

I GIUDICI COSTITUZIONALI NELLA SOCIETÀ EUROPEA

di ARMIN VON BOGDANDY¹

Roma, Palazzo della Consulta

21 marzo 2022

INDICE

1. Introduzione.....	1
2. La società europea e i suoi Giudici.....	4
3. La responsabilità comune ma differenziata	10
4. La giustizia costituzionale da esperimento a necessità	16

1. Introduzione

1.1 Vorrei iniziare ringraziando per la splendida opportunità offerta, che mi consente di parlare davanti a un foro così augusto e importante come la Corte costituzionale italiana. Ve ne sono grato, perché questo consesso rappresenta la base dell'argomento di cui parlerò oggi.

Il lavoro che vorrei introdurre è frutto di uno studio comune e molto ampio, avente a oggetto lo sviluppo del diritto pubblico alla luce del processo di integrazione europea. È uno studio che si svolge da vent'anni e vi hanno

¹ Direttore del *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* di Heidelberg. Il presente testo è stato scritto da Bruno Carotti, sulla base dell'intervento di Armin von Bogdandy.

partecipato anche molti italiani: posso citare Daria de Pretis, Sabino Cassese, Maurizio Fioravanti, Giacinto della Cananea, Raffaele Bifulco, Giulio Napolitano, Davide Paris, Aldo Sandulli e Pierangelo Schiera. Molti studiosi, dunque, hanno collaborato in questa grande opera e vorrei presentare, oggi, alcuni risultati di queste ricerche – che spero siano di interesse anche per la Corte costituzionale italiana. Questo anche per spiegare alcuni aspetti che potrebbero risultare più ostici o difficili.

Vorrei anche dare un benvenuto al “secolo scorso”: non proietterò, infatti, *slide* elaborate e accattivanti, ma appunti presi a mano, perché penso che sia lo strumento idoneo ad affrontare il dibattito di oggi. Preferisco utilizzare, in altri termini, un testo “duro”, che ci dovrebbe condurre gradualmente, ma con sicurezza, al all’argomento che ci accingiamo a trattare e al lavoro interpretativo che lo sottende.

Inizio, dunque, rispondendo alla domanda che ha posto il Presidente Amato, relativa alla interazione tra le varie Corti in Europa. A mio avviso, oggi, i Giudici costituzionali devono essere valutati come Giudici della *società europea*, in cui si svolge la loro attività interpretativa. Questo è il perno da cui vorrei sviluppare tre argomenti generali: 1) la società europea e i suoi Giudici; 2) la responsabilità comune, differenziata e penale; 3) la giustizia costituzionale, da esperimento a necessità.

Il primo argomento (*la società europea e i suoi Giudici*) costituisce, a ben vedere, la base del ragionamento complessivo. Possiamo – e dobbiamo – interpretare la società europea come l’obiettivo di una Unione *sempre più stretta tra i popoli europei*, così come stabilito dai Trattati. Non è una mera speculazione, ma una lettura sistematica degli art. 1 e 2 (in particolare, la seconda frase) del TUE. Il diritto – soprattutto, il diritto costituzionale – svolge una funzione fondamentale per la nostra società. Vorrei spiegare perché questo sia vero, e in che termini, analizzando il ruolo dei principî costituzionali per la società europea. Occorre delineare anche un altro punto, sempre all’interno di questo primo argomento generale: il ruolo del Giudice costituzionale, tanto nazionale come europeo, e le importantissime ripercussioni che sorgono dall’esercizio di questo ruolo.

1.2 Quanto al secondo argomento (*la responsabilità comune, differenziata e penale*), partiamo dall'insegnamento della Bibbia (e di *Spiderman!*) per cui “*with great power comes great responsibility*”. Anche in questo caso possiamo suddividere la trattazione in tre punti. Il primo concerne la responsabilità comune, ma differenziata, che i Giudici costituzionali delle Corti nazionali hanno nei confronti della società europea. Spero di rispondere a quanto affermato dal Presidente Amato in apertura: i Giudici, hanno una “responsabilità comune”, e devono risponderne, altrimenti la *società europea* non può essere costruita. È altrettanto chiaro che la responsabilità delle singole Corti è diversa: cercherò di spiegare questo aspetto in dettaglio. Il secondo punto mira a comprendere *come* si esercita questa responsabilità comune. Farei un confronto, in merito, tra la Consulta e Karlsruhe. Nelle partite di calcio, di solito la Germania viene sconfitta dall'Italia: questo fondamentale aspetto ci impone di muovere l'analisi dalla giurisprudenza *Taricco* e dalla sentenza sul *Public Sector Asset Purchase Programme* (PSPP). Il terzo punto è il più delicato in questa fase della giustizia costituzionale europea e il Presidente Amato ne ha già parlato: esso concerne la Corte costituzionale polacca. Cosa fare con essa, soprattutto nell'ottica di un auspicabile processo di ri-democratizzazione della Polonia? Questo è un problema attualissimo e particolarmente sentito: il mese prossimo, in Ungheria, vi sarà una prova essenziale. In questa sede, vorrei avanzare una proposta, che, ne sono certo, susciterà molte perplessità. Con noi oggi c'è il Giudice Viganò, un penalista accademico: è a lui che affido l'onere di affrontare il problema che proporrò, magari correggendomi e illustrando l'ottica più corretta. In vista delle sue valutazioni, che attendo con grande interesse, sento comunque di dover affrontare subito, e con coraggio, il seguente problema: vorrei capire, insieme a Voi, infatti, se i Giudici che si fanno strumento di un esecutivo autoritario incorrono una responsabilità di natura penale, che potrebbe condurre alla rimozione dal loro incarico. Mi sembra un elemento fondamentale se si vuole parlare del ritorno della Polonia a essere uno stato di diritto; senza compiere passi rivoluzionari, tanto in Ungheria come in Polonia l'opposizione sta discutendo proprio di questo, vale a dire come tornare a uno stato di diritto da una situazione ormai non democratica. È molto difficile realizzare questo ritorno senza rotture. Ritengo che, mediante il meccanismo della responsabilità, cui ho solo accennato, si può realizzare una transizione ragionata per il ritorno allo stato di diritto. È di questo che, in

