

## Il principio del primato è “sotto attacco”? Brevi note su (presunti) limiti scaturenti dalle Costituzioni nazionali e dal sindacato delle Corti costituzionali

Lorenzo F. Pace (Professore associato, abilitato ordinario, di diritto dell’Unione europea presso l’Università del Molise) – 5 ottobre 2022

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’Unione europea, la sua natura giuridica e il suo obiettivo “continentale”. – 3. I fondamenti teorici del principio dell’effetto diretto e del primato secondo una ricostruzione tecnico-giuridica. – 4. Può la Costituzione italiana limitare l’efficacia del principio del primato del diritto dell’Unione? – 5. Le varie forme di sindacato sulla legittimità del diritto dell’Unione da parte delle Corti costituzionali (controlimiti, *ultra vires*, *etc.*) ed il loro frontale contrasto con il diritto dell’Unione. – 6. L’art. 4, c. 2, TUE quale forma di tutela dei principi fondamentali degli Stati membri. Il “dialogo tra Corti” quale presupposto dell’effettività di tale norma: il differente approccio della Corte costituzionale italiana, tedesca e polacca. – 7. Anche l’Unione europea può “mordere”: la reazione dell’Unione alla sentenza della Corte costituzionale tedesca nel caso PSPP (2020); gli “storici” impegni dello Stato tedesco per ottenere l’archiviazione della successiva procedura d’infrazione (2021). – 8. Conclusioni.

1. Sembra che il principio del primato del diritto dell’Unione sia “sotto attacco” da più parti. Da una parte, nella discussione pubblica si è sostenuta la possibilità che norme costituzionali possano limitare l’effetto di tale principio nell’ordinamento italiano. Dall’altra, la recente giurisprudenza di alcune Corti costituzionali europee ha concluso per la possibilità di limitare l’efficacia del diritto dell’Unione negli ordinamenti nazionali, questo a tutela di propri principi fondamentali.

Entrambi tali assunti, come dimostrato dalla recente prassi, sono errati ai sensi del diritto dell’Unione europea.

Al fine di chiarire i motivi di tale conclusione, in queste note si motiverà il perché il principio del primato è conseguenza della stessa natura giuridica dell’Unione. Si individuerà poi il fondamento teorico di tale principio e del suo “precedente logico”, cioè il principio dell’effetto diretto. A fronte di questo si ricorderà come il principio del primato sia integralmente disciplinato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e non può essere limitato in alcun

modo da normativa nazionale anche di rango costituzionale. Successivamente si individueranno gli strumenti previsti dai Trattati a tutela dei principi fondamentali degli Stati membri (art. 4, c. 2, TUE) ed il “dialogo” tra Corti che tale norma presuppone. A fronte di questo si motiveranno le ragioni dell’illegittimità di forme di sindacato nazionale da parte delle Corti costituzionali finalizzate ad “amputare” la competenza esclusiva d’interpretazione vincolante del diritto dell’Unione della Corte di giustizia. Da ultimo si farà riferimento alla recente prassi – v. sentenza della Corte costituzionale tedesca sul programma PSPP della BCE e suoi successivi sviluppi – che ha dimostrato come l’ordinamento dell’Unione dispone di strumenti efficaci al fine di tutelare la propria legalità anche a fronte di tentativi degli Stati membri di violare, tra l’altro, il principio del primato del diritto dell’Unione.

La presente nota riprende e sviluppa temi trattati nel mio volume sulla natura giuridica dell’Unione (L. F. PACE, *La natura giuridica dell’Unione europea: teorie a confronto – L’Unione ai tempi della pandemia*, Bari, 2021). Per semplicità di lettura limito qui i riferimenti dottrinari rinviando al volume.

2. Al fine di comprendere appieno il centrale ruolo che il principio del primato svolge all’interno dell’Unione è necessario, in primo luogo, delineare brevemente la natura giuridica dell’Unione e la sua finalità ultima.

