



2 GIUGNO 2021

La crisi dello Stato di diritto in
Ungheria, Polonia e Romania ed i
possibili rimedi a livello europeo

di Ignazio Spadaro

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Catania



La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*

di Ignazio Spadaro

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Catania

Abstract [It]: L'articolo, traendo spunto dal recente regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 sul c.d. meccanismo di condizionalità finanziaria e da una sintetica ricostruzione del concetto di *rule of law* nella cultura giuridica occidentale, esamina in chiave comparatistica i processi di «*democratic backsliding*» tuttora in corso in alcuni Stati membri, per poi interrogarsi sulla concreta efficacia dei rimedi attualmente previsti a livello europeo, nonché sulle possibili alternative in prospettiva *de iure condendo*.

Abstract [En]: The essay, taking the cue from the recent regulation (EU, Euratom) 2020/2092 on the so-called democratic conditionality mechanism and a brief reconstruction of the concept of 'rule of law' in Western legal culture, focuses on the processes of «*democratic backsliding*» ongoing in some Member States. Then, it questions the concrete effectiveness of the remedies currently envisaged at European level, as well as the possible alternatives, in a 'de iure condendo' perspective.

Parole chiave: Stato di diritto, condizionalità finanziaria, Unione europea, Corte di giustizia, democrazie illiberali
Keywords: rule of law, financial conditionality, European Union, European Court of Justice, illiberal democracy

Sommario: 1. Il nuovo meccanismo europeo di condizionalità finanziaria. 2. La parabola della «*rule of law*» in Europa. 3. I processi di *democratic backsliding* in Ungheria, Polonia e Romania. **A)** Il predominio di fatto degli Esecutivi. **B)** La «cattura» politica degli organi di giustizia costituzionale. **C)** I tentativi di condizionamento della magistratura ordinaria. 4. La *rule of law* «*toolbox*» dell'Unione europea. 5. Il problema dei limiti *ratione materiae* alla competenza della Corte di giustizia. 6. *Segue.* Strutturale insufficienza dello strumento giurisdizionale e necessità di una coscienza politica autenticamente europea.

1. Il nuovo meccanismo europeo di condizionalità finanziaria

Il 1° gennaio 2021, dopo una fase preparatoria durata due anni, è entrato in vigore il regolamento n. 2092 del 2020¹. Esso ha introdotto un meccanismo di «*rule of law conditionality*»² che abilita il Consiglio, su

* Articolo sottoposto a referaggio. Il testo, aggiornato, ampliato e corredato di note, trae spunto dall'intervento svolto dall'A. nel V Congresso internazionale italo-spagnolo di diritto costituzionale, dal titolo "Europa, società aperta" (Università degli studi di Milano, 14-15 dicembre 2020).

¹ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020. Esso è frutto di un lungo negoziato: cfr. la proposta avanzata dalla Commissione già il 2 maggio 2018 (comunicazione COM(2018) 324 final), a sua volta sollecitata dal Parlamento con risoluzione A08-0048/2018 del 14 marzo 2018 e da esso approvata, in prima lettura, il 4 aprile 2019 (ris. P8_TA/2019/0349), nonché le Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020 (EUCO 10/20, § I.23).

² La locuzione, assente nel testo del regolamento, ricorre con una certa frequenza negli atti del Parlamento europeo (da ultimo, la ris. P9_TA-PROV (2020)0360 del 17 dicembre 2020) e in dottrina.

proposta della Commissione, a sospendere l'erogazione dei fondi europei agli Stati membri i cui ordinamenti si pongano in conflitto con i principi dello Stato di diritto (artt. 5 e 6). Il presupposto – forse, non del tutto scontato – è che simili carenze siano incompatibili con una gestione «sana» delle risorse economiche (*considerando* 8 e 13), sicché il blocco dei finanziamenti troverebbe giustificazione nell'esigenza di preservare il bilancio dell'Unione nella sua fase attuativa (artt. 317 e 322, § 1 Tfu).

Senonché, allo stato l'effettiva applicazione del nuovo strumento appare, per certi versi, incerta. Anzitutto, occorre richiamare i forti dubbi di invalidità adottati in dottrina, motivati dal fatto che il regolamento prevede, per gli Stati che violino la *rule of law*, la sospensione di diritti nascenti dai Trattati senza, però, l'osservanza delle garanzie procedurali prescritte dall'art. 7 TUE³, quale disposizione appositamente prevista per le ipotesi in cui si riscontri «un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2» del Trattato sull'Unione europea, tra cui, per l'appunto, la «*rule of law*».

Sul piano politico, inoltre, pesa la parziale inversione di marcia operata dal Consiglio europeo l'11 dicembre 2020⁴, quando, a valle di un'intensa mediazione volta a superare il veto inizialmente apposto da Polonia e Ungheria ai connessi atti di programmazione economico-finanziaria⁵, ha adottato orientamenti che paiono ridimensionare le potenzialità del nuovo strumento, ad esempio affermando l'insindacabilità delle scelte di legislazione interna concernenti «l'identità nazionale degli Stati membri» (§ I.2) e ponendo in evidenza, altresì, la necessità che il nesso tra violazioni della *rule of law* e la sussistenza di pregiudizi per il bilancio dell'Ue sia accertato in concreto (§ I.2.e, co. 1).

³ In questo senso, in particolare, E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi*, n. 29, 2020, p. 50 ss., cui cfr., per alcuni profili ulteriori, F. HEINEMANN, *Going for the wallet? Rule-of-law conditionality in the next EU multiannual financial framework*, in *Intereconomics*, n. 6, 2018, p. 299 ss.; M. BLAUBERGER - V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, in *J. Eur. Integr.*, 2021, p. 9 ss. In senso più favorevole, invece, R. KELEMEN, *How to stop funding autocracy in the EU*, in *Verfassungsblog*, settembre 2018; G. HALMAI, *The possibility and desirability of rule of law conditionality*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, n. 11, 2019, p. 171 ss.; M. FISICARO, *Rule of law conditionality in EU funds: the value of money in the crisis of European values*, in *Eur. Pap.*, n. 3, 2019, p. 711 ss. Quest'ultimo A., a p. 702 ss., richiama, altresì, alcuni interessanti precedenti sul piano regolatorio, i quali, tuttavia, non si sarebbero rivelati sempre all'altezza delle aspettative secondo W. JACOBY - J. HOPKIN, *From lever to club? Conditionality in the European Union during the financial crisis*, in *J. Eur. Pub. Policy*, n. 8, 2020, p. 1162 ss.

⁴ EUCO 22/20. In realtà, il documento ha lasciato emergere una diversità di vedute tra le varie Istituzioni europee che aveva accompagnato il dibattito sulla *rule of law conditionality* sin dall'inizio, come ricostruito da A. DIMITROVS - H. DROSTE, *Conditionality mechanism: what's in it?*, in *Verfassungsblog*, dicembre 2020.

⁵ Si trattava, in particolare, del Quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, contenente anche l'atteso programma *Next Generation EU*. Lo strumento è stato, infine, adottato con regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consiglio, del 17 dicembre 2020. Al riguardo v. ampiamente SENATO DELLA REPUBBLICA - SERV. STUDI, *L'approvazione del nuovo Quadro finanziario pluriennale*, dossier n. 106, dicembre 2020, p. 12 ss., consultabile sul sito del [Senato](#), cui cfr. le considerazioni di M. BONOMI, *Il compromesso con Polonia e Ungheria: una vittoria di Pirro*, pubbl. sul sito dell'[ISPI](#), dicembre 2020.

