



STATO DI DIRITTO E INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA  
NELL'UNIONE EUROPEA\*

CESARE PINELLI\*\*

SOMMARIO: 1. Il carattere trasversale del principio di indipendenza nella giurisprudenza delle corti nazionali ed europee. – 2. Mancato funzionamento degli strumenti di contrasto alla violazione dei “valori comuni”, a partire dall’indipendenza della magistratura, in sede europea. – 3. La scelta alternativa della condizionalità adottata col Regolamento UE del dicembre 2020. – 4. La decisione della Corte di giustizia. – 5. La perdurante sottovalutazione dei rischi di violazione dei “valori comuni” da parte delle istituzioni politiche dell’Unione. – 6. Le specifiche modalità di erosione e di vanificazione del principio di indipendenza, e una nuova riflessione per i giuristi.

***1. Il carattere trasversale del principio di indipendenza nella giurisprudenza delle corti nazionali ed europee***

Nell’ordinamento dell’Unione europea il principio di indipendenza della magistratura è parte essenziale, pur se non esaustiva, della costruzione, e conseguentemente della tenuta, della *rule of law*, che versioni ufficiali dei trattati, a partire dall’art. 2 TUE, traducono in italiano con la locuzione Stato di diritto, così come avviene del resto nelle altre lingue neolatine (*Estado de derecho*, *Etat de droit* e così via).

Non posso discutere qui dei problemi tutt’altro che facili posti da simile traduzione, né di quello, ovunque dibattuto, degli elementi che concorrono con l’indipendenza della magistratura a formare la nozione di *rule of law*. Partirò dall’affermazione, che è invece semplice e pacifica, che una magistratura indipendente ne è un elemento comunque costitutivo, come sostengono non solo le corti nazionali,

---

\* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista. Relazione al Seminario dell’Associazione Vittorio Bachelet, Sala Conferenze del CSM, Roma, 12 febbraio 2024.

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Sapienza Università di Roma.

ma anche, per quanto ci interessa, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di giustizia dell’Unione europea, così come la *checklist* sulla *rule of law* della Commissione di Venezia.

Ma il punto davvero importante e nuovo è il carattere trasversale ormai rivestito dal principio di indipendenza. Per quanto riguarda l’Unione, a partire dal caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contro Tribunal de Contas*, deciso il 27 febbraio 2018 dalla Grande Sezione della Corte di giustizia UE, l’obbligo di rispettare il principio di indipendenza viene riferito agli Stati membri non meno che all’Unione in virtù di una lettura dell’art. 19, par. 1, secondo comma, TUE (secondo cui “Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione.”), che estende necessariamente all’ambito interno l’esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva, della quale l’indipendenza dei giudici è risolvo essenziale, e vale per i giudici nazionali non meno che per quelli dell’Unione (§ 42.). Essa è infatti “essenziale per il buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all’articolo 267 TFUE”, il quale “può essere attivato unicamente da un organo, incaricato di applicare il diritto dell’Unione, che soddisfi, segnatamente, tale criterio di indipendenza” (§ 43.).

Se a questo punto prendiamo in esame il testo dell’art. 2 TUE, ai sensi del quale «L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società in cui prevalgono il pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia, la solidarietà e l’uguaglianza tra donne e uomini», potremmo ricavarne la conclusione che il principio di indipendenza della magistratura incontra una tutela particolarmente rafforzata. Esso infatti non è riconosciuto solo dall’art. 19 secondo l’interpretazione prima riportata e ormai consolidata della Corte di giustizia, ma è anche parte, in quanto elemento costitutivo dello Stato di diritto, di quei “valori comuni” agli Stati membri” su cui “l’Unione si fonda” alla stregua dell’art. 2. La conclusione è corretta. Ma come spiegare, allora, che quella che è stata da tempo definita una “distruzione intenzionale dello Stato di diritto”<sup>1</sup> da parte dei governi di alcuni Stati membri, e che proprio nella violazione del principio di indipendenza della magistratura ha trovato il suo sintomo maggiore, non ha ancora incontrato una reazione soddisfacente da parte dell’Unione? Alla questione è dedicato il contributo che segue, nel corso della cui trattazione vedremo come perfino quella che ci è parsa una tutela particolarmente rafforzata dell’indipendenza della magistratura si è prestata nella prassi a letture quantomeno ambivalenti.

