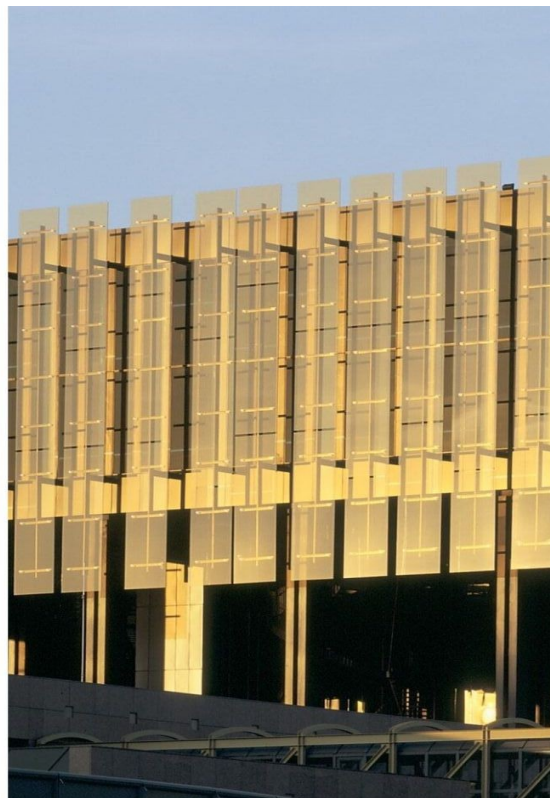




ISSN 2384-9169
NUMERO SPECIALE
30/12/2022
www.eurojus.it

Courts, Values and European Identity

A cura di Gianluca CONTALDI e Roberto CISOTTA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Centro di Eccellenza Jean Monnet
Via Festa del Perdono, 7 - 20122 Milano - Italia/Italy

Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union



INDICE

1. Roberto CISOTTA, *The Bitter Sweet Symphony of Courts in Europe's Moment*.....3
2. Nicola VEROLA, *Corte di Lussemburgo e giudici costituzionali degli Stati membri nel (faticoso) avanzamento del processo di integrazione europea*.....34
3. Jacques ZILLER, *Dialogo, confronto, o contrapposizione tra Corti?*.....43
4. Cesare PINELLI, *Valori comuni agli Stati membri e interesse finanziario dell'Unione*56
5. Silvana SCIARRA, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?*.....69
6. Leonard BESSELINK, *The Problem with Primacy*.....81
7. Gianluca CONTALDI, *Le sentenze della Corte di giustizia sui ricorsi di Polonia e Ungheria e l'emersione del concetto di identità europea*.....87

The *Bitter Sweet Symphony* of Courts in Europe's Moment

DI ROBERTO CISOTTA*

Sommario: 1. The Current Bad Times of the EU: Dialogue or Quarrels between Courts? – 1.1. The Issue of Competences and the *misunderstandings* of the BVerfG. – 1.2. The Duty of Sincere Cooperation: a German Perspective in the Aftermath of *Weiss*. – 1.2.1. Acting in Line with the Duty of Sincere Cooperation in Difficult Times. – 2. Dear markets, please lend us some *argent de poche* ...we need it to set up the *Recovery Plan* for Europe. – 3. Primacy is everywhere, primacy is nowhere...

1. The Current Bad Times of the EU: Dialogue or Quarrels between Courts?

In these days, the founding structures of EU Law, like primacy, are being re-discussed both at the institutional and at the doctrinal level. This discussion has reached critical pitches and the whole system seems under attack¹. Although going through crises has often stimulated Europe to make important moves onwards, many worrying signals arise. While European Institutions strive to consolidate EU's capacity to defend its fundamental values and to strengthen the structures on which the EU legal order has been built, as well as to expand European capacities to face new challenges to the maximum extent possible, sceptical or openly antagonistic attitudes recurrently emerge on the part of Member States (or at least of some of them). These pages, building in particular on some of the findings of the papers published in this collection, contain a few observations on the legal implications arising out of the dangerous game involving the recalled opposed forces.

Before starting, I will clarify some choices and assumptions.

First, one may wonder whether we are really going through ...just one crisis, or a bundle of crises (e.g. the pandemic, the rule of law crisis, the Ukraine invasion...). Tensions and reactions may come with some delay after their originating facts and different strains of events overlap: as a consequence, the *real* causes and starting dates of the turbulences to which I refer can be the object of debate. Such overlaps are also likely to shift from the historical succession of events to the legal world, with a transfer of tensions that may sometimes hit some founding

* Associate Professor of EU Law, Sapienza University – Rome. I would like to thank Dr. Edoardo Caterina for the kind assistance in some aspects of the judicial research and Professors Ilaria Anrò and Sara Poli for their comments and suggestions on an earlier version of this paper. All responsibilities for errors and inaccuracies rest mine.

¹ See Daniele, "L'integrazione europea in crisi? Riflessioni sul tema", in Amalfitano, Condinanzi (a cura di), *Paura dell'Europa: spunti di razionalizzazione – atti del webinar del 18 maggio 2020*, "Chi ha (ancora) paura dell'Europa" (Giappichelli, 2020), 49.

structures of the EU legal order (at least apparently) not directly related to the origins of such tensions. Exploring the propagation of such forces could be the object of an interesting enquiry, but it falls outside the scope of this introductory essay. Therefore, without referring to one or more specific ‘crises’ anymore, I will select a few relevant events, essentially – but not exclusively – turning around the *fil rouge* of the recent jurisprudence of the German Constitutional Court, and of some of the connected legal issues. The choice is made only for the purpose of addressing some specific legal points: other issues and events neglected here are indeed important from other points of view.

Second, the very existence of a sceptical or antagonistic attitude, or its real capacity to cause real and effective harm to the functioning of the EU legal order, or to the progress of the European integration project, is sometimes called into question: it is submitted that, in a series of situations, the reported harmful effects for the EU legal order of some acts are, if put and understood in the correct context, *lighter* than they may *prima facie* appear or, at the end, not really critical². Inaccurate narratives can – intentionally or not – certainly distort the legal reality conferring negative connotations (negative from the point of view of the progress of European integration) to acts or events well beyond their real content and the attitudes of the organs that have adopted or caused them. These reconstructions will not be discussed in detail, but they will be considered only incidentally or implicitly: without addressing points that are not *per se* problematic, I will rather try to take stock of the criticisms that, in my opinion, are effectively arising.

Third, I will not dwell upon proposals implying changes of the EU Treaties.

The attitude shown in recent times by the *Bundesverfassungsgericht* (hereinafter also ‘BVerfG’), the German Constitutional Court, will be used to discover some specific problems: tides flowing from Karlsruhe are fuelling the debate, *inter alia*, on primacy of EU law over national laws, while the *Recovery Plan* has been kept under threat for quite a long time. I will focus in particular on some consequences flowing from the judgment delivered on 5 May 2020 on the Public Sector Purchase Programme (PSPP) of the European Central Bank (ECB)³ and I will then briefly analyze the ruling regarding the ratification of the new own resources decision, necessary for the setting up of the *Recovery Fund* for Europe⁴.

The first decision, given in the *Weiss* case after a preliminary reference to the Luxembourg Court, applied the *counter-limits*, in the German version, against the PSPP. More specifically, the Programme and the insufficiently strict scrutiny, carried out by the Court of justice in its preliminary ruling over the proportionality of the PSPP⁵, constituted for the Judges of the

² See, from two different perspectives, Pace, “Il principio del primato è “sotto attacco”? Brevi note su (presunti) limiti scaturenti dalle Costituzioni nazionali e dal sindacato delle Corti costituzionali”, BlogDUE 2022, <https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2022/10/Pace-BlogDUE-1.pdf> and Ziller, “Dialogo, confronto, o contrapposizione tra Corti?”, in this Issue.

³ 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16 (2020).

⁴ 2 BvR 547/21, 2 BvR 798/21 (2021 and 2022). I will not touch upon the recent decision on the ratification of amendments to the Treaty establishing the European Stability Mechanism: 2 BvR 1111/21 (2022).

⁵ Case C-493/17, *Weiss*, EU:C:2018:1000.

BVerfG an act trespassing the boundaries of the enumerated competences of the EU (an *ultra vires* act).

The judgment in question, based on long and often redundant argumentations, has triggered a wide debate⁶ and just two points will be highlighted here.

1.1. The issue of competences and the misunderstandings of the BVerfG

In the first place, there is an issue regarding the reconstruction of EU competences. The PSPP constitutes the exercise by the EU, via the ECB, of monetary policy for the euro area, which is one of its exclusive competences under Art. 3(1)(c) TFEU. In the view of the Karlsruhe Judges, the PSPP ran the risk of breaking the perimeter of monetary policy – thus becoming *ultra vires* –, because its disproportionateness, or the inaccurate scrutiny over its proportionality, did not take into account its effects in the field of economic policy, which essentially rests in the hand of Member States.

It has nevertheless to be borne in mind that, in the context of economic policy, ‘specific provisions apply to Member States whose currency is the euro’ (see Article 5(1) second indent TFEU). This statement is contained the first Part of the TFEU and precisely in its Title I, dedicated to the definition of ‘Categories and Areas of Union Competence’. This collocation must have a meaning: in my opinion, Member States have to sacrifice not just monetary policy – which, as seen, becomes an exclusive competence of the Union – but also something of their economic policy to enter the euro area.

This implies a certain intrusion into national economic policies of euro area Member States, which does not only mean that, within the excessive deficit procedure, real sanctions (‘coercive means of remedying excessive deficit’ in the words of the Treaties) can be applied (see Articles 126(9)(11) and 139(2)b TFEU) and that, in the context of the European Semester, national budget decisions are more strictly overseen than for Member States with a derogation.

⁶ See, amongst many others, Ziller, “The unbearable heaviness of the German constitutional judge: On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank’s PSPP programme”, CERIDAP, 7 May 2020, <https://ceridap.eu/the-unbearable-heaviness-of-the-german-constitutional-judge-on-the-judgment-of-the-second-chamber-of-the-german-federal-constitutional-court-of-5-may-2020-concerning-the-european-central-banks-pspp/>, Tesauro and De Pasquale, “La BCE e la Corte di Giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco”, *Il Diritto dell’Unione europea: Osservatorio europeo*, 11 May 2020, http://images.dirittounioneeuropa.eu/f/sentenze/documento_DWGpl_DUE.pdf; Viterbo, “The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sands in the Wheels of the European Central Bank” (2020), *European Papers*, 671; “The German Federal Constitutional Court’s PSPP Judgment” (2020), Special Issue, *German Law Journal* 21, 1078, <https://germanlawjournal.com/>; Bobic and Dawson, “National Courts Making sense of the “incomprehensible”: The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court”, *LVII Common Market Law Review*, 1953; Tridimas, “From Banking to Biting: Reflections on the *Bundesverfassungsgericht* Judgment of 5 May 2020” and Violini, “Le reserve tedesche nei riguardi della UE: un po’ di storia e qualche considerazione sulla sentenza del *BVERFG* sul *PSPP* (*EZB-URTEIL*)”, both in Amalfitano, Condinanzi (a cura di), *Paura dell’Europa: spunti di razionalizzazione*, cit., respectively 143 and 63; Petersen and Chatziathanasiou, “Primacy’s Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law”, Study for the European Parliament’s AFCO Committee, 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/692276/IPOL_STU\(2021\)692276_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/692276/IPOL_STU(2021)692276_EN.pdf), Baquero Cruz, “Karlsruhe and its Discontents”, *EUI Working Paper*, LAW 2022/10, <http://hdl.handle.net/1814/74716>.

Making monetary policy work entails giving a certain room for manoeuvre to the ECB also as regards the genuinely economic effects of its monetary actions: Article 127(1) and 282(2) TFEU, laying down the objectives of the European System of Central Banks and of the ECB, should therefore be intended as granting the ECB the needed freedom to evaluate such economic effects, without undue encroachments also in the context of judicial scrutiny over the related measures. This reconstruction can also ensure the respect of the independence of the ECB (see Articles 130 and 282(3)). In other terms, a *deferential* approach – which does not amount to say absence of scrutiny – should be deserved by courts to the Central Bank of the euro in this respect⁷.

It is probably not surprising that the German Constitutional Court has reserved something similar to the advocated *deference* to the German Federal Government and the *Bundestag* when called to ensure the follow-up to its *Weiss* judgment, by carrying out an additional proportionality assessment of the PSPP via some additional documents provided by the ECB. In an order issued on 29 April 2021⁸, the Second Senate, the same that adopted the judgment in the *Weiss* case, stated the following:

‘When exercising their ‘responsibility with regard to European integration’, the constitutional organs in principle decide autonomously how to fulfil their mandate of protection; in this respect, they have a broad margin of appreciation, assessment and manoeuvre; they must consider existing risks and take political responsibility for their decisions (...)’⁹.

There were no room, at the end, for evaluations different from those, positive with regard to the PSPP, expressed by the Federal Government and the *Bundestag*. The BVerfG has added – on the basis of its preceding case-law – that the national organs can take a variety of legal or

⁷ See in general on this issue Goldmann, “Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review”, 15 *German Law Journal*, 265, 2014. With direct reference to the *Weiss* case, see Bay Larsen, “Legal Bridges over Troubled Waters? Standard of Review of ECB Decisions by EU Courts”, Egidy, “Judicial Review of Central Bank Action: Can Europe Learn from the United States?”; Huber, “The ECB under Scrutiny of the Bundesverfassungsgericht”; Zilioli, “The Standard of Review of Central Banks Decision: an Introduction”, in *Building Bridges: Central Banking Law in an Interconnected World* (European Central Bank, 2019), <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.ecblegalconferenceproceedings201912~9325c45957.en.pdf>, respectively 47, 53, 28, 23.

⁸ 2 BvR 1651/15 (2021) and 2 BvR 2006/15 (2001).

⁹ Order of 29 April 2021, para 90, quotation of the English translation provided on the official website of the BVerfG: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>. Before stating that the national organs in question enjoy a wide margin of discretion, the BVerfG found that the applications filed to obtain an order of execution were procedurally inadmissible. The German Federal Constitutional Judges maintained that such an order cannot ‘amend, modify, add to or expand the decision on the merits which it serves to enforce’ (Order of 29 April 2021, para 77). Thus the Court is not enabled to carry on a new analysis of the situation from the point of view of facts and law. This implies that measures adopted after the first decision – the one whose execution should be under control – fall outside the scope of the review the Constitutional Court can exercise. These are technical constraints that pertain to the type of control related to the execution of a precedent decision: expanding its scope would unduly favour applicants’ position, which could however start a new action, with the activation of full powers of the BVerfG (Order of 29 April 2021, para 78). The Karlsruhe Court specifically states that the assessment implied in the action for execution sought would involve, *inter alia*, the question whether the actions taken (or not taken) by the Federal Government and the Bundestag fall within constitutional law or EU law, with the possible activation of a new preliminary reference procedure on the point (para 86 of the 29 April 2021 order).

political measures, which may imply the transfer of competences related to an (initially) *ultra vires* act from the national level to the EU, or to ‘*rescind* acts that are not covered by the EU integration agenda’, or to restrict the domestic effects of the act in question to the maximum extent possible¹⁰.

It is beyond doubt that the German Constitutional Court was seeking to preserve the needed margin for manoeuvre to ensure a correct balance between the constraints emerging from the national Constitution and the dynamics of European integration: national organs are, in this respect, those that hold the best position to evaluate the steps to be taken and no one could claim that such organs should be deprived of their prerogatives and duties under national constitutional law. Besides, political institutions bear a precise responsibility (also ‘with regard to European Integration’) and it would be difficult to recognize a similar responsibility, and thus the same discretion, to a ‘technical’ Institution like the ECB when performing its monetary policy tasks¹¹.

Nonetheless, one can hardly escape the impression that there is a fundamental *distrust* towards (not just the organs that performs their specific ‘technical’ tasks but) the whole EU structure, where the appropriate checks and balances, including space for political controls and judicial review, are (and should be) provided for the exercise of competences that were (once) national. Indeed, the attack had been carried out against the ECB and the Court of justice while, only when the *business* comes back to the national level, spaces for technical and political appreciations are re-expanded. Even if one accepted that the ultimate legitimacy source should rest in the national Constitutions, it is clear that, in the referred rulings of the BVerfG, EU Institutions and the EU in general are judged not really capable to bear the responsibilities related to the management of the dynamics of EU competences, seen as very risky for the national system (even if such dynamics, as reconstructed in the *Weiss* judgment of the Court of justice, rested faithfully in line, in my view, with the EU Treaties and did not include any *ultra vires* act on the part of EU Institutions¹²).

It must be admitted that, guided by distrust towards EU Institutions or not, the *Bundesverfassungsgericht*, with its order delivered on 29 April 2021, has finally dismantled the bomb. It seems in fact that, adjudicating on the merits of the action despite its procedural inadmissibility¹³, the German Constitutional Court has finally closed the door to the grievances related to the PSPP. It is not a laudable story anyway and the Karlsruhe Judges could have contributed, with a different attitude – as I will argue in the next section –, to make it a less confrontational exercise.

As I will briefly recall below, the national organs which were granted the referred ample discretion will have taken an explicit engagement to the effect that a review like that carried out

¹⁰ Order of 29 April 2021, paras 91-92, emphasis added.

¹¹ It is interesting that, with reference to the national framework, the BVerfG states that ‘[a]s an institution that forms part of indirect state administration (*mittelbare Staatsverwaltung*), the *Bundesbank* itself is not an independent bearer of the ‘responsibility with regard to European integration’ (Order of 29 April 2021, para 88).

¹² See in particular the reconstruction of the relations between economic and monetary policy above, in this same section.

¹³ See *supra*, at 9.

by the BVerfG, apt to undermine the founding structures of the EU – and in particular the judicial system –, would be avoided in the future.

It has to be recognized that some ambiguities effectively existing in the EU competence framework have given leeway to the Karlsruhe Court to play its hazardous game, paying homage to the vested interests of those who had filed the action in the *Weiss* case¹⁴. Although the existence of an EU economic policy has to be certainly admitted on the basis of the considerations set out at the beginning of the present section, it rests a not well defined field of competences. This is due to the political compromise at the origin of the Economic and Monetary Union, where clear powers were conferred upon the Union only as regards monetary policy. Furthermore, the border between economic and monetary policy results, in general, blurred¹⁵. Thus, monetary and economic acts fall in an area where the establishment of an appropriate praxis – also as regards the definition of the dividing line between the two domains – should be left as far as possible to the interaction between the actors to which the respective responsibilities are conferred. This should be considered as an additional reason why courts should exercise a cautious review on the relative acts.

There is a first lesson to be learnt from this bitter episode of *judicial dialogue*, in particular as regards EU competences. Even if one moves away from the difficulties and specificities of economic and monetary policy, it is evident that the crucial principle of conferral enshrined in Article 5 TEU – which constitutes the basis of the pretensions of the Karlsruhe Judges – has to be read in conjunction with the duty of sincere cooperation laid down in Article 4(3) TEU¹⁶. What the BVerfG in essence failed to do was to understand that competences are conferred to attain the objectives set out in the Treaties (as stated by Article 5(2) TEU) and when such competences are exercised, Member States are under a duty to cooperate loyally with the EU Institutions assisting them in pursuing such objectives¹⁷. This implies also granting the European Institutions a certain margin in the implementation of those competences.

The coming into play of the duty of sincere cooperation leads us to the second aspect of the recent case-law of the *Bundesverfassungsgericht* I would like to examine and will be extremely useful also to interpret some legal problems related to other recent events.

1.2. The Duty of Sincere Cooperation: a German Perspective in the Aftermath of Weiss

¹⁴ See Verola, “Corte di Lussemburgo e Giudici costituzionali degli Stati membri nel (faticoso) avanzamento del processo di integrazione europea”, in this Issue.

¹⁵ See Bean, “Central Banking has never looked more daunting”, in *Financial Times*, 4 December 2017.

¹⁶ Neframi, “Principe de coopération loyale et principe d’attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l’Union” (2016), *Cahiers de droit européen*, 221, 245; Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea – Studio sulla partecipazione all’Unione al tempo delle crisi*, (Editoriale scientifica, 2020), 192 ff.

¹⁷ On this point please see Poli and Cisotta, “The German Federal Constitutional Court’s Exercise of *Ultra Vires* Review and the Possibility to Open an Infringement Action for the Commission”, Special Issue, *German Law Journal* 21, 1078, 1085 ff., 2020.

Judges sitting in Karlsruhe could have paid more attention to the principle of sincere cooperation. As argued elsewhere¹⁸, in the judgment of 5 May 2020 a series of acts of the ECB analyzing in detail the proportionality of the PSPP were not considered: a different (probably new) preliminary question could have been submitted to the Court of justice¹⁹, for example on the legal value of such acts. By avoiding such a move, the *Bundesverfassungsgericht* has put itself outside the virtuous circle of loyal cooperation: a more sincere attitude is required to join such circle, where courts should take the courage to speak openly and directly and, if necessary, newly engaging in the dialogue if other or new questions still emerge.

What is interesting here is that sincere cooperation has come into question again when the infringement procedure, initiated by the Commission against Germany for the *Weiss* judgment, has been closed. Such proceedings has been launched (surprisingly) sometimes after the problem had been solved at the national level, at least with regard to the practical effects of the *Bundesverfassungsgericht*'s ruling in *Weiss*. The closing point has been, as seen, the acquisition by the Federal Government and the *Bundestag* of additional justification of the proportionality of the PSPP, judged sufficient to meet the requirements spelled out in the 5 May 2020 judgement of the German Constitutional Court (and in some way endorsed by the BVerfG itself).

Just a few lines published in the Commission's website inform us of the engagements undertaken by the German Government (while the formal letter of the latter is unfortunately not available). Those few lines are worth quoting:

'The Commission considers it appropriate to close the infringement, for three reasons. First, in its reply to the letter of formal notice, Germany has provided very strong commitments. In particular, Germany has formally declared that it affirms and recognises the principles of autonomy, primacy, effectiveness and uniform application of Union law as well as the values laid down in Article 2 TEU, including in particular the rule of law. Second, Germany explicitly recognises the authority of the Court of Justice of the European Union, whose decisions are final and binding. It also considers that the legality of acts of Union institutions cannot be made subject to the examination of constitutional complaints before German courts but can only be reviewed by the Court of Justice. Third, the German government, explicitly referring to its duty of loyal cooperation enshrined in the Treaties, commits to use all the means at its disposal to avoid, in the future, a repetition of an 'ultra vires' finding, and take an active role in that regard'²⁰.

The referred engagements appear particularly significant in the light of the observations formulated above.

I would like to stress that all the commitments have a precise and defined object (autonomy, primacy, effectiveness and uniform application of Union law, as well as the values

¹⁸ Please see Poli and Cisotta, at 17, 1088.

¹⁹ For a different view, see Baquero Cruz, cited at 6, 46-47.

²⁰ See European Commission, "December Infringements Package: Key Decisions", 2 December 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_6201.

laid down in Article 2 TEU; the authority of the Court of Justice and the absence of jurisdiction of German courts over EU law acts) except for those stemming from the application of the duty of sincere cooperation. The latter are focussed on the need to have no *ultra vires* declaration of EU acts anymore.

The avoidance of new *ultra vires* findings may be problematic under national law, as it might be capable to impinge on the independence of the BVerfG: the Federal Government has promised to the Commission a kind of sterilization, whose contours are not very clear, of some of the judicial activities of the Constitutional Court. Leaving such questions to national law, it can be just observed here that this commitment can be read in the light of the responsibility of national political organs to take corrective steps like those envisaged by the BVerfG itself, as seen in the preceding section, when (alleged) *ultra vires* acts had to be adopted by the EU Institutions. Such steps could be also taken, in principle, before any constitutional complaint is lodged to the Court in Karlsruhe or at least before such Court could take any dangerous decision – but there cannot be any guarantee that the national political organs will win the run with professional applicants – and can be intended as an effort to find a solution inside the circuit of the EU institutional dialectic and of its legal order.

German political organs are sandwiched between the duty, arising from the jurisprudence of the BVerfG, to take any useful step also at the EU level in case there was a risk that an EU law act is considered *ultra vires* by the Constitutional Court itself and the obligation – stemming from the EU Treaties and specified in the commitments undertaken to close the infringement procedure in question – to avoid ...any new possible *ultra vires* declaration by the same Court. Conflicts between the two obligations may arise in particular where the points of view of the Court of justice is not shared by the Karlsruhe Court, just like in *Weiss*. However, in certain situations, the same or similar actions, aimed at eliminating the sources of possible clashes, could be considered in line with both duties.

1.2.1. Acting in Line with the Duty of Sincere Cooperation in Difficult Times

There is a second lesson to be learnt here, again on the basis of the duty incumbent on Member States to cooperate loyally with the EU, this time making a shift towards *more procedural* – but with a clear impact on substance – issues²¹.

As regards national courts, it is evident that their role is crucial in the framework of the preliminary reference procedure: in that context, they bear big responsibilities as regards the respect of the duty of sincere cooperation²². In particular, EU lawyers are well acquainted with

²¹ The understanding of what is ‘procedural’ in contrast with what is ‘substantial’ can vary on the basis of different factors. Here I essentially refer to the use of procedural means by national judges with a view to acting under the duty of sincere cooperation, thus to ensuring the results imposed by obligations stemming from the EU Treaties. Without using the last statement as a too strict definition, I basically intend the concept of procedural means in a broad sense, in accordance with the well known jurisprudence of the Court of justice on procedural autonomy, however including, *inter alia*, the rules and relevant practice regarding the choices on the activation of a preliminary reference procedure.

²² See Adinolfi, “I fondamenti del diritto dell’UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale” (2019), in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2019, 441; Casolari, at 16, 156 ff.

the idea that a duty to refer preliminary questions is incumbent on courts of last resort, unless one of the cases indicated in *CILFIT* and in the subsequent jurisprudence²³ occurs. A duty to refer is imposed also on courts not adjudicating at last instance, if a doubt about validity arises under the terms specified in *Foto-Frost*²⁴. The recalled criteria can emerge in different situations, however the exclusive competence of the Court of Justice to declare the invalidity of an EU law act cannot be called into question (therefore no flexibility as to the duty to refer can be claimed by national judges when a serious doubt about validity arises). In other cases, national courts enjoy, under Article 267 TFEU, the widest discretion to decide on the opportunity to start a preliminary reference procedure, as well as to choose the appropriate stage of the proceedings in which that should be done²⁵, with a view to ensuring uniform interpretation of EU law across the Union²⁶.

There is, however, something *more* national courts have to do, in particular when called upon to exercise their powers in the difficult situation we are witnessing in some Member States. The duty to refer should arise in new cases, or in cases where old and well known requisites can become concrete under new conditions.

It has been submitted here that the BVerfG should have considered making a second preliminary reference to the Court of Justice. A second reference is, indeed, something exceptional and it cannot be required unless there are no other means to resolve problems, not raised in the first reference or not enough clarified, that have to be necessarily submitted to the Luxembourg Court. Nor could a national court be asked to submit new questions up until any possible divergence with the Court of justice is eliminated. This frustrating and virtually infinite regress would weaken the substantive idea of cooperation lying at the roots of Article 267 TFEU²⁷. Even Germany – when taking its commitments aimed at closing the infringement procedure started after the judgment in the *Weiss* case of the BVerfG – did recognize the binding and ‘final’ character of the judgments of the Court of justice.

New cases of duty to refer would come out of other situations. We should start from the following renowned statements of the Court of justice:

‘(...) the Member States are obliged, by reason, inter alia, of the principle of sincere cooperation, set out in the first subparagraph of Article 4(3) TEU, to ensure, in their respective territories, the application of and respect for European Union law (...). Further, pursuant to the second subparagraph of Article 4(3) TEU, the Member States are to take any appropriate

²³ See joined cases 28-30/62, *Da Costa*, EU:C:1963:6 and case 283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335, paras 10 ff.; see now also case C-561/19, *Consorzio Italian Management*, EU:C:2021:799, paras 27 ff. See, on this case-law, Broberg and Fenger, “If You Love Somebody Set Them Free: On the Court of Justice’s Revision of the *Acte Clair* Doctrine”, 60 CMLR, 711, 2021; Munari, Il “dubbio ragionevole” nel rinvio pregiudiziale, forthcoming.

²⁴ Case 314/85, *Foto-Frost*, EU:C:1987:452, paras 14-17.

²⁵ See Opinion 1/09, *Agreement creating a Unified Patent Litigation System*, EU:C:2011:123, para 83 amongst many others. See Baratta, “National Court as “Guardians” and “Ordinary Courts” of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ”, Legal Issues of Economic Integration, 2011, 297. Furthermore, see, in the context of the rule of law *saga*, Joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A.K.*, EU:C:2019:982, para 103, Case C-824/18, *A.B.*, ECLI:EU:C:2021:153, paras 91-93.

²⁶ See, inter alia, Opinion 2/13, *Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, EU:C:2014:2454, para 176.

²⁷ See, for similar considerations, Baquero Cruz, at 6, 46-47.

measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the European Union. In that context, it is for the national courts and tribunals and for the Court of Justice to ensure the full application of European Union law in all Member States and to ensure judicial protection of an individual's rights under that law (...)'²⁸.

When considering the need of a preliminary ruling of the Court of justice²⁹, national courts, of last instance or not, should understand whether their final decision, *as well as the probable following development of the case*, is apt to have a *significant* impact on the uniform application of EU law³⁰, or on the framework governing the relationships between the domestic and the European legal order, or on the respect of the EU values. These considerations should be included in those the judge normally carries out when he freely decides whether to refer or not. I submit that, if a national court evaluates that such an impact exists, it should be considered under a duty to refer, even if it is not adjudicating at last instance. Such situations, certainly exceptional in normal conditions, are unfortunately likely to materialize in current times, especially in some EU Countries.

I will now try to clarify how the three provided criteria should be interpreted and then how the probable following development of the case should be intended.

The *significant* impact on the uniform application of EU law should be regarded in the light of the developments likely to occur after the decision of the judge who should decide whether to refer or not, including possible following phases of the proceedings (appeal, execution, etc.). For instance, it should be taken into account whether a following judicial instance exists – and if questions related to the merits, the legality and execution of the decision can be the object of review before it – and to what extent it offers concrete guarantees with regard to the correct application of EU law. In particular, the possibility to refer a preliminary question and the likelihood, on the basis of the existent praxis, that the rules on the obligation to refer will be respected before such successive judicial instance should be considered³¹.

The impact on the framework of relations between the domestic and the European legal order can be considered a specification of the first criterion, just explained. Under the second criterion, it should be evaluated how the application of general rules on implementation of EU law (like direct and indirect effects of EU law provisions), compliance with EU obligations

²⁸ See Opinion 1/09, para 68 and Opinion 2/13, para 173.

²⁹ I assume that all requirements regarding the admissibility and relevance of the questions to be referred are met.

³⁰ The obligation to refer a preliminary question regarding validity also by courts that are not of last resort serves, at the end, the purpose of uniform application of EU law: if a national judge pretends to declare the invalidity of EU law acts, the impact of his decisions would have destructive effects on the uniformity of application of EU law and on the coherence of its judicial system. In the words of the Luxembourg Court, the 'requirement of uniformity is particularly imperative when the validity of a Community act is in question' (*Foto-Frost*, para 15).

³¹ It is the same logic underlying the obligation of judges of last resort to refer: the inexistence – or, the ineffectiveness (see below, in the main text) – of other possible judicial instances gives to the judge the (virtually) last word on individual's rights stemming from the EU legal order. This solution – being (virtually) the definitive one – is also likely to influence other judges (formally or informally, depending on the rules existing under national law). See Case C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003:513, paras 34-35. See on this point Daniele, Comment on Article 267 TFUE, in Tizzano, *I Trattati dell'Unione europea* (Giuffrè, 2014), 2103, 2111.

(including the principle of primacy) within the national legal order could be affected by the decision in question. Such scrutiny should be carried out also in the light of the formal and informal effects that the decision of the judge, as well as the future possible developments of the case, might have, on the basis of national rules, on other judges or authorities.

The last suggested criterion is founded on the relevance of Article 2³². Where an issue regarding interpretation or validity of EU law concerns the concretization of Article 2 values³³ and the decision or the possible developments of the case – in the sense just clarified – would have a significant impact on the application of the piece of EU law in question, a national court should be obliged to refer to the Court of justice.

Such criteria may be of help in circumstances that cannot be all and fully predicted. However, to sum up, if uniform application, rules on coordination between legal orders or EU values are at stake, initiating a preliminary reference procedure would amount to an ‘appropriate particular measure to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the European Union’, within the meaning of the case-law of the Court of justice on the point (see the passage quoted above). The criteria just provided are aimed at offering a *general rule*, to be intended as the result of a possible development on the basis of the existing case-law on the duty to refer. The consideration of other aspects, also of a *procedural* kind, may help to define more precisely the relevant cases.

The kind of problems identified, in which there would be a duty to refer, are likely to arise before supreme or constitutional courts. The general rules on courts of last instance would apply (but sometimes constitutional courts can also be called to adjudicate within incidental proceedings, like in Italy and in other Countries). Nonetheless, some situations can be imagined in which such cases arise before judges not adjudicating at last instance, on the basis of real examples that might be considered *extreme*, but no one can exclude similar situations will arise again at some point.

A few further elements would be useful to clarify such cases and how the development of the case should be evaluated.

According to a well established orientation of the Court of justice, confirmed in the recent case-law on the rule of law, rulings by supreme or constitutional courts have to be disregarded by lower courts, if such rulings are in contrast with EU law, even where those lower courts are bound by the rulings in question under national procedural rules³⁴. Also the rulings of another

³² The introduction of a new duty to refer in case of relevance of the values enshrined in Article 2 TEU has been already proposed: see von Bogdandy and Spieker, “Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges”, *European Constitutional Law Review* 15, 391, 396, 2019. That proposal, connected to the ‘Reverse Solange’ doctrine, would, if compared with the hypothesis presented here, entail a relatively smaller number of cases in which the new duty to refer should arise, but with a much larger scope of the scrutiny of the Court of justice. In fact, the latter, under the proposal of the two Authors, would adjudicate also national acts not falling within the EU competences. I will not discuss these broader systematic implications here and the hypothesis I propose is not connected with the ‘Reverse Solange’ doctrine, however my reconstruction does not *per se* exclude the acceptance of such doctrine.

³³ I do not investigate the problem of the possibility to invoke Article 2 all alone: see von Bogdandy and Spieker, at 32, 409 ff.

³⁴ See in particular, with reference to a constitutional court’s ruling, Case C-416/10, *Križan*, EU:C:2013:8, para 73, Joined Cases C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, *PM*, EU:C:2021:1034, paras 239-242 and

judge, competent for a certain case, but who does not meet the requirements of independence under Articles 19(1) TEU and 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU³⁵, have to be disregarded; what is more, the national rule conferring jurisdiction upon that judge shall be set aside, as established in *A.K.* (where the rule to be set aside conferred even exclusive jurisdiction), one of the cases the rule of law *saga*³⁶. Jurisdiction will be exercised, in such case, by the court, meeting the requirement of independence, which would be competent without the rule on jurisdiction that has been set aside.

Here is finally the situation where a national judge may be under a duty to refer a preliminary question.

We can envisage the situation of a national judge (judge A), called upon to rule on a legal point, already addressed by a supreme judicial organ (judge B), in its jurisprudence, in a way inconsistent with EU law. Judge A is bound under national law by the decisions of judge B. We know that judge A is obliged to disregard the rulings of judge B in contrast with EU law. Let us assume that there are no other intermediate competent courts between judge A and judge B. Can that lower judge even consider that the last remedy, that would bring the case before the supreme judicial organ, would be ineffective from the point of view of the judicial protection to be ensured to individual rights under EU law?³⁷ There might be also aggravating factors: for

251-260, Case C-430/21, *RS*, EU:C:2022:99, paras 75-77; as regards the duty to disregard decisions by supreme courts, see Case C-173/09, *Elchinov*, EU:C:2010:581, paras 30-31, Case C-396/09, *Interedil*, EU:C:2011:671, paras 36-39, case C-554/14, *Ognyanov*, EU:C:2016:835, paras 67-70.

³⁵ For some references to the relevant case-law on the point, see below, at 60 and 61.

³⁶ See Joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A.K.*, para 166. However, the mere fact that a judge has been selected or has been promoted to a higher office when an illiberal regime was exercising power, in the Member State concerned, before its accession to the EU, or on the basis of provisions that would have been declared unconstitutional, is not sufficient to consider the judge not independent. The same would apply in case the selection procedure has been ‘neither transparent nor public nor open to challenge before the courts, provided that such irregularities are not of such a kind and of such gravity as to create a real risk that other branches of the State, in particular the executive, could exercise undue discretion undermining the integrity of the outcome of the appointment process and thus give rise to serious and legitimate doubts, in the minds of individuals, as to the independence and impartiality of the judge concerned, from being considered to be an independent and impartial tribunal previously established by law’: see Case C-132/20, *Getin Noble Bank S.A.*, EU:C:2022:235, paras 80 ff.

The issue of the rule of law will be *per se* not the object of attention. It will be dealt with only incidentally and, therefore, references to the relevant case-law and to the legal doctrine will be limited. See in general on the matter of EU Values and of the rule of law Baratta, “Droits fondamentaux et “valeurs” dans le processus d’intégration européenne”, (2019) Studi sull’integrazione europea XIV, 289, Carta, *Unione europea a tutela dello stato di diritto negli Stati membri* (Cacucci, 2020), Rossi, “Il valore giuridico dei valori. L’art. 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell’UE e rimedi giurisdizionali”, *Federalismi*, 2020, www.federalismi.it, IV; Pech and Kochenov, “Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case”, 20 May 2021, SIEPS, Stockholm, 2021-3. On the role of the Court of Justice in defending Article 2 TEU values, see Cannizzaro, “Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell’Unione europea”, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne* (Giappichelli, 2018), p. 13.

³⁷ According to the European Court of Human Rights, where a remedy does not give the real possibility to bring a claim, also because of a constant national judicial interpretation inconsistent with the ECHR, it has to be considered not effective under Article 13 of the ECHR. Therefore, there is not a duty for an applicant to go through any such legal avenue, proven to be ineffective within the meaning of Article 13 of the ECHR, to meet the requirement of the previous exhaustion of national remedies under Article 35 of the ECHR (and thus having the possibility to bring a claim before the Strasbourg Court). See ECtHR, Appl. No. 36813/97, *Scordino v. Italy (No. 1)*, Judgment of 29 March 2006, paras 140-149. Similarly, in our situation the flaws affecting the last remedy that would bring the case

instance, judge B may have refused on other occasions to refer preliminary questions, thus engaging the responsibility of the State³⁸; furthermore, the national rules conferring jurisdiction upon that supreme judicial organ might have to be set aside by the other national judges due to lack of independence.

In the envisaged situation, judge A should consider that an additional judicial action aimed at bringing the uncertain EU law question before judge B would not ensure an effective judicial protection of EU rights. Judge A should consider himself as the *effective* judge adjudicating at last instance. This may appear a mere speculative exercise. However, specificities of cases can make legal problems peculiar and the envisaged situation, despite apparently byzantine, is not very far from some recent real cases to which reference has been made. Sadly enough, the lack of independence of a supreme court is not something simply coming out of imagination. The verification of all the *worst* conditions imagined should lead judge A to consider *automatically* himself as the judicial organ adjudicating at last instance.³⁹

Should the case be anyway be brought before judge B, it should be recalled that the Court of justice – on the basis of its recent judgment in *Getin Noble Bank* – would accept to respond to a preliminary question that judge may decide, contrary to expectations, to refer to Luxembourg: in so doing, the Court of justice accords a general presumption to national courts that present a request for a preliminary ruling that they satisfy the requirements of independence flowing from Articles 19(1) TEU and 47 CFR⁴⁰. Such presumption can anyway be rebutted ‘where a final judicial decision handed down by a national or international court or tribunal leads to the

before judge B could lead to consider that last remedy as ineffective from the point of view of EU law. Considering such remedy ineffective would have consequences on the duties of judge A (see in the main text).

