l'Unione europea di strumenti assai più ambiziosi di integrazione, e dell'altra parte inserendo numerose valvole di sfogo che servono a rassicurare gli Stati membri contro la minaccia di una cancellazione dello Stato nazionale e degli interessi da questo veicolati⁶⁸. Tra questi valvole vi era non solo l'introduzione della clausola sul rispetto delle identità nazionali degli Stati membri e l'introduzione del principio di sussidiarietà, ma anche un massiccio ricorso all'integrazione differenziata, sia attraverso un consistente numero di *opt-out* concessi ad alcuni Stati membri nei Protocolli allegati ai Trattati⁶⁹, sia attraverso decisioni volte ad accogliere l'integrazione differenziata come possibile soluzione strutturale all'interno dell'Unione europea. Oltre a venir introdotto – dapprima con l'articolo K.12 del Trattato di Amsterdam, successivamente emendato dai Trattati di Nizza e di Lisbona – un quadro di regolazione degli accordi di cooperazione rafforzata, si dava una sistemazione organica a due esperienze di integrazione differenziata contraddistinte da vicende genetiche diverse, ma altrettanto significative: l'Unione economica e monetaria⁷⁰ e l'area Schengen⁷¹.

⁶⁸ Osserva come l'espansione delle competenze dell'Unione è in qualche modo stata controbilanciata da un maggiore ricorso all'integrazione differenziata M. AVBELJ, *Revisiting Flexible Integration in Times of Post-Enlargement and the Lustration of EU Constitutionalism*, in CROATIAN YEARBOOK OF EUROPEAN LAW AND POLICY, 2008, p. 139. In termini simili, e in tempi più recenti, poggiando dunque anche sull'esperienza del Trattato di Lisbona, M. DOBBS, *Sovereignty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities: Swinging the Balance in Favour of the Member States?*, in YEARBOOK OF EUROPEAN LAW, 2014/1, p. 298 ss.

⁶⁹ Il Trattato di Maastricht aveva allegati 19 Protocolli e 35 dichiarazioni, tra i quali molti avevano a che fare con specifiche questioni che toccavano gli interessi di un solo Stato membro.

⁷⁰ L'Unione economica e monetaria sorgeva invece come strumento dell'Unione europea, con l'obiettivo di introdurre la moneta unica in tutto il territorio degli Stati membri dell'Unione. Come noto, la riluttanza di alcuni Stati membri rendeva il percorso accidentato, e infine il Regno Unito e la Danimarca ottennero *opt-out de iure* permanenti, mentre la Svezia ottenne una sorta di *opt-out de facto*, posto che la decisione era condizionata a un referendum nazionale che lo Stato membro aveva la discrezionalità di indire e non indire. Diversamente, tutti gli Stati membri che ad oggi non sono parte dell'area Euro, sono soggetti a un obbligo giuridico di entrare a farvi parte, nel momento in cui raggiungono un livello di convergenza soddisfacente verso gli standard nominale e fiscali dell'area Euro, così come definiti dall'art. 140 TFEU e dal Protocollo No. 13 sui criteri di convergenza. Resta vero che il Consiglio europeo deve adottare una deliberazione, ma i requisiti per l'adozione di quella sono predeterminati dai Trattati e non dalla volontà degli Stati membri "con deroga" di entrare o meno nell'area Euro.

Questo *trade-off* tra ampliamento delle competenze europee, caratterizzazione politica del processo di integrazione europea e allargamento delle maglie dell'integrazione differenziata veniva accolto con un certo sospetto da attenta dottrina. Vi si vedeva il rischio di un'Europa "a spizzichi e bocconi"⁷², o comunque un allontanamento dalla visione dell'integrazione adottata da una certa (ormai classica) narrativa⁷³. Altri vedevano questo *trend* con favore⁷⁴, accogliendolo come uno dei possibili sbocchi di un diritto pubblico "post-sovrano"⁷⁵.

6. Un'Europa fatta su misura? L'integrazione differenziata e gli interessi nazionali tutelati

A prescindere da ogni valutazione sulla desiderabilità o meno di questo sviluppo differenziato dell'integrazione europea, pare difficile negarne l'esistenza ove ci si ponga in una prospettiva meramente descrittiva. Può essere a questo punto utile indagare se il crescente ricorso all'integrazione differenziata sia stato indotto anche dalla necessità tutela di specificità nazionali ricollegabili a esigenze di tutela delle loro identità costituzionali nazionali. Un'indagine siffatta non è priva di ostacoli, spesso anche per via delle difficoltà di accedere a un materia-

⁷¹ L'area di libera circolazione delle persone era nata nel 1985 da un accordo concluso al di fuori del quadro degli strumenti dell'UE da cinque degli allora dieci Stati membri. A partire dal Trattato di Amsterdam del 1999, l'area Schengen rappresenta uno dei meccanismi strutturali di integrazione differenziata, e il *Schengen Acquis* entra a far parte dell'*acquis* comunitario (vedi Protocollo B, annesso al Trattato di Amsterdam). Ad oggi 22 dei 28 Stati membri sono parte dell'accordo, e quelli che non lo sono (Bulgaria, Croazia, Cipro e Romania) entreranno a farvi parte quando i requisiti previsti saranno raggiunti. Soltanto l'Irlanda e il Regno Unito (la cui posizione è oggi sottoposta alle incertezze della Brexit) godono di specifici *opt-out*. Sulla "comunitarizzazione" del Trattato di Schengen, cfr. E. M. UÇARER, *The Area of Freedom, Security and Justice*, in EUROPEAN UNION POLITICS, 2016, p. 286.

⁷² Così D. CURTIN, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, in *Common Market Law Review*, 1993/1, pp. 17–69.

⁷³ M. AVBELJ, *Questioning European Union Constitutionalisms*, in R. A. MILLER, P. ZUMBANSEN, *COMPARATIVE LAW AS TRANSNATIONAL LAW: A DECADE OF THE GERMAN LAW JOURNAL*, OXFORD-NEW YORK, 2012, p. 395.

⁷⁴ Cfr., ad es., J. SAHW, *European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996/2, pp. 231 ss.

⁷⁵ Su cui si veda, a tutti, N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law Stata and Nation in the European Commonwealth*, Oxford-New York, 1999.

le di ricerca assai frammentato, privo della rassicurante omogeneità strutturale che caratterizza le decisioni giurisdizionali. Vi sono infatti numerosi esempi di integrazione differenziata, e tra questi casi più e meno eclatanti, più e meno significativi, più e meno estesi: tuttavia il crescente ricorso a soluzioni di applicazione differenziata del diritto dell'Unione appare una realtà di fatto. Fermandosi a un'analisi quantitativa e anche volendosi limitare al diritto primario⁷⁶, il rischio di sovrastimare il significato qualitativo delle esperienze di integrazione differenziata è però tutt'altro che irrilevante. Non tutte le esperienze di integrazione differenziata si pongono infatti a presidio di componenti di una specifica identità costituzionale di uno Stato membro. Se così fosse, dovremmo ammettere che il protocollo no. 3 del Trattato di adesione della Svezia che accorda a tale Stato alcune deroghe all'applicazione delle libertà fondamentali garantite dai Trattati a tutela di diritti esclusivi in materia di allevamento delle renne (*sic!*) a tutela delle popolazioni Sami residenti in quei territori, si ponga a presidio dell'identità costituzionale della Svezia.

All'opposto, vi sono caso in cui un legame tra protocolli e identità costituzionale nazionale sembra quasi esplicitato: così è per quanto riguarda uno dei protocolli più noti allegati ai Trattati, il c.d. Protocollo *Grogan*⁷⁷. Il protocollo interveniva a porre rimedio a un potenziale conflitto tra la Costituzione irlandese, il cui articolo 40.3.3. dispone una tutela particolarmente intensa del diritto alla vita del nascituro, con una giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva considerato l'interruzione volontaria di gravidanza un servizio ai sensi dei Trattati⁷⁸, a cui perciò andava applicata la disciplina sulla libera circolazione dei servizi. Questa giurisprudenza era stata ritenuta – forse a torto considerando comunque la possibilità di restringere la libera circola-

⁷⁶ Volendo indagare anche le ipotesi di applicazione diversificata del diritto derivato a favore di uno o più Stati membri, l'indagine si spinge ben oltre alle possibilità di questo scritto, e forse è anche meno significativa sotto il profilo qualitativo. Sulla difficoltà di procedere ad un'analisi sistematica delle esperienze di integrazione differenziata nel diritto derivato, cfr. K. HOLZINGER, F. SCHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration in the European Union Many Concepts, Sparse Theory, Few Data*, in *Journal of Public Policy*, 2012/2, pp. 292-305

⁷⁷ Il Protocollo è stato allegato fin dal Trattato di Maastricht (Protocollo No. 17) ed è stato trasposto nei successivi trattati: vedi oggi Protocollo No. 17 allegato al Trattato di Lisbona.

⁷⁸ Corte di giustizia, causa C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. v. Stephen Grogan e altri*.

zione dei servizi per giustificate ragioni di ordine pubblico o pubblica sicurezza – una possibile minaccia della tutela del diritto alla vita disposta dalla Costituzione irlandese, e per questo era stato inserito il suddetto protocollo, che disponeva (e tuttora dispone) mediante una piuttosto generica rassicurazione che «nessuna disposizione dei trattati, del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica e dei trattati o degli atti che li modificano o li integrano pregiudica l'applicazione in Irlanda dell'articolo 40.3.3 della Costituzione irlandese».

Ciò detto, così come pare azzardato considerare ogni episodio di integrazione differenziata un esempio di tutela dell'identità costituzionale di uno Stato membro, dall'altro lato pare eccessivamente riduttivo riconoscere un interesse costituzionale soltanto laddove le clausole di integrazione differenziata si riferiscano espressamente – come nel caso del Protocollo *Grogan* – alla Costituzione di uno Stato membro.

Osservando la prassi dell'integrazione differenziata si riconoscono infatti alcuni interessi nazionali ricorrenti che evocano assonanze degne di nota con gli interessi nazionali tutelati dalla giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali sui controlimiti⁷⁹.

E ancor prima della ricorrenza degli interessi tutelati, è possibile riconoscere una ricorrenza “geografica” nelle esperienze più avanzate di integrazione differenziata: queste, infatti, non toccano affatto in maniera omogenea tutti gli Stati membri, ma si concentrano attorno a pochi di essi. Tra questi, il Regno Unito detiene senza dubbio il primato di maggiore beneficiario di *opt-out* e protocolli che attribuiscono allo Stato membro uno *status* del tutto peculiare nell'Unione⁸⁰. I settori di integrazione dal quale il Regno Unito si è tenuto fuori non sono soltanto numerosi, ma toccano spesso materie molto importanti – come Schengen e l'Euro – ove la sovranazionalizzazione caratterizza l'eccezionalità dell'esperienza europea rispetto ad altre organizzazioni

⁷⁹ Riportare il dettaglio di un'indagine sulla casistica in questa sede porterebbe più lontano di quanto ci si intenda spingere su questo specifico punto. Per un grado di dettaglio con risoluzione maggiore dei casi di integrazione differenziata sia consentito rinviare a P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2016/2, in particolare pp. 534-557.

⁸⁰ Il carattere permanentemente ambiguo dell'adesione “condizionata” del Regno Unito all'Unione ha condotto infine al voto sull'uscita dello Stato dell'Unione, con una vicenda che è tutt'altro che definita, ma che in una certa misura sembra aver risolto la riluttante adesione del Regno Unito in una direzione priva dell'ambiguità generata dalla selva di *opt-out* che hanno fin da subito condizionato la *membership* all'Unione del Regno Unito.

regionali. La riluttanza del Regno Unito ad entrare a far parte dell'area priva di frontiere per la circolazione delle persone origina fin dai tempi della premier Thatcher⁸¹, che rifiutò di firmare il Trattato in questione, e rimase immutata nelle successive fasi in cui l'accordo di Schengen venne portato all'interno del quadro normativo dell'UE. L'europeizzazione avvenne infatti a prezzo di concedere un trattamento privilegiato al Regno Unito, consentendo a questo di stare al di fuori dell'area Schengen, con la libertà però di partecipare a specifiche misure laddove lo richiedesse⁸². Non meno significativa è la posizione del Regno Unito con riguardo all'Unione economica e monetaria, in relazione alla quale in virtù degli accordi raggiunti nella negoziazione del Trattato di Maastricht, il Regno Unito non è obbligato a passare alla terza fase dell'Unione monetaria, quella che prevede l'avvio di una politica monetaria unica sotto la guida della Banca Centrale Europea⁸³. Un terzo esempio assai significativo di integrazione differenziata "a beneficio" del Regno Unito fu negoziato per le azioni dell'allora terzo pilastro, a quel tempo comprendente la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Anche in questo caso, le deroga era assai flessibile, e permetteva al Regno Unito di partecipare a singole azioni, caso per caso. Tutt'ora (al netto, ovviamente, degli sviluppi che potranno determinarsi in seguito alla *Brexit*) l'esenzione è stata sostanzialmente riprodotta per ciò che riguarda l'area di libertà, sicurezza e giustizia, ove le misure appartenenti allo smantellato terzo pilastro sono state collocate dal Trattato di Lisbona⁸⁴. Un quarto settore estre-

⁸¹ R. ADLER-NISSEN, *Organized Duplicity? When States Opt Out of the European Union*, in ID., T. GAMMELTOFT-HANSEN, *SOVEREIGNTY GAMES: INSTRUMENTALIZING STATE SOVEREIGNTY IN EUROPE AND BEYOND*, London, 2008 p. 95.

⁸² Vedi il Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam sulla posizione del Regno e dell'Irlanda, e in particolare gli articoli 3 e 4.