Ed ancora, il meccanismo di condizionalità non potrebbe applicarsi retroattivamente (§ I.2.k), né alle violazioni di carattere sistemico (§ I.2.e, co. 2)⁶. In ogni caso, per entrare a regime esso necessiterebbe di disposizioni attuative, le quali – sempre secondo il Consiglio – non soltanto dovrebbero essere il prodotto di una «stretta consultazione» tra la Commissione e tutti gli Stati membri (ivi compresi quelli che avrebbero interesse a procrastinarle, ovvero ad attenuarne il rigore), ma dovrebbero, altresì, attendere i tempi di un eventuale giudizio sulla validità dello stesso regolamento (§ I.2.c)⁷.

Il Parlamento europeo, in una risoluzione del 17 dicembre 2020⁸, ha fortemente criticato tali prese di posizione, rimarcandone l'inefficacia normativa (§§ 4, 5) e prospettando l'adozione di una mozione di censura nei confronti della Commissione qualora quest'ultima se ne lasci, invece, condizionare (§ 8). Inoltre, pochi giorni più tardi il Presidente della Commissione Affari costituzionali ha inviato una nota ufficiale⁹ al proprio omologo della Commissione Affari giuridici, allo scopo di sollecitare attenzione per la vicenda e valutare la possibilità di contestare la validità, *ex art.* 263 Tfu, delle citate *Conclusioni* del Consiglio europeo, in quanto esse veicolerebbero un'ingerenza indebita nell'esercizio della funzione legislativa.

Da ultimo, una forte sollecitazione ad «evitare ulteriori ritardi» nell'applicazione del regolamento *de quo* è stata espressa dal *plenum* nella risoluzione P9-TA(2021)0103 del 25 marzo 2021 (§ 13). Essa ha, peraltro, individuato un termine ben preciso, il 1° giugno 2021, oltre il quale l'inerzia della Commissione sarà oggetto di un ricorso dinanzi alla Corte di giustizia, *ex art.* 265 Tfu (§ 14).

Allo stato, non è agevole prevedere se le attuali frizioni tra gli organi di vertice dell'Ue raggiungeranno effettivamente tale punto critico¹⁰. In ogni caso, resta il fatto che il regolamento in esame attribuisce alla Commissione la sola possibilità di proporre le sanzioni, mentre rimette la decisione finale al Consiglio, vale a dire ad un organo che non solo si colloca al di fuori del raggio di influenza del Parlamento, ma che, nella prassi, si è sempre uniformato agli orientamenti del Consiglio europeo, stante anche l'appartenenza dei rispettivi membri ai medesimi Governi nazionali.

⁶ Affermazione, questa, che – oltre a non trovare riscontro sul piano esegetico – appare quantomeno eccentrica, atteso che dai lavori preparatori era emerso chiaramente come la tutela la *rule of law* fosse addirittura lo «scopo principale» della nuova disciplina: cfr. J. PISKORZ, *Conditionality of the EU funds. A tool to protect the Union's budget or an instrument to strengthen the rule of law?*, in AA.VV., *European Union and its law, policy, and economy: internal and external dimensions*, Varsavia, PECSA, 2020, p. 54 ss.

⁷ Eventualità che, com'era del tutto prevedibile, si è poi verificata: cfr. le cause C-156/21 e C-157/21, promosse, rispettivamente, da Ungheria e Polonia, entrambe l'11 marzo 2021.

⁸ Il riferimento è alla cit. risoluzione P9_TA-PROV (2020)0360.

⁹ Ref. D(2021)1652, del 26 gennaio 2021, le cui censure erano state già in parte anticipate in dottrina: v. A. ALEMANNI - M. CHAMON, *To save the rule of law you must apparently break it*, in [Verfassungsblog](#), dicembre 2020.

¹⁰ Secondo quanto riferito a suo tempo da fonti di stampa, già il primo richiamo del Parlamento sarebbe stato recepito dalla Presidente della Commissione europea: cfr. *Von der Leyen pledges to use rule-of-law tool next year*, in *Euobserver* - ediz. online, 17 dicembre 2020.

Quanto poc'anzi richiamato rischia, quindi, di impattare negativamente sulla concreta possibilità, per le istituzioni europee, di contrastare quella crisi dello Stato di diritto che, come recentemente confermato anche dalla Commissione nella sua prima relazione annuale sul tema¹¹, si registra da tempo in alcuni Paesi dell'Unione¹². Da qui l'opportunità di interrogarsi sul potenziale degli altri strumenti oggi disponibili, alla luce sia del paradigma al quale le legislazioni nazionali andrebbero ricondotte, sia dell'entità degli scostamenti sinora verificatisi. Proprio da tali profili sembra, quindi, opportuno avviare queste riflessioni.

2. La parabola della «rule of law» in Europa

Il concetto di *rule of law* ha origini antiche, essendo riconducibile già alla riflessione su quel «governo delle leggi» che gli antichi filosofi contrapponevano al «governo degli uomini», ritenendo che solo il primo offrisse adeguate garanzie di giustizia ed equilibrio¹³. In epoca moderna, tuttavia, esso – come noto – ha ricevuto la sua prima sistematizzazione dal giurista britannico Albert Dicey¹⁴. In essa non è difficile cogliere i medesimi principi che sin dalla fine del XVIII secolo avevano trovato enunciazione in Francia, con riferimento all'«*État de droit*»¹⁵, e che la giuspubblicistica di lingua tedesca sul «*Rechtsstaats*»¹⁶ avrebbe, poi, diffuso in tutta Europa¹⁷.

¹¹ Comunicazione COM(2020) 580 final del 30 settembre 2020, corredata da ventisette *national chapters* (per l'Ungheria, la Polonia e la Romania v., rispettivamente, le comunicazioni SWD(2020) 316 final, SWD(2020) 320 final e SWD(2020) 322 final). Tali atti si inseriscono nel più ampio meccanismo europeo per lo Stato di diritto, su cui v. meglio *infra*, § 4.

¹² Va precisato che Ungheria, Polonia e Romania, su cui questo lavoro è incentrato, sono i Paesi in cui la crisi dello Stato di diritto è emersa con maggiore gravità, ma non gli unici ad esserne affetti, come attestano il conflitto recentemente esploso tra il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale ucraini, nonché i perduranti problemi concernenti l'indipendenza del potere giudiziario in Bulgaria, su cui v. rispettivamente A. CHERVIATSOVA, *False dilemma. The President of Ukraine vs the Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, gennaio 2021, e E. BAKSANOVA, *Lo Stato di diritto in Bulgaria: una "Fata Morgana"?* (trad.), § 2 ss., reperibile sul sito Questionegiustizia.it, marzo 2020.

¹³ V. puntualmente G. COGLIANDRO, *Rule of law*, in *Dig. disc. pubbl. Agg.*, vol. IV, Milano, Utet, 2015, p. 431, cui *adde* la più ampia ricostruzione operata da P. COSTA, *The rule of law: An outline of its historical foundation*, in C. MAY - A. WINCHESTER (a cura di), *Handbook on the Rule of Law*, Cheltenham, Edgar, 2018, p. 136 ss., il quale si spinge ad esaminare la declinazione del concetto *de quo* nel pensiero di Kant, dopo aver considerato la romanità classica, il Medioevo e la filosofia inglese sulla sovranità, del XVII e XVIII secolo.

¹⁴ V. sin d'ora A. DICEY, *Lectures introductory to the study of the law of the constitution*, Londra, Macmillan, 1886², anche nei commenti di B. HIBBITTS, *The politics of principle: Albert Venn Dicey and the rule of law*, in *Anglo-Am. L. Rev.*, n. 1, 1994, p. 1 ss., e, più di recente, J. PFANDER, *Dicey's nightmare: an essay on the rule of law*, in *Calif. L. Rev.*, n. 3, 2019, p. 744 ss.