---

<sup>1</sup> J.-W. MÜLLER, *Reflections on Europe’s Rule of Law Crises*, in P.F.Kjaer-N.Olson (a cura di), *Critical Theories of Crisis in Europe. From Weimar to the Euro*, Rowman & Littlefield, Londra, 2016, 162.

## **2. Mancato funzionamento degli strumenti di contrasto alla violazione dei "valori comuni", a partire dall'indipendenza della magistratura, in sede europea**

Occorre premettere che l'ordinamento dell'Unione dispone di strumenti per reagire alla violazione dei valori comuni da parte degli Stati membri. Essi sono previsti dall'articolo 7<sup>2</sup>. Dove si può notare subito la scelta di rimettere il giudizio circa tali violazioni ad organi politici: il Consiglio in caso di "rischio evidente di una grave violazione" e il Consiglio europeo in caso di "esistenza di una violazione grave e persistente". Gli autori dei trattati hanno rimesso agli altri Stati tale giudizio, escludendo il potere giurisdizionale, per una ragione di ordine strutturale.

Con l'attribuzione ai giudici di un tale potere, l'Unione avrebbe infatti compiuto l'ultimo passo nella sua trasformazione in Stato. Da un punto di vista giuridico-costituzionale, le violazioni dei valori comuni immaginate dal Trattato corrispondono a degli illeciti costituzionali non troppo lontani da quelli di cui si parla nell'art. 21 della Legge Fondamentale tedesca quando affida al Tribunale Costituzionale il potere di sciogliere i partiti incostituzionali in quanto "mirino ad attentare all'ordinamento fondamentale libero e democratico o a sovvertirlo o a mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica Federale di Germania". Affidare alla Corte di Giustizia il giudizio sulla grave e persistente violazione dei "valori comuni" significava introdurre nell'organizzazione dell'Unione una attribuzione tipica di uno Stato. È significativo che la soluzione accolta dall'art. 7 TUE somigli invece a quella prevista dall'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa nel caso in cui uno Stato membro contravvenga ai suoi principi, tanto per i soggetti chiamati a giudicare la violazione (gli Stati membri riuniti nel Comitato dei Ministri) quanto per il tipo di sanzione irrogabile (la sospensione del voto in Consiglio).

Sul piano strutturale la scelta degli autori del Trattato ha trattenuto dunque l'Unione nel novero delle organizzazioni internazionali, nonostante il progresso che

---

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

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

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

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

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

segna storicamente, visto che ancora nel Trattato di Amsterdam del 1997 (art. 6) l’Unione si limitava ad autovincolarsi al rispetto dei diritti dell’uomo, della *rule of law* e della democrazia.

Certo è che, di fronte alle violazioni sempre più gravi dei valori comuni perpetrate dai governi ungherese e polacco nell’ultimo decennio, l’attivazione dei meccanismi dell’art. 7 TUE non ha tardato a riflettere un difficile dilemma costituzionale. Presumendo che “un chiaro rischio di una violazione grave”, o “l’esistenza di una violazione grave e persistente”, da parte di uno Stato membro, dei “valori su cui si fonda l’Unione”, metta in pericolo la sua stessa adesione al Trattato UE, l’art. 7 TUE conferisce i poteri del relativo accertamento esclusivamente alle istituzioni politiche. Ma non è questo, allo stesso tempo, il motivo per cui questi meccanismi sono stati utilizzati con estrema reticenza? Al di là della richiesta di unanimità (ad eccezione dello Stato membro coinvolto) ai fini dell’approvazione delle misure previste dall’art. 7, che ovviamente rende agevole il blocco della procedura, l’attribuzione agli Stati dell’accertamento delle violazioni ha fatto sì che la riluttanza anche solo a iniziare tali procedure fosse a lungo più forte della preoccupazione per i rischi di gravi violazioni dei valori dell’articolo 2, paragrafo 1, TUE.