⁸³ Vedi il Protocollo No. 11 (oggi 15) allegato al Trattato di Maastricht.

⁸⁴ La posizione del Regno Unito è definita dai Protocolli No. 21 e No. 36 annessi al Trattato di Lisbona. Il primo riproduceva in sostanza l'*opt-out* previsto in riferimento all'ex terzo pilastro, permettendo con ciò un'elevata flessibilità alla posizione del Regno Unito (e dell'Irlanda), che potevano chiedere di partecipare in determinate misure. Il secondo regola l'applicabilità degli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, disponendo una procedura articolata in base alla quale il Regno Unito poteva decidere, al termine di un periodo transitorio di massimo cinque dall'entrata in vigore del Trattato, di tenersi fuori dall'applicazione di tutti i suddetti atti. Salvo poi poter esercitare un *opt-in* selettivo "da fuori". Ciò è quanto è avvenuto, con la scelta del Regno Unito di dichiarare l'*opt-out* totale dalle circa 130 misure pre-Lisbona a cui aveva parteci-

mamente significativo di applicazione differenziata del diritto dei Trattati al Regno Unito riguarda l'accordo sulla politica sociale, e il relativo documento allegato al Trattato di Maastricht. L'accordo ambiva ad ampliare l'orizzonte delle competenze comunitarie in ambito sociale, toccando materie quali l'informazione e la consultazione dei lavoratori, la parità uomo-donna, l'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, e prevedendo peraltro la deliberazione a maggioranza qualificata in molti settori della politica sociale. Vista la ferma opposizione del Regno Unito (o meglio del Governo conservatore allora in carica) a tale documento, al Regno Unito venne garantito un *opt-out*⁸⁵. Il caso è estremamente significativo non per la deroga di per sé, ma perché la deroga è decaduta in occasione dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. Ciò è avvenuto per una motivazione molto semplice: al governo inglese non vi erano più i conservatori, ma i laburisti che – avendo vinto le elezioni nel 1997 – erano stati chiamati a realizzare il loro programma elettorale che, tra le altre cose, prevedeva di portare il Regno Unito all'interno della politica sociale dell'Unione europea⁸⁶.

Il Regno Unito non è però il solo Stato membro a godere di deroghe significative quanto all'applicazione del diritto primario dell'Unione. In alcune delle fonti che dispongono le deroghe, il Regno Unito è accompagnato – nella medesima posizione – dall'Irlanda. In una certa misura ciò si deve a ragioni di interessi materialmente quasi inestricabili, laddove ad esempio l'*opt-out* dall'area Schengen è supportato non solo dalle ragioni di controllo dei confini esterni che possono applicarsi a uno Stato che è collocato territorialmente su un'isola, ma anche al fatto che l'adesione all'area Schengen sarebbe incompatibile con la *Common Travel Area*, strumento che dal 1923 consente la libera circolazione sull'isola irlandese. Una posizione si-

pato, per poi rientrare selettivamente in circa 35 misure, lasciandosi tuttavia fuori da azioni molto significative in prospettiva politica, quali il Mandato d'arresto europeo, Europol e Eurojust. Sull'articolata vicenda dell'applicabilità delle misure dell'ex terzo pilastro, cfr. A. HINAREJOS, J.R. SPENCER, S. PEERS, *Opting Out of EU Criminal Law: What is Actually Involved?*, CENTRE for European Legal Studies Working Paper, 2012/1, reperibile sul sito resources.law.cam.ac.uk.

⁸⁵ Cfr. il Protocollo No. 14 annesso al Trattato di Maastricht.

⁸⁶ Per una ricostruzione della posizione del Regno Unito in relazione alla politica sociale europea, cfr. S.L. KANG, *HUMAN RIGHTS AND LABOR SOLIDARITY: TRADE UNIONS IN THE GLOBAL ECONOMY*, PHILADELPHIA, 2012.

mile accomuna Irlanda e Regno Unito anche per ciò che concerne le misure dell'area di libertà, sicurezza e giustizia, pur con alcune variazioni. L'elemento caratterizzante la posizione irlandese nei riguardi dell'Unione europea è invece determinato dal c.d. Protocollo irlandese. Il protocollo in questione ha recepito gli esiti di una negoziazione resasi necessaria dopo che gli elettori irlandesi avevano respinto la ratifica del trattato di Lisbona in una prima consultazione referendaria. L'esito negativo del referendum aveva comprensibilmente generato allarme, nella misura in cui replicava i risultati referendari sfavorevoli che avevano determinato l'abbandono del Trattato costituzionale soltanto pochi anni prima. Al voto irlandese seguì dunque un'intensa negoziazione politica, che condusse all'adozione di tre strumenti, solitamente riassunti sotto al titolo informale di "Garanzie irlandesi"⁸⁷: una prima decisione dei Capi di Stato e di Governo, assunta al di fuori del quadro delle istituzioni europee, vincolante sul piano del diritto internazionale e assunta nell'intento di trasporla in un Protocollo ai Trattati alla prima occasione disponibile; una dichiarazione solenne del Consiglio europeo sui diritti dei lavoratori, la politica sociale, e altre tematiche collegate; infine una dichiarazione dell'Irlanda sulla sicurezza nazionale irlandese e la politica in materia di difesa. La dichiarazione, infine trasposta nei Trattati in forma di Protocollo allegato al Trattato di adesione della Croazia, conteneva alcune chiarificazioni che avevano l'obiettivo di rassicurare i cittadini irlandesi riguardo ai temi che erano stati individuati come quelli che avevano condotto a un voto negativo⁸⁸. Le "chiarificazioni" toccavano tre punti: si ribadiva che le disposizioni del Trattato non toccavano in alcun modo i diritti

⁸⁷ Per un'illustrazione delle "Irish Guarantees", cfr. INSTITUTE OF EUROPEAN AFFAIRS, LISBON: THE GUARANTEES EXPLAINED 2009, reperibile a sul sito www.iiea.com.

⁸⁸ Vi era infatti stato un sondaggio commissionato dal Governo irlandese che a sei mesi dal voto aveva cercato di individuare i motivi principali della diffidenza degli irlandesi. Tra questi motivi vi erano: una mancanza di conoscenza, informazione e comprensione dei contenuti del Trattato; la preoccupazione sulla potenziale perdita di un commissario europeo irlandese a seguito della programmata riduzione dei componenti della Commissione; la minaccia di perdere la tradizionale posizione di neutralità irlandese sul piano delle relazioni internazionali, e le preoccupazioni per un possibile servizio di leva in un esercito europeo e infine per la possibile minaccia alla tutela del diritto alla vita, per come esso è garantito nell'ordinamento irlandese. Nello stesso sondaggio emergevano come punti qualificanti la diffidenza dei cittadini irlandesi le preoccupazioni relative ai diritti dei lavoratori, al controllo nazionale sui servizi pubblici essenziali e al regime di tassazione delle società in Irlanda. Su questa vicenda, cfr. D. PHINNEMORE, *The Treaty of Lisbon: Origins and Negotiation*, London, 2013, p. 190.

sanciti dalla Costituzione irlandese con riguardo al diritto alla vita, ai diritti familiari, e quelli relativi all'educazione; si ribadiva quindi che il Trattato non determinava alcuna modifica, per alcuno Stato membro, alle competenze dell'Unione in materia di tassazione; si affermava che la politica di neutralità militare dell'Irlanda sarebbe rimasta integra e non sarebbe stata toccata in alcun modo dal Trattato. Infine, con un ulteriore e importante accordo, gli Stati membri garantivano all'Irlanda che le preoccupazioni relative alla perdita di un commissario irlandese sarebbero state affrontate in modo lapidario, rinunciando cioè alla riduzione del numero dei componenti della Commissione⁸⁹. Forte di queste novità e rassicurazioni, l'Irlanda portò nuovamente al voto la ratifica del Trattato di Lisbona, e alla fine del 2009 l'esito della consultazione fu finalmente positivo.

Un altro Stato membro che può ascrivere alla categoria di Stati che hanno raccolto un numero cospicuo di esenzioni e deroghe nell'applicazione del diritto dei Trattati è la Danimarca⁹⁰. Non diversamente dall'esperienza di integrazione differenziata del Regno Unito, anche in questo caso le vicende originano nel contesto della negoziazione del Trattato di Maastricht. Alla Danimarca venne garantito, in fase di negoziazione, il diritto di far passare la decisione sull'adesione alla moneta unica attraverso un referendum. Referendum che si tenne sull'intero Trattato di Maastricht e diede esito negativo. A seguito di tale esito, un accordo interno tra le maggiori forze politiche aveva individuato la necessità di negoziare un *opt-out* dalla moneta unica come assoluta priorità nazionale. Questa strada portò verso l'accordo di Edimburgo del 1992 con cui nel Consiglio europeo si conveniva di garantire alla Danimarca quattro *opt-out*: oltre alla moneta unica, la Danimarca rimaneva fuori dalla Politica di Sicurezza e Difesa Comune, dall'allora terzo pilastro e dall'applicazione delle norme sulla cittadinanza dell'Unione. Forti dell'accordo di Edimburgo, le forze politiche

⁸⁹ L'accordo fu raggiunto dal Consiglio europeo nella seduta dell'11 e 12 dicembre 2008, garantendo così la permanenza di un rappresentante per ogni Stato membro dentro alla Commissione. Vedi le conclusioni della Presidenza, reperibili sul sito register.consilium.europa.eu e sul significato di questa rinuncia cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea: Parte istituzionale*, Torino, 2016, p. 131.

⁹⁰ Per un'analisi approfondita delle esperienze di integrazione differenziata conosciute da un Paese che è stato definito «a smart state handling a differentiated integration dilemma», vedi L. MILES. A WIVEL, *A smart State Handling a Differentiated Integration Dilemma?*, in *EA.*, DENMARK AND THE EUROPEAN UNION, London, 2014, pp. 237 ss.

nazionali convocarono un altro referendum sulla ratifica del Trattato di Maastricht, che si risolse con un esito favorevole. Qualche anno dopo (1999), quando l'Unione economica e monetaria doveva entrare nella sua terza fase, il Governo danese ritenne di convocare un nuovo referendum sulla terminazione del relativo *opt-out*, avendone però ancora una volta un esito favorevole al mantenimento. Un destino simile è toccato all'*opt-out* dall'allora terzo pilastro, che era stato rinnovato nella maggior parte delle corrispondenti materie, nelle versioni successive dei Trattati. Attualmente l'*opt-out* compare al Protocollo No. 22 annesso al Trattato di Lisbona, e prevede che le norme Schengen trovino applicazione, ma soltanto in virtù del diritto internazionale (con conseguente sottrazione dalla giurisdizione della Corte di giustizia). Non sono invece applicabili gli atti adottati nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, salvo quelle adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale. Il Protocollo contempla infine una possibile procedura risolutiva delle deroghe, che molto recentemente è stata attivata dal Governo danese che ha convocato un referendum sulla terminazione dell'*opt-out*. Ancora una volta l'esito è stato sfavorevole, o meglio favorevole al mantenimento dello *status* speciale.

Un'ulteriore significativa concentrazione di accorgimenti di integrazione differenziata non è legata a ragioni territoriali, bensì a uno stesso oggetto, ossia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nel corso delle negoziazioni sul Trattato di Lisbona, che attribuiva valore giuridico vincolante alla Carta, il Regno Unito e la Polonia avevano ottenuto l'inserimento di un Protocollo avente a oggetto l'applicazione della Carta in quegli Stati membri. La formulazione dell'*opt-out* è assai più ermetica rispetto a quelli già analizzati, e la stessa qualificazione del protocollo alla stregua di un *opt-out* è molto controversa⁹¹. Dopo un articolato preambolo, dato già di per sé ano-

⁹¹ Molte e autorevoli voci della dottrina si erano levate ad affermare la differenza tra i veri e propri *opt-out* e queste disposizioni: cfr. S. PEERS, *The "Opt-out" that Fell to Earth: The British and Polish Protocol Concerning the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2012/2, pp. 375 ss.; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. GRILLER, J. ZILLER (eds.), *THE LISBON TREATY*, New York, 2008, pp. 244-49; C. BARNARD, *The "Opt-Out" for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in S. GRILLER, J. ZILLER (eds.), *THE LISBON TREATY, CIT.*, pp. 276-80; P. CRAIG, *THE LISBON TREATY: LAW, POLITICS, AND TREATY*

malo per un protocollo, lo stesso si prodiga, in estrema sintesi, a postulare la compatibilità di leggi, regolamenti e prassi amministrative del Regno Unito e della Polonia con la Carta e la non azionabilità dei diritti sanciti dal capo IV (dal carattere eminentemente sociale e eloquentemente rubricato “solidarietà”)⁹². Quale che sia il valore giuridico da attribuirsi al protocollo, l'elemento comune alla diffidenza britannica e polacca rispetto alla Carta è da attribuirsi alla volontà di mantenere il controllo su un settore profondamente connotativo l'identità nazionale, che nel caso britannico poggia più o meno direttamente su una peculiare caratterizzazione dei rapporti sociali⁹³, e nel

REFORM, Oxford-New York, 2010, pp. 237–40. La qualificazione delle disposizioni alla stregua di *opt-out* era messa in dubbio dagli stessi attori che l'avevano promossa nel Regno Unito, con esplicite esternazioni governative che chiarivano che non ci si trovasse di fronte a un *opt-out*: cfr. House of Lords EU Select Committee, *The Treaty of Lisbon: An Impact Assessment*, 10th Report of Session 2007-08, HL Paper 62-I, para. 5.86. E, ancora, l'allora ministro per gli affari europei Jim Murphy affermò alla House of Commons: «the UK-specific protocol is not an 'opt-out»: vedi European Union Intergovernmental Conference, *House of Commons European Scrutiny Committee*, Thirty-fifth Report of Session 2006-07, para. 57.

