

Il rispetto del principio di rule of law come sfida per il futuro dell'Unione europea

Laura Montanari*

1. Premessa

Il confronto tra gli Stati membri dell'UE che ha accompagnato negli ultimi mesi il procedimento per l'approvazione del bilancio pone in luce la difficoltà di mettere al centro del processo di integrazione i principi e i valori sanciti dall'art. 2 del TUE.

Il riferimento è in particolare al principio dello Stato di diritto e ai suoi corollari quanto alla garanzia dell'indipendenza del potere giudiziario. E' proprio in questo ambito che negli anni più recenti si è aperto un conflitto tra le Istituzioni europee e Polonia ed Ungheria, con l'avvio rispetto ad entrambi i Paesi della procedura di cui all'art. 7 del TUE.

Ho scelto di dedicare a questo tema il mio intervento, perché è proprio grazie ad alcuni progetti coordinati da Roberto Toniatti che ho avuto modo di iniziare a occuparmene. Primo fra tutti, il PRIN 2005 dedicato a "Il pluralismo nella transizione costituzionale dell'area balcanica: diritti e garanzie", per il quale ho coordinato l'Unità dell'Università degli Studi di Teramo su "Il principio di Rule of Law, i diritti fondamentali e la loro tutela".

Già dal titolo del progetto emergono alcune tematiche care a Roberto Toniatti, come il pluralismo, la tutela dei diritti e i Paesi dell'Est europeo e dei Balcani occidentali. Si è trattato di un percorso durato diversi anni che è stato l'occasione per sperimentare un metodo di lavoro fortemente connotato dal confronto, anche con gli esperti dell'area, dal coinvolgimento dei giovani e dall'impegno a tradurre i risultati in volumi collettanei che testimoniassero la ricerca comune.

Ci sono stati poi altri due progetti PRIN – "Magistrature, giurisdizioni ed equilibrio istituzionale" (MaGIE) del 2007 e "Giurisdizione e Pluralismi" (JPs) del 2010-2011 – che hanno focalizzato l'attenzione sul ruolo del Giudiziario, in una prospettiva innovativa e ricca di sollecitazioni. La ricerca Giurisdizione e Pluralismi, in particolare, è stata l'occasione per coniugare prospettive di analisi diverse, assecondando l'apertura e, se posso permettermi di indicarla così, la curiosità – sempre caratterizzate dalla serietà dello studio e dal rigore metodologico – che in ogni occasione ho colto nel dialogo con Roberto Toniatti.

In questa fase storica, i diversi profili cui ho fatto cenno convergono e si pongono al centro del confronto in atto a livello europeo. La sfida sulla tenuta del pluralismo integrativo in Europa, a mio parere, si gioca oggi proprio sul piano dei principi e dei valori di cui all'art. 2 TUE, degli strumenti per garantirli e, prima ancora, delle modalità per renderli effettivamente comuni.¹

* Professoressa di diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Udine.

¹ I successivi paragrafi del presente contributo riprendono il testo pubblicato, con il medesimo titolo, nella Rivista La Comunità internazionale, 2020, 75, edita dalla Editoriale Scientifica di Napoli.

2. Il principio di rule of law nel quadro dell'identità europea

Negli anni più recenti la riflessione sul principio di rule of law ha assunto un rilievo centrale per l'Unione europea (UE). Già nel 1986 – con la nota sentenza *Les Verts* – la Corte di giustizia aveva qualificato la Comunità europea come una «community based on the rule of law»², tuttavia il fattore che ha imposto la ricerca di una definizione più precisa dei contenuti di questo principio e l'individuazione degli strumenti per garantirne il rispetto è costituito, a parere di chi scrive, dall'apertura dell'Unione ai Paesi dell'Est europeo dopo il crollo dello Stato socialista in quella parte d'Europa. Fra i parametri di condizionalità che sono stati applicati al fine di permettere l'ingresso dei nuovi membri nell'UE, infatti, il rispetto del principio di rule of law ha assunto una posizione determinante³. Non solo, lo stesso è divenuto elemento di valutazione anche all'interno della stessa Unione, nel momento in cui – al fine di evitare l'applicazione di un doppio standard – si è fatto più stringente il controllo sul rispetto dei valori fondanti del sistema sovranazionale da parte degli Stati membri.

Tale principio è parte dei valori richiamati dall'art. 2 TUE, che gli Stati aspiranti all'adesione devono fare propri ai sensi dell'art. 49 TUE e che gli Stati membri devono rispettare per non essere sottoposti alla procedura di cui all'art. 7 TUE⁴. In realtà si può dire che tale principio concorre alla definizione "in senso ampio" dell'identità europea, che coinvolge anche il Consiglio d'Europa e il sistema di tutela dei diritti basato sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)⁵. Ciò trova conferma nelle citazioni spesso presenti negli atti dell'UE dei rapporti e dei pareri della Commissione di Venezia, così come della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU o Corte di Strasburgo), segno di una sinergia tra i diversi soggetti che operano a livello europeo nella ricerca di uno standard condiviso.

Com'è noto, il principio di rule of law costituisce un elemento chiave del "costituzionalismo occidentale", di cui segue l'evoluzione passando da una lettura

² Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo, spec. punto 23. Per una ricostruzione v. L. PECH, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Papers 04/09.

³ Com'è noto, tra i "criteri di Copenaghen", adottati nel 1993 in vista dell'adesione dei Paesi dell'Est europeo, l'Unione ha previsto che il Paese candidato debba assicurare una stabilità istituzionale che garantisca, tra l'altro, il principio di rule of law (nella versione italiana reso con principio di legalità, anche se nelle traduzioni più recenti, v. ad esempio il "glossario delle sintesi", viene utilizzata la formula Stato di diritto: eur-lex.europa.eu/summary/glossary.html). V., con una particolare attenzione ai Paesi dei Balcani occidentali, L. APPICCIAFUOCO, *La promozione dello Stato di diritto nei Paesi dei Balcani occidentali: il ruolo dell'Unione europea*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010, 93 ss.

⁴ La procedura prevista dall'art. 7 è finalizzata a garantire il rispetto dei valori sanciti all'art. 2 TUE e può essere attivata nei casi in cui vi sia «un evidente rischio di grave violazione» (par. 1) oppure «l'esistenza di una violazione grave e persistente» (par. 2). In questa seconda ipotesi, che deve essere riconosciuta dal Consiglio europeo all'unanimità, possono essere sospesi alcuni dei diritti di cui il Paese gode sulla base dei Trattati, incluso il diritto di voto nel Consiglio.

⁵ I riferimenti si trovano all'art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa e nel Preambolo della CEDU. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha contribuito poi all'individuazione dei contenuti, con una particolare attenzione ai profili legati alla tutela giurisdizionale.

basata sulla centralità della legge nell'epoca liberale ad una concezione che riconosce la prevalenza, anche sul piano sostanziale, della Costituzione nello Stato democratico-sociale, rispetto al quale si può parlare di Stato costituzionale di diritto⁶. Nello stesso tempo, però, il principio di rule of law è legato alla storia di ogni singolo Paese, di modo che – anche al di là della distinzione tra ordinamenti di common law e di civil law – le diverse esperienze non sono perfettamente sovrapponibili. La stessa Commissione di Venezia, nel rapporto sulla rule of law pubblicato nel 2011, ha messo in evidenza – ricordando le diverse denominazioni adottate a livello nazionale (rule of law, Stato di diritto, Estado de derecho, État de droit, Rechtsstaat) – la difficoltà di individuare, anche in ambito europeo, un contenuto condiviso⁷.

La riflessione della dottrina ha portato a distinguere tra una concezione formale (debole, thin), incentrata sul rispetto delle regole relative al conferimento e all'esercizio dei poteri pubblici, e una concezione sostanziale (forte, thick), che prende in considerazione anche vincoli relativi al contenuto dell'esercizio del potere, che nella tradizione occidentale può essere ricondotta al binomio tra tutela dei diritti e separazione dei poteri⁸. In questa seconda prospettiva si può collocare l'efficace sintesi proposta da Danilo Zolo, secondo cui «lo Stato di diritto è una versione dello Stato moderno europeo, nella quale, sulla base di specifiche assunzioni filosofico-politiche, si attribuisce all'ordinamento giuridico la funzione di tutelare i diritti soggettivi, contrastando la tendenza del potere politico a dilatarsi, a operare in modo arbitrario e a prevaricare»⁹.