Solo a seguito della grave crisi costituzionale venutasi a creare a seguito delle riforme del sistema giurisdizionale introdotte in Polonia dal Governo uscito dalle elezioni politiche del 25 ottobre 2015 e guidato dal partito conservatore *Prawo i Sprawiedliwość* (Diritto e giustizia), la Commissione decideva di attivare la proposta di decisione del Consiglio “sulla constatazione dell’esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia”<sup>3</sup>. Successivamente il Parlamento europeo adottava una risoluzione contenente l’invito al Consiglio a constatare, a norma dell’art. 7, par. 1, TUE, l’esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell’Ungheria dei valori su cui si fonda l’Unione in considerazione dell’adozione di riforme che attentano al sistema costituzionale e a quello elettorale così come alle libertà fondamentali<sup>4</sup>. Sempre il Parlamento europeo, con Risoluzione del 16 gennaio 2020, constatava l’assenza di progressi significativi in Polonia e in Ungheria dopo l’attivazione del meccanismo dell’art. 7, par. 1, TUE. In un contesto di deterioramento del rispetto dei valori comuni in entrambi i Paesi, confermato dalle relazioni e dalle dichiarazioni della Commissione e di organismi internazionali quali ONU, OSCE e Consiglio d’Europa, il PE sottolineava che «l’incapacità del Consiglio di applicare efficacemente l’articolo 7 TUE continua a compromettere l’integrità dei valori comuni europei, la fiducia reciproca e la credibilità dell’Unione nel suo complesso».

Nel frattempo le altre istituzioni dell’Unione, di fronte ai limiti operativi mostrati dall’attivazione dell’art. 7 TUE, hanno tentato di far ricorso a rimedi alternativi. Ma le procedure di infrazione avviate dalla Commissione *ex art.* 258 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) per violazione dei valori comuni da parte

---

<sup>3</sup> 20 dicembre 2017 (COM(2017)835).

<sup>4</sup> GUUE, C 433, 23 dicembre 2019, 66.

della Polonia e dell’Ungheria hanno rivelato una portata troppo specifica di fronte a un “legalismo autocratico” volto a distruggere in via generale i valori comuni<sup>5</sup>.

Fu allora che ci si accorse del paradosso per cui proprio i Paesi che più si erano avvantaggiati delle politiche di coesione (Ungheria, Polonia) avevano più frequentemente di altri violato le regole sul rispetto dello Stato di diritto. Cominciava a prevalere fra gli studiosi la convinzione che la *rule of law conditionality* fosse l’ultima chance per l’Unione di assicurare il rispetto dei suoi valori fondamentali negli Stati membri più riluttanti<sup>6</sup>.

### **3. La scelta alternativa della condizionalità adottata col Regolamento UE del dicembre 2020**

La proposta di Regolamento sul bilancio dell’Unione del 2018 limitava comunque la possibilità di sospendere i fondi dell’UE a carenze nell’amministrazione della giustizia che “incidono o rischiano di pregiudicare i principi di sana gestione finanziaria o la tutela degli interessi finanziari dell’Unione”<sup>7</sup>.

E nelle sue conclusioni del 21 luglio 2020, il Consiglio europeo affermava che “Gli interessi finanziari dell’Unione sono tutelati conformemente ai principi generali sanciti dai trattati dell’Unione, in particolare ai valori dell’articolo 2 TUE. Il Consiglio europeo sottolinea l’importanza della tutela degli interessi finanziari dell’Unione. Il Consiglio europeo sottolinea l’importanza del rispetto dello Stato di diritto”<sup>8</sup>.

Così, nonostante lo impedisse la chiara formulazione dell’articolo 2 TUE, gli interessi finanziari dell’Unione venivano messi sullo stesso piano dello Stato di diritto. Lo rimarcava il Parlamento europeo in una Risoluzione del 23 luglio 2020 tanto critica da spingere il Consiglio a negoziare un accordo con il PE, proprio mentre il primo rapporto della Commissione sulla *Rule of law* in Europa del 30 settembre 2020 sollevava “gravi preoccupazioni” per l’indipendenza della magistratura in Ungheria e Polonia<sup>9</sup>. Nel Rapporto, dopo aver precisato che la *rule of law* “include principi come la legalità, che implica un processo trasparente, responsabile, democratico e pluralistico per l’emanazione delle leggi; certezza del diritto; vietare l’esercizio arbitrario del potere esecutivo; protezione giurisdizionale effettiva da parte di tribunali indipendenti e imparziali, controllo giurisdizionale effettivo compreso il rispetto dei diritti fondamentali; separazione dei poteri; e l’uguaglianza davanti alla legge. Questi principi sono stati riconosciuti dalla Corte Europea di Giustizia e dalla Corte Europea dei Diritti

---

<sup>5</sup> K.L. SCHEPPELE, D.V. KOCHENOV, B.GRAWOSKA-MOROZ, *EU Values are Law after All. Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 39, 2020, 3-121.