⁹² La formulazione, tutt'altro che piana, della parte dispositiva del Protocollo stabilisce che «la Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma» (Articolo 1, comma 1). A ulteriore rassicurazione, il protocollo aggiunge che «nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno» (Articolo 1, comma 2), e infine che «laddove una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica alla Polonia o al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche della Polonia o del Regno Unito» (Articolo 2).

⁹³ Dall'analisi dei lavori preparatori della Carta risulta infatti che «la contrarietà del rappresentante del Governo inglese alla codificazione dei diritti sociali si fondava essenzialmente su quattro argomenti. Innanzitutto, i diritti sociali e economici non sono normalmente “justiciable individually” come lo sono altri diritti, poiché “[t]hese are decisions to be made by Governments chosen through the ballot box”. Il primo argomento era perciò riferito alla discrezionalità politica ed era legato, nella sensibilità inglese, all'alternanza democratica dei Governi eletti. In secondo luogo, i diritti sociali sono diritti attuati in modo diverso negli Stati membri. L'argomento sottintendeva la volontà di preservare il pluralismo dei sistemi nazionali di welfare. Il terzo argomento era relativo all'aspettativa dei cittadini: l'inserimento dei diritti sociali nella Carta avrebbe aumentato l'aspettativa dei cittadini verso l'Unione per avere tutele che essa non era in grado di dare, non avendone né la competenza, né il budget. L'ultimo argomento, di carattere più generale, atteneva

caso polacco non aveva invece tanto a che fare con i diritti proclamati dalla Carta, ma semmai con il timore che l'espansione delle competenze dell'Unione in materia di diritti fondamentali potesse generare un'imposizione di visioni dei diritti della famiglia incompatibili con la tradizione nazionale polacca⁹⁴.

7. Integrazione differenziata: opportunismo politico o tutela di specifiche identità costituzionali?

La breve rassegna di esempi di integrazione differenziata che, tutt'altro che esaustivamente, si è svolta nel paragrafo precedente è servita a tracciare le coordinate di un quadro che per quanto frammentato mostra qualche motivo ricorrente che può essere molto significativo nella prospettiva da cui muove questo contributo. Potrebbe però anche darsi che le deroghe negoziate dai singoli Stati membri siano alla fine sempre frutto di una manovra di mero opportunismo politico⁹⁵, e siano espressione di un fenomeno puramente politico che non ha nulla a che fare con l'identità costituzionale degli Stati membri interessati dagli *opt-out*. Se questo fosse vero, e perciò i casi di integrazione differenziata fossero tutti da ridurre a mero opportunismo politico, dovrebbero anche essere veri alcuni conseguenti scenari. Laddove

alla tecnica redazionale: la Carta mancava della precisione necessaria per avere l'efficacia di un testo giuridicamente vincolante»: così A-O. COZZI, *Con-fusioni: la definizione di «principio» nelle disposizioni finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra schemi concettuali propri dell'ordinamento UE e prassi costituzionali nazionali*, in Atti della giornata di studio Il diritto e le definizioni, 30 e 31 ottobre 2015, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Trento, in corso di pubblicazione (file dall'autrice). Per i riferimenti riportati testualmente nella citazione cfr. la posizione del rappresentante inglese Lord Goldsmith: Q.C. GOLDSMITH, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, in *Common Market Law Review*, 2001/5, pp. 1201-1216

⁹⁴ In questo senso ragiona C. BARNARD, *The “Opt-Out” for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, cit., p. 276.

⁹⁵ In questo senso, già nel 1984 vi era chi distingueva le ipotesi di flessibilità nella struttura dell'Unione europea che fossero basate su serie ragioni di eterogeneità socio-economica e flessibilità su fenomeni meramente politici, ritenendo peraltro che soltanto le prime cause potessero essere alla base di accorgimenti di integrazione differenziata, e annoverando tra le ipotesi con un fondamento meramente politico la volontà del Governo britannico di stare fuori dall'Euro. Sul punto vedi C-D. EHLERMANN, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of “Two Speeds”*, in *Michigan Law Review*, 1984/5-6, p. 1289.

le condizioni politiche dello Stato membro beneficiario dell'*opt-out* cambiassero radicalmente, questo dovrebbe essere facilmente e velocemente superabile, considerato che basterebbe il venire meno di una di due fondamentali condizioni: l'integrazione differenziata dovrebbe da un lato rispecchiare la volontà dell'indirizzo di governo, anche qualora questo mutasse, dello Stato membro che ne beneficia e, oltre a ciò, l'integrazione differenziata dovrebbe sempre essere produttiva di un vantaggio a favore dello Stato membro che ne beneficia.

Questo non sembra però essere il caso per ciò che riguarda molti degli esempi a cui si è fatto cenno nel precedente paragrafo. Vi è soltanto un caso in cui un *opt-out* sembra essere legato allo schema della mera preferenza politica contingente, ed è il caso della deroga accordata al Regno Unito in materia di politiche sociali, deroga terminata non appena i laburisti sono andati al governo. Negli altri casi, invece, gli *opt-out* passano indenni attraverso governi di matrice politica diversa e spesso sopravvivono persino a un orientamento contrario delle maggiori forze politiche di quello Stato membro. Nel caso della Danimarca, ad esempio, l'ingresso nell'Euro veniva considerato tutt'altro che problematico⁹⁶, e la diffidenza non era radicata nelle forze politiche di governo, quanto nella combinazione di vari fattori che avevano portato al consolidarsi di una prassi che richiedeva di far passare le decisioni cruciali legate all'appartenenza della Danimarca all'UE attraverso un ampio dibattito pubblico e possibilmente una consultazione referendaria, che – come si è avuto modo di sperimentare nella storia recente e meno recente dell'integrazione europea – spesso si è trasformata in una prova difficilissima da superare. Inoltre, l'ingresso nell'Euro sembrava spingere l'integrazione ben oltre la dimensione economica, posto che la moneta non veniva vista come «un mero strumento di pagamento», bensì come «un'espressione dell'identità nazionale e della sovranità»⁹⁷ danese. Gli *opt-out*, dunque, non necessariamente convengono.

Ulteriore esempio di ciò si trae ancora dal contesto danese, ma stavolta con riguardo all'*opt-out* nelle materie di cui all'area di libertà, sicurezza e giustizia, dove la Danimarca ha finito spesso e volentieri per adottare politiche del tutto analoghe a quelle dell'UE, finendo per

⁹⁶ Sul punto vedi M. MARCUSSEN, *Denmark's Relation to the European Union*, in L. MILES, A. WIVEL, *DENMARK AND THE EUROPEAN UNION*, London, 2014, p. 48 ss.

⁹⁷ *Ivi*, p. 55 [traduzione dell'A.]

adoperarsi in una «sistematica replica della normativa UE»⁹⁸. Ciò ha destinato la Danimarca nel ruolo del legislatore-fotocopia, facendo della Danimarca un “*rule-taker*” anziché un “*rule-maker*”: l’esatto contrario, dunque, di quell’intenzione di tutela sovranista dell’autonomia decisionale che sembrerebbe stare alla base dell’*opt-out*.

In molti casi, dunque, la logica che sta dietro alla specifica soluzione di integrazione differenziata sembra molto lontana da quella del mero opportunismo politico: gli *opt-out* non rispondono a ragioni di mera preferenza politica, e a volte non sembrano nemmeno necessariamente convenienti. La narrazione dell’identità sembra assai più adatta a spiegare questo tipo di dinamiche. L’identità non segue, ed anzi vi si oppone strutturalmente, l’indirizzo politico contingente. Gli argomenti identitari non necessariamente puntano verso una direzione conveniente né ragionevole dal punto di vista socio-economico e politico, e anzi spesso puntano altrove. Ciò che suggerisce un legame tra queste esperienze di integrazione differenziata e la tutela dell’identità costituzionale è ancora una volta la straordinaria sovrapposibilità degli interessi che stanno alla base di quelle esperienze di integrazione flessibile e il già citato elenco stilato dal *BVerfG* nel suo *Lissabon-Urteil*.

Tra gli interessi tutelati attraverso i due distinti approcci, vi sono le decisioni in materia familiare, che rientrano sia nel perimetro delle materie ad alta sensibilità costituzionale secondo l’elenco dei giudici di Karlsruhe, che nelle preoccupazioni (e relative rassicurazioni) delle “garanzie irlandesi” e nei motivi che sembrano aver guidato la diffidenza polacca nei riguardi della Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Parimenti, nelle “garanzie irlandesi” si trova il riferimento all’essenzialità di mantenere un certo grado di controllo sul livello di tutela sociale dei cittadini, riecheggiando di nuovo le parole del *BVerfG*, successivamente riprese anche dalla Corte costituzionale polacca. Ancora nelle garanzie irlandesi compaiono preoccupazioni e rassicurazioni in materia di preservazione di un margine decisionale significativo a livello nazionale in materia di politica militare e politica estera, ciò che emerge anche nell’elenco del *Lissabon-Urteil* ed è alla base di uno degli *opt-out* di cui beneficia l’Irlanda. Ed ancora nel-

⁹⁸ R. ADLER-NISSEN, *Justice and Home Affairs: Denmark as an Active Differential European*, in L. MILES, A. WIVEL (a cura di), *Denmark and the European Union*, cit., pp. 69 ss.

le garanzie irlandesi si trova la pretesa di mantenere un controllo significativo sulle politiche fiscali, pretesa che è alla base di uno dei segmenti più significativi della giurisprudenza tedesca in materia di controlimiti. Infine, l'ultimo elemento dell'elenco del *Lissabon-Urteil* che sembra emergere anche nelle ipotesi di integrazione differenziata passate in rassegna è l'inclusione tra le materie sensibili per la tutela dell'identità costituzionale delle decisioni fondamentali sul diritto penale sostanziale e processuale, nonché sull'uso della forza. È in quest'area infatti che operano i diversi *opt-out* che sono stati garantiti a favore di più Stati membri (Regno Unito, Irlanda, Danimarca), ciò che suggerisce la propensione di alcuni Stati a mantenere, almeno formalmente, il livello più alto possibile di controllo su queste materie.

I punti di contatto tra circuito giurisdizionale e non giurisdizionale di tutela delle identità costituzionali emergono chiaramente, ciò che sembra suggerire che l'integrazione differenziata non sempre va ridotta al mero opportunismo politico degli Stati membri che godono di *opt-out*. È certamente vero che un'impostazione di questo tipo sconta il rischio di una strumentalizzazione della flessibilità, che è ben possibile venga usata (e sia già stata usata) per tutelare meri interessi nazionali senza alcun tenore costituzionale e privi di qualunque legame con l'identità costituzionale di uno Stato membro. Tuttavia, questo rischio è cospicuo nel breve periodo, mentre nel lungo periodo è destinato a dissolversi: così è avvenuto nel caso della posizione del Regno Unito in relazione al Protocollo sulla politica sociale, il cui *opt-out* è terminato non appena le condizioni di contingenza politica che l'avevano generato sono mutate. Similmente, è ragionevole prevedere che nel lungo periodo qualunque esempio di integrazione differenziata che sia fondato sul mero opportunismo politico sia destinato a svanire. La strada dell'integrazione europea, infatti, procede assai più facilmente in una direzione e assai più difficilmente in quella contraria: una volta esercitato l'*opt-in* non vi sono realistiche possibilità di cambiare idea e ingranare la retromarcia, rinegoziando un *opt-out*. L'unica possibilità che rimane aperta è quella di cambiare completamente strada, uscendo dal tracciato dell'integrazione europea e avviando le procedure per il recesso dall'Unione. È questa certamente un'opzione traumatica e residuale, eppure – mutuando le parole della Corte costi-

tuzionale italiana in una decisione su un tema poi non così lontano – per quanto «sommamente improbabile [...] pur sempre possibile»⁹⁹.

8. I controlimiti dalla teoria alla pratica

L'integrazione differenziata sembra avere funzionato in modo relativamente soddisfacente come metodo per dare un'equilibrata sistemazione alle opposte esigenze di un'integrazione che da un lato si è fatta sempre più profonda e dell'altro ha coinvolto Stati sempre più diversi sia in termini socio-economici che in termini di tradizioni giuridiche.

Da un lato, infatti, i potenziali conflitti con aree che fossero ritenute particolarmente sensibili per le identità costituzionali di uno o più Stati membri venivano neutralizzati preventivamente attraverso il ricorso a deroghe, *opt-out* e altri meccanismi di applicazione differenziata del diritto dell'Unione. Dall'altro lato, le teorie dei controlimiti garantivano una sorta di teorica valvola di sfogo per quegli Stati membri, come Italia e Germania, che non avevano fatto tradizionalmente ricorso all'integrazione differenziata, e rimanevano una rassicurazione assai utile per la gestione di quei conflitti che potevano emergere nelle materie in cui il processo di integrazione europea aveva raggiunto un'estensione e profondità tale da rendere il conflitto una vicenda fisiologica.

I controlimiti rimanevano però una teoria che, pur conoscendo una certa espansione alle Corti di nuovi Stati membri, non portava ad alcuna conseguenza pratica: anche l'*escalation* del *BVerfG*, culminata con il *Lissabon-Urteil*, rimaneva limitata al perimetro retorico e all'immagine del “can che abbaia, ma non morde”.