Dal punto di vista giuridico l’Unione europea costituisce la soluzione individuata nel 1950 dagli Stati del continente alla crisi dello Stato nazionale sul territorio europeo. In particolare, l’Unione europea è finalizzata a risolvere i “conflitti di sovranità” fra Stati del continente europeo sviluppatisi all’inizio del XX secolo in conseguenza della nascita della contraddizione tra Stato e mercato; cioè la situazione in cui i mercati erano oramai divenuti di dimensione internazionale mentre gli Stati sul continente europeo erano rimasti di dimensione locale.

In particolare, l’Unione si prefigge di promuovere la pace, il benessere dei cittadini europei nel contesto di un quadro di valori comuni (art. 3, c. 1, TUE). Obiettivi che, in conseguenza della crisi dello Stato nazionale – come dimostrato dalla cd. seconda “guerra dei trent’anni” nel XX secolo – non potevano essere più perseguiti in un continente organizzato esclusivamente da “enti statali” indipendenti e senza alcuna cooperazione tra di loro.

Quindi, dal punto di vista fattuale, l’Unione costituisce, in primo luogo, la soluzione e la protezione del continente europeo e dei suoi popoli dalla guerra e dal caos politico.

Dal punto di vista giuridico l’Unione europea costituisce un’organizzazione sovranazionale, cioè un ente organizzato intorno a tre principi: autonomia, principio dell’effetto diretto e del primato del diritto dell’Unione, tutela giurisdizionale e ruolo della Corte di giustizia (F. CAPOTORTI, *Supranational organizations*, in R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, 1983; L. S. ROSSI, *Il principio di uguaglianza fra gli Stati membri nell’Unione europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali*, Napoli,

2013, p. 361). La particolarità dell'Unione, rispetto ad altre organizzazioni sovranazionali, è costituita dalla sua finalità (art. 3, c. 1, TUE), dalle peculiarità della sua natura giuridica (in particolare il carattere intersoggettivo dell'Unione), così come dalle caratteristiche "immodificabili" del suo ordinamento giuridico come individuate dalla Corte di giustizia (tra cui i principi di autonomia, dell'effetto diretto e del primato del diritto dell'Unione; v. per tutte il parere 2 del 2013 di cui è stato relatore il nostro Presidente Antonio Tizzano, 18 dicembre 2014, 2/13). Tali caratteristiche definite nei Trattati e nella giurisprudenza della Corte sono finalizzate ad organizzare un ente che si fonda sul principio di uguaglianza fra gli Stati membri (art. 4, c. 2, TUE).

A fronte della struttura del suo ordinamento giuridico il diritto dell'Unione si caratterizza come autonomo tanto dal diritto internazionale, quanto dal diritto degli Stati membri. In altre parole, quello dell'Unione costituisce diritto dell'Unione *sic et simpliciter* (sentenza della Corte del 2 settembre 2021, causa C-741/19, *Repubblica di Moldova c. Komstroy*).

Da un punto di vista storico-giuridico l'Unione europea può essere concepita come una nuova forma di organizzazione politico-istituzionale del continente europeo e dei suoi popoli (art. 1, comma 2, TUE) con la finalità, tra l'altro, di garantire la stabilità politica continentale. Finalità questa dell'Unione non molto differente, *mutatis mutandis*, rispetto a quella dei grandi "ordinamenti giuridici continentali" che si sono succeduti nel corso della storia europea, come ad esempio l'Impero romano, l'Impero carolingio e il Sacro romano impero.

**3.** La ricostruzione dei fondamenti teorici dei principi qui in discussione secondo il testo dei Trattati e secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia – cioè, in breve, secondo un'impostazione tecnico-giuridica – porta a sostenere che tali principi siano conseguenza della natura giuridica dell'Unione ed in particolare conseguenza, in primo luogo, del carattere intersoggettivo del suo ordinamento. Inoltre, come si vedrà, le loro caratteristiche ed effetti – anche nei confronti del diritto degli Stati membri – sono disciplinati esclusivamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. A fronte di ciò, anche a tutela del principio di autonomia, nessun atto legislativo nazionale, neanche di rango costituzionale, può limitare gli effetti di tale principio come definiti dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Come noto, il carattere intersoggettivo dell'Unione è conseguenza della presenza nel Trattato CEE di divieti diretti nei confronti dei singoli (artt. 85 e 86 TCEE). La Corte di giustizia nella sentenza *Bosch* (sentenza della Corte del 6 aprile 1962, causa 13/61, *de Geus c. Robert Bosch GmbH*) ha affermato che questi sono direttamente applicabili, cioè non richiedono l'adozione di misure nazionali di adattamento (sul punto v. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 44). A fronte di questo i singoli sono a pieno titolo soggetti dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