When it has recently ascertained the lack of independence of the Civil Chamber of the Sąd Najwyższy (Polish Supreme Court), the Strasbourg Court has rejected the objection of the Government based on an alleged non exhaustion of domestic remedies. The Government held that the applicant should have resorted to the Constitutional Court. The European Court of Human Rights noted that the Constitutional Court had interpreted Article 6 of the ECHR not in line with its jurisprudence and therefore an application before it would have been ineffective (‘Having regard to all the above considerations that led the Court to reject the Constitutional Court’s position on the manifest breach of the domestic law and its interpretation of Article 6 of the Convention, in the particular circumstances of this case the Court does not see sufficiently realistic prospects of success for a constitutional complaint based on the grounds suggested by the Government): see ECtHR, Appl. No. 1469/20, *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland*, Judgment of 3 February 2022 paras 319-321.

³⁸ See Case C-416/17, *Commission v. France (Advance Payment)*, EU:C:2018:811, paras 105 ff.

³⁹ Once these extreme conditions occur, at least two of the three criteria set out in the main text – existence of a significant impact on uniform application of EU law, or on rules on coordination between legal orders or on EU values – should be considered as verified. In fact, if Judge B clearly fails to meet the requirement of independence of a judicial organ as set out in the case law of the Court of justice, or the remedy that could lead the case before him is to be considered as ineffective within the meaning just explained (see at 37 and corresponding text), there would certainly be a significant impact of the final decision to be adopted by judge A on the uniform application of EU law. For the reasons set out in the main text, judge A would in fact *substantially* perform his duties as the real judicial organ of last resort. Furthermore, the existence of a position heavily affected by lack of independence like that of judge B would *per se* amount to a threat to EU values. As to the rules on coordination between legal orders, the existence of a significant impact should not be considered automatic, but such rules may nevertheless be affected, as the application of principles like primacy are likely to be negatively influenced in such scenario.

There is also an additional argument that reinforces that conclusion: on the basis of a different strain of case-law, a judicial organ that is not independent, like judge B, should also lose its qualification as ‘court or tribunal’ enabled to refer preliminary questions under Article 267 TFEU. See Case C-54/96, *Dorsch Consult*, ECLI:EU:C:1997:413, para 23, Case C-53/03, *Syfait*, ECLI:EU:C:2005:333, para 29, amongst many others.

conclusion that the judge constituting the referring court is not an independent and impartial tribunal previously established by law for the purposes of the second subparagraph of Article 19(1) TEU, read in the light of the second paragraph of Article 47 of the Charter⁴¹.

The European Court of Human rights had declared that the Civil Chamber of the Polish Supreme Court – the referring Court in *Getin Noble Bank* – did not meet the requirement of being established by the law, but the ruling in question would have become final only after the publication of the *Getin Noble Bank* judgment of the Court of Justice⁴². This may imply that *Getin Noble Bank* has been the last reference of the Polish Supreme Court – or at least of its Civil Chamber – to which the Luxembourg Judges have replied. However, the issue is even more complex: the Supreme Court had also asked the Luxembourg Court to state on the independence of the judge that had issued the decision brought before it on appeal. According to the Court of justice, such judge should have been considered, in principle, independent⁴³, but this specific circumstance makes the whole game problematic, as also one of the lower judges (like judge A in

⁴⁰ See Case C-132/20, *Getin Noble Bank S.A.*, para 69. The question, raised by the Polish Ombudsman, concerned the possibility to qualify the *Sąd Najwyższy* (Supreme Court) of Poland, which made the reference, as a ‘court or tribunal’ under Article 267 TFEU (see the preceding note).

The wording used by the Court of justice (‘In so far as a request for a preliminary ruling emanates from a national court or tribunal, it must be presumed that it satisfies those requirements (...), irrespective of its actual composition’) seems to imply that it is not eager to ascertain incidentally whether the court making the reference is independent. The Court underlines (in para 68) that the independence of that judge was undisputed and that the preliminary questions regarded the independence of another judicial organ (the one that delivered the decision that was appealed before the referring judge). This seems a very ‘formalistic’ approach (see De Falco “Indipendenza della magistratura in Polonia: brevi note a margine della sentenza *Getin Noble Bank S.A.*”, Post di AISDUE (2022), 130, 138, <https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2022/10/Post-Emanuela-De-Falco-1.pdf>): to let the Court of justice be enabled to assess the independence of the referring judge, it must be envisaged that the issue should be brought to its attention in the preliminary questions ...referred by that same judge! In addition, by requiring that the lack of independence should be ascertained in the final decision of a national or international judge (see below in the main text), the incidental control on the independence of the referring judge by the Court of justice becomes almost impossible. This position seems to privilege the readiness of the Court of justice to respond *anyway* to a preliminary reference, with a view to avoiding any possible hindrance to the mechanism and any potential judicial short circuit (the referring court should *accept* the declaration of the Court of justice on *his* lack of independence; anyway, with or without such acceptance, ensuring any successive step may become problematic). See more in general, Iannuccelli, “L’indépendance du juge national et la recevabilité de la question préjudicielle concernant sa propre qualité de «juridiction»”, *Il diritto dell’Unione europea*, n. 4, 2020, p. 823.

⁴¹ See Case C-132/20, *Getin Noble Bank S.A.*, para 72.

⁴² As noted by De Falco at 41, 138, <https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2022/10/Post-Emanuela-De-Falco-1.pdf>; see ECtHR, *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland*, at 38.

⁴³ I will not discuss here the arguments put forward by the Luxembourg Court to consider that the judge in question is independent. For a critical appraisal – based on the problems arising out of differentiated criteria adopted by the Court of justice on various occasions and with the ‘context’ substituting for more reliable standards – see Kochenov and Bard, “Kirchberg Salami Lost in Bosphorus: The Multiplication of Judicial Independence Standards and the Future of the Rule of Law in Europe”, 60 *Journal of Common Market Studies* 2022, 150. According to another interpretation, the use by the Court of justice of a different standard to assess independence in cases like that at issue allows to avoid the interruption of the dialogue with the Polish jurisdictional system (see also the main text, with reference to practical consequences) and it is highlighted that some footholds for such differentiated approach can be found in the case-law (as well as in recent proposals by some Advocates General): see, also for the relevant references, De Falco at 41, 141 ff. For a discussion of the judgment in the light of the referred dilemma on the meaning to be given to independence in the context of Article 267 TFEU mechanism, see Fiscicaro, “La Corte di giustizia nella sala degli specchi: il principio di indipendenza giudiziaria tra art. 267 TFEU, art. 47 della Carta e art. 19 TUE”, 16 *Diritti umani e diritto internazionale* 2022, 384.

our situation) could be affected by lack of independence. In *Getin Noble Bank*, the problem had to be traced back to acts regarding the selection or promotion of a judge, adopted under the communist regime in Poland, or based on rules that the Constitutional Court would have declared unconstitutional after the acts in question⁴⁴. As widely known, the Party holding power in Poland is engaged in a crusade against everything born or conceived under the old communist regime. This is probably one of the reasons why the Court of justice, trying to avoid to enter in a vortex of *cross-recriminations* with the Supreme Court and maybe also with other sectors or organs of the Polish Judiciary, tried to make it clear that it does not want to choose its interlocutors. In other words, the Court of justice has effectively tried to leave the organization of the judicial power to Member States, trying to speak with those who are anyway asking questions, although maybe provocative ones. At the same time, the Court of justice has set the stage also for future dialogues with Polish judges: the Supreme Court should be cut off due to the lack of independence ascertained by the European Court of Human Rights, while judges like the one in question should be considered independent and thus part of the *EU circuit*.

Let us now come back to our example. Even if the chain of *non independent* judges may extend also to lower judges, we will assume, for the sake of our example, that judge A is definitely independent. Under the conditions explained before, judge A would be under a duty to refer.

It is true that the Court of justice has a different attitude towards judges, like judge A in the example proposed, than that emerging from my reconstruction: the Luxembourg Court is clearly inclined to relieve such judges from duties, coming in particular from the national legal order, and clearly contrasting with obligations arising from the Treaties. On the basis of the reconstruction proposed, a new and additional burden would be imposed on judge A, this time towards the EU and namely the Court of justice. Instead of making his life easier, adding a new burden might worsen his situation.

This is a serious counterargument, but it can be at least partially reversed.

What the reconstruction proposed tries to protect is, in the end, the uniform application of EU law and the freedom of judges, also not adjudicating at last instance, to refer preliminary questions to the Court of justice, in line with the classical and well-established case-law of the latter. The ‘only’ freedom to refer a preliminary question – well rooted in EU law – should be enough to let such judges decide on the opportunity and precise stage of the proceedings to do it. However, acting under a duty under EU law to refer a preliminary question would in fact make those judges really free to do it, as we are witnessing the tendency to punish judges that apply EU law and activate the Article 267 TFEU mechanism. As we see in *RS*, Romanian judges were precluded to examine the compatibility of a national provision with EU law, once the national Constitutional Court had established its conformity with a provision prescribing that national legislation has to respect the principle of primacy of EU law. The Romanian Constitutional Court claimed to examine judgments of the Court of justice and to assess if some parts had to be judged in contrast with the national constitutional identity (see Article 4(2) TEU), therefore precluding

⁴⁴ See above, at 36 and corresponding text.

their application in the State. Furthermore, departing from the case-law of the Constitutional Court, even if in contrast with the primacy of EU law, constituted a disciplinary offence for judges⁴⁵. The attitude of the Romanian Constitutional Court clearly revealed the intent to claim to be the last and only judge in the State to adjudicate at least on certain aspects of EU law. It is also evident that this would lead to ‘close’ to some extent the national judicial circuit. On the contrary, giving national judges an additional argument to contrast the attitude of their (Supreme or) Constitutional Court, by opposing their right/duty, under certain conditions, to go before the Court of justice would help to re-open that national judicial circuit.

The Polish case is even more evident: judges are exposed to the risk of disciplinary proceedings if they make a preliminary reference to Court of justice⁴⁶.

A battle of opposed duties, respectively under national and EU law, may not be considered the ideal solution for problematic situations like those at issue. Nonetheless, it should be borne in mind that a failure to comply with the duty to refer a preliminary question to the Court of justice would engage the responsibility *of the State*: where it has been a free choice of the judges, this may engage, under the appropriate conditions, their responsibility at the national level; if judges were in some way prevented from operating references to Luxembourg, the responsibility would rest of the State as a whole (or should be incumbent on other specific organs) and this would draw new attention on the matter (for instance thanks to an infringement procedure⁴⁷, like for the Polish case, or by virtue of actions by individuals).

Leaving aside other possible situations in which national courts should use procedural tools to ensure uniform application of EU law (like for instance the issuance of provisional measures)⁴⁸, duties of courts do not end *within* the judicial proceedings.

⁴⁵ Case C-430/21, *RS*, at 27, paras 19-22. The issue of national constitutional identities of Member States will not be addressed here. It is however sufficient to underline that Article 4(2) TEU does not enable national courts, maybe only supreme or constitutional courts (or national political organs), to decide autonomously the exact content of the concept and the extent to which such identity has to be respected. The provision at issue rests in the domain of EU law and, due to the need of uniform application already recalled, it should be only for the Court of justice to interpret it (hopefully with the help of the elements brought by the national courts of the interested Member State on each relevant occasion via the preliminary reference mechanism). This is evidently the point of view of EU law, while different national courts are keen to exercise some kind of review, under different formal mechanisms: see Spieker, “Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts” (2020), 59 CMLR, 361, 364 ff.

⁴⁶ See Joined Cases C-558/18 and C-563/18, *Miasto Łowicz*, EU:C:2020:234, para 58, Case C-791/19, *Commission v. Poland*, EU:C:2021:596, paras 222-233. Where a lower judge had to, also if only incidentally, ascertain that a superior judge lacks independence under the criteria laid down by the European jurisprudence and then act consequently may risk sanctions under national law, also if he would be protected under the European framework. Polish judges often undergo disciplinary proceedings for having applied the case-law of the Court of justice regarding the independence of the Supreme Court: see cases *Synakiewicz v. Poland* (Appl. No. 46453/21), *Niklas-Bibik v. Poland* (no. 8687/22), *PiekarskaDrażek v. Poland* (no. 8076/22) and *Hetnarowicz-Sikora v. Poland* (no. 9988/22), in which the Strasbourg Court granted interim measures at least to ensure that the judges in question enjoy the rights stemming from Article 6 ECHR, in particular as regards notice before hearings or in camera sessions: see Interim measure in cases concerning charges brought against Polish judges, ECHR Press release, 24 March 2022, <https://echr.coe.int/>.

⁴⁷ See von Bogdandy and Spieker, at 32, 398.

⁴⁸ The lack of independence of a national jurisdictional organ may have also other consequences on the EU judicial system that will not be dealt with here. For instance, lack of independence may undermine mutual trust between judges in the context of the mechanism of the European arrest warrant: see Case C-216/18 PPU, *LM*,

In accordance with the duty of sincere cooperation laid down in Article 4(3) TEU, any potentially disruptive decision should be avoided, or, however, all possible negative effects likely to occur in the aftermath of the adoption of a ruling should be prevented. In this respect, it must be admitted that the BVerfG, when settling the *Weiss* case, has used the means at its disposal by suspending the effects of the decision and by referring to national political organs the task to acquire additional evidence for the assessment of the proportionality of the PSPP.

As to all other national authorities different from judges, it is well known that they are also bound by the duty of sincere cooperation and, like in the case of Germany after the *Weiss* case, they might find themselves caught by opposite loyalties, respectively to the EU and to national constitutions (including also the duty to respect a national judicial decision covered by *res judicata*, which is in contrast with EU law). All that can be said in the current state of evolution of EU law is that they should work to reconcile contrasting exigencies, provided that a legal and political *space* has been possibly left after the rising of potential clashes. Depending on a multiplicity of factors, this might entail actions within the EU circuit (actions before the Court of justice, initiatives in other Institutions, etc.), as well as moves at the national level aimed at introducing new legislation, and/or new administrative practices, etc.

2. Dear markets, please lend us some argent de poche ...we need it to set up the Recovery Plan for Europe

As announced in Section 1, above, another proceedings of the BVerfG will be the object of attention. With order of 15 April 2021, the BVerfG ruled on the application seeking a provisional measure aimed at blocking the ratification of the new own resources decision⁴⁹, needed for the setting up of the *Recovery Fund* for Europe⁵⁰. In a first decision issued on 26 March 2021, the BVerfG had provisionally halted the ratification process, to grant the Court the needed time to adjudicate on the application for a preliminary measure⁵¹. With the 15 April order, the issue regarding provisional measures was finally settled with a rejection.

The launch of the ambitious programme proposed by the European Commission in Spring 2020 for a '*Recovery Plan for Europe*' (hereinafter *Recovery Plan*)⁵², aimed at repairing the

EU:C:2018:586 and Joined Cases C-354/20 PPU and C-412/20 PPU, *L and P*, EU:C:2020:1033.

⁴⁹ Council Decision (EU, Euratom) 2020/2053 of 14 December 2020 on the system of own resources of the European Union and repealing Decision 2014/335/EU, Euratom, *O.J. 2020, L 424/1*. Such decision, to be adopted unanimously by the Council – where all Member States are represented – after consultation of the European Parliament, is subject to ratification by Member States under Art. 311, third indent TFEU.

⁵⁰ 2 BvR 547/21, 2 BvR 798/21 at 4.

⁵¹ See Repasi, Karlsruhe, again: The interim-interim relief of the German Constitutional Court regarding Next Generation EU, 29 March 2021, EUlawlive, <https://eulawlive.com/analysis-karlsruhe-again-the-interim-interim-relief-of-the-german-constitutional-court-regarding-next-generation-eu-by-rene-repasi/>.

⁵² See European Commission, *Europe's moment: Repair and Prepare for the Next Generation*, Bruxelles, 27.05.2020, COM(2020) 456 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?>

economic and social harm caused by the pandemic and at stimulating economic rebound, endorsed by the European Council in July 2020⁵³, is based on a complex series of measures.

The collocation of long term (thirty years) debt instruments on the market implies a change in the understanding of the financial responsibilities the EU can undertake. Meanwhile, the new own resources linked to ‘Next Generation EU’ will entail a fiscal harmonization that will be probably kept at the European level after the thirty-years debt will be repaid: after such a long period, it is likely that such resources will be definitely become part of the legal and political *acquis* of the EU⁵⁴. Many Authors consider this complex construction as paradigm shift⁵⁵ for what concerns the capacities of the EU to intervene with consistent economic resources to face crises. In this respect, the referred construction can be also intended as a substantiation of EU economic policy⁵⁶.

The *Bundesverfassungsgericht* has been called upon to assess if the financial obligations linked to NGEU can be considered as exactly defined, provided that the Bundestag could not undertake obligations not precisely identified in their amount. Moreover, claimants argued that the plan give rise to a mutualisation of debts and to the misuse of the legal basis for own

[gid=1593096930230&uri=CELEX:52020DC0456](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/about_the_european_commission/eu_budget/1_en_annexe_autre_acte_part1_v11.pdf). The list of all programmes is contained in an annex to the Communication: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/about_the_european_commission/eu_budget/1_en_annexe_autre_acte_part1_v11.pdf. For some first comments, see Cannizzaro, “Nor Taxation Neither Representation? Or the «Europe’s Moment» Part I” (2020) *European Papers*, p. 703 ; Contaldi, “Il *Recovery Fund*”, *Studi sull’integrazione europea* (2020), p. 587; Croci, *Solidarietà tra Stati membri dell’Unione europea e governance economica europea* (Giappichelli, 2020), 325; Partsch, *Plan de reliance européen: premier bilan* (2020) *Journal de droit européen*, p. 1; Tosato, *The Recovery Fund: Legal Issues*, Policy Brief 23/2020, LUISS School of Political Economy, 1 May 2020, <<https://sep.luiss.it/sites/sep.luiss.it/files/The%20Recovery%20Fund.%20Legal%20Issues.pdf>>; *European Papers – European Forum, Special Focus on Covid-19 and the EU*, <https://www.europeanpapers.eu/en/news/european-forum-special-focus-on-covid19-and-eu>>; *L’emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell’Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive* (2020) *Eurojus*, Special Issue http://www.eurojus.it/pdf/l-emergenza-sanitaria-Covid-19-e-il%20diritto-dell-Unione-europea-la%20crisi-la-cura-le-prospettive_2.pdf. See also on own resources, more recently, Rossolillo, “Risorse proprie, democrazia, e autonomia: il ruolo di istituzioni e Stati membri nella determinazione delle entrate dell’Unione europea” (2022), 17 *Studi sull’integrazione europea*, 211.

⁵³ European Council Conclusions, 17-21 July 2020, <https://www.consilium.europa.eu/media/45109/210720-euco-final-conclusions-en.pdf>.

⁵⁴ See Fabbrini, “The Legal Architecture of the Economic Responses to COVID-19: EMU beyond the Pandemic” (2022), *Journal of Common Market Studies* 60, 195; Cafaro, “L’evoluzione della costituzione economica dell’Unione: si è conclusa l’era della stabilità?”, *I Post di AISDUE*, IV (2022), www.aisdue.eu 275, 298.

⁵⁵ See Contaldi, “Il *Recovery Fund*” (2020), 15 *Studi sull’integrazione europea*, 587; Fabbrini, “La nuova governance economica europea post-pandemia” (2020), *Il Diritto dell’Unione europea*, 4, 771; Calzolari and Costamagna, “La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU”, in Manzini, Vellano (eds.), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l’integrazione europea*, (Giuffrè, 2021), 169; De Witte (2021), “The European Union’s COVID-19 recovery plan: the legal engineering of an economic policy shift”, *CMLR* 58, 635, Fabbrini, *Next Generation EU – Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia* (Il Mulino, 2022).

⁵⁶ See above, Section 1.1. The launch of Next Generation EU thus marks a crucial step also for the EMU. In this respect, it has to be noted that the EU Institutions have always to deal with the weaknesses of economic policy also as regards the legal bases contained in the Treaties. In particular, resort has been made to, *inter alia*, Article 122 TFEU, included in Title VIII of Part III of the TFEU (dedicated to the EMU) and conceived to frame emergency interventions for difficulties emerging in the ‘supply of certain products, notably in the area of energy’, as well as for ‘severe difficulties caused by natural disasters or exceptional occurrences beyond [the] control’ of the Member State affected. Such provision had been used in the first phase of the responses to the crisis erupted in 2008 (especially for the adoption of instruments aimed at build up the financial intervention for the Greek recovery).

resources (Article 311 TFEU). In fact, borrowed financial means would not be ‘own’ resources (the new own resources should back the lending operations). It was also submitted that the decision in question would make Germany undertake liabilities that might virtually arrive to cover the whole budget of the operation (i.e. 750 billion Euros): in such a case, control over national financial resources would be effectively lost by the national Parliament.

Judges sitting in Karlsruhe stated on 6 December 2022, in a new detailed ruling, that the challenged own resource decision does not trespass the boundaries of the European Integration Agenda (*Integrationsprogramm*) currently in force and does not infringe – as the claimants sustained – the *no bail-out* clause laid down in Article 125 TFEU. On the contrary, authorizing a new *programme* would have required a Treaty change or to apply one of the ‘evolutionary clause’ contained in the EU Treaties (which do not include Article 311 TFEU), as these are the only avenues through which new competences can be conferred upon the EU; in other words, an *ultra vires* act of the EU cannot be authorized thanks to an ordinary internal act⁵⁷. On the substantial plane, in the Karlsruhe Court’s view, the European Integration Agenda is respected. Actually, the BVerfG provides a detailed list of reasons which should lead to a negative assessment and it is clearly stated that borrowing cannot in anyway provide general financing of the EU budget. However, at the end, it indicates four essential criteria that should be considered, in the extraordinary situation at issue, respected⁵⁸. First, it is the Union only that is authorised to borrow, with no decision imposed on the *Bundestag*: indeed, it is up to the latter to authorize each single financial commitment. This would not be even sufficient where there is a structural impact on the budgetary powers of the *Bundestag* and in such case ‘it must also be ensured that [it] retains sufficient influence on how the means provided will be used’⁵⁹. Second, the use of resources collected on the markets is limited to tasks falling within EU competences, in line with the principle of conferral. Despite being quite critical as regards the existence of a genuine connection of the *Recovery Plan* with the economic exigencies coming out of the pandemic⁶⁰, the Karlsruhe judges have recognized at least the existence of a sufficiently defined object. Third, borrowing operations are duly limited both in time and amount. Fourth, it is established that ‘other revenue’ within the meaning of Article 311(2) TFEU shall not exceed the amount of own resources: borrowed funds should be considered amongst ‘other revenue’⁶¹.

⁵⁷ In fact, ‘special authorising laws’ (*Mandatsgesetze*), whereby new competences would be conferred to the EU or other International Organizations outside the formal procedures provided for such conferrals, are not admitted under German Basic Law. Besides, if an EU act violates national constitutional identity no correction whatsoever would be possible. See on these points Judgment of 6 December 2022, paras 112-113.

⁵⁸ See Judgment of 6 December 2022, paras 147 et seq. and. The BVerfG takes the view that the legal foundations of the Next Generation EU are not completely sound (in relation to the use of Article 122 TFEU, as well as to the respect of the principle of conferral and of the *no bail-out* clause), but no gross violation can be found (see in particular para 149).

⁵⁹ Judgment of 6 December 2022, para 135.

⁶⁰ The issue is connected with the problematic use of Article 122 TFEU as a legal basis, as well as with the suspected circumvention of Article 125 TFEU: see Judgment of 6 December 2022, in particular paras 149 173 et seq., 207, 210.

⁶¹ Article 311(2) TFEU states that ‘[w]ithout prejudice to other revenue, the budget shall be financed wholly from own resources’.

With reference in particular to the last two points, the BVerfG has highlighted that other revenue have exceeded the amount of own resources in 2021 and 2022 ‘in isolation’, but it has accepted to evaluate the situation under the multiannual financial framework⁶². Furthermore, no particular problems have been raised concerning the uncertainty as to the exact level of the liabilities (given that economic conditions are subject to change in the course of the multiannual financial framework 2021-2027 and even more up until the end of repayments, i.e. 2058), with reference to the prohibition for the *Bundestag* to authorize financial engagements, related to permanent mechanisms based on decisions of other States or International Organizations, with no clearly foreseeable impact⁶³. Finally, ‘while a circumvention of Art. 125 TFEU cannot be ruled out completely’ in the framework of the *Recovery Plan*, the BVerfG has ascertained that the general architecture should not be contrary to the *no bail-out* clause. Risks of ‘financial equalisation’ amongst Member States may arise out of mechanisms that should provide, in principle, only provisional responsibility (of other Member States) for liabilities not covered by a Member State and always on the basis of the proportional responsibility for contributions to the EU budget. In this respect, the *Bundestag* has acted within its wide margin of appreciation for the undertaking of financial responsibilities (‘overall budgetary responsibility’). However, the *Bundesverfassungsgericht* has entrusted the *Bundestag* itself with the task of monitoring the situation and of taking, ‘when necessary’, any appropriate measure to protect the Federal budget⁶⁴.

Despite the doubts raised as to the complete fulfilment of the requirements set forth, green light has been given to the new own resource decision. Some passages are interesting, in particular with reference to the discretion enjoyed by the *Bundestag* in undertaking certain financial responsibilities (although within the referred limits). Generous as it may be towards the architecture of Next Generation EU, the BVerfG has however imposed relevant limits to future possible developments. On top of the prohibition of general financing of EU budget via borrowing – which seems shared by the EU Institutions themselves⁶⁵ –, the Karlsruhe Court has clearly established that the ‘final say’ granted to Member States on own resources decisions through the ratification required by Article 311(3) TFEU ‘is imperative from a constitutional perspective – under the Basic Law it is prescribed by Art. 20(1) and (2) GG in (...) conjunction with Art. 79(3) GG – in order to safeguard the budgetary autonomy of national parliaments’⁶⁶.

⁶² See Judgment of 6 December 2022, paras 197-202.

⁶³ See, for some references to this problem, Judgment of 6 December 2022, paras 135, 201-202 and 225 (for instance, in this last paragraph, maximum liabilities to be borne by Germany are calculated assuming constant prices and this can evidently provide only an approximate indication of such liabilities). In a comprehensive and more realistic appraisal, with reference to a statement made by the representative of the Federal Court of Audit, the BVerfG has stated that ‘[u]ltimately, it was found that the liability risks stemming from contingent liabilities such as EFSF, ESM, Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency (SURE) and NGEU could not be verified with certainty, given that it would not be possible to conduct a reliable appraisal of the overall risk resulting from EU-related commitments’, although the risk to incur in liabilities covering the entire amount of Next Generation EU budget are, of course, highly unlikely (para 231). Therefore the *Bundestag* has to monitor the situation and act consequently (see para 233; see also at 62 and corresponding main text).

⁶⁴ See Judgment of 6 December 2022, paras 203 et seq .

⁶⁵ See the references to the relevant documents in Judgment of 6 December 2022, para 152.

⁶⁶ Judgment of 6 December 2022, para 166.

Therefore, the conferral upon the EU itself of a real fiscal capacity – intended here as the capacity to determine its resources – seems not possible for the BVerfG, even if provided with a Treaty change and with all due democratic guarantees within the relative decision procedure⁶⁷.

Before the formulation of the referred arguments, there is a long and reiterated vindication of democratic rights of German citizens, based on Article 38 of the German Basic Law, whereby any public power must be subject to democratic control and to the possibility of each citizen to influence, on a free and equal basis, the exercise of such power. And the long vindication is connected, in the magnificent edifice of the German constitutional jurisprudence, to the respect of the principle of conferral in the case of the EU and of other International Organizations, as well as with the internal guarantees provided by the EU Treaties as regards in particular the respect of the rule of law and of fundamental rights⁶⁸.

The referred arguments provoke mixed feelings. The sacred tribute to democracy must of course be respected and the relative constraints emerging at the national level can be defined only by the competent authorities, namely constitutional courts, in an endeavour to strike the right constitutional balance. At the same time, one can hardly escape the sensation that the already referred distrust towards the European Institutions and democratic framework has not disappeared. The choice of not engaging a new dialogue with the Court of justice, claiming that every legal point was clear, or already clarified, leaves, according to early commentators, more than a doubt on the real cooperative attitude of the BVerfG⁶⁹. Moreover, this *méfiance* towards the *European way* goes hand in hand with the claim, renewed on the basis of well-known arguments, to carry out an *ultra vires* review (as well as an ‘identity review’) of EU law acts: such review rests written in stone for the BVerfG, notwithstanding the engagements – questionable as they may be under national law – undertaken by the German Government to close the infringement procedure after the *Weiss affaire*⁷⁰. Anyone taking care of the current state of European integration should content himself with the *positive* final outcome of the judgment at issue.

Policies and decisions of European Institutions can certainly be the object of debate and I do not intend as absolutely ‘positive’ any outcome which, at the end, endorses European choices whatever they are. However, this last episode⁷¹ generates again a sense of uncertainty that does

⁶⁷ See Nguyen and van den Brink, *An early Christmas Gift from Karlsruhe?: The Bundesverfassungsgericht's NextGenerationEU Ruling*, *VerfBlog*, 9 December 2022, <https://verfassungsblog.de/an-early-christmas-gift-from-karlsruhe/>. For some critical remarks on the lack of democratic legitimacy of the legal architecture of the *Recovery Plan* in general, see Judgment of 6 December 2022, paras 233-234.

⁶⁸ See Judgment of 6 December 2022, paras 112-146.

⁶⁹ See Nguyen and van den Brink, at 67.

⁷⁰ The highest point reached by Karlsruhe judges is laid down in the passage where they state that: ‘*Ultra vires* review and identity review are exercised with restraint and in a cooperative manner that is open to European integration. This requires – when necessary – that the Federal Constitutional Court request a preliminary ruling from the Court of Justice of the European Union in accordance with Art. 267(3) TFEU and, in the course of its own review, interpret the measure in question in accordance with the understanding determined by the Court of Justice’ (Judgment of 6 December 2022, para 139). The well-known doctrine of *ultra vires* review is however reiterated in the following parts of the decision.

⁷¹ As said from the outset, the 9 December 2022, at 4, decision on the ratification of the recent amendments to the Treaty establishing the European Stability Mechanism will not be analyzed here.

not seem useful for the progress of European integration, to which the BVerfG continues nevertheless to show deference. Without entering here in a thorough analysis of the 6 December 2022 judgment, it is striking in particular that arguments are presented with the usual attitude aiming to show great solidity, but clear requirements as to the enactment of constitutional conditions deemed crucial for the participation of the German Federal Republic to the life of the EU are not provided. Here I refer to the issue of financial engagements and in particular for the notion of ‘evident breach of absolute outer limits in budget matters’⁷², thus the door rests obviously open to a possible future tightening by the BVerfG of the conditions in question.

The issue regarding the German participation to Next Generation EU has been settled quite rapidly. The Judges of the *Bundesverfassungsgericht* were certainly aware of the potential impact of a negative decision on their part and – leaving aside here all legal issues which were certainly at the heart of their evaluations – one may suppose that they did not want to replicate the experience of the PSPP decision. What they have probably drawn from that past experience is the option to entrust directly the *Bundestag* with the task of overseeing the action of the EU. It is true that for Next Generation EU (unlike the PSPP) no additional justification was required on the part of the EU, and thus the BVerfG has not felt the need to apply the *counterlimits* and then to throw the ball in the court of the political institutions to ascertain whether the EU Institutions have done their *job*, as done in the *Weiss* case. Anticipating any possible successive legal action on the follow up to its judgment (like that filed after *Weiss*), the Karlsruhe Court has highlighted its various perplexities and then has left the issue directly in the hands of the *Bundestag*.

Despite some uncertainties until the end of the proceedings, there has not been a deep impact on the progress of the dossier in question at the European level. However, it has not been fully and entirely clarified what it is legally possible and what is not for Germany: while uncertainty offers precious spaces for political negotiations, the severe eyes of the BVerfG rest open on any new step to be taken.

Before the intervention of the BVerfG, the launch of the *Recovery Plan* had been blocked for some time by the Hungarian and Polish veto.

⁷² See in particular para 136, which is worth quoting: ‘In its case-law, the *Second Senate* has not yet decided whether and to what extent justiciable limits regarding the assumption of payment obligations or liabilities can be derived from the principle of democracy. In any case, only evident breaches of absolute outer limits would be relevant for the purposes of constitutional review (...). Similarly, payment obligations or assumptions of liability can only be considered to be in breach of any such outer limit following directly from the principle of democracy if, when they are called, such financial commitments not only had the effect of restricting budgetary autonomy, but would essentially negate this autonomy, at least for an appreciable period of time (...)’ (emphasis added). The formulation used defines apparently broad criteria, which should shape a narrow scope for the scrutiny of the Constitutional Court (and in the following paragraph it is stated that a ‘wide margin of appreciation’ should be reserved to the Parliament). At the same time, it seems clear that the opening of the quoted passage is aimed at leaving the door open to future definitions by the same Second Senate of the exact boundaries of financial engagements stemming from the democratic principle. See also para 219, where the BVerfG states again that the precise contours of the notion of “evident breach of absolute outer limits” in budget matters’ rest undefined.

As widely known, these two Member States were deeply concerned about the proposal for a regulation establishing a ‘*general regime of conditionality for the protection of the Union budget*’, intended to preclude disbursement of European funds – not only those of the foreseen *Recovery Plan* – in case of breaches of the rule of law⁷³. Concerns for the respect of the rule of law have not found a satisfactory response thus far. Two Article 7 TEU procedures for suspected violation of the founding values of the Union, enshrined in Article 2 TEU, namely the rule of law, were brought against Hungary and Poland. However, the two procedures have been hitting the stumbling block of the solidarity between the two Member States, that would oppose a veto against any ultimate decisions against each other⁷⁴.

The regulation on the ‘*general regime of conditionality for the protection of the Union budget*’ should be triggered only when threats to the rule of law have been perpetrated in the context of the implementation of the EU budget⁷⁵. Therefore, the instrument in question has a much narrower scope than Article 7 Procedures, that do not even encounter the limit of EU competences⁷⁶.

Meanwhile, other means of interventions for breaches of the values of the EU had found a much larger way to go ahead. The Court of justice has carved out of Articles 19(1) TEU and 47 CFR a wider room than that that would result from the simple application of Article 51 of the Charter. In fact, while the latter provision defines the scope of the Charter, as regards Member States, clarifying that this include their acts and behaviours ‘*only when they are implementing Union law*’, Article 19(1), second indent TEU states the duty of Member States to provide appropriate judicial remedies ‘*in the fields covered by Union law*’, without requiring that they are acting to implement EU law. In particular, where a judicial organ may be called upon to state on matters pertaining to EU law also in future situations – therefore with an assessment of the

⁷³ New means to protect EU values conceivable, but the point cannot be dealt with here. See Bonelli, Claes, De Witte and Podstawa (eds.), “Usual and Unusual Suspects in Protecting EU Values” (2020) 7, *European Papers Special Issue*, 641.

⁷⁴ See Mori, *Il primato dei valori comuni dell'Unione* (2021), *Il Diritto dell'Unione europea*, 1, 73.

⁷⁵ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, *OJ L* 433/1, 22.12.2020, p. 1 envisages that ‘appropriate measures’ shall be taken only for breaches of the rule of law that ‘affect or seriously risk affecting the sound financial management of the Union budget or the protection of the financial interests of the Union in a sufficiently direct way’ (Article 4(1)).

⁷⁶ The evaluation to be carried out by political Institutions in the framework of Article 7 TEU procedures should not be subject to the limit of EU competences, as a breach of the EU founding values has to be appreciated in the broadest possible sense. Should a threat to those values be subtracted to the type of control at issue on the sole basis of being (allegedly) carried out without connections to EU law (whatever the sense and the intensity of such links may be), the effectiveness and credibility of the mechanism itself would be undermined. Moreover, as the Court of Justice is not involved, the evaluation of the existence of links with the EU legal order would pose additional difficulties and might be the object of political bargaining in the context of an Article 7 TEU procedure. Thus, possible incoherencies could be introduced in the system, the evaluations of the political Institutions not necessarily being in line with views of the Court of Justice on the point. On the inexistence of the limit of competences under Article 7 Procedures, see also European Commission, *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, COM (2014)158 final, para 3.

potential exercise of judicial competences –, the issue falls within the combined scope of Articles 19 TEU and 47 CFR⁷⁷.

Alleged breaches of rule of law in a series of cases could amount to a breach of specific provisions of EU law, as well. In particular, issues connected with the independence of the Judiciary⁷⁸ have been brought before the Court of Justice – on the basis of the arguments, just reported, that broaden the scope of intervention of the Luxembourg Court – both by some national judges via preliminary proceedings and by the Commission⁷⁹. The harsh game before the Court of Justice does not seem to have come to an end. The proposed enlargement of the duty to refer a preliminary question to the Court of justice, under the terms specified above, goes in the direction of a further strengthening of the role of the Luxembourg Judges, although without trespassing the boundaries of their competences as laid down in the Treaties⁸⁰.

Let us now come back to the regulation establishing a general regime of conditionality for the protection of the Union budget. Late November 2020, the European Parliament and the Council have found a deal on a text for the aforementioned instrument, whereby financial leverage is used to obtain what Article 7 TEU procedures seem currently unable to achieve.

⁷⁷ Therefore, when assessing whether the Judiciary of a Member State enjoys sufficient independence to take part, on the basis of Article 19 TEU, in the EU judicial protection system, the scrutiny of the Court of Justice covers an area which is not strictly confined to the implementation of EU law pursuant to Article 51(1) of the CFR. See Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, EU:C:2018:117, para 29, C-619/18, *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, EU:C:2019:531, para 50, Joined cases C 585/18, C 624/18 and C 625/18, *A.K.*, para 82, C-896/19, *Repubblika v Il-Prim Ministru*, EU:C:2021:311, para 36. For a different appraisal of a situation in which there were no questions related to the application of EU law and the Court of justice declared the preliminary reference inadmissible, see Joined Cases C-558/18 and C-563/18, *Miasto Łowicz*, para 49.

The creation of direct effects arising out of the combination of Article 19(1) TEU and of Article 47 CFREU has been criticized: see Rasi, “Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza *Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*”, in *European Papers* 2/2019, *Insight of 31 July 2019*, 615, Martín Rodríguez, “Poland before the Court of Justice: Limited or Limitless Case Law on Article 19 TEU?”, in *European Papers* 5/2020, *Insight of 25 April 2020*, 331, www.europeanpapers.eu. On the issue see also Mori, at 56, 73 ff. See also Lazzarini, “Inapplicabile, ma comunque rilevante? La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia sull’indipendenza dei giudici nazionali”, AA.VV., *Temi e questioni di Diritto dell’Unione europea – Scritti offerti a Claudia Morviducci* (Cacucci, 2019), 171, 178.

⁷⁸ The independence of the Judiciary, on top of being an essential element of the rule of law, is seen – in the context of the design of Article 19 TEU – as a basic condition for the functioning of the EU judicial protection mechanism, where national judges adjudicate rights arising out of the EU legal order. Thus, the right to access to a judge and to an effective judicial remedy, laid down in Article 47 of the Charter of fundamental rights of the EU, is at stake. See, *inter alia*, Case C-216/18 PPU, *LM*, paras 48-54, Case C-619/18, *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, paras 42-52, Joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A.K.*, paras 79-86, Case C-824/18, *A.B.*, paras 108-112, Case C-791/19, *Commission v. Poland* (Disciplinary Regime of Judges).