ultima analisi, dobbiamo discutere nella società europea, ossia nella nostra Europa.

1.3 Il terzo argomento investe una lettura generale dello sviluppo della giustizia costituzionale e consente di osservare come l'idea centrale alla sua base si è trasformata. A partire dal 1947, ossia da quando la Costituente italiana ha deciso l'istituzione della Corte costituzionale, inserendola nel testo della Costituzione, la Corte è diventata, da mero esperimento, una necessità. Anche questo argomento, come gli altri due, si suddivide in tre punti. Il primo punto concerne l'opinione di Francesco Nitti, il quale era contrario all'istituzione di una corte chiamata a svolgere funzioni di controllo e garanzia costituzionale. Il secondo punto sottolinea un *mutamento strutturale e progressivo* nella funzione della giustizia costituzionale: è accaduto, infatti, qualcosa che si osserva spesso nella vita delle istituzioni, ossia che *non si vuole* consentire l'esercizio di quella specifica funzione che ne ha costituito la ragione di esistenza. Quando questo accade, viene forgiata un'altra funzione, che diventa centrale: e oggi, come vedremo, questa nuova funzione è essenziale proprio ai fini della creazione di una società democratica. Questo *mutamento strutturale* confluisce nel terzo punto, vale a dire la formalizzazione di un vero e proprio obbligo giuridico. Disporre della giustizia costituzionale nello spazio europeo è ormai necessario: la società europea ha compreso come essa sia fondamentale per costruire una società democratica. È il progetto attualmente in atto.

Così delineata la struttura complessiva dell'intervento, passo all'analisi dei tre argomenti enunziati e dei punti in cui ciascuno si suddivide.

2. La società europea e i suoi Giudici

2.1 Il primo argomento, come visto, attiene alla società europea e ai suoi Giudici. Va ricordato e nuovamente sottolineato come la società europea sia

un obiettivo fondamentale dell'Unione: il legame sempre più stretto tra i popoli europei costituisce un obiettivo principale dei Trattati.

Si potrebbe obiettare che, ragionando in questi termini, si corre il rischio di sconfinare dall'ambito giuridico alla filosofia, o all'ideologia federalista europea. Sono contrario a questa obiezione: a mio giudizio, infatti, una interpretazione “dura e pura” dell'art. 1, par. 2, del Trattato, segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'Unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa. Da quando sono state scritte queste parole, sono stati posti tanti interrogativi sul loro significato – e questo è avvenuto in modo costante, al fine di comprenderne appieno il senso. Guardiamo al Trattato di Roma. Il presidente della Corte che oggi ci ospita legge l'intero processo di integrazione come una “*constructing utopia*”²: si tratta della tesi di fondo di un bel volume, pubblicato nel 2019. In linea di massima, concordo con questa idea, ma seguo un altro ordine concettuale: propongo, infatti, di leggere l’“*unione sempre più stretta*” di cui all'art. 2 del Trattato, nel suo contenuto essenziale, secondo una interpretazione sistematica. In questo modo, è possibile definire anche – e proprio – giuridicamente l'obiettivo di questa unione tra popoli, affidandole un contenuto precettivo, che a mio giudizio qualifica la relativa disposizione.

Occorre analizzare, di conseguenza, cosa afferma esattamente l'art. 2 del TUE, perché questa è stata una grandissima “sorpresa”: anche noi giuristi, ogni tanto, regaliamo sorprese... Ebbene, la scoperta è bellissima, ma devo confessare che avevo un po' di timore nel riportarla, perché il Presidente Amato poteva dire qualcosa in proposito, essendo stato proprio lui, come noto, a scrivere la formula... In ogni caso, ecco il punto di rilievo: nel primo periodo dell'articolo, che conosciamo tutti benissimo, si afferma che l'Unione si fonda sui valori granitici, che concernono il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti alle minoranze. La disposizione prosegue con un altro bellissimo concetto, ossia che questi valori sono *comuni agli Stati membri*. Si parla, lo si noti, *di una sola società*,

² G. AMATO, E. MOAVERO-MILANESI, *The History of the European Union: Constructing Utopia*, Londra, 2019 [NDR].

caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.