¹⁵ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Parigi, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, vol. I, p. 489, fa risalire lo Stato di diritto alla teoria della costituzione adottata dall'Assemblea costituente del 1789 sulla scorta – secondo B. KRIEGEL, *État de droit ou Empire?*, Parigi, Bayard, 2002, p. 82 ss. – della riflessione condotta nel XVI secolo da J. BODIN e dagli altri teorici della sovranità, specie inglesi e olandesi. La locuzione richiamata nel testo è, però, successiva a quella tedesca e risale a L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Parigi, Fontemoing, 1911, vol. I, *passim*.

¹⁶ Al riguardo v. ampiamente R. BIN, *Stato di diritto*, in *Enc. dir. Ann.*, Milano, Giuffrè, 2011, vol. IV, p. 1149 ss., cui cfr. le molteplici divergenze dogmatiche richiamate da A. DI MARTINO, *I rapporti tra la dottrina italiana e quella tedesca durante il Fascismo intorno allo Stato di diritto*, in *Riv. AIC.*, n. 1, 2018, p. 5 ss.

¹⁷ Non è qui possibile soffermarsi sui molteplici snodi di tale ampio, variegato e duraturo processo, così come sull'ascendente esercitato, al riguardo, dall'analoga nozione di «*rule of law*». Sul tema si rinvia, pertanto, a E. SANTORO, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 1 ss., mentre sul recepimento della

Seppur storicamente distinte¹⁸, tutte queste locuzioni tendono ad essere intese alla stregua di sinonimi dalla dottrina più recente¹⁹ e, in ogni caso, figurano come tali nelle traduzioni ufficiali dei Trattati europei. Esse vengono solitamente utilizzate in due diverse accezioni²⁰. In senso stretto (o formale), designano semplicemente una forma di Stato in cui i consociati sono vincolati, tutti ed in egual misura, al rispetto delle medesime leggi (principio di uguaglianza), mentre chi è investito di poteri autoritativi deve esercitarli in conformità alla legge (principio di legalità)²¹. In senso lato (o sostanziale), la nozione è, invece, più strutturata, poiché include la nota separazione montesqueuiana dei poteri²² e la fissazione di diritti costituzionali inviolabili, dalla cui minaccia o lesione l'individuo possa difendersi invocando l'intervento di un giudice che sia terzo, imparziale e, soprattutto, immune da condizionamenti politici²³. In quest'ottica, la *rule of law* si atterrebbe, insomma, ad un insieme di garanzie volte al «temperamento del

nozione in discorso da parte della dottrina e, poi, della giurisprudenza costituzionale italiane v. per tutti R. BIN, *op. cit.*, p. 1155 ss.; V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi*, in *Dir. fond.*, n. 1, 2018, p. 2 ss.; A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 21 ss.

¹⁸ Cfr. R. BIN, *op. cit.*, pp. 1152-1153, testo e nt. 26.

¹⁹ V., tra gli altri, S. BARTOLE, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir. Ann.*, cit., 2008, vol. II, t. 2, p. 1122; G. COGLIANDRO, *Rule of law*, cit., p. 430; P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 128 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 116, e cfr. la stretta connessione tra *rule of law* (formale) e l'indipendenza della magistratura argomentata da M. PALMER, *Constitutional dialogue and rule of law*, in *Revista de Direito Público Contemporâneo*, n. 2, 2019, p. 49 ss. Insiste, invece, sulla suddetta distinzione terminologica E. CASTORINA, *Forme di Stato, tipi di Stato, forme di governo*, in AA.VV., *Diritto costituzionale*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, pp. 79-80.

²⁰ Sulla dicotomia tra *rule of law* formale e sostanziale, di seguito ripresa nel testo, v. la nota sistematizzazione di P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*, in *Public L.*, 1997, p. 467 ss., cui *adde*, in chiave per lo più ricognitiva della riflessione dottrinale sul tema, T. DRINÓCZI - A. BIEN-KACAŁA, *Illiberal constitutionalism and the European Rule of Law*, in IID. (a cura di), *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism. Poland and Hungary within the European Union*, Londra - New York, Routledge, 2021, p. 5 ss. Non mancano, comunque, tassonomie diverse, come quella c.d. quadripartita proposta da R. FALLON, *'The rule of law' as a concept in constitutional discourse*, in *Columb. L. Rev.*, n. 1, (1997, p. 1 ss.; al punto che, secondo T. GINSBURG - M. VERSTEEG, *Constitutional Correlates of the Rule of Law*, in AA.VV., *Constitutionalism and the Rule of Law. Bridging Idealism and Realism*, Cambridge, CUP, 2017, p. 508 ss., il concetto di «*rule of law*» si connoterebbe per una perdurante «confusione teoretica».

²¹ V. puntualmente il primo e il secondo dei significati di «*rule of law*» teorizzati da A. DICEY, *Lectures introductory*, cit., rispettivamente a p. 180 e p. 174, e più di recente la «*thin*» *definition* di B. TAMANAHA, *A concise guide to the Rule of Law*, in *Leg. Stud. Res. Pap. Ser.*, n. 07-0082, 2007, p. 3, e J. MØLLER, *The advantages of a thin view*, in C. MAY - A. WINCHESTER (a cura di), *Handbook*, cit., p. 28 ss. Una concezione soltanto formale dello Stato di diritto fu sposata dalla maggior parte dei giuristi primo-novecenteschi in Italia e Germania: v. l'ampia rassegna operata da R. BIN, *op. cit.*, p. 1151 ss., ed ancora L. FULLER, *The morality of law*, New Haven - Londra, YUP, 1964, p. 33 ss.; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (trad.), Torino, Einaudi, 1966 (1960), p. 345 ss.; J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 270-271.

²² Cfr. tuttavia la tesi recentemente addotta da R. LESAFFER - S. MUSA, *The Emergence of the Rule of Law in Western Constitutional History: Revising Traditional Narratives*, in AA.VV., *Constitutionalism*, cit., p. 106 ss., secondo la quale la separazione dei poteri sarebbe storicamente coincisa col rafforzamento del potere statale sugli individui, collocando questi ultimi in uno stato di soggezione terminato soltanto con l'avvento delle Carte internazionali dei diritti.

²³ Cfr. gli «*additional principles*» di R. STEIN, *What exactly is the rule of law?*, in *Hous. L. Rev.*, n. 1, 2019, p. 198 ss., che pure anticipa il principio della separazione dei poteri alla ricostruzione della *rule of law* in senso stretto (*ibid.*, p. 193), e cfr. già il terzo significato attribuito alla *rule of law* da A. DICEY, *op. cit.*, p. 210 (generalizzazione-costituzionalizzazione di principi nascenti dai casi giudiziari inerenti la tutela di diritti soggettivi), che R. BIN, *op. cit.*, p. 1123, ha ritenuto storicamente determinante per la nascita del *bill of rights* statunitense.

potere», fino a saldarsi con lo stesso concetto di costituzionalismo²⁴, come traspare anche da diversi documenti internazionali sulla tutela dei diritti umani²⁵. Peraltro, è interessante osservare come la tutela dell'individuo dagli abusi del potere, ricorrente già nelle prime teorizzazioni ed oggi pacifica in dottrina²⁶ sia riemersa con convinzione solo negli ultimi decenni del XX secolo, sull'onda della diffusa insoddisfazione verso l'opposta concezione formale, rivelatasi storicamente «compatibile anche con le forme più perverse di governo e di ingiustizia»²⁷.

