

Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea: un'introduzione

Marco Dani

Title: The jurisdiction and role of national constitutional courts in the process of European integration. An Introduction

Abstract: An updated assessment of the role of national constitutional courts in the process of European integration invites discussion on two interrelated topics. The first regards the impact of the *Simmenthal* doctrine on the jurisdiction of national constitutional courts in a context of ever expanding EU competences. The article introduces the debate on whether existing rules of engagement between the European Court of Justice and national courts should be derogated in cases involving the application of the Charter of Nice with a view to rehabilitate constitutional courts in the protection of fundamental rights. The second topic addresses the role of constitutional courts and, notably, their actual capacity to challenge EU law in cases in which the latter encroaches on national constitutional principles.

Parole chiave: Constitutional courts, European integration, Court of Justice of the European Union, centralized judicial review of legislation, EU Charter of fundamental rights.

1. Premessa

L'attività delle corti costituzionali nazionali può essere situata all'intersezione dei due processi che più hanno influito sull'evoluzione del diritto pubblico in Europa nel secondo dopoguerra. Da un lato, gli organi di giustizia costituzionale hanno contribuito in maniera decisiva alla graduale affermazione dello stato costituzionale e sociale di diritto¹. Dall'altro, essi hanno svolto un ruolo determinante nel legittimare il processo di integrazione europea ed il diritto dell'Unione all'interno degli ordinamenti costituzionali degli stati membri². Non è frequente che i due processi siano ricostruiti e valutati congiuntamente; nondimeno, è proprio dalla loro considerazione simultanea che è utile prendere le mosse se si vuole procedere ad una riflessione critica aggiornata sugli sviluppi più recenti riguardanti la giurisdizione ed il ruolo delle corti costituzionali nazionali nel processo di integrazione europea.

Una prima questione che si impone all'ordine del giorno attiene alla giurisdizione delle corti costituzionali. Nell'ambito di un complesso processo evolutivo che ha portato gradualmente a ridefinire le funzioni originariamente assegnate alle corti nazionali, si avverte l'esigenza di precisare gli ambiti di effettiva operatività delle corti costituzionali alla luce dell'incessante espansione delle competenze dell'Unione e dell'incondizionata affermazione dei principi dell'effetto diretto e del primato del

¹ D. Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, 2016, 199-204.

² Cfr. A. M. Slaughter, A. Stone Sweet, J. H. H. Weiler (Eds), *The European Court and National Courts – Doctrine & Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Oxford, 1998.

diritto sovranazionale sul diritto interno. Di fronte al consolidarsi di un assetto istituzionale complessivo che vede ormai transitare cospicui settori della giustizia costituzionale verso la giurisdizione della Corte di giustizia, si è registrata negli ultimi tempi una serie di resistenze da parte delle corti costituzionali nazionali. Obiettivo di queste prese di posizione non pare essere solo quello della comprensibile difesa delle proprie prerogative, a fronte di un processo di erosione alimentato dall'implacabile riproposizione da parte della Corte di giustizia di precedenti concepiti agli albori del processo di integrazione europea. In assenza di una disciplina complessiva che definisca gli ambiti di operatività rispettivamente spettanti alla Corte di giustizia e alle corti costituzionali nazionali³, le più attive tra le corti costituzionali paiono infatti interessate ad instaurare con la Corte di giustizia una discussione critica delle regole di ingaggio fin qui sviluppate in sede pretoria al fine di rinvigorire, non necessariamente in chiave oppositiva al diritto dell'Unione europea, istanze normative espresse dalle costituzioni nazionali di cui altrimenti si rischierebbe il depotenziamento o, addirittura, l'estinzione.

In un simile contesto, pressanti interrogativi sorgono in relazione al ruolo che le corti costituzionali sono tenute a svolgere. Di fronte all'espansione delle politiche dell'Unione verso materie cruciali per l'autodeterminazione democratica degli stati membri (politica economica ed immigrazione sono solo gli esempi più eclatanti), è doveroso porre il tema delle strategie decisionali e, quindi, dei criteri di giudizio che le corti costituzionali sono tenute ad applicare nell'interpretazione o nel sindacato di atti normativi (sovranazionali o nazionali) concepiti all'interno delle coordinate tracciate dal diritto dell'Unione europea. Qui, non si tratta soltanto di registrare il rinnovato favore suscitato dalle dottrine dell'identità costituzionale nazionale e dei controlimiti in alcune recenti pronunce⁴; è tutta la giurisprudenza costituzionale in qualche modo connessa all'integrazione europea che richiede di essere rivisitata per verificare se ed in quale misura essa continui a corrispondere alle premesse valoriali e alle aspirazioni del costituzionalismo democratico e sociale europeo.

Sullo sfondo tanto del tema della giurisdizione quanto di quello del ruolo delle corti costituzionali è facile scorgere una questione più radicale, controversa, ma comunque ineludibile riguardante le credenziali costituzionali dell'ordinamento dell'Unione europea ed il rapporto di quest'ultimo con gli ordinamenti costituzionali democratici e sociali degli stati membri. Non è sempre chiaro, infatti, se i tentativi dell'Unione di accreditarsi ad ordine giuridico e politico chiamato a promuovere un'economia sociale di mercato⁵ esprimendosi anche attraverso il linguaggio dei diritti fondamentali⁶ e della democrazia rappresentativa⁷ corrispondano ad una genuina conversione al costituzionalismo democratico o, più prosaicamente, ad una discutibile strategia di pubbliche relazioni⁸.

³ Il diritto dell'Unione europea non riconosce uno status specifico alle corti costituzionali. Ne è prova il fatto che, ai fini degli artt. 19 e 267 TFUE, le corti costituzionali sono da considerarsi alla stregua delle corti ordinarie.

⁴ Si veda a riguardo il contributo in questo fascicolo di Pietro Faraguna.

⁵ Articolo 3 TUE.

⁶ Articolo 6 TUE.

⁷ Articolo 10 TUE.

⁸ Con riferimento all'economia sociale di mercato, si veda C. Joerges, F. Rödl, "Social Market Economy" as Europe's Social Model?, EUI Working Paper LAW, No 2004/8. Con riferimento ai diritti fondamentali e, più in generale, al costituzionalismo, si vedano rispettivamente U. Haltern, *Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination*, in 9 Eur. L. J. 14

La questione della giurisdizione e la questione del ruolo delle corti costituzionali costituiscono i punti focali di una riflessione collettiva diretta ad aggiornare il dibattito sulla giustizia costituzionale in Europa ed a cogliere tanto le opportunità quanto le non poche criticità riscontrabili negli sviluppi più recenti. Quanto segue in questa introduzione è un tentativo di inquadrare entrambe le questioni, cercando sempre di non perdere di vista il tema più generale che si colloca sullo sfondo. Preliminare a questo inquadramento è un richiamo, per quanto succinto, ad una serie di aspetti peculiari che caratterizzano la giustizia costituzionale in Europa che è doveroso tenere ben presenti all'interno di una valutazione critica dei processi evolutivi in esame.