The idea that the independence of the Judiciary is essential for the functioning of the EU judicial protection system as envisaged by Article 19 TEU, which gives ‘concrete expression’ to the value of the rule of law, included amongst the EU founding values enshrined in Article 2 TEU, and is at the core of the guarantees contained in Article 47 of the CFR, as well, is not entirely new in the case-law of the Court of Justice: see, with reference to other precedents, Case C-64/16, *ASJP*, paras 30-44. Almost all the judgments of the rule of law *saga* cited in these pages contain indications regarding the independence of the Judiciary. For another recent appraisal of the criterion of independence, see Case C-896/19, *Repubblika v Il-Prim Ministru*, paras 51-72. See in general on this issue, Carta, at 36, 57 ff.

⁷⁹ See in particular the infringement procedures in Case C-192/18, *Commission v. Poland*, EU:C:2019:924, Case C-619/18, *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, Case C-791/19, *Commission v. Poland*, at 38.

⁸⁰ See above, Section 1.2.1.

Feeling to be the victims of the envisaged cut of all European funds on the basis of their alleged violations of the rule of law, Hungarians and Polish have resorted to the use of their veto power on the parallel negotiating table where the start of the *Recovery Plan* were being discussed, and where a unanimous decision was needed. In particular, both the decision on the new own resources – which is necessary to back the borrowing on the markets of the big resources needed for the *Plan* – and the establishment of a Multiannual Financial Framework (MFF) require a unanimous decision within the Council (see Articles 311 and 312 TFEU respectively).

The credibility of the entire edifice and the prompt response to the worst economic crisis ever faced by the Union were at stake. As the shortly described events unfolded, it has become rapidly too late to forestall a highly dangerous deadlock. On 25 November 2020, the President of the Commission declared before the European Parliament that disagreements over the general regime of conditionality should have been finally settled by the Court of Justice in Luxembourg⁸¹ and attached her stigma on the Hungarian-Polish move aimed at blocking the approval of the *Recovery Plan*. Hence the matter of the rule of law seemed not considered as part of a possible bargaining by the EU executive⁸².

However, political pragmatism reversed the rigorist approach the Commission had trumpeted just before the European Council meeting. Thanks to a compromise incorporated in the December 2020 European Council Conclusions, Hungary and Poland decided to renounce to oppose their veto against the setting up of the *Recovery Plan*⁸³. The regulation would have not been applied until the final decision of the Court of Justice on the action challenging its validity that a Member State may have proposed. Hungary and Poland finally filed two actions for annulment, which were recently rejected by the Court of justice. The judgments are the object of the writings of Cesare Pinelli and Gianluca Contaldi⁸⁴.

In the context of the referred political compromise, even the Commission has accepted to suspend the application of the regulation, thus giving to Hungary and Poland what, more appropriately, could have been granted by a provisional measure delivered by the Court of justice after the filing of the actions for annulment. It is another not laudable story and some early

⁸¹ These are the words by Ursula von der Leyen: ‘*For anyone who would nevertheless harbour doubts, there is a clear path: they can go to the European Court of Justice and have the new rules scrutinised down to the last detail. That is the place where we usually thrash out differences of opinion regarding legal texts. And not at the expense of millions of Europeans waiting desperately for our help*’. See Speech by President von der Leyen at the European Parliament Plenary on the preparation of the European Council meeting of 10-11 December: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_2204.

⁸² See also EU Commissioner Paolo Gentiloni, Speech at the webinar ‘*Dialoghi Italo-Francesi per l’Europa - Strumenti per rilanciare le economie italiana e francese nel contesto del Covid-19*’, 3 December 2020, <https://www.luiss.it/evento/2020/12/03/dialoghi-italofrancesi-strumenti-per-rilanciare-le-economie-italiana-e-francese-nel-contesto-del-covid-19>, as reported by ANSA, www.ansa.it. On top of that, Ursula von der Leyen in other statements openly threatened to propose the setting up of a *Recovery Plan* for 25 Member States, cutting off Hungary and Poland, although the technical solution that could have been used was unclear.

⁸³ See European Council Conclusions, 10-11 December 2020, Paras 1-4.

⁸⁴ See Pinelli, “Valori comuni agli Stati membri e interesse finanziario dell’Unione”, Contaldi, “Le sentenze della Corte di giustizia sui ricorsi di Polonia e Ungheria e l’emersione del concetto di identità europea”, both in this Issue. On the two judgments see also Circolo, “Strumenti alternativi di tutela dei valori: il regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto” (2022), IV *I Post di AISDUE*, <https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2022/09/Post-Andrea-Circolo.pdf>.

commentators have highlighted the paradox of a possible breach the rule of law inside the EU itself⁸⁵. Also after the endorsement by the Luxembourg judges, the game is not over: future decisions on effective restrictions to disbursement of funds are likely to be challenged.⁸⁶ Hence, the situation rests, in this respect, under uncertainty.

The game is not over also as regards the quest for identity: the protection of national constitutional identities – unsuccessfully invoked by Hungary and Poland in the referred judgments – rests problematic under EU law, while we can spot the, uncertain as it may be, emergence of a European identity⁸⁷.

3. Primacy is everywhere, primacy is nowhere...

As observed by Luke Dimitrios Spieker⁸⁸, the decision to close the infringement procedure against Germany due to the 5 May 2020 judgment of its Constitutional Court⁸⁹ has been made public less than a month before the announcement of the launch of the infringement procedure against Poland for having breached the primacy of EU law⁹⁰. The breach by Poland came out of two rulings of the Constitutional Tribunal of 14 July and 7 October 2021⁹¹. The decision of 7

⁸⁵ See Alemanno and Chamon, *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It*, *VerfBlog*, 11 December 2020, <https://verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it/>.

⁸⁶ See Fiscaro, “Protection of the Rule of Law and ‘Competence Creep’ via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation”, ECJ Judgments of 16 February 2022, Cases C-156/21, Hungary v Parliament and Council and C-157/21, Poland v Parliament and Council, (2022) *European Constitutional Law Review*, 1, 22 ff. <<https://doi.org/10.1017/S1574019622000128>>.

⁸⁷ See on the point Pitruzzella, “L’integrazione tramite il valore dello “Stato di diritto””, *Federalismi*, 2022, www.federalismi.it, IV, V; Contaldi, at 84.

⁸⁸ See Spieker, “The Conflict over the Polish disciplinary regime for judges – an acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law: *Commission v. Poland*, Annotation to Case C-791/19, *Commission v. Poland* (Régime disciplinaire des juges)”, 61 *CMLR* (2022), 777, 807. See Case C-791/19, *Commission v. Poland*, at 38.

⁸⁹ See European Commission, “December Infringements Package: Key Decisions”, at 20.

⁹⁰ Commission Press Release, “Rule of law: Commission launches infringement procedure against Poland for violations of EU law by its Constitutional Tribunal”, 22 December 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_7070.

⁹¹ See in particular ruling K- 3/21 of 7 October 2021, analysed in the paper by Jacques Ziller in this collection; reference is made to the press release, as the full text of the judgment is still not available at the time of writing (The texts of the press releases, or, where available, of the judgments, are published on the website of the Tribunal: <https://trybunal.gov.pl/en/>). On the judgment in question, see also Di Federico, “Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca)”: *et nunc quo vadis?*”, *BlogDUE*, <https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2021/10/Di-Federico-BlogDUE-1.pdf>; more in general on the case-law of the Polish constitutional Tribunal on primacy of EU law, see Zoll, Południak-Gierz and Bańczyk, “Primacy of EU Law and jurisprudence of Polish Constitutional Tribunal”, Study for the European Parliament’s JURI Committee, 2022, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/732475/IPOL_STU\(2022\)732475_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/732475/IPOL_STU(2022)732475_EN.pdf). On Judgment P 7/20 of 14 July 2021, see Circolo “Ultra virse e Rule of Law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici” (2021), III *I Post di AISDUE*, <https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2021/07/Segnalazione-Andrea-Circolo-2.pdf>.

The strikes of the Polish Constitutional Tribunal are not limited to the EU Treaties. Even Article 6 of the ECHR has been considered to some extent incompatible with the Polish Constitution by judgment K-6/21 of 24 November 2021. This last ruling is intended as a reaction to ECtHR, Appl. No. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, Judgment of 7 May 2021, see Płoszka, “It Never Rains but it Pours. The Polish Constitutional Tribunal Declares the European Convention on Human Rights Unconstitutional”, *Hague Journal on the Rule of Law* (2022),

October 2021, rendered on an application by the Polish Government, contained in particular a direct attack at the EU legal order and affirmed that primacy as a principle, alongside a series of EU primary law provisions, are in contrast with the Polish Constitution. In essence, the Polish Constitutional Tribunal claimed, similarly to the BVerfG, that EU Institutions are acting *ultra vires* and that primacy is bringing an attack to the democratic character of Poland. Furthermore, the Tribunal claimed that Article 19(1) is contrary to the Polish Constitution as it gives competences to national judges to (in the word of the press release) ‘bypass the provisions of the Constitution in the course of adjudication (...)’ and ‘adjudicate on the basis of provisions which are not binding, having been revoked by the Sejm [the lower house of the Parliament] and/or ruled by the Constitutional Tribunal to be inconsistent with the Constitution’⁹². Finally, the Tribunal asserted that Articles 2 and 19(1) TEU are in contrast with the Polish Constitution, because they recognize the competence of domestic courts to review a series of aspects related to the internal organization of the Judiciary and essentially related to the issue of appointment of judges.

Spieker raises the issue of the difference in treatment between the German and the Polish case, as both contain an attack to primacy. The Author uses clear words to differentiate the two rulings respectively of the BVerfG and of the Polish Constitutional Tribunal – as well as the two judicial intervention models lying behind them – that are worth quoting:

‘(...) substantively, *PSPP* is hardly comparable to the judgment in K 3/21. While the former concerned the isolated act of an EU institution, the latter declared the ECJ’s interpretation of central Treaty’s provisions to be unconstitutional. The BVerfG generally accepts the primacy of EU law over the *Grundgesetz* and intervenes only with regard to a narrowly defined part, whereas the [Polish] Tribunal asserts the primacy of the entire Constitution over EU law. (...) In addition, *PSPP* is – even though highly questionable – the outcome of nearly 30 years of judicial development. (...) The [Polish] Tribunal reasoning, by contrast, is largely unsubstantiated and incoherent’⁹³.

In addition, the Author points out two other basic reasons for differentiation of the two cases at issue. In the first place, the two governments have shown a very different attitude. We have seen that the German Government formally recognized primacy, the rule of law in the EU legal order and other founding principles of EU law. Moreover, it undertook the obligation to avoid new *ultra vires* rulings⁹⁴. This makes clear that the willingness of the Government to

<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40803-022-00174-w.pdf>. See, in the same vein, the more recent judgment K-7/21 of 10 March 2022: similarly to what happens with EU law (see in the main text) the problem arises because national judges are called upon to disregard national (also constitutional) rules regarding the organization of the Judiciary.

⁹² It seems that the Tribunal does not accept, *inter alia*, the A.K. doctrine, whereby the Court of justice imposes to national judges to set aside national provisions on the jurisdiction of judges that are not independent. See *A.K.*, at 36 and corresponding text.

⁹³ Spieker, at 69, 806.

⁹⁴ See above, section 1.2.

conclude a fastidious incident have eased the closure of the infringement proceeding. On the contrary, judgment K 3/21, as just seen, comes out of an application of the Polish Government.

In the second place – leaving aside doctrines that set out criteria to qualify certain judicial moves as destructive (as opposite to constructive), or as abusive (as opposite to loyal) – Spieker advocates the application of a ‘*substantive understanding of primacy*’⁹⁵. In essence, the Author refers to a basic judicial concept of effectiveness of EU law widely used by the Court of justice in its case-law (that would be weak and insufficient) and to more advanced theories, which find the basis of primacy in the need to ensure equality between Member States⁹⁶, or between individuals⁹⁷. Building upon this last understanding, the position of Germany and Poland would be very different. While in the former the practical effects of the *Weiss* judgment of the BVerfG were very limited, and with no effective implications for individuals, in the latter the right to access to independent judges and to the Court of justice through preliminary references – which is, as seen, amongst the founding structures of the EU legal order – is impaired. This would justify the difference in treatment between the two cases.

These considerations might have played a role, however what is interesting is that the Author invokes a substantive understanding of primacy. An investigation into the long standing and complex debate about the origins and nature of primacy lays beyond the scope of this study.

I will offer a very brief appraisal of a few and selected simplified positions, acknowledging from the beginning that mostly each of them catches a part of the legal reality. Primacy can be intended a simple ‘conflict rule’⁹⁸, similar to those existing in private international law, with the limited function of selecting the applicable – national or European – norm, chosen by reason of competence only. I consider that the idea to maintain equality between Member States, which certainly contains a substantial element, still descends from a ‘technical’ conception of primacy, where coherence and impartiality are to be seen as the inevitable results of the correct functioning of a treaty-based system (where discrimination between contracting parties to a treaty is not admissible)⁹⁹. The neutrality of these ideas is easily called into question and

⁹⁵ Spieker, at 47, 808; emphasis original.

⁹⁶ Fabbrini (2015), “After the OMT case : The supremacy of EU law as the guarantee of equality of the Member States, 16 GLJ, 1003; Lenaerts, “L’*égalité des États Membres devant les traités*”, (2021) *Revue du droit de l’Union européenne*, 7.

⁹⁷ Klamert, “Rationalizing supremacy: Supremacy, effectiveness, and two standards of equality in EU law”, *Verfassungsblog*, 18 October 2021. For further references, see Spieker, at 47.

⁹⁸ See Szpunar, “The Principle of Primacy”, intervention at the Study Meeting between the Corte costituzionale and the Court of justice of the European Union, *Member States’ National Identity, Primacy of European Union Law, Rule of Law And Independence of National Judges*, Rome, 5 September 2022, p. 7, https://cortecostituzionale.it/jsp/consulta/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Szpunar.pdf.

⁹⁹ The literature on primacy is very vast. For interesting discussions of the foundations of primacy in the case-law of the court of justice, see, in addition to other writings to which I make reference in this essay and amongst many others, Arena, “Sul carattere “assoluto” del principio del primato del diritto dell’Unione europea” (2018), XIII *Studi sull’integrazione europea*, 317 and, with a focus on the historical origins of primacy, Id., “From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of *Costa v ENEL* (2019), 30 *European Journal of International Law*, 1017; for a more recent inquiry which moves from an original ‘circular’ idea, to the requirement of an unrestricted acceptance of the principle, connected to the building of a European identity, see Weber, “The Identity of Union Law in Primacy: Piercing through *Euro Box Promotion and Others*”, (2020) 7, *European Papers*, 749. On the last developments of the case-law see also Dougan, “The Primacy of Union Law over Incompatible National Measures: Beyond Disapplication and Towards a Remedy of Nullity?”, 61 CMLR

considered only apparent when results of the application of primacy lead to solutions that are perceived as unsatisfactory. Such perceptions can emerge at the national level (where sometimes objections to primacy are founded on the need to protect national constitutional identity), or, from the perspective of EU law, for the sake of a coherent reconstruction of the system on the basis of values and choices that should be made openly and explicitly.

Approaches that can be qualified as ‘federalist’ tend to underline the need of European rules to prevail¹⁰⁰. Primacy is also seen as becoming an overwhelming principle, in particular to the detriment of direct effects, which should constitute its pre-requisite, but are sometimes not (explicitly) required or non (at least accurately) analyzed by the Court of justice¹⁰¹. In a different perspective, the principle in question is sometimes intended in a narrow or strict sense, linked to direct effects and effectiveness of the protection of rights stemming from EU law, as opposed to a ‘broad’ one, whereby primacy is called into question where any infringement of EU law arises¹⁰².

As a reaction to these possible criticisms, substantial understandings emerge to promote what we can call an individual-oriented conceptualization of primacy. Spieker’s suggestion on a differentiation among infringements of the rule of primacy depending on the effects on the position of individuals openly renounces to impose formally the same treatment to all, but is presented as a return to the real origins, when the judicial defence of the position of individuals occupied the centre of the stage. Leonard Besselink also advocates a substantial understanding of primacy in this Special Issue¹⁰³, with regard, in essence, to the content and standard envisaged in rules enjoying primacy. Convergence of standards and a race to the top, in particular when it comes to fundamental rights protection, should, in his view, guide the developments of European integration. Reaching the correct equilibrium between different instances rests the big daily challenge to which European and national courts are faced.

Navigating through the meandering courses and intersections of these conceptions proves to be very difficult, while cutting questions and running to the ultimate option ‘primacy yes/primacy no’ constitutes an oversimplification of a central problem in the current state of development of EU constitutional law. Orientations as to the best understanding of primacy – amongst those just recalled or including other ones – cannot be provided here. Just a limited indication can only regard the method. What flows, again, from the principle of sincere cooperation, is the need for courts to learn to speak *common words*, as argued by Silvana Sciarra in this Special Issue¹⁰⁴. The responsibility for the construction of the European legal order is

2022, 1301.

¹⁰⁰ Traces of this conception can be found in Case *Simmenthal*, where the Court of justice underlines the hierarchical dimension that, in its view, existed in the relationships between national and European norms.

¹⁰¹ See Gallo, “Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco” (2017), *Il diritto dell’Unione europea*, p. 249, Id. *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali: evoluzione di una dottrina ancora controversa* (Giuffrè, 2018), 163 ff. and 351 ff., Id., “Effetto diretto del diritto dell’Unione europea e disapplicazione, oggi” (2019), 12 *Osservatorio sulle fonti*, 2.

¹⁰² See Szpunar, at 71, p. 6.

¹⁰³ See Besselink, The Problem with Primacy, in this issue.

¹⁰⁴ See Sciarra, “First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?”, in this issue. On the last developments of the case-law of the dialogue between the Italian Constitutional

definitely shared between national and European courts. The contribution of the former is essential also for legal concepts like primacy: the questions raised, the way the legal and factual background is analyzed already imply the promotion or marginalization of certain legal conceptions. I will provide just an example: direct effects are marginalized ...but the question as to the existence of direct effects is often not even asked: other preoccupations of national courts overthrow that question and other legal concepts come under the spotlight. Without having the possibility of further explore this interesting issue, the evolution of the way primacy – and other connected legal concepts – is intended will be shaped by the judgments of the Luxembourg Court, which of course take the stimulus offered by the national courts making questions (as well as by the Commission, when bringing infringement cases).

At the end, what marks the difference between experiences of dialogue that may be defined successful and those which are, on the contrary, unsatisfactory – the first not necessarily concluded with identity in arguments and/or solutions between the national court involved and the Court of justice – is exactly the existence or inexistence of a real and sincere effort to find a common ground. And, definitely, *common words*. Given that the quantum leap towards a federal system has not been made and is not likely to happen anytime soon¹⁰⁵, only where constitutional practices or traditions, implications and limits become understandable and effectively shared with the companion court, a common ground does exist. This implies that the courts engaged in the dialogue are ready to consider new formulations, interpretations and solutions and that their rejection will be subject not to a proper judicial scrutiny, but to a kind of peer-review where the reasonableness of argumentations and solutions is examined. Subsequent steps to better solutions will only be possible in a continuous dialectic exercise.

In this connection, the evaluation related to the *new* duties to refer by national judges proposed here, as well as, more in general, their responsibility to act under the principle of sincere cooperation – also going beyond what is strictly required, like when *second questions* are asked (also in the same preliminary reference to present additional options and without anyway watering down the sense of preliminary rulings) – recognize an extremely relevant and delicate position to *EU common judges*.

Finally, coming back to the jurisprudence of the BVerfG, that has offered the path for these reflections, it must be observed that the responsibility just sketched becomes evident with reference to the attitude taken and the words used. The 5 May 2020 decision seemed to have

Court and the Court of justice, see also Gallo and Nato, “L’accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell’ordinanza n. 182/2020 della Corte Costituzionale, *Eurojus*, 2020, <https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/gallo-nato.pdf>; Gallo, “Migrants’ Social Rights in the Dialogue between the CJEU and the Italian Constitutional Court: Long Live Article 267 TFEU!”, 8 September 2021, *EUlawlive*, <https://eulawlive.com/op-ed-migrants-social-rights-in-the-dialogue-between-the-cjeu-and-the-italian-constitutional-court-long-live-article-267-tfeu-by-daniele-gallo/>; Nascimbene and Anrò, “Primato del Diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale”, *Giustizia insieme*, 2022, <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-ue/2269-primato-del-diritto-dell-unione-europea-e-disapplicazione-un-confronto-fra-corte-costituzionale-corte-di-cassazione-e-corte-di-giustizia-in-materia-di-sicurezza-sociale?hitcount=0>.

¹⁰⁵ See Verola, at 13.

intended consequences, revealed, *inter alia*, by a subsequent *call for action* where the role of national constitutional courts is pushed up to a level in which, in my opinion, the dialogue between courts would become a run to the expropriation of reciprocal competences¹⁰⁶. This is how I read the idea that constitutional courts should enhance the limits of EU law (principle of conferral, respect for national identities), also with the establishment of a ‘reverse preliminary ruling procedure’. As far as I understand, the Luxembourg judges should ask national courts guidance as regards certain problems. Here I see the difficulty in accepting that those limits are inherent to the system and their respect could only be evaluated within the system and according to its logic. Notwithstanding the comprehensible fatigue experienced when trying to act within the system (with its current limits and difficulties), the rationale of the preliminary reference procedure must be found in unity, while forcing the Court of justice to go to each national constitutional court to ask for the definition of such limits (and without investigation of the concrete framing of such system) would lead, to say the least, to a fragmented, completely inefficient and incoherent situation. This is not a way to enhance sincere cooperation, but to content some national well organized groups’ appetites. These proposal would not even be useful to reaffirm the idea of Member States as ‘Masters of the Treaties’, as this could not anyway imply a power of each of them to keep EU Institutions that should rest independent, like the Court of justice, under the control of national organs, even important ones like constitutional courts. The autonomy of EU law and of the EU legal order should be preserved by the same Member States – again in line with the principle of sincere cooperation, read in conjunction with the principle of conferral¹⁰⁷ – while Member States have always in their hands the power to amend the EU founding Treaties¹⁰⁸, or to choose the ultimate option of exiting the Union.

The *Weiss* decision of the *Bundesverfassungsgericht* has also had unintended consequences. According to a widespread idea, the Polish Constitutional Court would have acted under the ‘mighty shadow’ of the German colleagues¹⁰⁹. This and other initiatives flourishing at the national level do not seem in line with the need to a refined and accurate understanding of the delicate and complicated framework governing the relationships between national and European legal orders and, at the end, with the duty of sincere cooperation.

Intertwined problems of a procedural, substantial and methodological nature emerge as regards primacy and the other delicate problems lying at the forefront of these difficult times for European integration and addressed in this Special Issue. Many doubts arise on which the other contributions shed some light.

¹⁰⁶ Grabenwarter, Huber, Knez and Ziemele, “The Role of Constitutional Courts in the European Judicial Network”, (2021) 27 *European Public Law*, 43 ff.

¹⁰⁷ Please see Poli and Cisotta, cited at 17, 1085 ff.

¹⁰⁸ I do not address the issue of the limits the Member States may encounter in amending the EU Treaties. It is sufficient to say that, although competences may be diminished, it should be considered impossible to impair the autonomy of the legal order and its essential features, including primacy and the basic framework of its judicial system. See, to that effect, Opinions 1/09 and 2/13, at 25, 2 and 28.

¹⁰⁹ See Spieker, at 47, 806; Weiler, *Why Weiss?* I•CON (2021) 19, 179, 180 and 182.

Corte di Lussemburgo e giudici costituzionali degli Stati membri nel (faticoso) avanzamento del processo di integrazione europea

DI NICOLA VEROLA*

Sommario: 1. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e i rischi per il processo di integrazione europea. – 2. Il valore della «rule of law». – 3. I vincoli alle scelte di politica economica e monetaria e il dialogo tra le Corti. – 4. La costruzione di un'unione sempre più stretta e il fine ultimo del processo di integrazione. – 5. La presunta latitanza dell'Italia alla Conferenza sul futuro dell'Europa. – 6. Riforma dei Trattati e costruzione di una dialettica politica transnazionale europea.

1. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e i rischi per il processo di integrazione europea

Eviterò di addentrarmi nell'analisi giuridica ed economica delle sentenze della Corte di giustizia e della Corte costituzionale tedesca per concentrarmi, piuttosto, sulle loro implicazioni politiche.

Lo farò concentrandomi su due campi. Uno è quello dell'Unione economica e monetaria (UEM) e potrò farlo abbastanza brevemente. L'altro campo su cui vorrei soffermarmi è quello dello Stato di diritto. Un tema di grande rilievo per il futuro del processo di integrazione, su cui si registra, da alcuni anni a questa parte, una tensione latente tra Corti costituzionali e Corte di giustizia.

Per quanto riguarda la giurisprudenza tedesca sulla UEM mi limiterò ad alcune annotazioni che credo aiutino a comprendere meglio la giurisprudenza tedesca. A determinare l'attivismo della Corte di Karlsruhe contribuiscono innanzitutto, mi sembra, alcuni fattori di natura costituzionale: l'esigenza di tutelare un «nucleo duro» di norme costituzionali mi sembra ad esempio che vada tenuto presente. Sappiamo tutti che uno dei portati della storia costituzionale tedesca è l'esigenza, fortemente sentita dopo la Seconda guerra mondiale, di tutela gli aspetti considerati centrali della Costituzione dal rischio di una sovversione per via democratica. Da qui l'esigenza di considerare le norme che li enunciano come «eterne» e quindi immodificabili. Inoltre, su un piano più tecnico, l'attivismo della Corte costituzionale tedesca si spiega con un istituto tipico della Costituzione federale: la possibilità dei ricorsi individuali, che rende molto

* Ministro Plenipotenziario, Vice Direttore Generale per l'Europa e la politica commerciale internazionale, Ministero per gli Affari esteri e la Cooperazione internazionale

più facile l'accesso alla Corte costituzionale tedesca. Bisognerebbe, come da alcuni auspicato, introdurre qualche tipo di filtro per la presentazione dei ricorsi. Ma allo stato attuale, la Costituzione tedesca non lo prevede. Questo favorisce una strategia che i giuristi inglesi chiamerebbero di «Repeated Litigations» da parte di alcuni attori politici tedeschi: presentarsi di continuo di fronte alla Corte costituzionale, con ricorsi seriali, per insidiare le scelte dell'Unione e delle Istituzioni europee sull'UEM.

Il terzo fattore che mi sembra contribuisca a spiegare l'attivismo giurisprudenziale tedesco appartiene, alla sfera, per così dire, della «filosofia economica». Esiste un «modello economico tedesco»; un insieme di postulati su come debba funzionare un sistema economico «sano», che è molto radicato nelle classi dirigenti della Repubblica Federale e che in un certo senso ispira anche gli interventi di carattere giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht*. È un modello che nutre un forte scetticismo nei confronti della discrezionalità politica e che tende ad anteporre sempre e comunque il rispetto di alcune regole preordinate alla discrezionalità della politica. Un connazionale del prof Ziller, autore di un altro saggio pubblicato in questa *Special Issue* il prof. Jean-Paul Fitoussi, in un suo bel libro, parla di «governo delle regole», che si contrappone al «governo delle scelte». Bene, mutuando la sua formula, si potrebbe dire che il *Bundesverfassungsgericht* è il baluardo di una visione in cui il «governo delle regole» deve prevalere sul «governo delle scelte» anche nella gestione dell'economia. Certo, oltre a questi fattori «ideologici» giocano un ruolo anche gli interessi, ma per il momento vorrei mettere fra parentesi questo tema, su cui tornerò fra un attimo.

Quello che mi preme sottolineare è che cultura costituzionale, fattori «tecnici» come la possibilità di ricorso individuale e ideali, come la convinzione normativa di dover tutelare le caratteristiche fondamentali del modello economico tedesco, contribuiscono a spiegare perché ci siamo trovati, negli ultimi dodici anni, a misurarci con una serie quasi ininterrotta di pronunce del *Bundesverfassungsgericht* su tematiche che riguardano l'UEM. Ne cito alcune: MES nel 2012, OMT nel 2014, Quantitative easing nel 2017, PSPP nel 2020 e ora questo giudizio sul Next Generation EU (che tecnicamente non fa parte dell'architettura istituzionale dell'UEM, ma è concettualmente collegato).

All'atto pratico, va peraltro anche rilevato che l'impatto non è stato particolarmente devastante. Per quanto riguarda gli ultimi sviluppi, il coinvolgimento della Corte non è valso a bloccare Next Generation EU e neanche a ritardarlo: la Germania, in fin dei conti, lo ha ratificato in tempo, e neanche in ritardo rispetto agli altri Stati membri. C'è stato un «intermezzo», con il ricorso alla Corte, e qualche patema d'animo nelle capitali europee, ma alla fine tutto è bene quel che finisce bene. E va detto che il governo federale è sempre stato molto rassicurante, dicendosi fiducioso nel fatto che la Corte costituzionale non avrebbe dato seguito al ricorso.

Next Generation EU è entrato in vigore in tempi rapidi, perché è ciò di cui l'Unione europea aveva urgentemente bisogno. È un modo per reagire alla crisi pandemica e una dimostrazione di come l'Unione europea sia in grado di agire con efficacia e determinazione, e anche con spirito di innovazione, di fronte alle crisi.

Certo, non tutto è rose e fiori, perché le pronunce della Corte costituzionale tedesca, dal Trattato di Lisbona in poi, hanno comunque messo una serie di paletti agli sviluppi dell'UEM. E

quelli che riguardano Next Generation EU (Next Gen) sono piuttosto rilevanti. Innanzitutto, la Corte ha circoscritto la portata di questo programma sul piano temporale. Ora, non c'è dubbio che Next Gen rappresenta un vero e proprio «salto paradigmatico» perché rompe il tabù dell'indebitamento comune europeo e prevede la possibilità di piani di intervento finanziati con bond europei. Tuttavia, la Corte costituzionale tedesca, riallacciandosi alla decisione dei Capi di Stato o di governo, mette le mani avanti: Next Gen è una grande innovazione sul piano istituzionale, ma vale soltanto «una tantum». È un piano straordinario che stiamo ponendo in essere per far fronte alla crisi pandemica, ma che non può essere istituzionalizzato e trasformato in un meccanismo stabile, una sorta di capacità fiscale europea permanente.

Il secondo paletto è a tutela del ruolo del *Bundestag*: la Corte costituzionale tedesca ribadisce, citando l'art. 110 della Legge fondamentale tedesca che i poteri di spesa non possono essere sottratti al Parlamento tedesco. Se lo si facesse, si infliggerebbe un vulnus alla democrazia. Gli impegni di spesa discendenti dai meccanismi previsti a livello europeo devono quindi essere prevedibili a monte, perché, qualora generassero impegni non previsti, finirebbero con il sottrarre di fatto al *Bundestag* il suo ruolo di decisore sull'utilizzo delle risorse pubbliche. È un ragionamento assolutamente legittimo, ma che presenta una serie di inconvenienti. Il primo è il rischio di generare processi emulativi: se tutte le Corti costituzionali avanzassero la stessa pretesa di controllo ultimo sulle decisioni europee, la coerenza e l'unitarietà del diritto europeo, forse la stessa esistenza della UE, sarebbero messe seriamente a rischio. È un problema serio, anche perché le pronunce della Corte tedesca rischiano di innescare una spirale di nazionalismo giuridico. Qualcuno potrebbe osservare: perché la Corte tedesca deve esercitare una supervisione sulle decisioni europee e le altre Corti costituzionali no? E perché le prerogative del Parlamento tedesco sono meritevoli di particolari tutele, di fronte al «rischio» di interferenze europee, e non quelle del Parlamento lussemburghese, piuttosto che maltese, piuttosto che spagnolo? Il ragionamento potrebbe essere replicato all'infinito, ma con il rischio reale di creare una *empasse* generalizzata dei processi europei.

Il secondo aspetto problematico della giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca è che mette un limite, una specie di tetto di vetro rispetto all'evoluzione dell'UEM. Il nocciolo del problema è la condivisione del rischio. Tutta la costruzione del Trattato di Maastricht si basa sostanzialmente su un assunto di fondo: che si possa condividere la stessa valuta, all'interno di una Unione Economica e Monetaria, senza condividere il rischio economico. E questo per la semplice ragione che questa condivisione è stata sempre vista dai tedeschi come un «prezzo» troppo alto da pagare.

È questo il senso dei parametri di Maastricht. Non sono criteri «economici». Sono criteri politici. Servono, almeno in linea teorica, a ridurre il rischio che uno Stato membro si comporti in maniera scriteriata, chiamando in solido poi gli altri a pagare per le sue «malefatte» o per i suoi errori. E questa è la stessa filosofia che ispira la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca. Il rischio, ci dice Karlsruhe, può essere condiviso solo fino a certo punto e gli esborsi cui potrebbe essere chiamato lo Stato tedesco devono essere prevedibili a monte. È una posizione comprensibile, che ha la sua legittimità ma che rappresenta un serio problema per l'evoluzione dell'UEM.

L'UEM non è un mero accordo di collaborazione. È una sorta di matrimonio economico. E come ogni matrimonio, può funzionare solo se ci si ripromette di essere uniti «nella buona e nella cattiva sorte». Se si porta qualcuno all'altare e gli si dice: condividiamo la buona sorte, sulla cattiva vedremo, non si pongono delle premesse straordinarie per il futuro dell'unione.

Ora, il tema della condivisione del rischio non è solo «teorico». È molto reale e concreto, perché influenza in maniera tangibile le scelte che vengono adottate a livello europeo. Faccio qualche esempio: dov'è che si ferma il completamento dell'unione bancaria; dov'è che non si riesce ad andare avanti? La risposta è molto semplice: sulla creazione di un meccanismo di assicurazione dei depositi, perché questo meccanismo comporterebbe una condivisione del rischio fra gli Stati membri. Lo stesso vale per l'idea di creare una autentica capacità fiscale europea, e quindi un vero governo economico dell'Europa. Creare una capacità fiscale europea comporta una condivisione del rischio, perché richiederebbe una responsabilità comune sui fondi da mobilitare a livello «federale» e la creazione di un debito europeo per poterli finanziare. Tanto il meccanismo di assicurazione dei depositi quanto la capacità fiscale sono tasselli fondamentali per completare l'architettura della UEM. Ma la loro attuazione si scontra, per l'appunto, con il problema della condivisione del rischio.

2. Il valore della «rule of law»

Dopo queste rapide annotazioni sul nesso fra la giurisprudenza costituzionale tedesca e le possibili traiettorie di sviluppo dell'Eurozona, volevo accennare ad un altro tema di grande rilievo per il futuro dell'Unione: il tema della *rule of law*. Anche questo è un terreno su cui la Corte di giustizia dell'Unione europea e le Corti costituzionali nazionali si stanno confrontando, sia nel senso di confronto costruttivo, sia nel senso di «confrontation» all'inglese, perché sulla *rule of law* si gioca una partita di grande importanza per definire la frontiera tra diritto nazionale e diritto dell'UE. Mi limito ad accennare soltanto al tema. Lo stato di diritto è uno dei valori fondanti dell'UE, ma è un po' meno ben definito di altri, come la democrazia e il rispetto dei diritti umani. Quando parliamo di democrazia, sappiamo tutti di cosa si sta parlando, almeno dal punto di vista formale. Quando parliamo di diritti umani, abbiamo un bagaglio di testi internazionali consolidati e una giurisprudenza decennale della Corte di Strasburgo che aiutano ad orientarci. Per la *rule of law*, il quadro è meno chiaro, e per certi versi in evoluzione. Eppure, gli istituti che vengono genericamente raccolti all'interno dell'etichetta dello Stato di diritto sono fondamentali negli equilibri europei. Perché, senza una fiducia reciproca nel rispetto della *rule of law* da parte degli Stati membri, è molto difficile pensare a tutta una serie di istituti come, ad esempio il mutuo riconoscimento o la stessa efficacia diretta delle norme adottate a livello europeo. La *rule of law* è il tessuto connettivo comune che consente la coesistenza, all'interno dell'Unione, di sistemi giuridici nazionali distinti. Rappresenta per molti versi l'architrave dell'ordinamento giuridico dell'UE.

Sullo stato di diritto si sono accumulati negli ultimi anni timori di arretramenti da parte di alcuni Stati membri, il che è un problema perché l'UE ha degli strumenti fortissimi per obbligare gli Stati candidati all'adesione ad adottare determinati istituti, ma ha degli strumenti debolissimi

per controllare il perdurante rispetto di questi istituti da parte degli Stati che sono già membri. Il tema ci porterebbe lontano, ma mi limito in questa sede ad accennare ad un'interessante pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia¹ che era stata adita da alcuni tribunali rumeni sui temi riguardanti la riforma della giustizia. In quella sede, la Corte (di Lussemburgo) ha detto una serie di cose decisamente interessanti. Ha affermato che gli Stati devono rispettare gli impegni che hanno assunto nei confronti dell'UE anche quando questi impegni riguardano competenze prettamente nazionali, come l'ordinamento della magistratura. Ci arriva in maniera molto interessante dai principi generali di effettività della tutela giurisdizionale e di leale cooperazione. E questa già è una picconata, se vogliamo, che scalfisce il muro del principio di attribuzione: uno Stato non può opporre indefinitamente al sindacato della Corte la circostanza che determinati comportamenti che gli vengono contestati riguardino competenze nazionali. Nella misura in cui lo Stato membro ha contratto degli impegni a livello europeo, è tenuto a mantenerli, indipendentemente dal fatto che questi impegni riguardino competenze europee o nazionali. E nel caso di specie, che riguardava l'indipendenza della magistratura, la Romania ha contratto degli impegni con le istituzioni europee nel quadro del meccanismo di cooperazione e verifica che ha negoziato all'atto dell'adesione all'UE. Impegni che quindi è tenuta a osservare.

La Corte dice poi un'altra cosa interessante: il giudice nazionale può disapplicare anche norme di rango costituzionale, quando queste norme configgono con impegni assunti a livello europeo. Questo va chiaramente nella direzione opposta rispetto alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, il che testimonia come sia in atto un confronto dinamico fra Corti nazionali e Corte di giustizia per definire il rispettivo perimetro di azione. È un processo molto complesso e, direi, centrale per il processo d'integrazione, perché il futuro della costruzione europea passa alla fine da qui: dal *limes* conteso fra le Corti nazionali e le Corti europee.

3. I vincoli alle scelte di politica economica e monetaria e il dialogo tra le Corti

Come governo italiano, noi abbiamo sollevato i temi delle modifiche dei Trattati e della governance economica nel paper che abbiamo presentato nell'ambito della Conferenza sul futuro dell'Europa. Sono tematiche che dovrebbe essere oggetto di discussione aperta tra i cittadini europei. Il tema della riforma della governance economica va presentato correttamente, senza lasciarsi influenzare da pregiudizi o da stereotipi. Una certa pubblicistica la presenta come una richiesta «interessata» degli europei del sud, che vorrebbero «mettere le mani nelle tasche» dei laboriosi tedeschi. Ma il tema va inquadrato in termini meno caricaturali, e più politici. L'UEM, questo straordinario esperimento basato sulla scommessa che una valuta comune possa reggere anche senza il sostegno di un governo federale, è perfetta così com'è o richiede una serie di migliorie rispetto alle disposizioni dei Trattati? Secondo noi, sì. Ma non è una semplice questione di trasferimenti finanziari da alcuni Stati ad altri: è una questione di governance complessiva e di sostenibilità dell'edificio.

¹ Corte giust., 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» et al. c. Inspekția Judiciară et al.*, ECLI:EU:C:2021:393.