Gli Stati membri dell'Unione europea, malgrado l'esistenza di alcune «varianti nazionali» della nozione in esame²⁸, sin dalla prima bozza dei cc.dd. criteri di Copenaghen (1993)²⁹ hanno riconosciuto al rispetto della *rule of law* un forte valore auto-identitario. Non stupisce, quindi, che esso sia stato consacrato già nel Trattato di Amsterdam (art. F Tue) e, diversi anni più tardi, sia comparso anche nel *Preambolo* della Carta di Nizza, ovvero, ancora, tra i «valori» comuni elencati nell'art. 2 Tue³⁰.

Delle due ricostruzioni poc'anzi richiamate, a partire, almeno, dalla sentenza della Corte di giustizia sul caso *Kadi* (2008)³¹ l'Ue ha optato per la seconda. Ciò risalta con particolare chiarezza da una comunicazione pubblicata dalla Commissione nel 2014³², la quale trae spunto dalla stessa giurisprudenza

²⁴ Cfr. testualmente M. ADAMS - E. BALLIN - A. MEUWESE, *The Ideal and the Real in the Realm of Constitutionalism and the Rule of Law: An Introduction*, in AA.VV., *Constitutionalism*, cit., p. 5, e M. KRYGIER, *Tempering Power*, *ibid.*, p. 46 ss.

²⁵ Sul tema v. M. RISHMAWI, *The rule of law and human rights*, in C. MAY - A. WINCHESTER (a cura di), *Handbook*, cit., p. 361 ss.

²⁶ Sullo «Stato di diritto» come portatore di una intrinseca «carica polemica» nei confronti del potere politico, smarritasi per almeno un secolo e adesso oggetto di una rinnovata presa di coscienza v. R. BIN, *Stato di diritto*, cit., p. 1151 ss., cui cfr. per tutti, con puntuale riferimento alla concezione oggi maggioritaria, E. CASTORINA, *Forme di Stato*, cit., p. 78 ss.

²⁷ G. COGLIANDRO, *Rule of law*, cit., p. 436. Nello stesso senso, più di recente, V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale*, cit., p. 3 ss.

²⁸ Cfr. testualmente A. MADEJA, *European values and the Rule of Law*, in T. DRINÓCZI - A. BIEN-KACAŁA (a cura di), *Rule of Law*, cit., p. 61, il cui scetticismo circa la possibilità di addivenire ad un modello (euro)unitario, tuttavia, pare quantomeno eccessivo.

²⁹ Sul tema v. ampiamente D. DUDLEY, *European Union membership conditionality: the Copenaghen criteria and the quality of democracy*, in *Southeast Eur. & Black Sea Stud.*, n. 4, 2020, p. 525 ss., il quale esprime, però, l'opinione che la concreta applicazione di tali criteri abbia talora peccato di coerenza.

³⁰ In precedenza, il Trattato di Maastricht (1992) aveva limitato i riferimenti alla promozione dello Stato di diritto alla sola azione esterna dell'Unione (art. J.1) e della Comunità (art. 130 U TCE, da esso medesimo introdotto). Nel corso degli anni, si sono peraltro registrate alcune oscillazioni terminologiche, tra «valore» e «principio», sulle cui possibili implicazioni v. I. CENEVSKA, *The rule of law as a pivotal concept of the EU's politico-legal order*, in *Iustinianus Primus L. Rev.*, n. 1, 2020, pp. 6-7, e cfr., più in generale, A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 104.

³¹ Invero, già la sent. CGCE 23 aprile 1986, § 23, causa 294/83, *Les Verts*, affermò la cogenza dei principi dello Stato di diritto a livello (allora) comunitario, ma è soltanto a decorrere dalla sent. CGCE (GS) 3 settembre 2008, causa C-402/05 P, *Kadi*, che la Corte sembra aver definitivamente ammesso la possibilità di fondarvi un sindacato di natura sostanziale (ossia, incentrato sul rispetto dei diritti inviolabili del singolo, dell'autonomia della magistratura *etc.*), come richiamato da M. VLAJKOVIC, *Rule of law – EU's common constitutional "denominator" and a crucial membership condition on the changed and evolutionary role of the rule of law value in the EU context*, in *ECLIC*, n. 4, 2020, pp. 240-241.

³² COM(2014) 158 final, dell'11 marzo 2014.

europea e dalla riflessione istituzionale sul tema condotta in seno al Consiglio d'Europa³³ per enumerare in modo dettagliato gli elementi costitutivi dello Stato di diritto, evidenziandone, altresì, la comunanza alle tradizioni costituzionali di tutti gli Stati membri, nonché i diretti addentellati col principio democratico e la tutela della persona umana³⁴.

Proprio in quegli anni, tuttavia, la crescente insofferenza di larga parte della popolazione per le ricadute della crisi economica aveva già cominciato a minare la stabilità politica di diversi Stati membri, creando le condizioni per l'ascesa di nuovi partiti, di stampo nazionalista e populista. Ciò è accaduto, anzitutto, in Ungheria, dove ripetute vittorie elettorali hanno consegnato al raggruppamento ultraconservatore Fidesz-Kdnp la maggioranza parlamentare necessaria a riscrivere interi settori dell'ordinamento, estendendo progressivamente il potere statale su università, imprese, associazioni e, tramite i *mass-media*, sull'intera opinione pubblica. Il modello di democrazia che ne è emerso, definito «illiberale» dallo stesso Primo ministro ungherese, suo principale fautore³⁵, si caratterizza per una tendenziale diffidenza verso lo Stato di diritto, accusato di essere inefficiente e, cosa ancor più grave, di ostacolare l'effettivo dispiegamento della sovranità popolare³⁶.

Ebbene, tra i giuristi è alquanto diffuso il convincimento che la «*illiberal democracy*»³⁷, lungi dal costituire una mera variante del paradigma ottocentesco, ne adombri, invece, un sostanziale ribaltamento

³³ *Ibid.*, allegato I. Per quanto concerne il Consiglio d'Europa, giova richiamare che la Commissione di Venezia, di seguito al *Report on the rule of law* del 25 marzo 2011 (CDL-AD(2011)003rev), puntualmente richiamato dalla Commissione europea, è ulteriormente tornata sul tema con la stesura di una *Rule of law checklist* (CDL-AD(2016)007, del 12 marzo 2016). Sul contributo di tale organo al dibattito definitorio v. in dottrina F. MAURI, *Un nuovo approccio alla rule of law: La Checklist della Commissione di Venezia*, in *Oss. cost.*, n. 2, 2020, p. 41 ss.

³⁴ In questo senso v., in dottrina, S. BISARYA - W. BULMER, *Rule of Law, Democracy and Human Rights: The Paramountcy of Moderation*, AA.VV., *Constitutionalism*, cit., p. 125 ss., e W. WŁOCH, *Where the laws do not govern, there is no constitution? – On the relationship between the Rule of Law and constitutionalism*, in T. DRINÓCZI - A. BIEN-KACAŁA (a cura di), *Rule of Law*, cit., p. 87 ss.

³⁵ Cfr. un passaggio del discorso pronunciato il 24 luglio 2014 a Băile Tușnad (Romania): «*The new state that we are building is an illiberal state, a non-liberal state. It does not deny foundational values of liberalism, as freedom, etc. But it [...] applies a specific, national, particular approach in its stead*» (reperibile sul portale d'informazione [The Budapest Bacon](#)). Nello stesso senso la «*counter-revolution*» più volte propugnata dall'attuale Vice Primo ministro polacco e *leader* del partito di maggioranza, Jarosław Kaczyński.