Tuttavia questa norma, per dieci lunghi anni, ha, per così dire, “dormito”. Solo a partire del 2018, in risposta a quello che è accaduto in Ungheria e in Polonia, la Corte di giustizia ha “svegliato” le potenzialità congenite della disposizione. E proprio quest’anno, il 16 febbraio, è stata adottata una decisione fondamentale della Corte – anzi, due “grandi decisioni” – relative ai casi della Polonia e dell’Ungheria (contro il Parlamento europeo), in merito al regolamento sulla “condizionalità”. Mi piace sottolineare che, in quella settimana, la Corte ha adottato solo queste due decisioni, senza occuparsi di altro. Fatto insolito, che denota come tutta l’attenzione dei Giudici fosse rivolta a queste importantissime controversie.

Va sottolineato anche un altro carattere, particolare e raro: la sentenza presenta più di trecento paragrafi. È di tutto rilievo, perché mostra il simbolismo della Corte, al suo massimo grado, e l’attenzione profonda dedicata al problema. Ai fini del discorso che sto svolgendo, va notato che, tra le moltissime statuizioni della Corte, si afferma che l’art. 2 costituisce l’essenza, il nucleo duro di un passo ancor più deciso verso l’unità europea.

In questa disposizione si trova una parola che, finora, ha suscitato scarso interesse sia sul piano giuridico, sia su quello delle scienze sociali: cosa sorprendente, perché uno dei grandi concetti del pensiero politico europeo, cioè il concetto di società, viene usato *al singolare*.

Ciò significa che non possono esserci *più società* degli Stati membri: dev’esserci qualcos’altro. Questo qualcos’altro non può essere se non *la società europea*. È un tema basilare, che richiama il concetto di legislatore costituente europeo. Chi è il legislatore costituente europeo? Sono i venti sistemi politici degli Stati membri, che operano insieme alle Istituzioni dell’Unione. È da tale connubio che si genera il massimo grado di legittimità democratica, alla cui base sta proprio *la società europea*.

Una precisazione. Non intendo basarmi sull’evidenza empirica, che già testimonia l’esistenza di una società europea. L’economia, lo scambio di studenti tra Paesi membri, le reazioni di fronte alla guerra di aggressione all’Ucraina lo mostrano chiaramente. Non si tratta nemmeno di una finzione

politica. In realtà, tutto rispecchia una dimensione sociale reale e importante: se consideriamo il concetto di *società europea* sul piano giuridico, così come sto cercando di spiegare, esso diviene un concetto cardine per l'interpretazione e lo sviluppo del diritto pubblico e costituzionale europeo. È un punto di arrivo, peraltro molto forte, che ci consente di guardare avanti – lasciando indietro tante vecchie dispute, ormai da superare, come quelle sullo stato federale o, ancor più in generale, sulla possibilità, per l'Unione, di essere uno Stato.

È il riconoscimento del concetto di società, delineato a partire dai Trattati, che costituisce un nuovo, serissimo punto di partenza. Il legislatore europeo ci indica che l'Unione *sempre più stretta*, così come l'intero processo di integrazione, che si sono sviluppati nel corso degli anni, non hanno condotto a *uno Stato federale*, né a *un popolo*, né a *una nazione europea*. Hanno condotto, invece, a una *società europea* e dobbiamo considerare questo risultato come un grandissimo successo.

2.2 Quanto detto mi conduce al secondo punto: il ruolo del diritto costituzionale. Qui entra in gioco il ruolo dei principî costituzionali per la società europea, di cui parla, ancora una volta, l'art. 2 del TUE. La società europea è una *società qualificata*, in ragione dei principî costituzionali che ne sono alla base. Non è una società caratterizzata da una lingua, da una storia, o da un destino: sono i principî costituzionali, ossia i principî essenziali per il costituzionalismo democratico europeo, a sorreggerla, a costituirne le fondamenta.

Questo aspetto mi colpisce moltissimo, e su di esso ho indagato a fondo. Ho cercato, ad esempio, di numerare tali principî e, poi, i Giudici. Può essere un caso che siano dodici? Questo è il numero più simbolico che esista. Dodici sono le stelle nella bandiera europea. Dodici quelle nella corona di Maria. Dodici le porte di Gerusalemme celeste. Dodici i discepoli di Cristo. Questo numero è, allora, un simbolo potentissimo: non lo avevo notato in precedenza. Dovremmo cercare di capire se sia intenzionale o meno, se ci sia un pensiero dietro la loro numerazione.

