

# Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE

di Giuseppe Martinico\*

**Abstract: Against the populist use of national identity. For a "contextualized" reading of art. 4.2 TEU** - This article aims to analyse the problematic use of national identity made by populist forces in the current phase of the European integration process. This essay also tries to advance some proposals to guide the use of national identity in European constitutional law.

**Keywords:** Identity; Populism; Illiberal Democracy; European Law.

## 1. La nuova ondata di populismi come occasione di riflessione per i cultori del diritto costituzionale

L'obiettivo di questo scritto è quello di analizzare il problematico uso di categorie e strumenti propri della teoria e del diritto costituzionale da parte dei movimenti populistici, utilizzando, come caso di studio, l'identità nazionale. Non è una scelta arbitraria, perché i populismi hanno un nucleo comune, rappresentato da (almeno) due elementi essenziali. Il primo è dato dal riferimento costante all'identità (*identity politics*), mentre il secondo è quello – se vogliamo strumentale – rappresentato dall'appello diretto al popolo senza necessità di intermediazioni. Si tratta di ciò che Corrias e altri hanno chiamato *politics of immediacy*<sup>1</sup>. Non è un caso che lo strumento del referendum sia stato tradizionalmente soggetto a strumentalizzazioni da parte dei populismi che lo concepiscono come fonte automatica e assoluta di volontà politica da contrapporre, spesso, alle arene parlamentari. Inoltre, come ha spiegato molto bene da ultimo Closa, i populismi si presentano spesso in forma di "extreme majoritarianism", nel tentativo di sfruttare l'apparente neutralità del concetto di maggioranza<sup>2</sup>.

In effetti, come si cercherà di evidenziare, proprio l'aspetto della *identity politics* rappresenta una delle caratteristiche principali dell'approccio populista alle

---

\*Desidero ringraziare Giacomo Delledonne, Angela Di Gregorio, Guerino D'Ignazio, Anna Margherita Russo e i revisori anonimi per i preziosi commenti.

<sup>1</sup> L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in 12 *European Constitutional Law Review* 6, 25 (2016).

<sup>2</sup> C. Closa, *A critique of the theory of democratic secession*, in C. Closa, C. Margiotta, G. Martinico (cur.), *Between Democracy and Law. The Amoralism of Secession*, Abingdon, 2019, 49 ss., 51. Closa attribuisce il concetto a M. Wind, *The Tribalization of Europe – A Defense of our Liberal Values*, Madrid, 2019.

categorie del diritto costituzionale, nella costruzione di contro-narrazioni che frequentemente tendono alla rivisitazione dei pilastri del costituzionalismo, in particolare di quello post-totalitario. Alla fase della riscoperta dell'identità segue quella della contrapposizione fra il soggetto costituzionale per eccellenza (il "popolo") e "l'altro", generica macro-categoria a cui ricondurre le "minoranze dissidenti".

Come ha rilevato Corrias<sup>3</sup>, nell'Europa continentale solo recentemente costituzionalisti e comparatisti hanno affrontato il tema in maniera, per così dire, organica<sup>4</sup>, e quando lo hanno fatto spesso hanno concepito il rapporto fra populismo e costituzionalismo in termini meramente oppositivi. Più recentemente, invece, si è assistito a una vera e propria esplosione del dibattito, nel segno di una nuova tendenza<sup>5</sup>.

Semplificando, si possono identificare almeno quattro importanti ingredienti della retorica populista, spesso utilizzati per erodere i pilastri della democrazia costituzionale: 1) la concezione riduttiva (se non "riduzionistica") del complesso concetto di democrazia, intesa dai populistici come mera regola della maggioranza; 2) la tendenza a rappresentare la volontà popolare come fonte assoluta della verità politica e giuridica e come concetto non mediabile; 3) la contrapposizione fra la "maggioranza" e gli "altri" (le minoranze), spesso descritti in termini di *élite*

<sup>3</sup> "Constitutional theorists have not devoted a lot of attention to the phenomenon of populism [...]. There may be two interpretations of this silence. Either constitutional theory has nothing to say about populism, in which case the silence is justified, or constitutional theory does have something to say, in which case the silence is unjustified and (potentially) problematic", L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key*, cit., 6 ss.

<sup>4</sup> Esistono, ovviamente, le eccezioni: A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo: sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (cur.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Vol. V, Napoli, 2009, 2007; C. Pinelli, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in 7 *European Constitutional Law Review*, 5 (2011); L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key*, cit., 6 ss. Per una rassegna puntualissima della letteratura costituzionalistica sul tema, si veda T. Fenucci, *Riflessioni sul populismo*, in *federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* (2019)

[https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38963&content=Riflessioni%2Bsul%2Bpopulismo&content\\_author=%3Cb%3ETullio%2BFenucci%3C%2Fb%3E](https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38963&content=Riflessioni%2Bsul%2Bpopulismo&content_author=%3Cb%3ETullio%2BFenucci%3C%2Fb%3E).

Si veda anche il XXXII convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC) svoltosi a Modena il 10 e 11 novembre 2017 e dedicato al tema "Democrazia, oggi", in particolare la relazione di P. Ciarlo poi pubblicata con il titolo *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC* (2018) <http://www.rivistaaic.it/democrazia-partecipazione-popolare-e-populismo-altempo-della-rete.html>.

<sup>5</sup> Ad esempio, si veda il recente volume di G. Allegri, A. Sterpa, N. Viceconte (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019, il numero speciale 1/2019 curato da E. Scoditti di *Questione giustizia. Rivista Trimestrale*, <http://questionegiustizia.it/rivista/2019-1.php>, e il contributo di E. Scoditti (a cura di), *Populismo e informazione. Intervista a Maurizio Molinari*, in *Questione giustizia. Rivista Trimestrale*, (2019), <http://questionegiustizia.it/rivista/2019/1/populismo-e-informazione-intervista-a-maurizio-molinari-636.php>. Si vedano anche i contributi di G.U. Rescigno, *Populismo (presunto, asserito, proclamato) e diritto costituzionale in Italia*, in *Ragion Pratica*, 273 ss.; N. Lupo, "Populismo legislativo?": continuità e discontinuità nelle tendenze della legislazione italiana, in *Ragion Pratica*, 251 (2019).

corrotte<sup>6</sup>; 4) l'uso della democrazia come “asso” che prevale sugli altri principi costituzionali.

Ritornano qui le importanti riflessioni di Mény e Surel<sup>7</sup> sulla “non-mediazione” come caratteristica dei populismi. In questo contesto, il referendum è uno strumento particolarmente esposto a rischi di strumentalizzazione, specie se non accompagnato dalle dovute garanzie. Questo spunto ci porta al cuore del problema: uno dei pochi “meriti” dei populismi (si preferisce il plurale) consiste nell'aver obbligato lo studioso del diritto costituzionale e comparato a fare i conti con delle categorie che sembravano esaurite, e il potere costituente è una di queste. Sono fondamentali qui le opere di Colón-Ríos<sup>8</sup>, che della riscoperta del potere costituente, della radicale apertura alle riforme (con il rigetto dell'idea dei limiti all'emendamento) e dell'uso degli strumenti di democrazia diretta ha fatto un “marchio di fabbrica” dei propri studi.

Un altro tema che i costituzionalisti hanno riscoperto a causa della nuova emersione dei populismi è quello della neutralità delle costituzioni, che ha anche portato alla ridiscussione del momento “costituente” della Resistenza<sup>9</sup>. “Le Costituzioni sono ‘di tutti’ (etica pubblica generale), ma non sono ‘vuote’ (politicamente neutre)”<sup>10</sup>, scriveva più di dieci anni fa Spadaro per rispondere alle strumentalizzazioni del testo costituzionale e nel tentativo di difendere il nucleo duro del costituzionalismo post-totalitario, quello che i tedeschi chiamano la “clausola di eternità”<sup>11</sup>. Ci si riferisce *in primis* ai diritti fondamentali, che non possono essere a disposizione delle maggioranze politiche contingenti. Credo che la grandezza del dibattito che stiamo riscoprendo in questa fase cruciale consista, come hanno scritto Ginsburg e Huq, nel rendersi conto del fatto che “an effort to understand democratic decline must start with a threshold question that is more difficult than first appears: What, precisely, do we mean by democracy?”<sup>12</sup>. Tuttavia, il rapporto fra teoria costituzionale e populismi non è fatto solo di respingimenti e non si può pensare di preservare il nucleo del costituzionalismo negando la necessità di ripensare quelle complesse strutture che chiamiamo democrazie costituzionali. In questo senso, i populismi possono rappresentare anche un'occasione per rideclinare in maniera critica alcuni dei loro pilastri senza alterare il nucleo valoriale consegnato dalla codificazione della “memoria del male”<sup>13</sup>.