³⁶ Sulla (assai problematica) applicazione della *rule of law* nelle democrazie illiberali v. di recente T. DRINÓCZI - A. BIEN-KACAŁA, *Illiberal constitutionalism*, cit., p. 20 ss., e soprattutto IID., *Illiberal legality*, in IID. (a cura di), *Rule of Law*, cit., p. 219 ss., mentre sui sentimenti di disaffezione popolare verso lo Stato liberaldemocratico negli anni precedenti l'ascesa di Fidesz v. G. TÓTH, *Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constitutionalism*, in AA.VV., *Constitutionalism*, cit., p. 404 ss.

³⁷ Com'è noto, tale fortunata locuzione fu coniata da F. ZAKARIA, *The rise of illiberal democracy*, in *Foreign Aff.*, n. 6, 1997, p. 22 ss. Sul tema v. più di recente, con particolare riferimento a Ungheria e Polonia, J. SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, Franco Angeli, 2018, *passim*, cui adde, in prospettiva geopoliticamente ampia, R. TONIATTI, *Democrazia illiberale e forma di stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euro-atlantico: contingenze elettorali o cambio di paradigma?*, in *DPCE online*, n. 3, 2020, p. 3948 ss. Per un'analisi degli argomenti con cui tale ossimoro tuttora sopravvive in ambito politico v., infine, P. BLOKKER, *Populist counter-constitutionalism, conservatism, and legal fundamentalism*, in *Eur. Const. L. Rev.*, n. 15, 2019, p. 528 ss.

(«*democratic backslidings*»)³⁸. Ben si comprende, allora, la preoccupazione che tali dinamiche hanno suscitato a livello europeo, specie allorché esse hanno cominciato a manifestare, per così dire, una certa *vis expansiva*, replicandosi, più o meno fedelmente, nelle vicine Polonia e Romania³⁹.

3. I processi di *democratic backsliding* in Ungheria, Polonia e Romania

Nel procedere a soppesare l'entità dei mutamenti cui si è poc'anzi accennato sembra opportuno focalizzarsi su tre indicatori: la forma di governo, la giustizia costituzionale e l'organizzazione del sistema giudiziario⁴⁰.

A) Il predominio di fatto degli Esecutivi

Sul piano della forma di governo, in tutti e tre i Paesi si è assistito ad un progressivo sbilanciamento a favore del potere esecutivo.

In Ungheria, tale processo è iniziato già nel 2011 con l'adozione di una nuova Legge fondamentale⁴¹, la quale, predisposta da soli tre deputati di maggioranza ignorando, di fatto, le conclusioni del Comitato consultivo e della Commissione parlamentare di redazione nominati l'anno precedente, è stata approvata dopo un esame parlamentare durato appena nove giorni⁴², ed avviato ancor prima che fosse esaurita la

³⁸ V. le locuzioni coniate da N. BERMEJO, *On democratic backsliding*, in *J. Democr.*, n. 1, 2016, p. 5 ss., e L. PECH - K. SHEPPELE, *Illiberalism within: rule of law backsliding in the EU*, in *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, n. 3, 2017, p. 9 ss., ai quali ultimi si rinvia anche per un'analisi approfondita del fenomeno. Analogamente, cfr. la «*democratic erosion*» di T. GINSBURG - A. HUQ, *How to save a constitutional democracy*, Chicago-Londra, University of Chicago Press, 2018, p. 43, e le ulteriori «etichette» proposte da J. BALKIN, *Constitutional rot and constitutional crisis*, in *Maryland L. Rev.*, n. 1, 2017, p. 150 ss.; T. DALY, *Diagnosing democratic decay*, p. 3 ss. (intervento alla conferenza «*Comparative Constitutional Law Roundtable*», Sydney, UNSW Law School, 7 agosto 2017, reperibile in www.democratic-decay.org); L. DIAMOND, *Facing up to the democratic recession*, in *J. Democr.*, n. 1, 2015, p. 141 ss. Sul tema v. di recente A. DI GREGORIO, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in *Nuovi autoritarismi e democrazie*, n. 2, 2019, p. 1 ss., e T. DELLY, *Democratic decay: conceptualising an emerging research field*, in *Hague J. Rule of Law*, n. 11, 2019, p. 12 ss., cui *adde*, sul piano socio-politologico, S. LEVITSKY - D. ZIBLATT, *Come muoiono le democrazie* (trad.), Roma-Bari, Laterza, 2020 (2018), p. 138 ss., e J. GERSCHESKI, *Erosion or decay? Conceptualizing causes and mechanisms of democratic regression*, in *Democratization*, n. 1, 2020, p. 43 ss.

³⁹ Sulla prima crisi dello Stato di diritto rumeno dell'era post-comunista, consumatasi brevemente nel 2012, non si avrà modo di tornare nel corso di questo lavoro e si rinvia, pertanto, a A. DIRRI, *Le elezioni europee in Romania tra pulsioni identitarie e ammonimenti della Commissione europea*, in *Federalismi*, n. 10, 2019, p. 5 ss.

⁴⁰ Per ulteriori approfondimenti si rinvia sin d'ora a T. DRINÓCZI, *The Rule of Law. The Hungarian perspective*, e I. WRÓBLEWSKA, *The Rule of Law. The Polish perspective*, in T. DRINÓCZI - A. BIEN-KACAŁA (a cura di), *Rule of Law*, cit., rispettivamente a p. 119 ss. e p. 133 ss.

⁴¹ Approvata dal Parlamento il 19 aprile 2011 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2012. Al riguardo cfr., anche per molteplici profili sostanziali, i rilievi formulati dalla Commissione di Venezia nella sua del 20 giugno 2011 (*opinion* n. 621/2011, CDL-AD(2011)016), peraltro già in parte anticipati il 28 marzo 2011 (*opinion* n. 614/2011, CDL-AD(2011)001). Sui rivolgimenti che hanno caratterizzato l'ordinamento ungherese ai suoi massimi livelli, sin dal tramonto del comunismo, v. l'ampia ricostruzione operata da G. TÓTH, *Illiberal Rule of Law?*, cit., p. 389 ss.

⁴² Cfr. le forzature procedurali denunciate da F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, Cedam, 2013, p. 30. Va segnalata, peraltro, la dubbia costituzionalità della legge con cui, nel luglio 2010, una maggioranza pari a due terzi del Parlamento, composta dai soli partiti di governo, aveva abbassato il maggior *quorum* (quattro quinti) inizialmente previsto per l'adozione di un nuovo

relativa consultazione popolare⁴³. Il nuovo testo, entrato in vigore senza alcuna conferma referendaria, ha apparentemente mantenuto la forma di governo parlamentare⁴⁴, ma di fatto ha spostato il baricentro dell'indirizzo politico a favore del Presidente della Repubblica e dell'Esecutivo. Il primo, in particolare, benché sprovvisto di legittimazione democratica diretta e non responsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni⁴⁵, dispone di molteplici strumenti tramite cui incidere sull'indirizzo politico. Egli, infatti, ha iniziativa legislativa e referendaria (art. 9, § 3, lett. c, d L.F.) e potere di veto sospensivo, esercitabile anche per motivi di merito (art. 6 L.F.); può sciogliere il Parlamento qualora esso non elegga nessuno dei candidati alla carica di Primo ministro da lui designati, ovvero non approvi il bilancio annuale (art. 3 L.F.); approvazione per la quale è, peraltro, necessario l'assenso di un apposito Consiglio, di nomina prevalentemente presidenziale⁴⁶. Ed ancora, in determinati casi, oltretutto suscettibili di ampliamento con legge ordinaria, il Presidente può emanare decreti senza necessità di controfirma. Del resto, anche in alcune delle materie in cui detta controfirma è, invece, prevista, egli gode di un discreto margine di discrezionalità (art. 9, § 5 ss. L.F.)⁴⁷.