Questo *trend* rimane stabile, almeno fino a tempi molto recenti, con una sola apparente eccezione, invero estremamente peculiare e anomala. Si tratta del caso delle c.d. pensioni slovacche¹⁰⁰, nel quale la Corte costituzionale ceca, attivando per la prima volta l'arma “atomica” dei

⁹⁹ Corte costituzionale della Repubblica italiana, sent. n. 232 del 1989, punto 3.1. del *c.i.d.*

¹⁰⁰ Corte costituzionale ceca, Pl. ÚS 5/12, *Pensioni slovacche XVII*, decisione del 31 gennaio 2012.

controlimiti, dichiarava *ultra vires* un atto dell'UE (nello specifico si trattava di una sentenza della Corte di giustizia)¹⁰¹.

In una lunga, articolata e complessa vicenda giurisprudenziale, la Corte costituzionale ceca era intervenuta, con una sentenza del 2003¹⁰² (perciò di un anno precedente l'adesione della Repubblica ceca all'UE) ad affermare che nei casi in cui i cittadini cechi avrebbero sofferto una diminuzione delle loro legittime aspettative pensionistiche in virtù dell'applicazione dei criteri previsti dal Trattato sulla regolazione degli effetti della dissoluzione della Federazione, questi avevano diritto a una compensazione a carico del bilancio ceco. A sostegno di questa soluzione, la Corte costituzionale ceca adduceva la lesione che si sarebbe determinata al principio costituzionale di non discriminazione dei cittadini cechi, cui nemmeno una disposizione del Trattato in questione avrebbe potuto derogare.

La soluzione incontrava però la ferma opposizione della suprema istanza giurisdizionale amministrativa ceca¹⁰³, appoggiata dallo stesso

¹⁰¹ La vicenda va inserita nel contesto di un assai peculiare conflitto costituzionale interno tra poteri dello Stato avente radici lontane, tanto da avere a che fare con la regolazione di alcuni rapporti giuridici tra le due Repubbliche a seguito della dissoluzione della federazione. Tra gli aspetti che i due nuovi Stati avevano dovuto regolare, vi era quello del pagamento delle prestazioni previdenziali dei cittadini dei due Stati. La questione presentava alcune criticità, posto che il regime previdenziale era significativamente diverso nelle due entità, sia per via di differenze di rendimento economico (l'economia ceca era tradizionalmente assai più ricca ed efficiente), sia per una differente impostazione del sistema previdenziale. In sintesi, il sistema pensionistico ceco era ispirato a una logica più marcatamente egualitaria, con un'oscillazione relativamente inferiore tra pensioni massime e pensioni minime. Il sistema slovacco, pur nel contesto di un'economia più debole, permetteva invece oscillazioni maggiori. Problemi potevano sorgere quando cittadini di una delle due entità, pur avendo sempre lavorato nel territorio di tale entità, erano sottoposti al regime pensionistico dell'altra entità: ciò poteva avvenire perché le disposizioni del Trattato del 29 ottobre 1992 tra Repubblica ceca e Repubblica slovacca sulle relazioni reciproche applicavano il criterio della residenza (o sede legale) del datore di lavoro, che non sempre corrispondeva al luogo in cui la prestazione lavorativa veniva prestata. Per una ricostruzione più dettagliata di quanto non sia consentito fare in queste pagine, cfr. Z. KÜHN, *Ultra Vires Review and the Demise of Constitutional Pluralism. The Czecho-Slovak Pension Saga, and the Dangers of State Courts' Defiance of EU Law*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2016, Vol. 23, No. 1, pp. 185-194; M. BOBEK, *Landtová, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure*, in *European Constitutional Law Review*, 2014/1, pp. 54-89.

¹⁰² Corte costituzionale ceca, no. II.ÚS 405/02, *Pensioni slovacche I*, decisione del 3 giugno 2003.

¹⁰³ Corte amministrativa suprema ceca, no. 6 Ads 62/2003, decisione del 23 febbraio 2005.

Governo ceco. Il punto di diritto era la supremazia del Trattato internazionale rispetto a qualsivoglia disposizione, ancorché costituzionale, nonché – dalla prospettiva governativa – il prevedibile interesse a non gravare il bilancio ceco delle compensazioni in questione. La discordia tra Consiglio di Stato e Corte costituzionale emergeva in alcune pronunce che vedevano però una posizione di maggior forza della Corte costituzionale¹⁰⁴, determinata dal fatto che l'ordinamento ceco offre alla Corte costituzionale la possibilità di pronunciarsi su ricorsi contro le decisioni di decisioni definitive di altri giudici, qualora queste determinassero esiti in contrasto con la Costituzione. Nel 2009 la *querelle* imboccava una nuova strada. Il Consiglio di Stato ceco rivolgeva alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale, affinché quest'ultima si pronunciasse sulla compatibilità della compensazione di cui alla soluzione introdotta dalla Corte costituzionale ceca con il diritto dell'UE, e in particolare con il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. La Corte di giustizia si pronunciava sulla questione¹⁰⁵, e – in breve e approssimando un po' a fini descrittivi – riscontrava un'incompatibilità tra la soluzione compensativa predisposta dalla Corte costituzionale ceca e il diritto dell'UE, dando sostanzialmente manforte alla suprema magistratura amministrativa ceca¹⁰⁶. In questo contesto di contingente elusione della voce della Corte costituzionale ceca, quest'ultima percorse una strada del tutto anomala: una lettera personale del Presidente della Corte ceca veniva infatti recapitata alla Corte di giustizia. Tuttavia, come si desume dalla ricostruzione dei fatti del seguito giurisdizionale della vicenda, la lettera veniva restituita al mittente, e del tutto esclusa dal fascicolo della causa della Corte di giustizia¹⁰⁷. Successivamente alla sentenza della Corte di giu-

¹⁰⁴ Vedi, ad esempio, la decisione della Corte costituzionale ceca, n. IV. ÚS 301/05, *Pensioni slovacche VI*, decisione del 13 novembre 2007.

¹⁰⁵ Vedi Corte di Giustizia, caso C-399/09 *Landtovà*, 22 giugno 2011.

¹⁰⁶ Un aspetto interessante di questo passaggio era la strutturale difficoltà di rappresentare – se non il tenore costituzionale dei problemi posti alla Corte di giustizia – quantomeno la visione che il giudice costituzionale aveva di quei problemi: il giudice che aveva operato il rinvio, infatti, prospettava una visione opposta a quella della Corte costituzionale dello Stato membro in questione, e allo stesso modo il Governo ceco aveva supportato le ragioni del Consiglio di Stato di fronte alla Corte di giustizia, avendone tutto l'interesse, se non altro sotto al profilo del peso che la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale comportava sul bilancio nazionale.

¹⁰⁷ Questa modalità informale di “dialogo tra Corti” era del tutto inedita e il suo fallimento non escludeva, di per sé, alla Corte costituzionale ceca di ingaggiare nuovamente la

stizia, il Consiglio di Stato ceco adattava la sua giurisprudenza a tali esiti, escludendo perciò che potesse applicarsi una compensazione nel calcolo delle pensioni dei soli cittadini cechi, con ciò disattendendo sostanzialmente la giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁰⁸. La ulteriore reazione della Corte costituzionale ceca non tardò: soltanto pochi mesi dopo la sentenza della Corte di giustizia, il giudice costituzionale ceco – lungi dall'imboccare la strada del dialogo “formale” tra Corti, che avrebbe quantomeno contemplato un ulteriore rinvio pregiudiziale – dichiarava la sentenza della Corte di giustizia *ultra vires*¹⁰⁹. I controlimiti venivano applicati per la prima (e, nel momento in cui si scrive, unica¹¹⁰) volta per dichiarare un atto di un'istituzione dell'Unione fuori dalle competenze attribuite, non risparmiando alla Corte di giustizia parole di censura assai aspre¹¹¹. Rimaneva in piedi

Corte di giustizia, promuovendo essa stessa un ulteriore rinvio pregiudiziale, in modo tale da attribuire il giusto peso costituzionale alla questione: ciò che, però, non avvenne.

¹⁰⁸ Vedi, ad esempio, Corte amministrativa suprema ceca, no. 3 Ads 130/2008, decisione del 25 agosto 2011, ove i giudici amministrativi prendono anche esplicitamente in considerazione l'ipotesi che la Corte costituzionale ceca dichiarò la sentenza della Corte di giustizia *ultra vires* (vedi para. 76).

¹⁰⁹ Corte costituzionale ceca, causa no. Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*, decisione del 31 gennaio 2012.

¹¹⁰ Il caso del signor R. (2 BvR 2735/14, su cui ci si soffermerà con maggiore dettaglio successivamente nel testo, con il quale il *BVerfG* ha deciso di non dare esecuzione a un mandato di arresto europeo poggiando la sua motivazione sulla lesione dell'identità costituzionale che ne sarebbe derivata) difficilmente può considerarsi di applicazione dei controlimiti. Per i motivi che approfondiremo in seguito, in tal caso può piuttosto dirsi che il *BVerfG* abbia adottato un'anomala interpretazione del diritto dell'UE conforme all'identità costituzionale tedesca.

¹¹¹ Va detto che anche i passaggi di critica più aspra rivolta dalla Corte costituzionale ceca alla Corte di giustizia erano strettamente legati alla peculiarità di quella questione, in particolare laddove si accusava la Corte di giustizia di non aver saputo distinguere tra le esigenze di regolazione derivanti dalla dissoluzione di uno Stato che aveva uno sistema di sicurezza sociale unico rispetto a quelle derivanti dall'esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. A giudizio della Corte costituzionale ceca, l'applicazione degli strumenti regolativi sorti per affrontare quest'ultime esigenze ai casi da cui erano originati i rinvii pregiudiziali era una «mancanza di rispetto della storia europea»: Così Corte costituzionale ceca, causa no. Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*, decisione del 31 gennaio 2012. Una traduzione ufficiale inglese è reperibile sul sito www.usoud.cz [traduzione italiana dell'A.]. La vicenda, peraltro, non terminava con l'eclatante decisione della Corte costituzionale ceca. Per quanto concerneva il singolo caso di specie, il seguito giurisdizionale pareva tratto da un romanzo mitteleuropeo: il ricorrente, infatti, aveva calcolato male gli effetti dell'applicazione del regime pensionistico ceco rispetto a quello slovacco, e infine ne risultò che dall'applicazione del regime ceco, soluzio-

un possibile cortocircuito permanente, posto che tutti i giudici di merito – compreso il Consiglio di Stato – erano stretti nell'imbarazzo di aderire alla giurisprudenza della Corte costituzionale o della Corte di giustizia. Il problema dell'autorità di due "padroni" altrettanto esigenti, che a lungo era sembrato doversi affacciare soltanto come caso di scuola nell'esperienza giuridica europea, era diventato invece un concreto caso giurisdizionale. Il Consiglio di Stato decise quindi di promuovere un nuovo rinvio pregiudiziale¹¹², questa volta facendosi carico di rappresentare l'altissimo tenore costituzionale della questione: non solo si chiedeva in sostanza che cosa si dovesse fare nel caso in cui una Corte costituzionale rigettasse una decisione vincolante della Corte di giustizia, ma si faceva altresì riferimento al legame che la regolazione dei rapporti tra le due entità della dissolta federazione aveva con l'identità costituzionale della Repubblica ceca. C'erano, in sostanza, tutti gli elementi perché sul "dialogo tra Corti" si abbattesse la tempesta perfetta. A disinnescare la potenziale bomba giunse però il Governo ceco che si adoperò per la compensazione di tutti i ricorrenti mentre il caso era pendente¹¹³: ciò che determinò, infine, il ritiro del rinvio pregiudiziale e la fine – tramite un intervento politico – di una saga giurisdizionale che si prolungava ormai da una decina di anni.

Il caso, dunque, da un lato ha peculiarità tali da renderlo poco adatto a candidarsi a manifesto dei controlimiti costituzionali opposti da una Corte costituzionale al principio del primato dell'UE. Eppure, dall'altro lato, rivela in modo formidabile un aspetto troppo spesso sottovalutato, se non del tutto ignorato, nell'analisi giuspubblicistica: intorno all'identità costituzionale possono sorgere conflitti non soltanto quando ci si muova nella dimensione multilivello, ma anche quando ci si muova nel più tradizionale e rassicurante spazio del costituzionalismo statale. L'utilizzo dello strumento dei controlimiti per intervenire in un contenzioso interno è rivelatore della discordia tra attori costituzionali sulla esatta misura del peso costituzionale dei principi in gio-

ne verso la quale avrebbe condotto la sentenza della Corte costituzionale, non ne avrebbe guadagnato nulla. Dunque lo sforzo della Corte costituzionale, e la prima applicazione dei controlimiti per dichiarare *ultra vires* la precedente sentenza della Corte di giustizia, era stato del tutto vano per quel caso specifico.

¹¹² Corte amministrativa suprema ceca, ordinanza del 9 maggio 2012, No. 6 Ads 18/2012.

¹¹³ Vedi Corte di giustizia, causa C-253/12, cancellata dal ruolo il 27 marzo 2013.

co. Ulteriormente, la vicenda delle pensioni slovacche rivela un altro aspetto cruciale: quando la temperatura del conflitto giurisdizionale diventa incandescente, è l'intervento della politica che può giovare a disinnescare il potenziale conflitto atomico, giungendo a soluzioni che siano soddisfacenti per tutti.

9. OMT/Gauweiler, Signor R., Taricco: il cane morde?

Per quanto il caso delle pensioni slovacche fosse caratterizzato da tali specificità da renderlo assai poco adatto a segnare un momento di svolta nell'approccio delle Corti costituzionali ai controlimiti, uno sguardo d'insieme alla giurisprudenza "europea" di alcune Corti degli Stati membri sembra offrire diversi suggerimenti in questa direzione. In almeno tre casi molto recenti i controlimiti entrano nel "dialogo tra le Corti" con un ruolo piuttosto diverso da quello di ornamento motivazionale a cui erano stati storicamente destinati. Due di questi casi riguardano il *BVerfG* (*OMT*¹¹⁴ e *Signor R.*¹¹⁵) e il terzo è invece tutt'ora pendente davanti alla Corte costituzionale (cd. caso *Taricco*¹¹⁶).