## 2. Il caso dell'identità nazionale

<sup>6</sup> J.W. Müller, *What is populism?*, Filadelfia, 2016.

<sup>7</sup> Y. Mény, Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004.; Y. Mény, Y. Surel (a cura di), *Democracies and the Populist Challenge*, Londra, 2002, 1.

<sup>8</sup> J. Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, Abingdon, 2012.

<sup>9</sup> Da ultimo G. Filippetta, *L'estate che imparammo a sparare. Storia partigiana della Costituzione*, Milano, 2018, in particolare 238 ss.

<sup>10</sup> A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo* cit.

<sup>11</sup> Art. 79 della Legge fondamentale tedesca.

<sup>12</sup> T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018, 7.

<sup>13</sup> T. Todorov, *Memoria del male, tentazione del bene. Inchiesta su un secolo tragico*, Milano, 2004.

Mettendo in discussione una lettura meramente oppositiva del rapporto fra costituzionalismo e populismo è stato detto che, in fondo, anche il populismo “contains a (largely implicit) constitutional theory”<sup>14</sup>. Su questa scia, è stato suggerito che il populismo – entro certi limiti – si alimenta delle categorie e delle opportunità offerte dal costituzionalismo per alterare le gerarchie – valoriali e giuridiche – delle democrazie costituzionali. Ha spiegato bene questo concetto Fournier, recuperando l’analogia del “parassita”<sup>15</sup>, secondo cui “the relation between populism and constitutional democracy is comparable to a process of parasitism where constitutional democracy would be the host and populism the parasite”<sup>16</sup>.

Questo si nota particolarmente bene analizzando il rapporto fra il principio democratico e gli altri principi delle democrazie costituzionali (protezione delle minoranze, *rule of law*, per citarne solo alcuni): come abbiamo visto, per i populist, la democrazia – ridotta a regola della maggioranza – è concepita come un asso vincente (“trump card”), che prevale sugli altri principi. Nelle parole di Fournier: “Populist rhetoric can be defined as the political discourse aiming to convince a fictional majority that constitutional democracy gives rise to the tyranny of minorities”<sup>17</sup>. Un esempio eclatante è quello ungherese, in cui il concetto di democrazia viene riletto sganciandolo dal patrimonio liberale, nell’affermazione del contro-concetto (secondo molti un ossimoro) di “illiberal democracy”<sup>18</sup>. Conviene prestare attenzione al linguaggio utilizzato dal Presidente Viktor Orbán in un discorso pronunciato nel 2014:

“Honorable Ladies and Gentlemen,

In order to be able to do this in 2010, and especially these days, we needed to courageously state a sentence, a sentence that, similar to the ones enumerated here, was considered to be a sacrilege in the liberal world order. We needed to state that a democracy is not necessarily liberal. Just because something is not liberal, it still can be a democracy. Moreover, it could be and needed to be expressed, that probably societies founded upon the principle of the liberal way to organize a state will not be able to sustain their world-competitiveness in the following years, and more likely they will suffer a setback, unless they will be able to substantially reform themselves”<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key*, cit., 6 ss.

<sup>15</sup> Sulla scia di altri Autori, come, ad esempio, N. Urbinati, *Democracy and Populism*, in *5 Constellations*, 110 (1998).

<sup>16</sup> T. Fournier, *From Rhetoric to Action: A Constitutional Analysis of Populism*, in *20 German Law Journal*, 362, 364 (2019).

<sup>17</sup> *Ivi*, 363.

<sup>18</sup> Per una panoramica su questo (e altri) concetti relativi al rapporto fra populismi e democrazia si veda: T. Pappas, *Populist Democracies: Post-Authoritarian Greece and Post-Communist Hungary*, in *49 Government and Opposition*, 1 (2013).

<sup>19</sup> V. Orbán’s Speech at the XXV Bálványos Free Summer University and Youth Camp Băile Tuşnad (Tusnádfürdő), 2014, <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/>.

Anche qui un altro dei pilastri del costituzionalismo – il concetto di democrazia – viene riletto (se non stravolto) nella costruzione di una contro-narrazione costituzionale. Ha ragione in questo senso Blokker quando evidenzia che “while populism ought to be understood as a rejection of liberal constitutionalism, it equally constitutes a competing political force regarding the definition of constitutional democracy”<sup>20</sup>.

Proprio il rigetto del costituzionalismo liberale si collega inscindibilmente a quello svuotamento concettuale delle categorie del costituzionalismo che viene sistematicamente perseguito dai populismi di governo. In particolare, il caso ungherese è spia di un populismo autoritario che si è alimentato anche dell'emergenza da Covid-19 per aumentare la concentrazione di potere a favore dell'esecutivo<sup>21</sup>. Tornando all'oggetto di questo articolo, risulta particolarmente interessante analizzare l'uso populista dell'identità nazionale. A ben vedere, infatti, quella dell'identità è una categoria fondamentale della teoria costituzionale, si pensi, a mo' di esempio, agli studi di Rosenfeld sull'identità del soggetto costituzionale o, più in generale, alla ricostruzione unitaria del concetto di potere costituente funzionale alla costruzione dell'identità del soggetto costituzionale<sup>22</sup>. Si pensi all'esempio dell'identità e all'interpretazione dell'art. 4.2 del Trattato dell'Unione europea (TUE) proposta dai secessionisti catalani o dai governi polacco e ungherese. Più recentemente, la Corte costituzionale ungherese ha provato a utilizzare il richiamo al dovere di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri per giustificare problematici “discostamenti” dal diritto dell'UE<sup>23</sup>. Reagendo a questa decisione, Halmai ha molto criticato l'uso dell'art. 4.2 TUE fatto dai giudici ungheresi e ha esteso le sue critiche alla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, rea, a suo dire, di avere dato il cattivo esempio:

“When the Hungarian Constitutional Court on behalf of the government protects Hungary’s current constitutional identity, which is inconsistent with many of the joint values of Article 2 TEU, it promotes an unconstitutional national constitutional identity”<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> P. Blokker, *Populism as a Constitutional Project*, in 17 *International Journal of Constitutional Law*, 2019, 537, (2019).

<sup>21</sup> Si vedano I contenuti dell'Act XII del marzo 2020, “On Protecting Against the Coronavirus”, [https://drive.google.com/file/d/1GQjup0g\\_8x5YwG9ARZ9ZV3GVawvp6Zqd/view](https://drive.google.com/file/d/1GQjup0g_8x5YwG9ARZ9ZV3GVawvp6Zqd/view); K. Scheppele, *Orban’s Emergency*, 2020, <https://verfassungsblog.de/orbans-emergency/>; L. Livingston, *Understanding Hungary’s Authoritarian Response to the Pandemic*, 2020, <https://www.lawfareblog.com/understanding-hungarys-authoritarian-response-pandemic>.

<sup>22</sup> M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Abingdon, 1994.

<sup>23</sup> Corte costituzionale ungherese, sentenza no. 22/2016 (XII.5.) AB, [https://hunconcourt.hu/letoltesek/en\\_22\\_2016.pdf](https://hunconcourt.hu/letoltesek/en_22_2016.pdf).

<sup>24</sup> G. Halmai, *The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*, 2017, <https://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/>.

Non a caso, più recentemente, lo stesso art. 4.2 TUE<sup>25</sup> in quanto tale è stato oggetto di numerosi attacchi da parte della dottrina. Il concetto di identità nazionale è stato visto come pilastro delle argomentazioni dei governi populistici e insidia per il futuro del processo integrativo<sup>26</sup>. Gli stessi Autori non hanno risparmiato critiche nemmeno al movimento (tutt'altro che unitario) del c.d. "constitutional pluralism"<sup>27</sup>, colpevole, a loro avviso, di avere creato un contesto culturale favorevole a questo tipo di strategie argomentative. La grande domanda che questo esempio pone è: dobbiamo rinunciare a questi concetti per evitare l'avanzata dei populismi? Personalmente non credo che questa sia la soluzione, anzi<sup>28</sup>. La retorica populista utilizzerebbe e svuoterebbe altre categorie della teoria costituzionale e si finirebbe solo per arretrare e lasciare terreno alla loro avanzata. Del resto, *abusus non tollit usum*, in particolare di disposizioni come quella dell'art. 4.2 TUE e delle categorie prima richiamate del diritto costituzionale. Conviene quindi analizzare innanzitutto il passaggio incriminato della sentenza della Corte costituzionale ungherese e poi sottolinearne le incongruenze e i contorni manipolatori. Nelle parole della Corte:

“According to Article 4 (2) TEU, ‘the Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government.’