Rapidissimamente, per quanto riguarda il ruolo delle Corti: francamente non saprei prevederlo, ma spero che ci sia un momento di resipiscenza, di moderazione anche da parte di alcune Corti costituzionali, per evitare quella spirale di rivendicazioni e di nazionalismo giuridico a cui accennavo. Rilevo che la Corte costituzionale italiana, con la teoria dei controlimiti, ha avuto un'interpretazione molto più «rotonda», per così dire, delle sue funzioni. Si è riservata di intervenire soltanto in casi assolutamente eccezionali, quando vedesse in pericolo alcuni aspetti fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. Non ha detto che si riserva di intervenire «a gamba tesa», in qualsiasi momento, sulle decisioni delle Istituzioni europee, perché francamente così rischiamo di «incartarci».

Quello che però mi sento di dire è che dubito si potrà assistere ad una ripresa di quella che è stata, negli anni '70 e '80, la via giudiziaria all'integrazione europea. La Corte di giustizia ha fatto moltissimo per consentirci di realizzare il mercato interno. Ma dubito che possa svolgere un analogo ruolo di impulso e per certi versi di guida in questa fase storica: le prossime tappe del processo europeo richiederanno una volontà politica, che, devo dire, allo stato attuale, è un po' latitante. Ciò non vuol dire che le circostanze non possano cambiare. Un fattore fondamentale, nel determinare gli sviluppi futuri, sarà la percezione di un pericolo, e più precisamente di un pericolo esterno. Se si guarda alla storia di tutte le entità federali – dalla Svizzera al Canada, agli Stati Uniti, – il fattore che a un certo punto ha consentito di «stringere» il vincolo federale è stata l'esistenza di un pericolo esterno. Io credo che, se la «ragione sociale» dell'integrazione europea dopo la Seconda guerra mondiale era evitare la guerra fra i membri dell'UE, la «ragione sociale» dell'Unione, oggi, è tutelare i valori e il modello sociale europei in un mondo che si è fatto molto complesso ed anche pericoloso. Un mondo dominato da diversi attori in competizione fra loro e fra i quali i singoli Stati europei rischiano di fare la fine dei vasi di coccio. L'esigenza di unire le forze e consolidare i vincoli fra Stati europei, se maturerà, maturerà in virtù di una presa di coscienza collettiva di questo rischio e del rischio, più in generale, di un declassamento dell'Europa rispetto alle dinamiche globali. Da questo punto di vista, è interessante anche il dibattito che si sta svolgendo in questi ultimi mesi tra gli Stati membri e tra le Istituzioni europee sul tema dell'autonomia strategica europea, che è una declinazione più ortodossa del concetto di sovranità europea, evocato negli ultimi anni soprattutto dal Presidente Macron. Il tema è: come fanno gli Europei a tutelare i loro interessi e ad assicurare una loro sfera di autonomia in un mondo sempre più turbolento? Credo che questo sia il vero motore di possibili futuri progressi sul fronte dell'integrazione.

4. La costruzione di un'unione sempre più stretta e il fine ultimo del processo di integrazione

Il tema della costruzione di un'unione sempre più stretta e sul fine ultimo del processo di integrazione è vastissimo e richiederebbe un approfondimento a parte. Mi limito ad alcuni cenni. Primo: finalità del progetto europeo. In realtà, su quale fosse lo scopo ultimo dell'integrazione europea – al di là del generico richiamo all'unione sempre più stretta dei popoli europei – c'è sempre stata una certa ambiguità. Un'ambiguità per certi versi costruttiva, perché in realtà ha

consentito di far convivere visioni molto diverse fra loro. Bisogna tenere presente che l'obiettivo ultimo della costruzione di una federazione europea non è mai stato condiviso da tutti gli Stati membri. Anzi, forse è stato sempre minoritario. Lo stato dell'opinione pubblica italiana rischia di essere fuorviante da questo punto di vista. Mi spiego. Gli Italiani sono sempre stati molto favorevoli al processo di integrazione e hanno tradizionalmente auspicato un suo sviluppo anche in senso federale (questo almeno nel passato: non so se sia ancora il caso). Ma in altre opinioni pubbliche questa volontà di marciare a tappe forzate, o quanto meno con un passo sostenuto verso l'obiettivo federale non è mai stata in realtà pienamente condivisa: non parlo solo della Gran Bretagna, dove sono sempre stati molto chiari nel dire che non avevano nessuna intenzione di abbandonare la propria sovranità statale, ma anche di buona parte degli altri Stati membri.

La Conferenza sul Futuro dell'Europa (CoFE) rispecchia un po' lo spirito dei tempi: vuole essere un esercizio di democrazia partecipativa che aiuti a coinvolgere maggiormente i cittadini europei, ma non ha un'agenda per così dire federale, tutt'altro: fin dall'inizio molti Stati membri hanno messo dei paletti molto precisi per dire che la CoFE dovrebbe parlare delle politiche che interessano i cittadini, qualsiasi cosa ciò significhi, e non dovrebbe occuparsi di modifiche istituzionali. È significativo che lo Stato membro che insisteva di più, nelle fasi preparatorie, affinché fosse inserita esplicitamente la possibilità di modifica dei Trattati in realtà aveva in mente un'agenda di «rimpatrio» delle competenze europee verso il livello nazionale, non di conferimento di nuove competenze all'UE. Alla fine – e questa è stata anche la posizione sostenuta dall'Italia – la questione è stata lasciata impregiudicata, nel senso che dalla CoFE sono emerse una serie di proposte, e solo in un secondo momento si vedrà se queste proposte potranno essere tradotte in pratica attraverso i meccanismi decisionali ordinari dell'Unione o richiederanno delle modifiche dei Trattati. L'esercizio, in altri termini, è lasciato alla sua natura *bottom-up*, e le Istituzioni, alla fine, stanno tirando le somme. Bisogna sapere che questo non è un esercizio di modifica dei Trattati. Non è, almeno per il momento, il prologo di una nuova Convenzione europea, anche se probabilmente questa rimane l'aspirazione del Parlamento europeo. Allo stato attuale è un esercizio di consultazione e di democrazia partecipativa che dovrebbe consentire di mettersi all'ascolto dei cittadini europei. Se si tratti di un succedaneo rispetto all'azione di leadership delle classi dirigenti europee – in questa fase effettivamente latitante - o di un *ersatz* rispetto alla volontà di adottare delle scelte di carattere strategico, questo lo lascio decidere ai lettori.

5. La presunta latitanza dell'Italia nella Conferenza sul futuro dell'Europa

Quanto al nostro Paese, non è del tutto vero, anzi, non è vero che l'Italia sia assente dalla CoFE, come da qualche parte si vorrebbe far credere. Nella fase preparatoria, il Governo ha fatto circolare un *paper* nazionale, con una serie di contributi sui temi e sul funzionamento della Conferenza. È stata inoltre costituita una *governance* nazionale che consenta di ottimizzare la partecipazione italiana ai lavori della CoFe. Non per guidare il dibattito, visto che la Conferenza è un esercizio *bottom-up*, ma per stimolarlo. Abbiamo poi una serie di iniziative in cantiere che sono state portate avanti su tutto il territorio nazionale. C'è in realtà già abbastanza carne al

fuoco. Diverse iniziative dimostrano che il dibattito attorno alla COFE è piuttosto vitale nel nostro Paese., quindi non direi che siamo latitanti.

Sull’impatto della Conferenza, staremo a vedere. L’esercizio ha un perimetro abbastanza «dato», quindi io non mi aspetto sviluppi straordinari, anche perché la Conferenza è un «animale» politico diverso rispetto alla Convenzione europea di alcuni anni fa. Quest’ultima aveva anche un personale politico consapevole delle potenzialità dello strumento che gli era messo a disposizione ed era interessato ad utilizzarle fino in fondo. Penso in particolare al ruolo svolto dal Presidente Giscard D’Estaing e dai due Vice-Presidenti, tra cui ricordo Giuliano Amato, per trasformare la Convenzione in un organismo «costituente». I «Convenzionali» avevano un programma ed avevano un interesse a valorizzare l’azione della Convenzione, cosa che, in parte, è loro riuscita, anche se sappiamo che l’avventura della Costituzione europea non si è conclusa nel migliore dei modi. Questo potenziale evolutivo manca alla CoFE, perché la sua governance prevede un controllo molto stretto delle tre Istituzioni coinvolte (Commissione, Consiglio e Parlamento). Se fosse stato nominato un Presidente esterno sarebbe stato anche possibile immaginare una «forzatura» mirata a trasformare l’esercizio in qualcosa di diverso. Ma con una Presidenza collegiale delle tre Istituzioni uno sviluppo del genere mi sembra poco probabile.

6. Riforma dei Trattati e costruzione di una dialettica politica transnazionale europea

La riforma dei Trattati è un tema molto complesso e c’è pochissimo appetito in questa fase in Europa per un processo di revisione dei Trattati che non si sa dove potrebbe portare. Viste poi le maggioranze politiche al governo in alcuni Paesi europei, sarebbe anche un esercizio «a doppio taglio», perché, come dicevo prima, molti di quelli che chiedono riforme dei Trattati allo stato attuale richiedono una riduzione delle competenze dell’UE, non un loro rafforzamento. Ciò detto, tra le criticità da affrontare in un ipotetico processo di riforma, oltre a quelle derivanti dall’architettura dell’UEM (ed in particolare della divisione tra politica economica e politica monetaria), metterei anche i meccanismi di voto, in particolare gli ambiti in cui ancora oggi si vota all’unanimità: in un’Unione a 27 è una garanzia di paralisi. So che il tema delle procedure desta pochissimo interesse presso le opinioni pubbliche, però io continuo a pensare che gli aspetti istituzionali siano determinanti per ispirare e consentire le politiche. La retorica imperante, in questo momento, è: «basta parlare di tematiche istituzionali – che interessano solo gli esperti –, parliamo di politiche che interessano ai cittadini». Ma il problema è che se mancano le condizioni istituzionali che consentano di farle funzionare, le politiche non possono essere realizzate.

Detto questo, si può fare molto anche a Trattati invariati: personalmente una cosa che ritengo molto utile e che sarebbe molto importante per far crescere il dibattito europeo è l’istituzione di liste transnazionali, possibile anche a Trattati costanti. Lo stesso Ministro l’ha citata e questa idea è nel nostro *paper* nazionale. Non necessariamente tutto il Parlamento europeo dovrebbe essere eletto sulla base di queste liste transnazionali.

Sarebbe sufficiente che lo fosse una quota, anche piccola, dei parlamentari. La competizione fra più liste europee avrebbe il grosso merito di favorire una dinamica autenticamente transnazionale. Ora – e mi riferisco ancora al nostro *paper* nazionale – se c'è qualcosa di realmente innovativo che potrebbe uscire da questa CoFE è proprio lo stimolo verso la creazione di un'autentica dialettica politica transnazionale europea. Una dialettica che allo stato attuale ancora non esiste: ogni politico nazionale parla al suo elettorato, gli elettorati tra loro non si parlano e perlopiù si fraintendono: se uno vede come vengono letti i fenomeni europei nelle varie arene politiche e nei vari dibattiti pubblici nazionali, si rende conto che il rischio di fraintendimenti, di stereotipi e di visioni completamente divergenti sugli stessi temi è altissimo. Per esempio, sull'UEM, leggendo certi giornali tedeschi si ha l'impressione che gli europei del sud vogliano sostanzialmente mettere «il coltello alla gola» del povero risparmiatore tedesco per derubarlo. Almeno questa è l'immagine emergente da una certa stampa di carattere popolare. Ma se si leggono certi giornali del Sud Europa si ricava un'impressione che siano i tedeschi a bistrattare i poveri meridionali, schiacciando la loro testa sotto gli stivali. Ora, è chiaro che queste percezioni divergono in maniera così radicale perché manca un dibattito politico integrato. Esistono tanti discorsi politici quanti sono gli Stati membri, ma questi discorsi politici non interagiscono fra loro. Questo è uno dei temi fondamentali per il futuro dell'Europa. Perché senza un «discorso politico» autenticamente europeo sarà difficile intendersi su quali sono le modifiche e le riforme necessarie per il futuro dell'Europa.

Dialogo, confronto, o contrapposizione tra Corti?

DI JACQUES ZILLER*

Sommario: 1. Il problema della coesistenza dei due ordinamenti giuridici in ciascuno Stato membro. – 2. L'accettazione del primato e delle sue conseguenze. – 3. L'indicazione a titolo preventivo di possibili limiti al primato: controlimiti, *Solange* e identità costituzionale. – 4. Il dialogo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea. – 5. La contrapposizione con la Corte di giustizia europea: la Corte costituzionale federale tedesca e il controllo *ultra vires*. – 6. *Segue* La contrapposizione tra la Corte suprema danese e la Corte costituzionale ceca e la CGUE. – 7. *Segue* La contrapposizione tra le Corti costituzionali rumena, ungherese e polacca e la CGUE.

1. Il problema della coesistenza dei due ordinamenti giuridici in ciascuno Stato membro

Il problema essenziale del primato del diritto dell'Unione è stato identificato con particolare chiarezza dall'Avvocato generale Lagrange nelle sue conclusioni del 25 giugno 1964¹ nella causa *Costa c. Enel*. Piuttosto che parafrasarli, sembra utile riprodurre i passaggi chiave, in quanto dimostrano che nelle deliberazioni che hanno portato alla sentenza del 15 luglio successivo, la Corte era pienamente consapevole di questo problema. In particolare, ciò significa che la Corte non si è evoluta e ha seguito sempre la stessa linea sul primato, dalle sentenze *Internazionale Handelsgesellschaft* del 1970² e *Simmenthal* del 1978³ fino alla recente *Poplawski* del 2019⁴. Scriveva Lagrange (corsivo aggiunto):

«È quindi impossibile sottrarsi al problema costituito dalla *coesistenza, in ciascuno Stato membro, di due ordinamenti giuridici, quello interno e quello comunitario*, che hanno ciascuno la propria sfera di competenza, né conseguentemente alla questione di *quale sia la sanzione per gli eventuali sconfinamenti dell'un ordinamento nell'ambito proprio dell'altro*».

Lagrange distingueva poi tra situazioni in cui la norma interna era precedente a quella comunitaria, ossia l'entrata in vigore del Trattato o quella di un atto di diritto derivato:

* Già professore ordinario di diritto dell'Unione europea all'Università di Pavia.

¹ Conclusioni del 25 giugno 1964, causa 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:51, pp. 1160-1183.

² Corte giust., 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114.

³ Corte giust., 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49.

⁴ Corte giust., 4 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2019:530.

«In qual modo questi giudici dovranno esercitare il loro controllo e, in ispecie, applicare le disposizioni self-executing del Trattato, come pure i regolamenti comunitari legalmente adottati, qualora vi sia una disposizione interna contraria? *Se questa è anteriore all'entrata in vigore del Trattato o alla pubblicazione del regolamento, soccorre il principio dell'abrogazione tacita.* Le difficoltà sorgono qualora la *disposizione interna* sia *posteriore* al Trattato *e in contrasto con una norma self-executing* di questo, ovvero qualora essa sia *posteriore* a un regolamento comunitario legalmente adottato e regolarmente pubblicato; in detta ipotesi, tuttavia, *la difficoltà sorge soltanto se la disposizione interna è una norma di legge*, giacché nel caso di un semplice *atto amministrativo*, o anche di un *regolamento*, il ricorso di *legittimità* o, *quanto meno, l'eccezione d'illegittimità* (nei paesi che non ammettono in pieno l'impugnazione diretta dei regolamenti) *sono sufficienti* a rendere inefficace una disposizione interna di fronte a una norma comunitaria. *Nel caso della norma di legge*, ci troviamo invece inevitabilmente di fronte a un *problema di carattere costituzionale*».

Casi successivi hanno tuttavia dimostrato che le norme sull'abrogazione implicita variano da uno Stato membro all'altro. In particolare, quando una corte costituzionale o suprema ha il potere di annullare una legge - che equivale alla sua abrogazione - gli altri tribunali non hanno questo potere. Questa è la situazione che la Corte ha affrontato nella causa *Simmenthal* con una soluzione diventata giurisprudenza consolidata. In realtà, i problemi di applicazione del primato che talvolta hanno portato a scontri con le corti costituzionali o supreme hanno riguardato sia disposizioni legislative interne sia disposizioni costituzionali. Secondo Lagrange:

«Se il giudice costituzionale di uno degli Stati membri dovesse affermare formalmente che detto risultato non può essere raggiunto rispettando le norme costituzionali del suo paese, ad esempio a proposito delle leggi ordinarie incompatibili col Trattato le quali prevalgono sul Trattato stesso senza che alcun giudice (nemmeno il giudice costituzionale) abbia il potere di disapplicarle finché il Parlamento non le abbia abrogate o modificate, una sentenza del genere determinerebbe un conflitto assolutamente irresolvibile fra i due ordinamenti giuridici e scalzerebbe dalle fondamenta lo stesso Trattato. Questo, non solo non potrebbe essere applicato, nel modo in esso previsto, nello Stato di cui trattasi ma, per una reazione a catena, non potrebbe verosimilmente esserlo nemmeno nei restanti Stati della Comunità; non comunque in quelli fra detti paesi in cui (come in Francia) gli accordi internazionali prevalgono solo 'a condizione di reciprocità'. In una situazione del genere, *detto Stato non avrebbe che due alternative: o modificare la Costituzione onde renderla compatibile col Trattato, ovvero denunciare quest'ultimo.* Firmando il Trattato, ratificandolo e depositando gli strumenti di ratifica, *lo Stato* sopraddetto si è infatti impegnato nei confronti delle restanti Parti e *non potrebbe rimanere inerte senza violare i suoi obblighi internazionali.* Si comprende quindi che la Commissione, cui l'articolo 155 affida il compito di vigilare sull'applicazione del Trattato, abbia manifestato alla Corte nelle sue osservazioni 'l'apprensione' ispirata dalla sentenza del 24 febbraio 1964».

Il ragionamento esposto da Lagrange è stato ribadito in modo molto chiaro e preciso quarant'anni dopo dalla Corte costituzionale polacca nella sentenza del 27 aprile 2005 sulla compatibilità del mandato d'arresto europeo con il divieto costituzionale di estradizione dei

cittadini⁵. La Corte ha spiegato che in presenza di una contraddizione tra la Costituzione polacca, che vietava l'estradizione dei suoi cittadini, e i requisiti della decisione quadro 2002/584, che prevedeva la consegna di un cittadino a un altro Stato membro, le tappe da percorrere erano quattro.

In primo luogo, la Corte doveva verificare se fosse possibile un'interpretazione conforme. Se ciò non fosse possibile, il governo dovrebbe richiedere la modifica della decisione quadro. Se ciò non fosse stato possibile, la Polonia avrebbe quindi dovuto modificare la propria costituzione. E se anche ciò non fosse possibile, l'unica via sarebbe l'applicazione dell'art. 50 del TUE e l'uscita dall'Unione. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte polacca ha fissato un limite di tempo durante il quale ha ritenuto che un'eventuale consegna sarebbe stata possibile, anche se in teoria contraria alla Costituzione, per dare al potere costituente il tempo di adottare la modifica necessaria. Alcuni commentatori hanno interpretato questa sentenza come un rifiuto del primato; ma non è così, poiché la sentenza stabilisce chiaramente il legame tra il primato e il principio *pacta sunt servanda* e stabilisce che l'articolo del Codice di procedura penale concepito per attuare la decisione quadro deve continuare ad essere applicato (corsivo aggiunto):

«5.5. *Article 9 of the Constitution is not only a grandiose declaration addressed to the international community, but also an obligation of state bodies, including the government, parliament and the courts, to observe the international law, which is binding for the Republic of Poland. Apart from appropriate changes in the national legal order, the implementation of this obligation may require the bodies of public administration to undertake specific actions within the scope of their assigned competencies. Therefore, both due to the effect of deferral (consisting of the maintenance of the binding force), as well as owing to Article 9 of the Constitution, it should be concluded and recognised that the courts are temporarily obliged to continue to apply Article 607t § 1 of the Code of Penal Procedure*».

2. L'accettazione del primato e delle sue conseguenze

Contrariamente all'impressione data da alcuni commenti sulle sentenze più recenti in cui alcune corti costituzionali o supreme si sono opposte frontalmente alla CGUE, è sbagliato pensare che il primato non sia accettato da un numero cospicuo di giudici degli Stati membri. Al contrario, il numero di rinvii pregiudiziali in cui un giudice chiede alla Corte se una norma di diritto dell'Unione vieti l'applicazione di una norma nazionale in un caso specifico mostra un grado di deferenza molto elevato: sin dalla sentenza *Costa c. ENEL* del 15 luglio 1964, vi è stato solo un numero molto limitato di casi in cui un giudice ha rifiutato di trarre le conseguenze di una sentenza della CGUE, mentre vi sono state migliaia di rinvii pregiudiziali, da duecento a quattrocento all'anno negli ultimi anni. Inoltre, nel caso di maggior rilievo, la sentenza *PSPP* del 5 maggio 2020 (v. *infra*), la Corte costituzionale tedesca ha tenuto a sottolineare il proprio rispetto del primato, basando il proprio rifiuto di applicare la sentenza della CGUE sull'argomentazione che la Corte di giustizia aveva superato i limiti della propria giurisdizione.

⁵ Trybunał Konstytucyjny Sentenza N P 1/05 del 27 aprile 2005, testo inglese reperibile all'indirizzo https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/P_1_05_full_GB.pdf.

Questa deferenza da parte dei tribunali degli Stati membri è particolarmente ben illustrata dalla sentenza del 24 maggio 1975 della *Cour de Cassation* francese nella causa *Cafés Jacques Vabre*⁶ (corsivo aggiunto):

«considerando che il trattato del 25 marzo 1957, che, in virtù dell'articolo [55] della Costituzione, ha un'autorità superiore alle leggi, *istituisce un proprio ordinamento giuridico integrato con quello degli Stati membri; che, in virtù di tale specificità, l'ordinamento giuridico da esso creato è direttamente applicabile ai cittadini di tali Stati ed è vincolante per i loro giudici* che, di conseguenza, la Corte d'Appello ha giustamente deciso, senza eccedere i propri poteri, che l'articolo 95 del Trattato dovesse essere applicato nella fattispecie, escludendo l'articolo 265 del Codice doganale, anche se quest'ultimo testo era successivo».

La maggior parte dei commentatori sottolinea che la Corte di Cassazione ha ripreso la formulazione della giurisprudenza della CGUE che fa riferimento alla specificità dell'ordinamento giuridico dell'UE e che per essa la base delle conseguenze del primato sarebbe quindi la stessa della CGUE. Questo, invece, è dimenticare che la sentenza richiama espressamente l'art. 55 della Costituzione francese secondo il quale i trattati debitamente conclusi hanno un'autorità superiore alle leggi.

Un'analisi del diritto comparato mostra che i giudici nazionali si basano in particolare sulla costituzione del loro Stato, che è vincolante per loro, in quanto base del primato. Nei casi in cui la Costituzione prevede espressamente il primato dei trattati internazionali sul diritto interno, come nel 1964 per Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi, non vi è alcun problema. Tuttavia, se non esiste una clausola costituzionale di questo tipo, come nel caso degli altri tre Stati fondatori e come accade tuttora in molti Stati membri, la situazione è più complicata. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, le corti supreme nazionali evitano il confronto con la Corte di giustizia.

Una delle decisioni più interessanti è la "dichiarazione" (vincolante) DTC n. 1/2004 della Corte costituzionale spagnola del 13 dicembre 2004 sulla ratifica del Trattato costituzionale del 2004, in particolare perché afferma la compatibilità tra il primato del diritto dell'Unione e la supremazia della Costituzione⁷ (corsivo aggiunto).

«Primato e supremazia sono categorie che si sviluppano in ordini diversi. Il primo, in termini di applicazione di regole valide; il secondo, in termini di procedure normative. La supremazia si basa sulla superiorità gerarchica di una norma e, per questo motivo, è la fonte di validità di quelle ad essa subordinate, con la conseguenza, quindi, dell'invalidità di queste ultime se contravvengono alle disposizioni imperative della prima. Il primato, invece, non si basa necessariamente sulla gerarchia, ma sulla distinzione tra ambiti di applicazione di norme diverse, in linea di principio valide, delle quali, tuttavia, una o alcune hanno la capacità di soppiantare le altre in virtù della loro applicazione preferenziale o prevalente dovuta a ragioni diverse. [...] La supremazia della Costituzione è quindi compatibile con i regimi di applicazione che privilegiano le norme di un ordinamento giuridico diverso da quello nazionale, a condizione che la Costituzione stessa lo preveda. [...] In breve, la Costituzione stessa ha accettato, in virtù dell'articolo 93, il

⁶ <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006994625/>, traduzione dell'A.

⁷ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2005-111> traduzione dell'A.

primato del diritto dell'Unione nel settore che gli è proprio, come ora è espressamente riconosciuto dall'articolo I-6 del Trattato».

3. L'indicazione a titolo preventivo di possibili limiti al primato: controlimiti, *Solange* e identità costituzionale

Nella sentenza 7 marzo 1964, n. 14, nella causa *Costa c. ENEL*, la Corte costituzionale aveva rifiutato di controllare la conformità della legge di nazionalizzazione del 1962 con il Trattato CEE perché successiva a quest'ultimo. Ciò non significa che contestasse il principio del primato – di cui si discuteva da alcuni anni negli ambienti giuridici⁸ - ma che riteneva che la Costituzione non le desse il potere di trarre tutte le conseguenze che sarebbero state tratte pochi mesi dopo dalla CGUE. Con la sentenza 2 dicembre 1973 n. 183 nella causa *Frontini*, la Corte italiana ha cambiato posizione e ha accettato di controllare la conformità di atti adottati dal legislatore al diritto dell'Unione. Aggiungeva, tuttavia, che:

«in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini –, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana».

Alle limitazioni della sovranità si oppongono quindi dei controlimiti di questi diritti e principi. Va sottolineato che la nozione di "diritti umani inalienabili" non copre tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana, e che la nozione di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale non copre l'intera Costituzione. Più recentemente, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte costituzionale fa riferimento all'"identità costituzionale" piuttosto che ai "principi fondamentali", senza che ciò implichi alcuna differenza sostanziale.

La dottrina *Solange* della Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) è paragonabile alla teoria dei controlimiti. Con la giurisprudenza *Solange* (in tedesco: "finché"), la Corte tedesca ha sviluppato una dottrina su ciò che considerava un ostacolo all'applicazione delle conseguenze del primato. In una sentenza del 29 maggio 1974, nota come *Solange I*⁹, la Corte costituzionale si è dichiarata competente a decidere su un conflitto tra il diritto comunitario e la Costituzione tedesca. Ha affermato che la Legge fondamentale dovrebbe prevalere finché il diritto dell'Unione non garantisce un livello di protezione dei diritti fondamentali equivalente a quello del diritto costituzionale tedesco. Da una seconda sentenza del 22 ottobre 1986, nota come *Solange II*¹⁰, non ha accettato di esercitare il controllo fintanto che il richiedente non dimostra che la protezione dei diritti fondamentali ai sensi del diritto dell'UE non corrisponde alla protezione garantita dalla Legge fondamentale. Nella sentenza del 12 ottobre 1993 sulla legge di

⁸ V. L.F.D. TER KUILE, *Le problème des dispositions directement applicables des traités internationaux et son application aux traités insistant les Communautés*, in *Fédération internationale pour le droit européen, Deuxième colloque international de droit européen – La Haye 1963*, N.V. Uitgeverij, 1966.

⁹ BVerfGE 37, 271.

¹⁰ BVerfGE 73, 339.

ratifica del Trattato di Maastricht¹¹, la Corte costituzionale ha aggiunto che il suo eventuale riesame avrebbe potuto includere anche la questione dell'estensione delle competenze dell'Unione, cosa che non ha fatto fino al 2009. In breve, secondo questa dottrina giurisprudenziale, la Corte Costituzionale accetta il principio del primato affermato dalla CGUE nella causa *Costa c. Enel* e ritiene che vi sia una presunzione di compatibilità del diritto dell'Unione con la Costituzione tedesca fintanto che non si dimostri che una norma dell'Unione è contraria ai diritti fondamentali tutelati dalla Legge fondamentale del 1949 o all'art. 79, comma 3, che vieta, tra l'altro, la divisione della Federazione in *Länder* e la partecipazione dei *Länder* alla legislazione federale. Gradualmente la Corte costituzionale ha esteso l'ambito dei principi costituzionali che possono opporsi alle conseguenze del primato al di là dell'art. 79 della Legge fondamentale e ha iniziato a utilizzare la formula dell'"identità costituzionale" della Germania, che riecheggia nell'art. 4 par. 2 TUE nella sua formulazione risultante dal Trattato di Lisbona.

Gradualmente, in varie occasioni, alcune altre corti – costituzionali o supreme – hanno sviluppato una giurisprudenza analoga.

È il caso del *Conseil constitutionnel* francese. Va ricordato che per molto tempo il Consiglio ha dovuto pronunciarsi solo sull'eventuale necessità di una revisione della Costituzione prima della ratifica di un trattato di revisione, poiché nel 1975 aveva specificato che spettava ai tribunali giudiziari e amministrativi controllare la conformità delle leggi ai trattati internazionali. Più di recente, ha precisato in varie occasioni di essere l'unica a poter verificare se una legge di attuazione del diritto dell'Unione sia contraria all'identità costituzionale della Francia, formulazione utilizzata a partire da una decisione del 27 luglio 2006¹², che ha sostituito l'espressione "una disposizione espressa della Costituzione", utilizzata tra il 2004 e il 2006. Solo nel 2021 il Consiglio ha dato espressione concreta a un "principio inerente all'identità costituzionale della Francia", con una decisione del 15 ottobre 2021. Il Consiglio ha dedotto dall'art. 12 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che "il divieto di delegare a privati poteri generali di polizia amministrativa inerisce all'esercizio della 'forza pubblica' necessaria per garantire i diritti"¹³. Nel caso in esame, la direttiva in questione non implicava che la legge francese dovesse fare una delega di questo tipo e quindi non c'era alcun problema. Alcuni studiosi hanno ritenuto che si trattasse di un avvertimento alle istituzioni dell'UE, ma si può anche ritenere che il Consiglio abbia scelto questo caso per dimostrare di essere in grado di vigilare in caso di necessità, senza che ciò impedisca di fare riferimento alla giurisprudenza della CGUE.

Le stesse considerazioni valgono per un *obiter dictum* della Corte costituzionale belga in una sentenza del 28 aprile 2016. Questo *obiter dictum* afferma, senza che ciò abbia alcuna conseguenza nel caso in questione, che «l'articolo 34 della Costituzione non consente in alcun caso una violazione discriminatoria dell'identità nazionale insita nelle strutture fondamentali, politiche e costituzionali, o dei valori fondamentali della protezione che la Costituzione conferisce ai soggetti di diritto»¹⁴. Per il resto, è degno di nota il fatto che la Corte belga (e la Corte arbitrale che l'ha preceduta) sia stata una delle prime ad effettuare rinvii pregiudiziali alla CGUE e che abbia sempre applicato le decisioni di quest'ultima.

¹¹ BVerfGE 89, 155 del 12 ottobre 1993.

¹² Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm>.

¹³ Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021 Société Air France [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée] (punto 15), <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021940QPC.htm>.

¹⁴ Arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016, <http://www.const-court.be/public/f/2016/2016-062f.pdf>.

È anche degno di nota il fatto che nella sentenza del 6 dicembre 2016 sul caso *Ajos* (v. *infra*), la Corte Suprema danese (*Højesteret*) non ha fatto riferimento al concetto di identità costituzionale, ma ha semplicemente ritenuto che la legge di ratifica del Trattato di adesione danese non consentisse di sviluppare un'interpretazione dinamica come quella della CGUE – che, per inciso, si applicherebbe anche alla Corte europea dei diritti dell'uomo – per rifiutare di dare esecuzione a una sentenza di quest'ultima.

Sarebbe quindi del tutto errato affermare che la maggior parte delle corti costituzionali o supreme degli Stati membri ritiene che vi siano dei limiti all'applicazione delle conseguenze del primato. Al contrario, il numero di tribunali che si sono espressi in modo esplicito su questo tema è molto ridotto. È indubbiamente perché si tratta delle corti costituzionali o supreme di tre Stati fondatori e i più popolati dell'Unione che questa giurisprudenza attira particolare attenzione, e perché la Corte costituzionale tedesca esercita un'influenza particolarmente forte sulla dottrina di altri Paesi e su alcune delle loro corti, soprattutto in quegli Stati che hanno introdotto la revisione costituzionale dopo il ritorno alla democrazia pluralista.

I confronti tra questi casi devono essere fatti con cautela, poiché il contesto è diverso in ogni caso. Dipende da ciò che la Costituzione dice o non dice sull'Unione europea e sui trattati internazionali; dipende anche fortemente dalle procedure di revisione costituzionale. È inoltre necessario prendere in considerazione le regole per la revisione della Costituzione. Laddove la revisione non è difficile, come nel caso della maggior parte degli Stati membri, l'invocazione di limiti agli effetti del primato significa che qualsiasi adattamento del diritto nazionale a quello dell'Unione deve essere effettuato mediante revisione costituzionale e non mediante una semplice modifica della legge. Si tratta di una limitazione temporale dell'effetto del primato, non di un limite assoluto al principio. D'altra parte, quando tale revisione è particolarmente difficile, come nel caso dell'art. 79 della Legge fondamentale tedesca, rappresenta un vero e proprio ostacolo. In Germania questo problema potrebbe essere superato solo con una revisione completa della Costituzione sottoposta a referendum.

Ciò che accomuna la maggior parte di questi casi è il carattere condizionale, particolarmente evidenziato dall'uso del termine *Solange* in tedesco. Le decisioni in questione non rifiutano di trarre le conseguenze del primato in un caso specifico, ma piuttosto indicano in anticipo i casi in cui non potrebbero trarre tali conseguenze a causa di una contraddizione con alcuni diritti fondamentali o principi inerenti all'identità costituzionale. Si tratta quindi di un messaggio alle istituzioni dell'Unione affinché tengano conto di questi elementi nella loro attività legislativa, regolamentare o giudiziaria. Spetta ai governi degli Stati membri ricordare alla Commissione, al Consiglio e al Parlamento l'esistenza di tale problema al momento dell'elaborazione degli atti dell'Unione. Non è ovvio, tuttavia, che la posizione dei tribunali nazionali sia pienamente conosciuta, compresa e sostenuta dal loro governo in tutti i casi in cui potrebbe sorgere un problema, il che spiega alcune delle difficoltà emerse nel tempo, come ad esempio nel caso della decisione *Landtová* del 31 gennaio 2012 della Corte costituzionale ceca (*Ústavní soud*) (v. *infra*).

A differenza dei casi precedenti, nei casi recenti di sentenze delle Corti costituzionali di Ungheria, Polonia e Romania, il riferimento all'identità costituzionale non è apparso in modo preventivo e ipotetico, ma è stato applicato in modo concreto per rifiutare di trarre le conseguenze del primato e in particolare delle sentenze della CGUE.

4. Il dialogo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea

Una delle particolarità del "sistema dei trattati" dell'Unione europea, che spiega le particolari conseguenze del primato, è il meccanismo di rinvio pregiudiziale dell'articolo 267 del TFUE, istituito dal Trattato di Roma, che ha esteso il suo campo di applicazione rispetto al rinvio pregiudiziale del Trattato CECA, che riguardava solo la validità degli atti dell'Alta Autorità. Questo meccanismo consente un dialogo diretto tra i tribunali nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione che non ha eguali: è aperto a tutti i tribunali di tutti gli Stati membri, a differenza del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 alla CEDU, che è aperto solo alle corti supreme degli Stati che lo hanno ratificato. Da un punto di vista quantitativo, si tratta essenzialmente di una procedura utilizzata dai tribunali di primo grado o d'appello. Le principali corti costituzionali hanno iniziato a fare tali rinvii solo di recente: la Corte costituzionale italiana nel 2008, il Consiglio costituzionale francese nel 2013 e la Corte costituzionale federale tedesca nel 2014, mentre la Corte d'arbitrato belga lo faceva già prima. Per le altre Corti supreme, i rinvii sono molto più frequenti, per il semplice motivo che da tempo si occupano di casi in cui l'applicazione del diritto dell'Unione è centrale. Il dialogo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea non è così problematico come potrebbero far pensare alcune recenti decisioni, in particolare quelle in cui la Corte costituzionale federale tedesca e i tribunali di Ungheria, Polonia e Romania hanno sfidato apertamente la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Va ricordato che molti giudici hanno evitato il confronto con la CGUE nei casi in cui la norma nazionale contraria al diritto dell'Unione trova la sua fonte in una legge, invocando il fatto di non essere autorizzati a controllare la costituzionalità della legge. Questo è stato il caso dei giudici francesi fino al 1975, quando il Consiglio costituzionale, nella sua decisione del 15 gennaio 1975 sulla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, ha stabilito che, in virtù dell'articolo 55 della Costituzione, spettava ai giudici ordinari, e non al Consiglio stesso, controllare la conformità delle leggi ai trattati. La prima conseguenza è stata la sentenza *Jacques Vabre* della Corte di Cassazione. Tuttavia, è solo con la sentenza *Nicolo* del 28 ottobre 1989¹⁵ che il Conseil d'Etat, la suprema corte amministrativa francese, ha iniziato a trarre le conseguenze del primato.

Per molto tempo il Consiglio di Stato ha evitato il confronto interpretando il diritto dell'Unione di propria iniziativa, applicando la teoria interpretativa dell'"atto chiaro", che la giurisprudenza della CGUE sulle condizioni di applicazione dell'articolo 267 TFUE ha sancito nella sentenza del 6 ottobre 1982 nella causa *Cilfit* (causa 283/81), in cui ha stabilito che non vi è alcun obbligo di rinvio pregiudiziale quando «la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata»¹⁶. Non è facile sapere se l'invocazione dell'atto chiaro sia il risultato di una tattica intenzionale o semplicemente il risultato di un errore di interpretazione da parte del giudice nazionale. L'applicazione della teoria dell'atto chiaro da parte del Consiglio di Stato è stata a lungo discutibile. La Commissione ha più volte avviato una procedura di infrazione in un caso del genere, come ha fatto di recente in relazione alle sentenze del Consiglio di Stato del 10 dicembre 2012¹⁷ che riteneva non avessero applicato correttamente la risposta della Corte a una domanda di pronuncia pregiudiziale su tale questione. La Corte ha condannato

¹⁵ Conseil d'État, 20 octobre 1989, N° 108243, ECLI:FR:CEASS:1989:108243.19891020.

¹⁶ Corte giust., causa 283/81, 6 ottobre 1982, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335, punto 16.

¹⁷ Arrêts du 10 décembre 2012, Rhodia ECLI:FR:FR:CESSR:2012:317074.20121210, et du 10 décembre 2012, Accor (FR: CESSR:2012:317075.20121210).

la Francia¹⁸; alcuni commentatori ritengono che il Consiglio di Stato abbia agito in malafede e abbia meritato la condanna, ma si tratta di un'affermazione difficile da dimostrare. Più recentemente, nella sentenza del 21 aprile 2021 *French Data Network*¹⁹ il Consiglio di Stato ha espressamente dichiarato di trarre le conseguenze di una decisione della Corte in risposta alla sua precedente domanda di pronuncia pregiudiziale, ma molti commentatori hanno sottolineato che il Consiglio di Stato ha dato un'interpretazione discutibile di questa sentenza, basandosi sulle conclusioni del relatore pubblico (equivalente all'Avvocato generale presso la CGUE).