<sup>6</sup> G. HALMAI, *The Possibility and Desiderability of Rule of Law Conditionality*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, June 2018, 18.

<sup>7</sup> European Commission, ‘Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council to protect the Union’s budget in the case of generalised deficiencies regarding the rule of law in Member States’, Brussels, 2.5.2018, 2018/0136 (COD).

<sup>8</sup> European Council, 21 July 2020, EUCO 10/20 CO EUR 8 CONCL 4.

<sup>9</sup> European Commission, *2020 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union*, Brussels, 30.9.2020.

Umani.”, la Commissione affermava che “L’UE si basa sullo Stato di diritto. Le minacce allo Stato di diritto ne mettono in discussione la base giuridica, politica ed economica. [...] Il rispetto dello Stato di diritto è anche al centro del funzionamento del mercato interno, della cooperazione nel settore giudiziario basata sulla fiducia e sul riconoscimento reciproci e della tutela degli interessi finanziari dell’Unione, come recentemente sottolineato dal Consiglio europeo. Se l’UE vuole riuscire nel compito di una ripresa sostenibile e resiliente, è fondamentale che i suoi strumenti e strumenti possano funzionare in un ambiente fondato sullo stato di diritto”.

Infine, il 16 dicembre 2020 veniva approvata la proposta di Regolamento sul bilancio dell’Unione del 2018, ove fra i sintomi di violazione dei principi dello Stato di diritto si annovera il « (a) mettere in pericolo l’indipendenza della magistratura; (b) non prevenire, correggere o sanzionare decisioni arbitrarie o illegittime delle autorità pubbliche, comprese le forze dell’ordine, trattenere risorse finanziarie e umane che ne pregiudicano il corretto funzionamento o non garantiscono l’assenza di conflitti di interesse; (c) limitare la disponibilità e l’efficacia dei mezzi di impugnazione, anche attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze, o limitare l’efficacia delle indagini, del perseguimento o della sanzione delle violazioni della legge» (articolo 3). Prevede quindi “misure adeguate” ogniqualvolta “le violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro pregiudicano o rischiano gravemente di pregiudicare la sana gestione finanziaria del bilancio dell’Unione o la tutela degli interessi finanziari dell’Unione in un modo sufficientemente diretto” (articolo 4).

#### ***4. La decisione della Corte di giustizia***

I governi della Polonia e dell’Ungheria hanno promosso ricorso nei confronti del Regolamento davanti alla Corte di giustizia con ricorsi nn. 156/2021 e 157/2021.

Le censure si sono incentrate per un verso sulla violazione del principio di attribuzione, e per l’altro sulla elusione delle regole disposte dai trattati nelle ipotesi di trasgressioni dei valori comuni da parte degli Stati membri, e in particolare dell’art. 7 TEU, con l’argomento che “una violazione dei principi dello Stato di diritto può essere constatata solo dal Consiglio europeo, a norma dell’articolo 7, paragrafo 2, TUE. Solo tale istituzione potrebbe, in virtù della sua composizione, garantire il controllo del rispetto del valore dello Stato di diritto, il quale avrebbe carattere discrezionale e potrebbe dipendere da considerazioni politiche. L’unica eccezione a tale potere esclusivo del Consiglio europeo risulterebbe dall’obbligo per gli Stati membri, promanante dall’articolo 19, paragrafo 1, TUE, di garantire un controllo giurisdizionale effettivo. Tale potere esclusivo sarebbe confermato dalla sentenza del 17 dicembre 2020, *Openbaar Ministerie (Indipendenza dell’autorità giudiziaria emittente)* (C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033, punti da 57 a 60), con la quale la Corte ha dichiarato che, qualora siano constatate carenze sistemiche per quanto riguarda l’indipendenza del potere giudiziario di uno Stato membro, il meccanismo del mandato

d'arresto europeo può essere sospeso solo dal Consiglio, a norma dell'articolo 7, paragrafo 3, TUE." (CJUE, n. 157/2021, § 191.).

La replica della Corte è da questo punto di vista priva di ambiguità: "l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenzioni di natura politica, ma contiene valori che, come esposto al punto 145 della presente sentenza, fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune, valori che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri." (CJUE, n. 157/2021, § 264.). Altrettanto incisivamente, la Corte aveva affermato che "I valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori." (CJUE, n. 157/2021, § 145).