La vicenda *OMT/Gauweiler* non è limitata a un unico giudizio, ma comprende una saga giurisdizionale che passa attraverso tre importanti sentenze: la decisione del *BVerfG* di promuovere per la prima volta un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹¹⁷; la decisione della Corte di giustizia¹¹⁸; e infine la decisione "definitiva" del *BVerfG* sul caso

¹¹⁴ *OMT/Gauweiler* è una saga che ricomprende tre sentenze: nella prima sentenza (*BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014), il *BVerfG* promuove per la prima volta un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Nella seconda (CGUE, causa C-62/14, 16 giugno 2015) la Corte di giustizia si pronuncia sul rinvio. Nella terza (*BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016) il *BVerfG* decide sulla questione principale a seguito della pronuncia della Corte di giustizia sul rinvio.

¹¹⁵ *BVerfG*, 2 BvR 2735/14, 15 dicembre 2015.

¹¹⁶ Anche la vicenda *Taricco* consiste in plurime decisioni, tra cui vanno segnalate quella della Corte di giustizia (causa C-105/14, 8 settembre 2015) e quella relativa alla questione di legittimità costituzionale che al momento in cui si scrive risulta decisa dalla Corte costituzionale, ma la cui decisione non è stata ancora depositata né pubblicata.

¹¹⁷ *BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014.

¹¹⁸ Causa C-62/14, *Gauweiler et alii c. Governo federale tedesco*. Sulla sentenza, seppur recente, sono già comparsi numerosissimi commenti. Tra i molti si rinvia alla sezione speciale dedicata alla sentenza dal *German Law Journal*, 2015/4, che raccoglie i seguenti contributi: M. CLAES, J-H. REESTMAN, *The Protection of National Constitutional Identity and the*

che aveva originato il rinvio pregiudiziale¹¹⁹. L'oggetto della saga giurisprudenziale era una decisione del Consiglio direttivo della BCE, annunciata il 6 settembre 2012. Con questa decisione, in estrema sintesi, si autorizzava – in un momento di grande volatilità dei titoli di stato con differenziali di rendimento estremi – il Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC) a procedere all'acquisto di titoli in quantità potenzialmente illimitata, pur a condizioni prestabilite (erano ammessi solo acquisti sul mercato secondario di titoli a breve scadenza emessi da Paesi che avevano sottoscritto un programma di condizionalità). La decisione attirava immediatamente l'attenzione del *BVerfG*, che era

Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case, *ivi*, pp. 917-960; H. SAUER, *Doubtful it Stood...: Competence and Power in European Monetary and Constitutional Law in the Aftermath of the CJEU's OMT Judgment*, *ivi*, pp. 971-1002; F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, *ivi*, pp. 1003-1023; S. SIMON, *Direct Cooperation Has Begun: Some Remarks on the Judgment of the ECJ on the OMT Decision of the ECB in Response to the German Federal Constitutional Court's First Request for a Preliminary Ruling*, *ivi*, pp. 1025-1048; M.A. WILKINSON, *The Euro Is Irreversible! ... Or is it?: On OMT, Austerity and the Threat of "Grexit"*, *ivi*, pp. 1049-1072. Si rinvia altresì al numero monografico dedicato alla sentenza dal *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016/1, con contributi, oltre che del curatore dello *special issue*, F. FABBRINI, *The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law*, *ivi*, pp. 3-16, di T. TRIDIMAS, N. XANTHOULIS, *A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict*, *ivi*, pp. 17-39; D. SARMIENTO, *The Luxembourg 'Double Look': The Advocate General's Opinion and the Judgment in the Gauweiler Case*, *ivi*, pp. 40-54; J-V. LOUIS, *The EMU after the Gauweiler Judgment and the Juncker Report*, *ivi*, pp. 55-78; S. BARONCELLI, *The Gauweiler Judgment in View of the Case Law of the European Court of Justice on European Central Bank Independence: Between Substance and Form*, *ivi*, pp. 79-98; C. JOERGES, *Pereat Iustitia, Fiat Mundus: What is Left of the European Economic Constitution after the Gauweiler Litigation?*, *ivi*, pp. 99-118; M. GOLDMANN, *Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion: The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB*, *ivi*, pp. 19-135; R.D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, *ivi*, pp. 136-150; M. CLAES, *The Validity and Primacy of EU Law and the 'Cooperative Relationship' between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*, *ivi*, pp. 151-170; C. ZILIOLI, *The ECB's Powers and Institutional Role in the Financial Crisis: A Confirmation from the Court of Justice of the European Union*, *ivi*, pp. 171-184; Z. KÜHN, *Ultra Vires Review and the Demise of Constitutional Pluralism: The Czech-Slovak Pension Saga, and the Dangers of State Courts' Defiance of EU Law*, *ivi*, pp. 185-194; S. SCIARRA, G. NICASTRO, *A New Conversation: Preliminary References from the Italian Constitutional Court*, *ivi*, pp. 195-203; P. CHARLETON, A. COX, *Accepting the Judgments of the Court of Justice of the European Union as Authoritative: The Supreme Court of Ireland, the European Stability Mechanism and the Importance of Legal Certainty*, *ivi*, pp. 204-215.

¹¹⁹ 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016.

già alle prese con una questione avente a oggetto il Trattato sul Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)¹²⁰. Si dubitava infatti che la decisione in questione rientrasse nelle competenze attribuite alla BCE, asserendo che si trattasse di una misura di natura sostanzialmente economica e non monetaria. Si riteneva altresì che la misura in questione finisse per violare l'identità costituzionale tedesca, e in particolare la responsabilità parlamentare sulle decisioni di bilancio, nella misura in cui il volume degli acquisti non era predeterminato, e dunque il rischio di potenziali perdite era fuori dal controllo del Parlamento tedesco. Nel dibattito orale relativo alla causa sul Trattato MES, già pendente davanti al *BVerfG* nel momento in cui il Consiglio direttivo della BCE annunciava il programma *OMT*, veniva dunque introdotta la questione relativa alla decisione della BCE, che il Tribunale federale decideva quindi di trattare autonomamente, optando per la storica decisione di promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹²¹. Pareva coronarsi l'irenico quadro del dialogo tra le Corti apparentemente tracciato da quella giurisprudenza tedesca che, in ossequio al principio del *favor* nei confronti del diritto dell'Unione (*Europarechtfreundlichkeit*), voleva che qualora si dubitasse della compatibilità di un atto di diritto dell'Unione con il limite delle competenze attribuite o con il controlimite dell'identità costituzionale degli Stati membri, il *BVerfG* avrebbe dapprima messo la Corte di giustizia nelle condizioni di provvedere da sé e disinnescare il possibile conflitto in sede di interpretazione pregiudiziale. Eppure, in sostanza, il quadro era assai meno idilliaco. Il registro motivazione del rinvio promosso dal *BVerfG* assomigliava più a un *ultimatum* che alla battuta di un dialogo tra Corti, nella misura in cui sembrava porre alla Corte di giustizia una domanda alla quale era allegata l'unica risposta ammissibile: dichiarare il programma *OMT* fuori dalle competenze della BCE.

¹²⁰ Per una ricostruzione sintetica della questione avente oggetto il Trattato sul Meccanismo Europeo di Stabilità, da cui si è processualmente separata la questione che ha innestato la saga *OMT/Gauweiler*, cfr. G. RIVOSECCI, *Il Meccanismo Europeo di Stabilità e il Fiscal Compact tra Karlsruhe e Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2014/2, pp. 425-429; ID., *Il Trattato sul Mes e il Fiscal Compact al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale e della Corte di giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014/5, pp. 478-487 e R. CAPONI, *Salvaguardare l'euro con ogni mezzo? Il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca*, *ivi*, pp. 469-478.

¹²¹ Sul rinvio cfr. J. LUTHER, *Il rinvio pregiudiziale di Karlsruhe sui poteri della BCE*, in *Quad. cost.*, 2014/2, pp. 422-425.

La decisione 16 giugno 2015 della Corte di giustizia sulla questione imboccava però un'altra strada, destreggiandosi tra l'incudine del rischio di cedere di fronte alla "prepotenza" istituzionale del *BVerfG* e il martello di aumentare ulteriormente la già alta temperatura del conflitto. Nella sua decisione la Corte di giustizia dichiarava che il programma *OMT* rientrava tra le competenze attribuite alla BCE, eppure allo stesso tempo puntellava il medesimo programma di una serie significativa di cautele che sembravano avere la funzione principale di tendere una mano al *BVerfG*. In estrema sintesi, il programma *OMT*, la cui caratteristica peculiare era proprio la potenziale illimitatezza, finiva per essere sottoposto a una serie di condizioni desunte dal sistema che lo trasformavano in un programma tutt'altro che illimitato. La Corte di giustizia si è prodigata infatti a chiarire che la portata del programma *OMT* «incontra svariati limiti»¹²²: esso infatti riguarda «soltanto i titoli del debito pubblico sottoposti ad un programma di aggiustamento macroeconomico e aventi nuovamente accesso al mercato obbligazionario» e inoltre «si concentra sui titoli di Stato con scadenza inferiore a tre anni»¹²³. La Corte di giustizia ribadiva dunque che il programma riguarda «soltanto una parte limitata dei titoli del debito pubblico», «sicché gli impegni che la BCE può assumere in occasione dell'attuazione di un programma del genere sono, di fatto, circoscritti e limitati»¹²⁴. Il programma illimitato di acquisti non era in fin dei conti così illimitato, nella misura in cui «risulta che un programma il cui volume sia così limitato potrebbe essere validamente adottato dal SEBC senza fissare un limite quantitativo precedentemente all'attuazione del programma stesso, tenendo presente che un limite siffatto è, del resto, suscettibile di indebolire l'efficacia del programma in questione»¹²⁵. Questi equilibrismi linguistici (e logici) offrivano al *BVerfG* buoni argomenti per ritrovare le proprie ragioni sostanzialmente accolte, dietro a una sentenza che formalmente faceva salva la decisione della BCE.

Non è dunque sorprendente che il *BVerfG*, con sentenza del 21 giugno 2016¹²⁶, abbia raccolto l'*assist* della CGUE, astenendosi dal di-

¹²² CGUE, Causa C-62/14, § 85.

¹²³ *Ivi*, § 86.

¹²⁴ *Ivi*, § 87.

¹²⁵ *Ivi*, § 88.

¹²⁶ 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016. Per un'analisi assai più approfondita della sentenza e delle molte questioni a essa collegate, con particolare riferimento al principio democratico

chiarare il programma *OMT ultra vires* o lesivo dell'identità costituzionale tedesca. Il tribunale di Karlsruhe non ha però nemmeno fatto dietrofront: ha colto la sentenza della CGUE come una reinterpretazione sufficientemente cautelativa del programma *OMT*, che sarebbe non manifestamente *ultra vires* e non lesivo dell'identità costituzionale soltanto a patto che, nell'ormai assai improbabile eventualità che la decisione venisse attuata, le condizioni a cui aveva fatto riferimento la CGUE nella sua sentenza venissero rispettate¹²⁷.

Nell'economia complessiva della saga *OMT/Gauweiler*, dunque, i controlimiti hanno svolto una parte più importante rispetto a quella funzione di ornamento motivazionale o di monito per il futuro che avevano svolto nella giurisprudenza precedente. Il ricorso ai controlimiti, in entrambe le versioni in cui nella saga *OMT* questi sono stati abbracciati (controllo sugli atti *ultra vires* e tutela dell'identità costituzionale), ha finito per avere un impatto niente affatto secondario sulla sentenza della CGUE, la quale in sostanza ha puntellato il programma della BCE in modo da assicurare il *BVerfG* rispetto alle preoccupazioni che erano state esplicitate nel rinvio pregiudiziale. In buona sostanza, la CGUE nella sua sentenza ha interpretato i vincoli che il diritto UE pone sul programma *OMT* alla luce dei controlimiti posti dal *BVerfG* nella sentenza con la quale ha promosso il rinvio, e – infine – il *BVerfG* nella sua decisione finale ha interpretato il diritto tedesco alla luce della sentenza della Corte di giustizia (che a sua volta è frutto di un'interpretazione del diritto UE alla luce del diritto costituzionale tedesco).

Il “negativo” di questa fotografia di contaminazioni interpretative si ritrova anche nella pronuncia con cui lo stesso *BVerfG* ha accolto un

co, i correttivi contromaggioritari e il ruolo della democrazia parlamentare, si rinvia al contributo (e alle ricche indicazioni bibliografiche che vi si trovano) di F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in questa rivista, 2017/1.