Per quanto ne sappiamo, non esiste uno studio sistematico dei rinvii pregiudiziali di tutte le Corti supreme o costituzionali di tutti gli Stati membri, né tantomeno del modo in cui le sentenze pronunciate dalla Corte sono state successivamente applicate; ciononostante, a nostro avviso, solo molto eccezionalmente si riscontrano reali difficoltà in questo dialogo. I casi in cui si riscontrano tali difficoltà sono ovviamente oggetto di molti commenti nella dottrina giuridica, e talvolta nella politica e nei media.

In modo molto significativo, il vicepresidente del *Conseil d'Etat* francese – che presiede il Consiglio come corte amministrativa suprema – ha descritto questo dialogo in un discorso su "L'autorità del diritto dell'Unione europea: il punto di vista delle corti costituzionali e supreme" come segue:

«Questo dialogo può essere ruvido e senza compromessi. Ma deve concludersi nella convergenza e nella concordia. Poiché siamo giudici, è nostro dovere rispettare la gerarchia di norme che ci viene imposta, il mandato conferitoci dai testi fondanti che ci istituiscono e la legittimità democratica, poiché applichiamo leggi che sono espressione della sovranità popolare. Poiché siamo giudici, siamo anche saggi, o dobbiamo cercare di esserlo. Di conseguenza, non possiamo pensare di rassegnarci a scontri frontali e dobbiamo fare del nostro meglio per preservare le conquiste della costruzione europea a cui i giudici hanno dato un contributo eminente».

Questo punto di vista è particolarmente ben illustrato dalla c.d. saga *Taricco* tra la Corte costituzionale italiana e la CGUE. La CGUE è stata chiamata da un tribunale italiano di primo grado a pronunciarsi in via pregiudiziale sul termine di prescrizione stabilito dal codice penale. La Corte ha risposto con una sentenza dell'8 settembre 2015, che alcuni tribunali italiani hanno applicato senza problemi, mentre altri hanno ravvisato una contraddizione con la Costituzione e hanno deferito la questione alla Corte costituzionale. Quest'ultima ha a sua volta presentato una domanda di pronuncia pregiudiziale alla CGUE, indicando i motivi per cui riteneva che la mancata applicazione della disposizione del codice penale sarebbe stata contraria al rispetto dei controlimiti. In risposta a questo rinvio, la CGUE ha accettato, in una sentenza del 5 dicembre 2017, che la disposizione del codice penale potesse essere applicata in virtù del principio della certezza del diritto, che essa stessa riconosce come principio generale del diritto dell'Unione. Molti commentatori hanno visto nell'ordinanza della Corte italiana un tono di ostilità nei confronti della CGUE, che non si riflette nella formulazione delle stesse questioni preliminari. In ogni caso, i due tribunali sono giunti a un accordo e la saga di *Taricco* è ora considerata un esempio di dialogo efficace tra i tribunali.

Nella citata sentenza francese sulla rete di dati, il *Conseil d'Etat* francese si è espressamente discostato dalla posizione adottata dalla Corte costituzionale tedesca nel caso

¹⁸ Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione/Francia*, ECLI:EU:C:2018:811.

¹⁹ Arrêt du 21 avril 2021, N° 393099, 2021, *French Data Network* ECLI:FR:CEASS:2021:393099.20210421..

PSPP (cfr. infra 3.5.1), affermando che «non è compito del tribunale amministrativo garantire che il diritto derivato dell'UE o la stessa Corte di giustizia rispettino la divisione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri». Non può quindi controllare la conformità delle decisioni della Corte di giustizia al diritto dell'Unione e, in particolare, privare tali decisioni della forza vincolante di cui sono dotate, come previsto dall'articolo 91 del suo regolamento di procedura, per il fatto che la Corte ha ecceduto la sua competenza conferendo a un principio o a un atto del diritto dell'Unione un ambito di applicazione superiore a quello previsto dai Trattati.

5. La contrapposizione con la Corte di giustizia europea : la Corte costituzionale federale tedesca e il controllo *ultra vires*

Nel settembre 2008 è stata lanciata una campagna contro la CGUE con un articolo intitolato *Stoppt den EuGH*²⁰ (“Fermate la CGUE!”) firmato da Roman Herzog, già Presidente della Repubblica Federale Tedesca e già Presidente della Corte Costituzionale Federale, nonché dalla Convenzione che ha redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nel 2000. Si tratta di un manifesto che denuncia in particolare la sentenza del 22 novembre nella causa *Mangold*²¹. Questo articolo mostra chiaramente la confusione che i suoi autori, come molti non specialisti, fanno tra l'assenza di una precisa competenza settoriale dell'Unione (in questo caso la regolamentazione dell'età pensionabile) e il fatto che un caso rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (in questo caso la libera circolazione dei lavoratori), che implica, invece, l'applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione (in questo caso il divieto di discriminazione in base all'età). Lungi dall'essere isolato, questo tipo di ragionamento è utilizzato da un gran numero di esperti di diritto costituzionale in molti paesi, il che porta talvolta a un dialogo tra sordi tra le corti. Il problema principale, spesso riscontrato, è che la Corte dell'Unione europea a volte ragiona in un modo che non sembra comprensibile ai giuristi abituati alla giurisprudenza dei soli tribunali del proprio Paese, mentre la Corte è composta da giudici di tutti gli Stati membri. Una sentenza che sembra molto discutibile in uno Stato membro è considerata perfettamente accettabile in un altro. A nostro avviso, questo spiega perché la Corte costituzionale tedesca, dopo una serie di decisioni che potrebbero apparire solo come messaggi o avvertimenti alla CGUE, in particolare la sua prima sentenza preliminare del 14 gennaio 2014²², si è rifiutata di applicare una sentenza della CGUE sulla sua stessa sentenza preliminare del 5 maggio 2020 nel caso PSPP²³, che ha dato origine a una grande quantità di commenti non solo nel mondo accademico, ma anche nei media, e ha infine portato la Commissione ad avviare una procedura di infrazione contro la Germania. Il tribunale tedesco non contesta in realtà il primato del diritto dell'UE, ma ritiene che la CGUE e la Banca centrale europea abbiano agito al di fuori dei poteri (*ultra vires*) conferiti loro dai trattati.

Secondo la Corte tedesca, non è solo il diritto, ma addirittura il dovere delle Corti costituzionali contribuire a garantire che le istituzioni dell'UE rispettino le loro competenze, non solo rinviando una questione di legalità alla CGUE - il che è pienamente in linea con i trattati e la giurisprudenza della CGUE stessa - ma anche sostituendosi a quest'ultima se non fornisce ragioni convincenti per rifiutare di annullare un atto dell'UE, il che, invece, è contrario ai trattati. Nel caso *PSPP*, la Corte tedesca ha ritenuto che la CGUE avesse applicato in modo errato il principio

²⁰ Pubblicato nella *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 9 settembre 2008.

²¹ Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709.

²² BVerfG, 2 BvR 2728/13, ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813.

²³ BVerfG, 5 maggio 2020 - 2 BvR 859/15 ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.

di proporzionalità, poiché non lo aveva fatto come avrebbero fatto, tra gli altri, i tribunali tedeschi, il che era molto discutibile. Questo punto di vista, sostenuto da alcuni studiosi tedeschi di diritto pubblico, è stato respinto dalla maggioranza degli studiosi di altri Stati membri, nonché dagli studiosi tedeschi di diritto dell'UE²⁴.

6. Segue La contrapposizione tra la Corte suprema danese e la Corte costituzionale ceca e la CGUE

In precedenza alla sentenza *PSPP* c'era stato un solo caso in cui una corte costituzionale o suprema di uno Stato membro aveva sposato l'opinione espressa da tempo dalla Corte tedesca in precedenti sentenze in cui non aveva ancora rifiutato di applicare una sentenza della CGUE. La Corte costituzionale ceca (*Ústavní soud*) lo aveva fatto con la sentenza del 31 gennaio 2012 sul caso delle pensioni slovacche²⁵, in cui aveva rifiutato di applicare la sentenza resa dalla CGUE in risposta a una domanda preliminare della Corte amministrativa suprema ceca²⁶. La contrapposizione nel caso del *PSPP* è stata più forte, tuttavia, perché la corte tedesca si è rifiutata di applicare la sentenza emessa sei mesi prima in risposta alla sua stessa domanda preliminare, a differenza del caso delle pensioni slovacche dove il rinvio non era della Corte costituzionale. In entrambi i casi, ciò che le corti costituzionali avrebbero dovuto fare era presentare una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale, come ha fatto la Corte italiana nel caso *Taricco*, che avrebbe potuto portare a una risposta soddisfacente da parte della CGUE.

Nel caso *Ajos* la Corte Suprema danese ha inoltre rifiutato, con sentenza del 6 dicembre 2016²⁷, di applicare una sentenza della CGUE emessa otto mesi prima su un proprio rinvio pregiudiziale²⁸. Il suo ragionamento era leggermente diverso: si basava sulla legge che autorizzava la ratifica dei trattati UE, che non faceva esplicito riferimento ai principi generali del diritto, per affermare che la sentenza della CGUE non poteva essere applicata in quanto basata su un principio generale del diritto e non su una disposizione esplicita dei trattati.

7. Segue La contrapposizione tra le Corti costituzionali rumena, ungherese e polacca e la CGUE

Alla fine del 2021, tre sentenze riguardanti l'Ungheria, la Polonia e la Romania hanno ravvivato il dibattito politico sul primato e sui rischi di contrapposizione tra le Corti costituzionali e la Corte di giustizia dell'Unione. Sebbene questi tre giudizi siano spesso citati insieme dai media e dalla dottrina, sono molto diversi tra loro.

Nel caso della Romania, si tratta di una sentenza della CGUE del 21 dicembre 2021²⁹ riguardante la giurisprudenza della Corte costituzionale rumena (*Curtea Constituțională*) e la

²⁴ Per una critica dettagliata, v. D.-U. GALETTA, J. ZILLER, *Karlsruhe über alles? Riflessioni a margine di una pronunzia «assolutamente non comprensibile» e «arbitraria»* (commento a *BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15, Weiss*), in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, p. 301 ss.

²⁵ Sentenza del 31 gennaio 2012, Pl. ÚS 5/12, traduzione in inglese a <https://www.usoud.cz/en/decisions/2012-01-31-pl-us-5-12-slovak-pensions>.

²⁶ Corte giust., 2 giugno 2011, causa C-399/09, *Landtová*, ECLI:EU:C:2011:415.

²⁷ 6 dicembre 2016, *Ajos*, 15/2014, traduzione in inglese a <https://domstol.dk/media/2udgvvzb/judgment-15-2014.pdf>, consultato il 2/05/2022.

²⁸ Corte giust., 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Ajos*, ECLI:EU:C:2016:278.

²⁹ Corte giust., 21 dicembre 2021, cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *PO etc.*, ECLI:EU:C:2021:1034.

legge rumena sulle formazioni giurisdizionali speciali in materia di corruzione. La CGUE era stata investita da altri tribunali rumeni di una serie di rinvii preliminari relativi, in particolare, alla giurisprudenza della Corte costituzionale che aveva rifiutato di applicare le conseguenze del primato del diritto dell'Unione. In particolare, la Corte costituzionale ha ribadito in un comunicato stampa del 9 novembre che non modificherà la sua decisione n. 390 dell'8 giugno 2021, oggetto di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione. Poiché la sentenza è stata pubblicata solo in lingua rumena, non ci sentiamo in grado di spiegarne il ragionamento. Tuttavia, va notato che in un comunicato stampa del 23 dicembre 2021, la Corte costituzionale ha dichiarato che nella sua sentenza del 21 dicembre 2021³⁰, la CGUE ha riconosciuto la natura vincolante delle decisioni della Corte costituzionale, ma che i tribunali nazionali sono obbligati a lasciare inapplicata le norme o le pratiche nazionali che sono contrarie a una disposizione del diritto dell'UE. La Corte Costituzionale precisa a questo proposito che gli effetti di questa sentenza della CGUE potranno prodursi solo dopo la revisione della Costituzione vigente, che però non può avvenire per legge, ma esclusivamente su iniziativa di alcuni soggetti giuridici, secondo la procedura e le condizioni previste dalla stessa Costituzione rumena. Da allora, altri rinvii pregiudiziali dello stesso tipo sono stati effettuati dai tribunali rumeni³¹. Tutti questi casi riguardano una disposizione introdotta dal legislatore rumeno che prevede la possibilità di responsabilità disciplinare dei giudici che presentano un rinvio pregiudiziale. Rientrano quindi nella più generale questione del rispetto dello Stato di diritto garantito dall'articolo 2 del TUE, su cui la Corte di giustizia dell'Unione ha sviluppato una giurisprudenza sempre più dettagliata dal 2018³². Il contesto politico e giuridico di queste decisioni rumene illustra sia il riconoscimento del primato da parte dei tribunali ordinari sia la resistenza della Corte costituzionale. Non sarebbe quindi saggio equiparare la posizione della Corte Costituzionale rumena a quella della Corte tedesca, che ha applicato un controllo *ultra-vires*.

Nel caso dell'Ungheria si tratta della sentenza X/00477/2021 del 7 dicembre 2021 della Corte costituzionale (*Alkotmánybíróság*) sulla richiesta di interpretazione di alcune disposizioni della Legge fondamentale ungherese, presentata dal governo a seguito della sentenza della CGUE del 17 dicembre 2020³³ nel contesto di un ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione il 21 dicembre 2018 a causa dell'incompatibilità della legislazione ungherese in materia di asilo con il diritto dell'Unione. Sembra che nella dottrina ungherese vi siano interpretazioni opposte della sentenza stessa, così come delle conseguenze politiche che se ne potrebbero trarre³⁴. Tuttavia, sembra che la Corte ungherese non affermi che la sentenza della CGUE debba essere lasciata inapplicata, ma che richiami la propria giurisprudenza secondo cui le conseguenze del primato sono eccezionalmente limitate ai casi in cui viene violato il contenuto essenziale di un diritto fondamentale, la sua identità costituzionale o la sovranità dell'Ungheria, il che comporterebbe un controllo *ultra vires*. È innegabile che la Corte ungherese si ispiri ai principi della giurisprudenza *Solange* e *ultra vires* della Corte tedesca, ma in un contesto molto diverso, che sembra essere caratterizzato sia da una limitata indipendenza dei giudici a causa

³⁰ <https://www.ccr.ro/comunicat-de-presa-23-decembrie-2021/>, consultato con l'aiuto di una traduzione automatica online.

³¹ Tra l'altro dalla Curtea de Apel Pitești (Romania) il 5 gennaio 2022, causa C-13/22: v. *GUUE*, C 191 del 10 maggio 2022, p. 9 ss.

³² Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117.

³³ Corte giust., 17 dicembre 2020, causa C-808/18, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2020:1029.

³⁴ V. N. CSEKE, *La primauté du droit de l'Union et ses limites dans l'interprétation par la Cour constitutionnelle hongroise*, <https://blogdroiteuropeen.com/2022/02/24/la-primaute-du-droit-de-lunion-et-ses-limites-dans-linterpretation-par-la-cour-constitutionnelle-hongroise-par-nora-cseke/>.

delle modalità di nomina, sia dal tentativo da parte loro di non piegarsi ciecamente alle richieste del governo.

Il caso della Polonia è ancora una volta diverso, ed è certamente quello in cui la contrapposizione con la Corte di giustizia e con tutte le istituzioni dell'Unione raggiunge il suo apice. Si tratta della decisione K- 3/21 della Corte costituzionale polacca (*Trybunał Konstytucyjny*) del 7 ottobre 2021 sulla valutazione della conformità alla Costituzione polacca di alcune disposizioni del Trattato sull'Unione europea³⁵. Innanzitutto, va notato che i motivi della decisione non sono ancora stati pubblicati in polacco (e ovviamente ancor meno in traduzione) a più di sei mesi dalla decisione, cosa che sembra essere comune nella recente giurisprudenza del Tribunale, contrariamente alla prassi di tutti gli altri tribunali in Europa. Di conseguenza, tutti i commentatori si sono ridotti a basarsi sul comunicato stampa, che non ha alcun valore autentico e non consente di comprendere il ragionamento seguito dal Tribunale. Inoltre, il comunicato stampa è molto breve e per comprenderlo veramente è necessario fare riferimento al testo della domanda del governo, che è pubblicato solo in polacco. In secondo luogo, sembra che la maggioranza dei giudici (ci sono due pareri separati, che non sono stati pubblicati) abbia condiviso senza esitazione la posizione del governo, che voleva ottenere un assegno in bianco dal Tribunale di primo grado nel suo rifiuto di attuare le sentenze della CGUE che condannano la Polonia per il mancato rispetto dello Stato di diritto, in particolare sulla questione dell'indipendenza dei giudici. In terzo luogo, il Tribunale, riprendendo la posizione del governo, respinge non solo alcune conseguenze del primato, ma il suo stesso principio, affermando che diverse disposizioni dei trattati sono contrarie alla Costituzione polacca. Si tratta dell'art. 1, primo e secondo comma, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, del TUE, dell'art. 19, par. 1, secondo comma, del TUE e dell'art. 19, par. 2, del TUE, ossia la negazione del potere di altri tribunali polacchi di applicare il diritto dell'Unione in caso di contrasto con la Costituzione. L'argomento principale del comunicato stampa è il tentativo maldestro di tirare in ballo l'art. 46 della Convenzione di Vienna³⁶ affermando che la Polonia non avrebbe dato il suo consenso a queste disposizioni perché l'art. 1 recita «Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta», che sarebbe stata introdotta nel TUE dopo l'adesione della Polonia, con il trattato di Lisbona. L'argomento è tanto più debole in quanto la Polonia ha firmato e ratificato il Trattato di Lisbona – e addirittura con un Presidente e un Governo e una maggioranza in Parlamento tutti del partito al potere nel 2021 – e perché questa formulazione dell'art. 1 era comunque presente nel Trattato di Maastricht e in parte nel preambolo dei Trattati di Roma.

³⁵ <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>; per la versione inglese si veda <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>, consultato il 6 maggio 2022.

³⁶ Art. 46: «Disposizioni di diritto interno concernenti la competenza a concludere trattati 1. Il fatto che il consenso di uno Stato ad essere vincolato da un trattato sia stato espresso violando una disposizione del suo diritto interno concernente la competenza a concludere trattati, non può essere invocato da tale Stato per infirmare il proprio consenso, a meno che tale violazione non sia stata manifesta e non concerna una norma di importanza fondamentale del proprio diritto interno. 2. Una violazione è manifesta quando essa appaia obiettivamente evidente ad ogni Stato che si comporti, in materia, in base alla normale prassi ed in buona fede».

Valori comuni agli Stati membri e interesse finanziario dell'Unione

DI CESARE PINELLI*

Sommario: 1. Il dilemma latente nella *rule of law conditionality* e le risposte della Corte di giustizia. – 2. Valori «comuni» e «fondamentali». – 3. Le difficoltà e le reticenze nell'attivazione dell'art. 7 TUE. – 4. Il crescente ricorso alle procedure di infrazione in funzione surrogatoria. – 5. Un meccanismo di condizionalità per garantire il rispetto dello stato di diritto. – 6. Le censure dei governi polacco e ungherese davanti alla Corte di giustizia. – 7. Le repliche della Corte di giustizia. – 8. Valori comuni e interesse finanziario.

1. Il dilemma latente nella *rule of law conditionality* e le risposte della Corte di giustizia

Ancora una volta l'Unione europea è alle prese con un esperimento che ne coinvolge l'identità più profonda. Non c'è nemmeno da stupirsi, da quando un grande europeista come Jacques Delors ebbe a definirla «un oggetto politico non identificato». Inedita è però la portata dell'esperimento avviato con l'introduzione di una *rule of law conditionality* nel Regolamento (UE) 2021/2092 del 16 dicembre 2020¹. Col prevedere «misure appropriate» ogni volta che la violazione delle regole dello Stato di diritto (*rule of law*) da parte di uno Stato membro comprometta la «sana gestione finanziaria o la protezione degli interessi finanziari dell'Unione», il regolamento ha per la prima volta collegato i «valori comuni» agli Stati membri all'«interesse finanziario» dell'UE superando di fatto la separatezza della sua anima costituzionale da quella economico-finanziaria.

Proprio qui si percepisce la natura sperimentale delle «misure appropriate». I «valori comuni» riconosciuti dal Trattato di Lisbona sono ridotti non di rado a chiacchiere: da governi nazionali interessati a ridimensionarne l'impatto giuridico, ma anche da uffici dell'Unione abituati a occuparsi del mercato e in generale di quanto è considerata la sua sostanza economico-finanziaria. In effetti, se quello che conta è il funzionamento dell'Unione in quanto tale, il problema consiste nell'accertare come gli effetti dirimpenti della crisi possano essere progressivamente assorbiti nelle procedure e nei meccanismi che regolano il rapporto UE/Stati membri. Se invece sono in gioco i valori «comuni agli Stati membri» e sui quali «si fonda»

* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Sapienza Università di Roma. Membro supplente della Commissione di Venezia.

¹ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, in *GUUE* 22.12.2020, L 4331 /1.

l'Unione, la loro crisi non può non minacciare proprio il «fondamento» dell'UE, ovvero la democrazia sia nell'UE che nei suoi Stati membri.

È questo sovente nascosto dilemma che la *rule of law conditionality* ha portato allo scoperto. Perché e come si è giunti a tanto? E quali conseguenze se ne sono tratte nelle recenti sentenze della Corte di giustizia C-156/21² e C-157-2021³, che hanno definito i ricorsi proposti contro il regolamento dall'Ungheria e dalla Polonia?

2. Valori «comuni» e «fondamentali»

Lo strumento introdotto nel Regolamento del 2020 è parso a molti l'ultima risposta per fronteggiare la difficoltà dell'Unione nel rispondere alle violazioni reiteratamente registrate all'interno di alcuni Stati membri dei valori di cui all'articolo 2 TUE⁴, e della *rule of law* in particolare, coi rimedi espressamente disposti allo scopo dall'articolo 7 TUE⁵.

Si è parlato di una «distruzione intenzionale dello Stato di diritto all'interno degli Stati membri dell'UE», partendo dall'Ungheria e dalla Polonia⁶. Ma anche questa valutazione presuppone «come lo sforzo politico consapevole per superare la divisione delle idiosincrasie degli Stati membri sia maturato nel riconoscimento costituzionale delle identità degli Stati membri come parte essenziale del progetto europeo, entro i parametri della libertà, democrazia, diritti umani e stato di diritto. Questi principi sono stati l'inizio e la fine della pacifica integrazione europea, per la quale i suoi pionieri hanno combattuto. Ciò che questi devono

² Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:97.

³ Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:98.

⁴ «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società in cui prevalgono il pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia, la solidarietà e l'uguaglianza tra donne e uomini».

⁵ «1. Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, può determinare l'esistenza di un rischio evidente di una grave violazione da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2. Prima di procedere a tale determinazione, il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli raccomandazioni, deliberando secondo la stessa procedura. Il Consiglio verifica regolarmente che i motivi su cui è stata assunta tale determinazione continuino ad applicarsi.

2. Il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, può accertare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2, dopo aver invitato lo Stato membro in questione a presentare le proprie osservazioni.

3. Qualora sia stata adottata una determinazione ai sensi del paragrafo 2, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati allo Stato membro in questione, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. A tal fine, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di tale sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche. Gli obblighi dello Stato membro in questione ai sensi del presente trattato continuano comunque ad essere vincolanti per tale Stato.

4. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere successivamente di modificare o revocare le misure adottate ai sensi del comma 3 in risposta all'evoluzione della situazione che ha portato alla loro istituzione.

5. Le modalità di voto applicabili al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio ai fini del presente articolo sono stabilite all'articolo 354 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

⁶ J.-W. MÜLLER, *Reflections on Europe's Rule of Law Crises*, in P.F. KJAER, N. OLSON (a cura di), *Critical Theories of Crisis in Europe. From Weimar to the Euro*, Rowman & Littlefield, Londra, 2016, p. 162.

significare in pratica deve, tuttavia, rimanere oggetto di un dibattito costituzionale, politico e giuridico fondato sulla tolleranza, l'accettazione dell'alterità e la fiducia»⁷.

Sono affermazioni che trovano riscontro nel Trattato. In tanto i valori enumerati nell'art. 2 TUE sono concepiti come «comuni» agli Stati membri e, al tempo stesso, forniscono all'UE il suo stesso «fondamento», in quanto «[l']Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri di fronte ai Trattati nonché le loro identità nazionali, inerenti alle loro strutture fondamentali, politiche e costituzionali, ivi comprese le autonomie regionali e locali. Rispetta le loro funzioni essenziali dello Stato, compresa la garanzia dell'integrità territoriale dello Stato, il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di competenza esclusiva di ciascuno Stato membro» (art. 4 TUE).

Fra gli elementi fondamentali di cui si presume che le «identità nazionali» siano composte, non sono inclusi la democrazia, il rispetto dei diritti umani e gli altri «valori» di cui all'articolo 2 TUE: non perché estranei all'identità degli Stati membri, ma per la presunzione dell'articolo 2 TUE che siano «comuni agli Stati membri» e costituiscono la «fondazione» stessa dell'Unione. Di conseguenza, gli elementi che esprimono il nucleo della «identità nazionale» ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE sono anche quelli che la riguardano esclusivamente, vale a dire la organizzazione interna («strutture fondamentali, politiche e costituzionali, comprensive di quelle regionali e autogoverno locale») e le principali funzioni (quelle che assicurano «l'integrità territoriale, l'ordine pubblico, e sicurezza nazionale») dello Stato membro. I valori dell'art. 2 TUE, al contrario, incidono sia sull'identità nazionale che sull'identità dell'Unione, con la conseguenza che, ove minacciati a livello nazionale, questi lo sono anche a livello dell'UE. Nella misura in cui, in tal caso, è proprio in gioco il fondamento dell'Unione, la reazione delle autorità dell'UE consisterà *prima facie* in interventi volti a ripristinare le condizioni di cui all'articolo 2 TUE e compatibili con il «rispetto per le identità nazionali», nella misura in cui queste consistono nell'organizzazione interna e nelle principali funzioni dello Stato membro di cui all'art. 4, par. 2, TUE.

Inoltre, la qualificazione dei valori richiamati dall'art. 2 TUE come «comuni agli Stati membri» corrisponde al conferimento dell'art. 20 TFUE dello statuto di cittadino europeo a ogni persona avente la cittadinanza di uno Stato membro. I valori dell'articolo 2 TUE «trovano» l'UE su un terreno che si presume «comune agli Stati membri in una società in cui prevalgono il pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia, la solidarietà e l'uguaglianza tra donne e uomini». Quella società è la società europea, composta da quelle donne e quegli uomini che sono i cittadini europei. I quali, a loro volta, ai sensi dell'articolo 20 TFUE, sono anche cittadini nazionali. La co-estensione è dunque duplice: tra valori, e tra cittadini.

3. Le difficoltà e le reticenze nell'attivazione dell'art. 7 TUE

Negli anni successivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si notarono scarse reazioni da parte dell'UE alle «violazioni» dei valori comuni commessi da Stati membri

⁷ L.F.M. BESSELINK, *National and Constitution Identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, Volume 6, Issue 3 (November) 2010, p. 37.

all'interno dei loro territori. L'elenco comprendeva attacchi alla libertà e al pluralismo dei media, allontanamento di cittadini dell'UE di origine rom dal territorio nazionale, disposizioni legislative o costituzionali che consentano indebita influenza governativa sia sulle funzioni che sulla composizione delle autorità indipendenti nonché dei tribunali, *gerrymandering* nel processo elettorale per radicare il partito di governo, approvazione di decreti volti ad evitare discussioni parlamentari in nome dell'emergenza, sospensione o revoca ad opera dell'esecutivo delle massime autorità dello Stato⁸. Nella misura in cui queste violazioni si concentrano in singoli Stati membri, con una lesione sistematica dei valori dell'art. 2 TUE, è opinione diffusa che l'art. 7 TUE debba essere applicato in tali casi. Come è stato notato, «[s]e l'UE non ricorre a queste misure ora, nessuno la prenderà sul serio in futuro, e l'UE tornerà al suo deplorabile doppio standard: severa con gli Stati candidati, generosa per quanto riguarda i membri»⁹.

In realtà, la scarsa attivazione dei meccanismi dell'art. 7 TUE riflette un difficile dilemma costituzionale. Pur presumendo che «un chiaro rischio di una violazione grave», o «l'esistenza di una violazione grave e persistente», da parte di uno Stato membro, dei «valori su cui si fonda l'Unione», metta in pericolo la sua stessa adesione al Trattato UE, richiedendo quindi considerazioni e azioni fortemente politiche, l'art. 7 TUE conferisce i poteri del relativo accertamento esclusivamente alle istituzioni politiche. Ma non è questo, allo stesso tempo, il motivo per cui questi meccanismi sono stati utilizzati con estrema reticenza? Al di là della richiesta di unanimità (ad eccezione dello Stato membro coinvolto) ai fini dell'approvazione delle misure previste dall'art. 7 TEU, che ovviamente rende agevole il blocco della procedura, l'attribuzione agli Stati dell'accertamento delle violazioni ha fatto sì che la riluttanza anche solo a iniziare tali procedure fosse a lungo più forte della preoccupazione per i rischi di gravi violazioni dei valori dell'art. 2, par. 1, TUE.

Solo a seguito della grave crisi costituzionale venutasi a creare a seguito delle riforme del sistema giurisdizionale introdotte in Polonia dal Governo uscito dalle elezioni politiche del 25 ottobre 2015 e guidato dal partito conservatore Prawo i Sprawiedliwość (PiS), Diritto e giustizia, la Commissione decideva di attivare la proposta di decisione del Consiglio «sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia»¹⁰. Successivamente il Parlamento europeo adottava una risoluzione contenente l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, par. 1, TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione in considerazione dell'adozione di riforme che attentano al sistema costituzionale e a quello elettorale così come alle libertà fondamentali¹¹.

Sempre il Parlamento europeo, con Risoluzione del 16 gennaio 2020, constatava l'assenza di progressi significativi in Polonia e in Ungheria dopo l'attivazione dell'art. 7, par. 1, TUE. In un contesto in cui il deterioramento della situazione in entrambi i Paesi per quanto riguarda

⁸ V. *Rescue Package for Fundamental Rights: Comments by Mathias Kumm*, in *Verfassungsblog*, 21 febbraio 2012.

⁹ V. *Rescue Page for Fundamental Rights: Comments by Wojciech Sadurski*, in *Verfassungsblog*, 24 febbraio 2012.

¹⁰ COM(2017)835, 20 dicembre 2017, Proposta di DECISIONE DEL CONSIGLIO sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia.

¹¹ In *GUUE*, 23.12.2019, C 433/66.

l'eliminazione dei rischi evidenti di violazione grave dei valori di cui all'art. 2 TUE è attestato anche dalle relazioni e dalle dichiarazioni della Commissione e degli organismi internazionali, quali l'ONU, l'OSCE e il Consiglio d'Europa, il Parlamento europeo sottolineava che «l'incapacità del Consiglio di applicare efficacemente l'articolo 7 TUE continua a compromettere l'integrità dei valori comuni europei, la fiducia reciproca e la credibilità dell'Unione nel suo complesso». Le critiche vertevano tanto sulle modalità organizzative con cui il Consiglio sta trattando la questione polacca e quella ungherese, quanto sulla mancata adozione di misure nei confronti di questi due Stati. Sotto il primo profilo si osservava che il Consiglio Affari generali aveva organizzato soltanto tre audizioni della Polonia e due dell'Ungheria e che tali audizioni «non sono organizzate in modo regolare, strutturato e aperto», mentre esse dovrebbero essere «obiettive, basate su fatti e trasparenti». Inoltre, non consentivano la partecipazione ad esse dello stesso Parlamento europeo, che pure è posto dall'art. 7, par. 1, TUE, su un piano di parità con la Commissione e un terzo degli Stati membri ai fini della presentazione della proposta motivata. Il PE, si soggiunge, va formalmente invitato a una riunione del Consiglio come richiesto dal diritto di iniziativa e dal principio di leale cooperazione tra istituzioni sancito dall'art. 13, par. 2, TUE.

4. Il crescente ricorso alle procedure di infrazione in funzione surrogatoria

Nel frattempo, era notevolmente cresciuto il numero delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione ex art. 258 TFUE per violazione dei valori comuni da parte della Polonia e dell'Ungheria. In termini strettamente interpretativi, la circostanza ben poteva ritenersi strettamente complementare all'attivazione della procedura dell'art. 7 TUE, riferendosi a violazioni più limitate e circostanziate, senza contare la portata ben diversa delle relative sanzioni¹². Non appena teniamo però presenti le accennate resistenze ad attivare l'art. 7 TUE, l'avvio da parte della Commissione di pur circostanziate procedure di infrazione equivaleva piuttosto a surrogare, nei limiti del possibile, il deficit di un meccanismo rivelatosi ben più problematico di quanto previsto sulla carta. Il che, se si aggiunge l'impegno con cui Commissione e Parlamento europeo avevano assolto alle rispettive funzioni di impulso nell'ambito della procedura dell'art. 7 TUE, poteva far notare che la tutela e la promozione dei valori comuni restavano affidate alle istituzioni sovranazionali, a fronte dell'inerzia che caratterizzava al riguardo quelle intergovernative¹³.

Nel frattempo, ci si accorgeva come le ideologie volte a distruggere i valori comuni si fossero rafforzate al punto da fare del «legalismo autocratico» una strategia ben precisa di alcuni governi dell'Unione, rinvenibile al di là di singole deviazioni dalla *rule of law*¹⁴.

¹² C. HILLION, *Overseeing the rule of law in the European Union. Legal mandate and means*, Sieps, *European Policy Analysis*, gennaio, 2016, p. 9, nonché più di recente P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato in diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi*, 2020, 196 ss.

¹³ P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto*, cit., 209.

¹⁴ K.L. SCHEPPELE, D.V. KOCHENOV, B.GRAWOSKA-MOROZ, *EU Values are Law after All. Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 39, 2020, pp. 3-121.

Nel Rapporto sulla *Rule of law* in Europa del 30 settembre 2020, la Commissione precisava la portata della sfida in corso: «[l]o stato di diritto è sancito dall'articolo 2 del trattato sull'Unione europea come uno dei valori comuni a tutti gli Stati membri. In base allo Stato di diritto, tutti i poteri pubblici agiscono sempre entro i vincoli previsti dalla legge, nel rispetto dei valori della democrazia e dei diritti fondamentali, e sotto il controllo di tribunali indipendenti e imparziali. Lo stato di diritto include principi come la legalità, che implica un processo trasparente, responsabile, democratico e pluralistico per l'emanazione delle leggi; certezza del diritto; vietare l'esercizio arbitrario del potere esecutivo; protezione giurisdizionale effettiva da parte di tribunali indipendenti e imparziali, controllo giurisdizionale effettivo compreso il rispetto dei diritti fondamentali; separazione dei poteri; e l'uguaglianza davanti alla legge. Questi principi sono stati riconosciuti dalla Corte Europea di Giustizia e dalla Corte Europea dei Diritti Umani.

Lo stato di diritto è un principio consolidato. Sebbene gli Stati membri abbiano identità, sistemi giuridici e tradizioni nazionali diversi, il significato fondamentale dello Stato di diritto è lo stesso in tutta l'UE. Il rispetto dello Stato di diritto è essenziale affinché i cittadini e le imprese abbiano fiducia nelle istituzioni pubbliche e i suoi principi chiave sono sostenuti dai cittadini di tutti gli Stati membri. Lo Stato di diritto ha un impatto diretto sulla vita di ogni cittadino. È una condizione preliminare per garantire la parità di trattamento dinanzi alla legge e per la difesa dei diritti dei cittadini dell'UE. È essenziale per l'attuazione delle leggi e delle politiche dell'UE e centrale per un'Unione dell'uguaglianza, delle opportunità e dell'equità sociale. Le circostanze particolari del 2020 hanno portato ulteriori sfide ai diritti dei cittadini e alcune restrizioni alle nostre libertà, come la libertà di movimento, la libertà di riunione o la libertà di condurre un'impresa, hanno dovuto essere applicate per affrontare la pandemia di COVID-19. Controlli ed equilibri nazionali efficaci che sostengano il rispetto dello stato di diritto sono fondamentali per garantire che tali restrizioni ai nostri diritti siano limitate a quanto necessario e proporzionato, limitato nel tempo e soggette al controllo dei parlamenti e dei tribunali nazionali. [...] L'UE si basa sullo Stato di diritto. Le minacce allo Stato di diritto ne mettono in discussione la base giuridica, politica ed economica. Le carenze in uno Stato membro si ripercuotono sugli altri Stati membri e sull'UE nel suo insieme. Garantire il rispetto dello Stato di diritto è una responsabilità primaria di ciascuno Stato membro, ma l'Unione ha un interesse comune e un ruolo da svolgere nella risoluzione delle questioni relative allo Stato di diritto ovunque si manifestino. Il rispetto dello Stato di diritto è anche al centro del funzionamento del mercato interno, della cooperazione nel settore giudiziario basata sulla fiducia e sul riconoscimento reciproci e della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, come recentemente sottolineato dal Consiglio europeo. Affinché l'UE riesca a realizzare una ripresa sostenibile e resiliente, è necessario che i suoi strumenti possano operare in un contesto basato sullo Stato di diritto».

Col ricollegare il rispetto dello Stato di diritto al funzionamento del mercato interno e alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, la Commissione poneva le basi concettuali su cui costruire un modello di condizionalità indirizzato a colmare le lacune registrate nel sistema di protezione dei valori comuni.

5. Un meccanismo di condizionalità per garantire il rispetto dello stato di diritto

Il meccanismo della condizionalità, che a partire dal 2010 era stato riferito a Stati membri che versassero in condizioni di squilibrio strutturale di bilancio, con l'art. 23 Regolamento (UE) 1303/2013, relativo alle politiche di coesione, diventa oggetto della richiesta di Stati che aspirino ad ottenere fondi per il perseguimento di obiettivi comuni¹⁵. Le procedure erano molto più concertate (fra Stato membro e Commissione) di quanto non fosse previsto dalla condizionalità macroeconomica, e le conseguenze della mancata corrispondenza da parte dello Stato agli standard UE erano molto meno gravi che nel caso degli squilibri di bilancio. Ciò non toglie che la condizionalità macroeconomica fosse ancora il parametro prevalente. Non a caso, in una nota predisposta per la revisione del Quadro Finanziario Pluriennale, il Governo italiano affermava che «[p]rima che al rispetto dei parametri macroeconomici, eventuali condizionalità, nel caso della coesione così come in altri settori, dovrebbero guardare al rispetto dei valori fondamentali e delle regole di convivenza all'interno dell'Unione, tenendo in adeguata considerazione i principi dello Stato di Diritto (Rule of Law) che ne rappresentano la vera spina dorsale»¹⁶.

La critica alla condizionalità macroeconomica appariva associata a una versione compiutamente alternativa di condizionalità, risultando ormai provato che proprio i Paesi che più si erano avvantaggiati delle politiche di coesione (Ungheria, Polonia) avevano più frequentemente di altri violato le regole sul rispetto dello Stato di diritto. Cominciava a prevalere fra gli studiosi la convinzione che la *rule of law conditionality* fosse l'ultima chance per l'Unione di assicurare il rispetto dei suoi valori fondamentali negli Stati membri più riluttanti¹⁷.

Il «Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'UE» della Commissione del 28 giugno 2017 recepiva il messaggio là dove osservava che «Il rispetto dello Stato di diritto è importante per i cittadini europei ma anche per l'iniziativa imprenditoriale, l'innovazione e gli investimenti, che prosperano laddove il quadro di riferimento giuridico e istituzionale riflette pienamente i valori comuni dell'Unione. Vi è quindi una chiara correlazione fra lo Stato di diritto e l'attuazione efficiente degli investimenti pubblici e privati sostenuti dal bilancio dell'UE».