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

La Corte (CJUE, n. 157/2021, § 16) richiama i Considerando da 12 a 15 del Regolamento impugnato, che dopo aver valorizzato l'obbligo per gli Stati membri di prevedere una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, previsto dall'art. 19 TUE e già richiamato in un noto precedente ([sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, punti da 32 a 36]), rileva "una chiara correlazione tra il rispetto dello Stato di diritto e l'esecuzione efficiente del bilancio dell'Unione in conformità dei principi di sana gestione finanziaria.", e aggiunge che "L'Unione ha messo a punto una serie di strumenti e processi che promuovono lo Stato di diritto e la sua applicazione, compresi il sostegno finanziario alle organizzazioni della società civile, il meccanismo europeo per lo Stato di diritto e il quadro di valutazione UE della giustizia, e garantiscono una risposta efficace da parte delle istituzioni dell'Unione alle violazioni dello Stato di diritto attraverso procedure di infrazione e la procedura di cui all'articolo 7 TUE. Il meccanismo previsto nel presente regolamento integra tali strumenti proteggendo il bilancio dell'Unione da violazioni dei principi dello Stato di diritto che ne compromettono la sana gestione finanziaria o incidono sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione."

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

ricorrenti da parte delle autorità pubbliche oppure a misure generali adottate da tali autorità.”.

Senonché, nel replicare alla censura di elusione della procedura di cui all’art. 7 TUE, la Corte nega ogni analogia tra le finalità della procedura di cui all’articolo 7 TUE e quelle previste dal regolamento impugnato. Mentre la prima ha la finalità di consentire al Consiglio di sanzionare violazioni gravi e persistenti dei valori contenuti nell’articolo 2 TUE, al fine, in particolare, di ingiungere allo Stato membro interessato di porre fine a tali violazioni, la procedura istituita dal regolamento impugnato “ha la finalità di garantire, conformemente al principio di sana gestione finanziaria enunciato all’articolo 310, paragrafo 5, e all’articolo 317, primo comma, TFUE, la protezione del bilancio dell’Unione in caso di violazione dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro, e non già di sanzionare, mediante il bilancio dell’Unione, violazioni dei principi dello Stato di diritto” (CJUE, n. 157/2021, § 210). Ancora, diverso è pure l’oggetto di ciascuna di queste due procedure, il primo vertendo sull’insieme dei valori contenuti nell’articolo 2 TUE, l’altro soltanto su uno di tali valori, ossia lo Stato di diritto. E mentre l’articolo 7 TUE consente di comprendere qualsiasi violazione grave e persistente di un valore contenuto nell’articolo 2 TUE, il regolamento impugnato autorizza l’esame delle violazioni dei principi dello Stato di diritto menzionati al suo articolo 2, lettera a), solo laddove sussistano motivi fondati per ritenere che esse abbiano un’incidenza sul bilancio, per cui la Corte constata conclusivamente che “la procedura prevista all’articolo 7 TUE e quella istituita dal regolamento impugnato perseguono scopi diversi e hanno ciascuna un oggetto nettamente distinto.” (CJUE, n. 157/2021, § 218).

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

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

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

Nondimeno, se consideriamo la lunga vicenda della rinuncia dell’Unione a far valere il rispetto dei valori comuni, ciò che conta è l’intento della Corte di legittimare il nuovo meccanismo della condizionalità con tutti gli strumenti a sua disposizione. Una Corte, si è detto, consapevole dell’obsolescenza del sistema di tutela politica dei valori



comuni prefigurato dall’art. 7 TUE, e nello stesso tempo dell’esigenza di fornire una versione pluralista di un concetto, come quello di identità costituzionale, che negli ultimi anni è stato piegato a finalità di politica nazionale. Essa avrebbe posto la tutela delle identità costituzionali degli Stati membri sullo stesso piano della tutela dei principi fondamentali dell’Unione, che ne connotano l’identità costituzionale<sup>10</sup>.