2. La giustizia costituzionale nel contesto del costituzionalismo democratico e sociale europeo

È noto che in Europa, diversamente da quanto accade negli Stati Uniti d'America e negli ordinamenti in cui si applicano forme deboli di controllo di costituzionalità⁹, il controllo di legittimità costituzionale è prevalentemente affidato a sistemi di giustizia costituzionale accentrati e specializzati¹⁰. È altresì noto che la scelta di un modello accentrato è stata storicamente giustificata da almeno tre ordini di considerazioni. Anzitutto, la centralizzazione sarebbe un'opzione obbligata o, comunque, di gran lunga preferibile in ordinamenti in cui la struttura del sistema giudiziario è specializzata e, di conseguenza, esiste una pluralità di corti supreme¹¹. Si è soliti affermare che istituire un controllo di costituzionalità diffuso in simili circostanze potrebbe avere conseguenze dirimpenti sulla certezza del diritto, poiché ogni corte apicale si sentirebbe in diritto di sviluppare la propria interpretazione del testo costituzionale al di fuori di ogni coordinamento¹².

L'esigenza di assicurare la certezza del diritto ispira anche un secondo argomento a favore della centralizzazione. Almeno da un punto di vista formale, nei sistemi di *civil law* il precedente giudiziario non ha valore vincolante. Di conseguenza, se si dovesse attribuire alle corti ordinarie il potere di sindacare la legittimità costituzionale delle leggi, si può facilmente immaginare che la costituzione sarebbe esposta ad interpretazioni divergenti se non addirittura contraddittorie, con effetti destabilizzanti sulla certezza di ampie porzioni dell'ordinamento giuridico¹³.

(2003) e G. Itzcovich, *Più vicino ai cittadini? Processi costituzionali europei, politica della comunicazione e pubblicità*, in XXIV *Fil. Pol.* 467 (2010).

⁹ Il riferimento è alla *weak-form of judicial review of legislation*, su cui v. M. Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, in 10 *Mich. L. R.* 2781 (2003).

¹⁰ A questo riguardo, fondamentale è il volume di V. Ferreres Comella, *Constitutional Courts & Democratic Values: A European Perspective*, New Haven & London, 2009.

¹¹ H. Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in 4 *Journal of Politics* 183, 185-186 (1942).

¹² L'obiezione potrebbe tuttavia essere superata con l'introduzione di un organo *ad hoc* tenuto a dirimere gli eventuali contrasti interpretativi tra corti supreme, cfr. Ferreres Comella, *Op. cit.*, 21, con puntuale richiamo all'esperienza costituzionale greca.

¹³ M. Cappelletti, *Judicial Review in Comparative Perspective*, in 58 *Cal. L. R.* 1017, 1041-1045 (1970). Anche a questo riguardo Ferreres Comella, *Op. cit.*, 22 ridimensiona opportunamente l'asserita incompatibilità tra controllo diffuso di costituzionalità e sistemi di *civil law* evidenziando come, nei fatti, anche in questi ultimi i precedenti delle corti supreme siano osservati in virtù di altri meccanismi quali, ad esempio, il ruolo dei giudici di grado superiore nelle determinazioni riguardanti le carriere dei giudici di rango inferiore.

Un'ulteriore importante ragione a favore della centralizzazione e della specializzazione dei sistemi di giustizia costituzionale ha a che vedere con le biografie dei giudici ordinari e le loro modalità di selezione. In particolare nelle transizioni da regimi autoritari a ordinamenti costituzionali democratici, la scelta del controllo di costituzionalità accentrato è stata indotta dalla pragmatica considerazione delle biografie dei giudici ordinari, istruiti e cresciuti professionalmente all'ombra di principi e di una cultura giuridica difficilmente compatibili con le aspettative riposte nella giustizia costituzionale¹⁴. Ma anche a prescindere dal "passato scomodo" dei giudici ordinari, il controllo di costituzionalità è stato da subito considerato come una funzione contrassegnata da un elevato tasso di politicità che difficilmente poteva essere lasciata nelle mani di giudici di carriera selezionati secondo il metodo burocratico. La centralizzazione nelle corti costituzionali, invece, offriva l'opportunità per le istituzioni dotate di un mandato politico di partecipare alla nomina dei giudici costituzionali, assicurando almeno *ex ante* un nesso di maggiore affinità con le preferenze politiche espresse nelle istituzioni democratico-rappresentative¹⁵.

Se queste sono le ragioni storico-culturali che hanno influito sulla scelta di istituire le corti costituzionali nazionali, altre sono le considerazioni che oggi inducono a difendere questa scelta¹⁶. In primo luogo, l'introduzione di un giudice delle leggi svincolato dall'obbligo di decidere controversie ordinarie crea un ambiente congeniale alla decisione di questioni di natura costituzionale. Le corti costituzionali, in altre parole, godono di ampie risorse in termini di tempo e di *staff* per approfondire l'interpretazione costituzionale e sviluppare le argomentazioni in cui si sostanzia la risoluzione di gran parte dei casi costituzionali¹⁷. In secondo luogo, la composizione delle corti si può avvantaggiare della diversità professionale dei giudici, un fattore anche questo che può contribuire positivamente alla qualità delle pronunce. In terzo luogo, i procedimenti di fronte alle corti costituzionali richiamano l'attenzione dell'opinione pubblica, possono coinvolgere le istituzioni politiche o incoraggiare l'intervento di attori politici o sociali interessati a contribuire all'interpretazione dei principi costituzionali e al sindacato di misure di cui si discute la legittimità costituzionale¹⁸.

Anche in ragione di queste caratteristiche e della loro posizione istituzionale, le corti costituzionali hanno gradualmente affermato la loro *leadership* nei processi di interpretazione costituzionale. Come è noto, all'inizio della loro attività, la coabitazione con le corti ordinarie (in particolare, le corti supreme) ha spesso generato tensioni¹⁹, in particolare quando le corti costituzionali si sono spinte ad orientare in senso costituzionalmente conforme l'interpretazione delle leggi o quando le corti supreme hanno attribuito alla costituzione significati diversi da quelli definiti nei precedenti costituzionali.

Sarebbe semplicistico e, in fin dei conti, fuorviante declassare questi conflitti al rango di più o meno meschine lotte corporative per la supremazia giudiziaria. Al centro di queste dispute si può invece intravedere la difficoltà di conciliare concezioni della

¹⁴ Soprattutto se alla legalità costituzionale è richiesto di promuovere una sorta di catarsi dell'ordinamento, cfr. A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014, 97-100.

¹⁵ Ferreres Comella, *Op. cit.*, 98-103. Sulle procedure di nomina dei giudici costituzionali, cfr. M. De Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford, 2013, capitolo 4.

¹⁶ Si riprendono qui considerazioni sviluppate in Ferreres Comella, *Op. cit.*, capitolo 5.

¹⁷ *Ibid.*, 38-39.

¹⁸ *Ibid.*, 65-66.

¹⁹ L. Garlicki, *Constitutional Courts Versus Supreme Courts*, in *5 Int. J. C. L.* 44 (2007).

legalità e del ruolo dei giudici che, almeno in prima battuta, appaiono di natura diversa²⁰. L'istituzione di una giurisdizione *ad hoc* per il controllo di costituzionalità ha avuto infatti conseguenze importanti non solo per le sue ricadute organizzative; essa si è rivelata cruciale anche per la definizione dei caratteri della legalità costituzionale in termini distinti da quelli della legalità ordinaria²¹.