I dodici principî ci aiutano a comprendere cosa dobbiamo intendere per *società democratica*: democratico, infatti, non significa soltanto attenersi alla

regola della maggioranza, che decide, e agisce di conseguenza (pensate a cosa accade in Ungheria!). Anche noi abbiamo una maggioranza in Parlamento e decidiamo, ma il nostro concetto di democrazia è molto più ricco, perché è diretto al pluralismo, alla solidarietà. Vive di principi tenuti insieme da un generale concetto democratico, che si rivela pieno, denso, vivido. Vorrei essere chiaro su questo aspetto: non si tratta dell'ultimo trovato della fantasia di un accademico, ma di un elemento di analisi con i piedi ben saldati a terra. Questo elemento si sostanzia, ad esempio, nella motivazione che il Governo deve fornire in merito alle sue decisioni, chiarendo i suoi rapporti con il Parlamento e la necessità di illustrare le motivazioni alla base delle sue determinazioni. E questo avviene *chiunque sia il Cancelliere*, come lo chiamiamo in Germania. Il Governo tedesco, in questo modo, rispetta l'essenza stessa della società democratica.

Ed è proprio per questo motivo che, nell'art. 2 del TUE, troviamo i dodici principi, elencati tutti insieme: essi costituiscono la sostanza della società democratica europea. Ci aiutano a comprenderla. Grazie al loro rispetto, l'Europa unita ha costruito un'identità molto diversa rispetto ad altri Paesi, per esempio dagli Stati Uniti – che per molti versi, peraltro, sono a noi molti vicini.

I dodici principi di cui all'art. 2 del TUE sono al centro del concetto che sto cercando di delineare. Hanno un ruolo fondamentale nel diritto costituzionale della *società democratica europea*. Svolgendo qualche considerazione teorica e qualche affondo concettuale, si può affermare che questi principi hanno due dimensioni: *classificatoria* e *comparativa*. La prima concerne l'inclusione degli Stati che rispettano questi principi: è una questione semplice, che si riassume in un *sì* o in un *no*. In questo senso, possiamo chiederci se la Polonia e l'Ungheria siano ancora Stati membri democratici, se rispettino ancora lo stato di diritto, se, dunque, siano inclusi nell'Unione. La risposta può essere sì o no. Oggi ci poniamo la stessa domanda anche per l'Ucraina: può diventare un membro dell'Unione europea? Rispetta lo stato di diritto? La questione classificatoria, in altri termini, è chiara: per essere membro dell'Unione occorre superare questa soglia.

La seconda dimensione, ossia quella *comparativa*, pone una questione diversa, di ordine *qualitativo*: tratta, infatti, del *più* e del *meno*. In questo caso,

i principî sono visti come traguardi “*traguardi*” e, in particolare, per ricordare Alexy, “*traguardi di ottimizzazione*”. La dimensione comparativa serve a capire se la Germania, l’Italia o la stessa Unione europea, ad esempio, siano enti democratici. Non vi sono dubbi in merito. Ma non vi sono dubbi, allo stesso modo, sul fatto che potrebbero essere ancora più democratiche di quanto sono oggi. Ebbene, le Corti costituzionali si inseriscono esattamente in questo processo, perché contribuiscono a *migliorare* il diritto degli Stati e della società.

2.3 Il discorso fin qui svolto ci conduce, ora, al ruolo dei Giudici e alla funzione giurisdizionale costituzionale, nazionale ed europea. I principali interpreti dei principî sono proprio i Giudici costituzionali: certo, non sono gli unici, ma il loro ruolo *nella società europea* è imprescindibile, perché lavorano sul “DNA” di questa società, sulla sua identità.

Le ripercussioni sono molteplici. La prima è che i Giudici europei, nell’interpretare i principî, esercitano una funzione costituzionale. Da questo punto di vista, Lussemburgo e Strasburgo detengono una funzione essenziale nella costruzione della società democratica europea: ne permettono l’emersione e la definizione. Senza i lavori delle Corti, in altri termini, non ci sarebbe una società democratica europea.

Questo aspetto traccia anche una differenza rispetto alla società democratica tedesca e a quella italiana: per quanto si possano apprezzarne le Corti, infatti, nessuno affermerebbe che, in loro assenza di questi due organi costituzionali, non si avrebbero società democratiche. Al contrario, a livello europeo è molto difficile immaginare una società democratica senza il lavoro di Lussemburgo – e, aggiungo, di Strasburgo.

Anche se i Giudici europei fanno, nei termini appena esposti, “più” dei Giudici nazionali, le Corti degli Stati membri esercitano – non vi sarebbe nemmeno bisogno di aggiungerlo – una funzione vitale per la società europea. Come afferma il più volte citato art. 2 del TUE, gli Stati membri mantengono una funzione fondamentale per la sua costruzione, perché il concetto di popolo è essenziale. Il Trattato fa riferimento ai popoli nazionali degli Stati membri. Di qui il nesso, primario, con il concetto del pluralismo, il quale mette in evidenza che, presso i popoli nazionali, sussiste un’interpretazione a volte

diversa dei principi costituzionali. Anche questo fa parte, innegabilmente, della loro identità.