Ed infatti la Corte di giustizia nella successiva sentenza *Van Gend en Loos* (sentenza della Corte del 5 febbraio 1964, causa 26/62) ha riconosciuto espressamente quanto già affermato nella sentenza *Bosch*.

Il fatto che i singoli siano “soggetti dell’ordinamento dell’Unione” – ed in particolare che siano destinatari di norme di divieto che non richiedono per la loro efficacia provvedimenti statali di adattamento (sent. *Bosch*) – ha permesso alla Corte nella sent. *Van Gend en Loos* di “fare un passo ulteriore” nella sua giurisprudenza. Cioè affermare che i singoli possono essere destinatari – oltre che di divieti – anche di diritti; anche in questo caso diritti esercitabili immediatamente senza la necessità di misure statali di adeguamento. Tali diritti costituiscono – come sopra indicato – la “contropartita” degli obblighi in capo agli Stati membri sul modello della natura bilaterale del rapporto giuridico.

Nel tentativo di semplificare, il principio d’effetto diretto presenta un problema specifico per quanto riguarda il come e il perché riconoscere un “diritto soggettivo” ad un singolo come conseguenza di un obbligo contenuto nel Trattato e diretto nei confronti di uno Stato membro – il caso *Van Gend en Loos* per intenderci -. La soluzione teorica individuata da Trabucchi – influente giudice della Corte nella sentenza *Van Gend en Loos* – è la seguente. Tale risultato è la conseguenza della violazione di un obbligo da parte di uno Stato. In particolare, l’obbligo violato è quello di non emanare misure in contrasto con il diritto dell’Unione a fronte delle competenze attribuite dagli Stati all’Unione per mezzo di Trattati. Cioè tale aspetto è diretta conseguenza del fatto che l’Unione è titolare di proprie competenze attribuite dagli Stati membri per mezzo dei Trattati; da ciò sorge, a sua volta, l’obbligo degli Stati membri di limitare l’esercizio delle proprie competenze sovrane. Non è un caso che al fine di trovare una soluzione a tale aspetto il “civilista” Trabucchi richiami l’“internazionalista” Verdross (A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1963, p. 265).

Passando al principio del primato del diritto dell’Unione, il suo fondamento teorico costituisce uno sviluppo di quello dell’effetto diretto. Infatti, il principio del primato è conseguenza del fatto che uno Stato abbia emanato una misura in contrasto con il diritto dell’Unione. Così facendo lo Stato viola – come già prima osservato – l’obbligo di non esercitare le proprie competenze sovrane in violazione del diritto dell’Unione.

I principi dell’effetto diretto e del primato rafforzano quindi il sistema di tutela della legalità dell’Unione e di tutela dell’efficacia del diritto dell’Unione creando il sistema cd. di “double vigilance” (K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law*, in *I Post di AISDUE*, 2019, p. 2).

**4.** Abbiamo visto che il principio del primato – e dell’effetto diretto – sono integralmente definiti nei loro caratteri dal testo dei Trattati e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

In Italia la norma costituzionale che permette il recepimento di tali principi è l’art. 11 Cost. Come ricordava il compianto prof. Tesaurò in una delle sentenze “gemelle”: “[i]l fondamento costituzionale [dell’] efficacia diretta è

stato individuato nell'art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni” (sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2007, n. 349/2007, par. 3.3).