### ***5. La perdurante sottovalutazione dei rischi di violazione dei “valori comuni” da parte delle istituzioni politiche dell’Unione***

Complessivamente, tenuto conto cioè di tutte le reazioni delle sue istituzioni politiche e giudiziarie, la risposta dell’Unione agli attacchi ai valori comuni provenienti da alcuni suoi Stati membri è stata debole e insufficiente. Debole rispetto alla portata di quegli attacchi, e insufficiente rispetto a quanto previsto dal diritto primario dell’Unione. È stato notato l’isolamento della Corte di Giustizia nel difendere i valori comuni<sup>11</sup>, come pure la tendenza delle difese degli Stati autocratici a porre sullo stesso piano l’interpretazione del diritto dell’Unione compiuta dalla Corte a quella loro, così delegittimando implicitamente la prima come espressione di una mera opzione politica<sup>12</sup>.

La debolezza e l’insufficienza delle risposte delle istituzioni politiche europee alla violazione dei valori comuni da parte di alcuni Stati membri, e di quelle intergovernative in modo speciale, denotano una scarsa lungimiranza. La convinzione di poterla trattare come una crisi fra le altre, e di poter quindi andare avanti senza scalfire la continuativa trasgressione della *rule of law*, non esprime solo indifferenza per il tenore testuale del trattato. È anche un grave errore politico, almeno se è ancora consentito usare il termine in riferimento a valutazioni e a comportamenti che superino la contingenza più immediata. Le misure atte a garantire il rispetto per i “valori comuni” si riducono infatti così a quelle che servirebbero per assicurare il perseguimento di una politica di settore, dove si può ammettere la perdurante accettazione dell’opposizione di alcuni Stati membri. Senonché i “valori comuni” sono anche quelli su cui “l’Unione si fonda”, per cui una loro prolungata violazione determina una ferita non facilmente rimarginabile nel cuore dell’Unione come è. Non, cioè, in vista di una ulteriore integrazione fra Stati e di una definizione della sua identità costituzionale. Ma una violazione delle regole minime della convivenza fra Stati e popoli europei quale si realizza ogni giorno nell’ordinamento dell’Unione europea.

---

<sup>10</sup> S. BARTOLE, P. FARAGUNA, *La condizionalità nell’Unione, i carrarmati fuori dell’Unione*, in *Diritti comparati*, 17 marzo 2022. In senso analogo, G. DE AMICIS, *Corti europee e giudici nazionali nel prisma della tutela dei diritti fondamentali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 37 ss.

<sup>11</sup> D. KOCHENOV, P. BÁRD, *The Last Soldier Standing? Courts Versus Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU*, in E.H. BALLIN, G. VAN DER SCHYFF and M. STREMLER (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law*, 2019, 243 ss.

<sup>12</sup> J. BORNEMANN, *Judicial Responses to Autocratic Legalism: The European Court of Justice in a Cleft Stick?*, in *European Papers*, vol. 7, 2022, 655 ss.

**6. Le specifiche modalità di erosione e di vanificazione del principio di indipendenza, e una nuova riflessione per i giuristi**

Quanto alle modalità con cui il principio di indipendenza della magistratura è stato messo in discussione e poi sostanzialmente vanificato in Polonia e in Ungheria, e ai tentativi volti allo stesso obiettivo in corso in altri Stati membri, occorre tenere presente il contesto in cui si producono, e che ha già portato a designare variamente i regimi in questione, da “democrazie illiberali” a “autocrazie elettorali”.

Si è parlato più precisamente di ‘regressioni costituzionali’ perpetrate attraverso lo smantellamento di presidi di salvaguardia del principio di separazione dei poteri, incluse nomine di giudici favorevoli al governo (*court-packing*), modifiche delle competenze delle corti o riduzione della loro autonomia finanziaria, che erodono la *rule of law* nonostante il rispetto della legalità formale<sup>13</sup>. Nella stessa direzione vanno l’accentuato ricorso a revisioni costituzionali finalizzate a rendere uno stato “significativamente meno democratico di quanto fosse”, ossia un regime con “una pressoché totale assenza di responsabilità e di protezione dei diritti”<sup>14</sup>. Naturalmente, maggiori sono le resistenze incontrate dai governi, più frequenti e incisive saranno le revisioni costituzionali<sup>15</sup>.