Nel processo di integrazione europea le tradizioni costituzionali comuni hanno costituito un punto di riferimento essenziale per la costruzione del contenuto valoriale del sistema sovranazionale, sul piano della tutela dei diritti fondamentali innanzitutto, ma anche per la definizione dei principi sull'organizzazione dei poteri¹⁰. Nella comunicazione dell'aprile 2019 sul rafforzamento dello Stato di diritto nell'UE, la Commissione afferma: «Lo Stato di diritto è uno dei valori fondanti dell'Unione europea e rispecchia la nostra identità comune e le nostre comuni tradizioni

⁶ Tra i molti si possono richiamare: P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2003; R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004; T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, 2010; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, 2010; P. GOWDER, *The Rule of Law in the Real World*, New York, 2016.

⁷ Venice Commission, *Report on the Rule of Law*, Venice, 25-26 marzo 2011, CDL-AD(2011)003rev.

⁸ Su questi profili, v. l'analisi di L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, cit., 349 ss.

⁹ Così D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), op. cit., 17 ss., spec. 33-34. Può essere interessante richiamare l'art. 3 della Costituzione della Serbia del 2006, dedicato al principio di rule of law e che, a differenza delle soluzioni adottate negli altri Paesi dell'Est europeo, non si limita ad un'affermazione di carattere generale, ma ne declina anche il contenuto, in una accezione sostanziale: «Rule of law is a fundamental prerequisite for the Constitution which is based on inalienable human rights. The rule of law shall be exercised through free and direct elections, constitutional guarantees of human and minority rights, separation of power, independent judiciary and observance of Constitution and Law by the authorities».

¹⁰ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, e P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010.

istituzionali»¹¹. Senza negare la complessità cui si è accennato, secondo la Commissione è quindi possibile individuare un «significato essenziale» che, «nonostante le diverse identità nazionali e i diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche che l'Unione è tenuta a rispettare, è lo stesso in tutti gli Stati membri»¹².

3. La complessa definizione dei contenuti del principio

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si può verificare quale significato sia stato attribuito a livello europeo al principio di rule of law, al fine di individuare i criteri per valutare le scelte fatte dagli Stati (e dalle istituzioni europee). I documenti maggiormente rilevanti sono relativamente recenti e sono riconducibili sia all'UE che al Consiglio d'Europa, tenuto conto della sinergia cui si è fatto cenno in precedenza.

Come punto di partenza dell'analisi può essere preso il rapporto sulla rule of law adottato dalla Commissione di Venezia nel 2011. Il suo obiettivo infatti – come indicato nell'Introduzione – «[...] is to identify a consensual definition of the rule of law which may help international organisations and both domestic and international courts in interpreting and applying this fundamental value»¹³. A fronte della diversa evoluzione costituzionale che caratterizza i Paesi europei, viene proposta un'interpretazione che privilegia i profili procedurali, tipici del modello anglosassone, come testimonia la citazione di Tom Bingham secondo cui «all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts»¹⁴. Il riferimento è, dunque, eminentemente ai caratteri della legge, alla certezza del diritto e al controllo giurisdizionale. Il documento, al punto 41, elenca 6 elementi che possono costituire uno schema di valutazione condiviso: «(1) Legality, including a transparent, accountable and democratic process for enacting law; (2) Legal certainty; (3) Prohibition of arbitrariness; (4) Access to justice before independent and impartial courts, including judicial review of administrative acts; (5) Respect for human rights; (6) Non-discrimination and equality before the law»¹⁵. Va precisato che il riferimento ai diritti umani concerne essenzialmente quelli collegati al giusto processo. In ogni caso, lo stesso rapporto ribadisce che, al di là della diversità delle possibili interpretazioni, il principio di rule of law «must be distinguished from a purely formalistic concept

¹¹ Cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, del 3 aprile 2019, Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative, COM(2019) 163 final, spec. 1.

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 17 luglio 2019, Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione, COM(2019) 343 final, 1.

¹³ Venice Commission, Report on the Rule of Law, cit., punto 3.

¹⁴ Ivi, punto 36; T. BINGHAM, op. cit.

¹⁵ Va ricordato che nel 2016 la Commissione di Venezia ha ulteriormente precisato i parametri di riferimento adottando una checklist: Venice Commission, Rule of Law Checklist, del 18 marzo 2016, CDL-AD(2016)007.

under which any action of a public official which is authorised by law is said to fulfil its requirement», essendo un elemento costitutivo di ogni società democratica¹⁶.

Di poco successiva a questo documento è la comunicazione della Commissione europea del 2014, dedicata a Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, dove in termini analoghi viene ribadito che lo Stato di diritto «è la spina dorsale di ogni democrazia costituzionale moderna» e costituisce «uno dei principi fondanti che discendono dalle tradizioni costituzionali comuni di tutti gli Stati membri dell'UE». Il rispetto di tale principio, da parte dei Paesi membri, è essenziale per assicurare la fiducia reciproca che è una delle basi per «l'ulteriore sviluppo dell'UE come 'spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne'»¹⁷. Il documento risponde alle sollecitazioni che la Commissione aveva ricevuto dal Consiglio e dal Parlamento europeo affinché individuasse strumenti adeguati per affrontare le criticità che stavano emergendo in alcuni Stati membri, prima dell'attivazione della "opzione nucleare" costituita dalla procedura dell'art. 7 TUE¹⁸.

Preliminarmente la Commissione europea affronta la questione dei contenuti del principio, che vengono ricostruiti nel quadro della riflessione in atto a livello europeo, tenendo in considerazione le indicazioni fornite dal Consiglio d'Europa e dalla Commissione di Venezia, nonché dalla giurisprudenza delle Corti europee. L'elenco che viene proposto richiama quello formulato dalla Commissione di Venezia nel 2011: «Si tratta dei principi di **legalità** (secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico); **certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; indipendenza e imparzialità del giudice; controllo giurisdizionale effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; uguaglianza davanti alla legge**» (grassetto nell'originale). Anche la Commissione europea precisa che «tali principi non sono meri requisiti procedurali formali, bensì il mezzo per garantire il rispetto della democrazia e dei diritti dell'uomo»¹⁹.

In tale prospettiva, un ruolo essenziale viene riconosciuto al potere giudiziario. Nell'allegato, che declina ulteriormente i contenuti dello Stato di diritto, alla lettera (d) si fa riferimento al «controllo giurisdizionale indipendente ed effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali». La giurisprudenza della Corte di giustizia conferma questa interpretazione, riconducendo ai principi generali del diritto europeo e alla CEDU il «diritto ad un tribunale indipendente, in particolare

¹⁶ Venice Commission, Report on the Rule of Law, cit., punti 15-16.

¹⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, dell'11 marzo 2014, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, COM(2014) 158 final, spec. 1. Per un'analisi di questo strumento v., tra i molti, F. DI DARIO, La tutela dei valori dell'UE dopo la prima attivazione del "Nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto", in questa Rivista, 2016, 203 ss., e M. DAICAMPI, I meccanismi di tutela dello Stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione Europea: rassegna di alcuni recenti documenti di portata generale, in DPCE online.it, 2016, n. 4. Sul sito della Commissione vi è uno spazio dedicato a "Upholding the Rule of Law", dove sono reperibili i documenti più rilevanti ec.europa.eu.

¹⁸ Alcuni riferimenti si possono trovare nel discorso del 2013 di Viviane Reding, all'epoca vicepresidente della Commissione e commissaria UE per la Giustizia, "The EU and the Rule of Law – What next?" (europa.eu).