<sup>25</sup> E. Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015; G. Di Federico, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017; E. Cloots, *National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU*, in 45 *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 82 (2016); T. Konstadinides, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement*, in 13 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 195 (2011); L. Besselink, *National and Constitutional Identity before and after Lisbon*, in 6 *Utrecht Law Review*, 36 (2010); M. Dobbs, *Sovereignty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States?*, in 33 *Yearbook of European Law*, 298 (2014); B. Guastaferrero, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in 31 *Yearbook of European Law*, 263 (2012); F-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Parigi, 2013.

<sup>26</sup> R.D. Kelemen, L. Pech, *Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism. Lessons from Hungary and Poland*, in *Reconnect Working Paper*, 2/2018, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/10/RECONNECT-WorkingPaper2-Kelemen-Pech-LP-KO.pdf>.

Sostanzialmente utilizzando gli stessi argomenti anche: F. Fabbrini, A. Sajó, *The dangers of constitutional identity*, in *European Law Journal*, 2019, 1 ss.

<sup>27</sup> N. MacCormick, *Beyond the sovereign state*, in 56 *Modern Law Review*, 1 (1993); N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in 65 *Modern Law Review*, 317 (2002); M. Poiares Maduro, *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, in N. Walker (cur.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, 501 ss. Più recentemente si vedano: M. Avbelj, J. Komárek, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford University Press, 2012; K. Jaklic, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, 2014; A. Bobić, *Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice*, in 18 *German Law Journal*, 1395 (2017); T. Flynn, *The Triangular Constitution: Constitutional Pluralism in Ireland, the EU and the ECHR*, Oxford, 2019.

<sup>28</sup> In senso mi pare analogo anche: F. Fukuyama, *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Torino, 2019, 177. Sull'identità nel diritto costituzionale si veda, per tutti, M. Rosenfeld, *The Identity* cit.

The protection of constitutional identity should be granted in the framework of an - informal cooperation with EUC based on the principles of equality and collegiality, with mutual respect to each other, similarly to the present practice followed by several other Member States' constitutional courts and supreme judicial bodies performing similar functions.

The Constitutional Court of Hungary interprets the concept of constitutional identity as Hungary's self-identity and it unfolds the content of this concept from case to case, on the basis of the whole Fundamental Law and certain provisions thereof, in accordance with the National Avowal and the achievements of our historical constitution – as required by Article R) (3) of the Fundamental Law. The Constitutional Court establishes that the constitutional self-identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law – it is merely acknowledged by the Fundamental Law. Consequently, constitutional identity cannot be waived by way of an international treaty – Hungary can only be deprived of its constitutional identity through the final termination of its sovereignty, its independent statehood. Therefore, the protection of constitutional identity shall remain the duty of the Constitutional Court as long as Hungary is a sovereign State. Accordingly, sovereignty and constitutional identity have several common points, thus their control should be performed with due regard to each other in specific cases”<sup>29</sup>.

In questo passaggio la Corte costituzionale ungherese prima prende le mosse dall'art. 4.2 TUE (che menziona il concetto di “identità nazionale”) in seguito, utilizza, però, il concetto di “identità costituzionale”, accoppiandolo alla necessità di preservare la sovranità nazionale (un termine non impiegato dalla lettera dell'art. 4 TUE). Infine, la Corte costituzionale ungherese legge il concetto di identità costituzionale alla luce dell'art. R.3 della Costituzione ungherese, offrendo in questo modo una lettura alternativa della stessa categoria. Facendo in questo modo, la Corte costituzionale ungherese scientemente ignora il fatto che il rispetto dell'identità nazionale debba essere necessariamente letto insieme all'art. 4.3 TUE che codifica il principio di leale cooperazione. In altre parole, la lettura alternativa dell'identità nazionale offerta dalla Corte costituzionale ungherese risulta essere chiaramente in conflitto con la previsione del Trattato richiamata dagli stessi giudici nella sentenza. Questo conferma l'uso strumentale, selettivo e manipolatorio delle rilevanti previsioni normative sovranazionali fatto dai populistici. Dopo la sentenza, nel 2018, è stata approvata una riforma costituzionale che ha introdotto la formula “identità costituzionale” nel testo ungherese, all'art.

---

<sup>29</sup>Hungarian Constitutional Court, Decision 22/2016, <https://hunconcourt.hu/dontes/decision-22-2016-on-joint-exercise-of-competences-with-the-eu/>, par. 62-66.

R. 4 che sancisce: “The protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State”<sup>30</sup>.

Questa decisione mostra che il concetto di identità ha anche un lato oscuro. Non si tratta, tuttavia, di una decisione sorprendente. Come abbiamo visto, infatti, “identità” è una parola chiave che viene spesso utilizzata nella retorica populista per presentare la maggioranza come entità caratterizzata da superiorità morale:

“Populists combine anti-elitism with a conviction that they hold a superior vision of what it means to be a true citizen of their nation”<sup>31</sup>.

Questo passaggio ci riporta all’approccio dicotomico dei populismi che tendono ad opporre gli “altri” al popolo, secondo dinamiche escludenti e anti-pluraliste. Come ha sottolineato Abromeit, il populismo si appella a una “mythical Volksgemeinschaft” e tenta di costruire “imagined communities”<sup>32</sup> cercando il nemico politico, secondo un approccio anti-pluralista. Ciò spiega anche i toni eclatanti dei populist, che hanno bisogno di muri immaginari funzionali alla costruzione di un’identità escludente nei confronti degli avversari politici. Alla luce di queste considerazioni si intende il perché della strumentalizzazione del concetto di identità nazionale. Nel successivo paragrafo si cercherà di illustrare alcune strategie argomentative utili ad impedire certi usi problematici dell’art. 4.2 TUE.

### 3. Art. 4.2 TUE: anatomia di una disposizione ambigua

Come noto, l’art. 4.2 TUE ha codificato il dovere da parte dell’UE di rispettare l’identità nazionale dei suoi Stati membri, anche sulla base di quanto previsto dal vecchio art. 6.3 TUE nello scenario pre-Lisbona<sup>33</sup>. La letteratura su questa clausola è enorme<sup>34</sup>, ma si cercherà in questa sede di guardare a tale disposizione inserendola in una tendenza giuridica più ampia, che ha progressivamente portato

<sup>30</sup>Art. Q.4 of the Hungarian Constitution, [https://www.kormany.hu/download/f/3e/61000/TheFundamentalLawofHungary\\_20180629\\_FIN.pdf](https://www.kormany.hu/download/f/3e/61000/TheFundamentalLawofHungary_20180629_FIN.pdf)

<sup>31</sup> M. Marchlewska, A. Cichočka, O. Panayiotou, K. Castellanos, J. Batayneh, *Populism as Identity Politics: Perceived In-Group Disadvantage, Collective Narcissism, and Support for Populism*, in 9 *Social Psychological and Personality Science*, 151 (2018).

<sup>32</sup> J. Abromeit, *A Critical Review of Recent Literature on Populism*, in 5 *Politics and Governance*, 177 (2017). Sul concetto di “imagined communities” si veda B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londra, 1983.

<sup>33</sup> Si veda, non a caso, anche l’interpretazione proposta dall’Avvocato Generale Maduro nelle sue Conclusioni nei casi Rottman (Corte di giustizia, Janko Rottman c. Freistaat Bayern, ECLI:EU:C:2010:104) e Michanicki (Corte di giustizia dell’UE, C- 213/07, Michanicki, in Racc., 2008, ECLI:EU:C:2008:731). V. Atripaldi, R. Miccù, *La Costituzione Europea “multilivello” tra garanzie di omogeneità e identità plurali*, in I. Pernice, R. Miccù (cur.), *The European Constitution in the Making*, Nomos Verlag, Baden Baden, 2003, 53.