Se le Corti nazionali manterranno, nel quadro dell'art. 2 del TUE, una funzione interpretatrice che tenga conto di queste differenze e permetta un'interazione positiva tra le diverse parti, la declinazione dei principî potrà generare un dialogo vivo e a una comparazione costruttiva. In caso contrario, la società europea non potrà funzionare.

Come si vede, dunque, è forte il bisogno di forgiare una visione comune: le Corti devono farlo insieme, per fare della *società democratica* una società *sempre più democratica*.

3. La responsabilità comune ma differenziata

3.1 Si può ora passare al secondo argomento: la responsabilità comune, ma differenziata.

Innanzitutto, si può predicare una responsabilità comune come *fatto giuridico*. È facile da osservare nell'art. 4, par. 3, TUE, dove è sancito il principio di leale cooperazione. Si può vedere, inoltre, anche nelle Costituzioni nazionali: tanto l'art. 10, quanto l'art. 117 della Costituzione italiana sono comunemente interpretati alla stregua di un mandato, diretto a svolgere e garantire una leale collaborazione.

Questo aspetto si è sviluppato molto negli ordinamenti europei: oggi assistiamo a diverse Corti costituzionali che hanno compreso in modo pieno il valore, anche simbolico, del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Nel momento in cui lo utilizzano, partecipano al processo complessivo della costruzione europea e assumono una responsabilità comune.

Questa responsabilità, tuttavia, è differenziata: da un lato – cosa ovvia – c'è un legame primario di queste Corti con l'ordinamento che le istituisce. È questo legame, del resto, a conferire legittimazione ai Giudici. Così devono leggersi le formule in base alle quali la Corte costituzionale italiana giudica “*in*

nome del popolo italiano”, il *Bundesverfassungsgericht* giudica “*in nome del popolo tedesco*”, il *Verfassungsgerichtshof* “*in nome della Repubblica austriaca*”, il *Tribunal Constitucional* “*in nome del Re*” e la Corte di giustizia “*in nome dell’Unione*”. Questo rende chiara anche la differenza: le formule, infatti, rappresentano le prime parole con cui si inizia una sentenza. Al contempo, ciò significa che ogni sentenza è differenziata: di qui è possibile iniziare a comprendere il ruolo specifico delle Corti costituzionali *nella società europea*.

Lo vedremo subito.

3.2 Ci sono quattro elementi da considerare.

Primo, le Corti nazionali hanno cercato di affermarsi – e ci sono riuscite – quali interlocutrici principali delle Corti europee: quando si ricerca un dialogo per sviluppare i principî costituzionali, i Giudici nazionali sono il primo interlocutore. Come sappiamo bene, il dibattito può essere anche molto acceso. Le Corti nazionali svolgono una funzione di “trasmissione”: l’introduzione e la configurazione di principî costituzionali a livello europeo deriva dal loro ruolo, che si è rivelato centrale. Anche altre funzioni sono di grande impatto: le Corti nazionali svolgono una funzione di legittimazione, in quanto molti cittadini vedono le istituzioni europee in una posizione ancora troppo lontana dalla loro realtà politica e democratica – e, per questo, non sono del tutto sicuri circa la loro legittimazione. Ne consegue che, se una Corte nazionale accoglie quanto statuito dalla Corte europea, chi accresce la propria legittimazione è proprio quest’ultima, grazie all’attività della prima. Ciò avviene a condizione che si possa continuare a esercitare un controllo e vi siano specifiche vie di fuga, perché un obbligo di seguire pedissequamente la giurisprudenza europea non potrebbe conferire una legittimazione adeguata.

Secondo, la responsabilità comune si snoda secondo alcuni cardini essenziali. Nel caso della Corte italiana, il pensiero corre immediatamente all’ormai il famosissimo caso *Taricco*: un vero e proprio pilastro nell’architettura costituzionale europea. La lettura fornita in ordine a questa pronuncia è unanime e produce conseguenze ineludibili; tra le sue conseguenze, anche una rilettura della giurisprudenza della *Bundesverfassungsgericht*. A questo proposito, va comunque precisato che questo filone giurisprudenziale

non è propriamente della *Corte costituzionale federale tedesca*, ma solo del Secondo Senato: il Primo Senato, infatti, risulta più allineato alla Corte costituzionale italiana.

Se fosse possibile impostare un nuovo ragionamento in base a questa differenziazione, sarebbe opportuno cambiare la giurisprudenza del Secondo Senato: ho discusso approfonditamente di questo aspetto con Davide Paris. Mi piace poter affermare che la Corte italiana “gioca a *poker*”, perché *va a vedere* le carte degli altri e, senza giungere al braccio di ferro, cerca di capire dove può arrivare. Quanto avvenuto dopo *Taricco* mi pare abbia consolidato la fruttuosità dell’approccio della Corte italiana: ne parlammo insieme a Marta Cartabia, sottolineando come la Corte italiana abbia esercitato, in modo accorto e con approccio relazionale, le funzioni che la Costituzione le conferisce. Do un giudizio molto positivo a questo approccio, che consente alla Corte italiana di vivere pienamente nell’ambito della *società europea*.