Per comprendere quello che è un passaggio cruciale nell'economia di questa introduzione²², è utile ricordare che nei sistemi decentrati il controllo di costituzionalità non è normalmente considerato come un'attività distinta dalla risoluzione dei casi ordinari. In quegli ordinamenti costituzionali ci si aspetta che le corti decidano le questioni di costituzionalità applicando alle norme costituzionali i criteri ermeneutici e gli stili di giudizio normalmente impiegati nell'interpretazione delle norme legislative²³. Il prevalente stile categorico di giudizio serve essenzialmente ad un unico scopo: dissimulare la discrezionalità interpretativa del giudice e assicurare il pubblico in merito al fatto che le corti non stanno abusando delle proprie prerogative costituzionali²⁴.

In sistemi con controllo accentrato di costituzionalità, viceversa, non si sente con la stessa urgenza il bisogno di mascherare la discrezionalità insita nell'applicazione delle norme costituzionali. Al contrario, l'istituzione delle corti costituzionali è indice del riconoscimento della peculiare natura della giustizia costituzionale e delle maggiori implicazioni politiche di questa funzione. In un certo senso, in questi sistemi ci si aspetta che le corti costituzionali operino con strumenti diversi da quelli impiegati dalle corti ordinarie poiché diversa è la natura e la funzione delle norme che sono chiamate ad applicare²⁵.

Ma quali sono i tratti distintivi della legalità costituzionale così come concepita dalle corti costituzionali europee? Diversamente dalle ricostruzioni imperniate su una concezione esclusivamente negativa del costituzionalismo, che vogliono la giustizia costituzionale come una funzione che si esaurisce nel limitare o inibire l'esercizio del potere politico²⁶, nel contesto europeo si può sostenere che il costituzionalismo e l'attività delle corti costituzionali siano stati concepiti e si siano sviluppati in una prospettiva più complessa. A ben vedere l'attività delle corti costituzionali, a fianco degli indubbi e più evidenti profili negativi, rivela un'importante dimensione positiva diretta a facilitare piuttosto che impedire il perseguimento di obiettivi collettivi e, in

²⁰ J. Komárek, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy*, in 12 *Int. J. C. L.* 525, 531-532 (2014).

²¹ Sui caratteri distintivi della legalità costituzionale nel contesto del costituzionalismo democratico si vedano, tra gli altri, G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 131 e ss., e A. Somek, *Op. Cit.*, capitoli 2 e 3.

²² Il punto è valorizzato in particolare nel contributo di Andrea Guazzarotti in questo fascicolo.

²³ Tale caratteristica emerge già agli albori del *judicial review of legislation* nel Federalist n. 78.

²⁴ Per una critica al formalismo interpretativo, cfr. M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013, 32-38.

²⁵ R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in XXVII *Quad. Cost.* 11 (2007).

²⁶ Tale concezione accomuna tanto i sostenitori (cfr., ad es., J-W. Müller, *Contesting Democracy. Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, New Haven e London, 2013, 146-150) quanto i detrattori del controllo di costituzionalità (cfr. R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007; J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in 115 *Yale L. J.* 1346 (2006); R. Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, in 11 *Ind. J. G. L. S.* 71 (2004)).

particolare, l'instaurazione di un ordine politico e giuridico fondato su un'idea di eguale libertà in condizioni di solidarietà²⁷.

Già da tempo gli storici²⁸ ed i teorici del diritto²⁹ hanno sottolineato l'attitudine del costituzionalismo a porsi come filosofia particolarmente idonea alla legittimazione e, quindi, all'espansione del potere politico. Ad un livello sicuramente più intuitivo, la capacità del costituzionalismo democratico di favorire l'esercizio del potere politico emerge in tutta la sua evidenza se solo si riflette su quella che altrimenti sarebbe solo un'inspiegabile ironia della storia: l'istituzione di costituzioni rigide e la loro garanzia giurisdizionale coincide con la più ampia espansione del potere pubblico verificatasi nella storia dell'Europa continentale. Mentre sono ben noti i propositi interventisti che ispirano le costituzioni democratiche e sociali europee³⁰, non sembra esservi altrettanta consapevolezza in merito alla connotazione positiva del ruolo delle corti costituzionali. Per comprenderla pienamente, è utile sottolineare che per poter mantenere la loro promessa di emancipazione, le costituzioni democratiche non possono semplicemente affidarsi all'attività interpretativa delle loro norme. Un ruolo cruciale è affidato alla legislazione, essenziale per istituire e mobilitare le strutture istituzionali e le risorse necessarie all'attuazione dei diritti economici e sociali e, più in generale, al perseguimento di obiettivi pubblici³¹. Tuttavia, la centralità della legislazione e, più in generale, il livello di interventismo richiesto per attuare il modello sociale delineato dalle costituzioni nazionali mal si conciliano con una concezione essenzialmente negativa dei diritti costituzionali come quella propria del costituzionalismo liberale³². I diritti costituzionali non possono essere interpretati come divieti perentori, pena l'ostacolare o l'impedire il perseguimento di altri obiettivi prescritti in costituzione. Le circostanze di interdipendenza economica e sociale proprie della società industriale hanno indotto una svolta comunitarista nella concezione dei diritti e della legalità della quale le corti sono state tra gli interpreti più consapevoli³³.

Ricostruire la legalità costituzionale nel contesto di una forma di stato democratico e sociale richiedeva che le corti costituzionali evitassero di accreditare due scenari alternativi ugualmente insostenibili. Da un lato, come si è già detto, la legalità costituzionale non poteva essere ricostruita in termini esclusivamente negativi, perché questo avrebbe impedito l'attuazione di un'agenda politica interventista. Dall'altro, il riconoscimento di ampi poteri di intervento in capo al governo e al legislatore non poteva vanificare l'idea di governo limitato che comunque è implicita in una costituzione rigida. È ampiamente noto che le corti costituzionali hanno affrontato e superato questa sfida percorrendo una via intermedia basata su una concezione dei

²⁷ M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, Oxford, 2017, 161-162.

²⁸ Cfr. per esempio M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, 2009, 5-6.

²⁹ Cfr. in particolare S. Holmes, *Passions & Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, 1995.

³⁰ Cfr. la recente ricostruzione della genesi del principio di dignità umana proposta da Somek, *Op. cit.*, 154-172, connesso all'idea di emancipazione sociale e libertà dal bisogno.

³¹ Somek, *Op. cit.*, 117-119. L'esigenza di una attuazione principalmente in via legislativa è sottolineata anche in M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 15-16.

³² Somek, *Op. cit.*, 65, dove si definiscono i diritti costituzionali come *negative competence norms*.