<sup>34</sup> Per esempio F. X. Millet, *L’Union européenne* cit.; E. Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015; C. Alcoberro, A. Saiz Arnaiz (cur.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Oxford – Anversa, 2013. Da ultimo, in italiano, si veda anche G. Di Federico, *L’identità nazionale* cit.

all'introduzione di clausole che fanno riferimento a materiali normativi di diritto costituzionale nazionale. Come si cercherà di sostenere, questa tendenza ha, da un lato, portato alla progressiva convergenza nel linguaggio utilizzato dai Trattati europei e dalle Costituzioni nazionali. Tuttavia, dall'altro lato, ha finito per dare vita a nuove forme di concorrenza interpretativa fra la Corte di giustizia dell'UE (CGUE) e le Corti costituzionali nazionali sul significato da attribuire a una serie di norme condivise. Del resto, la CGUE ha sempre mostrato una certa inclinazione ad appropriarsi di categorie nate nel diritto interno, trattandole come concetti autonomi del diritto dell'UE e, quindi, non necessariamente rifacendosi alla lettura data dall'interprete nazionale del contesto di origine della norma.

La lunga marcia della costituzionalizzazione (a costituzione non scritta) europea ha conosciuto un punto di svolta nel Trattato di Maastricht del 1992, grazie all'art. 6 TUE<sup>35</sup>, che espressamente riconosceva nei diritti fondamentali, nel principio democratico e nello stato di diritto il suo fondamento (comma 1), rinviando alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alle tradizioni costituzionali comuni (comma 2) e, soprattutto, ai nostri fini, riconoscendo il principio del rispetto delle identità nazionali (comma 3). Secondo la lettura proposta, l'art. 6 TUE avrebbe, inoltre, segnato un punto di svolta con riferimento alla dottrina del primato assoluto: con l'art. 6 TUE la dottrina del primato ad ogni costo, infatti, incontra un limite espresso nel rispetto delle strutture costituzionali nazionali<sup>36</sup>.

È stato sostenuto<sup>37</sup> che la disposizione dell'art. 6.3 TUE fosse stata pensata per arrestare l'erosione delle prerogative statali e in questo senso veniva solitamente interpretata come prodotto della reazione statale all'estensione delle competenze dell'UE. È stato sottolineato il carattere ultroneo della lettera dell'articolo se concepito come mero limite alle competenze<sup>38</sup>: se ciò fosse stato vero, perché scrivere di "identità nazionale"? Quest'ultima, infatti, si presenta come concetto, oltre che impegnativo, anche scomodo per le ragioni dell'integrazione e del tutto non definito dal testo in analisi.

L'art. 6 TUE ha rappresentato, in realtà, l'esito di un lungo processo dialettico iniziato negli anni Settanta, che ha condotto al progressivo "ingentilimento" del primato comunitario. Più recentemente, peraltro, non soltanto l'idea di primato assoluto (applicabile, cioè, anche in caso di contrasto con

---

<sup>35</sup> Art. 6 TUE: "1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri.

2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

3. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri.

4. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche».

<sup>36</sup> Sull'art. 6 TUE, vecchia versione, si veda: V. Atripaldi, R. Miccù, *La Costituzione europea* cit.

<sup>37</sup> Per altre letture, non necessariamente coincidenti, si vedano per tutti C. Grabenwarter, K. Pabel *Art. 6 - Fundamental rights - the Charter and the ECHR*, in H. J. Blanke, S. Mangiameli (cur.) *The Treaty on European Union (TEU) A Commentary*, Springer, Berlino- Heidelberg, 2013, 287.

<sup>38</sup> V. Atripaldi, R. Miccù, *La Costituzione europea* cit.

norme costituzionali nel particolare ambito dei diritti fondamentali) sembra essere stata mitigata (anche se non completamente venuta meno<sup>39</sup>), ma addirittura la Corte di giustizia, in casi risalenti come *Omega*<sup>40</sup> e *Dynamic Medien*<sup>41</sup>, ha ritrovato in principi costituzionali non considerati tradizioni costituzionali comuni, in quanto presenti soltanto nello Stato membro interessato dalla decisione, un'eccezione all'applicazione uniforme del diritto dell'UE, grazie alla rilettura dei motivi di ordine pubblico previsti dai Trattati<sup>42</sup>.

Si tratta di decisioni che sono state funzionali a quella giurisprudenza che avrebbe definitivamente fatto dei principi relativi alla protezione dei diritti fondamentali norme dotate di particolare rilevanza nella gerarchia delle fonti europee<sup>43</sup>, principi non solo generali ma anche fondamentali, di più, costituzionali, come la Corte di giustizia avrebbe espressamente poi detto in *Kadi*<sup>44</sup>, in cui, secondo molti, la stessa avrebbe a sua volta riutilizzato l'argomento *Solange*<sup>45</sup> orientandolo verso la Comunità internazionale<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Non mancano, infatti, sentenze problematiche come: Corte di giustizia, C-285/98, Kreil, ECLI:EU:C:2000:2, Corte di giustizia, C-213/07, Michaniki, ECLI:EU:C:2008:731, Corte di giustizia, C-409/06, Winner Wetten, ECLI:EU:C:2010:503, Corte di giustizia, C-314/08, Filipiak, ECLI:EU:C:2009:719, Corte di giustizia, C-416/10, Krizan, ECLI:EU:C:2013:8.

<sup>40</sup> “Se misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e solo a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi, non è indispensabile, a tale proposito, che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa. Pertanto, la necessità e la proporzionalità delle disposizioni adottate in materia non sono escluse per il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un regime di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro”, Corte di giustizia, C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614.

<sup>41</sup> Corte di giustizia, C-244/06, *Dynamic Medien*, ECLI:EU:C:2008:85.

<sup>42</sup> In questi termini si veda M. Avbelj, *Fundamental Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods*, in *Jean Monnet Working Paper*, 06/2004, <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040601.pdf>

<sup>43</sup> K. Engström, *Towards a Normative Superiority of EU Human Rights Norms? – An Analysis of the Emerging EU Human Rights Hierarchy in the Light of Kadi and Al Barakaat*, 2008, [www.uppsats.se/uupsats/0e3d27c040/](http://www.uppsats.se/uupsats/0e3d27c040/).

<sup>44</sup> Corte di giustizia dell'UE, C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Council and Commission*, ECLI:EU:C:2008:461.

<sup>45</sup> Ad esempio, insiste sul parallelismo *Kadi/Solange*: T. Isiksel, *Fundamental Rights in the EU After Kadi and Al Barakaat*, in 16 *European Law Journal*, 551 (2010). *Contra* A. Gattini, *Joined Cases C-402/05 P & 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, Judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008*, in 16 *Common Market Law Review*, 213 (2009). Sul “metodo *Solange*” applicato ad altre corti si veda: N. Lavranos, *Towards a Solange-Method between International Courts and Tribunals?*, in Y. Shany, T. Broude, *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, Oxford, 2008, 217.

<sup>46</sup> “Da tutti gli elementi citati emerge che gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso”, Corte di giustizia, dell'UE, C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation/Council and Commission* in *Racc.*, 2008, ECLI:EU:C:2008:461, par. 285.

Vorrei però soffermarmi brevemente su un aspetto forse non abbastanza analizzato in dottrina: la necessità di scindere almeno concettualmente il rinvio alle tradizioni costituzionali comuni dal riferimento all'identità nazionale (alle strutture costituzionali di cui si parla all'art. 4 TUE, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Riforma).

Come suggerito magistralmente da Ruggeri, tradizioni costituzionali comuni e controlimiti sono indubbiamente collegati, provenendo entrambi dal materiale offerto dai principi costituzionali statali<sup>47</sup>. Ciononostante, si tratta di due concetti autonomi e distinguibili come suggerito anche dalla versione dell'art. 6 TUE precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in cui essi venivano disciplinati in due diversi paragrafi dello stesso articolo.

Il Trattato di Lisbona ha dato, anche "visivamente", giustizia a tale autonomia concettuale collocandoli in due sedi diverse: il nuovo art. 6 TUE<sup>48</sup> ed il già citato art. 4 TUE.

Questo spiega il potenziale "eversivo" del rinvio operato dall'art. 4.2 TUE al concetto di identità nazionale, specie se letto dalla prospettiva di una Corte, come la CGUE, che si è sempre dimostrata gelosa del proprio monopolio interpretativo, come il Parere 2/13 sull'adesione dell'UE alla CEDU<sup>49</sup>, da ultimo, ci ricorda.