¹⁹ Così la comunicazione Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, cit., 4.

indipendente dal potere esecutivo»²⁰. Ciò si collega al principio della divisione dei poteri, che, pur potendo assumere declinazioni diverse nei singoli Paesi, è considerato essenziale per il funzionamento dello Stato di diritto²¹. Come vedremo, la prima applicazione del meccanismo introdotto nel 2014, che ha riguardato la Polonia, nasce proprio da una serie di interventi che avevano messo in discussione l'indipendenza del potere giudiziario²².

4. Le procedure per il garantirne il rispetto

Passando ad esaminare i profili procedurali, il "nuovo quadro" del 2014 prevede un sistema dialogico, basato sulla leale cooperazione tra il Paese interessato e la Commissione, che dovrebbe evitare di giungere all'applicazione dell'art. 7 TUE, che com'è noto presuppone il riconoscimento almeno di un «evidente rischio di violazione grave» dei valori di cui all'art. 2 TUE e richiede un ampio accordo tra gli Stati²³.

Il "nuovo quadro" può essere attivato quando sussistono «**minacce allo Stato di diritto** [...] aventi **carattere sistemico**», che lo Stato interessato non è in grado di affrontare in modo adeguato (grassetto nell'originale). La Commissione fa riferimento ai casi in cui le autorità nazionali «adottano misure o tollerano situazioni che probabilmente comprometteranno sistematicamente l'integrità, la stabilità o il corretto funzionamento delle istituzioni e dei meccanismi di salvaguardia istituiti a livello nazionale per garantire lo Stato di diritto»²⁴.

Il meccanismo prevede tre fasi: inizia dalla valutazione della Commissione, cui segue, nel caso in cui emerga una situazione critica, l'adozione di una raccomandazione ed infine il «follow-up» della raccomandazione. Nella fase di valutazione vengono prese in considerazione, tra l'altro, le indicazioni degli organi del Consiglio d'Europa e dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali. Fin dall'inizio si dovrebbe sviluppare la leale collaborazione con lo Stato interessato, cui la Commissione invia «un parere sullo Stato di diritto», che dovrebbe costituire il punto di riferimento per un confronto costruttivo (il parere rimane riservato, ma viene data notizia del suo invio). Se non si riesce a trovare una soluzione e secondo

²⁰ Sul punto si possono vedere le sentenze adottate nei confronti della Polonia a seguito dei ricorsi per infrazione promossi dalla Commissione: Corte di giustizia, Grande sezione, sentenze del 24 giugno 2019 e del 5 novembre 2019, Commissione europea c. Repubblica di Polonia, cause C-619/18 e C-192/18. Su questi aspetti v. infra par. 4, nonché M. Aranci, I recenti interventi della Corte di Giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca, in *European Papers*, vol. 4, 2019, n. 1, pp. 271 ss. e A. Rasi, Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (indépendance de la Cour Suprême), *ivi*, vol. 4, 2019, n. 2, pp. 615 ss.

²¹ Cfr. gli allegati alla comunicazione.

²² V. infra, par. 5.

²³ L'art. 7 richiede delle maggioranze molto alte: il par. 1, relativo all'evidente rischio di violazione, prevede l'approvazione da parte dei 4/5 degli Stati membri, mentre, come già accennato, il par. 2, relativo alla constatazione dell'esistenza di una violazione grave e persistente, l'unanimità. La difficoltà di raggiungere un accordo politico tra gli Stati rende, dunque, molto difficile portare a termine la procedura.

²⁴ Così la comunicazione Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, cit., 7.

la Commissione vi sono «prove oggettive di una minaccia sistemica e che le autorità nazionali in questione non stanno prendendo i provvedimenti idonei a porvi rimedio», viene adottata «una raccomandazione sullo Stato di diritto», che è resa pubblica. Nella raccomandazione vengono indicate: le motivazioni dei rilievi formulati, un termine entro cui lo Stato deve intervenire e, se necessario, le misure che devono essere adottate. Nell'ultima fase si verifica l'attuazione della raccomandazione, con ulteriori contatti con le istituzioni del Paese interessato. Anche in questo caso la Commissione può avvalersi della consulenza di altri soggetti: oltre all'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali vengono citati il Consiglio d'Europa e la Commissione di Venezia, con cui si prevede un coordinamento qualora stiano affrontando le medesime questioni. Merita di essere ricordato che vi è un esplicito riferimento alle «reti giudiziarie dell'UE»: ciò conferma, da un lato, il rilievo che la garanzia dell'indipendenza del potere giudiziario riveste nella definizione del principio dello Stato di diritto e, dall'altro, il ruolo assunto dalla cooperazione tra i magistrati in Europa, anche al fine di definire standard di garanzia condivisi²⁵. Nel caso in cui tale controllo abbia esito negativo, la Commissione può valutare se attivare la procedura di cui all'art. 7.

Come si è visto da questi brevi cenni, il "nuovo quadro" prevede un procedimento relativamente semplice, basato sul confronto e sulla collaborazione tra la Commissione e gli Stati coinvolti al fine di assicurare il rispetto del principio di rule of law. Il presupposto è evidentemente il comune interesse che dovrebbe legare istituzioni europee e nazionali nell'assicurare il rispetto e l'attuazione dei valori richiamati all'art. 2 TUE. L'esperienza della Polonia, che verrà presa in considerazione nel prossimo paragrafo, testimonia invece le resistenze degli Stati, che hanno costretto la Commissione ad avvalersi degli strumenti previsti dal Trattato: la procedura ex art. 7 TUE e quella di infrazione disciplinata all'art. 258 TFUE, sul presupposto che gli interventi statali violassero l'art. 19 TUE.

5. Segue: i casi di Polonia e Ungheria

Prima di analizzare gli atti più recenti dell'Unione in questa materia, è opportuno esaminare brevemente i casi di Polonia e Ungheria, che negli ultimi anni hanno adottato una serie di misure che hanno messo in discussione – secondo la valutazione delle istituzioni europee – il rispetto del principio dello Stato di diritto. In questo modo si potrà verificare l'efficacia del meccanismo appena descritto e, più in generale, degli strumenti a disposizione dell'Unione.

Le vicende che si intendono analizzare hanno preso avvio in Ungheria nel momento in cui il partito conservatore Fidesz (Unione civica ungherese) di Viktor Orbán, insieme ai suoi alleati, ha ottenuto un'ampia maggioranza nelle elezioni del 2010, rendendo possibile procedere all'adozione di una nuova Costituzione, entrata in

²⁵ Cfr. A. CANEPA, La progressiva "retificazione" dell'Unione europea: il caso del settore giustizia, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1033 ss., e M. VOLPI, L'indipendenza della magistratura nei documenti europei e la rete europea dei Consigli di giustizia, *ivi*, 2010, 1754 ss.

vigore nel 2012²⁶. In Polonia il punto di passaggio è riconducibile alle elezioni del 2015, che hanno visto la vittoria del partito conservatore Pis (Diritto e giustizia) di Jaroslaw Kaczynski²⁷. Va ricordato che nello studio delle transizioni costituzionali i due Paesi erano tra quelli in cui il superamento dell'esperienza socialista era avvenuto progressivamente nel tempo e con gli esiti migliori²⁸. Ora, invece, è proprio il modello di democrazia costituzionale, nato dall'evoluzione dello Stato liberale e accolto negli anni '90 come unica soluzione possibile, ad essere messo in discussione, con la teorizzazione della c.d. "democrazia illiberale"²⁹.

Tra gli interventi più significativi, che hanno determinato le reazioni delle istituzioni europee, vi sono quelli che hanno inciso sull'indipendenza del potere giudiziario, che come si è visto è uno degli elementi che definisce lo Stato di diritto. Non è possibile ricostruire in questa sede in modo dettagliato tutte le misure adottate, che si possono ricondurre a tre ambiti principali: la giustizia costituzionale, i giudici comuni e, più nello specifico, i Consigli di giustizia³⁰. È evidente che Corti costituzionali e magistratura comune hanno ruoli e funzioni differenti, ma sono chiamate entrambe a

²⁶ I contenuti e le modalità di adozione della nuova Costituzione ungherese hanno suscitato un ampio dibattito in Europa. V. i pareri della Commissione di Venezia: On three legal questions arising in the process of drafting the new Constitution of Hungary, del 28 marzo 2011, Opinion No. 614/2011, CDL-AD(2011)001, e On the new Constitution of Hungary, del 20 giugno 2011, Opinion No. 621/2011, CDL-AD(2011)016, nonché la risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2011, On the Revised Hungarian Constitution, P7_TA(2011)0315.