³³ *Ibid.*, 97-123. Questo orientamento è evidente già all'interno delle primissime pronunce in materia di diritti costituzionali, cfr. sent. 1/1956 della Corte costituzionale italiana o 7 BVerfGE 198 (Lüth, 1958).

diritti costituzionali come principi³⁴ e sulla possibilità di giustificate restrizioni in base a legittimi obiettivi collettivi³⁵. Il principio di proporzionalità, più che l'interpretazione costituzionale, è al cuore di questa rinnovata concezione della legalità³⁶. Nella prospettiva del costituzionalismo positivo, la sua applicazione offre due importanti vantaggi: anzitutto, valorizza la libertà politica del legislatore nella scelta degli obiettivi collettivi; in secondo luogo, esso offre alle corti costituzionali una serie di criteri di giudizio (razionalità, necessità, proporzionalità in senso stretto) utili a verificare la validità dei mezzi predisposti per il conseguimento degli obiettivi³⁷. All'interno di un simile protocollo, pertanto, i diritti costituzionali mantengono la loro capacità di limitare il legislatore, senza tuttavia intralciare l'esercizio della funzione di indirizzo politico. Infatti, solo in un numero di casi tutto sommato limitato l'applicazione dei diritti fondamentali sfocia in una caducazione netta delle norme legislative o in una censura dei loro obiettivi. Più di frequente, i diritti operano come dispositivi correttivi idonei ad incoraggiare un più razionale esercizio del potere politico³⁸.

Se questa è allora la cultura giuridica dominante che ispira l'attività delle corti costituzionali europee, la giustizia costituzionale si caratterizza come una funzione complementare piuttosto che antitetica all'esercizio del potere politico. Le corti costituzionali, si può sostenere, operano più come facilitatori che come guardiani del governo democratico, contribuendo assieme alle istituzioni politiche alla realizzazione delle aspirazioni democratiche e sociali di fondo delle costituzioni.

Questa funzione agevolatrice della giustizia costituzionale non è solo il risultato di speculazioni teoriche astratte, ma si riscontra puntualmente nei criteri di giudizio più di frequente utilizzati nella decisione di questioni di costituzionalità.

Le corti costituzionali operano evidentemente in una logica facilitativa in tutti i casi in cui valutano la legittimità costituzionale delle leggi con criteri di giudizio deferenti. Rientrano in questa categoria di pronunce sia le sentenze in cui le corti si astengono dall'intervenire in questioni caratterizzate da un accentuato tasso di politicità, sia le decisioni in cui le corti si accontentano di accertare superficialmente la legittimità dell'obiettivo collettivo che ispira la misura controversa o la razionalità dei mezzi predisposti dal legislatore per il perseguimento dei propri obiettivi.

La portata agevolatrice della giustizia costituzionale non si esaurisce in questa categoria di giudizi. Esiste una ben più nutrita serie di altri casi in cui il principio di proporzionalità è applicato in maniera più incisiva ma, nondimeno, l'esercizio del potere politico non è per nulla inibito. Sono queste le pronunce in cui le corti costituzionali procedono ad una valutazione in concreto della razionalità dei mezzi legislativi rispetto alle finalità; alla stessa categoria si possono ricondurre anche i casi

³⁴ Per una teorizzazione in senso 'debole' dei diritti costituzionali si vedano, ad esempio, i contributi recenti di G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017 e R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018. Per una critica di questa impostazione si veda L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in 55 *Giur. Cost.* 2271 (2010).

³⁵ S. Gardbaum, *The structure and scope of constitutional rights*, in T. Ginsburg, R. Dixon (Eds), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, 387.

³⁶ M. Kumm, *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, in 1 *Eur. J. L. St.* 153, 156 (2007).

³⁷ Sulla struttura del principio di proporzionalità si veda, tra gli altri, B. Schlink, *Proportionality (I)*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (Eds), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 722-727.

³⁸ Kumm, *Op. cit.*, 176. In senso analogo, mi sembra, anche R. Bin, *Capire la Costituzione*, Bari-Roma, 2002, 97.

in cui le corti si spingono a valutare anche la necessità delle misure in questione. In entrambe queste ipotesi, infatti, si può dire che le corti costituzionali facilitino l'esercizio dell'attività legislativa correggendone i prodotti in modo da renderne più sostenibile l'impatto sui diritti costituzionali. Questa strategia correttiva si riscontra in una pluralità di ulteriori tecniche decisionali³⁹ quali l'interpretazione conforme, i giudizi diretti a vagliare la validità procedurale delle misure di governo, le sentenze monito, la limitazione o la sospensione degli effetti delle sentenze di accoglimento, le sentenze di accoglimento parziale e le sentenze additive. In tutti questi casi, infatti, le corti costituzionali cercano di valorizzare al massimo i testi legislativi impugnati o, in ogni caso, si impegnano a promuovere un dialogo costruttivo con il parlamento diretto a favorire un uso più razionale del potere legislativo.

Certo, esiste infine una serie di casi in cui le corti costituzionali sembrano genuinamente orientate a contrastare l'esercizio del potere politico. Questo accade quando il principio di proporzionalità è applicato in tutta la sua estensione fino ad interferire con il merito delle decisioni legislative, quando si garantisce il nucleo essenziale dei diritti o quando le corti costituzionali applicano i principi costituzionali per supplire all'inerzia del legislatore. A ben vedere, tuttavia, anche in queste tecniche di giudizio si può intravedere una dimensione positiva. Per esempio, la protezione del nucleo essenziale dei diritti sicuramente erige una barriera inderogabile nei confronti di misure gravemente sproporzionate. In molti di questi casi, però, nel demarcare in negativo i confini estremi della discrezionalità legislativa, le corti lasciano impregiudicata una serie di altre possibili opzioni politiche che il legislatore rimane libero di perseguire⁴⁰. In modo analogo, l'applicazione diretta dei principi costituzionali in caso di inerzia legislativa può certamente essere considerato uno strumento da maneggiare con parsimonia. Anche in questo scenario, tuttavia, la giustizia costituzionale svolge una funzione agevolatrice nella misura in cui, anticipando il contenuto di misure costituzionalmente dovute, stimola l'azione legislativa.

3. *La questione della giurisdizione*

Si è già accennato al fatto che le tensioni iniziali tra corti supreme e corti costituzionali si sono gradualmente risolte con l'affermazione di queste ultime e, più in generale, della legalità costituzionale⁴¹. Con il passare del tempo i giudici ordinari hanno superato la loro iniziale riluttanza nei confronti del nuovo linguaggio costituzionale, trasformandosi nel tempo in fidati alleati delle corti costituzionali.

L'interazione virtuosa tra giudici ordinari e corti costituzionali e, più in generale, l'influenza acquisita da queste ultime nei confronti dei sistemi giurisdizionali nazionali sono state però nuovamente messe in discussione da sviluppi connessi al processo di integrazione europea. Sin dalla sua istituzione, la Corte di giustizia ha dato vita ad un tipo peculiare di giustizia costituzionale incentrato sull'interpretazione delle libertà economiche ed il controllo di legittimità di misure di regolamentazione

³⁹ Per un'analisi in chiave comparata, cfr. De Visser, *Op. cit.*, 281-327.

⁴⁰ Cfr. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., 52-53.