Fra le tante disposizioni che rinviano a materiali normativi nazionali ovviamente un ruolo particolare merita il già richiamato art. 4.2 TUE. All'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Riforma alcuni<sup>50</sup> avevano commentato con favore il testo del nuovo articolo 4.2 del TUE, contenente il riferimento espresso al dovere di rispettare, da parte dell'Unione, l'identità nazionale degli Stati membri "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali". Bogdandy e Schill hanno visto nel 4.2 TUE una delle novità più interessanti introdotte dal Trattato di Lisbona, sottolineando come esso possa "guide the way to a more

---

<sup>47</sup> A. Ruggeri, *Tradizioni costituzionali comuni e 'controlimiti', tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in 5 *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 102 (2003).

<sup>48</sup> Art. 6 TUE (nuova versione): "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

<sup>49</sup> Corte di giustizia, Parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>50</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in 48 *Common Market Law Review*, 1417 (2011).

nuanced understanding beyond the categorical positions of the ECJ on the one side ... and that of most domestic constitutional courts”<sup>51</sup>.

Il ragionamento degli autorevoli colleghi tedeschi si basa sullo spirito pluralistico che caratterizzerebbe l’art. 4 TUE, anche alla luce del riferimento al dovere di leale cooperazione. In altre parole, l’art. 4 TUE avrebbe il vantaggio di limitare i possibili conflitti fra Corti costituzionali e CGUE, spingendo le prime - in qualche modo “rassicurate” dal dovere dell’UE di rispettare le loro strutture costituzionali - a cercare un confronto più diretto con la CGUE:

“Under such a pluralistic understanding, the answer to the question of who has the ultimate power to decide on issues of national identity is that there is no definitive answer as there is no final arbiter in a composite system of European constitutional adjudication. The ensuing potential for conflict is tamed by the mutual duty to cooperate”.<sup>52</sup>

Tuttavia, altri Autori<sup>53</sup> hanno subito avvertito circa i rischi presentati dal testo dell’art. 4.2 TUE, ricordando la sua più grande ambiguità: si tratta una disposizione che rinvia all’identità nazionale, ma che appartiene al “giardino ermeneutico” della CGUE e che reintroduce, così, il pericolo di disaccordi interpretativi. In altre parole, chi ha l’ultima parola sull’art. 4.2 TUE? Da un lato, è evidente il rischio di centralizzare l’interpretazione di questa disposizione in capo alla Corte di giustizia, frustrando così ogni tentativo di lettura pluralista. Dall’altro, anche lo scenario opposto rivela evidenti pericoli, quelli, ad esempio, di una vera e propria deriva anarchica in cui ogni Corte costituzionale richiami il proprio concetto di identità nazionale, usando il 4.2 TUE come una sorta di scudo capace di garantire una sostanziale immunità universale contro le ragioni del primato sovranazionale.

La dottrina<sup>54</sup> interessata all’uso dell’art. 4.2 TUE da parte della CGUE ha notato che, forse proprio per evitare questo secondo rischio, la Corte di giustizia ha in genere cercato di non utilizzare il concetto di identità nazionale come:

“An autonomous ground of derogation but has enabled the Member State concerned to develop its own definition of a legitimate interest capable of justifying an obstacle to a fundamental freedom. In this respect, that Member State does not rely on the protection of national identity itself, but uses national identity, domestic constitutional traditions, cultural values etc. to interpret other treaty-based justifications, such as public policy”<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy* cit., 1417.

<sup>52</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy* cit., 1452.

<sup>53</sup> L. Besselink, *National and constitutional identity* cit.

<sup>54</sup> B. Guastaferrero, *Beyond the Exceptionalism* cit.

<sup>55</sup> B. Guastaferrero, *Beyond the Exceptionalism* cit.. Più recentemente su questa giurisprudenza si veda R. Mastroianni, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di 'controlimiti'*

Dal punto di vista della CGUE i vantaggi di questo approccio, che utilizza il concetto di identità nazionale in combinato disposto con altre previsioni dei Trattati, sono molteplici: *in primis* quello di autonomizzare parzialmente un concetto che rischia di rivelarsi “eversivo”, perché potenzialmente suscettibile di rappresentare un pericolo per l’uniforme interpretazione e applicazione del diritto sovranazionale. In questo senso, l’identità nazionale di cui al 4.2 TUE sembra presentarsi come categoria (almeno parzialmente) autonoma di diritto europeo piuttosto che come fattore derivato per analogia dai diritti costituzionali degli Stati membri.

Come ricordato, negli ultimi anni si è verificato un cambiamento importante nel rapporto fra Corti costituzionali e CGUE - forse causato anche dall’introduzione dell’art. 4.2 TUE - dovuto all’accettazione (sempre limitata, in realtà) della via diretta di dialogo rappresentata dall’art. 267 TFUE<sup>56</sup>. Tuttavia, sarebbe inesatto sostenere che prima di questa svolta non vi fosse dialogo fra corti, anzi, sono numerosi gli studi che hanno dimostrato come in realtà le Corti costituzionali abbiano da sempre cercato di dialogare con i colleghi europei, utilizzando forme alternative di comunicazione.<sup>57</sup> In questo contesto, persino pronunce caratterizzate da toni forti e apparentemente ispirate da dinamiche tutt’altro che cooperative hanno dato avvio a importanti scambi di argomenti fra i giudici. Proprio il rilevante peso giocato dal concetto di identità nazionale nell’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale italiana rappresenta una delle importanti differenze esistenti fra la strategia seguita dalla Consulta e quella intrapresa dai giudici spagnoli - nell’*auto* che diede origine alla sentenza *Melloni*<sup>58</sup> - che del concetto di identità nazionale non avevano fatto menzione, come ricordava nelle sue Conclusioni l’Avvocato Generale Bot<sup>59</sup>.

L’argomento dell’identità nazionale, come codificato dall’art. 4.2 TUE, non ha trovato spazio nella decisione M.A.S. (Taricco II)<sup>60</sup> della Corte di giustizia, che ha preferito convergere verso la posizione italiana giocando su altri terreni. Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio la saga Taricco, che, comunque, ad

---

costituzionali: è un vero dialogo? In *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 2017,

[http://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=436&content=La+Corte+costituzionale+si+rivolge+alla+Corte+di+giustizia+in+tema+di+%27controlimiti%27+costituzionali:+%C3%A8+un+vero+dialogo?&content\\_auth=%3Cb%3ERoberto+Mastroianni%3C/b%3E](http://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=436&content=La+Corte+costituzionale+si+rivolge+alla+Corte+di+giustizia+in+tema+di+%27controlimiti%27+costituzionali:+%C3%A8+un+vero+dialogo?&content_auth=%3Cb%3ERoberto+Mastroianni%3C/b%3E)

<sup>56</sup> Si vedano i contributi nella *special issue* del *German Law Journal* (Vol. 16 n. 6/2015) curato da M. Dicosola, C. Fasone, I. Spigno, <http://www.germanlawjournal.com/volume-16-no-06/>

<sup>57</sup> M. Cartabia, *Taking Dialogue Seriously*, *Jean Monnet Working Paper*, 12/2007. <http://www.jeanmonnetprogram.org/paper/taking-dialogue-seriously-the-renewed-need-for-a-judicial-dialogue-at-the-time-of-constitutional-activism-in-the-european-union/>; G. Martinico, *Judging in the multilevel legal order: exploring the techniques of ‘hidden dialogue’*, in 21 *King’s Law Journal*, 257 (2010).

<sup>58</sup> Tribunal constitucional, auto n. 86/2011, [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Si veda anche la decisione finale del Tribunal constitucional, sentencia n. 26/2014, [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es) in risposta alla decisione della Corte di giustizia dell’UE, C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2013:107.

<sup>59</sup> Conclusioni dell’Avvocato Generale Bot al caso Melloni, ECLI:EU:C:2012:600, par. 139- 142, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>60</sup> Corte di giustizia dell’UE, C-42/17, M.A.S. e M.B. Corte Cost., ordinanza n. 24/2017

avviso di chi scrive non è così stupefacente, specie se si tiene conto della grande attenzione prestata alla giurisprudenza sovranazionale da parte della Corte costituzionale nella propria ordinanza di rinvio<sup>61</sup>, abile nel ricordare all'interlocutore il par. 53 della sentenza Taricco, in cui la stessa CGUE affermava che “se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”<sup>62</sup>.