Una regressione costituzionale viene fatta consistere nel simultaneo declino di tre classici attributi della democrazia quali la qualità delle elezioni, la garanzia della libertà di parola e di associazione, e la *rule of law*<sup>16</sup>. Le minacce portate alla democrazia sono qui più sottili di quelle poste dal totalitarismo, poiché elezioni almeno formalmente libere continuano a tenersi. Ed è proprio questo aspetto a far considerare questi regimi come “ibridi”, ovvero collocabili in una zona intermedia fra una democrazia costituzionale e un regime totalitario. I diritti fondamentali potrebbero risultarvi seriamente ristretti, l’indipendenza dei giudici (e di autorità indipendenti) potrebbero essere compromesse, ma le elezioni continuano a tenersi, quale che sia loro qualità democratica, e presentano un grado di contendibilità sufficiente a consentire alle opposizioni di concorrere e occasionalmente anche di vincere le elezioni. Ecco perché questi regimi superano spesso la prova dei cosiddetti standard internazionali, evitando sanzioni o analoghe reazioni<sup>17</sup>.

È in questo sfondo, che non prevede carri armati per reprimere il dissenso né restrizioni della libertà di espressione del pensiero da parte della polizia, ma una lenta e capillare penetrazione del partito di governo nei settori nevralgici per la formazione dell’opinione pubblica, che va visto il processo di erosione e poi di vanificazione dell’indipendenza della magistratura. Si tratta sicuramente, lo abbiamo visto, di uno dei primissimi ambiti nei quali si fanno strada le regressioni costituzionali.

---

<sup>13</sup> G.A. TÓTH, *Constitutional Markers of Authoritarianism*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2018, 17.

<sup>14</sup> D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, in *University of California, Davis*, 2013, 195 ss.

<sup>15</sup> A. ARATO E J.L. COHEN, *Populismo e società civile. La sfida alla democrazia costituzionale*, a cura di C. De Santis, Milano, 2023, 374.

<sup>16</sup> A. HUQ, T.GINSBURG, *How to Lose a Constitutional Democracy*, *UCLA Law Review* 78, 2018, 117.

<sup>17</sup> D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, cit., 199.

In un *leading case* la Corte europea dei diritti dell’uomo annoverò fra gli indici necessari di indipendenza delle corti dall’esecutivo e dalle parti della controversia (elemento, quest’ultimo, che nel nostro diritto costituzionale viene a connotarne casomai l’imparzialità) le modalità di nomina dei membri, la durata del loro mandato, la sussistenza di garanzie contro pressioni esterne e l’idoneità delle stesse corti ad apparire indipendenti (*Campbell and Fell v. United Kingdom*, 1984, § 78). I quattro indici sono stati ripresi dalla *rule of law checklist* della Commissione di Venezia nel 2016. Ma è evidente alla stessa Commissione, e risulta dal compendio delle sue opinioni sulla giustizia costituzionale del dicembre 2022, che altri indici possono essere altrettanto significativi, dal finanziamento delle ordinarie attività giurisdizionali alla composizione del Consiglio Superiore della magistratura e di consimili organismi, per non parlare delle interferenze dirette sulla funzione del giudicare, ivi comprese l’esecuzione delle sentenze.

Tutti gli aspetti ora citati sono balzati in primo piano nei processi di regressione costituzionale che hanno interessato la Polonia e l’Ungheria. Ma è fin troppo chiaro che i problemi che ne derivano interessano tutti gli Stati membri. L’insegnamento forse maggiore è che più gradualmente e parzialmente sono le manomissioni inizialmente portate al principio di indipendenza, meno sarà facile per le corti godere del sostegno dell’opinione pubblica, quasi mai in grado di percepire la potenziale portata di tali manomissioni. Lo dimostra a contrario, del resto, il caso israeliano, dove si sono avute bensì imponenti mobilitazioni a favore del potere giudiziario, ma dove il governo si è anche spinto molto più avanti che altrove nel limitarne le stesse attribuzioni fondamentali.

I processi di erosione dell’indipendenza del potere giudiziario sono invece quasi sempre di tipo incrementale. Ma ciò non vuol dire che non vadano avanti fino a vanificare il principio. Si richiede pertanto un’estrema attenzione a coglierne le violazioni sostanziali al di là del rispetto dell’involucro formale dell’indipendenza. Un’attenzione da richiedere non solo, come è naturale, ai titolari di organi giurisdizionali, ma anche ai giuristi, compresi quanti riconducono all’azione di una giurisprudenza troppo ‘sostanzialista’ la crisi del principio di legalità, senza accorgersi dei rischi effettivi che possono correre i principi posti a garanzia dell’esercizio della funzione giurisdizionale.