La concreta possibilità, per l'Assemblea nazionale, di controbilanciare il peso dell'Esecutivo, già limitata per effetto dell'adozione di un sistema elettorale prevalentemente maggioritario e della contestuale riduzione del numero dei seggi, si è ulteriormente affievolita per via del crescente ricorso a *referendum* confermativi. Quando non sono addirittura celebrati al di fuori di rigide cornici normative⁴⁸, essi si svolgono di norma su richiesta del Presidente della Repubblica o del Governo e necessitano di

Testo fondamentale: v. M. VOLPI, *La nuova Costituzione ungherese. Una democrazia dimezzata*, in DPCE, 2012, p. 1013 ss., e, anche per ulteriori profili procedurali alquanto problematici, K. SCHEPPELE, *Constitutional Coups in EU Law*, in AA.VV., *op. cit.*, p. 451, nt. 19.

⁴³ I cittadini furono interrogati tramite un semplice questionario a risposta multipla, cui diede riscontro appena l'11% degli aventi diritto. Sul tema v. le perplessità manifestate, tra gli altri, da R. UITZ, *Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary*, in *Int'l J. Const. L.*, n. 1, 2015, p. 286; A. DI GREGORIO, *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, in EAD. (a cura di), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Padova, Cedam, 2019, p. 366; G. GRASSO, *Da Berna a Budapest: appunti su revisioni costituzionali (totali e parziali) e tenuta dell'unità politica e di senso delle Costituzioni democratiche*, in *Dir. fond.*, n. 1, 2019, p. 10.

⁴⁴ A norma del nuovo art. 1 L.F. l'Assemblea nazionale è «l'organo supremo della rappresentanza popolare», detiene il potere legislativo e quello di revisione costituzionale. Inoltre, essa elegge i titolari di diversi uffici, ivi compresi quelli di Presidente della Repubblica e di Primo Ministro, al quale ultimo può in ogni momento revocare la fiducia, costringendolo alle dimissioni.

⁴⁵ A norma dell'art. 12 L.F. il Presidente, la cui persona è «inviolabile», può essere rimosso dal Parlamento con la medesima maggioranza (due terzi) necessaria per l'elezione a norma dell'articolo precedente, ma solo per specifici motivi, nessuno dei quali intercetta il merito (*de facto*, politico) delle sue decisioni.

⁴⁶ Il Consiglio di bilancio è composto da un presidente e dal Governatore della Banca centrale, entrambi di nomina presidenziale, più il Presidente della Corte dei conti, eletto dal Parlamento (art. 44 L.F.).

⁴⁷ In particolare, la facoltà di negare al Governo il conferimento di onorificenze nazionali e di non autorizzare l'utilizzo di onorificenze straniere a determinate persone per contrasto ai «valori promananti dalla Legge Fondamentale» appare suscettibile di ripercussioni sul versante diplomatico e, più in generale, su quello della politica estera.

⁴⁸ Lo osserva G. MILANI, *Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l'esperienza ungherese*, in DPCE online, n. 4, 2019, p. 2926.

un'approvazione preventiva da parte della maggioranza parlamentare, mentre l'art. 8 L.F. ha sottratto l'iniziativa referendaria ai deputati di minoranza, cui essa era, invece, riconosciuta dall'art. 28/C della Costituzione previgente.

A ciò si aggiunge la potenziale estromissione delle opposizioni dalle commissioni legislative, che oggi debbono rispecchiare le proporzioni tra i gruppi parlamentari solo «in via preferenziale» (art. 17 l. card. XXXVI del 2012), insieme al contestuale indebolimento degli strumenti di controllo sull'operato del Governo. Basti pensare che l'istituzione di commissioni d'inchiesta, prima obbligatoria se proposta da una minoranza qualificata di deputati, è oggi espressamente vietata ogni qual volta sufficienti informazioni possano essere acquisite, invece, con lo strumento dell'interpellanza (art. 24 l. card. XXXVI). Inoltre, l'art. 125 della risoluzione parlamentare n. 10/2014, se da un canto ha sostanzialmente sgravato i ministri dall'obbligo di intervenire personalmente ai cc.dd. *question times*⁴⁹, dall'altro ha riconosciuto al Governo, nel suo insieme, la facoltà di comprimere la discussione sui disegni di legge di proprio interesse chiedendo l'applicazione della procedura d'urgenza (art. 60), ovvero quella di paralizzare la proposta di emendamenti col c.d. voto bloccato (art. 61 ss.).

Una certa svalutazione del momento legislativo si riscontra anche negli altri due Paesi, dove il Parlamento già gode di minor centralità perché caratterizzati da forme di governo semipresidenziali.

In Romania, a partire dal 2017 gran parte della legislazione elettorale e di quella sull'ordinamento giudiziario è stata riscritta da ordinanze governative. Tali atti normativi, ancorché emanati in difetto del presupposto costituzionale dell'indifferibilità e ben oltre i limiti fissati, *ratione materiae*, dall'art. 115, § 6 Cost., nella prassi sono stati oggetto di ampia tolleranza, tanto dal Difensore civico, che ha quasi sempre ommesso di impugnarli dinanzi alla Corte costituzionale, quanto dalle stesse Camere, chiamate a stabilizzarne l'efficacia (peraltro, con procedura d'urgenza e secondo un peculiare meccanismo di silenzio-assenso)⁵⁰.

Anche la Polonia ha conosciuto un abuso della procedura accelerata. Le molteplici censure formulate, sul versante interno, dalla Corte suprema e, su quello internazionale, dalla Commissione di Venezia⁵¹, non hanno impedito alla maggioranza parlamentare di comprimere persino l'esame di delicati e complessi interventi di riforma, grazie anche a deliberate forzature, come ad es. il deposito delle proposte legislative

⁴⁹ Su tali profili v. ancora *ibid.*, p. 2927 ss., ed ulteriori rinvii.

⁵⁰ A norma dell'art. 115, § 5 Cost., qualora la Camera adita per prima non riesca a pronunciarsi entro trenta giorni, la convalida s'intende concessa in via tacita e il relativo disegno di legge passa senz'altro all'esame dell'altro ramo del Parlamento.

⁵¹ Il riferimento è, in particolare, ai pareri della Corte suprema del 16 dicembre 2019 e del 23 dicembre 2019, cui cfr. già il parere della Commissione di Venezia n. 860/2016 (CDL-AD(2016)026-e, 14 ottobre 2016), §§ 21-22. Nello stesso senso, successivamente, ancora la suddetta Commissione, con l'*opinion* n. 977/2020 (CDL-AD(2020)017, 22 giugno 2020), § 18, e l'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani dell'OSCE (parere n. JUD-POL/365/2019[AIC], § 30, del 14 gennaio 2020).

del Governo da parte dei parlamentari della maggioranza, che ha consentito l'aggiramento dei relativi obblighi di consultazione popolare. Tali pratiche, divenute frequenti anche presso il Parlamento ungherese⁵², hanno fatto sì che nel periodo 2015-2019 la durata media delle procedure legislative scendesse ad appena diciotto giorni⁵³.