I toni usati dalla Consulta, infatti, erano già stati utilizzati da altre Corti costituzionali nell'interpretazione di un gioco di ruoli a cui la CGUE sembra essere abituata, tanto da rispondere spesso in maniera anche troppo netta e poco incline agli scambi argomentativi<sup>63</sup>.

Ciò non dovrebbe stupire più di tanto. In fondo il dialogo non presuppone necessariamente la totale identità nelle conclusioni da parte degli interlocutori<sup>64</sup> e vi sono anche numerosi studi sui così detti *cheap talk* che dimostrano come, a volte, anche i messaggi “conditi” di minacce riescano ad attivare fenomeni di negoziazione<sup>65</sup>.

Con riferimento a recenti momenti di tensione fra corti, conviene qui ricordare, ad esempio, le decisioni della Corte costituzionale tedesca sul c.d. OMT (Gauweiler)<sup>66</sup> e sul mandato di arresto europeo<sup>67</sup> e una più recente pronuncia della Corte suprema danese in materia di effetto diretto orizzontale dei principi generali del diritto dell'UE<sup>68</sup>. Da ultimo, a questa serie di pronunce si è aggiunta la decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio 2020 sul c.d. *Public Sector*

<sup>61</sup> La Corte costituzionale italiana è stata oggetto di tantissime critiche, alcuni Autori hanno persino ironizzato su quella ordinanza (L. Gradoni, *Il dialogo tra corti, per finta*, 2017, SIDIBlog, <http://www.sidiblog.org/2017/02/08/il-dialogo-tra-corti-per-finta-4/> . Tuttavia, come ha notato Sarmiento, l'ordinanza della Corte costituzionale era tutt'altro che sprovvista, D. Sarmiento, *Adults in the (Deliberation) Room. A comment on M.A.S.*, in 29 *Quaderni costituzionali*, 228 (2018). secondo cui: “The preliminary reference of the Corte Costituzionale was cleverly construed”.

<sup>62</sup> Corte di giustizia, C-105/14, Taricco, ECLI:EU:C:2015:555.

<sup>63</sup> Si vedano le considerazioni di R. Alonso García, *Guardar las formas en Luxemburgo*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 1 (2012)

<sup>64</sup> A. Torres Pérez, *Conflicts of Rights* cit., pp. 118 ss., secondo cui si definisce vero dialogo lo scambio di argomenti fra soggetti dotati di pari dignità e accettati dai rispettivi interlocutori.

<sup>65</sup> Fra gli altri, J. Farrell, *Cheap Talk Can Matter in Bargaining*, in 48 *Journal of Economic Theory*, 221 (1989); R. Croson, T. Boles, J. K. Murnighan, *Cheap talk in bargaining experiments: lying and threats in ultimatum games*, in 51 *Journal of Economic Behavior & Organization*, 143 (2003).

<sup>66</sup> Prima il già menzionato rinvio (2 BvR 2728/13) operato dalla Corte costituzionale tedesca e poi il seguito a Gauweiler (Corte di giustizia, C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400) con la sentenza del 21 giugno 2016 - 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13. OMT è un acronimo per “Outright Monetary Transactions” e si riferisce a un programma di interventi sul mercato dei titoli di Stato dell'eurozona che era stato annunciato nel settembre 2012 da M. Draghi, presidente della Banca centrale europea (BCE).

<sup>67</sup> 2 BvR 2735/14, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de). Si veda P. Faraguna *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in 27 *Quaderni costituzionali*, 123 (2016).

<sup>68</sup> Corte Suprema danese, caso n. 15/2014. <http://www.supremecourt.dk>. Si veda quanto riportato da S. Klinge, *Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle*, 2017, <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/12/dialogue-or-disobedience-between.html>; R. Holdgaard, D. Elkan, G. K. Schaldemose, *From cooperation to collision: The ECJ's Ajos ruling and the Danish Supreme Court's refusal to comply*, in 55 *Common Market Law Review*, 17 (2018).

*Purchase Program* (PSPP) della Banca centrale europea, in cui i giudici tedeschi hanno dichiarato *ultra vires* la sentenza Weiss<sup>69</sup> della CGUE. Da alcuni ritenuta “la fine del diritto”<sup>70</sup>, questa decisione dei giudici di Karlsruhe non sembra poter rappresentare la fine del processo integrativo, anche se potrebbe dare origine a un pericoloso effetto domino. Alcuni Autori hanno (di nuovo) attaccato il concetto di identità nazionale e il pluralismo costituzionale<sup>71</sup> anche se, a ben vedere, la strategia seguita dai giudici tedeschi in quell’occasione non ha insistito sul concetto di identità, ma, appunto, sul controllo *ultra vires*. È vero che nella giurisprudenza più recente la Corte costituzionale tedesca ha dimostrato di concepire i due strumenti come collegati<sup>72</sup>, ma la loro autonomia concettuale non sembra essere venuta meno.

Del resto, come già ricordato, la Corte costituzionale tedesca nell’ordinanza che aveva dato origine a Gauweiler<sup>73</sup> sembrava avere assunto una posizione intransigente<sup>74</sup>, salvo poi accettare, non senza lanciare l’ennesimo avviso ai colleghi lussemburghesi, quanto stabilito nella pronuncia della CGUE<sup>75</sup>.

Proprio in Gauweiler<sup>76</sup>, in realtà, la Corte di giustizia non ha dato troppo spazio al concetto di identità nazionale, dimostrandosi a disagio con l’art. 4.2 TUE e in genere con tutte quelle disposizioni che rinviano al diritto nazionale, di cui ultimamente il diritto dei Trattati (o delle fonti equivalenti, si pensi alla Carta di Nizza) si è arricchito.

Non era un caso, allora, che, accanto ai passaggi dedicati al 4.2 TUE la nostra Corte costituzionale nell’ordinanza 24/2017 avesse anche fatto riferimento al principio di legalità penale inteso come tradizione costituzionale comune, usando insieme due strategie argomentative che il vecchio art. 6 TUE codificava nella medesima disposizione e che, con il Trattato di Lisbona, sono state apparentemente scisse.

In questo senso, guardando a tre giurisprudenze (quella della CGUE, quella della Corte costituzionale tedesca e quella della Corte costituzionale italiana) si può notare come il concetto (di per sé ambiguo) di identità nazionale abbia dato origine a tre tipi di controlli non coincidenti.

La CGUE dimostra di concepire il concetto di identità nazionale come chiave di lettura utile per rileggere le già esistenti clausole di deroga al primato

---

<sup>69</sup> Corte di giustizia dell’Unione europea, C-493/17, Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000.

<sup>70</sup> M. Dani, J. Mendes, A.J. Menendez, M. Wilkinson, H. Schepel, E. Chiti, *At the End of the Law. A Moment of Truth for the Eurozone and the EU*, 2020, <https://verfassungsblog.de/at-the-end-of-the-law>.

<sup>71</sup> R. D. Kelemen, P. Eeckhout, F. Fabbrini, L. Pech, R. Uitz *National Courts Cannot Override CJEU Judgments A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order*, 2020, <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>

<sup>72</sup> 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, P. Faraguna, D. Messineo, *Il Bundesverfassungsgericht salva (con riserva) l’Unione bancaria, Quaderni costituzionali* 927 (2019).

<sup>73</sup> 2 BvR 2728/13

<sup>74</sup> 2 BvR 2728/13.

<sup>75</sup> 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13

<sup>76</sup> Corte di giustizia dell’UE, C-62/14, *Gauweiler*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

del diritto dell'Unione<sup>77</sup>; la Corte costituzionale tedesca sembra oscillare, ma nell'ordinanza che ha dato origine a Gauweiler ha dimostrato di concepire il suo controllo sull'identità come diverso da quello del giudice europeo<sup>78</sup>. Infine, la Corte italiana sembra ispirarsi a una logica dualista per cui spetta al giudice nazionale chiarire il concetto di identità nazionale e a quello di Lussemburgo trarre le conseguenze dal concetto – così interpretato dal giudice nazionale di volta in volta interessato – sul piano del primato del diritto dell'UE. Ciò dimostra come i rinvii ai “materiali normativi” nazionali contenuti nei Trattati europei abbiano finito paradossalmente per amplificare invece che limitare i conflitti costituzionali, confermando la loro ineludibilità. Allo stesso tempo, esiti come quello che ha caratterizzato la saga Taricco sembrano confermare l'impatto talvolta positivo dei conflitti sul processo di costituzionalizzazione europea.