Terzo, i casi ungheresi e polacchi mostrano un problema evidente: di fronte ad esecutivi costruiti con maggioranza autoritaria, sono state erette vere e proprie “*fortezze costituzionali*”. Questo è vero, in particolare, per la Corte polacca: non è più una Corte indipendente, come afferma anche Strasburgo, perché è divenuta *un’arma dell’esecutivo polacco*. Cosa fare in una situazione del genere? Qui vi è bisogno, a mio giudizio, di rinnovare il discorso europeo, perché una parte della Corte polacca è posta nella società europea. Ed è qui che occorre iniziare a ragionare circa la *responsabilità penale dei Giudici, compresi i Giudici costituzionali*, perché un simile strumento giuridico può consentire una via d’uscita, sottraendosi ai ricatti del potere nazionale.

È un tema, chiaramente, delicatissimo ed è necessario discuterne a fondo. Si parla molto della posizione di questi Paesi: se si formasse una diversa maggioranza, si potrebbe dare un taglio netto rispetto al pregresso – e, in altre sedi, se ne è già parlato. Questo significa pensare a una sorta di “nuova costituente”, sia in Ungheria che in Polonia, volta a cambiare il regime attuale e disconoscere ogni vincolo giuridico precedente. Tuttavia, ciò potrebbe creare enormi difficoltà, perché comporterebbe la privazione di valore giuridico a migliaia di sentenze. Cosa fare, allora, di fronte a questa ipotesi? A mio avviso, si potrebbe partire dal principio di stato di diritto dell’Unione europea e dalla tutela dei diritti fondamentali. Se questi sono negati, allora i Giudici alla Corte

costituzionale polacca e della Camera disciplinare – che si sono fatti strumentalizzare e mettendo a tacere le voci critiche, ossia togliendo di mezzo i Giudici “dissenzianti” – sono da ritenere responsabili, anche in chiave penalistica. Per mantenere lo stato di diritto si potrebbe utilizzare anche il rinvio pregiudiziale, che potrebbe essere attivato proprio in base all’art. 2 del TUE, La Camera disciplinare e la Corte costituzionale polacche, infatti, non sono Corti: una tesi sostenuta proprio da Lussemburgo, allorché richiede l’indipendenza degli organi giurisdizionali che dispongono il rinvio. Se l’indipendenza manca – ad esempio, perché i rimettenti sono meri strumenti del potere esecutivo – allora ci si trova in palese violazione dell’art. 2 del TUE. La giurisprudenza in merito è ricca e coraggiosa: confermando che il richiamato art. 2 crea obblighi giuridici puntuali, ha trovato molto consenso in Europa, con ricadute evidenti. L’adozione, da parte del Consiglio e del Parlamento, del notissimo *regolamento sulla condizionalità*³, già citato, dimostra proprio l’ampio consenso riconosciuto alla Corte di giustizia. Un consenso che si è trasformato in una sponda di natura politico-istituzionale.

Quarto, dobbiamo ricordare che, in base all’efficacia diretta della disposizione (partendo dalla sentenza *Costa c. Enel*, che muoveva proprio da un caso italiano) e al primato del diritto dell’Unione, ogni Giudice interno deve applicare il diritto nazionale in accordo con i principi euro-unitari. Ciò significa che un Giudice non può irrogare una sanzione disciplinare a un altro Giudice, qualora questa sanzione si ponga in contrasto con l’art. 2 del TUE, perché si tratterebbe di una lettura contrastante con i richiamati caratteri del diritto dell’Unione, che renderebbe la sanzione priva di base giuridica.

La diretta conseguenza di quanto affermato è di ravvisare, come anticipato, *una responsabilità di natura penale*: questa potrebbe sorgere qualora i Giudici nazionali, con colpa grave o con dolo, non rispettino i valori dell’Unione europea, così causando danni a un terzo (negli esempi fatti, privando una persona del proprio ruolo, sanzionandola, facendola trasferire in una sede disagiata). In inglese, questo si definisce *perversion of the law*, ossia l’abuso di ufficio: si tratta di un reato, che in Germania è sanzionato dall’art.

³ Regolamento n. 2020/2092, del 16 dicembre 2020, *relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione*, in Gazzetta ufficiale dell’Unione europea del 22 dicembre 2020, LI 433/1 [NDR].

339 del *Strafgesetzbuch GesetzBuch*, in Italia dall'art. 323 del *Codice penale*, in Polonia dall'art. 231 del *Kodeksu karnego*.

Ne consegue che, ove un pubblico ufficiale, ivi incluso un Giudice, abusi del potere a lui attribuito a danno di un'altra persona, avrà commesso un reato gravissimo, perché si sarà posto in conflitto radicale con l'indipendenza che gli è richiesta nell'esercizio delle sue funzioni. Sia chiaro, a scanso di equivoci: è ovvio che anche ai Giudici sono concessi errori. I Giudici possono sbagliare. Possono anche non rispettare il 'precedente' di un'altra Corte: fa parte della loro indipendenza. Tuttavia, quando si sanziona *un altro Giudice* senza base giuridica – ipotesi in cui sono convinto rientri, come sopra illustrato, una decisione che neghi il primato del diritto dell'Unione europea e gli effetti diretti, ove applicabili – si supera la linea fondamentale tracciata dalla Corte di giustizia, riconosciuta anche dall'Avvocato generale Kokott proprio nel caso *Taricco*. Questa linea traccia la sussistenza dell'obbligo, per gli Stati membri, di punire le violazioni del diritto dell'Unione europea, che sono da considerare alla stregua di violazioni del diritto nazionale.