L'art. 11 Cost., proprio per le limitazioni di sovranità lì richiamate, permette che nei Trattati siano disciplinate norme direttamente efficaci nei confronti dei privati senza necessità di norme nazionali di adattamento. Ed è sempre l'art. 11 Cost., per quello che vedremo dopo, che permette che i Trattati disciplinino il “monopolio d'interpretazione vincolante” del diritto dell'Unione in capo alla Corte di giustizia.

Sotto questo aspetto non sono gli artt. 97, 117 o 119 Cost. a permettere, ad esempio, il primato del diritto dell'Unione europea rispetto a norme nazionali. Come già affermato, tali principi – ed i loro effetti – sono conseguenza della giurisprudenza della Corte di giustizia e, come tali, non possono essere limitati da norme nazionali sebbene di rango costituzionale.

In altri termini, anche se una legge costituzionale “sopprimesse” il riferimento all'Unione europea di cui agli artt. 97, 117 o 119 Cost., ciò non limiterebbe in alcun modo l'efficacia del principio del primato del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano.

**5.** Come noto le Corti costituzionali europee hanno individuato forme di sindacato del diritto dell'Unione funzionali a limitare, tra l'altro, il principio del primato nell'ipotesi in cui il diritto dell'Unione – ad avviso delle Corti – violi i principi fondamentali dei relativi ordinamenti giuridici. Tali forme di sindacato del diritto dell'Unione europea presentano differenti fondamenti teorici (*ultra vires* in Germania; “controlimiti” in Italia, etc.).

È importante sottolineare come queste forme di sindacato nascono in un momento – gli anni '70 - in cui i Trattati non prevedevano norme, quali l'art. 4, c. 2, TUE, a tutela dei principi fondamentali degli ordinamenti degli Stati membri (ad es. sentenza della Corte costituzionale del 18 dicembre 1973, n. 183/73, *Frontini*; *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del 29 maggio 1974, *Solange I*).

Riguardo tali forme di sindacato (quale che sia il loro *nomen iuris*), queste sono in contrasto con il diritto dell'Unione in quanto violano la competenza esclusiva della Corte di giustizia dell'interpretazione vincolante del diritto dell'Unione per come riconosciuta dagli Stati membri nel Trattato (artt. 19 TUE e 267 TFUE; sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *RS*). Tale competenza della Corte di giustizia si concretizza nel rinvio pregiudiziale d'interpretazione, “chiave di volta del sistema giurisdizionale” dell'Unione (parere della Corte 2/13, cit., punto 176). Questo in quanto esso è essenziale per garantire, tra l'altro, l'autonomia del diritto dell'Unione dal diritto degli Stati membri; autonomia a sua volta essenziale al fine di garantire che l'ordinamento dell'Unione sia organizzato secondo il principio di uguaglianza degli Stati davanti al Trattato (art. 4, c. 2, TUE).

6. Gli Stati membri hanno però inserito nel Trattato di Lisbona (2007) il tema della tutela dei principi costituzionali fondanti i loro rispettivi ordinamenti. Infatti, l'art. 4, c. 2, TUE esclude, in buona sostanza, che il diritto dell'Unione possa violare tali principi degli Stati membri. Ciò significa che in tale ipotesi sarà lo stesso diritto dell'Unione ad essere in violazione dell'art. 4, c. 2, TUE.

D'altra parte, però, l'interpretazione di tale norma, in quanto diritto dell'Unione, è di competenza esclusiva della Corte di giustizia.

In questo senso tale forma di garanzia prevista a livello dell'Unione presuppone un "dialogo" in cui le Corti costituzionali cerchino, anche tramite il rinvio pregiudiziale, "interpretazioni convergenti" con quelle della Corte di giustizia.

Questo è stato positivamente dimostrato, ad esempio, nei rapporti – a tratti "tesi" – tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia nella "saga Taricco" (da ultimo, sentenza della Corte costituzionale del 6 dicembre 2016, 15/2014). Come sostenuto dal Presidente Amato: "[i]l caso Taricco è stato un esempio illuminante delle potenzialità positive ai fini delle interpretazioni convergenti" (discorso di commiato dalla Corte costituzionale, 13 settembre 2022).