⁴¹ La prevalenza delle corti costituzionali si riscontra soprattutto in sistemi dotati di ricorso individuale diretto, in cui gli organi di giustizia costituzionale si trovano a decidere come corte di ultima istanza successivamente alle pronunce delle corti supreme. Più incerta la situazione in ordinamenti privi di accesso diretto, dove al superamento delle tensioni si è pervenuti attraverso il coordinamento informale degli orientamenti delle corti costituzionali e delle corti supreme, cfr. Garlicki, *Op. cit.*, 47-49.

del mercato comune. La cooperazione con le corti ordinarie si è rivelata imprescindibile anche in questo circuito giudiziario parallelo⁴²: attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, i giudici ordinari hanno alimentato l'attività della Corte di giustizia e ne hanno assicurato l'effettività delle pronunce⁴³. Comprensibilmente, la Corte di giustizia ha dedicato una notevole attenzione alla cura di questo canale di approvvigionamento. In particolare, i giudici di Lussemburgo si sono premurati di proteggere la loro relazione con le corti ordinarie soprattutto nei confronti di interferenze derivanti dalla struttura dei sistemi giurisdizionali nazionali. La Corte non ha mai mancato di difendere le prerogative delle corti ordinarie nell'ambito del rinvio pregiudiziale decidendo, per esempio, che le corti di rango superiore o la proposizione di una questione di costituzionalità non possono impedire alle corti di rango inferiore di effettuare un rinvio⁴⁴. Le corti ordinarie sono state premiate per la loro lealtà, ricevendo dalla Corte di giustizia il potere di disapplicare misure di diritto interno in contrasto con il diritto comunitario⁴⁵ o, addirittura, di disobbedire alle corti supreme o costituzionali qualora le pronunce di queste ultime violino il diritto dell'Unione⁴⁶. Di conseguenza, le corti ordinarie sono state incoraggiate a considerare la Corte di giustizia come un punto di riferimento alternativo nell'esercizio della giustizia costituzionale, mettendo surrettiziamente in discussione la centralità appena acquisita dalle corti costituzionali nazionali⁴⁷. Per lungo tempo, le corti costituzionali nazionali si sono nel complesso adeguate a queste dottrine della Corte di giustizia e, almeno in una certa misura, si può addirittura affermare che abbiano rafforzato con le loro pronunce la riconfigurazione del sistema dei rimedi giurisdizionali europeo delineato a Lussemburgo⁴⁸. In questa fase, infatti, l'erosione della giurisdizione costituzionale portava solamente a relativizzare il loro ruolo coerentemente con una divisione del lavoro sostanzialmente corrispondente alla ripartizione di competenze esistente tra diritto costituzionale nazionale e diritto sovranazionale: mentre la Corte di giustizia si specializzava nella decisione di casi attinenti alla regolazione del mercato, le corti costituzionali nazionali sperimentavano le loro tecniche di protezione dei diritti fondamentali accompagnando o promuovendo la transizione dei loro paesi alla democrazia costituzionale⁴⁹. Più nello specifico, la dottrina *Simmenthal* andava a ridisegnare la giurisdizione delle corti costituzionali individuando tre ambiti concettualmente distinti.

⁴² Questo in ragione della precaria sistemazione dei rapporti ordinamentali su cui si veda il contributo di Alessandro Mangia in questo fascicolo.

⁴³ B. de Witte, *Direct effect, primacy, and the nature of the legal order*, in P. Craig, G. de Búrca (Eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, 346.

⁴⁴ Si vedano, in particolare, Causa C-166/73, *Rheinmülen-Düsseldorf*, EU:C:1974:3; C-348/89, *Mecanarte*, ECLI:EU:C:1991:278.

⁴⁵ Causa C-106/77, *Simmenthal (II)*, ECLI:EU:C:1978:49.

⁴⁶ Si vedano, rispettivamente, Causa C-173/09, *Georgi Elchinov*, ECLI:EU:C:2010:581 e Causa C-416/10, *Josef Križan e altri*, ECLI:EU:C:2013:8.

⁴⁷ M. Bobek, *The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts*, in M. Claes e altre (Eds), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, 296.

⁴⁸ M. Claes e B. De Witte, *The Role of National Constitutional Courts in the European Legal Space*, in P. Popelier, A. Mazmanyán, W. Vandenbruwaene (Eds), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Cambridge, 2012, 92–94.

⁴⁹ F. Biagi, *Corti costituzionali e transizioni democratiche*, Bologna, 2016.

Il primo ambito è contraddistinto da situazioni disciplinate da fonti di diritto sovranazionale direttamente applicabili o dotate di effetto diretto⁵⁰. In questi casi, la giurisdizione delle corti costituzionali è sostanzialmente svuotata, in particolare quando l'accesso ad esse può avvenire esclusivamente in via incidentale. In tali circostanze, infatti, le corti costituzionali possono intervenire solo in seconda battuta e, segnatamente, quando le corti ordinarie, una volta ricevuta una risposta della Corte di giustizia ad un rinvio pregiudiziale, sospettano che vi siano gli estremi per l'attivazione dei controlimiti. Maggiori margini di manovra si possono configurare laddove l'accesso alle corti avvenga anche in via principale o attraverso ricorso individuale diretto. Come si è visto, in queste situazioni le corti costituzionali si trovano nei fatti ad operare come corti supreme e nulla osta all'applicazione in ultima battuta di principi costituzionali⁵¹. Ovviamente, anche in queste circostanze possono sorgere questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione. Tuttavia, vista la natura sussidiaria dei ricorsi individuali diretti, è possibile che già le corti ordinarie si siano premurate di formulare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prima che il caso approdi alla corte costituzionale. Se questo è effettivamente avvenuto, è assai probabile che la corte costituzionale finisca per confermare il giudizio della Corte di giustizia, poiché solo in casi di violazioni gravi dei principi costituzionali nazionali le corti costituzionali sembrano disposte a discostarsi dal *dictum* del giudice di Lussemburgo⁵². Qualora invece la questione pregiudiziale non sia stata precedentemente sollevata, spetterà eventualmente alla corte costituzionale coinvolgere la Corte di giustizia e, successivamente, valutare se la pronuncia di quest'ultima è compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale⁵³.

Esiste poi un secondo ambito riguardante le situazioni regolate da fonti di diritto sovranazionale prive di applicabilità diretta o effetto diretto. È questa una zona grigia in cui le corti costituzionali solo all'apparenza mantengono intatta la loro giurisdizione. Da un lato, infatti, esse si trovano a poter decidere questioni sollevate dai giudici ordinari, spesso valorizzando le fonti sovranazionali in funzione integrativa dei parametri costituzionali interni⁵⁴. Dall'altro, esiste comunque il rischio di una loro emarginazione derivante da altri principi formulati dalla Corte di giustizia. Anche in presenza di fonti prive di effetto diretto, infatti, i giudici ordinari sono incoraggiati a formulare un rinvio pregiudiziale per verificare l'interpretazione delle norme sovranazionali⁵⁵ o per saggiarne i loro eventuali effetti nel caso in questione⁵⁶. Priorità all'interazione con la Corte di giustizia deve poi essere riconosciuta alle questioni riguardanti la validità di atti legislativi dell'Unione⁵⁷.

⁵⁰ Per un recente esempio di questo scenario, riguardante l'applicazione diretta dell'art. 31 della Carta di Nizza e l'art. 7 della Direttiva 2003/88/CE, si vedano Cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal c. Maria Elisabeth Bauer e Volker Willmeroth c. Martina Broßonn*, ECLI:EU:C:2018:871.

⁵¹ Bobek, *Op. cit.*, 290.

⁵² In questo senso la Corte Costituzionale tedesca, cfr. 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*).

⁵³ Così, per esempio, la Corte Costituzionale tedesca, cfr. 2 BvR 2728-2731/13, 2 BvE 13/13 (*Gauweiler*), e la Corte Costituzionale spagnola, sent. n. 26/2014 (*Melloni*).