Facciamo un esempio concreto: se la Corte costituzionale italiana pronunciasse una sentenza stabilendo che un Giudice (ma anche un giornalista) *non* può essere sanzionato da un tribunale penale italiano, perché soggetto al controllo dell'esecutivo, ma poi quel tribunale emetta comunque la condanna, emerge il tipo di responsabilità di cui sto parlando. Questo risponde a un principio basilare: è inconcepibile che una Corte, in Europa, eserciti le sue funzioni "omaggiando" l'esecutivo. La Corte di giustizia ha confermato questa linea interpretativa. Non vi è spazio per una camera disciplinare come quella che ha sanzionato il Giudice Igor Tuleya, nonostante il sostegno della Corte costituzionale polacca. Se lo fa, siamo di fronte a una forma di responsabilità molto grave. Come ho detto in apertura, oggi abbiamo con noi il Giudice Viganò, il quale ci parlerà sicuramente, in modo approfondito, di questo aspetto.

Sottolineo sin d'ora, ad ogni modo, che è essenziale ragionare su una via di uscita, che ci sollevi dalla difficile situazione in cui ci troviamo.

3.3 Il mese prossimo l'opposizione ungherese si troverà in una condizione molto difficile, in ragione del fatto che Orbán, come prima ricordato, si è costruito una “*fortezza costituzionale*”. Alcune leggi cardinali, infatti, possono essere modificate solamente con la maggioranza qualificata dei due terzi: un risultato impossibile da raggiungere con l'attuale legge elettorale ungherese. Per questo, in modo logico, la via d'uscita dalla “*prigione costituzionale*” di Orbán può essere battuta solo con il sostegno delle istituzioni europee.

Vorrei sottolineare un aspetto decisivo e, al contempo, avanzare una proposta: il nuovo governo, come primo atto, dovrebbe chiedere un parere alla Commissione di Venezia, per avere un sostegno idoneo a sorreggere l'intenzione di *non* applicare le leggi e di *non* sanzionare questi individui. La Commissione di Venezia, in fin dei conti, è il gran Senato delle Corti costituzionali europee (lo capiamo osservandone la composizione). Se la Commissione di Venezia fornisse un parere positivo al quesito, allora potremmo assistere a un processo di cambiamento reale perfettamente legittimato *dalle istituzioni europee*. C'è, in altri termini, la possibilità di coinvolgere queste ultime per conseguire il cambiamento. Questa possibilità va rimarcata ed evidenziata ancora una volta: i governi possono *tornare* nella società democratica europea *con il sostegno delle istituzioni europee*, le quali possono riaprire la strada verso lo *stato di diritto*.

Come è possibile intuire, ci troviamo in una situazione nuova, perché fino ad ora le grandi trasformazioni costituzionali dei Paesi sono state appannaggio dei poteri costituenti nazionali, che non incontrano nulla di più alto rispetto a sé (*superiorem non recognoscens*). Oggi, invece, tutto questo avviene in un ordinamento giuridico molto fitto e il contesto, decisamente mutato, ci impone di pensare che i cambiamenti costituzionali si possono produrre anche in questo modo, secondo una dinamica composita e più articolata.

Questo discorso, così vasto, ci conduce al terzo argomento del mio intervento odierno: la giustizia costituzionale da esperimento a necessità, di cui mi accingo ora a parlare.

4. La giustizia costituzionale da esperimento a necessità

4.1 Sappiamo tutti molto bene qual è il punto di partenza di questo terzo argomento: è il pensiero di Francesco Nitti, il quale, come noto, affermò che avere una Corte costituzionale fosse una “stravaganza”. Nitti era molto scettico, non vedeva di buon occhio i Giudici costituzionali: questo atteggiamento si è protratto per molto tempo.

Oggi, però, guardandoci indietro, possiamo trovare tanti segnali di evoluzione. Torniamo, ad esempio, al 1972: in quell’anno è nata la *Conferenza europea delle Corti costituzionali*. All’inizio, le Corti coinvolte erano quattro: italiana, tedesca, austriaca e, infine, la Corte costituzionale della Repubblica socialista jugoslava, che non esiste più. Dalle quattro iniziali, tutte hanno successivamente aderito: oggi tutti i Paesi partecipano alla Conferenza. Questo ampliamento mostra il successo dell’iniziativa, denotando – ed è quello che maggiormente ci interessa – *un mutamento strutturale* della funzione della giustizia costituzionale.