Al contrario tale forma di garanzia non ammette che le Corti costituzionali, dopo aver richiesto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, disattendano i principi di diritto lì sviluppati (questo è il caso della sentenza della Corte costituzionale tedesca sul caso *PSPP*, 2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15, 980/16); né tanto meno essa ammette l'intervento unilaterale delle Corti, come nel caso della sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021 (K 3/21) (v. le note di G. DI FEDERICO e di L. F. PACE in questo *Blog*). Ed infatti quest'ultima non ha l'obiettivo di applicare l'art. 4, c. 2, TUE, bensì ha l'obiettivo unilaterale ed immediato di garantire la prevalenza del diritto polacco sul diritto dell'Unione (non è un caso che la sentenza polacca richiami come sua base teorica la sentenza della Corte costituzionale tedesca del caso *PSPP*). Bisogna ricordare che la mancata apertura di una procedura d'infrazione nei confronti della Polonia per tale sentenza è stata determinata, con ogni probabilità, dal tragico inizio della guerra in Ucraina nel marzo 2022.

7. I Trattati disciplinano efficaci strumenti al fine di tutelare la legalità dell'ordinamento dell'Unione anche nel caso in cui le Corti costituzionali pervengano alla conclusione del primato del diritto nazionale rispetto a quello dell'Unione. Ne è dimostrazione la procedura d'infrazione aperta dalla Commissione europea in conseguenza della sentenza della Corte di costituzionale del 5 maggio 2020 (L. F. PACE, *Il BVerG e la sentenza sul programma PSPP: "C'è della logica in questa follia"?*, in *federalismi.it*, 2020, p. 1 ss.). Con essa la Corte costituzionale tedesca, tra le altre cose, ha sostenuto la non applicabilità nell'ordinamento costituzionale tedesco di parte della sentenza *Weiss* della Corte di giustizia (sentenza della Corte dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*). In tale sentenza sarebbe stato

erroneamente motivato, tra l'altro, il *test* di proporzionalità relativo alla decisione PSPP della BCE.

A fronte di tale sentenza, il 9 giugno 2021 la Commissione ha iniziato una procedura d'infrazione nei confronti della Repubblica tedesca con l'invio della lettera di messa in mora. Il 3 agosto 2021 il Governo tedesco ha risposto formulando degli "storici" impegni per ottenere l'archiviazione della procedura.

Tali impegni sono stati così riassunti dalla Commissione il 2 dicembre 2021 nella comunicazione della Commissione sulle procedure di infrazione: "La Germania ha fornito degli impegni molto forti. In particolare, la Germania ha formalmente dichiarato di affermare e riconoscere i principi di autonomia, primato, effettività e applicazione uniforme del diritto dell'Unione nonché i valori sanciti dall'articolo 2 TUE, compreso in particolare lo Stato di diritto. In secondo luogo, la Germania riconosce esplicitamente l'autorità della Corte di giustizia dell'Unione europea, le cui decisioni sono definitive e vincolanti. Ritiene inoltre che la legittimità degli atti delle istituzioni dell'Unione non può essere subordinata all'esame di ricorsi costituzionali dinanzi ai giudici tedeschi, ma può essere sottoposta al solo controllo della Corte di giustizia. In terzo luogo, il governo tedesco, facendo esplicito riferimento al suo dovere di leale cooperazione sancito dai Trattati, si impegna a utilizzare tutti i mezzi a sua disposizione per evitare, in futuro, il ripetersi di una constatazione *ultra vires*, e ad assumere un ruolo attivo al riguardo".