La proposta di regolamento sul bilancio dell'Unione del 2018 limitava comunque la possibilità di sospendere i fondi dell'UE a carenze nell'amministrazione della giustizia che «incidono o rischiano di pregiudicare i principi di sana gestione finanziaria o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione»¹⁸.

¹⁵ Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, in *GUUE*, 20.12.2013, L 347/320.

¹⁶ Governo italiano, *Il quadro finanziario pluriennale: uno strumento strategico al servizio degli obiettivi dell'Unione europea*, Nota del 12.4. 2017, 3.

¹⁷ G. HALMAI, *The Possibility and Desiderability of Rule of Law Conditionality*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2018, p. 18.

¹⁸ Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council to protect the Union's budget in the case of generalised deficiencies regarding the rule of law in Member States*, 2.5.2018, 2018/0136 (COD)

Due anni dopo, l'emergenza dovuta alla pandemia di COVID-19 avrebbe costretto l'UE ad adottare un pacchetto di ampio respiro che combinasse il futuro quadro finanziario pluriennale (QFP) e uno specifico sforzo di ripresa nell'ambito del Next Generation EU (NGEU). Durante i negoziati riemergeva l'idea di condizionare l'erogazione dei fondi del bilancio dell'UE al rispetto dello Stato di diritto negli Stati membri. Nelle sue conclusioni del 21 luglio 2020, il Consiglio europeo affermava che «[g]li interessi finanziari dell'Unione sono tutelati conformemente ai principi generali sanciti dai trattati dell'Unione, in particolare ai valori dell'articolo 2 TUE. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza della tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza del rispetto dello Stato di diritto»¹⁹.

Così, nonostante la chiara formulazione dell'articolo 2 TUE, gli interessi finanziari dell'Unione venivano messi sullo stesso piano dello Stato di diritto. La proposta appariva troppo cauta al Parlamento europeo, che in una risoluzione del 23 luglio 2020 «si rammarica vivamente del fatto che il Consiglio europeo abbia notevolmente indebolito gli sforzi della Commissione e del Parlamento per difendere lo Stato di diritto, i diritti fondamentali e la democrazia nel quadro del QFP e dello strumento Next Generation EU (NGEU); riconferma la sua richiesta di completare il lavoro del colegislatore sul meccanismo proposto dalla Commissione per proteggere il bilancio dell'UE laddove vi sia una minaccia sistemica ai valori sanciti dall'articolo 2 del TUE e quando sono in gioco gli interessi finanziari dell'Unione; sottolinea che, per essere efficace, questo meccanismo dovrebbe essere attivato da una maggioranza qualificata inversa; sottolinea che questo meccanismo non deve pregiudicare l'obbligo degli enti governativi o degli Stati membri di effettuare pagamenti ai beneficiari o ai beneficiari finali; sottolinea che il regolamento sullo stato di diritto sarà adottato mediante codecisione»²⁰.

La risoluzione induceva il Consiglio a negoziare un accordo con il PE, proprio mentre il primo rapporto della Commissione sullo Stato di diritto sollevava «gravi preoccupazioni» per l'indipendenza della magistratura in Ungheria e Polonia²¹. Infine, il 16 dicembre 2020 veniva approvata la proposta di Regolamento del 2018²², ove fra i sintomi di violazione dei principi dello Stato di diritto si annovera il « (a) mettere in pericolo l'indipendenza della magistratura; (b) non prevenire, correggere o sanzionare decisioni arbitrarie o illegittime delle autorità pubbliche, comprese le forze dell'ordine, trattenere risorse finanziarie e umane che ne pregiudicano il corretto funzionamento o non garantiscono l'assenza di conflitti di interesse; (c) limitare la disponibilità e l'efficacia dei mezzi di impugnazione, anche attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze, o limitare l'efficacia delle indagini, del perseguimento o della sanzione delle violazioni della legge» (articolo 3). Prevede quindi «misure adeguate» ogniqualvolta «le violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro pregiudicano o rischiano gravemente di pregiudicare la sana gestione finanziaria del bilancio

¹⁹ Consiglio europeo, 21 luglio 2020, EUCO 10/20 CO EUR 8 CONCL 4.

²⁰ Parlamento europeo, risoluzione del 23 luglio 2020 sulle conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020, (2020/2732(RSP)).

²¹ Commissione europea, *2020 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union*, 30.9.2020.

²² Cfr. Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, GU L 4331 del 22.12.2020, p. 1.

dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione in un modo sufficientemente diretto» (articolo 4).

Qualche giorno prima, le Conclusioni del Consiglio Europeo del 10 e 11 dicembre 2020 avevano integrato il Regolamento con una serie di accorgimenti procedurali risultanti dall'accordo raggiunto con i Governi ungherese e polacco al fine di evitare il loro veto sull'approvazione del Bilancio dell'UE. In particolare, la Commissione veniva incaricata di adottare «linee guida sul modo in cui applicherà il regolamento, compresa una metodologia per effettuare la sua valutazione», con l'aggiunta che «[s]e dovesse essere introdotto un ricorso di annullamento nei confronti del regolamento, gli orientamenti saranno definiti dopo la sentenza della Corte di giustizia in modo da recepire gli eventuali elementi rilevanti derivanti da tale sentenza. Il Presidente della Commissione informerà pienamente il Consiglio europeo. Fino a quando tali orientamenti non saranno finalizzati, la Commissione non proporrà misure ai sensi del regolamento»²³.

Questo ultimo meccanismo è stato criticato dal momento che con esso il Consiglio europeo costringe la Commissione a non applicare il Regolamento fino a quando non sia stata emessa una sentenza della Corte di giustizia²⁴. Per giunta la portata del regolamento, facendo riferimento alle sole violazioni dello Stato di diritto che ledano gli interessi finanziari dell'Unione, sarebbe troppo limitata per tutelare integralmente lo Stato di diritto. Uno Stato membro, è stato affermato, potrebbe decidere di attaccare gruppi della società civile o discriminare le persone LGBT o perseguire singoli giudici indipendenti, senza essere ritenuto responsabile di aver violato il meccanismo della condizionalità.²⁵ Come ora vedremo, la portata applicativa del regolamento sarà una delle questioni più importanti toccate dalla Corte di giustizia nelle due «sentenze gemelle» nn. 156 e 157/2021²⁶.

6. Le censure dei governi polacco e ungherese davanti alla Corte di giustizia

Le censure sollevate dalla Polonia e dall'Ungheria nei confronti del Regolamento si sono incentrate per un verso sulla violazione del principio di attribuzione, e per l'altro sulla elusione delle regole disposte dai trattati nelle ipotesi di trasgressioni dei valori comuni da parte degli Stati membri, e in particolare dell'art. 7 TUE.

Sotto il primo profilo, la questione se il regolamento impugnato possa, in considerazione della sua finalità, poggiarsi sulla base giuridica costituita dall'articolo 322, paragrafo 1, lettera a), TFUE, dovrebbe avere risposta negativa dal momento che «l'obiettivo reale di tale regolamento consiste nel consentire l'applicazione, in caso di constatazione di violazioni dei principi dello Stato di diritto, di sanzioni mediante il bilancio dell'Unione, obiettivo che risulterebbe, in particolare, dall'articolo 7, paragrafo 2, secondo comma, dello stesso regolamento, dal suo

²³ Consiglio europeo, 10 e 11 dicembre 2020, conclusioni, EUCO 22/20.

²⁴ L. PECH, *The Rule of Law Compromise: The EU's Gift to Autocrats*, in *Green European Journal*, 18 dicembre 2020.

²⁵ L. PECH, *The Rule of Law Compromise*, cit.

²⁶ Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:97; Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:98.

considerando 14, ma anche dalla mancanza di dimostrazione di un nesso tra il rispetto dello Stato di diritto e la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione, dalla relazione che accompagna la proposta che ha portato all'adozione del regolamento impugnato e dalle statistiche da cui emergerebbe che, al momento dell'adozione di tale regolamento, non sussisteva alcuna necessità di proteggere il bilancio dell'Unione»²⁷.

Quanto all'elusione dell'art. 7 TUE, il governo polacco, sostenuto da quello ungherese, ha affermato che «una violazione dei principi dello Stato di diritto può essere constatata solo dal Consiglio europeo, a norma dell'art. 7, par. 2, TUE. Solo tale istituzione potrebbe, in virtù della sua composizione, garantire il controllo del rispetto del valore dello Stato di diritto, il quale avrebbe carattere discrezionale e potrebbe dipendere da considerazioni politiche. L'unica eccezione a tale potere esclusivo del Consiglio europeo risulterebbe dall'obbligo per gli Stati membri, promanante dall'art. 19, par. 1, TUE, di garantire un controllo giurisdizionale effettivo. Tale potere esclusivo sarebbe confermato dalla sentenza del 17 dicembre 2020, *Openbaar Ministerie* (Indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente)²⁸, con la quale la Corte ha dichiarato che, qualora siano constatate carenze sistemiche per quanto riguarda l'indipendenza del potere giudiziario di uno Stato membro, il meccanismo del mandato d'arresto europeo può essere sospeso solo dal Consiglio, a norma dell'articolo 7, paragrafo 3, TUE»²⁹.

L'elusione dei meccanismi predisposti dal Trattato sarebbe specificamente rilevabile dalle considerazioni che seguono: «l'articolo 7, paragrafo 4, TUE e l'articolo 7, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento impugnato, relativi alla modifica e alla revoca delle misure adottate, suggerirebbero che l'obiettivo di tali meccanismi è quello di incoraggiare lo Stato membro interessato al rispetto del valore dello Stato di diritto. Orbene, non richiedendo una decisione unanime del Consiglio europeo, detto regolamento stabilirebbe una procedura di adozione delle sanzioni assai meno gravosa di quella prevista all'articolo 7 TUE, privando in tal modo quest'ultima del suo effetto utile. In un parere del 27 maggio 2014, il servizio giuridico del Consiglio avrebbe affermato, da un lato, che l'articolo 7 TUE stabilisce volutamente un quadro di supervisione preciso, che si compone di varie fasi, un'elevata soglia ipotetica per avviare le procedure, maggioranze rafforzate in seno al Consiglio e al Consiglio europeo nonché un insieme di garanzie procedurali per lo Stato membro interessato, compresa la possibilità di un sindacato giurisdizionale limitato da parte della Corte, e, dall'altro lato, che tale articolo non prevede una base giuridica per sviluppare o modificare tale procedura. Tale posizione sarebbe stata espressamente ribadita nel parere giuridico n. 13593/18, il quale indica, inoltre, che il diritto derivato non può modificare o integrare detta procedura, né avere come conseguenza che quest'ultima sia privata del suo effetto utile. Pertanto, stante l'identità dell'obiettivo, dei principi e delle misure applicabili, il meccanismo istituito dal regolamento impugnato costituirebbe un'elusione manifesta e deliberata della procedura prevista all'articolo 7 TUE»³⁰.

²⁷ Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., pt. 123.

²⁸ Corte giust., sent. 17 dicembre 2020, cause riunite C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *Openbaar Ministerie* (Indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente), ECLI:EU:C:2020:1033, pt. da 57 a 60.

²⁹ Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., pt. 191.

³⁰ *Ibid.*, pt. 105 – 106.

Nell'illustrare l'arsenale argomentativo relativo alla illegittimità del Regolamento, il richiamo ai detti pareri del servizio giuridico del Consiglio costituiva un pezzo di particolare pregio, consentendo al governo ricorrente di mettere in evidenza le divergenze verificatesi fra gli apparati istituzionali dell'Unione intorno all'interpretazione dell'art. 7 TUE nel lungo decennio del suo congelamento, e in particolare la convinzione degli uffici del Consiglio del difetto nell'art. 7 TUE di una base giuridica volta a sviluppare o modificare la procedura ivi prevista.

7. Le repliche della Corte di giustizia

La replica della Corte è da questo punto di vista priva di ambiguità: «l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenzioni di natura politica, ma contiene valori che, come esposto al punto 145 della presente sentenza, fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune, valori che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri»³¹. Altrettanto incisivamente, la Corte aveva affermato che «I valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori»³².

Senza questa premessa, l'intera ricerca del fondamento del nuovo meccanismo di condizionalità sarebbe stata troppo precaria. Il che non basta, tuttavia, a collegare correttamente tale meccanismo da un lato con l'interesse finanziario dell'Unione, dall'altro con il valore comune dello Stato di diritto quale riconosciuto dall'art. 2 TUE.

La Corte³³ richiama i Considerando da 12 a 15 del Regolamento impugnato, che dopo aver valorizzato l'obbligo per gli Stati membri di prevedere una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, previsto dall'art. 19 TUE e già richiamato in un noto precedente³⁴, rileva «una chiara correlazione tra il rispetto dello Stato di diritto e l'esecuzione efficiente del bilancio dell'Unione in conformità dei principi di sana gestione finanziaria», e aggiunge che «[l]'Unione ha messo a punto una serie di strumenti e processi che promuovono lo Stato di diritto e la sua applicazione, compresi il sostegno finanziario alle organizzazioni della società civile, il meccanismo europeo per lo Stato di diritto e il quadro di valutazione UE della giustizia, e garantiscono una risposta efficace da parte delle istituzioni dell'Unione alle violazioni dello Stato di diritto attraverso procedure di infrazione e la procedura di cui all'articolo 7 TUE. Il meccanismo previsto nel presente regolamento integra tali strumenti proteggendo il bilancio dell'Unione da violazioni dei principi dello Stato di diritto che ne compromettono la sana gestione finanziaria o incidono sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione».

³¹ *Ibid*, pt. 264.

³² *Ibid.*, pt. 145.

³³ *Ibid*, pt. 16.

³⁴ Corte giust., sent. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, punti da 32 a 36.

Se si segue la spiegazione datane dallo stesso Regolamento, la tesi del carattere «integrativo» del nuovo meccanismo di condizionalità rispetto agli strumenti già messi in campo dall'UE a tutela dello Stato di diritto parrebbe necessaria a rifornirlo di fondamento giuridico, visto che « (15) Le violazioni dei principi dello Stato di diritto, in particolare quell[e] che si ripercuotono sul corretto funzionamento delle autorità pubbliche e sull'effettivo controllo giurisdizionale, possono nuocere gravemente agli interessi finanziari dell'Unione. Ciò è vero per le singole violazioni dei principi dello Stato di diritto ma ancor più per le violazioni diffuse o dovute a pratiche od omissioni ricorrenti da parte delle autorità pubbliche oppure a misure generali adottate da tali autorità».

Senonché, nel replicare alla censura di elusione della procedura di cui all'art. 7 TUE, la Corte nega ogni analogia tra le finalità della procedura di cui all'articolo 7 TUE e quelle previste dal regolamento impugnato. Mentre la prima ha la finalità di consentire al Consiglio di sanzionare violazioni gravi e persistenti dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE, al fine, in particolare, di ingiungere allo Stato membro interessato di porre fine a tali violazioni, la procedura istituita dal regolamento impugnato «ha la finalità di garantire, conformemente al principio di sana gestione finanziaria enunciato all'articolo 310, paragrafo 5, e all'articolo 317, primo comma, TFUE, la protezione del bilancio dell'Unione in caso di violazione dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro, e non già di sanzionare, mediante il bilancio dell'Unione, violazioni dei principi dello Stato di diritto»³⁵. Ancora, diverso è pure l'oggetto di ciascuna di queste due procedure, il primo vertendo sull'insieme dei valori contenuti nell'art. 2 TUE, l'altro soltanto su uno di tali valori, ossia lo Stato di diritto. E mentre l'art. 7 TUE consente di comprendere qualsiasi violazione grave e persistente di un valore contenuto nell'art. 2 TUE, il regolamento impugnato autorizza l'esame delle violazioni dei principi dello Stato di diritto menzionati al suo art. 2, lett. a), solo laddove sussistano motivi fondati per ritenere che esse abbiano un'incidenza sul bilancio, per cui la Corte constata conclusivamente che «la procedura prevista all'articolo 7 TUE e quella istituita dal regolamento impugnato perseguono scopi diversi e hanno ciascuna un oggetto nettamente distinto»³⁶.

L'affermazione contenuta nel Considerando che il meccanismo di condizionalità integra gli strumenti messi in campo dall'UE a tutela dello Stato di diritto è dunque così testualmente contraddetta dalla Corte.

Per respingere l'obiezione che il regolamento avrebbe eluso la procedura prevista dall'art. 7 TUE, era proprio necessario giungere a tanto? A rigore no. Bastava notare come, proponendosi di salvaguardare lo Stato di diritto ai soli fini dell'osservanza dell'interesse finanziario dell'Unione, il meccanismo di condizionalità introdotto dal regolamento non avrebbe potuto in quanto tale eludere una procedura come quella prevista dall'art. 7 TUE, indirizzata alla finalità molto più ampia di reprimere comportamenti gravemente lesivi del valore comune dello Stato di diritto.

8. Valori comuni e interesse finanziario

³⁵ Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., pt. 210.

³⁶ *Ibid.*, pt. 218.

La pronuncia in commento non è dunque priva di incongruenze, così come è innegabile lo scarto fra il *Rule of Law Report* e la *Rule of Law Checklist* della Commissione di Venezia, implicitamente richiamati dalla Corte al momento di prospettare gli standard dello Stato di diritto, e le ben più ridotte ipotesi di violazione dell'interesse finanziario dell'Unione concretamente adducibili sulla base del regolamento.

Nondimeno, se consideriamo la lunga vicenda della rinuncia dell'Unione a far valere il rispetto dei valori comuni, ciò che conta è l'intento della Corte di legittimare il nuovo meccanismo della condizionalità con tutti gli strumenti a sua disposizione. Una Corte, si è detto, consapevole dell'obsolescenza del sistema di tutela politica dei valori comuni prefigurato dall'art. 7 TUE, e nello stesso tempo dell'esigenza di fornire una versione pluralista di un concetto, come quello di identità costituzionale, che negli ultimi anni è stato piegato a finalità di politica nazionale: «La Corte ha posto la tutela delle identità costituzionali degli Stati membri sullo stesso piano costituzionale della tutela dei principi fondamentali dell'Unione, che ne connotano la sua identità costituzionale»³⁷.

³⁷ S. BARTOLE, P. FARAGUNA, *La condizionalità nell'Unione, i carrarmati fuori dell'Unione*, in *Diritti comparati*, 17 marzo 2022. In senso analogo, G. DE AMICIS, *Corti europee e giudici nazionali nel prisma della tutela dei diritti fondamentali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 37 ss.

First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?

DI SILVANA SCIARRA*

Sommario: 1. The search for common words. – 2. The Italian Constitutional Court: centripetal or centrifugal? – 3. Common words in the future of Europe for universal principles on the rule of law.

1. The search for common words

Linguistic metaphors are recurrent in the analysis of legal scholars, especially when dealing with the case law of international and supranational courts. The interdependence of languages mirrors the search for coherence and cooperation among courts. Hence, the exchange of messages may have implications well beyond the immediate meaning of words. Words can be predictive of courts' behaviour in establishing priorities and setting the borders of competences; they can indicate the intention to mark a step forward and innovate or, on the contrary, to confirm previous decisions. Words can be deferential or even confrontational, since the attitudes of courts speaking to each other vary over time and are the spectrum of specific historical phases.

To have the 'first' or 'last' word may imply to acquire a position of power, although it is not always clear who becomes the most powerful: the one setting the frame of the conversation, speaking first, or the one drawing the conclusions and speaking last, while taking into account all that has been said?

In a 'cooperative conversation', such as the one I intend to describe, power should not be at stake. There should rather be ways of seeking constant interactions, heading towards a common goal. Hence, the suggestion is to speak common words, building up a common legal language, which should be the outcome of enhanced integration and be respectful of national identities (art. 4 (2) TEU).

This is the case in which the 'balance between uniformity and the recognition of diversities' is an essential tool in order to preserve the rule of law and also 'to lower national hostilities against the outside world and first of all the European Union'¹.

* President Italian Constitutional Court, Emeritus Professor of Labour Law and European Social Law - University of Florence. The author expresses personal opinions, which in no way involve the Court in its collegiality.

¹ G. Amato, "Introduction", in Amato, Barbisan, Pinelli (eds), *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, Hart, 2021, 6.

Speaking common words is the necessary outcome of an endless exercise in setting aside idiosyncrasies and letting European values supersede.

The notion of cooperation is momentous in the overall structure of preliminary reference procedures, enshrined in art. 267 TFEU.² In its recent case-law the CJEU has emphasised such centrality even further, in the attempt to strengthen the principle underlying art. 19 (1) TEU, namely its own task in ensuring ‘that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed’.

The CJEU confirmed this connection between art. 267 and art. 19 (1) in a renowned decision dealing with an association of Portuguese judges, which sets the beginning of a long chain of decisions. Ruling on the independence of judges and its compatibility with temporary wage reductions, due to constraints in the state budget, the Court stated that art. 19 (1) TEU ‘which gives concrete expression to the value of the rule of law stated in Article 2 TEU, entrusts the responsibility for ensuring judicial review in the EU legal order not only to the Court of Justice but also to national courts and tribunals’.³ The link established among such articles is new and of extreme relevance. Collaboration with the CJEU is for national courts the fulfilment of a duty, functional to a system of effective legal remedies.

Unlike in the Portuguese case, further developments in the case-law dealing with judicial independence had to do with serious threats to the rule of law and developed into an intense exchange among the Court in Luxembourg and constitutional courts in Poland and Hungary.⁴

In a separate and, to some extent, parallel stream of cases, other examples of judicial exchanges came to the fora, whereby constitutional courts promoted preliminary references, seeking synergies in guaranteeing national constitutional values while enforcing European law.

Although no precise interconnection can be established between such different streams of CJEU’s case law – the one on the rule of law and the independence of the judiciary and the one on judicial cooperation with national constitutional courts – it is noteworthy that the two should be kept together by similar coherent interpretative criteria. The acknowledgment of deep-rooted principles, such as the primacy of EU law and the uniformity of its interpretation, as guaranteed in art. 267 TFEU, is the cornerstone of current discussions, fruitful and encouraging in the attempt to speak a common language.

The search for common words should be pondered in all scenarios for the future of Europe.

In this contribution I emphasise this constant search for synergies, which also implies the pursuit of more advanced institutional balances. I argue that the duty of collaboration, when constitutional courts are involved, calls into question the deep meaning of European values ‘common to the Member states’ as identified in art. 2 TEU.⁵ This may indicate that constitutional courts should magnify their role as

² A recent analysis in J.Adams-Prassl & S. Bogojevic, “Great debates in EU Law”, Macmillan International, 2021. The double loyalty of national judges, promoters of European integration and of national legal orders’ internal coherence is put forward in F. Ferraro, C. Iannone (eds.), *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli, 2020.

³ Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2017:395, para 32.

⁴ F. Donati, “Rule of Law, Independence of the Judiciary and Primacy of EU law”, in *Italian Journal of Public Law* (2021), 324 ff.

‘institutions of pluralism’, when they refer cases to the CJEU as well as when they apply EU law in their own decisions.⁶

Following the case of the Portuguese judges, the CJEU had to face complex situations, whereby threats to the independence of the judiciary were serious and incumbent.

For reasons of brevity, I shall only mention that the Polish Constitutional Tribunal’s judgment, delivered on 7 October 2021,⁷ was at the origin of institutional controversies. The Tribunal declared that the interim measures adopted by the CJEU, in order to preserve the independent functioning of the judiciary,⁸ were inconsistent with the Polish Constitution.

The CJEU had unequivocally ruled on the primacy of EU law in case of violation of art. 19 (1) second subparagraph and on the duty of the referring judge to disapply national provisions in contrast with EU law, in cases in which – as it happened in Poland – there was serious interference with the independence of the judiciary.

In the English version of the press release issued after the Constitutional Tribunal’s judgment, we read that, pursuant to art. 87 (1) of the Constitution, the Polish legal system is built on a hierarchy of sources in which the TEU ‘occupies a position which is lower than that of the Constitution, and just as any ratified international agreement [...] the TEU must be consistent with the Constitution’. This description is complemented by the disputable assertion that judgments delivered by the CJEU are ‘hybrid in character’ and are not necessarily to be deemed as binding sources of law. Hence, the criticism addressed to the ‘CJEU’s progressive activism’, which ends up interfering with the competence of state authorities and undermining the Polish constitution.⁹

In addition to this decision, which may threaten the whole edifice of the European legal order, the Constitutional Tribunal delivered another judgment, questioning compliance with the ECHR. The specific reference is to art. 6 paragraph 1 and to the notion of ‘tribunal established by law’.¹⁰

One can argue that the hierarchical perspective adopted by the Polish Tribunal is counterintuitive, if viewed through the lenses of historical developments.

⁵ L.S. Rossi, “2,4,6 (TUE) ... L’interpretazione della “Identity clause” alla luce dei principi fondamentali”, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Giappichelli, 2018, 859 ff. and “Il valore giuridico dei valori. L’art. 2 TUE: le relazioni con altre disposizioni primarie del diritto dell’UE e rimedi giurisdizionali”, *Federalismi* n. 19 (2020).

⁶ S. Sciarra, “Rule of Law and Mutual Trust: a Short Note on Constitutional Courts as ‘Institutions of Pluralism’”, in *Il diritto dell’Unione europea* (2018), 431.

⁷ Polish Constitutional Tribunal, Ref. No. K 3/21.

⁸ Case C-791/19 (Grand Chamber) *Commission v Republic of Poland*, EU:C:2021:596. This judgment was delivered in an action brought by the Commission for failure to fulfil obligations under art. 258 TFEU. On 17 July 2019 the Commission had issued a reasoned opinion, stating that the new measures on disciplinary actions for judges, adopted by Poland, were not in compliance with art 19(1) TEU and the second and third paragraphs of art. 267 TFEU, despite the letter of formal notice sent by the Commission on 3 April 2019. Poland replied to this letter denying infringements of EU law.

⁹ Press Release After the Hearing, Polish Constitutional Tribunal, Ref. No. K 3/21, point 22.

<https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>.

¹⁰ K 7/21 of 10 March 2022.

Not only the notion of a hierarchy contrasts the opposite image of a diffused overarching legal order of the EU; it also denies the ongoing project of integration through law, which inspired the founding Member States and later on favoured enlargement to new countries.

In such a project we can picture art. 267 TFEU as a cornerstone supporting the whole system of European courts. Its solidity is substantiated by the principle of equality among Member States when EU law is applied and by the uniform interpretation of the Treaties guaranteed by the CJEU.¹¹ Furthermore, the identity clause, that the Lisbon Treaty enunciates in art. 4 (2) TEU, is meant to link together national constitutional law and EU law and ‘forms a building block of the composite constitutional structure of the EU’.¹² Art. 4 (3) TEU recalls the ‘principle of sincere cooperation’ and the, ‘full mutual respect’, assisting the Union and Member States ‘in carrying out tasks which flow from the Treaties’.

Architectural metaphors, recurrent in the jargon of European courts, can be valued as complementary to linguistic descriptions: a solid building positioned on several pillars and a language understandable to all people living in that building are two focal points in the current political agenda, which should shape the future of Europe.

Constitutional courts are in the position to create unforeseen threads of integration: they can summarize both metaphors as courts of last instance and as guardians of national constitutional identities. They are themselves pillars supporting the building and they should, because of this responsibility, speak the same European words. The ‘identity clause’ assigns to national constitutional courts the highest responsibility to concretize the spirit of mutual cooperation.

It is worth noting that this is an urgent – and not merely theoretical – discussion since in the Polish case both metaphors have been challenged.

Breaches of the rule of law in Hungary and Poland were at the core of two CJEU’s judgements dealing with access to European funds as provided for in Regulation 2020/2092. The latter, according to the Court with regard to Hungary, satisfies the principle of legal certainty, since the Commission bases its assessments on objective opinions. Breaches of the rule of law are not raised as such, but to protect the Union budget, when those breaches affect the sound financial budget of the Union ‘in a sufficiently direct way’. The rule of law is one of the values indicated in art. 2 TEU; art. 49 TFEU stipulates that respect for those values is a prerequisite to become a Member of the EU.¹³

Arguing on similar grounds and addressing the Polish case, the Court underlined those measures taken to protect financial interests, to be ‘strictly

¹¹ On equality among Member States see the forward-looking comments by F. Fabbrini, “After the OMT Case: The Supremacy of EU law as the Guarantee of the Equality of the Member States”, in *German Law Journal* (2015), 4, p. 1016 ff. and, for references to Italy, S. Sciarra, G. Nicastro, ‘Speech acts’ and judicial conversations. Preliminary references from the Italian Constitutional Court to the Court of justice of the European Union, CSF-SSSUP Working Papers Series 1/2016.

¹² A. Von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identities under the Lisbon Treaty* (CMLR 2011), 1431. The authors seem to imply, though, that there may be derogations in order to protect national identities.

¹³ Case C-156/21 *Hungary v European Parliament and the Council of the European Union*, EU:C:2022:97, 110-111 and 124. On the functioning of conditionalities see B. Nascimbene, Il rispetto della *rule of law* e lo strumento finanziario. La condizionalità, *Eurojus* 2021, 172 ff.

proportionate to the effect of the breaches which have been determined of the principles of the rule of law on the Union budget’.¹⁴

In linking together respect for the rule of law and access to financial support, the Court directs a message to Member States, underlying the many facets of membership of the Union. The Court, however, is not alone in playing this role; it is part of an interinstitutional strategy, whereby all other actors have been focussing on the same issues and trying to reach reluctant governments.

On 2 March 2022 the Commission adopted the guidelines on the application of the Regulation, which take into account the two judgments of the CJEU.¹⁵

In this troublesome scenario, the CJEU’s case-law on the rule of law is consistent and deep in the arguments adopted.

For example, in *Repubblika* the Court, in response to a preliminary reference lodged by a Maltese court acting as a constitutional court, recalls art. 2 TEU and mentions trust among Member States and among their judges as a product of shared values, in particular the rule of law, as it concretises in art. 19 (1). Whenever changes are foreseen, the Court adds, national legislatures are bound by a clause of non-regression,¹⁶ which, in the end, aims at guaranteeing a balance between effective judicial protection, as in art. 47 of the CFREU, and the independence of the judiciary.

There can be no-regression from the founding values written in art. 2 TEU.

In *RS* the CJEU clarified even further the connection that keeps together the preliminary ruling procedure and the second subparagraph of art. 19 (1) TEU, with regard to judicial independence, whenever the principle of primacy of EU law is at stake. Ordinary courts should not enforce national rules or national practices under which a national judge may incur disciplinary liability, for having applied EU law, as interpreted by the Court, and having left aside the case-law of the Constitutional Court, the one of Romania in the specific case.¹⁷

The latter, in judgment No. 390/2021 of 8 June 2021, had rejected as unfounded a plea of unconstitutionality raised in respect of several provisions dealt with in the ‘Section for the investigation of offences committed within the judicial system’, arguing that primacy of EU law is limited in the Romanian territory by respect for national constitutional identity.¹⁸

¹⁴ Case C-157/21, *Poland v European Parliament and the Council of the European Union*, EU:C:2022:98, para 359.

¹⁵ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/about_the_european_commission/eu_budget/c_2022_1382_3_en_act_part1_v7.pdf.

¹⁶ Case C-896/19 *Repubblika*, EU:C:2021:311, para 62-63. Comments in: G. Battaglia, “La nomina dei giudici maltesi e il principio di non regressione nella tutela dello Stato di diritto”: l’‘onda lunga’ del caso *Repubblika*, in *Giustizia insieme*, 5 November 2021; V. Piccone, “Indipendenza della magistratura e clausola di non regresso,” in *Labour Law Community*, 23 April 2021.

¹⁷ Case C-430/21, *RS*, EU:C:2022:99. See: L.S. Rossi, Un dialogo da giudice a giudice. Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia, *Post di AISSDUE*, IV 2022, at 79, ff.; D. Gallo, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, Quaderni Costituzionali 2022.

¹⁸ In Joined Cases C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, *Euro Box Promotion*, of 21 December 2021 the CJEU had already stigmatized as contrary to EU law the application of case-law of the Constitutional Court in so far as that case-law, in conjunction with the national provisions on limitation, creates a systemic risk of impunity. Primacy of EU law requires that national courts should have the power to disapply a decision of a constitutional court which is contrary to EU law, without bearing a risk of incurring disciplinary liability.

The question referred for a preliminary ruling dealt with criminal proceedings and conviction inflicted on the complainant, for having applied EU law. The CJEU specifies that EU law does not impose a particular constitutional model on Member states, but requires that they should comply with judicial independence. Hence, art. 2 TEU and the second subparagraph of art. 19(1) TEU must be read in such a way that respect for judicial independence becomes an essential condition for remaining within the EU legal order.

In this judgment the CJEU goes back to some of its seminal precedents in a new search for its solid roots. Such a search is made necessary by the specificity of the case, in which primacy of EU law is challenged and priority is given to the Constitution.

Van Gend & Loos is mentioned to recollect that ‘unlike standard international treaties, the Community Treaties established a new legal order, integrated into the legal systems of the Member States on the entry into force of the Treaties and which is binding on their courts’.¹⁹ *Costa* and the ‘Community’s own legal system’ is also quoted, to remind all of us that reciprocity among Member states ‘means, as a corollary, that they cannot accord precedence to a unilateral and subsequent measure over that legal system or rely on rules of national law of any kind against the law stemming from the EEC Treaty’.²⁰

From such famous quotes we should not receive the impression of a nostalgic mood, neither an attitude of exaggerated self-esteem. There is a need to fortify the architecture of the legal system and to establish a conversation with constitutional courts. Art. 267 TFEU is purposefully described as the ‘keystone of the judicial system established by the Treaties’: the Romanian Constitutional Court is, in such a way, reminded to lodge a reference to the CJEU, should a provision of EU law, as interpreted by the Court, infringe the obligation to respect national identity.²¹

In this limpid reasoning, which goes back to the origins of the EU legal order, ordinary courts continue to be fully empowered in their capacity as European judges. The search for coherence goes into all directions, with the intention to respond to all judicial actors, including constitutional courts, regardless of a hypothetical hierarchy on which national systems are founded.

2. The Italian Constitutional Court: centripetal or centrifugal?

With regard to the Italian Constitutional Court, recent developments in its case law have attracted the attention of commentators, because of potential implications in a wider context than the national one. The present writer does not intend to indicate such developments – and in particular the reference to specific judgments – as models.

The examples chosen are both meant to be indicative of the role played by the Constitutional court at the intersection of European law and CJEU’s decisions. In the first case a preliminary ruling procedure is lodged by the Court itself; in the second case the route to Luxembourg had previously been taken by the Court of Cassation,

¹⁹ *RS*, at 47, where mention is made of recent cases in this line of reasoning.

²⁰ At 48.

²¹ At 73.

which decided afterwards to raise questions of constitutionality. Both examples fall within the area of social security and are indicative of still unsolved interpretative dilemmas, especially when the addressees of benefits are third-country nationals. This is an issue to be put forward in discussions on the future of Europe, in order to substantiate the principle of equal treatment.

In a well-known *obiter dictum*, part of a Constitutional Court's judgment, the point was made that when provisions of the Charter of fundamental rights intersect constitutional rights, the former should be interpreted in a way consistent with constitutional traditions mentioned in art. 6 TEU.²²

The Constitutional Court – it is maintained – ‘does not intend to pre-empt the Court of Justice's competence in taking all most important steps towards direct enforceability’ of the Charter and is therefore deferential to the words spoken in Luxembourg. On the other hand, the Court, rather than referring to ‘common’ traditions, quotes a specific judgment delivered by the Austrian Constitutional Court, in which similar arguments had been put in place.²³

The language, in this perspective, is attentive to internal developments, in order to guarantee uniform and *erga omnes* enforceability of the Court's verdicts and articulate its own discourse, the one to be heard primarily by ordinary courts. The latter, however, should remain in full control of their own prerogatives as European judges, since primacy and direct effect should in no way be jeopardised.

In subsequent decisions this approach has been clarified.²⁴ Communication with ordinary courts kept its flow, albeit with some peculiarities. The Court of Cassation, in particular, displayed several options and followed different paths. In recapitulating them both chronologically and thematically, it has been argued that the onus, with regard to the choice to be made – the road to the Constitutional Court or the one to the CJEU – should stay with ordinary courts, according to the prevailing parameter to be invoked. However, the specificity of the single case imposes a pragmatic approach, which should be combined with the technicalities involved in each of them. Hence, a criterion based on the prevalent source should not become too rigid, since patterns of cooperation constantly evolve.²⁵

Let us take the example of the Court of Cassation, called to rule on the appeals filed against courts' judgments which declared discriminatory the refusal of childbirth and maternity allowances to third-country nationals, who did not hold a long-term residence permit in the EU. The National Institute for Social Security (INPS) had, in fact, rejected all such applications.

²² Corte costituzionale, Judgment n. 269/2017 of 7 November 2017, point of law 5.2.

²³ S. Sciarra, A. jr Golia, “Italy: New Frontiers and Further Developments”, in Bobek e Adams-Prassl (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States* (Oxford 2020), 256 and 248. Reference to the Austrian case is: Judgment U 466/11-18, U 1836/11-13, of 14 March 2012; B. Nascimbene, Carta dei diritti fondamentali e rapporti fra giudici. La necessità di una tutela integrata, in C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (eds), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, (Giappichelli 2022), 52 ff.

²⁴ S. Sciarra, A. Golia, at 248 for references to this case law. In particular, Judgment n.117/2019 point of law 2, specifies the duty of ordinary courts not to apply ‘where the prerequisites are met any national provisions inconsistent with the rights laid down in the Charter’.

²⁵ A. Cosentino, “La sentenza della Corte costituzionale N. 269/2017 ed i suoi seguiti nella giurisprudenza del giudice comune, in C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (eds), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, (Giappichelli 2022), 213 ff.

The relevant EU directives – 2003/109 EC and 2011/98 EU, the former dealing with long-term residents, the latter with a single application procedure for a single work permit – impose equal treatment between member state’s own nationals and third country nationals. Nevertheless, it had to be ascertained whether the branches of social security in question were comprised in Regulation (EC) No.883/2004 and whether excluding from such allowances those who did not hold a long-residence permit could be left to the discretion of the Member State.

The Court of Cassation raised questions of constitutionality with regard to national provisions making the award of the allowances subject to holding a long-term residence permit. The Constitutional Court, rather than responding to such questions, chose to seek first a preliminary ruling from the CJEU, as to whether childbirth and maternity allowances fell within the scope of the protection enshrined in art. 34 CFREU and the related principle of equal treatment in the field of social security.

The point was made that there was ‘an inseparable link between the constitutional principles and the rights invoked by the Court of Cassation and those recognised by the Charter, as enriched by secondary law’. To underline this connection and, at the same time, acknowledge differences in the exercise of the respective competences, the Constitutional Court referred to art 19 (1) TEU, in order to recognise the CJEU’s exclusive role in the interpretation and application of the Treaties.²⁶

Let us return to the image chosen in the opening remarks of this paper and to the ‘common words’ to be spoken, in the frame of a peculiar conversation, namely the one enshrined in art. 267 TFEU. In this specific procedural frame, the Constitutional Court is seeking the correct interpretation of EU law on childbirth and maternity allowances and expects to combine it with its own interpretation of constitutional principles: the principle of equality (art. 3) and the promotion of the family (art. 31). Mutual respect and mutual obligations are at the origin of judicial cooperation aiming at establishing the acquisition of common results in two separate – and yet interconnected – spheres of competences. Common words may become means to an end, namely to achieving common results via common interpretations.