⁵⁴ Cfr. Corte Cost. italiana, sentt. 28/2010 e 227/2010.

⁵⁵ Cause riunite C-22/13, C-61/13, C-63/13 e C-418/13, *Raffaella Mascolo e altri*, ECLI:EU:C:2014:2401.

⁵⁶ Causa C-176/12, *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT e altri*, ECLI:EU:C:2014:2.

⁵⁷ Causa C-112/13, *A c. B*, ECLI:EU:C:2014:2195.

Infine, il terzo ambito riguarda questioni prive di alcuna connessione con il diritto dell'Unione. Solo qui, in linea di principio, la giurisdizione delle corti costituzionali rimane intatta, nonostante persista una serie di questioni ancora irrisolte (applicabilità dei principi di regolamentazione del mercato a situazioni puramente interne⁵⁸; ambito applicativo della Carta di Nizza⁵⁹; ambito di applicazione delle norme in materia di cittadinanza europea⁶⁰) che rendono particolarmente incerti i contorni di quest'area. Quando *Simmenthal* fu decisa⁶¹, questo terzo ambito materiale era molto ampio. Sebbene già al tempo le istituzioni comunitarie avessero iniziato ad espandere il loro raggio di azione depotenziando il principio di attribuzione, l'applicazione in giudizio del diritto comunitario rimaneva un'evenienza tutto sommato episodica.

Quella che all'inizio poteva apparire come una sfida latente alla giurisdizione delle corti costituzionali nazionali, si è successivamente concretizzata in una erosione ben più tangibile man mano che l'Unione ha ampliato le proprie competenze. Nel corso di tutto questo processo, la Corte di giustizia ha continuato a coltivare una relazione privilegiata con le corti ordinarie e consolidato il principio del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione⁶². Il risultato di questo processo è stata la progressiva emarginazione delle corti costituzionali⁶³.

È giustificato preoccuparsi di fronte ad un simile sviluppo? Le opinioni a riguardo divergono in maniera significativa. In larga misura, le diversità di vedute riflettono diverse valutazioni delle credenziali costituzionali dell'Unione. Una serie di autori sottolinea che, oltre ad espandere il proprio ambito di operatività, il diritto dell'Unione ha gradualmente modificato la propria cultura istituzionale, incorporando in misura sempre più convinta il lessico del costituzionalismo democratico⁶⁴. In un simile scenario, l'emarginazione delle corti costituzionali non dovrebbe essere una fonte di preoccupazioni, poiché l'erosione della loro giurisdizione sarebbe compensata dalla corrispondente espansione della giurisdizione costituzionale della Corte di giustizia⁶⁵.

⁵⁸ Causa C-380/05, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni*, ECLI:EU:C:2008:59.

⁵⁹ Causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105 e Causa C-206/13, *Siragusa*, ECLI:EU:C:2014:126.

⁶⁰ Causa C-673/16, *Relu Adrian Coman e a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:385.

⁶¹ E anche quando il principio in essa stabilito fu accolto dalla giurisprudenza costituzionale, cfr. sent. 170/1984.

⁶² Causa C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723; Cause riunite C-188-189/10, *Melki & Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363; Causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, ECLI:EU:C:2015:354; Causa C-322/16, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*, ECLI:EU:C:2017:985.

⁶³ J. Komárek, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in 9 *Eur. Const. L. R.* X, 420 (2013), e A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Riv. AIC*, No 4/2017, 2 e ss.

⁶⁴ Cfr., per esempio, D. Sarmiento, *Who is Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in 50 *Com. Mark. L. R.* 1267 (2013) e Bobek, *Op. cit.*, 306.

⁶⁵ Questo giustificerebbe anche proposte estreme come quella dell'applicazione della Carta di Nizza anche a casi privi di collegamento con il diritto dell'Unione, cfr. A. Jakab, *Application of the EU CFR by National Courts in Purely Domestic Cases*, in A. Jakab, D. Kochenov (Eds), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, 253. Va da sé che l'accoglimento di proposte di questo tipo porterebbe al pressoché totale esautoramento delle corti costituzionali nazionali.

Altri autori, di converso, propendono per conclusioni diverse⁶⁶. L'appropriazione del linguaggio costituzionale da parte dell'Unione, si potrebbe sostenere, non corrisponde ad una genuina conversione al costituzionalismo democratico e sociale⁶⁷. L'Unione può pure esprimersi con il lessico della cittadinanza, della democrazia rappresentativa e dei diritti fondamentali, ma la sua cultura istituzionale rimane fortemente influenzata dal suo *imprinting* genomico⁶⁸. All'interno di una simile impostazione, pertanto, l'Unione riuscirebbe soltanto a destabilizzare le culture costituzionali e le strutture istituzionali nazionali, senza riuscire però a sviluppare dei credibili equivalenti funzionali a livello sovranazionale. Di qui, l'urgenza di ripensare l'architettura giurisdizionale europea, al fine di riabilitare le corti costituzionali nazionali e rinvigorire quelle irrinunciabili istanze normative espresse dalle costituzioni nazionali fin qui oscurate dall'espansione del diritto dell'Unione.

In realtà, se davvero l'obiettivo da conseguire è quello di stimolare una maggiore attenzione ai principi e alle tradizioni costituzionali nazionali da parte della Corte di giustizia, non sembra indispensabile ripensare la posizione delle corti costituzionali all'interno dell'attuale architettura giurisdizionale europea⁶⁹. Il rinvio pregiudiziale è già un canale di comunicazione che permette alle corti ordinarie di rappresentare alla Corte di giustizia i principi ed i precedenti costituzionali nazionali coinvolti in una controversia attinente al diritto dell'Unione. Dovendo la Corte di giustizia assicurarsi la cooperazione delle corti nazionali a valle dei propri giudizi, è difficile che essa trascuri a monte le indicazioni da quelle ricevute; e, quand'anche questo dovesse avvenire, la dottrina dei controlimiti pare assicurare alle corti costituzionali la possibilità di rientrare in scena per rimarcare l'esigenza di garantire principi costituzionali nazionali a torto o a ragione ritenuti indefettibili. Il caso *Taricco* può assurgere qui ad esempio da manuale delle potenzialità insite e largamente inesprese nel sistema vigente⁷⁰.

Nonostante l'indubbio successo conseguito in quest'ultima vicenda, la Corte costituzionale italiana, sulla scia di altre esperienze straniere⁷¹, ha dimostrato di non volersi accontentare della possibilità di influire "dai margini" nei giudizi della Corte di giustizia. Con la sent. 269/2017⁷², la Corte sembra voler reagire alla sua progressiva emarginazione ricavandosi un ruolo di rilievo all'interno di questioni rientranti nell'ambito applicativo della Carta di Nizza. Facendo leva su alcune aperture esistenti nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo⁷³, la sent. 269/2017 riconsidera alcuni precedenti riguardanti i casi di doppia pregiudizialità. Mentre in

⁶⁶ Preoccupazione per il rischio di un colonialismo giudiziario da parte della Corte di giustizia è espressa da M. Cartabia, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, 5 *Eur. Const. L. R.*, 5 (2009). I rischi connessi all'effetto desocializzante della legalità sovranazionale sono espressi da Komárek, *The Place of Constitutional Courts*, cit., 444-445.