²⁷ V. la dettagliata ricostruzione della vicenda polacca in W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019.

²⁸ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998.

²⁹ Per una ricostruzione dell'emergere della formula "democrazia illiberale" v. M.F. PLATTNER, *Illiberal Democracy and the Struggle on the Right*, in *Journal of Democracy*, 2019, 5 ss. Se sul piano teorico la stessa viene ricondotta al lavoro di F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997, n. 6, 22-43, citato da Plattner), negli anni più recenti sono state le prese di posizione del primo ministro ungherese Orbán a dare nuova forza alla riflessione su questo modello, nonostante non abbia utilizzato espressamente tale formula. Al riguardo si possono riprendere alcune frasi citate da Plattner: «a democracy does not necessarily have to be liberal. Just because a state is not liberal, it can still be a democracy» ed ancora «the new state that we are constructing in Hungary is an illiberal state, a non-liberal state» (ivi, 9). Su questi temi, con riferimento al caso polacco, v. anche W. SADURSKI, op. cit., mentre un'interessante riflessione sulle trasformazioni in atto nelle democrazie dei Paesi dell'Est europeo si trova in J. RUPNIK, *Senza il muro. Le due Europe dopo il crollo del comunismo*, Roma, 2019.

³⁰ Si utilizza la formula Consigli di giustizia, presente nei documenti europei ed internazionali, per indicare gli organi istituiti, sul modello del Consiglio superiore della magistratura italiano, per garantire l'indipendenza dei giudici, limitando le decisioni degli organi politici sullo loro status. Si rinvia per un approfondimento a L. MONTANARI, *L'indipendenza della magistratura e il ruolo dei Consigli di giustizia*, in R. ORRÙ, A. CIAMMARICONI, L. SCIANNELLA (a cura di), *Il potere giudiziario nell'esperienza continentale: the "most" dangerous branch?*, Napoli, 2011, 9 ss.

garantire il rispetto della Costituzione e dei diritti che la stessa riconosce³¹. Di conseguenza, anche se le Corti costituzionali non possono essere considerate parte del potere giudiziario strettamente inteso, è opportuno comunque accennare alle decisioni che hanno inciso sull'indipendenza dei giudici costituzionali, mettendo in discussione il ruolo contro-maggioritario delle Corti e di conseguenza la possibilità di svolgere efficacemente il controllo sulla legislazione. Il filo conduttore che accomuna gli interventi che verranno citati è costituito dal tentativo di modificare la composizione della magistratura e dei relativi organi di garanzia, in modo da assicurare una posizione non ostile alle scelte del Governo.

Per quanto concerne la giustizia costituzionale, in Polonia si è aperto un conflitto sulle nomine dei giudici, con il blocco di quelle disposte dalla precedente maggioranza³², mentre in Ungheria si è aumentato il numero dei giudici per permettere nuove nomine. Va ricordato che in entrambi i Paesi tutti i giudici costituzionali sono eletti dal Parlamento, con conseguente influenza politica/partitica³³. Sono state poi modificate le modalità di scelta del Presidente della Corte, per aumentare il ruolo degli organi politici: considerati i poteri presidenziali nell'organizzazione dei lavori dell'organo, è evidente il condizionamento che ne può discendere, come è accaduto ad esempio in Polonia nell'assegnazione dei casi "sensibili"³⁴.

Passando a considerare i giudici comuni, una prima scelta che accomuna i due Paesi è l'adozione di un classico strumento di "epurazione" costituito dall'anticipazione

³¹ Nella sua riflessione sul ruolo del potere giudiziario nelle democrazie costituzionali A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, 31 ss., spec. 39, segnalava che in questi sistemi la soggezione del giudice alla legge si traduce nella soggezione alla "legge conforme alla Costituzione": il potere della maggioranza trova il suo limite nella Costituzione «custodita dai giudici ordinari e costituzionali (che diventano pertanto lo snodo centrale dell'intero sistema oltre che – inevitabilmente – la calamita che attira tutte le tensioni)».

³² Il conflitto ha assunto caratteri estremamente accesi, con il rifiuto da parte dell'Esecutivo di pubblicare alcune decisioni della Corte costituzionale, con cui venivano censurate le riforme che toccavano la stessa Corte.

³³ In Polonia per l'elezione si richiede la maggioranza semplice, in Ungheria quella dei 2/3, su proposta – sulla base di una riforma del 2010 – di una commissione formata nel rispetto della proporzione tra le diverse forze politiche. V. sulla nuova disciplina della Corte costituzionale, K. KELEMEN, *La Corte costituzionale*, in G.F. FERRARI, *La nuova legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, 87 ss.

³⁴ In Ungheria l'elezione è stata attribuita al Parlamento, mentre prima avveniva direttamente da parte dei giudici; in Polonia il potere di scelta del Presidente della Repubblica è stato rafforzato grazie all'incremento del numero di candidati che vengono proposti dalla Corte. Quanto al tema dell'assegnazione di casi, v. gli esempi richiamati da W. SADURSKI, op. cit. In Ungheria le riforme hanno significativamente inciso anche sulle competenze della Corte: al di là del venir meno dell'actio popularis, giustificato dall'esigenza di ridurre il carico di lavoro, vanno segnalate le limitazioni introdotte rispetto al controllo (per esempio sulle questioni di bilancio e sulle revisioni costituzionali) oltre che all'uso dei propri precedenti.

dell'età pensionabile, con effetto retroattivo³⁵. Tale tecnica permette un ampio rinnovamento del corpo della magistratura, escludendo le persone più anziane, con maggiore esperienza, ma soprattutto più indipendenti dalle forze di governo, che possono così procedere a nuove nomine. Tali misure sono servite tra l'altro a colpire, con modalità in parte differenti, le Corti supreme, rispetto alle quali si è ottenuta una significativa modifica della composizione, con la fuoriuscita di alcune "presenze scomode"³⁶.

Rispetto alla Polonia, molte perplessità ha suscitato la previsione della possibilità per i giudici che raggiungono il limite di età di essere autorizzati a rimanere in funzione per ulteriori anni (in pratica sino alla scadenza originaria del loro mandato). La possibilità di prorogare o rinnovare il mandato dei giudici è problematica in quanto può condurre a (o comunque far temere) un condizionamento della loro attività. Proprio per l'assenza di idonee garanzie, la soluzione adottata in Polonia è stata criticata dalla Commissione di Venezia e ha portato alla condanna del Paese in due procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea innanzi alla Corte di giustizia³⁷.

Infine, va richiamato l'ultimo ambito di intervento, che è quello relativo ai Consigli di giustizia, presenti con denominazioni differenti nei due sistemi³⁸. Anche in questo caso le scelte dei due Paesi appaiono in contrasto con le indicazioni adottate a livello

³⁵ In particolare, in Polonia l'età del pensionamento è stata ridotta da 70 a 65 anni e in Ungheria da 70 a 62 (successivamente innalzata a 65). Proprio su questi aspetti, come si vedrà, è intervenuta la Corte di giustizia, che ha adottato nei confronti della Polonia anche delle misure provvisorie finalizzate a sospendere gli effetti delle riforme.

³⁶ Merita di essere richiamata, a titolo d'esempio, la vicenda che in Ungheria ha interessato András Baka, Presidente della Corte suprema al momento dell'adozione della nuova Costituzione. Si tratta di una figura conosciuta anche all'estero in quanto era stato giudice alla Corte di Strasburgo e in quel momento presiedeva la Rete europea dei Presidenti delle Corti supreme. Con la riforma, la Corte suprema è stata sostituita da un nuovo organo, la Curia, riprendendo la denominazione anteriore alla fase socialista. Grazie a questa soluzione, è stato necessario rinominare i componenti dell'organo e, in forza delle nuove regole, il giudice Baka, pur continuando a farne parte, non ha più potuto rivestire il ruolo di Presidente. Tale decisione, non suscettibile di controllo a livello nazionale in quanto frutto di una previsione costituzionale, è giunta innanzi alla Corte di Strasburgo che ha condannato l'Ungheria per violazione degli articoli 6 e 10 CEDU, leggendo la vicenda come una risposta alle prese di posizione critiche nei confronti delle riforme del Giudiziario espresse dal giudice Baka in qualità di Presidente del Consiglio nazionale giudiziario, funzione che esercitava di diritto in quanto Presidente della Corte suprema. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, sentenza del 23 giugno 2016, ric. 20261/12, Baka; per un commento V. VOLPE, La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'indipendenza del potere giudiziario, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 43 ss.