In the CJEU’s response to this reference, the spirit of mutual respect is exemplified in the ‘presumption of relevance’ endorsed to the referring constitutional court, when the latter “is not the court called upon to rule directly in the disputes in the main proceedings, but rather a constitutional court to which a question of pure law has been referred”.²⁷ Furthermore, the CJEU affirms that by the reference to regulation N. 883/2004, art. 12 (1) e of Directive 2011/98 ‘gives specific expression to the entitlement to social security benefits provided for in art. 34 (1) and (2) of the Charter’.²⁸

²⁶ Order N. 182/2020 of 8 July 2020, Point of law 3.2.

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/downloadno/doc/recent_judgments/EN_Ordinanza_182_2020_Sciarra.pdf.

See: A. Kompatscher, *Family allowances only for long-term residents? CJEU and Italian Constitutional Court rule that childbirth and maternity allowances cannot depend on discriminative criteria of long-term residence*, Blog DUE, 2022.

²⁷ Case C-350/20 (Grand Chamber), *INPS*, EU:C:2021:659, para 39.

After receiving the requested clarifications from Luxembourg, the Constitutional Court returned to its own case and ruled unconstitutional the provisions of national legislation which the CJEU had held incompatible with EU law. In confirming the necessary synergy with the CFREU, in order to establish ‘a systemic and unfragmented protection’, the Court recalls that art. 34 CFREU expressly refers to “national laws and practices”, when recognising the right of access to social security benefits. Hence, it cannot fail to take into account the guarantees enshrined in constitutions.²⁹

Making entitlement to childbirth and maternity allowances conditional upon holding a long-term residence permit, Italian legislation arbitrarily discriminates against both mothers and the new-born, bearing no reasonable relation to the purpose of the benefits in question.

In this judgment, which concludes the conversation with the CJEU, common words are spoken when addressing the principle of equality (art. 3) and providing support for families (art.31). Art. 34 of the CFREU is interpreted in close connection with European secondary law, functioning as a guide in ascertaining who the beneficiaries of social security allowances are, when all requirements of legal residence are met.³⁰

Let us now enter a different frame of the conversation.

The Court of Cassation raised questions of constitutionality, after having first lodged two preliminary references to Luxembourg and having received answers to both of them.³¹ The main issue at stake was the eligibility of third country nationals, holding a long-term residence permit, for the family unit allowance, even when some members of the unit are temporarily residing in the country of origin. The CJEU had held Italian legislation on such an allowance incompatible with EU law, in particular with Directives 2003/109 and 2011/98, respectively on long-term residents and on the issue of single work permits, the same secondary law sources mentioned earlier.

Before entering the core of the judgment – which declares the two questions inadmissible for lack of relevance – the Constitutional Court contextualises the referring court’s choice to take the route to Luxembourg first, and it does so by references to its own recent case-law dealing with art. 267 TFEU.³² This special

²⁸ At 46. In order No. 182/2020, point of law 7.1 the Constitutional Court asked the Court of Justice ‘whether art. 34 of the Charter must be interpreted as meaning that its scope include’ the allowances.

²⁹ Judgment n. 54/2022 of 11 January 2022, *Corte costituzionale*, Point of law 10 https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/SE_TENZA%20n.%2054%20del%202022%20-%20red.%20Sciarra%20EN.pdf. Comments in F. Ferraro, V. Capuano, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra corti e Carte in nome della solidarietà*, LDE n. 1/2022

³⁰ B. Sboro, “Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del “dialogo” tra Corti in materia di diritti fondamentali”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 March 2021, 689 underlines that the Constitutional Court describes secondary law as an additional source to the fundamental right to social security, thus justifying its own *erga omnes* decision.

³¹ Judgment n. 67/2022 of 11 March 2022, *Corte costituzionale*, https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2022:67.

The CJEU’s decisions referred to are: Case C-302/2019, Case C-303/2019. A comment to both decisions delivered by the Constitutional Court in B. Nascimbene, I. Anrò, *Primato del diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, *Giustizia insieme* 2022.

³² Orders No, 216 e 217/2021, *Corte costituzionale*, respectively points of law 7.3 and 8; Order 182/2020 quoted *supra*.

channel of communication, sought by national courts to solve interpretative doubts, is meant to strengthen the primacy of EU law and to develop in a line of continuity with pivotal CJEU's judgments. Had the Constitutional Court decided to scrutinize the cases and enter the merits of the questions, it would have had to face the unequivocal answers given by the CJEU on direct applicability of the principle of equal treatment, for its clarity, precision and unconditionality. Hence, the choice made to acknowledge the Luxembourg's rulings coincides with speaking common words. Returning both cases to the Court of Cassation meant that the latter could disapply legislation in contrast with EU law.

Common words can favour common interpretative schemes, leading to similar conclusions on direct effect. Converging interpretations also serve the purpose to empower the referring court – the Court of Cassation in the present case – and to close the circle within a discursive community of courts.

One can argue that there is nothing new under the Constitutional Court's sun and this is correct, since the option of inadmissibility, when the circumstances are such to allow this choice, has never disappeared from the Court's tool-kit. However, references to CJEU's case law on the duty of national courts to disapply – ranging from an early decision such as *Simmenthal*, to *Global Starnet Ltd, XC et al, Deutsche Umwelthilfe, RS* – are meant to show current implications of the doctrine of direct effect.

To enforce the right under scrutiny – namely access to benefits for family units in less well-off conditions even when members of the unit leave temporarily abroad – implies, first of all, that the CJEU's judgments must be considered binding, notably for the referring courts, as well as in a broader context. The Constitutional Court speaks of the principle of primacy of EU law, in conjunction with art. 4 (2) and (3) TEU, as 'the keystone on which the community of national courts is based'. This notion brings about uniform rights and obligations and strengthens the edifice of the EU legal order, ascertaining the *effet utile* of art. 267 TFEU. Furthermore, primacy of EU law does not collide, neither is an alternative to centralized constitutional review as provided for under Article 134 of the Constitution, "but rather merges with them to build an increasingly well integrated system of protections".³³ In light of all this, the Court concludes that 'it is appropriate for the referring court to disapply the challenged provisions, which the Court of Justice has held to be incompatible with EU law'.³⁴ The point is made that, although the legislator is the only one entitled to choose how to eradicate discrimination, it is for the courts to eliminate the discriminatory effects that have occurred.

In the attempt to combine constitutional and European standards, the Constitutional Court's responsibility consists in lightening new pathways of equality among Member States, in a field such as social security which allows third country nationals to be included and receive respect for their fruitful participation in the society in which they live.

³³ Judgments n. 67/ 2022 of 8 February 2022, *Corte costituzionale*, Point of law 11.

A. Ruggeri, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo 'dialogo' tra le Corti (a prima lettura della sentenza n. 67/2022)*, Consulta on-line 14.3.2022 <https://www.giurcost.org/post/ANTONIO%20RUGGERI/21955>.

³⁴ At 12.2.

3. Common words in the future of Europe for universal principles on the rule of law

In the opening of this paper, I argued that although no precise parallel can be established between different streams of CJEU's case law – the one on the rule of law and the independence of the judiciary and the one on judicial cooperation established with national constitutional courts – we should look coherently at such decisions and draw conclusions for the enhancement of the system as a whole. Common words should be spoken in all scenarios for the future of Europe.

Coherence is not a synonym for acritical acquiescence to the judgments delivered in Luxembourg. It is rather an exercise in building institutional trust and fortifying the common meaning of values, as they are stipulated in art. 2 TEU. Pluralism, among other values, indicates the dynamism of contemporary society and the attempts to capture new emerging aspirations. In the field of social security – as the two examples here proposed show – the principle of equal treatment between EU citizens and third-country nationals legally residing, regardless of the permit they hold, pluralism, corresponds to the effective enforcement of rights, in a close combination of European and constitutional parameters. Pluralism is, by all means, an essential part of democracy.

Constitutional courts, which have not experienced immediate threats to democracy and the rule of law, have the opportunity to act as privileged protagonists, when they lodge preliminary references. Not only they can be responsive to the evolution of EU law; they can also evaluate it in combination with internal constitutional rights and principles.³⁵ The goal pursued by all such courts, acting within their competences, is common and corresponds to building consistent interpretations of the foundational common values of the EU. In their own capacities, they are authoritative, as long as they provide clear examples of independence, which also implies being active participants of integration within the EU.

Constitutional courts, as 'institutions of pluralism', monitor changes and, at the same time, consolidate constitutional traditions; they feed individual and collective conscience; they take account of the less privileged and operate for social inclusion; they construct their accountability enforcing democracy as a normative principle. Democracy implies respect for the rule of law and consequently makes the independence of the judiciary a preliminary condition to enjoy membership of the EU. The delicate issue of regulating conditionalities on membership and establishing sanctions for those not obeying to the rule of law is, in the current situation, more than crucial and the object of political arguments. It must be confronted with the binding force of EU law and of CJEU's judgments, which are in themselves elements of democracy.

The rule of law, as we should now understand it, 'is not a matter of all or nothing, but of more or less'. Each single step adds to a more complete standard. Making European law binding on states represents a progress compared to arbitrariness.³⁶ It is remarkable, at this regard, that the two courts – in Luxembourg and in Strasbourg – should be connected in the joint effort to protect the rule of law,

³⁵ L.S. Rossi, *Un dialogo da giudice a giudice*, *supra* n. 17, at 84, arguing for the 'physiology' of the relationship among constitutional courts and the CJEU, bringing together compliance for constitutional principles and the founding principles of EU law.

³⁶ D. Grimm, "Rule of Law and Democracy", in Amato et al (eds.), 60.

and develop common criteria in listing its necessary components. This too is an element to consider for the future of Europe, following the interpretation that sees the rule of law inherent in all article of the ECHR.³⁷

It is in such a broad picture that constitutional courts should enhance the ‘principle of sincere cooperation’ echoed in art 4 (3), which is intrinsic to the notion of ‘full mutual respect’, namely assisting the Union and the Member states in carrying out tasks which flow from the Treaties. This appears the main road to follow, to mature universal principles on the rule of law, grounded on EU and conventional standards. Projects that foster the future of Europe should feel the urgency to strengthen democracy, letting it prevail on ‘ideologies’ of languages, which may end up being confused with the jargon of power, fighting for hegemony and inciting rivalry.³⁸

³⁷ R. Spano, The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: the Strasbourg court and the independence of the judiciary, *Eur Law Journal* 2021 (Italian translation in *Giustizia insieme*, 10 March 2021).

³⁸ R. Barthes, *The pleasure of the text*, New York (Hill & Wang Pub,1975), p. 28 discussing the ‘ideologies’ of languages, when spoken by specific categories of people. An example: F. Mancini, “Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice”, in *Id.*, *Democracy & Constitutionalism in the European Union*, Oxford (2000), 177 ff.

The Problem with Primacy

DI LEONARD BESSELINK*

1. Introduction – 2. Undermining EU Law – 3. The constitutional legitimacy of invoking national identity – 4. Rule of Law: thick and thin – 5. Rule of law and primacy – 6. The problem with EU law primacy – 7. Constitutional aporia – 8. Conclusion.

1. Introduction

In this essay I put forward the hypothesis that the primacy of EU law as it is predominantly understood in the case law of the Court of Justice and in the literature, contrary to what it no doubt aims at, can actually undermine the rule of law. To avoid it doing so, the primacy of EU law stands in urgent need of subjecting it to a ‘thick’ rule of law qualification in order to bring it in line with the constitutional case law of the constitutional courts of member states.

2. Undermining EU law

To clear the path, we must firstly posit unreservedly that member states by an abusive appeal to national law undermine the rule of law. Member states have not always justified their infringement of European Union law in good faith. This was the case already in the days of the European Communities.

André Donner, who was a judge (and president) at the Court of Justice in Luxembourg [ECJ] (1958-1979) as well as more briefly judge in the Strasbourg Court (1984-1987 when he resigned for health reasons, in the preface of his last edition of the most authoritative text book in Dutch constitutional law, remarked that as a judge at the ECJ he had noticed how often member states pleading before the Court, would abusively invoke national law as a bad excuse not to apply European Community law.¹

The introduction of the duty to respect the national identities of member states, more especially the duty to respect their identities inhering in their constitutional and political structures as we find it in Article 4(2) TEU, has provided yet another opportunity for the invocation of national law with the primary purpose of an unjustified disobedience to EU law. The danger of invoking national identity, constitutional or otherwise, becomes obvious when this combines with a tendency of identity politics towards illiberal and exclusionary intolerance that has become rampant in political movements across the European Union.

And yet, we have to keep in mind the old adage: *Abusus non tollit usum*; to which some add *sed confirmat substantiam*. The question then arises when the invocation of constitutional identity is abusive and when it is not.

* Prof. Dr. Leonard Besselink, Emeritus Professor of Constitutional Law, University of Amsterdam.

This contribution reflects in part a set of views elaborated in earlier publications by the author on constitutional identity. A more extensive and elaborate version of the thesis formulated in this article is forthcoming in *The Rule of Law's Anatomy in the EU*, Allan Rosas, Juha Raitio and Pekka Pohjankoski (eds.), Bloombury Hart, forthcoming.

¹ Van der Pot, Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 11th ed. (Zwolle : Tjeenk Willink, 1983).

The legal answer to this question lies in my view in the relation between Articles 2 and 4(2) TEU. Article 2 TEU posits the constitutional ‘values’ that form the common foundations of the Union and the member states: liberty, democracy, the protection of fundamental rights and the rule of law (*Rechtsstaat, État de droit, stato di diritto*) to sum it up in the succinct language of the Treaty of Amsterdam. They are foundational, and make for the common constitutional identity of Union and member states. These constitutional values cannot be rescinded, and precisely because they are constitutional, and are shared by the member states as the indispensable conditions for the existence and functioning of the both the Union and member states in the European constitutional understanding.

This common constitutional foundation leaves scope for constitutional differences among member states and the Union, which are subject to a duty on the part of the Union to respect those constitutional rules and principles that confer the national identity that inheres in the constitutional and political structure of member states, as is stipulated by Art. 4(2) TEU.

This combination of Articles 2 and 4(2) TEU hands us a key to determine when an appeal to a distinct constitutional identity by a member state that is not shared by the Union (or, as the case may be, other member states) is justified or not: the duty for the Union to respect the constitutional identity of a member state can only exist to the extent that this identity does not infringe the foundational values specified in Article 2; an asserted identity conferring national constitutional rule that infringes the foundational values cannot legitimately be invoked against the Union and other member states and therefore falls outside the scope of Article 4(2) TEU.

This being the case, the problem of the abusive invocation of national identity to prevent the application of EU law is tackled in principle. We should not be embarrassed in the face of a member state invoking the constitutional identity in a repugnant manner and be paralyzed into silence that ultimately undermines rational constitutional discourse in democratic states that take the rule of law seriously. Invoking national constitutional identity can indeed be legitimate, as the Court of Justice of the Union has made clear and in such a case needs to be respected as a matter of EU law under Article 4(2) TEU. In this author’s view this has been legitimately done, for instance, in the Italian constitutional court’s case law in the *Taricco* saga², or the use of the concept of national identity in the recent case law of the *Conseil constitutionnel*³ and the French *Conseil d’État*⁴, not to mention the better known German examples⁵. This, of course, does not mean that specific instances of such not evidently abusive invocations remain, as always, open to academic, legal and political contestation. Doing so is something totally different from what we see happening in for instance Hungary and Poland.

When we speak of constitutional identity, as happens in this paper, I therefore limit myself to cases of in principle non-abusive invocation of constitutional identity of member states courts that are not, from the perspective of the rule of law, rogue states.

3. The constitutional legitimacy of invoking national identity

We have so far asserted that the Union must respect constitutional identity in cases in which the relevant constitutional rules and principles do not infringe the foundational values of the

² Italian Constitutional Court, Order of 23 November 2016 no. 24/2017; Judgment of 10 April 2018 no. 115/2018.

³ Conseil Constitutionnel 15 October 2021 Société Air France, ECLI:FR:CC:2021:2021.940.QPC.

⁴ Conseil d’Etat, Assemblée, 17 December 2021, ECLI:FR:CEASS:2021:437125.20211217.

⁵ BVerfG 15 December 2015 - 2 BvR 2735/14, sometimes referred to as *Solange III*.

Union (and other member states). An implication of this is its counterpart: member states and their authorities must respect EU law, as long as EU law does not infringe constitutional identity. This is the ordinary position of national constitutional and ordinary courts as it has developed over the first few decades of Community law. EU law enjoys primacy in national law over conflicting norms of national origin, in the sense of EU law overruling such national norms, even over the strongest democratically legitimated legislation: acts of parliament. As an empirical fact, however, the vast majority of national constitutional and highest courts has never accepted the unconditional primacy of EU law over all constitutional rules and principles.⁶ Primacy of EU law is conditional on the observance of the identity conferring inherent structural rules and principles of member states.⁷

4. Rule of Law: thick and thin

What we are touching upon is the rule of law in what is referred to in the literature as the ‘thick’ notion of this concept.⁸ Thin notions of the rule of law focus on the subjection of the powers that be to the law, the rule of law instead of the rule of men. They focus on the inherent restraints on government broadly, including legislative power of any kind, in virtue of crucial values such as certainty, predictability, security and the like.⁹ Thin notions of the rule of law tend to be oriented towards the nature and concept of law itself, as developed in positivist legal philosophy.¹⁰ Nevertheless, thin notions presuppose or imply values like the equality before the law and the principle of legality. Otherwise the purpose of this concept of the rule of law would largely be defeated, just as the notion would have little practical meaning in the absence of legal institutions and an independent judiciary and other institutions of law enforcement operating within a legal culture. Yet, thinner notions of the rule of law are distinct from thicker notions in so far as the former are not dependent on any particular quality of the law’s content; as a consequence, the thinner concept can apply in a great variety of different historical, political and cultural environments.

‘Thicker’ notions of the rule of law incorporate the ‘thin’ notions, its presumed values and functions, but they go beyond them in also incorporating such principles as democracy, protection of fundamental rights, and distribution or separation of powers beyond the idea of judicial independence. More generally one can say the thicker notions of the rule of law are dependent on a particular substantive quality of the content of the law and take a broader look at state institutions than the nearly exclusively lawyerly ‘thin’ understanding of the rule of law. Clearly, such ‘thicker’ conceptions have fewer instantiations than the ‘thin’ ones.

5. Rule of law and primacy

It is important to understand the nature of the constitutional reservation which national constitutional courts make to the primacy of EU law. As we just pointed out, thin notions of the rule of law make this concept independent from the particular content of the law: it is thinner, but also in a sense emptier than in thicker understandings. This brings us to the core

⁶ See, indicatively, the much broader study Besselink, Claes, Imamović, Reestman, *National Constitutional Avenues for Further EU Integration*, European Parliament, Constitutional Affairs Committee, PE 493.046 EN, (Brussels, 2014).

⁷ Compare for instance Corte costituzionale in Ordinanza 24/2017 at para 8 (reference post-Taricco to the ECJ).

⁸ *Pro multis* BZ Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge University Press 2004), Chapter 7.

⁹ See J Raitio’s in *The Anatomy of the Rule of Law*, supra note 1.

¹⁰ J Raz, ‘The Rule of Law and its Virtue’ (1977) 93 *LQR* 195.

problem of constitutional primacy in the context of EU law and national constitutional identity.

When national constitutional courts qualify the primacy of EU law by excepting infringements of identity conferring constitutional rules and principles, this often concerns rules and principles associated with a ‘thick’ notion of the rule of law. The reservation is then about substantive understandings of the rule of law, such as fundamental rights, specific aspects of democracy like the (republican) form of the state,¹¹ and separation of powers. However, also thinner notions can be involved, particularly formal understandings of legality, which are *ratio* of forms of *ultra vires* review as entertained by the Danish *Højsteret* in *AJOS*,¹² BVerfG in *PSPP/Weiss*¹³. And even in these cases other, more substantive, reasons for such review are in play. Thus, for instance, at the background of the *Højsteret*’s *AJOS* ruling there is the particular separation of powers understanding which makes it unthinkable for Danish courts, like courts in other Nordic countries, to review an act of parliament against an unwritten substantive rule (such as the prohibition to discriminate on the basis of age).

6. *The problem with EU law primacy*

Primacy as a concept and legal principle serves the rule of law in as much as it contributes to the thinner virtues of the rule of law, mainly legal certainty. The problem of the doctrine of the primacy of EU law is that it is generally understood *exclusively* in a purely formal and hierarchical sense: the primacy of EU law which must lead to the disapplication of conflicting national law is *not* dependent on the nature and quality of the content of the national law involved. Although there may have been a period in the first decade of the millennium where the case law of the Court of Justice revealed a particular sensitivity towards national constitutional sensitivities, as is evident from judgments like those in *Omega*¹⁴ and *Sayn-Wittgenstein*, this was no longer the case since the entry into force of the Lisbon Treaty. A strong reassertion of primacy as a purely formal rule that is devoid of constitutional substance is *Melloni*.¹⁵ In this first reference of the Spanish *Tribunal Constitucional* the issue was whether the execution of an arrest warrant to the effect of transferring a person who has been convicted to a long prison sentence *in absentia* could be made dependent on the condition of the right to retrial, as was a right under Article 10(1) of the Spanish Constitution as understood in standard case law of the *Tribunal Constitucional*. In essence, the Court of Justice held that, contrary to what the text of Article 53 of the EU Charter of Fundamental Rights suggests, there was no place for a higher national constitutional standard of protection of fundamental rights than the EU fundamental rights standard. It found that a higher national standard could only apply if EU law does not apply. Thus, the Court of Justice forced the Spanish *Tribunal Constitucional* to lower the constitutional fundamental rights standard. So much for the rule of law in the EU, if EU law would be a motive for lowering the standard of protection of fundamental rights.¹⁶

Another low ebb in the case law of the Court of Justice is when, contrary to the views of all other EU institutions and all 28 member states, found the draft treaty for accession to the

¹¹ Cf. Case C-208/09, 22 December 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*.

¹² Case 15/2014 (First Chamber), 6 December 2016.

¹³ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15 -, paras. 1-237.

¹⁴ ECJ Case C-36/02, 14 October 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*.

¹⁵ ECJ Case C-399/11, 26 February 2013, *Melloni*.

¹⁶ For a full analysis, also of the Spanish follow-up judgment, see Besselink, “Parameters of Constitutional Conflict after Melloni”. In: *European Law Review* 2014,39(4), 531-552.

ECHR to be contrary to EU law. Although primacy was not the only concept instrumentalized towards that conclusion the worst aspect of primacy, its blindness to constitutional values embodied in the notion of protection of fundamental rights and its emptiness in the sense of it being devoid of constitutional substance was striking. It was ultimately sovereigntist thought that the process of European integration was designed to overcome, that struck back at the idea of being subject to external fundamental rights scrutiny. So much for the rule of law as depending on fundamental rights protection. When the rule of law as implied in the understanding of absolute primacy which is blind to the constitutionalist values as reflected in Article 2 TEU is to prevail over substantive constitutional considerations, the rule of law in its fuller and ‘thicker’ meaning is at stake.

7. *Constitutional aporia*

Primacy of EU law understood in its absolute formal and hierarchical sense leads to aporias that are untenable from the point of view of constitutionalism and democratic government under the rule of law.

To be a member state you must comply with the values of constitutionalism: liberty, democracy, fundamental rights, rule of law – in short, all the values implied in Article 2 TEU. It means for member states that they must comply with these elementary constitutional requirements of European states and the Union itself. This means that EU law applies in member states in accordance with EU law and with the fundamental principles of the democratic state under the rule of law (*Rechtsstaat*). This is precisely the formulation that was adopted in Article 8(4) of the Portuguese Constitution in order to be able to join the European Communities after the era of fascist authoritarianism: a firm commitment to the fundamental principles of the democratic state under the rule of law (*Estado di direito*), and loyalty to EU law.

Can primacy mean that for a member state like Portugal that it must accept primacy of as overruling the Portuguese Constitution, even if it concerns liberty, democracy, fundamental rights, rule of law? For anyone who adheres to constitutionalism in the European understanding as it has developed from at least the end of the 18th century onwards, and with intellectual and spiritual roots that go back much further, the answer would be obvious. The Court of Justice should not be in the position to do away with the very principles of constitutionalism that are requirements of membership.

How the Portuguese *Tribunal Constitucional* pays tribute and gives full force to the constitutional allegiance to both EU law and to the fundamental principles of the democratic state under the rule of law is neatly illustrated in its judgment of 15 July 2020 on the alleged infringement of the equal protection clause of Article 13 of the Portuguese Constitution.¹⁷ The Constitutional Tribunal follows essentially the French approach. It reiterated that it exclusively is competent to adjudicate whether Union law complies with the counter-limit of the fundamental principles of the democratic state under the rule of law, as contained in Article 8(4) of the Portuguese Constitution, just as the Court of Justice of the Union has the exclusive power to interpret EU law authoritatively. But the Tribunal decided that it will only review compatibility with the principles of constitutionalism in the case of fundamental principles which, within the scope of EU law itself as interpreted by the Court

¹⁷ Tribunal Constitucional, Acórdão N.º 422/2020, 15 July 2020.

of Justice, ‘does not enjoy a parametric value that is materially equivalent’ to that of the Constitution.¹⁸

8. Conclusion

To be constitutionally meaningful, the rule of law must not be an empty shell. The strong tendency of lawyers to focus almost exclusively on formal principles that pertain to a ‘thin’ understanding of the rule of law is detrimental to the principles of constitutionalism of European democratic states if these formal principles actually stipulate that those principles that are to be associated with a ‘thick’ understanding of the rule of law should be disappplied. The doctrine of primacy of EU law is a principle that belongs to the category of the rule of law in the thin sense. The legitimacy and constitutional character of the Union and the process of European integration can be undermined if primacy is only formal and purely hierarchical, blind to the nature and substance of the norms which it claims to trump. Primacy stands in need of a substantive, ‘thick’ rule of law exception on pain of undermining the rule of law.

¹⁸ The appeal was therefore rejected as the Tribunal found there to be such equivalence.

Le sentenze della Corte di giustizia sui ricorsi di Polonia e Ungheria e l'emersione del concetto di identità europea

DI GIANLUCA CONTALDI*

Sommario: 1. Il regolamento 2020/2092 sulla condizionalità e sul rispetto dello Stato di diritto. – 2. I principali argomenti della motivazione della Corte di giustizia. – 3. La progressiva emersione dell'identità (costituzionale) europea e la sua collocazione nell'ordinamento sovranazionale. – 4. L'approvazione del PNRR della Polonia e l'attivismo della Commissione europea nei confronti dell'Ungheria.

1. Il regolamento 2020/2092 sulla condizionalità e sul rispetto dello Stato di diritto.

La Corte di giustizia, con due sentenze gemelle, entrambe adottate il 16 febbraio 2022, ha respinto i ricorsi di Ungheria e Polonia per l'annullamento del regolamento 2020/2092 del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione¹.

Detto regolamento, stabilisce infatti che, per potere accedere alle risorse europee, lo Stato beneficiario non debba violare il principio dello Stato di diritto in maniera tale da compromettere «in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione»².

Il regolamento si inquadra in uno degli atti normativi che costituiscono il c.d. *Next Generation EU package*³; anche se, in realtà, il procedimento legislativo è iniziato ben prima

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Macerata.

¹ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, in GU, L 433 I, del 22 dicembre 2020, p. 1 ss. Per il commento v. B. NASCIBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *eurojus.it*, 2021, p. 172 ss.; V. SACCHETTI, *Il nuovo meccanismo di condizionalità per la tutela del bilancio dell'Unione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, p. 431 ss.; G. GIOIA, *La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali*, in *Rivista di diritti comparati*, 2021, p. 153 ss.; A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 2022, p. 131 ss., spec. 133 ss.

² Art. 4, par. 1, Regolamento 2020/2092.

³ In tale ambito rientrano diversi atti di diritto derivato. In concreto, le istituzioni europee hanno finora emanato, cinque regolamenti ed una decisione, oltre a due regolamenti di esecuzione. Si tratta, nella specie dei seguenti atti: Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19, in *GU L 433I*, 22.12.2020, pp. 23–27; Regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consiglio del 17 dicembre 2020 che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, in *GU L 433I*, 22.12.2020, pp. 11–22;

della diffusione della pandemia e della conseguente adozione degli strumenti economici per affrontare la crisi che ne è derivata. Esso trae, infatti, origine da una proposta della Commissione europea del 2018. In detta proposta, la percezione di fondi europei veniva subordinata all'osservanza dei valori dell'Unione europea enunciati nell'art. 2 TUE ed in particolare al rispetto Stato di diritto⁴. La base giuridica della proposta era rappresentata dall'art. 322, par. 1, TFUE, ai sensi del quale «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione della Corte dei conti, adottano mediante regolamenti: a) le regole finanziarie che stabiliscono ...le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio».

La proposta della Commissione ricevette un'accoglienza favorevole da parte del Parlamento europeo, mentre venne fortemente osteggiata dal Consiglio. In particolare, in un apposito parere, il Servizio giuridico di tale istituzione affermò che la proposta costituiva un'elusione del Trattato istitutivo⁵. Secondo detto parere, infatti, l'unico strumento disponibile per tutelare i valori espressi dall'art. 2 TUE è quella prevista dall'art. 7 TUE, che, come è noto, prevede una procedura apposita per garantire il rispetto, da parte degli Stati

Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, in GU, L 433 I, del 22 dicembre 2020, p. 1 ss.; Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 che istituisce uno strumento di sostegno tecnico, in GU L 57, 18.2.2021, pp. 1–16; Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in GU, L 57 del 18.2.2021, p. 17 ss.; Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom, in GU L 424, 15.12.2020, pp. 1–10. Da ultimo, è opportuno ricordare che la Commissione ha adottato due atti delegati: si tratta, nella specie del Regolamento delegato (UE) 2021/2105 della Commissione del 28 settembre 2021 che integra il regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, definendo una metodologia per la rendicontazione della spesa sociale e del regolamento delegato (UE) 2021/2106 della Commissione del 28 settembre 2021 che integra il regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, stabilendo gli indicatori comuni e gli elementi dettagliati del quadro di valutazione della ripresa e della resilienza, rispettivamente in GU L 429, 1.12.2021, p. 79 ss. e 83 ss. Avverso il regolamento 2020/2092 è stato proposto un ricorso per annullamento da parte dell'Ungheria e della Polonia, respinto dalla Corte di giustizia con le citate sentenze del 16 febbraio 2022, rese sui ricorsi C-156/21 e C-157/21.

⁴ Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM(2018) 324 final, Bruxelles, 2.5.2018. Per il commento v. M. CARTA, *Qualche considerazione sulla tutela dello Stato di diritto attraverso gli strumenti finanziari nell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 308 ss.; ID., *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020, p. 137 ss.

⁵ Si tratta del parere n. 13593/18, fascicolo interistituzionale: 2018/0136(COD), del 25 ottobre 2018. Per una lettura critica, v. K.L. SCHEPPELE, L. PECH, R.D. KELEMEN, *Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission's EU budget-related rule of law mechanism*, in *Verfassungsblog.de*, 2018.

membri, dei valori dell'Unione europea⁶: qualunque atto di diritto derivato che miri allo stesso scopo costituirebbe un sostanziale aggiramento del Trattato.

In altri termini, secondo il servizio legale del Consiglio, la proposta della Commissione appariva deficitaria, soprattutto, sul punto della dimostrazione della sussistenza di un nesso causale tra violazioni dello Stato di diritto e rispetto delle «regole finanziarie» concernenti la «formazione e l'esecuzione del bilancio» europeo. La Commissione, conseguentemente, avrebbe dovuto modificare la proposta, identificando con chiarezza le ipotesi nelle quali tale collegamento poteva effettivamente ricorrere. In difetto, la procedura avrebbe semplicemente costituito una modalità alternativa di attuazione coercitiva di uno dei valori dell'art. 2 TUE, senza osservare i temperamenti previsti dall'art. 7 TUE e finendo, conseguentemente, con lo spogliare il Consiglio della competenza ad esso attribuita da tale disposizione⁷.

Dall'*impasse* si riuscì ad uscire solo a seguito dello scoppio dell'epidemia da COVID-19 e dalla connessa approvazione del Quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-27. Fin dalle prime discussioni in seno al Consiglio europeo per l'adozione del programma *Next Generation EU*, si tentò, d'altro canto, di introdurre una forma di condizionamento espresso tra il rispetto dello Stato di diritto e l'erogazione delle risorse del fondo per la ripresa e la resilienza. La formula adottata nelle conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020, nel quale venne appunto varato lo strumento di ripresa postpandemica, non conteneva tuttavia un chiaro riferimento in tal senso. Si poteva infatti leggere in dette conclusioni che «(i)l Consiglio europeo sottolinea l'importanza dello Stato di diritto»⁸. La formula adottata in quella sede risultava, pertanto, meramente possibilista. La stessa fu, non a caso, oggetto di critiche da parte del Parlamento europeo, in quanto reputata insufficiente rispetto ai principi che dovrebbero connotare un ordinamento ispirato alla democrazia ed al rispetto della *rule of law*⁹.

In coerenza con questa posizione, il Parlamento europeo ha tentato a più riprese, nel corso della procedura per l'approvazione del Quadro finanziario pluriennale, di introdurre un legame tra l'erogazione dei finanziamenti ed il rispetto dello Stato di diritto¹⁰. Le discussioni

⁶ Sulla procedura prevista dall'art. 7 TUE, v.: R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 605 ss.; B. NASCIMBENE, *La violation grave des obligations découlant du Traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in AA.VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 672 ss.; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice*, 2020, p. 10 ss.

⁷ La procedura dell'art. 7 si fonda su una valutazione politica discrezionale che spetta, per l'appunto, al Consiglio condurre (v. V. BORGER, *Constitutional Identity, the Rule of Law, and the Power of the Purse*, cit., p. 1792).

⁸ Riunione straordinaria del Consiglio europeo (17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020) – conclusioni 21 luglio 2020 (EUCO 10/20, CO EUR 8, CONCL 4), par. A 24, co. 2, p. 7 e punto 22, co. 2, p. 15.

⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 23 luglio 2020 sulle conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020, P9_TA(2020)0206.

¹⁰ V., in particolare, la Relazione interlocutoria sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027 – Posizione del Parlamento in vista di un accordo. Risoluzione del Parlamento europeo del 14 novembre 2018 sul quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027 – posizione del Parlamento in vista di un accordo (COM(2018)0322 – C8-0000/2018 – 2018/0166R(APP), P8_TA(2018)0449, in GU, del 28 ottobre 2020, C

divennero a tal punto accese, che i negoziati entrarono addirittura in una fase di stallo, allorché i due paesi ricorrenti nel giudizio in esame, già ritenuti colpevoli, in diverse occasioni, di mancato rispetto della *rule of law* e dello Stato di diritto¹¹, dissero chiaramente, con una dichiarazione congiunta, che non avrebbero mai approvato una proposta di Quadro finanziario pluriennale¹² laddove fosse stato espressamente previsto il rispetto dello Stato di diritto, quale requisito per avere accesso ai fondi europei¹³.

Il negoziato era, pertanto, giunto ad un punto morto finché, in occasione del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020, grazie alla mediazione della presidenza tedesca, si pervenne ad una soluzione intermedia. Nelle conclusioni di detto Consiglio si può leggere che: «(l)e misure a norma del meccanismo dovranno essere proporzionate all'impatto delle violazioni dello Stato di diritto sulla sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o sugli interessi finanziari dell'Unione... e il nesso di causalità tra tali violazioni e le conseguenze negative per gli interessi finanziari dell'Unione dovrà essere sufficientemente diretto e debitamente accertato»¹⁴.

Si tratta, invero, di una formula piuttosto oscura, come talora capita alle soluzioni di compromesso elaborate in seno al Consiglio europeo. Secondo il passo ora riportate delle conclusioni, le istituzioni europee avrebbero potuto assumere talune misure sanzionatorie, ma solo se la violazione dello Stato di diritto fosse stata di portata tale da nuocere agli interessi finanziari dell'Unione. Il regolamento 2020/2092 prevede espressamente che possa ricorrere tale correlazione nel caso in cui il mancato rispetto dello Stato di diritto incida sul corretto

363/179, par. 31.

¹¹ V. le seguenti sentenze della Corte di giustizia: 6 novembre 2012, causa C-286/11, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2012:687; 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531; 5 novembre 2019, causa C-196/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:924; 19 novembre 2019, causa C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.*, ECLI:EU:C:2019:982; 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Lowicz c. Prokuratos Generalny*, ECLI:EU:C:2020:234; 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.*, ECLI:EU:C:2021:153; 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblica c. Il-Prim Ministru*, ECLI:EU:C:2021:311. La procedura di cui all'art. 7 è stata finora avviata solo in due occasioni: il 20 dicembre 2017 nei confronti della Polonia (v. la Proposta di decisione del Consiglio, del 20 dicembre 2017, sulla constatazione di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Polonia, COM(2017)835 final) ed il 12 settembre 2018, contro l'Ungheria (v. la Risoluzione del Parlamento europeo su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione, in GU C, n. 433, del 23 dicembre 2019, p. 66 ss.). Entrambe le procedure risultano ancora pendenti, tanto è vero che il Parlamento europeo ha espressamente criticato la gestione del Consiglio (v. la Risoluzione del Parlamento europeo, del 16 gennaio 2020, sulle audizioni in corso a norma dell'art. 7, paragrafo 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria, P9_TA(2020)0014). In dottrina v. G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia sulla tutela della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 249; C. CINIRELLA, "You cannot beat something with nothing": ossia la strategia della Corte di giustizia per tutelare l'indipendenza dei giudici nazionali (e lo Stato di diritto) nello spazio giuridico europeo, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 361 ss.

¹² Approvazione che – ai sensi dell'art. 312, par. 2, TFUE – richiede, per l'appunto, l'unanimità degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio.

¹³ *Joint Declaration of the Prime Minister of Poland and of the Prime Minister of Hungary*, del 26 novembre 2020, reperibile online sul sito del governo polacco.

¹⁴ Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, Bruxelles 11 dicembre 2020, EUCO 22/20, CO EUR 17, CONCL 8, par. 2, lett. e), p. 2.

funzionamento delle autorità preposte alla sorveglianza dell'audit finanziario, della regolarità degli appalti pubblici, dei servizi responsabili delle indagini e dell'azione penale nel perseguimento delle frodi; nonché sull'effettività del controllo, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, delle azioni ed omissioni compiute dalle predette autorità¹⁵.

Non è pertanto sufficiente la mera constatazione di una violazione dello Stato di diritto, pur accertata con sentenza della Corte di giustizia ovvero con apposita decisione del Consiglio europeo (*ex art. 7, TUE*), ma occorre un elemento ulteriore: quello che, secondo il parere del Servizio giuridico del Consiglio, mancava nella proposta originaria della Commissione. È infatti necessario che venga accertata l'esistenza di un nesso di causalità tra il mancato rispetto dello Stato di diritto ed il pregiudizio che questo arreca alle risorse finanziarie dell'Unione: si tratta, evidentemente, di un'ulteriore valutazione tecnica che, in ipotesi di contestazione, risulta finanche problematico sottoporre a sindacato in sede giudiziale.

Per lo svolgimento del relativo accertamento, il regolamento 2092 istituisce un complesso meccanismo procedurale, articolato in quattro fasi. Presupposto per l'attivazione della procedura diretta a sospendere le erogazioni è l'esistenza di una violazione dello Stato di diritto. Sotto questo punto di vista, pertanto, una sentenza della Corte di giustizia ovvero l'eventuale decisione del Consiglio europeo, ai sensi dell'art. 7, par. 2, TUE, possono essere invocati alla stregua di valutazioni preliminari per giustificare l'avvio del procedimento.

Una volta che è stata constatata la sussistenza della violazione, occorre poi procedere all'accertamento del nesso di causalità tra questa ed il pregiudizio arrecato agli interessi finanziari dell'Unione.