¹²⁷ Ciò significa che gli acquisti di titoli di Stato non potrebbero comunque essere preventivamente annunciati; dovrebbero riguardare un volume complessivo di titoli preventivamente limitato; dovrebbero avvenire a distanza di tempo congrua rispetto alla loro emissione sul mercato primario; dovrebbero riguardare titoli di Stati che abbiano comunque già accesso al mercato, e potrebbero essere conservati fino alla loro maturazione soltanto se ciò fosse giustificabile da ragioni di politica monetaria. In altre parole, soltanto finché [...*solange*] le condizioni specificate dalla Corte di giustizia verranno rispettate, il programma sarà da considerarsi compatibile con il GG.

ricorso individuale diretto, con sentenza del 15 dicembre 2015¹²⁸. Trattandosi di una sentenza che ha accolto un ricorso che lamentava la lesione dell'identità costituzionale tedesca in caso di esecuzione di un mandato d'arresto europeo (MAE), era sembrato trattarsi del primo caso in cui il *BVerfG* aveva abbandonato il registro meramente retorico, passando dalle parole ai fatti e azionando la scure dei controlimiti. A ben vedere, tuttavia, la realtà è più complessa. Il caso alla base della vicenda era quello di un cittadino americano, condannato in contumacia da un giudice italiano molti anni prima (1992), che era stato raggiunto in territorio tedesco da un MAE. Il cittadino americano in questione era ricorso al Tribunale di Karlsruhe, affermando di non aver avuto conoscenza del processo svoltosi in Italia, e affermando che l'esecuzione del MAE avrebbe comportato una lesione di quella declinazione del principio della dignità umana che è il principio di responsabilità personale in materia penale. Il caso toccava dunque una delle manifestazioni processuali del principio "super-supremo" dell'ordinamento costituzionale tedesco, ossia la tutela della dignità umana. Le norme processuali regolanti l'esecuzione della condanna in Italia non avrebbero infatti più consentito al destinatario del MAE di accedere a rimedi efficaci, essendo in quella fase precluso dal codice di rito penale italiano il ripristino integrale dell'assunzione probatoria. Il destinatario del MAE lamentava, dunque, di essere stato condannato sulla base di un processo di cui non conosceva l'esistenza, e di non avere, nella prospettiva in cui venisse data esecuzione al MAE, il diritto di produrre le prove della sua innocenza. Per tali motivi, questi chiedeva al *BVerfG* di annullare l'ordine di esecuzione del MAE, lesivo di un contenuto essenziale dell'identità costituzionale tedesca. Il Tribunale di Karlsruhe ha accolto il ricorso, ed effettivamente ha disposto l'annullamento dell'ordine di esecuzione del MAE: tuttavia, il *BVerfG* non ha dichiarato l'incompatibilità del diritto dell'UE con l'identità costituzionale tedesca. Al contrario, il *BVerfG* ha trovato nella decisione quadro sul MAE, come modificata dal Consiglio europeo nel 2009, la giustificazione della sua decisione. In base a quella normativa, infatti, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il MAE se l'interessato non sia comparso personalmente al processo. A tale principio si pongono però alcune eccezioni, e tra queste si prevede che l'autorità giudiziaria non possa rifiutare di eseguire

¹²⁸ BVerfG, 2 BvR 2735/14, 15 dicembre 2015.

il MAE, pur in caso il destinatario non abbia ricevuto personalmente la notifica del processo, qualora questi «riceverà personalmente e senza indugio la notifica dopo la consegna e sarà espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria»¹²⁹. Ed è su questo punto che il *BVerfG* ha ritenuto la normativa italiana incompatibile non solo con il principio di responsabilità personale in materia penale, ricompreso nel perimetro dell'identità costituzionale tedesca, ma anche con la stessa decisione quadro sul MAE. In sintesi, il *BVerfG* ha operato una lettura delle norme del MAE alla luce dell'identità costituzionale tedesca, con il risultato di giungere a una ricomposizione interpretativa del quadro generale. Di questa ricomposizione si è preso l'intera responsabilità il Tribunale di Karlsruhe¹³⁰, nella parte in cui questo si è sottratto dal promuovere un (ipoteticamente percorribile) rinvio pregiudiziale, portando a supporto della sua decisione la dottrina dell'*acte claire*, e ritenendo in sostanza non vi sia alcun nodo interpretativo da sciogliere¹³¹.

¹²⁹ Art. 4a, comma 1, lett. d (i), 2002/584/GAI: Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

¹³⁰ Molti hanno ritenuto che la decisione del *BVerfG* sia stata pochi mesi dopo supportata dalla stessa Corte di giustizia (cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi e Căldăraru*, 5 aprile 2016), oppure più sfumatamente hanno ritenuto che il caso rivelasse comunque una certa attenzione al tema da parte della Corte di giustizia. Cfr. nel primo senso, G. REPETTO, *Ancora su mandato d'arresto e diritti fondamentali di fronte alla Corte di Giustizia: il caso Aranyosi*, in diritticomparati.it (19 maggio 2016) e F. MEYER, *From Solange II to Forever I. The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and how the CJEU responded)*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016/7, pp. 277-294 e nel secondo senso A. BERNARDI, *I controllimiti al diritto dell'Unione Europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, cit., pp. XCI ss. Al di là di questo aspetto dibattuto, si veda, sulla interessante sentenza della Corte di giustizia G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Rivista AIC – Osservatorio* (19 luglio 2016); F. CANCELLARO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato emittente*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016; A. MARTUFI, *La Corte di giustizia al crocevia tra effettività del mandato d'arresto e inviolabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2016/9, pp. 1243 ss.

¹³¹ *BVerfG*, 2 BvR 2735/14, 15 dicembre 2015, § 125. Il passaggio motivazione glissa sul precedente della CGUE sul caso Melloni che sembrava semmai chiaro nella direzione opposta: in quella sentenza, infatti, la CGUE aveva chiarito che «il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non

I giudici di Karlsruhe hanno optato per quella che si potrebbe definire una interpretazione della decisione quadro conforme all'identità costituzionale tedesca, reclamando una sorta di diritto di priorità interpretativa, nella misura in cui hanno escluso la strada del rinvio pregiudiziale, che avrebbe potuto condurre la Corte di giustizia a risolvere il caso nella medesima direzione (peraltro con l'ulteriore vantaggio di una pronuncia avente effetti in tutto il territorio dell'Unione, e non solo in Germania, com'è necessariamente per la sentenza del *BVerfG*).

Tanto nella saga *OMT/Gauweiler*, quanto nel caso del Signor R., il ricorso all'identità costituzionale non ha svolto una funzione meramente persuasiva né tantomeno ha un ruolo soltanto di ornamento, ma ha svolto un ruolo fondamentale nella motivazione, contribuendo in modo significativo a determinare l'esito della decisione.

Caratteristiche simili sembrano essere proprie di un caso che nel momento in cui si scrive è tuttora pendente davanti alla Corte costituzionale italiana¹³², e che – non diversamente dalla vicenda *OMT/Gauweiler* – impegna più livelli di esercizio della funzione giurisdizionale in un esercizio di quello che la letteratura ha già da molto tempo definito “dialogo tra le Corti”¹³³. L'oggetto del contendere è la normativa italiana in materia di computo del decorso dei termini pre-

può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato» (CGUE, causa C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*, § 59).

¹³² Nel momento in cui si scrive (14 gennaio 2017), la questione *Taricco* è stata decisa dalla Corte costituzionale, ma la pronuncia non è ancora stata depositata.

¹³³ Il dialogo tra le corti è divenuto un vero e proprio *topos* della letteratura giuspubblicistica, in particolare (ma non solo) in Europa. Per alcuni punti di riferimento, cfr. A-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER, *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, London, 1998; A-M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, 1999, Vol. 40, pp. 1103 ss.; F.G. JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*, in *Texas International Law Journal*, 2003/3, pp. 547 ss.; A-M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law*, 2003/1, pp. 191 ss.; M.A. WATERS, *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*, in *Georgia Law Journal*, 2004/2, pp. 487 ss.; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; M. CARTABIA, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 2009/1, pp. 5-31; A. VOßKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *European Constitutional Law Review*, 2010/2, pp. 175-198; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, 2012.

scrizionali, nella misura in cui termini prescrizionali relativamente brevi rendevano assai difficile – se non strutturalmente quasi impossibile – perseguire illeciti penali posti a tutela (anche) degli interessi finanziari dell'Unione europea¹³⁴. Per questa ragione, e in estrema sintesi, la CGUE aveva interpretato il diritto dell'Unione nel senso che questo osta all'applicazione dei limiti massimi prescrizionali nei casi sottoposti all'attenzione della Corte¹³⁵. In tal modo si metteva il giudice italiano, che mediante il rinvio pregiudiziale aveva chiamato in causa la CGUE, di fronte alla prospettiva di dover disapplicare la normativa sulla prescrizione. Ciò determinava dunque la punibilità di soggetti che, in base alla situazione pre-sentenza *Taricco*, sarebbero stati non punibili grazie al decorso della prescrizione. Tale effetto aveva generato dubbi di compatibilità con il principio di legalità in materia penale, in ossequio alla concezione sostanzialistica che comprende nel principio dell'irretroattività delle norme penali tutte quelle che incidono sulle condizioni di punibilità, e dunque anche quelle sul computo della prescrizione. Tale concezione, invero assai rara guardando ad altri ordinamenti¹³⁶, ha invece un radicamento piuttosto solido nella tradizione penalistica italiana¹³⁷. In virtù di tale quadro, dapprima la Corte di appello di Milano¹³⁸, successivamente la Corte di

¹³⁴ Alla vicenda *Taricco*, pur non essendo ancora stata pronunciata la sentenza della Corte costituzionale, è stata già dedicata grandissima attenzione dalla dottrina italiana, con innumerevoli contributi “preventivi” a commento delle ordinanze di rimessione e della precedente decisione della Corte di giustizia. Per una panoramica ampia (sia dal punto di vista tematico che della prospettiva disciplinare) e allo stesso tempo approfondita, si rinvia qui ai contributi raccolti in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit..

¹³⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco c. Italia*.

¹³⁶ Per un confronto con le soluzioni adottate da altri ordinamenti quanto a modificabilità del regime della prescrizione, e relativa applicabilità ai processi in corso, cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.* (9 maggio 2016), pp. 22-26.

¹³⁷ Per una ricostruzione dell'istituto e delle diverse teorie che ne sono a fondamento, cfr. A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 680 ss. e F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, in particolare pp. 63-71.

¹³⁸ Corte di appello di Milano, Sez. II pen., ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale nel procedimento n. 6421/14 R.G.A. del 18 settembre 2015 (da qui “ord. rim.”).

Cassazione (mediante due ordinanze “gemelle”¹³⁹), e infine anche il Tribunale di Siracusa¹⁴⁰ hanno introdotto davanti alla Corte costituzionale delle questioni di legittimità costituzionale ove i controlimiti svolgono una parte fondamentale nella definizione dei parametri. Soprattutto nelle assai più articolate ordinanze provenienti dalla Cassazione, infatti, i controlimiti vengono invocati nelle loro più diverse manifestazioni¹⁴¹. Da una parte sembra trarsi dalle indicazioni del giudice remittente l’argomentazione di una violazione di una sorta di “diritto fondamentale all’oblio” che proietta dunque i controlimiti nella loro dimensione individuale, ricordando in qualche modo la giurisprudenza *Solange*¹⁴² del *BVerfG*. Dall’altra parte ciò che pare essere problematico è la violazione del limite delle competenze attribuite che la sentenza *Taricco* della CGUE avrebbe determinato, spingendo gli effetti dei Trattati troppo in là in una materia, quale quella penale, ove la conservazione del controllo statale, e della legittimazione democratica che dal controllo statale deriverebbe, è particolarmente pronunciata. In questa dimensione – relativa alla definizione delle competenze – i controlimiti sembrano invece evocare il *Maastricht-Urteil*¹⁴³ del *BVerfG*. Infine, da un’altra parte ancora, i controlimiti sembrano esse-

¹³⁹ La Corte di cassazione aveva dapprima ritenuto di dare applicazione alla sentenza *Taricco*: in questo senso vedi Cass. pen., Sez. III, sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, reperibile con nota di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Dir. pen. cont.* (22 gennaio 2016). Ancora sul primo orientamento della Cassazione, cfr. G. REPETTO, *Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, già reperibile in *Rivista AIC*, 2016/2 (10 maggio 2016) e in corso di pubblicazione per *Giur. cost.*; in senso nettamente critico, L. BIN, *La prima sentenza “post Taricco” della Cassazione*, in *Archivio Penale*, 2016/1, pp. 1-16. Successivamente, due decisioni pronunciate a un solo giorno di distanza hanno ritenuto invece di rinviare la questione alla Corte costituzionale: la prima, Cass. pen., Sez. III, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346; e la seconda, Cass. pen., Sez. III, ord. 31 marzo 2016 (dep. 1 agosto 2016), n. 33538. Sulle questioni introdotte da queste ordinanze i commenti sono stati così numerosi da renderne impossibile una anche sommaria tracciatura in nota. Si rinvia, dunque, anche qui alle indicazioni contenute nei contributi sul tema in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit.

¹⁴⁰ Tribunale di Siracusa, ord. 25 maggio 2016, R.G. 2211/14.

¹⁴¹ Sulla multi-dimensionalità dei controlimiti invocati a parametro di legittimità costituzionale dai remittenti, sia consentito rinviare a P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., pp. 359-377.

¹⁴² *BVerfG*, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*) e *BVerfG*, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).

¹⁴³ *BVerfG*, BVerfGE 89, 155.

re imbracciati come uno scudo per proteggere una peculiare declinazione del principio di legalità in materia penale, declinazione che secondo i giudici rimettenti potrebbe assurgere a principio supremo dell'ordinamento. In questa terza e ultima dimensione, i giudici del rinvio sembrano in qualche modo chiedere alla Corte costituzionale italiana di esercitare quell'*Identitätskontrolle* che il *BVerfG* ha plasmato (per ora, soltanto nelle sue linee teoriche) nel suo famoso *Lisabon-Urteil*¹⁴⁴.

Qualunque sarà la decisione che la Corte costituzionale pronuncerà sulle questioni prospettate da queste ordinanze di rimessione, anche in questo caso i controlimiti paiono essere proiettati in una prospettiva nuova, lontani da quella funzione meramente persuasiva e retorica che era stata loro propria per molti anni. A ben vedere, anche per la giurisprudenza costituzionale italiana questa è un'assoluta novità: è vero infatti che nel 2014 la Corte costituzionale ha calato la scure dei controlimiti nella sentenza n. 238, ma in quel caso non si trattava di impedire l'applicazione di un atto dell'UE, bensì di porre un argine all'applicazione di una norma internazionale consuetudinaria¹⁴⁵. Si

¹⁴⁴ 2 BvE, 2/08.