³⁷ Cfr. Commission de Venise, Pologne. Avis sur le projet de loi portant modification de la loi sur le Conseil national de la justice, sur le projet de loi portant modification de la loi sur la Cour suprême, proposes par le Président de la République de Pologne, et sur la loi sur l'organisation des tribunaux ordinaires, 11 dicembre 2017, Avis n. 904/2017, CDL-AD(2017)031 e le sentenze della Corte di giustizia citate supra, nota 20.

³⁸ La Costituzione polacca prevede, all'art. 186, c. 1, la Krajowa Rada Sądownictwa (Consiglio nazionale della magistratura); in Ungheria prima della nuova Costituzione operava il Országos Igazságszolgáltatási Tanács (Consiglio nazionale giudiziario), mentre ora vi sono l'Országos Bírósági Hivatal (Ufficio nazionale della magistratura) e l'Országos Bírói Tanács (Consiglio nazionale della magistratura). Per la traduzione dei testi costituzionali v. M. GANINO (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, III, Padova, 2013.

europeo, in particolare nella raccomandazione del 2010 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa *On judges: independence, efficiency and responsibilities*, che considera con favore questa figura cui dovrebbero spettare le decisioni fondamentali sullo status dei magistrati³⁹. In Polonia è stata modificata la modalità di nomina dei componenti del Consiglio, facendo in modo che tutti – anche quelli togati – vengano eletti dal Parlamento, disattendendo l'indicazione che i giudici, che dovrebbero costituire almeno la metà dei membri (o comunque un numero significativo), vengano scelti dai propri pari. In Ungheria, nella nuova Costituzione il Consiglio nazionale giudiziario non è più previsto, mentre molte delle sue funzioni sono attribuite all'Ufficio nazionale della magistratura, originariamente disciplinato a livello legislativo e poi costituzionalizzato nel 2013. A livello legislativo viene disciplinato il Consiglio nazionale della magistratura, chiamato però a svolgere limitate funzioni prevalentemente consultive⁴⁰. Non si può negare che, al di là delle raccomandazioni europee, la disciplina dei Consigli di giustizia adottata a livello nazionale differisca significativamente nei vari Paesi. Tuttavia in questo caso le riforme appena ricordate non possono non essere lette nel quadro di un tentativo complessivo di limitare l'indipendenza del potere giudiziario, che passa anche attraverso il rafforzamento dell'intervento della maggioranza politica nella formazione degli organi di garanzia, il cui ruolo viene di conseguenza sentito, dai magistrati ma anche dall'opinione pubblica, come meno significativo⁴¹.

Le riforme che si sono sommariamente richiamate hanno condotto alla reazione delle istituzioni europee, che hanno contestato la violazione del principio dello Stato di diritto.

Rispetto alla Polonia all'inizio del 2016 la Commissione ha attivato il "nuovo quadro" introdotto nel 2014⁴². Dopo la fase della valutazione, sono state adottate quattro raccomandazioni, che hanno per così dire seguito l'evoluzione delle riforme relative al potere giudiziario, segnalando puntualmente la loro contrarietà rispetto alle garanzie di indipendenza dei giudici. Nei "considerando" iniziali, vengono richiamate – tra l'altro – le prese di posizione di diversi organismi internazionali, non solo europei, che hanno contestato l'incompatibilità dei provvedimenti adottati dalla Polonia con gli standard condivisi a livello internazionale, esprimendo preoccupazione per l'indipendenza del sistema giudiziario, considerato quale elemento chiave dello Stato di diritto⁴³. Nonostante nei documenti si dia atto del confronto con le autorità

³⁹ Cfr. Committee of Ministers, Recommendation CM/Rec(2010)12, 17 novembre 2010.

⁴⁰ Cfr. V. MISCIA, *Il potere giudiziario*, in G.F. FERRARI, op. cit., 101 ss.

⁴¹ Entrambe le riforme sono state oggetto di una valutazione critica da parte della Commissione di Venezia: v. in particolare *Avis sur la loi CLXII de 2011*, cit., e *Pologne, avis sur le projet de loi portant modification de la loi sur le Conseil national de la justice*, cit.

⁴² Cfr. P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *federalismi.it*, 2016, n. 25.

⁴³ Si tratta delle seguenti raccomandazioni della Commissione: (UE) 2016/1374, del 27 luglio 2016, relativa allo Stato di diritto in Polonia; (UE) 2017/146, del 21 dicembre 2016, relativa allo Stato di diritto in Polonia, complementare alla raccomandazione (UE) 2016/1374; (UE) 2017/1520, del 26 luglio 2017, relativa allo Stato di diritto in Polonia, complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374 e (UE) 2017/146; (UE) 2018/103, del 20 dicembre 2017, relativa allo Stato di diritto in Polonia, complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 e (UE) 2017/1520.

nazionali, le riforme richieste non hanno trovato riscontro negli interventi legislativi successivi⁴⁴. Di conseguenza nel dicembre 2017, contestualmente all'approvazione della quarta raccomandazione, la Commissione ha deciso di avviare la procedura di cui all'art. 7, par. 1 TUE, al fine di far constatare «l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto»⁴⁵. Analoga proposta è stata formulata dal Parlamento europeo nei confronti dell'Ungheria nel settembre 2018, sulla base del c.d. rapporto Sargentini. In entrambi i casi il tema dell'indipendenza del potere giudiziario costituisce un punto fondamentale⁴⁶.

Tuttavia, nonostante il risalto che hanno avuto, anche sul piano mediatico, i due atti appena ricordati, al momento il Consiglio non ha ancora adottato alcuna determinazione. Come già ricordato, il meccanismo previsto dall'art. 7 richiede maggioranze molto alte: la difficoltà di raggiungere un accordo politico tra gli Stati rende, dunque, molto difficile portare a termine la procedura.

A fronte dell'inerzia degli Stati, la Commissione ha scelto di attivare il procedimento di infrazione innanzi alla Corte di giustizia. Oggetto di contestazione sono state le riforme prima citate, relative all'anticipazione del pensionamento e ai possibili rinnovi del mandato dei giudici⁴⁷. Se nel caso dell'Ungheria il parametro era costituito dal divieto di discriminazione, più interessanti sono i procedimenti nei confronti della Polonia, basati invece sull'art. 19 TUE laddove prevede che gli Stati membri «stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», in correlazione

⁴⁴ Si possono citare due esempi. La Commissione di Venezia, esprimendo una valutazione complessiva sui diversi provvedimenti proposti e/o adottati in Polonia ha ritenuto che gli stessi «consentono al potere legislativo e a quello esecutivo di esercitare un'ingerenza grave ed estesa nell'amministrazione della giustizia, rappresentando quindi una grave minaccia per l'indipendenza del sistema giudiziario quale elemento chiave dello Stato di diritto»: v. parere 904/2017 CDL(2017)035, in merito al progetto di legge di modifica della legge sul Consiglio nazionale della magistratura, al progetto di legge di modifica della legge sulla Corte suprema, proposti dal presidente della Polonia, e alla legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari («CDL(2017)035»), e parere 892/2017 CDL(2017)037 in merito alla legge sull'ufficio della Procura come modificata («CDL(2017)037»). Merita di essere richiamata anche la posizione Relatore speciale ONU per l'indipendenza dei giudici e degli avvocati, Diego García-Sayán, che il 27 ottobre 2017, ha presentato le sue Osservazioni preliminari sulla visita ufficiale in Polonia (23-27 ottobre 2017), segnalando che «i due progetti di legge sulla Corte suprema e sul Consiglio nazionale della magistratura destano varie preoccupazioni per quanto concerne l'indipendenza della magistratura». Le citazioni sono tratte dalla raccomandazione (UE) 2018/103, cit., spec. cons. 31 e 39.