4.2 Il motivo principale per cui sono state istituite le Corti costituzionali in Germania, in Italia, in Spagna e nei Paesi socialisti era la spinta anti-autoritaria: una spinta insita nelle Corti. Gli organi costituzionali sono stati istituiti, in altre parole, per evitare nuove derive autoritarie. È una funzione che la Corte italiana e la Corte tedesca non hanno mai dovuto esercitare, fortunatamente, anche perché avevamo il guardiano della democraticità, ossia la Casa Bianca a Washington.

Per il motivo appena illustrato, le Corti hanno iniziato a svolgere un’altra funzione: dal ruolo di protezione da (e contro) un potere autoritario, si è passati, a partire degli anni Settanta del XX Secolo, a quello di accompagnamento verso la democratizzazione nelle nostre società. Questo è stato possibile soprattutto grazie a una larga giurisprudenza sui diritti fondamentali, la quale ha fatto in modo che ogni forma di esercizio del potere debba essere giustificata. È un elemento centrale del concetto di democraticità: allorché vi sia un potere, occorre la sua giustificazione. È la base, a mio giudizio, della costruzione della società.

Del resto, se pensiamo alla funzione di protezione da – e contro – gli autoritarismi, lo studio della Storia ci mostra che le Corti costituzionali sono molto forti, ma il governo può comunque depotenziarle. Ne abbiamo la prova, ravvicinata, del governo polacco, che ha letteralmente fatto “girare” la Corte di quel Paese. Se penso a quanto siamo orgogliosi noi tedeschi, a ritenere che, in Germania, un simile capovolgimento non sia attuabile, mi accorgo subito, senza difficoltà, che questo non è vero. Se, infatti, in Germania si formasse un esecutivo come quello di Kaczynski, l’effetto sarebbe lo stesso, perché nella *Grundgesetz* è richiesta solo *la maggioranza assoluta* per eleggere i Giudici costituzionali. È vero che la legge sul funzionamento della *Bundesverfassungsgericht* richiede la maggioranza dei due terzi: tuttavia, con un esecutivo schiacciante – come quello polacco – la maggioranza assoluta potrebbe modificare questa legge e, a valle, incidere facilmente sulle nomine dei Giudici. Si creerebbe un circolo vizioso e sarebbe un vero scandalo, ma per Kaczynski od Orbán, come sappiamo, il problema non si pone.

Vanno dunque tratte le dovute conseguenze: una protezione reale, che vada in senso anti-autoritario, non risiede nella singola Corte, ma nell’*unione delle Corti costituzionali nella società europea*. Solo grazie a tale unione la Bulgaria e la Polonia – anche nella deriva attuale – possono trovare solidi alleati, che mirino al loro rientro nello stato di diritto: sono gli alleati delle minoranze, e avversari delle scelte attuate; vogliono, e cercano di realizzare, il ritorno a una piena democrazia nei due Paesi. Sono, evidentemente, la Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo. Ma non solo: si aggiunge l’insieme dei costituzionalisti europei, le loro idee e le loro opinioni, che contribuiscono in modo vivo a tale percorso.

4.3 Giunti a questa latitudine, sento ormai di poter affermare che oggi sussiste *un obbligo giuridico di disporre di una giustizia costituzionale effettiva*. Quest’obbligo risale agli albori del processo di integrazione europea, a sentenze fondamentali come *Costa c. Enel*, *Simmenthal* e alle loro conseguenze. È un obbligo che impone il rispetto del diritto dell’Unione europea, ma anche della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Anche qui, peraltro, va notato un cambiamento epocale, avvenuto nel 2017. Fino al 2016, infatti, la Commissione di Venezia – lo sottolineo ancora una volta, grazie all’unione di pressoché tutti i Giudici costituzionali europei – aveva semplicemente *raccomandato* che le Costituzioni nazionali prevedessero l’istituzione di una Corte costituzionale. Pochi mesi dopo, invece (nel 2017, appunto), la Commissione ha reso un parere sul caso della Polonia, mettendo per iscritto due punti fondamentali. Primo, devono essere stabiliti requisiti seri ed elevati per assicurare l’indipendenza di una Corte costituzionale. Secondo, una Corte costituzionale, anche in una situazione di “crisi costituzionale”, non può essere soppressa. È solo rispettando questi dettami che si rientra negli standard europei. Da qui si può dedurre che la presenza di una Corte costituzionale costituisce, ormai, un obbligo vigente in uno stato di diritto, perché, a sua volta, la giustizia costituzionale è fondamentale per la costruzione di *una società democratica europea*.

Quale formula potrebbe esprimere questa responsabilità, così complessa, che i Giudici costituzionali detengono nella società europea? A mio giudizio, quella secondo cui Essi sono Giudici non soltanto *nella* società europea, ma anche *della* società europea.

In altre parole, e con questo concludo, oggi i Giudici costituzionali, come quelli della Corte italiana, a cui ho l’onore di rivolgermi, decidono *non soltanto nel nome del popolo italiano*, ma anche *nel nome della società europea*.

Vi ringrazio sentitamente per l’attenzione e sono davvero incuriosito e sinceramente interessato al dibattito che si aprirà su questi argomenti.