¹⁴⁵ La sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014 rimane comunque una sentenza di fondamentale importanza, e lo testimonia anche il volume dei commenti e degli studi che vi sono stati dedicati. Senza pretesa di esaustività, e a testimonianza del volume del dibattito in un lasso di tempo relativamente breve: G. BOGGERO, *The Legal Implications of Sentenza No. 238/2014 by Italy's Constitutional Court for Italian Municipal Judges: Is Overcoming the "Triepelian Approach" Possible?*, in *ZaöRV*, 2016/1, pp. 1-22; N. COLACINO, *La tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili tra obblighi internazionali e Stato di diritto*, in federalismi.it (29 febbraio 2016); F. GIRELLI, *La super doppia pronuncia: l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per crimini internazionali in Italia non esiste*, in federalismi.it (29 febbraio 2016); S. BATTINI, *È costituzionale il diritto internazionale?*, in *Giornale di dir. amm.*, 2015, No. 3, pp. 368 ss.; G. CATALDI, *La Corte costituzionale e il ricorso ai controlimiti nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2015, 1, pp. 41-50; A. CHIUSOLO, *Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la giustocrazia*, in forumcostituzionale.it (14 luglio 2015); N. COLACINO, *La conferma della regola attraverso l'eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui «crimina» iure imperii*, in *Quest. Giust.*, 2015, No. 1, pp. 70-75; P. FARAGUNA, *La sentenza costituzionale n. 238/2014: tra illecito internazionale e controlimiti*, in *Studium iuris*, 2015/3, pp. 267-276; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., specialmente pp. 11-26; D. GIRARDI, *Gli argini costituzionali alla norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile*, in *Giur. it.*, 2015/2, pp. 339 ss.; M.E. GENNUSA, *Corte costituzionale e obblighi internazionali: qualcosa di nuovo e di molto vecchio*, in *Quad. cost.*, 2015/3, pp. 831-846; F. GIRELLI, *Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 94-99; T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a*

trattava, dunque, di un caso comunque assai importante, ma con conseguenze e implicazioni del tutto diverse da quelle che solleva la questione *Taricco*, se non altro per le maggiori capacità di reazione di cui è dotato l'ordinamento dell'Unione rispetto a quello internazionale.

marginale della sent. n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana, in giurcost.org (9 gennaio 2015); E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 76-83; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 84-93; E. LUPO, *I controlimiti per la rima volta risolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 64-69; L. MARINI, *Il conflitto fra Italia e Germania, tra Corte costituzionale, Corte internazionale di giustizia e Consiglio di sicurezza*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 100-104; G. PALOMBELLA, *Senza identità. Dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tra consuetudine, jus cogens e principi supremi*, in *Quad. cost.*, 2015/3, pp. 815-830; A. PALMIERI, *Crimini contro l'umanità, danni e risarcimenti: la Consulta attenua l'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile italiana*, in *Foro it.*, 2015/4, pp. 1163-1165; M.I. PAPA, *Il ruolo della Corte costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sent. n. 238/2014*, in *Rivista AIC*, 2015/3, pp. 1-25; P. PUSTORINO, *La sent. n. 238/2014 della Corte costituzionale: limiti e prospettive nell'ottica della giurisprudenza italiana*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2015/1, pp. 51-60; P. RIVELLO, *Una pronuncia della Corte costituzionale a tutela dei diritti inviolabili della persona nel quadro dei rapporti tra diritto consuetudinario internazionale e diritto interno*, in *Cass. pen.*, 2015/3, pp. 1049 ss.; A. SANDULLI, *All'estremo limite dei contro limiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*, in *Foro it.*, 2015/4, pp. 1166 ss.; F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quad. cost.*, 2015/1, pp. 33-58; E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2015/1, pp. 61-84; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 57-63; S. SENESE, *Corte costituzionale e sovranità*, in *Questione Giustizia*, 2015/1, pp. 51-56; M. BRANCA, *Il punto sui "controlimiti"*, in *Giur. cost.*, 2014/5, pp. 3899 ss.; R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. cost.*, 2014/5, pp. 3908 ss.; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. cost.*, 2014/5, pp. 3885-3891; P. FARAGUNA, *La sentenza n. 238/2014: i controlimiti in azione*, in *Quad. cost.*, 2014/4, pp. 899-901; L. GRADONI, *La sentenza n. 238 del 2014: Corte costituzionale italiana «controvento» sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Quad. cost.*, 2014/4, pp. 905-908; G. GUARINO, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, in giurcost.org (21 novembre 2014); A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238/2014*, in forumcostituzionale.it (5 novembre 2014); S. LEONE, *La sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali*, in *Quad. cost.*, 2014/4, pp. 902-904; C. PINELLI, *Diritto di difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Giur. cost.*, 2014/5, pp. 3891 ss.; F. RIMOLI, *La Corte e la Shoah: osservazioni brevi su una sentenza coraggiosa*, in *Giur. cost.*, 2014/5, pp. 3915-3922; A. RUGGERI, *Conflitto tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili seguiti della 238 del 2014*, in giurcost.org (5 marzo 2015).

In qualunque direzione verrà decisa la questione dalla Corte costituzionale italiana, i tre casi esaminati (*OMT/Gauweiler*, *Signor R.*, *Taricco*) sembrano segnare una nuova stagione dei controlimiti, contraddistinta da una assai minore reticenza delle istanze giurisdizionali nazionali a imbracciare il parametro dei controlimiti, per trarne degli effetti apprezzabili, sia nella prospettiva dei singoli casi di specie, sia nella più ampia prospettiva di quel dialogo tra le Corti che è in fin dei conti un pezzo di un mosaico dialogico assai più grande: il processo di integrazione europea mediante il diritto. Se questo nuovo “vento” dei controlimiti anticipi una pericolosa tempesta, o se sia invece una brezza navigabile, lo si potrà valutare soltanto nei prossimi sviluppi. Dediccheremo ciononostante a questo dubbio le osservazioni conclusive, non prima di aver toccato un ultimo tema, ovvero il nuovo vento che spira non sul dialogo tra Corti, bensì sulle dinamiche della negoziazione politica sul terreno dell'integrazione differenziata.

10. Quando l'integrazione differenziata non basta (o non funziona): *Brexit* (e oltre)

Non sono soltanto i controlimiti infatti ad avere conosciuto sviluppi del tutto nuovi nell'orizzonte europeo: anche gli strumenti di negoziazione politica di tutela di interessi nazionali hanno imboccato strade mai battute prima. Come noto, infatti, il 23 giugno 2016 i cittadini britannici si sono espressi favorevolmente all'uscita del Regno Unito dall'Unione europea. Il referendum sulla *Brexit* apre scenari ancora tutti da definire per quanto riguarda il futuro sia del Regno Unito che dell'UE. Gli elementi incerti sono moltissimi e altrettanti sono i piani di analisi che vi si possono applicare, anche alla luce dei pronunciamenti giurisdizionali che hanno seguito il referendum¹⁴⁶: dalla natura della democrazia parlamentare in Europa, al futuro del processo di integrazione europea, il voto del 23 giugno segna un momento storico qualunque sarà il suo sviluppo. Eppure, non è su tutti questi aspetti che ci interessa, soffermarci ai fini di questo studio, bensì su un segmento di quella vicenda che si è già concluso. Vi è infatti un punto specifico del processo politico che ha condotto al voto, solo apparen-

¹⁴⁶ Cfr. la decisione della High Court of Justice di Londra del 3 novembre 2016 nel caso *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union*.

temente secondario, cui merita dedicare attenzione nel quadro di questo studio.

Il referendum del 23 giugno 2016 è stato infatti preceduto da una fase di negoziazione intergovernativa che aveva condotto, in sede di Consiglio europeo, a una “decisione dei Capi di Stato o di Governo, riuniti in sede di Consiglio europeo concernente una nuova intesa per il Regno Unito nell’Unione europea” (in seguito: la Decisione)¹⁴⁷. Il cosiddetto *deal* tra Regno Unito e UE aveva il chiaro scopo di intervenire sul dibattito politico pre-referendum, nell’ambizione di offrire al Premier inglese strumenti sufficienti a rassicurare gli elettori inglesi, orientandoli verso l’opzione *Remain*. È ormai una questione di cronaca il sostanziale fallimento della strategia, a fronte della prevalenza delle preferenze verso l’uscita del Regno Unito dall’UE nel referendum del 23 giugno. Ciononostante può essere estremamente interessante, nel quadro di questa analisi, indagare brevemente il metodo e il contenuto di quel *deal*. Dal punto di vista metodologico, la decisione non era innanzitutto il frutto di una negoziazione breve o semplice. Le premesse erano già complicate: il Premier Cameron aveva dapprima parlato, nel suo *Bloomberg Speech*¹⁴⁸, della necessità di riforme europee: un quadro ben diverso rispetto a quello che, il 10 novembre 2015 emerge dal suo discorso alla Chatham House¹⁴⁹ e dalla sua lettera al Presidente del Consiglio europeo Tusk¹⁵⁰, dove vengono stabiliti degli obiettivi ben più specifici collocati in quattro settori: la governance economica, la competitività, la sovranità e il governo dei flussi migratori. Quanto al contenuto della decisione¹⁵¹, vi erano molti aspetti che

¹⁴⁷ Vedi le conclusioni del Consiglio europeo 18-19 febbraio 2016, reperibili sul sito [Consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu) (di seguito in nota come “La Decisione”).

¹⁴⁸ Vedi EU Speech at Bloomberg, 23 gennaio 2013, il cui testo è reperibile sul sito [Gov.uk](http://www.gov.uk).

¹⁴⁹ Vedi il discorso “The Future of Britain’s Relationship with the European Union”, Chatham House, Londra, 10 novembre 2015, il cui video integrale (e il cui testo) è reperibile sul sito www.chathamhouse.org.

¹⁵⁰ Vedi la lettera inviata dal Primo Ministro inglese David Cameron al Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk il 10 novembre 2015, reperibile sul sito [Gov.uk](http://www.gov.uk).

¹⁵¹ La definizione del contenuto della decisione è giunta al termine di un processo non semplice: il 17 dicembre emergeva da un incontro del Consiglio europeo la volontà dei Capi di Stato e di Governo di lavorare verso una soluzione comune per risolvere il “problema inglese”. Veniva calendarizzato un Consiglio europeo specificamente dedicato al tema, da tenersi il 18-19 febbraio 2016, con la promessa del Presidente Tusk di arrivare alla seduta sulla base di una bozza di testo già predisposta. La prima bozza veniva fatta circolare il 2 febbraio e la seconda una decina di giorni dopo. Il testo finale, recante una versione signi-

meritano qualche attenzione. Ciò che interessa particolarmente ai nostri fini è il ruolo fondamentale assunto dallo strumento dell'integrazione differenziata come quadro generale nel quale inserire il *deal*. La Decisione è infatti contenuta nell'Allegato I delle Conclusioni del Consiglio, che si struttura in un'articolata premessa e in quattro sezioni "dispositive". L'articolata premessa è tutta volta a delineare l'equilibrio tra ragioni dell'integrazione e ragioni della differenziazione. Vi si trova infatti l'affermazione per cui i Trattati mirano al «processo di creazione di un'Unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa»¹⁵², ma dall'altra parte vengono subito elencate tutte le disposizioni che introducono fattori importanti di differenziazione, dagli *opt-out* agli accordi di cooperazione rafforzata. Tutto ciò, ad avviso dei Capi di Stato e di Governo, avrebbe reso possibili «percorsi di integrazione diversi per Stati membri diversi, consentendo a quelli che intendono approfondire l'integrazione di andare avanti e rispettando nel contempo i diritti di quelli che non intendono procedere in tal senso»¹⁵³. La Decisione elencava poi tutte le fonti di integrazione rafforzata già applicabili al Regno Unito, di cui si è detto nelle pagine precedenti di questo articolo, e passava dunque agli impegni, che venivano suddivisi sulla scorta delle quattro aree nelle quali il Premier Cameron aveva espresso le «questioni che preoccupano il Regno Unito»¹⁵⁴. In estrema sintesi, un primo impegno sulla governance economica avrebbe dovuto intervenire sull'attrito tra Stati membri che adottano l'Euro e Stati membri che non l'adottano. Da un lato, i primi (tra i quali, naturalmente, il Regno Unito) si impegnavano a non porre ostacoli a una maggiore integrazione economica nella zona Euro. Dall'altra parte, l'impegno era volto a evitare che i rischi derivanti da questa maggiore integrazione ricadessero anche sui Paesi al di fuori della zona euro. In una seconda sezione del *deal*, rubricata "della competitività", la Decisione si limitava a ribadire obiettivi già nelle corde del processo di integrazione europea, quali il completamento del mercato unico, la semplificazione normativa e la riduzione degli oneri amministrativi per le imprese e la conclusione di nuovi accordi com-

ficativamente diversa rispetto a quella della prima bozza, veniva fatto circolare nella notte del 18 febbraio.

¹⁵² Cfr. la Decisione, *cit.*, p. 10.