⁶⁷ M. Dani, *National Constitutional Courts in supranational litigation: A contextual analysis*, in 23 *Eur. L. J.* 189, 200 (2017).

⁶⁸ Bin, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 70. In questo senso si veda anche il contributo di Agustín José Menéndez in questo fascicolo.

⁶⁹ Cfr. M. Dani, *National constitutional courts in the European constitutional democracy: A reply to Jan Komárek*, in 15 *Int. J. C. L.* 785, 796-800 (2017).

⁷⁰ Cfr. Causa C-104/14, *Procedimento penale a carico di Ivo Taricco e a.*; Corte cost. italiana, ordinanza n. 24/2017; Causa C-42/17, *Procedimento penale a carico di M.A.S. e M. B.*, e Corte cost. italiana, sent. n. 115/2018.

⁷¹ Su cui si vedano i contributi di Alessandra Di Martino e Francesco Saitto in questo fascicolo.

⁷² L'orientamento espresso in un *obiter dictum* è stato ripreso e consolidato con la sent. 20/2019.

⁷³ In particolare, *Melki & Adbeli*, cit.

passato si era affermata la regola della priorità del rinvio pregiudiziale rispetto alla questione di costituzionalità, in quest'ultima sentenza la Corte introduce una rilevante eccezione riguardante le questioni coinvolgenti l'applicazione della Carta di Nizza. Laddove il giudice ordinario si trovasse nella posizione di poter sollevare tanto una questione di costituzionalità che un rinvio pregiudiziale, egli dovrebbe in prima battuta rivolgersi alla Consulta⁷⁴. Chiaro è l'intento di reintrodurre quest'ultima al centro del circuito della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e, in prospettiva, di accreditarla al ruolo di interlocutore privilegiato della Corte di giustizia⁷⁵. Più complesso, invece, è comprendere le implicazioni di una simile strategia e, più in generale, valutare l'adeguatezza di un regime giurisdizionale *ad hoc* per i diritti fondamentali⁷⁶, quando l'erosione della legalità costituzionale nazionale avviene anche e, verrebbe da dire, soprattutto per vie diverse da quelle dell'interpretazione della Carta quali, ad esempio, l'applicazione dei principi di regolamentazione del mercato⁷⁷ o di norme contenute nella legislazione dell'Unione⁷⁸.

4. La questione del ruolo

Il giudizio sulle credenziali costituzionali del diritto dell'Unione, già rilevante in sede di valutazione dell'opportunità di riabilitare le corti costituzionali nazionali nel circuito giudiziario europeo, diviene ancora più dirimente qualora si affronti la questione del ruolo delle corti costituzionali. In via estremamente generale, si può infatti ipotizzare che quanto più si propenda per una valutazione positiva in merito alle qualità costituzionali del diritto dell'Unione (e, di riflesso, della giurisprudenza della Corte di giustizia), tanto più si giustifichi un ruolo adesivo da parte delle corti costituzionali. Viceversa, quanto più il giudizio è critico, tanto più le corti costituzionali sarebbero tenute ad assumere un orientamento di rigorosa difesa della legalità costituzionale nazionale.

Volendo però evitare tali semplificazioni ed affrontare il tema in maniera più analitica, è opportuno ricordare che il diritto dell'Unione Europea non è un *corpus* unitario ed uniforme, ma è anzi il risultato di una stratificazione progressiva di diverse componenti. Pertanto, se davvero si vuole procedere ad una valutazione specifica delle sue credenziali costituzionali, la discussione deve essere situata all'interno di ciascuna di queste componenti contemplandone gli obiettivi e la struttura istituzionale. Seguendo questa impostazione, è possibile identificare tre componenti principali, per ciascuna delle quali è possibile ipotizzare un diverso ruolo delle corti costituzionali.

Si può iniziare questo *excursus* con l'area coincidente con le politiche rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Si tratta di un ambito in cui la produzione normativa è in aumento, così come sono in crescita le questioni attinenti alla tutela dei

⁷⁴ Fatta salva la facoltà per i giudici ordinari di sottoporre la questione alla Corte di giustizia, di garantire in via cautelare i diritti attribuiti dall'ordinamento dell'Unione, di disapplicare al termine del giudizio incidentale la disposizione interna che abbia superato il vaglio di costituzionale se, per altri profili, risulti contraria al diritto dell'UE (cfr. par. 5.2. sent. 269/2017).

⁷⁵ L'intento era già evidente sin dalla pubblicazione di Cartabia, *Op. cit.*, 23-27.

⁷⁶ Sul tema si cimenta Michele Massa nel suo contributo a questo fascicolo.

⁷⁷ Cfr., per esempio, Causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, ECLI:EU:C:2007:772, o il già menzionato caso *Coman*.

⁷⁸ Cfr. Causa C-285/98, *Tanja Kreil c. Germania*, ECLI:EU:C:2000:2, e Causa C-399/11, *Stefano Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

diritti fondamentali, anche in ragione della tutto sommato recente piena espansione della giurisdizione della Corte di giustizia in questo settore⁷⁹. A tale riguardo, è utile sottolineare come le norme dei Trattati prevedano l'attribuzione di competenze legislative all'Unione, da esercitarsi nel rispetto dei limiti previsti dalla Carta di Nizza. Diversamente da altre politiche⁸⁰, i Trattati non codificano qui un'agenda politica precisa, lasciando al legislatore sovranazionale ampia libertà nella definizione dell'indirizzo politico⁸¹. All'interno di un simile contesto, sembrano perciò esistere tutte le condizioni per ritenere che l'ascesa della Corte di giustizia possa effettivamente compensare l'emarginazione delle corti costituzionali. Senza dubbio si potranno ancora verificare casi in cui le forme o il livello di tutela dei diritti fondamentali assicurati a livello sovranazionale si discosteranno da quanto previsto dalla giurisprudenza costituzionale nazionale⁸². Ma la vicenda *Taricco* dimostra come questioni di questo tipo, se affrontate con la necessaria consapevolezza da tutti gli attori giurisdizionali coinvolti, possono essere risolte senza compromettere la tenuta della legalità costituzionale.

Non altrettanto si può dire per gli altri due ambiti in cui si sviluppa l'azione dell'Unione. Se si considera il mercato interno (assieme alle politiche ad esso più immediatamente connesse), è facile riscontrare come l'Unione da tempo si sia fatta portatrice di una precisa agenda politica diretta alla trasformazione delle politiche economiche e sociali nazionali. In particolare a partire dalla fine degli anni '70, le politiche comunitarie non hanno più cercato di sviluppare una forma di cooperazione economica transnazionale diretta a sostenere il modello sociale europeo⁸³. Attraverso una regolazione sempre più spesso imperniata sul criterio del paese d'origine e in assenza di misure di armonizzazione fiscale, si è promossa una forma di federalismo competitivo⁸⁴ che, in particolare a seguito dell'allargamento ai paesi dell'Europa centro-orientale, ha imposto cambiamenti drastici nella concezione originaria dello stato sociale⁸⁵. Politiche economiche e sociali un tempo concepite per emancipare gli individui dai mercati sono state gradualmente ripensate nella prospettiva di incoraggiare la partecipazione nel mercato degli individui⁸⁶. Anche la Corte di giustizia ha dato un contributo determinante a questa trasformazione, incontrando nella giurisprudenza costituzionale linee di resistenza solo a livello simbolico. Per quanto infatti le corti costituzionali abbiano rivalutato la dottrina dei controlimiti, segnalando l'esigenza di contenere l'espansione delle competenze dell'Unione e di garantire l'identità costituzionale nazionale⁸⁷, solo sporadicamente esse hanno dato seguito concreto a questi proclami. È possibile pertanto affermare che, con il loro

⁷⁹ È solo dal 1 Dicembre 2014 che la Corte di giustizia ha piena giurisdizione in questa area, cfr. art. 10 del Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona.