La risposta della CGUE ha sorpreso molti, ha fatto addirittura temere circa la uniformità del diritto dell'UE, ma chi scrive non pensa che sia così<sup>79</sup>. In M.A.S. la Corte non ha indietreggiato rispetto al principio espresso in Taricco, ribadendo l'obbligo degli Stati di preservare gli interessi finanziari dell'Unione con misure efficaci, al fine di non frustrare gli effetti della normativa sovranazionale<sup>80</sup>. Sulla scia di quanto ricordato dalla Corte costituzionale italiana, però, ha anche ricordato come sia necessario preservare il principio di legalità dei reati e delle pene (par. 51), rinviando allora (in attesa di un intervento del legislatore nazionale, richiamato ai par. 41 e ss.) al giudice nazionale per la verifica circa il rispetto del “principio della determinatezza della legge applicabile”<sup>81</sup>. Non si tratta, del resto,

<sup>77</sup> B. Guastaferrò, *Beyond the Exceptionalism* cit; Su clausole di deroga e diritti fondamentali (anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) si veda, per esempio: F. Ferraro, J. Carmona, *Fundamental Rights in the European Union The role of the Charter after the Lisbon Treaty*, 2015, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS\\_IDA\(2015\)554168](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA(2015)554168)

<sup>78</sup> Si veda quanto sostenuto dalla Corte costituzionale tedesca nel rinvio promosso alla Corte di giustizia nel caso Gauweiler, in cui i giudici tedeschi hanno sottolineato che “the identity review performed by the Federal Constitutional Court is fundamentally different from the review under Art 4 sec. 2 sentence 1 TEU by the Court of Justice of the European Union” (2 BvR 2728/13, par. 29). Su questo si veda P. Faraguna, *La Corte di Giustizia strizza l'occhio alla Corte di Karlsruhe nel caso Gauweiler (OMT)*, in 26 *Quaderni costituzionali*, 798 (2015). Si compari quanto sostenuto nell'ordinanza di rinvio appena menzionata con ciò che i giudici tedeschi hanno scritto nella decisione sul mandato di arresto europeo: “The identity review does not violate the principle of sincere cooperation within the meaning of Art. 4 sec. 3 TEU. It is rather inherent in the concept of Art. 4 sec. 2 sentence 1 TEU (cf., on taking into consideration the national identity, ECJ, Judgment of 2 July 1996, *Commission v Luxembourg*, C-473/93, ECR 1996, I-3207, para. 35; Judgment of 14 October 2004, *Omega*, C-36/02, ECR 2004, I-9609, paras. 31 et seq.; Judgment of 12 June 2014, *Digibet and Albers*, C-156/13, EU:C:2014:1756, para. 34) and corresponds to the special nature of the European Union”, 2 BvR 2735/14, par. 44. Sulle differenze a proposito del modo di concepire il controllo sull'identità si veda, per tutti, P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in 18 *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 431, 455 (2016).

<sup>79</sup> D. Burchardt, *Belittling the Primacy of EU Law in Taricco II*, 2017, <https://verfassungsblog.de/belittling-the-primacy-of-eu-law-in-taricco-ii/>

<sup>80</sup> “Nei casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione in materia di IVA, siano adottate sanzioni penali dotate di carattere effettivo e dissuasivo (v., in tal senso, sentenza Taricco, punti 42 e 43)”. Corte di giustizia dell'UE, C-42/17, M.A.S. e M.B., ECLI:EU:C:2017:936, par. 35.

<sup>81</sup> “Ne deriva, da un lato, che spetta al giudice nazionale verificare se la condizione richiesta dal punto 58 della sentenza Taricco, secondo cui le disposizioni del codice penale in questione

della prima volta in cui la CGUE rinvia una scelta di questo tipo ai giudici nazionali, anzi, prendendo spunto da decisioni come questa *Tridimas* ha notoriamente distinto all'interno della giurisprudenza sovranazionale fra “guidance cases”, “deference cases” e “outcome cases”<sup>82</sup>.

D'accordo con quanto scritto da Sarmiento<sup>83</sup> si pensa che l'uso strategico dell'argomento dell'identità abbia scatenato un vero e proprio dialogo<sup>84</sup>, in cui gli interlocutori sono partiti da posizioni e premesse diverse, prendendo in considerazione la tesi dell'altro e giungendo poi a un compromesso. Ecco che allora dialogo e conflitto non devono essere visti come concetti antitetici, dato che anche la minaccia dei conflitti può essere funzionale allo scambio di argomenti e quindi a dinamiche cooperative. Questi disaccordi interpretativi innescano, in altre parole, fenomeni di dialogo *stricto sensu* inteso.

#### 4. Una lettura sistematica dell'art. 4.2 TUE come argine alla manipolazione populista dell'identità nazionale

Dopo aver riassunto la genesi dell'art. 4.2 TUE e le divergenze interpretative fisiologiche create da una disposizione tanto ambigua, è il momento di chiarire come respingere la contro-narrazione costituzionale avanzata dai populismi e, in

---

impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione”, Corte di giustizia dell'UE, C-42/17, M.A.S. e M.B., ECLI:EU:C:2017:936, par. 59.

<sup>82</sup>In providing preliminary rulings on the interpretation of EU law, the European Court of Justice carries out essentially review of constitutionality of Member State action. The ECJ enjoys discretion in determining the specificity of its ruling. It may give an answer so specific that it leaves the referring court no margin for maneuver and provides it with a ready-made solution to the dispute (outcome cases); it may, alternatively, provide the referring court with guidelines as to how to resolve the dispute (guidance cases); finally, it may answer the question in such general terms that, in effect, it defers to the national judiciary (deference cases). The degree of specificity is not a random exercise but a conscious judicial choice. The ECJ's discretion in this respect operates as a constitutional valve and illustrates the direct use of judicial power”, T. Tridimas, *Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction*, in 9 *International Journal of Constitutional Law*, 737 (2011).

<sup>83</sup> D. Sarmiento, *Adults in the (Deliberation) Room* cit.

<sup>84</sup> Parzialmente diverso è il discorso con riferimento alla sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale in cui la Consulta ha dimostrato di non volere lasciare molto all'originaria posizione della CGUE e in cui appaiono davvero problematici i seguenti passaggi: “Fermo restando che compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto, è anche indiscutibile che, come ha riconosciuto la sentenza M.A. S., un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento....In quest'ultimo caso, anche se il principio di assimilazione non desse luogo sostanzialmente a un procedimento analogico in *malam partem* e potesse permettere al giudice penale di compiere un'attività priva di inaccettabili margini di indeterminazione, essa, comunque sia, non troverebbe una base legale sufficientemente determinata nell'art. 325 TFUE, dal quale una persona non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, desumere autonomamente i contorni della ‘regola Taricco’... la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della “regola Taricco” nel nostro ordinamento”, Corte Costituzionale, sentenza n. 115/2018.

particolare, come sconfessare la ricostruzione manipolatoria avanzata dalla Corte costituzionale ungherese. Un primo elemento importante è sicuramente offerto dalla necessità di confutare, in parte almeno, la lettura di Bogdandy e Schill. Questo è del resto suggerito dai lavori preparatori della seconda Convenzione, basti pensare alla clausola Christophersen<sup>85</sup> e alla disposizione equivalente all'attuale art. 4.2 TUE (il vecchio art. I-5 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa), che precedeva - e non seguiva - l'art. I-6, dedicato al principio del primato. Lo ha ricordato anche Claes in dottrina, secondo cui:

“[T]his is not a plausible interpretation of the provision. Article 4(2) should not be read as intending to allow the national (constitutional) courts to unilaterally refuse to apply EU law, on the ground that they are protecting national constitutional identity. Understood in this way, Article 4(2) does not represent a confirmation of the contro-limiti case-law of the national constitutional courts, which take their cue from the national Constitutions and retain jurisdiction to decide on the applicability of EU law. Quite on the contrary: the provision Europeanizes the position of these courts. In other words, the EU must, as a matter of EU law, respect the constitutional identity claimed by Member States, and if necessary, provide for exceptions and derogations, if it is agreed that national identity so requires. Ultimately, it is for the EU and its CJEU to decide whether the claim of the Member State based on the national constitution should be sanctioned as a matter of EU law”<sup>86</sup>.