L'importanza di tali impegni è di tutta evidenza. Con essi lo Stato tedesco ha di fatto "smentito" la costante giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca relativa al sindacato "ultra vires" (quella che un illustre costituzionalista tedesco, Josef Isensee, riassumeva criticamente con la frase: "[g]randi parole, piccole sentenze", J. ISENSEE, *Große Worte, kleine Urteile*, in *Handelsblatt*, 13 giugno 2013, p. 10). Ed infatti con tali impegni il Governo tedesco riconosce il contrasto del sindacato *ultra vires* con il diritto dell'Unione europea. A fronte di questi tre "storici" impegni la Corte costituzionale tedesca (almeno in teoria...) non "potrebbe" più sindacare la legittimità del diritto dell'Unione. Questo in ossequio, tra l'altro, alla tutela del principio di autonomia del diritto dell'Unione ed alla vincolatività delle sentenze della Corte di giustizia.

Tali impegni presuppongono però importanti conseguenze in merito alla nomina di futuri giudici della Corte costituzionale tedesca. Infatti, affinché gli impegni del Governo tedesco all'Unione "raggiungano" la Corte costituzionale tedesca al fine di modificarne la giurisprudenza sul punto, questo presuppone un passaggio importante. Cioè nell'individuare i futuri giudici della Corte, la "ricerca" dovrà, tra l'altro, tenere presente che i relativi giuristi dovranno condividere i contenuti degli impegni formulati dello Stato tedesco all'Unione europea. Questo pena l'apertura di una nuova procedura d'infrazione all'occasione di una successiva sentenza della Corte costituzionale che violasse tali impegni.

**8.** Le conclusioni del presente *post* sono le seguenti.

Il principio del primato del diritto dell'Unione europea, così come quello dell'effetto diretto, sono principi generali di diritto dell'Unione individuati dalla Corte di giustizia. Essi costituiscono diritto primario sebbene non scritto. Come tali, anche in considerazione del principio di autonomia del diritto dell'Unione, essi non possono subire alcuna limitazione a livello degli Stati membri neanche tramite normativa di rango costituzionale. Sotto questo aspetto, nel caso della Costituzione italiana, la soppressione del riferimento all'Unione europea di cui agli artt. 97, 117 e 119 Cost. non impedirebbe l'esplicarsi in Italia degli effetti tipici né del principio del primato, né del principio dell'effetto diretto.

Né tale limitazione potrebbe avvenire tramite l'intervento delle Corti costituzionali a tutela dei principi fondamentali dei rispettivi ordinamenti. Ed infatti, sotto differente profilo, qualsiasi forma di sindacato operato dalle Corti costituzionali (controlimiti, *ultra vires*) finalizzato a ledere la competenza esclusiva della Corte di giustizia nell'interpretazione vincolante del diritto dell'Unione europea è illegittimo in violazione degli artt. 19 TUE e 267 TFUE.

D'altra parte, gli Stati membri, tramite il Trattato di Lisbona, hanno introdotto nel TUE uno strumento a garanzia dei principi fondamentali dei loro ordinamenti giuridici. Tale norma, quale norma di diritto dell'Unione, è quindi oggetto di interpretazione esclusiva e vincolante da parte la Corte di giustizia. La tutela dell'art. 4, c. 2, TUE presuppone, per la sua effettività, un dialogo tra Corte di giustizia e Corti costituzionali al fine di raggiungere "conclusioni condivise".

L'Unione europea quale organizzazione sovranazionale istituita da un Trattato – e quindi carente del potere di coercizione del proprio diritto sul modello statale – presenta però, come dimostrato dalla recente prassi, efficaci strumenti finalizzati a tutelare la legalità del proprio ordinamento. Ne è riprova la reazione dell'Unione europea alla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020 nel caso PSPP con cui è stata dichiarata, tra l'altro, la non vincolatività di una sentenza della Corte di giustizia nell'ordinamento tedesco. L'apertura di una procedura d'infrazione nei confronti della Germania causata da tale sentenza ha imposto al Governo tedesco di offrire degli "storici impegni" alla Commissione al fine della sua archiviazione. Con tali impegni il Governo tedesco ha riconosciuto, di fatto, il contrasto con il diritto dell'Unione europea del sindacato *ultra vires*; sindacato sviluppato dalla Corte costituzionale tedesca nella sua giurisprudenza degli ultimi cinquant'anni.