Le tendenze in esame hanno subito un'impennata durante l'odierna crisi pandemica. Ad esempio, il 30 marzo 2020⁵⁴ l'Assemblea nazionale magiara ha approvato una proroga illimitata dello "stato di pericolo", in ragione del quale essa aveva conferito all'Esecutivo poteri estremamente ampi, e questo malgrado l'art. 53 L.F. preveda che essa osservi un termine solo quindicinale. Dopo crescenti pressioni politiche ed istituzionali, il 17 giugno 2020 il Governo, con due successivi decreti, ha infine dichiarato il ritorno al regime ordinario, ma il medesimo giorno ha ottenuto dal Parlamento la possibilità di riprendere ad esercitare poteri eccezionali a sua discrezione, previa proclamazione dello "stato di emergenza sanitaria", peraltro non previsto dalla Legge fondamentale⁵⁵.

Analogamente, il Governo polacco, anziché applicare la disciplina costituzionale sullo "stato di calamità naturale" (art. 232 Cost.), con le relative garanzie (tra cui il coinvolgimento della Camera bassa o *Sejm*), ha preferito emanare una disciplina emergenziale autonoma, per via regolamentare⁵⁶.

Quanto alla Romania, infine, si è registrata una vistosa inerzia da parte del Parlamento allorché questo, in un primo momento, si era limitato ad autorizzare la proclamazione dello "stato di emergenza" da parte del Presidente della Repubblica, senza stabilire alcun limite sostanziale, a tutela dei diritti dei cittadini. Ciò aveva consentito al Governo di adottare decreti di assai dubbia legittimità, alcuni dei quali si spingevano a conferire poteri assai penetranti alle Autorità militari. La situazione si è normalizzata solo grazie all'intervento del Difensore civico, il cui ricorso avverso uno di tali decreti, prontamente accolto dalla Corte costituzionale, ha fornito a quest'ultima l'occasione per "suggerire" al Parlamento specifiche previsioni di garanzia, poi effettivamente adottate⁵⁷.

⁵² V. Le critiche mosse dal Consiglio dell'Unione europea, puntualmente richiamate dalla com. Comm. eur. SWD(2020) 316 final, cit., p. 19.

⁵³ Lo riporta la com. Comm. eur. SWD(2020) 320 final, cit., p. 18.

⁵⁴ Legge organica XII (2020), su cui v. in dottrina S. BENVENUTI, *Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il coronavirus»*, in [SIDIBlog](#), aprile 2020, e, anche per una panoramica dei ben cinque stati emergenziali disciplinati nella nuova Legge fondamentale magiara, A. FANÌ, *Ungheria e Coronavirus: lo stato di pericolo*, § 2, in *Ius in itinere*, maggio 2020. Di una «autorizzazione in bianco» ha scritto V. CARLINO, *Il virus illiberale ungherese al tempo del covid-19*, in *Ianus*, maggio 2020, p. 4.

⁵⁵ V. le forti critiche mosse da G. HALMAI - G. MÉSZÁROS - K. SCHEPPELE, *From emergency to disaster. How Hungary's second pandemic emergency will further destroy the rule of law*, in [Verfassungsblog](#), maggio 2020, i quali segnalano inoltre l'istituzione, qualche mese prima, di un altro stato di eccezione privo di fondamento costituzionale: quello di "emergenza immigratoria".

⁵⁶ Sul tema v. in dettaglio E. RUTYNOWSKA - M. TATAŁA - P. WACHOWIEC, *Rule of law in Poland 2020: the rule of law crisis in the time of the Covid-19 pandemic*, Varsavia, Fondazione FOR, 2020, p. 7 ss.

⁵⁷ Il riferimento è alla dec. C. cost. 6 maggio 2020, n. 152, che ha annullato il decreto n. 34/2020 ed i cui rilievi sono, poi, stati recepiti dalla legge n. 55/2020.

B) La «cattura» politica degli organi di giustizia costituzionale

Sin dal loro primo insediamento, gli attuali partiti di governo di Ungheria e Polonia si sono adoperati per influenzare politicamente i rispettivi organi di giustizia costituzionale. A Budapest, l'art. 24, § 8 L.F. ha confermato l'elezione dei giudici da parte dell'Assemblea nazionale, prevista dall'art. 32/A della Costituzione previgente, ma ha stabilito che la Commissione parlamentare che seleziona le candidature non sia più paritetica, bensì rispecchi le proporzioni tra i vari gruppi, col risultato di esasperare la contrapposizione politica all'interno dell'organo e di rendere irrilevante, *de facto*, il voto delle opposizioni. Allo stesso tempo, la Corte è stata privata del potere di eleggere autonomamente il proprio Presidente; scelta che ora spetta, anch'essa, al Parlamento. Inoltre, nuovi seggi sono stati creati, in apparenza con l'unico effetto di mettere in minoranza i giudici eletti col sistema previgente (o meglio, quelli di essi che non fossero già notoriamente “vicini” al nuovo Governo).

Forzature ancor più vistose, perché al limite dell'incostituzionalità, si sono registrate in Polonia⁵⁸. La prima di esse, in ordine di tempo, risale all'ottobre 2015, quando il Presidente della Repubblica si rifiutò di ricevere il giuramento di cinque nuovi giudici, eletti dall'allora maggioranza parlamentare quasi al termine della legislatura e, soprattutto, unilateralmente, ignorando, cioè, sia gli orientamenti espressi dal partito “Diritto e giustizia” (PiS), cui apparteneva lo stesso Presidente, sia quelli degli altri partiti di opposizione. A ciò si aggiunga che due degli scranni in questione si sarebbero resi vacanti soltanto nel corso della legislatura successiva, sicché un'individuazione tanto sollecita dei nuovi titolari fu vista come un estremo tentativo, da parte del Governo uscente, di mantenere posizioni di controllo all'interno dello Stato, a prescindere dall'esito delle imminenti elezioni politiche.

La situazione si aggravò in novembre, quando i deputati del PiS, ottenuta la maggioranza assoluta dei seggi, approvarono una legge che conferiva al Capo dello Stato poteri di ingerenza sul funzionamento del Tribunale costituzionale e, al contempo, disponeva la revoca dei membri eletti nella legislatura precedente. Le nuove disposizioni furono dichiarate quasi interamente incostituzionali, ma già nel mese di dicembre furono seguite da una seconda legge, con la quale i giudici venivano assoggettati a responsabilità disciplinare, su iniziativa del Presidente della Repubblica o del Ministro della giustizia, ed il potere di dichiararne la decadenza era trasferito dallo stesso Tribunale al *Sejm*. Inoltre, si fissavano *quorum* elevati per la composizione ed il funzionamento dei singoli collegi giudicanti, pur nella consapevolezza, da parte del Parlamento, che la perdurante vacanza di alcuni seggi avrebbe comportato la paralisi dell'organo. Nel marzo 2016, il Tribunale reagì con una nuova pronuncia di incostituzionalità, avente ad oggetto proprio le nuove norme di procedura, ma proprio la mancata osservanza delle stesse

⁵⁸ Per una sintesi dettagliata della vicenda v. per tutti A. ANGELI, *Polonia. Le derive di una democrazia (quasi) maggioritaria: tra rischio di paralisi dell'organo di giustizia costituzionale e dualismo giuridico*, in *Federalismi*, n. 17, 2016, p. 8 ss.

nella trattazione della causa fu invocata dal Governo a sostegno della propria scelta di disconoscere la sentenza e di non pubblicarla nella Gazzetta Ufficiale.