L'iniziativa, come avviene di consueto nei procedimenti europei diretti all'accertamento di un'infrazione, spetta alla Commissione europea, la quale, se ha fondati motivi per ritenere che vi sia una violazione dello Stato di diritto tale da porre in pericolo gli interessi finanziari dell'Unione, notifica allo Stato membro interessato una comunicazione, con la quale espone gli elementi di fatto e i motivi a supporto della propria conclusione. La Commissione può naturalmente richiedere tutte le informazioni supplementari che ritiene necessarie. Il destinatario della comunicazione, a questo punto, dispone di un periodo di tempo, non inferiore ad un mese, per presentare le proprie osservazioni¹⁶.

La Commissione, se ritiene che le osservazioni dello Stato membro non siano convincenti, può presentare una proposta di decisione di esecuzione al Consiglio, con la quale può chiedere a questo organo di adottare varie misure, che vanno dalla riduzione del finanziamento, alla sospensione dell'erogazione dei fondi, fino alla risoluzione dell'accordo

¹⁵ Cfr. all'art. 4, par. 2, reg. 2020/2092. È dubitabile se si tratti di un'elencazione esaustiva o meramente esemplificativa. La formulazione del testo normativo, per la verità, lascerebbe pensare ad un'elencazione tassativa ("Ai fini del presente regolamento, una violazione dello Stato di diritto interessa uno o più dei seguenti aspetti"). Per l'opposta soluzione v., tuttavia, F. CASOLARI, *Lo Stato di diritto preso sul serio*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, p. 285 ss., in particolare p. 304.

¹⁶ Si tratta, evidentemente di una sorta di fase preliminare ricalcata sulla falsariga della procedura precontenziosa nei procedimenti di infrazione (v. F. CASOLARI, *Lo Stato di diritto preso sul serio*, cit., p. 303).

concluso con lo Stato membro (e alla conseguente richiesta di restituzione del prefinanziamento)¹⁷.

Il Consiglio, a propria volta, può, sempre entro un mese di tempo, adottare una decisione, «deliberando a maggioranza qualificata», modificare la proposta della Commissione. Laddove si confronti il procedimento istituito dal regolamento 2020/2092 con quello previsto dall'art. 7 TUE, sembra evidente come risulti rafforzato il ruolo della Commissione, mentre viene compresso quello del Parlamento europeo. Nella procedura «ordinaria», infatti, l'accertamento della sussistenza di una violazione dello Stato di diritto spetta al Consiglio, il quale delibera all'unanimità, «previa approvazione del Parlamento europeo». Al contrario, nel procedimento previsto dal regolamento in esame, il Parlamento è solo informato dell'avvio della procedura; quest'ultimo può eventualmente «invitare la Commissione a un dialogo strutturato» sulle conclusioni presentate dall'organo esecutivo¹⁸, ma non può proporre autonomamente l'adozione di una determinata sanzione, né è chiamato in alcun modo a prestare il proprio assenso alle soluzioni indicate dall'esecutivo. In altri termini, il Parlamento europeo è sostanzialmente escluso da un ruolo deliberativo nella procedura prevista dal regolamento. L'assemblea rappresentativa dei popoli dell'Unione è solo informata, quindi, non può esercitare alcun reale potere decisorio in relazione alle condizioni per la sospensione ovvero la revoca dei fondi¹⁹.

Non è agevole comprendere perché sia stato introdotto un cambiamento così rilevante rispetto alla procedura prevista dall'art. 7 TUE. Una possibile spiegazione è che, nel caso in esame, la Commissione interviene con la propria competenza economica, per verificare l'esistenza della correlazione tra violazione dello Stato di diritto e la salvaguardia degli interessi economici dell'Unione²⁰. In altri termini, la procedura prevista dal regolamento è specificamente indirizzata a rilevare l'esistenza di un danno agli interessi finanziari europei, piuttosto che a constatare la violazione di uno dei valori fondanti dell'Unione: accertamento quest'ultimo, che, al contrario, riveste un carattere eminentemente politico. In questo contesto, ben si giustifica, nel funzionamento del regolamento 2020/2092, che il ruolo principale spetti alla Commissione europea.

Le misure disposte dal Consiglio possono essere revocate in ogni momento, su richiesta dello Stato membro interessato ovvero decorso un anno dalla loro introduzione, sempreché la

¹⁷ In questo modo, si risolve un altro degli aspetti critici evidenziati dal Parere del Servizio giuridico del Consiglio. Secondo detto documento, la proposta della Commissione appariva carente sotto il profilo della proporzionalità, dal momento che le sanzioni, consistenti nella mancata erogazione dei fondi europei, erano strettamente connesse al presupposto della violazione del principio dello Stato di diritto, ma non alla verifica dell'incidenza che le violazioni causavano al bilancio dell'Unione europea (v. il parere n. 13593/18, fascicolo interistituzionale: 2018/0136(COD), del 25 ottobre 2018, cit., punto 33).

¹⁸ Art. 3, par. 3, reg. 2020/2092.

¹⁹ È, peraltro, opportuno porre in rilievo che è prevista una procedura di «freno di emergenza» (v. il considerando n. 26, del reg. 2020/2092), che, come di consueto in questo ambito, consente di sospendere la procedura e di investire della questione il Consiglio europeo.

²⁰ Tale potere della Commissione discenderebbe dallo stesso art. 17 TUE, laddove prevede che è l'organo esecutivo che dà esecuzione al bilancio.

Commissione ritenga che siano venute meno le condizioni che ne hanno giustificato l'adozione.

L'efficacia del regolamento in esame, entrato in vigore il 1° gennaio 2021, è rimasta sospesa per oltre un anno. Il Consiglio europeo del mese di dicembre 2020 aveva, infatti, precisato²¹ che la Commissione avrebbe dovuto adottare delle linee guida per l'applicazione del regolamento e che «(q)ualora venga introdotto un ricorso di annullamento in relazione al regolamento, le linee guida saranno messe a punto successivamente alla sentenza della Corte di giustizia, in modo da incorporarvi eventuali elementi pertinenti derivanti da detta sentenza. (...) Fino alla messa a punto di tali linee guida la Commissione non proporrà misure a norma del regolamento»²².

2. I principali punti della motivazione della Corte di giustizia.

Lo stato di *impasse* determinato dalle conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020 e dall'introduzione dell'impugnativa per annullamento, è stato, tuttavia, risolto più rapidamente del previsto e, comunque, in maniera tempestiva rispetto alla percezione dei fondi europei stanziati nell'ambito del programma *Next Generation EU*. La Corte di giustizia ha infatti accolto la richiesta di procedura accelerata e ha, conseguentemente, emanato due sentenze gemelle in data 16 febbraio 2022. Dopo la sentenza della Corte, la Commissione ha prontamente adottato le linee guida ed il regolamento ha finalmente ricevuto applicazione nel mese di marzo 2022²³.

²¹ Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, cit., punto 2, lett. c.

²² L'intervento del Consiglio europeo si configurava come una sostanziale interferenza nelle competenze della Commissione. Solo a quest'ultima dovrebbe infatti spettare la decisione circa la sospensione dell'applicazione del regolamento fino alla pubblicazione delle linee guida da essa predisposte. Tanto più che è alquanto singolare stabilire una correlazione tra la proposizione di un ricorso giurisdizionale e la sospensione dell'applicazione di una fonte di diritto derivato, posto che l'art. 278 TFUE è chiaro nel senso di escludere che la mera proposizione di un ricorso giurisdizionale produca un effetto sospensivo dell'atto impugnato (v. Editorial Comment, *Compromising (on) the General Conditionality Mechanism and the Rule of Law*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 267 ss.). Sotto questo profilo, pertanto, le conclusioni del Consiglio europeo, al di là dell'indubbio peso politico, erano verosimilmente prive di efficacia giuridica. Bene, pertanto, ha fatto il Parlamento europeo, il quale, con una risoluzione del 25 marzo 2021, ha opportunamente ricordato il contenuto della disposizione pattizia e ha, conseguentemente, invitato la Commissione a dare immediata applicazione al regolamento (Risoluzione del Parlamento europeo del 25 marzo 2021 sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092: il meccanismo di condizionalità dello Stato di diritto, P9_TA(2021)0103). Inoltre, in data 10 giugno 2021, il Parlamento ha approvato un'ulteriore risoluzione con la quale affermava che la mancanza di iniziativa della Commissione ai sensi del reg. 2020/2092 può costituire il presupposto per la proposizione di un ricorso per carenza (v. la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 giugno 2021 sulla situazione dello Stato di diritto e l'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo alla condizionalità, P9_TA(2021)0287 (2021/2711(RSP), par. 11). È infine opportuno precisare che il ricorso per carenza è stato effettivamente proposto, ma che esso è stato successivamente oggetto di rinuncia e, conseguentemente, cancellato dal ruolo della Corte (v. l'Ordinanza del Presidente della Corte dell'8 giugno 2022, *Parlamento europeo contro Commissione europea*, causa C-657/21).

²³ Comunicazione della Commissione Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione 2022/C 123/02, in GU C 123, 18.3.2022, pp. 12–37. Per un commento v. G. GIOIA, *Le Linee guida della Commissione europea sul meccanismo di condizionalità a protezione del bilancio UE: effettività della tutela dello Stato di*

A fronte della pluralità dei motivi adottati, la motivazione delle sentenze risulta estremamente articolata. Non sembra possibile, nell'economia di questo scritto, dare compiutamente conto dei motivi di ricorso e delle relative risposte della Corte. In questo contesto, cerchiamo di porre in luce quelli che appaiono essere i punti imprescindibili per il prosieguo del discorso.

A nostro sommo avviso, la motivazione ruota intorno a tre assi principali. Il primo punto concerne la base giuridica impiegata. La seconda questione riguarda il rapporto tra il regolamento impugnato e la procedura prevista dall'art. 7 TUE. Il terzo ed ultimo punto concerne la certezza giuridica della nozione di Stato di diritto, alla luce, soprattutto, delle diverse sfumature che questo può assumere nel rispetto delle identità nazionali degli Stati membri.

La base giuridica del regolamento, come già nella proposta della Commissione europea del 2018, è l'art. 322, par. 1, TFUE. Il problema, ovviamente, è far rientrare nel novero delle «regole finanziarie che stabiliscono ...le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio», anche le norme che riguardano il rispetto dei valori dell'Unione.

Secondo la Corte, il rispetto dei valori fondanti dell'Unione europea costituisce il presupposto per l'adesione all'Unione; non è pensabile che gli stessi siano soggetti ad una valutazione rigorosa al momento del procedimento di adesione e che poi gli stessi possano essere trascurati in un momento successivo.

È opportuno, per esigenze di chiarezza, riportare per esteso il relativo passaggio motivazionale: «quando uno Stato candidato diventa uno Stato membro, aderisce a una costruzione giuridica che poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, i valori comuni contenuti nell'articolo 2 TUE, sui quali l'Unione si fonda. Tale premessa fa parte delle caratteristiche specifiche ed essenziali del diritto dell'Unione, attinenti alla sua stessa natura, che risultano dall'autonomia di cui gode detto diritto nei confronti dei diritti degli Stati membri nonché del diritto internazionale. Essa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, pertanto, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua ...Ne consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro... il rispetto di tali valori non può essere ridotto a un obbligo cui uno Stato candidato è tenuto al fine di aderire all'Unione e al quale potrebbe sottrarsi dopo la sua adesione. I valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori»²⁴.

È evidente che, per pervenire a tale risultato, la Corte adotta una nozione estensiva di «regole finanziarie», che giustificano l'adozione di norme di diritto derivato per l'attuazione

diritto e valorizzazione dello spazio pubblico europeo, consultabile al sito www.diritticomparati.it.

²⁴ Corte giust., *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 143-146.

del bilancio. In sostanza, la Corte affronta e risolve quello che è notoriamente denominato “Dilemma di Copenaghen”²⁵, secondo cui non sarebbe possibile, per l’armonia e l’uniformità dell’ordinamento giuridico sovranazionale, che il rispetto dei valori venga valutato con estremo rigore al momento dell’adesione, mentre lo stesso non sia oggetto di un controllo altrettanto approfondito in un momento successivo.

Il secondo aspetto riguarda il rapporto tra il regolamento sulla condizionalità e la procedura prevista dall’art. 7 TUE. Secondo i Giudici europei, non vi sarebbe alcun dubbio che il regolamento 2020/2092 miri a preservare il bilancio dell’Unione europea e che le stesse violazioni del principio dello Stato di diritto rilevano solo nella misura in cui esse incidono sul bilancio. Sotto questo profilo, la Corte sviluppa un’analisi approfondita del regolamento e conclude che l’oggetto e lo scopo di questo consistano proprio nella tutela del bilancio dell’Unione²⁶.

D’altro canto, il regolamento impugnato ha cura di precisare in quali ipotesi la violazione dello Stato di diritto determina un pregiudizio al bilancio dell’Unione. A tale riguardo, l’art. 4, par. 2, del regolamento contiene un’elencazione, seppure non esaustiva, di situazioni. Tale elencazione comprende, in generale, i casi nei quali vengono meno i caratteri di imparzialità ed indipendenza per le autorità di controllo finanziario, per quelle deputate alla conduzione delle indagini penali e, infine, per le autorità giurisdizionali deputate al controllo delle prime due.

In altri termini, la Corte ricostruisce lo scopo e l’oggetto del regolamento da una serie di elementi che appaiono tutti convergere nel senso di attenere alla tutela del bilancio, più che a quella dello Stato di diritto²⁷: innanzitutto deve sussistere un legame sufficientemente stretto tra la violazione del principio dello Stato di diritto ed il pregiudizio per gli interessi finanziari dell’Unione; in secondo luogo occorre che le misure che possono essere adottate sulla base del regolamento attengano essenzialmente all’erogazione dei fondi; e, infine, il fatto che le stesse possano essere revocate non quando viene meno la violazione dello Stato

²⁵ L’espressione Dilemma di Copenaghen venne coniata dalla Commissaria Reding, il 12 settembre 2012, nel corso di una sessione del Parlamento europeo che si svolse in Romania. Nella sostanza con questa espressione si fa abitualmente riferimento all’aporia, esistente nell’ordinamento europeo, secondo cui mentre i requisiti di accesso, ivi incluso il rispetto dei valori dell’art. 2 TUE, sono soggetti ad una valutazione estremamente rigorosa al momento dell’adesione, i meccanismi di controllo degli stessi requisiti, una volta che lo Stato è entrato a far parte dell’Unione, risultano assai poco incisivi (v. C. CLOSA, *Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law: Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, p. 15 ss., spec. p. 20 ss.).

²⁶ Corte giust., *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 149-150: «Tale sana gestione finanziaria e tali interessi finanziari possono infatti essere gravemente compromessi da violazioni dei principi dello Stato di diritto commesse in uno Stato membro, giacché tali violazioni possono comportare, in particolare, l’assenza di garanzia che spese coperte dal bilancio dell’Unione soddisfino tutte le condizioni di finanziamento previste dal diritto dell’Unione e, pertanto, rispondano agli obiettivi perseguiti dall’Unione quando essa finanzia spese di tal genere. In particolare, il rispetto di tali condizioni e di tali obiettivi, in quanto elementi del diritto dell’Unione, non può essere pienamente garantito in assenza di un sindacato giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell’Unione, fermo restando che l’esistenza di un simile sindacato, sia negli Stati membri sia a livello dell’Unione, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, è intrinseca a uno Stato di diritto».

²⁷ *Ibid.*, punti 124-127.

di diritto, ma solo allorché questa non rappresenti più un pericolo per gli interessi finanziari dell'Unione²⁸.

Se il regolamento 2020/2092 non tutela direttamente lo Stato di diritto, ma – attraverso questo – mira a proteggere gli interessi finanziari dell'Unione, è evidente che non sussiste alcuna sovrapposizione con il meccanismo previsto dall'art. 7 TUE²⁹.

L'ultimo punto, che sembra decisivo nella ricostruzione della Corte, è quello della certezza del diritto. La nozione di Stato di diritto non è, infatti, chiaramente definita nel diritto primario. Alla mancanza di una nozione espressa nel diritto primario ha, tuttavia, supplito la Corte di giustizia. I giudici di Lussemburgo, a partire da due sentenze del 2018³⁰, hanno infatti iniziato a leggere l'art. 2 TUE, congiuntamente con l'art. 19 del medesimo Trattato e con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Per effetto del combinato disposto di queste previsioni, rientrano nella nozione di Stato di diritto tutti quegli aspetti che incidono sull'indipendenza dei giudici³¹. Si tratta della stessa nozione che è ora ripresa nel regolamento 2020/2092, relativo ad un regime di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, il quale, all'art. 3, stabilisce espressamente che: «possono essere indicativi di violazioni dei principi dello Stato di diritto: a) le minacce all'indipendenza della magistratura»³².

Secondo i ricorrenti, tuttavia, tale struttura aperta non sarebbe compatibile con un regolamento a carattere sanzionatorio. L'incertezza risulterebbe ulteriormente incrementata per il fatto che, ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, le istituzioni europee sono tenute a rispettare le identità nazionali degli Stati membri. Ne consegue che la stessa nozione di Stato di diritto

²⁸ Nella sostanza, i rimedi previsti dal diritto materiale, possono tutelare indirettamente i valori dell'Unione europea, a patto che abbiano uno scopo ed un oggetto diversi dalla procedura prevista dal Trattato (v., per il c.d. *test* di differenziazione, i rilievi di M. FISICARO, *Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget*, cit., p. 352).

²⁹ Corte giust., *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 210: «dalla natura delle misure che possono essere adottate in forza del regolamento impugnato nonché dalle condizioni per l'adozione e la revoca di tali misure risulta che la procedura istituita da tale regolamento ha la finalità di garantire, conformemente al principio di sana gestione finanziaria ... la protezione del bilancio dell'Unione in caso di violazione dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro, e non già di sanzionare, mediante il bilancio dell'Unione, violazioni dei principi dello Stato di diritto». Sembra da condividere che l'affermazione secondo cui, subordinando fortemente l'applicazione del regolamento condizionalità al rispetto dello Stato di diritto, la Corte finisca un po' per indebolire lo strumento (M. FISICARO, *Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget*, cit., p. 348).

³⁰ Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117; Corte giust., 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158.

³¹ Indipendenza della magistratura che, a propria volta, incide sulla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che discendono dall'ordinamento europeo. V., in particolare, Corte giust., 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.*, ECLI:EU:C:2019:982, punto 120: «Questo requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto».

³² Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, in GU, L 433 I, del 22 dicembre 2020, p. 1 ss.

finirebbe per essere condizionata dalle diverse interpretazioni delle previsioni che servono a connotare l'identità nazionale dei singoli Stati membri³³.

La Corte di giustizia ha tuttavia respinto tale argomento. Seppure il rispetto delle identità nazionali presuppone un certo grado di discrezionalità da parte degli Stati membri, esso non può variare in maniera radicale da un paese all'altro, dal momento che gli Stati membri condividono, attraverso la partecipazione all'ordinamento europeo, una nozione comune di Stato di diritto, che, con la ratifica del Trattato istitutivo, si sono impegnati a rispettare³⁴.

3. La progressiva emersione dell'identità europea e la sua collocazione nell'ordinamento sovranazionale.

Come si è visto nel precedente paragrafo, la motivazione risulta estremamente articolata e, a tratti, anche un po' frammentaria. A nostro modesto avviso, quello che costituisce il collante del ragionamento è l'introduzione di una nozione giuridica innovativa. Tale è l'idea che esista una vera e propria identità costituzionale europea, che consente di conferire armonia ed uniformità ad aspetti altrimenti eterogenei dell'ordinamento sovranazionale³⁵.

Tale nozione viene, nel corpo delle sentenze in esame, espressamente richiamata in due distinte occasioni. La prima, allorché la Corte deve giustificare che nella nozione di regole finanziarie di cui all'art. 322, par. 1, lett. a), rientrano anche i valori dell'Unione europea. Secondo la Corte: «I valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori»³⁶.

La seconda ipotesi nella quale la Corte richiama l'idea di identità costituzionale europea è laddove chiarisce che i valori europei impongono degli obblighi positivi in capo

³³ Corte giust., *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 211: «La Hongrie expose que le principe de sécurité juridique ne s'oppose certes pas à ce que la loi régleme une question de manière générale et abstraite, les juridictions étant alors chargées, lors de l'application de celle-ci, de procéder à son interprétation. Elle estime néanmoins que, eu égard à l'obligation de « protéger » l'identité nationale des États membres, l'État de droit et les principes de l'État de droit doivent pouvoir faire l'objet d'une appréciation différente dans chacun des États membres, ce d'autant plus que les institutions de l'Union n'apprécient pas toujours de manière uniforme les différentes situations juridiques» (non è reperibile, sul sito della Corte, la versione ufficiale in italiano della sentenza in questione).

³⁴ *Ibid.*, punto 234: «les États membres adhèrent à une notion d'«État de droit» qu'ils partagent, en tant que valeur commune à leurs traditions constitutionnelles propres, et qu'ils se sont engagés à respecter de manière continue».

³⁵ La novità di tale nozione, verosimilmente già ricavabile in maniera implicita in altre decisioni antecedenti (v. i riferimenti *supra*, nota 12), è stata posta in luce da tutti i principali commentatori. V. B. NASCIMBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, cit., p. 118 s.; J. ALBERTI, *Adelante presto con juicio*, cit., p. 36 ss.; M. FISICARO, *Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget*, cit., p. 348.; V. BORGER, *Constitutional Identity, the Rule of Law, and the Power of the Purse*, cit., p. 1793 ss.

³⁶ Corte giust., *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 127; Corte giust., *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 145.

agli Stati membri. In particolare, la Corte afferma chiaramente che «l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori che... fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune, valori che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri»³⁷.

È attraverso l'elaborazione della nozione di una supposta identità europea, costituita dalla condivisione da parte di tutti gli Stati membri dei valori di cui all'art. 2 TUE, infatti, che è possibile ridurre ad unità tutti e tre i punti fondamentali esaminati nel precedente paragrafo. È infatti possibile interpretare in maniera estensiva la definizione di regole finanziarie per l'attuazione e l'esecuzione del bilancio e giustificare, in tal modo, il ricorso all'art. 322, par. 1, lett. a), quale base giuridica di un regolamento che mira, seppure indirettamente, a tutelare lo Stato di diritto. In conseguenza di ciò la Corte ammette che anche atti di diritto derivato possano proteggere i valori fondanti dell'Unione, senza per questo creare sovrapposizioni con la procedura di cui all'art. 7, TUE. Ed è, infine, l'esistenza stessa di una supposta identità costituzionale europea che impedisce di ampliare a dismisura ed in maniera contrastante con gli obiettivi dell'ordinamento sovranazionale la nozione di identità nazionale, di cui all'art. 4, par. 2, TUE.

Nonostante tali notazioni di carattere generale, la nozione di identità europea, elaborata dalla Corte di giustizia nelle sentenze in commento, rimane tuttora alquanto nebulosa³⁸. Naturalmente, occorreranno ulteriori sforzi, della stessa Corte e della dottrina, per conferire un contorno preciso a tale nozione giuridica. In questo scritto, ci proponiamo un obiettivo indubbiamente di minore portata: ovvero cercare di comprendere, alla luce degli elementi finora in nostro possesso, quale sia la collocazione della nozione di identità europea all'interno del sistema giuridico sovranazionale e come essa si rapporti ai tradizionali canoni ermeneutici di detto ordinamento.

Innanzitutto, ci sembra di potere affermare che il contenuto dell'identità costituzionale europea, nel significato desumibile dai passaggi sopra riportati, presenta una portata limitata. L'essenza stessa della nozione viene, infatti, definita *per relationem* attraverso il richiamo ai valori contenuti nell'art. 2 TUE. Evidentemente, l'identità costituzionale europea comprende non solo lo Stato di diritto, come espressamente enunciato dalla Corte di giustizia nelle sentenze in commento, ma include anche gli ulteriori valori enunciati in detta disposizione, quali, il rispetto dei diritti umani, la *rule of law* e lo stesso principio democratico³⁹.

Il concetto di identità costituzionale europea, proprio perché può essere definito essenzialmente con riferimento all'art. 2 del Trattato istitutivo, risulta verosimilmente privo di efficacia procedurale o formale. In altri termini, esso non impone agli Stati membri di assumere una determinata forma di governo costituzionale ovvero di stabilire come si

³⁷ Corte giust., *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 232; Corte giust., *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 264.

³⁸ M. BONELLI, *Has the Court of Justice Embraced the Language of Constitutional Identity*, in *Diritti comparati*, 26 aprile 2022, definisce l'elaborazione teorica della nozione «admittedly modest».

³⁹ V. P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog.de*, 2022.

articolano i rapporti tra i poteri dello Stato, a patto, ovviamente, che gli Stati membri adottino una forma di un governo democratico e che garantiscano l'indipendenza della magistratura⁴⁰.

I valori in questione, secondo la Corte di giustizia, sono vincolanti per gli Stati membri. Più precisamente, essi obbligano i paesi membri a dare ad essi attuazione. Nel fare ciò, gli Stati membri godono di un certo grado di discrezionalità, ma non di ampiezza tale da consentire loro di attribuire a detti valori un significato diverso da quello stabilito dalla Corte di giustizia⁴¹.

Non è, in realtà, del tutto evidente cosa intenda la Corte di giustizia con l'affermazione che gli Stati membri sono tenuti a dare attuazione ai valori. In altro punto delle decisioni in esame la Corte afferma chiaramente che il rispetto dello Stato di diritto costituisce un «obbligo di risultato per gli Stati membri»⁴². Non risulta invero lapalissiano il significato di questa espressione. Chiaramente esso implica innanzitutto un obbligo di non regresso nella tutela dei predetti valori⁴³. Al di là di ciò, tuttavia, non è dato comprendere in che modo ed entro quanto tempo gli Stati possano dare attuazione ai predetti valori.

Al riguardo, sembra, innanzitutto, da scartare una soluzione ermeneutica che consenta agli Stati membri di dare solo un'attuazione progressiva ai valori. Volendo mutuare una formula dalla tutela internazionale dei diritti umani, non sembra convincente la tesi che i paesi membri siano tenuti a dare ad essi attuazione "con il massimo sforzo possibile": ovvero con tutte le risorse disponibili in un determinato momento storico, contemperando tale obiettivo con gli altri diritti fondamentali che lo Stato deve garantire alla popolazione residente sul proprio territorio. Siffatta soluzione ermeneutica, astrattamente idonea per la tutela dei diritti economici sociali e culturali, la cui completa realizzazione presuppone una serie di azioni positive da parte dello Stato, sembrerebbe tuttavia da scartare nel contesto dell'ordinamento europeo.

Nel contesto dell'ordinamento europeo, la perifrasi "obbligo di risultato" fa pensare non ad un obbligo di realizzazione progressiva, quanto piuttosto ad un vincolo stringente, simile a quello che incombe agli Stati membri nella trasposizione di una direttiva nell'ordinamento interno. D'altro canto, la stessa terminologia adottata dalla Corte di

⁴⁰ V., in questo senso, Corte giust., 22 febbraio 2022, causa C-430/21, RS, ECLI:EU:C:2022:99, punto 43: «né l'articolo 2 né l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, né altre disposizioni del diritto dell'Unione impongono agli Stati membri un modello costituzionale preciso che disciplini le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali, in particolare per quanto riguarda la definizione e la delimitazione delle competenze di questi ultimi. Infatti, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale. Tuttavia, nella scelta del proprio rispettivo modello costituzionale gli Stati membri sono tenuti a osservare, in particolare, il requisito di indipendenza dei giudici derivante da tali disposizioni del diritto dell'Unione».

⁴¹ Corte giust., *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 265: «Orbene, anche se, come risulta dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, cosicché tali Stati dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro».

⁴² *Ibid.*, punto 168: «Orbene, il rispetto dei principi dello Stato di diritto costituisce un obbligo di risultato per gli Stati membri».

⁴³ V. già Corte giust., *Repubblica c. Il-Prim Ministru*, cit., punto 63.

giustizia sembra essere stata desunta dal disposto dell'art. 288 TFEU, terzo comma. Se questa riflessione è corretta, è ragionevole desumerne la conseguenza che non è sufficiente per gli Stati membri assicurare un certo sforzo nel perseguimento dei valori previsti dall'art. 2 TUE, ma essi devono proprio garantire di riuscire a rispettare il livello di tutela dei valori richiesto dall'ordinamento sovranazionale, senza possibilità di usufruire di un tempo ulteriore per la loro attuazione.

Da questo assetto, è verosimilmente possibile desumere un duplice corollario. Innanzitutto che, se i valori obbligano gli Stati membri – per ragioni di coerenza dell'ordinamento europeo – è ragionevole ritenere che essi obblighino parimenti le istituzioni europee a dare ad essi effetto. Pur nel silenzio della Corte, siffatta conclusione è comunque agevolmente desumibile, dal disposto dell'art. 4, par. 3, TUE.

In secondo luogo è logico affermare che i valori, in quanto tali, non sono produttivi di effetti diretti. Essi obbligano Stati membri ed istituzioni a darvi attuazione, ma non possono autonomamente determinare la caducazione di norme interne con essi contrastanti. D'altro canto, le varie azioni intraprese dalla Commissione europea e dalle altre istituzioni proprio nei confronti della Polonia e dell'Ungheria, dimostrano, appunto, che i valori non introducono nell'ordinamento interno principi giuridici autonomamente coercibili da parte dei singoli.

L'aspetto più problematico concerne, tuttavia, il coordinamento tra la nozione di identità europea, desumibile essenzialmente dall'art. 2 TUE, e quello di identità nazionale, il cui rispetto è parimenti garantito dal Trattato istitutivo, all'art. 4, par. 2, TUE. Questo era, infatti, un argomento presente in entrambi i ricorsi: l'identità nazionale consentirebbe agli Stati membri di assestarsi su un livello di tutela non rispondente ai parametri europei, ma piuttosto corrispondente al livello che i singoli paesi considerano adeguato nel proprio ordinamento interno.

Questo argomento è stato, tuttavia, sconfessato dalla Corte di giustizia. Polonia e Ungheria, tra i motivi di impugnazione, lamentavano anche che l'applicazione del regolamento condizionalità non sarebbe stata compatibile con il principio di uguaglianza degli Stati e che la nozione stessa di Stato di diritto, essendo di per sé non definita con precisione nel diritto primario, avrebbe determinato l'insorgenza di vari dubbi interpretativi. In altri termini avrebbe minato la certezza del diritto. Situazione, questa, difficilmente compatibile con norme che impongono sanzioni in ipotesi di mancata osservanza⁴⁴.

Secondo la Corte, tuttavia, la nozione di Stato di diritto impiegata dal regolamento condizionalità sarebbe sufficientemente completa. Anche perché, in caso di dubbio, si può

⁴⁴ In qualche modo, la posizione di Ungheria e Polonia sembra un po' riecheggiare l'idea, sostenuta in passato da taluni autori, secondo cui la clausola di identità nazionale costituirebbe una sorta di deroga al primato del diritto dell'Unione europea. Per la critica di questa impostazione v. già G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 121 ss.; ID., *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 333 ss., 338 ss.; ID., *The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards*, in *European Public Law*, 2019, p. 347 ss., spec. 357 ss.

comunque fare riferimento alle nozioni giuridiche secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza⁴⁵. Non sarebbe pertanto consentito ai paesi membri dell'Unione fornire una propria autonoma lettura dei valori europei, in applicazione del principio dell'identità nazionale. Quella che si impone è solo la lettura europea di un determinato valore, senza alcuna possibilità di sostituire la stessa con un'interpretazione fondata solo sulla prassi e sulla giurisprudenza nazionale. Tale conclusione, d'altro canto, si impone per la stessa esigenza di uniformità e di coerenza dell'ordinamento sovranazionale.

A questo punto, rimane il dubbio di come si debbano coordinare le due identità: quella europea e quella nazionale⁴⁶. In altri termini, laddove vi sia una divergenza nella lettura di medesimi valori, come possono queste due nozioni combinarsi in maniera armonica?

In astratto, la suddivisione tra la lettura nazionale e quella europea dovrebbe avvenire secondo la consueta ripartizione delle competenze. Per cui, lo Stato membro potrebbe seguire la soluzione ermeneutica nazionale solo in presenza di una competenza esclusiva dello Stato. La soluzione, tuttavia, risulta maggiormente articolata. Sembra, infatti, che la nozione di identità costituzionale europea possieda una certa *vis* espansiva⁴⁷, tale da condizionare l'ordinamento nazionale anche al di là della stretta ripartizione delle competenze⁴⁸.

Ultima questione è se l'affermazione progressiva di una identità europea abbia dato vita ad un nucleo indissolubile ed immutabile di principi. La risposta al riguardo non è semplice, perché l'art. 48 TUE, da un punto di vista formale, non stabilisce l'immutabilità di determinate disposizioni del Trattato istitutivo. La lettura del dato normativo, pertanto, dovrebbe indurre l'interprete a fornire una risposta negativa a tale quesito.

Tuttavia, la progressiva costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo, spinge a ritenere che possano applicarsi al sistema giuridico sovranazionale, anche talune teorie elaborate con riferimento alle costituzioni nazionali, quale, appunto, quella della Costituzione materiale. Conseguentemente, si può verosimilmente ritenere che la futura elaborazione giurisprudenziale possa consentire di rilevare l'esistenza di determinate previsioni,

⁴⁵ Corte giust., *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 290: «A tale riguardo, se è pur vero che l'articolo 2, lettera a), del regolamento impugnato non descrive dettagliatamente i principi dello Stato di diritto in esso menzionati, resta il fatto che il considerando 3 di tale regolamento ricorda che i principi di legalità, della certezza del diritto, del divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, della tutela giurisdizionale effettiva e della separazione dei poteri, contemplati da tale disposizione, sono stati oggetto di una copiosa giurisprudenza della Corte. Lo stesso vale per i principi di uguaglianza davanti alla legge e di non discriminazione».

⁴⁶ È opportuno porre in rilievo che la Corte, in linea di principio, nega che vi possa essere un contrasto, tra identità nazionale ed identità europea (v. *ibid.*, punti 264-266).

⁴⁷ V. B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, cit., p. 132.

⁴⁸ Per cercare di esemplificare quanto stiamo scritto nel testo, non sarebbe certo compatibile con la nozione di Stato di diritto elaborata dalla Corte di giustizia l'ordinamento di uno Stato che non garantisca l'indipendenza della magistratura quando questa è chiamata a risolvere controversie nel settore delle imposte dirette, tradizionalmente riservato alla competenza nazionale (sulla ripartizione delle competenze in materia fiscale v. L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea. Contributo allo studio della prospettiva italiana*, Milano, 2010, *passim*; A. PERRONE, *Sovranità tributaria, territorialità dell'imposizione e mercato globale: una sfida ancora aperta*, in V. MASTROIACOVO (a cura di), *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pisa, 2019, p. 99 ss.; G. BIZIOLI, *Quale sovranità fiscale per l'Unione europea?*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2021, p. 293 ss.).

nell'ambito del Trattato istitutivo, che risultano talmente radicate con il modo di essere dell'ordinamento europeo, da essere di fatto immodificabili, se non a costo di mutare la struttura stessa dell'ordinamento ed il suo assetto costituzionale.

La Corte di giustizia, per il momento, non si è ancora avventurata in simili speculazioni teoriche; che, tuttavia, non paiono più così aliene, laddove si consideri l'importanza che l'ordinamento europeo attribuisce a taluni principi strutturali, tra i quali possono chiaramente rientrare il rispetto della *rule of law* e dello Stato di diritto⁴⁹.

4. L'approvazione del PNRR della Polonia e l'attivismo della Commissione europea nei confronti dell'Ungheria.

Successivamente alle sentenze della Corte, la Commissione ha notificato al Governo ungherese, in data 27 aprile 2022, poco dopo la rielezione (per la quarta volta) del premier Viktor Orbán, la propria decisione di attivazione del meccanismo di condizionalità previsto dal regolamento 2092. Al contempo, in data 1° giugno 2022, l'organo esecutivo ha proposto al Consiglio di approvare il piano nazionale di ripresa e resilienza (necessario per poter accedere all'erogazione dei fondi europei) presentato dalla Polonia.

Sembra, in realtà, evidente che tale diverso standard nei confronti dei due paesi sia stato determinato dal contrapposto atteggiamento che i due paesi hanno adottato nei confronti della Russia, a seguito dell'invasione dell'Ucraina. Mentre l'Ungheria ha costantemente bloccato le sanzioni più invasive nei confronti della Russia⁵⁰, la Polonia ha dimostrato un atteggiamento molto più aperto, sia appoggiando le delibere del Consiglio e del Consiglio europeo, sia accogliendo sul proprio territorio diversi profughi provenienti dall'Ucraina.

Tale atteggiamento ondivago e contrastante nell'applicazione del regolamento condizionalità e nell'approvazione dei rispettivi programmi nazionali di ripresa e resilienza, che sembra tributario più delle esigenze della politica che delle riforme effettivamente realizzate dai due paesi, è stato criticato da taluni commentatori⁵¹ e, finanche, da membri dell'esecutivo europeo⁵².

Ad ulteriore dimostrazione di tale uso politico del regolamento è, d'altro canto, agevole evidenziare che, solo allorché l'Ungheria ha tolto il veto all'erogazione di ulteriori

⁴⁹ V., in questo senso, P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity*, cit., p. 3.

⁵⁰ Anche durante il negoziato in corso di svolgimento nel mese di dicembre, il sito de *Il Sole 24 ore* riporta che il ministro degli esteri ungherese, Peter Szijjarto, ha chiesto – nella riunione del Consiglio affari esteri - la rimozione di diversi nominativi della blacklist che dovrebbe essere inclusa nel nono pacchetto di sanzioni, sul presupposto che altrimenti sarebbero compromessi i canali di comunicazione ancora aperti con la Russia (<https://www.ilsole24ore.com/art/ucraina-ultime-notizie-12-dicembre-2022-AERFmTOC>, visitato in data 12 dicembre 2022).

⁵¹ V. A. GUAZZAROTTI, *Il contrasto alla crisi della Rule of Law in alcuni Stati membri: una valutazione pragmatica*, in *eurojus.it*, 2022, p. 166 ss.

⁵² Si riporta che sia il vice presidente F. Timmermans, sia altri due commissari, abbiano espressamente criticato la scelta di approvare il piano polacco (v. L. BAYER, *Amid Commission Rebellion, von der Leyen defends Polish Recovery Cash Plan*, in *Politico*, 2 giugno 2022).

aiuti a favore dell'Ucraina⁵³, il Consiglio ha approvato il piano presentato dall'Ungheria e ha, conseguentemente, stanziato la prima *tranche* di erogazioni⁵⁴.

Insomma, i fatti successivi sembrano per la verità sconfessare uno dei punti fondamentali del ragionamento seguito dalla Corte di giustizia, secondo cui l'obiettivo principale del regolamento consisteva nel proteggere il bilancio dell'Unione e, solo in via mediata, lo Stato di diritto. La prassi appare infatti contraddire tale assunto, dal momento che è evidente che l'uso concreto dello strumento è stato piegato ad esigenze che non sembrano avere direttamente a che fare con il bilancio europeo e con l'esecuzione di questo.

⁵³ Nel compromesso raggiunto in sede europea, rientrerebbe anche il fatto che l'Ungheria accetti di togliere il veto all'introduzione di una tassazione minima sulle multinazionali (v. *L'Unione Europea ha raggiunto un accordo con l'Ungheria per sbloccare gli aiuti all'Ucraina e per approvare una tassa minima sui profitti delle multinazionali*, reperibile al sito <https://www.ilpost.it/2022/12/13/orban-unione-europea-accordo-fondi-sbloccati/>).

⁵⁴ V. la Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Ungheria, n. 15447/22, Fascicolo interistituzionale: 2022/0414 (NLE), Bruxelles, 5 dicembre 2022.