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 3.

merciali e di investimento con i Paesi terzi. In una terza sezione, eloquentemente rubricata “della Sovranità”, si prometteva inoltre al Regno Unito di venire svincolato dall’impegno per la creazione di un’Unione sempre più stretta tra popoli, sottraendo dunque il Regno Unito da ogni vincolo a prendere parte a ulteriori passi di integrazione politica nell’Unione europea. In questa sezione, oltre a contenuti dal grande valore simbolico, si prometteva l’introduzione di una procedura di “cartellino rosso” nella verifica del rispetto del principio di sussidiarietà¹⁵⁵. Infine, nel quarto impegno si prevedevano future modifiche al diritto dell’Unione, miranti a limitare i flussi di lavoratori che fossero di portata tale da mettere in difficoltà i sistemi di sicurezza sociale degli Stati ospitanti. I Capi di Stato e di Governo si impegnavano, in quella direzione, a riconoscere la facoltà di introdurre alcune condizioni restrittive per l’accesso dei lavoratori migranti di altri Stati UE alle prestazioni di *welfare*. Gli Stati si impegnavano quindi a introdurre un c.d. “freno di emergenza”¹⁵⁶ e a rendere possibile

¹⁵⁵ Il meccanismo del “cartellino rosso” prevedeva per la prima volta un potere di veto dei Parlamenti nazionali nel procedimento legislativo europeo: infatti, se un numero di Parlamenti nazionali che rappresentano più del 55% dei voti avessero espresso, entro 12 settimane dalla sua trasmissione, pareri motivati contro un progetto di atto legislativo per il mancato rispetto del principio di sussidiarietà, il Consiglio UE ne avrebbe dovuto discutere e, se non fosse data risposta alle preoccupazioni espresse nei pareri, l’esame del progetto avrebbe dovuto essere interrotto. Sul ruolo assunto oggi dai Parlamenti nazionali nel processo decisionale europeo, e in particolare anche nella verifica del rispetto del principio di sussidiarietà cfr. N. LUPO, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in ID., A. MANZELLA, *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014, pp. 101-132. Con riferimento ai casi di cartellini alzati dai Parlamenti nazionali, cfr. M. GOLDONI, *The Early Warning System and the Monti II Regulation: The Case for a Political Interpretation*, in *European Constitutional Law Review*, 2014/1, pp. 90-108; F. FABBRINI, K. GRANAT, “Yellow card, but not foul”: *The role of the National Parliaments on the right to strike*, in *Common Market Law Review*, 2013/1, pp. 115 ss.; C. FASONE, *Parlamenti nazionali e controllo di sussidiarietà: il secondo cartellino giallo sull’istituzione della Procura europea*, in *Quad. cost.*, 2014/1, pp. 165 ss. e recentemente sul terzo caso di cartellino giallo N. LUPO, *Le molteplici funzioni dell’early warning system, alla luce del terzo “cartellino giallo” sui lavoratori distaccati*, in *Astrid Rassegna*, 2016/20, pp. 1-10.

¹⁵⁶ In estrema sintesi lo strumento prevedeva che il Consiglio europeo, su proposta della Commissione, avrebbe potuto autorizzare uno Stato membro a limitare le prestazioni di *welfare* per i lavoratori nuovi arrivati alle prestazioni sociali connesse all’esercizio dell’attività lavorativa, escludendo quindi le misure di *welfare* universale. Pur essendo introdotte limitazioni temporali di queste restrizioni, l’impatto in termini di compressione del principio di solidarietà sarebbe stato significativo. Si trattava peraltro di un ulteriore episodio di un rapporto di tensione sempre più articolato tra principio di solidarietà tra Stati e principio di solidarietà tra cittadini nell’UE: su questo complesso e affascinante

l'indicizzazione delle prestazioni per i figli a carico¹⁵⁷, rendendole in sostanza meno gravose per lo Stato ospitante. Infine nella decisione si trovavano anche impegni volti ad ampliare la facoltà di uno Stato membro di negare l'ingresso sul proprio territorio di un cittadino di un altro Stato membro o di espellerlo una volta entrato, in base al comportamento della persona in questione ma anche in assenza di una minaccia imminente o di precedenti penali.

In questo tentativo di costruire un nuovo complesso *status* europeo (ancora più) particolare per il Regno Unito non vi era, in realtà, nulla di particolarmente nuovo. I britannici avevano infatti sempre intrattenuto legami diffidenti con l'Unione, e la lunga serie di *opt-out* già applicabili ne è una testimonianza. La grande novità della vicenda *Brexit* e del *deal* che avrebbe dovuto disinnescare la miccia del referendum, stava nel contesto di questa ricerca di uno *status* privilegiato. Il quadro, infatti, non era più quello di un Regno Unito riluttante a prendere parte a uno nuovo passo avanti nel cammino dell'integrazione europea, bensì quello di un Regno Unito che voleva fare un passo indietro mentre l'Unione rimaneva al punto di integrazione in cui si trova tutt'ora. La vicenda *Brexit* sembra così dimostrare che la strada dell'integrazione differenziata è assai più percorribile per uno Stato membro che, a tutela dei suoi interessi nazionali (anche costituzionali), voglia svincolarsi dai termini di un accordo in fase di negoziazione ma non ancora esistente, rispetto a uno Stato membro che, magari a tutela dei medesimi interessi, voglia liberarsi da vincoli di accordi di cui è già parte.

11. Osservazioni conclusive

Se e come *Brexit* si realizzerà è una questione ancora tutt'altro che risolta¹⁵⁸. Eppure, comunque vada, il referendum inglese segna un

tema, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Unione europea e conflitti tra solidarietà*, in *questa rivista*, 2016/2.

¹⁵⁷ In sintesi l'impegno era volto a introdurre una normativa che, per le prestazioni per i figli a carico, avrebbe dato la possibilità allo Stato ospitante di indicizzarle rispetto al tenore di vita e alle prestazioni dello Stato membro in cui i figli del beneficiario risiedono.

¹⁵⁸ Sui nodi aperti cfr. G. MARTINICO, M. GOLDONI, *Il ritiro della marea? Alcune considerazioni giuridico-costituzionali sul c.d. Brexit*, in federalismi.it (21 settembre 2016).

nuovo momento nella gestione politica dei conflitti all'interno dell'Unione europea. Non tanto e soltanto per l'esito che la consultazione referendaria ha avuto, ma per le tappe di negoziazione attraverso cui si è arrivati al voto, nonché – certamente – per il fatto stesso di essere arrivati al voto. Vista nel suo complesso, tuttavia, la questione *Brexit* si inserisce in un quadro generale del percorso di (dis?)integrazione europea che non tocca soltanto la già peculiare posizione del Regno Unito nell'Unione.

Tutti gli strumenti di gestione dei conflitti sembrano essere oggi sotto stress. Da un lato le Corti costituzionali, che fino a pochissimo tempo fa si erano limitate a teorizzare i controlimiti, hanno incominciato a farvi ricorso. Come si è avuto modo di documentare, le vicende tedesche della saga *OMT-Gauweiler* e del caso *Herr R.* sul mandato di arresto europeo, nonché la ancora pendente questione *Taricco* sul versante della Corte costituzionale italiana, hanno spinto i controlimiti a svolgere una funzione di parametri in questioni di legittimità costituzionale tutt'altro che scontate. Potrebbe però essere affrettato ritenere questi sviluppi il sintomo di una forza di disgregazione giuridica all'interno dell'Unione, alimentata anche da attori, quali sono i giudici, tradizionalmente ritenuti forza propulsiva fondamentale dell'integrazione europea. Se da un lato il concreto ricorso ai controlimiti per risolvere questioni di legittimità costituzionale è un fenomeno nuovo che desta alcune preoccupazioni di tenuta del sistema, da un altro lato una “normalizzazione” dei controlimiti come strumento di risoluzione di controversie multilivello non è uno sviluppo per nulla imprevedibile e non necessariamente preoccupante. Si è infatti avuto modo di vedere come gli Stati membri, al fine di tutelare aree particolarmente sensibili sul terreno dell'identità costituzionale nazionale, abbiano in origine fatto ricorso a “limiti” più che “controlimiti”. Prima mediante l'esclusione di materie che toccavano il cuore della tradizionale sovranità statale dall'impatto dell'Unione europea, poi attraverso il mantenimento del meccanismo decisionale dell'unanimità su tali sensibili materie. Il limite dell'integrazione sovranazionale veniva posto davanti alle materie potenzialmente sensibili per le identità costituzionali degli Stati membri. Soltanto in tempi più recenti si sono aperti alcuni spiragli di intervento dell'Unione in questi versanti, e non deve perciò stupire che soltanto recentemente siano sorti i primi conflitti che toccano aree come il diritto e l'esecuzione penale (*Taricco* e *Signor R.*), le politiche fiscali (*OMT/Gauweiler*). Caduto il limite

della (non) sovranazionalizzazione di determinate materie, i controlimiti hanno trovato più spazio. Fino a oggi questi “nuovi” conflitti sono stati gestiti con accortezza, tramite un utilizzo attento dello strumento del rinvio pregiudiziale e con decisioni permanentemente interlocutorie, che sottolineano la reciproca vigilanza che le Corti esercitano in un ordinamento integrato e ispirato al pluralismo costituzionale. In questo quadro, i controlimiti paiono destinati verso una funzione fisiologica che è tutto sommato in linea con quella “europeizzazione” dei controlimiti a cui la clausola dei Trattati che dispone il rispetto delle identità costituzionali nazionali sembra ambire.

Il fatto, poi, che tanto sul fronte della gestione giurisdizionale dei controlimiti, quanto sul fronte della negoziazione politica intorno a primari interessi nazionali si siano molto recentemente battute strade mai percorse prima non pare essere una coincidenza. Come si è cercato di documentare, l'approccio giurisdizionale e quello politico alla tutela di interessi legati a specificità costituzionali di determinati Stati membri sono sempre esistiti, e in particolare a partire dal “momento costituzionale” che l'Unione ha conosciuto con l'approvazione del Trattato di Maastricht i due approcci si sono reciprocamente completati. L'integrazione differenziata, lo si è visto, è stata una risorsa importante per disinnescare preventivamente potenziali conflitti nella pericolosa zona dell'identità costituzionale, eppure è stata spesso vista con sospetto, come un odioso ostacolo sulla strada della costruzione di un'integrazione politica europea forse troppo condizionata dal modello dello Stato nazionale. Certamente, in un breve termine, concedere trattamenti differenziati – se non addirittura “privilegiati” – a un solo Stato membro può essere un costo politico che gli altri Stati pagano assai malvolentieri. E infatti è sempre avvenuto che *opt-out* venissero concessi per superare le riluttanze di alcuni Stati membri in una fase di elaborazione di un passo ulteriore del processo di integrazione europea. Gli Stati membri che preferivano il mantenimento dello *status quo* godevano infatti del privilegio di essere in una posizione di *veto player*, che li poneva in una posizione di forza nella negoziazione di un *opt-out*. Ciò ha spesso condotto quegli Stati membri che erano intenzionati a fare un passo avanti nel processo di integrazione europea ad accordare agli Stati riluttanti condizioni speciali che non erano necessariamente basate sulla tutela di alcun interesse costituzionale, né tanto meno di alcun aspetto dell'identità costituzionale di quello Stato membro. Al contrario, si è trattato a volte di venire semplicemente in-

contro a preferenze politiche momentaneamente prevalenti nello Stato membro in questione. Ciò, però, non necessariamente ha condotto verso esiti disgregativi, almeno ove si faccia un bilancio nel lungo periodo. Se il trattamento privilegiato è semplicemente un prezzo da pagare per blandire preferenze politiche difformi di un Governo di uno Stato membro, tali preferenze mostrano la loro natura con il passare del tempo. Se di mere contingenze politiche si tratta, queste saranno necessariamente destinate a modificarsi e saranno soggette a quel mutamento che è proprio delle preferenze politiche: cambieranno i governi, e le ragioni del trattamento privilegiato verranno meno. Diversamente, laddove l'*opt-out* tuteli interessi costituzionali profondamente radicati in uno specifico ordinamento, non sarà il mutamento delle condizioni politiche di quel paese a determinare un diverso atteggiamento rispetto all'*opt-out*.

La negoziazione politica che ha preceduto il voto inglese del 23 giugno 2016 sembra invece dimostrare che lo strumento dell'integrazione differenziata è assai più ostico da utilizzare a tutela di interessi di uno Stato membro nel caso in cui lo Stato in questione voglia a un centro punto sottrarsi all'applicazione del diritto dell'Unione in alcuni settori, essendovi già stato sottoposto. In questo caso, infatti, lo Stato membro in questione non è nella posizione di *veto player*, e la riluttanza degli altri Stati membri a concedere un trattamento privilegiato condurrà probabilmente al mantenimento dello *status quo*. In poche parole: gli *opt-out* sono assai più facili da ottenere, e possono fungere da efficaci strumenti di neutralizzazione di conflitti intorno a specifiche tradizioni costituzionali di uno o più Stati membri, quando si tratta di tenersi fuori da un nuovo accordo, rispetto a quando si tratti di uscire da un accordo nel quale si è già entrati¹⁵⁹. *Ex post* l'approccio più efficace per tutelare specifiche tradizioni costituzionali di fronte a imprevisti sviluppi del diritto dell'Unione pare ancora essere quello giurisdizionale, pur con i limiti strutturali che derivano dalla disponibilità in mano al giudice di strumenti necessariamente meno versatili di quelli che hanno a disposizione le istituzioni dell'Unione e i Governi e i Parlamenti degli Stati membri.

¹⁵⁹ Su questa asimmetria, cfr. D.A. KROLL, D. LEUFFEN, *Ties that bind, can also strangle: the Brexit threat and the hardships of reforming the EU*, in *Journal of European Public Policy*, 2016/9, p. 1313.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Dian **SCHEFOLD**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca **BASCHERINI**, Marco **BETZU**,
Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**,
Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**,
Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,
Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,
Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Andrea **DEFFENU**, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)