⁴⁵ V. Commissione europea, Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia, del 20 dicembre 2017, COM(2017) 835 final

⁴⁶ Si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 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, (2017/2131(INL)), P8_TA(2018)0340.

⁴⁷ Si vedano le decisioni contro la Polonia, supra nota 20, nonché quella nei confronti dell'Ungheria: Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2012, causa C-286/12, Commissione c. Ungheria. Alle procedure di infrazione si aggiungono i rinvii pregiudiziali promossi dai giudici nazionali, v. Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, A. K. e a. c. Sąd Najwyższy, relativa alle domande proposte dalla Corte suprema polacca. V. la considerazione sul ruolo della Corte di giustizia in U. VILLANI, Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea, in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies, 2020, n. 1, 10 ss.

con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali («Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»). La Corte ha, infatti, rigettato le contestazioni sull'applicabilità dell'art. 19, mettendo in evidenza l'integrazione che caratterizza i sistemi giurisdizionali nazionali ed europeo. Nel momento in cui i giudici nazionali sono anche "giudici europei", chiamati ad applicare il diritto UE in rapporto diretto con la Corte di giustizia, agli stessi devono essere assicurate garanzie di indipendenza coerenti con lo standard europeo. Secondo la Corte il «[...] 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» (corsivo aggiunto)⁴⁸. Nelle motivazioni si trovano ampi richiami alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a conferma della già accennata convergenza tra i sistemi europei sulla definizione del principio di rule of law, con particolare riferimento al ruolo e ai caratteri del potere giudiziario⁴⁹.

La Corte di giustizia non mette in discussione gli spazi di decisione sovrana degli Stati membri quanto all'organizzazione del proprio sistema giudiziario, ma afferma che gli stessi non possono essere gestiti senza tenere conto delle conseguenze che le scelte nazionali producono a livello europeo. Emerge ancora una volta nello sviluppo del processo di integrazione europea la funzione di anticipazione e di supplenza esercitata dai giudici rispetto alle decisioni degli attori politici. È accaduto storicamente in materia di tutela dei diritti fondamentali, più di recente sulla portata della cittadinanza europea, ora rispetto all'indipendenza del potere giudiziario.

⁴⁸ Così la sentenza A. K. e a. c. Sąd Najwyższy, cit., punto 120. Nella recente Corte giust., Grande sezione, sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite, C558/18 e C563/18, Miasto Łowicz c. Skarb Państwa-Wojewoda Łódzki e Prokurator Generalny c. VX et al., la Corte ha dichiarato irricevibili i rinvii pregiudiziali promossi da due Tribunali regionali per l'interpretazione dell'art. 19, par. 1, c. 2, in relazione al regime disciplinare previsto in Polonia a seguito delle riforme e a cui ritenevano di poter essere soggetti a seguito delle decisioni della causa in oggetto. Va segnalato che, nonostante la dichiarazione di irricevibilità, nelle motivazioni la Corte svolge un'ampia ricostruzione del ruolo dei giudici nazionali nel sistema dell'Unione, in forza dell'art. 267 TFUE, e dell'importanza di garantire la loro indipendenza.

La disciplina del regime disciplinare è tra l'altro alla base di un ulteriore ricorso per infrazione proposto il 25 ottobre 2019 dalla Commissione, Causa C-791/19, rispetto al quale la Corte di giustizia, Grande sezione, ordinanza dell'8 aprile 2020, ha accolto la richiesta di misure cautelari ordinando alla Polonia di sospendere l'applicazione delle disposizioni che stabiliscono la competenza della Sezione disciplinare della Corte suprema e di astenersi dal trasmettere i casi pendenti innanzi alla Sezione disciplinare a un collegio giudicante che non rispetta le garanzie di indipendenza indicate dalla Corte nella decisione A. K. e a. c. Sąd Najwyższy più sopra citata.

⁴⁹ V. ancora la sentenza A. K. e a. c. Sąd Najwyższy, cit., p.ti 116 ss. Alla luce dell'art. 52, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali secondo cui «laddove la [presente] Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione [...]» la Corte prende ampiamente in considerazione la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, al fine di «sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita dell'articolo 47, secondo comma, della Carta assicuri un livello di protezione che non conculchi quello garantito all'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo» (p.ti 116-118).

6. Unione europea come comunità di diritto: le sfide per il futuro

È evidente, tuttavia, che i giudici non possono sostituirsi alle altre istituzioni europee, che sono chiamate ad assicurare il rispetto dei valori previsti all'art. 2 TUE e in particolare del principio di rule of law. La sfida, dunque, si pone su piano diverso, e riguarda la necessità di «costruire una conoscenza e una cultura comune dello Stato di diritto», come ribadito Commissione europea nelle già ricordate comunicazioni sullo Stato di diritto adottate nel 2019⁵⁰.

Le vicende di cui al precedente paragrafo, in particolare la resistenza manifestata dalla Polonia rispetto alle raccomandazioni adottate dalla Commissione europea, sono indicative della difficoltà di accettare una valutazione esterna sugli elementi fondamentali che connotano il sistema istituzionale/democratico del Paese. Come ricordato, è proprio la democrazia costituzionale, se la consideriamo come il modello derivato dalla tradizione liberale, ad essere messa in discussione.

In questa prospettiva si può comprendere l'attenzione sempre più forte manifestata negli ultimi anni dall'Unione europea rispetto a questo tema, non senza qualche difficoltà di coordinamento tra le varie iniziative⁵¹. Dopo l'introduzione da parte della Commissione europea del "nuovo quadro", nel dicembre 2014 il Consiglio ha approvato l'istituzione di un "Dialogo sullo Stato di diritto", che coinvolga gli Stati membri «to promote and safeguard the rule of law in the framework of the Treaties»⁵². Anche in questo caso la premessa è il riconoscimento dell'impegno dell'Unione a promuovere i valori comuni, tra i quali è compreso il rispetto dello Stato di diritto. Le conclusioni del Consiglio contengono tuttavia indicazioni generiche, focalizzate soprattutto sulle garanzie che devono caratterizzare questo esercizio. Il procedimento deve: avere un carattere obiettivo, senza discriminazioni, garantire la parità di trattamento degli Stati membri, rispettare il principio di attribuzione e le identità nazionali, coordinarsi e non sovrapporsi ad analoghe attività svolte da altri soggetti. Il Dialogo verrà organizzato con cadenza annuale dal Consiglio, nella composizione Affari generali, sulla base dell'attività preparatoria svolta dal COREPER. Si prevede altresì che possano essere individuate tematiche specifiche di approfondimento.

La mancanza di una definizione precisa dei contenuti di questo Dialogo ha fatto sì che lo stesso non si sia rivelato uno strumento efficace, come emerge dalla

⁵⁰ V. le comunicazioni citate alle note 11 e 12; in termini analoghi si esprime anche l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, secondo cui si deve promuovere una «cultura giuridica e politica» che favorisca l'attuazione del principio di rule of law: New threats to the rule of law in Council of Europe member States: selected examples, Resolution 2188 (2017), punto 14.

⁵¹ Si può ricordare il parere del Servizio giuridico del Consiglio, che negava la sussistenza nei Trattati di una base giuridica per l'introduzione da parte della Commissione del nuovo sistema di controllo sul rispetto del principio dello Stato di diritto: Council of the EU, Opinion of the Legal Service, 27-5-2014, doc. 10296/14. Per una ricostruzione di carattere generale, tra i molti si vedano U. VILLANI, op. cit., e S. MARINAI, Considerazioni in merito all'introduzione, "a Trattati invariati", di nuovi meccanismi per il rispetto della rule of law, in Studi sull'integrazione europea, 2020, 69 ss.