Leggere l'art. 4.2 TUE come fonte autonoma di deroga rispetto al principio del primato è un'opzione che sembra essere smentita anche dai riferimenti al principio di competenza che caratterizzano il testo dell'art. 4. Questo è un punto centrale: molte delle letture che criticano il testo dell'art. 4.2 TUE tendono a leggere il riferimento all'identità nazionale in maniera decontestualizzata rispetto al resto della disposizione. Per uno strano scherzo del destino, una lettura simile è sposata anche nella sentenza della Corte costituzionale ungherese, che ha, di fatto, letto il riferimento all'elemento identitario in maniera sconnessa dal resto della previsione.

I già richiamati studi di Guastafarro sull'origine della clausola sono utili per confermare questo passaggio. Il comma 1 dell'art. 4 TUE infatti afferma che: “In conformità dell'articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei

---

<sup>85</sup> “Indeed, the current formulation of the identity clause stems from the works of the European Convention drafting the Treaty establishing a Constitution for Europe. In particular, the clause was conceived within working group V on ‘complementary competence’, which was explicitly set up to avoid the interferences between functional and sectorial competences (ie between competences based on aims and competences based on fields)”, B. Guastafarro, *Beyond the Exceptionalism* cit, 264

<sup>86</sup> M. Claes, *National Identity: Trump Card or Up for Negotiation?*, in C. Alcobarro, A. Saiz Arnaiz (cur.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Oxford – Anversa, 2013, 109, 122.

trattati appartiene agli Stati membri”. Questo passaggio conferma la necessità di leggere in sistema questa disposizione con i principi di attribuzione e competenza. Ciò sembra confermare l’origine dell’art. 4.2 TUE come norma (anche) sulla competenza, conclusione supportata anche dal riferimento esplicito alle competenze degli Stati, nella parte in cui si stabilisce che “in particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro”. Il riferimento al principio di competenza serve da solo a delimitare le tentazioni di un uso unilaterale del riferimento all’identità nazionale. A questo limite va, però, aggiunto anche quello al principio di cooperazione, richiamato al par. 3. A ben vedere, la connessione fra rispetto dell’identità nazionale e principio di cooperazione è stata valorizzata da alcuni Avvocati Generali<sup>87</sup>. Allo stesso tempo, alcuni Autori hanno sottolineato la tensione esistente fra questi due principi:

“While the duty of loyal cooperation has commonly been addressed to the Member States, the novel formulation requires also the Union to assist Member States in achieving the Treaty’s goal. Besides the reference to mutuality, which stresses that the principle of sincere cooperation binds not only to the Member States, but also to the EU institutions,<sup>169</sup> the novel reference to the word respect is equally important. Indeed, being already mentioned in paragraph 4(2) TEU on national identities, it assumes a crucial relevance in informing the relationship between the Union and the Member States. It was pointed out, indeed, that in the context of Article 4(3) TEU on sincere cooperation, respect goes beyond mutual and reciprocal assistance, to entail that the Union and the Member States must not transgress upon the prerogatives of the other”<sup>88</sup>.

In realtà, la contrapposizione è solo virtuale. A ben vedere, infatti, si potrebbe dire che il riferimento al rispetto dell’identità nazionale rende il principio di leale cooperazione bilaterale, non intendendosi quest’ultimo come solo riferito al dovere di dare attuazione al diritto dell’Unione, ma anche come implicante l’obbligo di rispettare la struttura costituzionale degli ordinamenti nazionali. Si tratta di un’integrazione che offre prospettive ermeneutiche interessanti, anche se alcuni Autori si sono espressi in maniera scettica a proposito del reale impatto di questo combinato disposto (4.2 e 4.3 TUE) sulla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>89</sup>. Vi sono poi degli elementi testuali che sconfessano la ricostruzione della Corte costituzionale ungherese, in particolare la confusione fatta fra identità nazionale e identità costituzionale, quest’ultima non menzionata dalla lettera dell’art. 4.2

<sup>87</sup> Conclusioni AG Campos Sánchez-Bordona, C-621/18, Wightman, ECLI:EU:C:2018:978; Conclusioni AG Bobek, par. 96, C-391/17, European Commission v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ECLI:EU:C:2019:97.

<sup>88</sup> B. Guastafarro, *Sincere cooperation and respect for national identities*, in R. Schütze and T. Tridimas (cur.), *Oxford Principles of European Union Law: Volume 1: The European Union Legal Order*, Oxford, 2018, 350, 380

<sup>89</sup> M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, 84.

TUE. Su quest'ultimo punto è stato scritto tanto - la stessa Corte di giustizia, del resto, sembra utilizzare le due formule in maniera fungibile - ma alcuni Autori hanno contestato questa ricostruzione:

“This article swims against the tide. It defies the conflation of national and constitutional identity prevalent in European constitutionalism. To this end, it makes three central points. First, it is submitted that the said conflation is not founded on a solid theory of legal interpretation. Second, this paper advances the argument that the obligation to respect the national identities of the Member States, as enshrined in Article 4(2) TEU, rests on different normative assumptions than the claim, made by certain constitutional courts, that European law must comply with constitutional identity for it to be applicable in the domestic legal order. Whereas the Union’s obligation to pay heed to national identity is grounded in a liberal concern for the respectful treatment of the members of a multinational political community, the constitutional courts’ preoccupation with constitutional identity rests on a particular conception of sovereignty. In other words, the demands for respect for national and constitutional identity are informed by distinct theoretical narratives. Third, it is argued that the Treaty makers had good reasons for writing into the EU Treaty a requirement of respect for the Member States’ national identities rather than the States’ sovereignty, or their constitutional identity, for that matter. The Treaties’ focus on national identity should therefore be embraced and taken seriously”<sup>90</sup>.

Queste considerazioni ci riportano a un'altra parola chiave utilizzata dalla Corte costituzionale ungherese -quella di sovranità- concetto non menzionato dalla lettera e solo in parte implicitamente tutelato dall'art. 4.2 TUE, ma esaltato dai giudici ungheresi, non casualmente, vista la retorica sovranista che caratterizza il pensiero di Orbán.

L'ultimo elemento essenziale da tenere a mente è quello relativo alla possibilità di utilizzare l'identità nazionale per giustificare violazioni dei valori fondanti dell'UE e del rispetto dei diritti umani, patrimonio comune ai sensi dell'art. 2 TUE e richiamati soprattutto all'art. 6 TUE. Purtroppo, esistono anche Conclusioni di Avvocati Generali che sembrano contribuire al caos: si pensi a quelle relative al caso *A contre Udlaendinge*, secondo cui “[t]he individual rights guaranteed by EU law may come into conflict with the national identities of the Member States which the European Union is also committed to respecting, as is clear from Article 4(2) TEU. In such a case, the Court must strike a necessary but delicate balance between those two a priori competing interests by applying the

---

<sup>90</sup> E. Cloots, *National Identity, Constitutional Identity*, cit., 82.

principle of proportionality”<sup>91</sup>. Questo tipo di impostazione, fondato sulla possibile contrapposizione fra diritti e identità, rischia di fare dell’art. 4.2 il fondamento autonomo di deroghe al diritto dell’UE, cosa non accettata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Diverso è il caso di sentenze come Sayn-Wittgenstein<sup>92</sup>, in cui l’identità nazionale è stata utilizzata per rileggere clausole come quella dell’ordine pubblico<sup>93</sup>.

La scissione già menzionata fra identità nazionale e tradizioni costituzionali comuni, operata dal Trattato di Lisbona, che ha codificato in due previsioni diverse due aspetti prima inclusi nella stessa disposizione, ha dato forse l’impressione di poter interpretare il rispetto dell’identità nazionale in splendido isolamento rispetto ad altre norme del Trattato. Tuttavia, cedere a questa tentazione ermeneutica vorrebbe dire commettere un errore interpretativo (e politico, allo stesso tempo) enorme, appoggiando in questo modo la contro-narrazione populista.

Giuseppe MARTINICO  
Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa  
[giuseppe.martinico@sssup.it](mailto:giuseppe.martinico@sssup.it)

<sup>91</sup> Conclusioni dell’Avvocato Generale Pitruzzella, C-89/18, *A contre Udlaendinge- og Integrationsministeriet*, ECLI:EU:C:2019:580, par. 1.

<sup>92</sup> Corte di giustizia dell’UE, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806.

<sup>93</sup> Secondo la ricostruzione già menzionata di B. Guastaferrò, *Beyond the Exceptionalism* cit