⁸⁰ Su cui v. subito *infra* nel testo.

⁸¹ Si veda al riguardo l'art. 67 TFUE.

⁸² L'esempio più emblematico al riguardo è il già citato caso *Melloni*.

⁸³ Secondo il modello del cd. *Embedded liberalism*, su cui v. J. G. Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *36 International Organization* 379 (1982).

⁸⁴ M. Poiars Maduro, *We, the Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Oxford, 1999, 126-143.

⁸⁵ A. J. Ménendez, *The Existential Crisis of the European Union*, in *14 Ger. L. J.* 453, 470-497 (2013).

⁸⁶ A. Somek, *The Individualisation of Liberty: Europe's Move from Emancipation to Empowerment*, in *4 Trans. L. T.* 258 (2015).

⁸⁷ Si veda in particolare il *Lissabon Urteil* della Corte Costituzionale tedesca, 2 BvE 2/2008 del 30 giugno 2009. Sul tema si v. anche in questo fascicolo il contributo di Roberto Bin.

orientamento cooperativo, le corti costituzionali si siano lasciate cooptare all'interno di un ampio processo di trasformazione del modello sociale europeo che, in fin dei conti, implica una ridiscussione dei fondamentali dello stato costituzionale democratico e sociale europeo⁸⁸. Resta da capire se sia questo l'unico ruolo possibile o se, invece, non spetterebbe anche alle corti costituzionali il dovere di resistere ad un processo di trasformazione sociale che, al di là di come la si pensi nel merito, nel porsi come unico indirizzo di politica economica disponibile, non pare accompagnato da adeguate garanzie di legittimità democratica.

Queste ultime considerazioni possono essere a maggior ragione ripetute se si considera lo strato evolutivo più recente del diritto dell'Unione, quello corrispondente alla cosiddetta nuova *governance* economica⁸⁹. Anche qui è facile riscontrare come il diritto dell'Unione sia stato messo interamente a servizio di un'agenda di politica economica incentrata sulla stabilizzazione finanziaria e la competitività delle economie nazionali⁹⁰. In particolare negli stati membri dove si è applicata in maniera più incisiva la condizionalità europea, la *governance* economica ha avuto conseguenze drammatiche sui diritti politici, economici e sociali dei cittadini europei⁹¹. In un simile contesto, le corti costituzionali sono state frequentemente al centro di iniziative dirette a contestare la legittimità dei nuovi strumenti macroeconomici o delle misure di condizionalità attuate dagli stati membri. Ne è sorto un ricco filone giurisprudenziale che, in fin dei conti, evidenzia anche qui un prevalente ruolo facilitativo della giustizia costituzionale⁹².

In primo luogo, si può osservare che la Corte Costituzionale tedesca, sulla scia della Corte di giustizia⁹³, ha sostanzialmente legittimato i veicoli finanziari intergovernativi o istituiti dalla BCE⁹⁴. Nonostante i toni assertivi di alcune pronunce⁹⁵, i giudici costituzionali tedeschi hanno adottato sentenze di natura correttiva dirette da un lato ad assicurare le prerogative del *Bundestag* nel contesto di decisioni aventi effetti sul bilancio nazionale, dall'altro a sostenere (o precostituire) la posizione negoziale del governo nazionale in sede di negoziazioni sul futuro dell'Eurozona o sulla gestione di programmi di assistenza finanziaria.

In secondo luogo, le corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, nel sindacare la costituzionalità di misure applicative della condizionalità variamente imposta ai rispettivi stati membri, hanno fatto uso dell'ampia gamma di criteri di giudizio da esse sviluppati in relazione a misure legislative concepite sul presupposto di una piena funzionalità del circuito democratico-rappresentativo. In assenza di quest'ultima

⁸⁸ C. J. Bickerton, *European integration: from nation states to member states*, Oxford, 2012.

⁸⁹ M. Dawson, F. De Witte, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, in 76 Mod. L. Rev. 817, 824–826 (2013).

⁹⁰ M. Wilkinson, *The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union*, in *Ger. L. J.* 527 (2013).

⁹¹ Sul deterioramento dei livelli di istruzione e assistenza sanitaria in Grecia, v. *Report of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, 6 Novembre 2018, CommDH(2018)24.

⁹² Per una ricostruzione in chiave comparata di questa giurisprudenza v. B. Brancati, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le corti costituzionali*, Pisa, 2018. Al tema è dedicato anche il contributo di Cristina Fasone a questo fascicolo.

⁹³ Si vedano Causa C-370/12, *Thomas Pringle c. Government of Ireland e altri*, ECLI:EU:C:2012:756, Causa C-62/14, *Peter Gauweiler c. Detscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:400 e Causa C-493/17, *Weiss and Others*, ECLI:EU:C:2018:1000.

⁹⁴ Si vedano in particolare le decisioni nei casi *ESM* (2 BvR 1390/12) e *OMT* (2 BvR 2728/13).

⁹⁵ Si fa qui riferimento in particolare all'ordinanza di rinvio pregiudiziale formulata nel caso *OMT*.

cruciale preconditione, ne è risultata una giurisprudenza prevalentemente diretta a legittimare o, comunque, a garantire la sostenibilità delle misure richieste dalle istituzioni dell'UE⁹⁶. Per quanto nel decidere questi casi le corti costituzionali si siano attenute fedelmente al proprio mandato costituzionale, i loro giudizi pongono un serio problema nella misura in cui contribuiscono a legittimare un ordine giuridico e politico sostanzialmente chiuso che corrode l'idea di costituzione aperta su cui le corti costituzionali stesse si fondano. Anche qui è legittimo allora chiedersi se davvero questo sia il ruolo più appropriato per le corti costituzionali nazionali. Per quanto possa apparire giustificato lo scetticismo rispetto ad uno scenario di resistenza giurisdizionale all'austerità e, più in generale, agli strumenti della nuova *governance* economica, è possibile pensare a criteri di giudizio che, oltre a garantire i principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali nazionali, possano indurre un processo di riforma dei trattati nella direzione della valorizzazione, piuttosto che della trasformazione in senso neoliberale, del costituzionalismo democratico e sociale europeo?

⁹⁶ Per alcuni approfondimenti, si vedano M. Dani, *Misure di aggiustamento macroeconomico e Tribunale costituzionale portoghese: il limitato potenziale contro-egemonico della dottrina dei controlimiti*, in 14 *Rassegna di diritto pubblico europeo* 113 (2014), e *Il ruolo della Corte costituzionale italiana nel contesto della governance economica europea*, in XXXII *Lavoro e diritto* 147 (2018).