⁵² Cfr. Conclusions of the Council of the European Union and the member states meeting within the Council on ensuring respect for the rule of law, General Affairs Council meeting, Brussels, 16 dicembre 2014.

documentazione relativa ai cicli che si sono svolti sino ad ora⁵³. Se si considera l'ultimo anno – nel 2016 si era stabilito di rivalutare lo strumento nel 2019 – il documento finale è molto sintetico e mette in evidenza, tra l'altro, che non si era raggiunto il consenso sul testo⁵⁴. Nonostante ciò, viene confermata la fiducia sull'utilità dello strumento, ribadendo le cautele procedurali previste al momento dell'istituzione, ma si evidenzia la necessità «for the dialogue to be stronger, more result-oriented and better structured, for preparations for the dialogue to be more systematic, and for proper follow-up to be ensured».

Nel 2016 anche il Parlamento europeo è intervenuto con una risoluzione proponendo l'adozione di un "Patto dell'Unione europea sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali" (Patto dell'Unione DSD)⁵⁵. Il punto di riferimento, come emerge dal titolo, è il complessivo quadro valoriale su cui si basa l'Unione. Nella premessa del resto vengono richiamati, oltre alle norme e agli atti dell'Unione, documenti e strumenti adottati a livello europeo ed internazionale che concorrono, in una prospettiva molto ampia, a connotare l'identità europea e sollecitano l'adozione di meccanismi adeguati per garantire il rispetto dei valori condivisi⁵⁶. In questo contesto viene ribadito il ruolo chiave del principio di rule of law, che «costituisce la colonna portante della democrazia liberale europea e rappresenta uno dei principi fondanti dell'Unione che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni di tutti gli Stati membri» (lettera E del "considerando"). Il suo rispetto è condizione per la tutela dei diritti umani e per assicurare la fiducia reciproca, che è essenziale per il funzionamento del sistema sovranazionale.

A fronte di queste considerazioni, il Parlamento riconosce che «la governance democratica e giuridica dell'Unione non ha una base legislativa solida quanto la governance economica, poiché, per far rispettare i propri valori fondanti, l'Unione non applica l'intransigenza e la fermezza che dimostra invece nel garantire l'adeguata attuazione delle norme economiche e fiscali» (lettera Q del "considerando"). Nel documento viene sviluppata un'ampia ricostruzione dei contenuti valoriali dell'identità europea, delle ragioni che rendono particolarmente

⁵³ Una critica molto forte si può leggere in L. PECH, D. KOCHENOV, Strengthening the Rule of Law within the European Union: Diagnoses, Recommendations, and What to Avoid, Policy Brief – June 2019, 4, reperibile su reconnect-europe.eu: «The Council's Annual Rule of Law Dialogue has so far been unhelpful if not counterproductive. The best outcome would be to put an end to this ineffective instrument adopted in 2014, as it merely offers a façade of action in the absence of critical engagement with the crucial issues underlying rule of law backsliding which threaten the integrity of the Union today».

⁵⁴ Cfr. Council of the European Union, Presidency conclusions – Evaluation of the annual rule of law dialogue, Brussels, 19 novembre 2019, 14173/19. Si riconosce: «At the General Affairs Council meeting on 19 November 2019, discussions did not lead to reaching a consensus on conclusions on the evaluation of the annual rule of law dialogue. However, the Presidency concluded that the text annexed to this note was supported or not objected to by 26 delegations».

⁵⁵ Si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali (2015/2254(INL)).

⁵⁶ Merita di essere ricordato il rapporto annuale per il 2013 adottato dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Fundamental rights: challenges and achievements in 2013*, giugno 2014, 7-20, che può essere letto come un importante antecedente della risoluzione del Parlamento europeo, che ne recepisce alcune sollecitazioni: in questo senso M. DAICAMPI, op. cit., spec. 214 ss.

necessarie in questa fase la loro promozione e la loro garanzia, delle difficoltà che nascono anche dalla resistenza degli Stati, che contestano l'intervento dell'Unione in questo ambito. Da qui l'affermazione dell'importanza di introdurre uno strumento ad hoc – il Patto dell'Unione DSD – che «dovrebbe puntare a offrire un quadro unico, coerente, basato sull'integrazione degli strumenti e dei meccanismi esistenti e in grado di colmare le restanti lacune» (lettera AK del "considerando"). A tal fine viene richiesto alla Commissione di presentare una proposta sotto forma di accordo interistituzionale, sulla base del progetto inserito in allegato alla risoluzione. Il Patto dovrebbe comprendere sia elementi preventivi che correttivi e dovrebbe essere applicato agli Stati membri e alle tre principali istituzioni dell'Unione, «nel rispetto dei principi di sussidiarietà, necessità e proporzionalità» (raccomandazione 3). Nonostante l'ampia motivazione e il tentativo di ricondurre a sistema gli interventi che si sono succeduti negli anni, la proposta del nuovo Patto non ha avuto seguito⁵⁷.

Nel maggio 2018 la Commissione ha avanzato una proposta di regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri⁵⁸. L'ipotesi è di particolare interesse in quanto prende in considerazione le conseguenze che la violazione dello Stato di diritto può avere sul piano finanziario, e quindi sul bilancio dell'Unione, al fine di introdurre un criterio di condizionalità rispetto all'erogazione dei fondi europei⁵⁹. Non solo, viene messo in evidenza che le ricadute negative possono riguardare anche «[...] le iniziative imprenditoriali, l'innovazione, gli investimenti e il corretto funzionamento del mercato interno, i quali prosperano al massimo se è in vigore un quadro di riferimento giuridico e istituzionale solido». Si tratta di una prospettiva che mette in rilievo l'impatto sul piano economico della violazione dello Stato di diritto, sia immediatamente in ambito nazionale, sia in forza delle misure adottate dall'UE. Si può immaginare al riguardo una maggiore "sensibilità" degli Paesi membri, se non altro per evitare le sanzioni.

In realtà, il testo offre, all'art.1, una definizione molto ampia di Stato di diritto, «che comprende i principi di: legalità, secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva da parte di giudici indipendenti, compreso dei diritti fondamentali; separazione dei poteri e uguaglianza davanti alla legge». Nelle norme successive però il focus viene posto, oltre che sulla

⁵⁷ Il Parlamento ha ripetuto l'auspicio nel 2018: risoluzione del Parlamento europeo del 14 novembre 2018 sulla necessità di un meccanismo globale dell'UE per la protezione della democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali (2018/2886 (RSP)).

⁵⁸ Cfr. Commissione europea, 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, del 2 maggio 2018, COM(2018)324 def. La Commissione individua la base giuridica dell'atto nell'art. 322 TFUE, che riconosce al Parlamento europeo e al Consiglio la possibilità di adottare mediante regolamento «a) le regole finanziarie che stabiliscono in particolare le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio, al rendiconto e alla verifica dei conti». Si veda S. MARINAI, Considerazioni in merito all'introduzione, "a Trattati invariati", di nuovi meccanismi per il rispetto della rule of law, cit.

⁵⁹ Si può richiamare il considerando n. 11 secondo cui «Le carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, che si ripercuotono in particolare sul buon funzionamento delle autorità pubbliche e sull'effettivo controllo giurisdizionale, possono nuocere gravemente agli interessi finanziari dell'Unione».

garanzia di un controllo giurisdizionale da parte di giudici indipendenti – ampiamente analizzata nei considerando, sui diversi profili collegati all'attività della pubblica amministrazione e suscettibili di incidere sulla gestione finanziaria (correttezza delle procedure d'appalto, lotta alle frodi e alla corruzione...).

Una volta accertata la presenza di "carenze generalizzate", viene prevista l'adozione di una serie di misure comprendenti «la sospensione dei pagamenti e degli impegni, la riduzione dei finanziamenti nell'ambito degli impegni esistenti e il divieto di concludere nuovi impegni con i destinatari» (considerando n. 13). Il progetto di regolamento delinea la procedura, che prevede anche in questo caso un confronto con le autorità nazionali e, qualora i problemi non vengano risolti, la proposta da parte della Commissione al Consiglio delle misure da adottare. Quanto alla delibera, viene stabilita una forma di tacita approvazione se il Consiglio non decide, a maggioranza qualificata, di respingere la proposta entro un mese dalla sua adozione da parte della Commissione (art. 5, c.7).

La dottrina non ha mancato di formulare rilievi critici. Innanzitutto rispetto alle ricadute delle sanzioni, che possono riguardare anche i beneficiari dei fondi, diversi dallo Stato, nonostante il progetto preveda che non vengano meno gli obblighi dello Stato nei loro confronti.

Non è possibile in questa sede approfondire ulteriormente la proposta, che è stata approvata con emendamenti dal Parlamento europeo nel gennaio 2019, senza che ad oggi la procedura si sia perfezionata⁶⁰.

Il quadro di riferimento rimane, dunque, quello descritto nei precedenti paragrafi, che – come evidenziano le vicende relative alla Polonia e all'Ungheria – non risulta adeguato a garantire il rispetto del principio di rule of law da parte degli Stati membri. Si può ricordare la dura presa di posizione del Parlamento europeo, che ha stigmatizzato i limiti dell'attività del Consiglio affermando 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»⁶¹.

Nonostante queste difficoltà, la Commissione ha di recente ribadito la centralità dello Stato di diritto nel processo di integrazione europea, adottando il 3 aprile 2019 la Comunicazione "Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative", cui ha fatto seguito nel mese di luglio il relativo "Programma d'azione"⁶². L'attenzione torna a concentrarsi in modo specifico sullo Stato di diritto, che comunque è un elemento fondamentale per la tutela dei diritti e la garanzia di un sistema democratico basato sulla divisione dei poteri. Dopo un'articolata analisi della situazione attuale – che, da un lato, considera gli strumenti a disposizione e, dall'altro, sintetizza le indicazioni che si possono trarre

⁶⁰ Si vedano gli emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 17 gennaio 2019, alla 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)0324 – C8-0178/2018 – 2018/0136(COD), P8_TA(2019)0038.

⁶¹ Si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2020 sulle audizioni in corso a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria (2020/2513(RSP)), P9_TA-PROV(2020)0014, punto 3.

⁶² V. supra note 11 e 12.

dall'esperienza maturata negli anni –, vengono individuate le "possibili linee d'azione per il futuro". Come si è già ricordato, la sfida è innanzitutto sul piano culturale, con il coinvolgimento dei cittadini. Il primo aspetto ad essere affrontato (o, meglio, il primo "pilastro" per un'attuazione efficace dello Stato di diritto) è quello della promozione, che «richiede un approfondimento del comune lavoro di diffusione della comprensione dello Stato di diritto in Europa». A questo seguono la prevenzione dei possibili problemi ed, infine, la reazione quando le criticità assumono un carattere di maggiore gravità⁶³.

Il dibattito è continuato in vista dell'adozione del Programma d'azione. In quest'ultimo viene citata l'indagine Eurobarometro condotta nell'aprile 2019 in tutti gli Stati membri, da cui emerge un forte sostegno per lo Stato di diritto, la cui importanza è stata riconosciuta da oltre l'80% dei cittadini in tutti gli Stati membri⁶⁴. Nella nuova agenda 2019-2024 viene ribadito: «I valori comuni su cui si fondano i nostri modelli di democrazia e società sono alla base della libertà, della sicurezza e della prosperità europee. Lo Stato di diritto, con il ruolo fondamentale che riveste in tutte le nostre democrazie, è uno degli elementi chiave a garanzia dell'effettiva protezione di tali valori e deve pertanto essere pienamente rispettato da tutti gli Stati membri e dall'UE»⁶⁵.

Non è possibile in questa sede analizzare in modo approfondito i contenuti delle due comunicazioni della Commissione già ricordate, si può tuttavia cercare di trarre alcune valutazioni conclusive. L'ampia riflessione sviluppata dalla Commissione e la ricchezza delle proposte formulate per attuare i tre pilastri cui si è fatto cenno sono comunque indicativi della centralità di questo tema per il futuro dell'Unione europea.

Come emerge dalle decisioni della Corte di giustizia in materia di indipendenza del potere giudiziario, la tutela dello Stato di diritto è innanzitutto una responsabilità degli Stati membri, ma le scelte che questi compiono non possono non essere valutate anche alla luce del quadro sovranazionale in cui si collocano e rispetto al quale producono i loro effetti. Per questa ragione, la Commissione riconosce: «Laddove le garanzie nazionali dello Stato di diritto non sembrano in grado di far fronte alle minacce arrecate allo Stato di diritto in uno Stato membro, è responsabilità comune delle istituzioni dell'UE e degli Stati membri intervenire per rimediare la situazione»⁶⁶.

⁶³ In particolare, nella comunicazione di aprile, cit, punto V, 11, la Commissione afferma: «L'attuazione efficace dello Stato di diritto nell'Unione si può considerare basata su tre pilastri: in primo luogo, la **promozione** dello Stato di diritto, che richiede un approfondimento del comune lavoro di diffusione della comprensione dello Stato di diritto in Europa; in secondo luogo, la **prevenzione** dei problemi attinenti allo Stato di diritto, per poter intervenire precocemente e impedire che la situazione si aggravi; infine, la capacità di **reagire** in modo efficace quando si individua un problema sufficientemente grave» (grassetto nell'originale).

⁶⁴ Speciale Eurobarometro 489 – Stato di diritto: ec.europa.eu; il riferimento è ai principi che connotano lo Stato di diritto: legalità, certezza del diritto, uguaglianza davanti alla legge, separazione dei poteri, divieto di arbitrarietà, sanzioni per i casi di corruzione e tutela giurisdizionale effettiva da parte di organi giurisdizionali indipendenti.

⁶⁵ Consiglio europeo del 20 e 21 giugno 2019, approvazione dell'Agenda strategica dell'UE 2019-2024: www.consilium.europa.eu.

⁶⁶ Cfr. la comunicazione della Commissione dell'aprile 2019, cit., 14.

Le resistenze manifestate dagli Stati e le difficoltà delle istituzioni europee ad assumere decisioni in grado di incidere effettivamente sulle scelte nazionali mettono in luce il cuore del problema. La difficoltà di garantire il rispetto del principio di rule of law richiede un "cambio di passo" anche a livello statale, con il pieno riconoscimento delle ricadute della partecipazione all'organizzazione sovranazionale, non solo in ambito economico. Si può richiamare al riguardo la coraggiosa posizione di Vivien Reding nel già ricordato intervento del 4 settembre 2013 presso il Centre for European Policy Studies dal titolo "The EU and the Rule of Law – what next": «I believe we should be **at least as ambitious** when it comes to the rule of law and fundamental rights **as** the European Union currently is **with building up new financial solidarity mechanisms, common fiscal rules and Banking Union**. Because while banks and budgets are certainly very important for our economy, Europe is much more than banks and budgets» (grassetto nell'originale)⁶⁷. E proponeva, tra l'altro, l'abolizione dell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che com'è noto ne limita l'applicazione ai settori di competenza dell'Unione, al fine di permettere alla Commissione di contestare le violazioni dei diritti fondamentali da parte degli Stati anche quando non stanno attuando il diritto dell'Unione⁶⁸. La stessa Reding riconosceva che si tratterebbe di un «very big federalising step», ma riprendere questo percorso è probabilmente l'unico modo per poter assicurare il rispetto dei valori fondamentali su cui l'Unione si basa.

Nel momento in cui si completa questo scritto, i Paesi europei stanno affrontando la drammatica crisi sanitaria dovuta alla diffusione del COVID-19: la difficoltà per le istituzioni europee di adottare una strategia comune e la conseguente scelta (o forse è questa la causa) degli Stati di affrontare in "ordine sparso" la situazione – come del resto è accaduto negli ultimi anni rispetto alle vicende più problematiche, vuoi il fenomeno migratorio, così come i conflitti internazionali – rendono però difficile guardare con ottimismo al futuro.

⁶⁷ V. il riferimento supra, nota 18, cit. da 2 e 11.

⁶⁸ Sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione v. per tutti R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO e O. RAZZOLINI (a cura di), Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, Milano, 2017.