In seguito, lo scontro istituzionale ha continuato ad inasprirsi⁵⁹, per poi spegnersi bruscamente nel dicembre 2016 con l'insediamento della nuova Presidente, eletta circa un anno prima dal PiS⁶⁰. Peraltro, giova richiamare che nel 2019 quest'ultimo ha consegnato la toga anche a due propri ex parlamentari⁶¹, noti per aver contribuito alla stesura di alcune delle leggi di cui, frattanto, l'Ue aveva iniziato a contestare la compatibilità con i principi della *rule of law*. È evidente il pregiudizio che simili inserimenti rischiano di arrecare all'indipendenza e alla terzietà dell'organo, come peraltro confermato dalla rapida diminuzione del numero dei ricorsi, mai così pochi da venti anni⁶².

Questa, per così dire, «cattura» politica dei garanti⁶³ ha comportato non solo la neutralizzazione, bensì financo il capovolgimento della relativa funzione di garanzia «contro-maggioritaria»⁶⁴. Ciò è di particolare evidenza in Ungheria, dove il sostanziale accentramento del potere di attivare il sindacato di costituzionalità preventivo nelle mani della maggioranza di governo e di soggetti ad essa riconducibili, come il Presidente della Repubblica, ha finito per trasformare lo strumento in un canale per legittimarne le decisioni. In tale contesto, non stupisce, allora, che la Corte abbia ripetutamente addotto motivi di forma per dichiarare inammissibili tutti i ricorsi proposti, in via successiva, contro alcuni degli oltre

⁵⁹ V., all'indomani delle ennesime pronunce di incostituzionalità avente ad oggetto i tentativi di riforma dell'organo, P. STARSKI, *The power of the rule of law: the Polish Constitutional Tribunal's forceful reaction*, in [Verfassungsblog](#), marzo 2016, e T. T. KONCEWICZ, *Polish Constitutional Tribunal goes down with dignity. The Polish Constitutional Tribunal's last stand?*, agosto 2016, *ibid.*

⁶⁰ Sulla possibile vicinanza della Presidente all'odierna maggioranza parlamentare cfr. quanto riportato da G. RAGONE, *La Polonia sotto accusa. Brevi note sulle circostanze che hanno indotto l'Unione Europea ad avviare la c.d. opzione nucleare*, in *Oss. cost.*, n. 1, 2018, p. 7, e cfr. T. T. KONCEWICZ, *From constitutional to political justice: the tragic trajectories of the Polish Constitutional Court*, in [Verfassungsblog](#), febbraio 2019, secondo il quale ella sarebbe addirittura «*the most trusted guardian of the new unconstitutional orders*».

⁶¹ Si tratta dell'ex procuratore Stanislaw Piotrowicz e della prof.ssa Krystyna Pawlowicz. Soltanto uno dei giudici attuali non è stato eletto da Diritto e giustizia.

⁶² Cfr. quanto riportato dalla stampa di settore: *The Constitutional Tribunal has gone on holiday*, pubbl. sul portale di informazione polacco [Rule of law](#), 21 gennaio 2021.

⁶³ Cfr. testualmente G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE online*, n. 3, 2020, p. 4003.

⁶⁴ Lo osserva, tra gli altri, C. PINELLI, *Intervento*, in AA.VV., *The rule of law crisis in Europe*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2019, p. 282. Sulla strumentalizzazione delle «nuove» Corti nell'ecosistema politico-istituzionale delle *illiberal democracies* v. approfonditamente P. CASTILLO-ORTIZ, *The illiberal abuse of Constitutional Courts in Europe*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 2019, p. 62 ss., e W. SADURSKI, *Constitutional design: lessons from Poland's democratic backsliding*, in *Const. Stud.*, n. 6, 2020, p. 66 ss. Sul carattere intrinsecamente contro-maggioritario della giustizia costituzionale v., per contro, A. BICKEL, *Least dangerous branch*, New Haven, Harper & Row, 1962, p. 3 ss., cui *adde*, nella dottrina italiana più recente, almeno O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 101 ss., e I. VALIA, *Difficoltà contromaggioritaria, principio di maggioranza, rappresentatività e difesa del "judicial review"*, in *Ord.*, n. 2, 2016, p. 207 ss.

centottanta decreti emergenziali emanati sino a questo momento, i quali sono, quindi, rimasti puntualmente in vigore anche quando in forte sospetto d'incostituzionalità⁶⁵.

Una strumentalizzazione politica dell'istituto ancor più manifesta si è avuta, nel 2018, da parte del Ministro della Giustizia polacco, allorché questi, pochi giorni dopo il sollevamento di alcune questioni pregiudiziali da parte di giudici nazionali e l'avvio di una procedura di infrazione, vertenti entrambe sulla controversa riforma dell'ordinamento giudiziario⁶⁶, ha chiesto al Tribunale costituzionale di dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 267 Tfu, in modo da preconstituirsì una "via di fuga" giuridica nel caso le sentenze dei giudici del Lussemburgo fossero state politicamente sgradite⁶⁷. Analogamente, il 9 aprile 2020 la Corte suprema, la cui piena immunità da condizionamenti politici è oramai dubbia⁶⁸, ha sollevato una questione di costituzionalità, il cui accoglimento consentirebbe alla Polonia di disconoscere sul versante interno le ordinanze interinali, ad essa sfavorevoli, emesse con sempre maggiore frequenza dalla Corte di giustizia⁶⁹. Infine, sembra pertinente richiamare la discussa sentenza del 22 ottobre 2020 con cui il Tribunale, dichiarando fondati i dubbi di costituzionalità adottati da alcuni deputati di maggioranza con riferimento alla legge sull'aborto, ne ha molto ristretto le maglie, escludendone la liceità anche nelle ipotesi di malformazione del feto, proprio come lo stesso PiS aveva invano tentato di fare, per ben due volte, in sede parlamentare⁷⁰.

⁶⁵ Cfr. puntualmente la com. Comm. eur. SWD(2020) 316 final, cit., p. 20. Più in generale, il Governo ha esercitato i poteri straordinari conferitigli a norma dell'art. 53 L.F. per introdurre misure che poco o nulla sembrano aver a che fare col contrasto alla pandemia, come ad esempio il blocco dei cambiamenti di sesso anagrafici, l'autorizzazione di deroghe ai diritti dei lavoratori, la nazionalizzazione o la sottoposizione a controllo militare di alcune società private, la sospensione delle norme sulla *privacy* dei cittadini e di quelle sulla trasparenza degli appalti (anche per opere pubbliche del tutto estranee al sistema sanitario).

⁶⁶ Il riferimento è, rispettivamente, alla causa C-522/18, avviata su rinvio della Corte suprema polacca (ord. 2 agosto 2018), e alla causa C-619/18, avviata dalla Commissione il 2 ottobre 2018. Peraltro, la sollecita definizione del secondo giudizio, con l'abrogazione delle contestate norme sul prepensionamento dei magistrati, a seguito delle ordinanze vicepresidenziali del 19 ottobre 2018 e dell'ord. CGUE (GS) 17 dicembre 2018, ha consentito alla Corte di pronunciare il non luogo a statuire sul primo (ord. 29 gennaio 2020). In dottrina, v. approfonditamente J. SAWICKI, *L'Unione europea come argine all'erosione dello stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2020, p. 178 ss.

⁶⁷ Al riguardo v. l'analisi operata da S. BIERNAT - M. KAWCZYŃSKA, *Though this be madness, yet there's method in't: pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court*, in *Verfassungsblog*, ottobre 2018, i quali peraltro rimarcano come il ricorso in esame, datato 4 ottobre 2018 (K 7/18), si incentri più sull'utilizzo (asseritamente) pretestuoso del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici interni, che contro la lettera del Trattato. Il procedimento è ancora pendente.

⁶⁸ V. *infra*, lett. C).

⁶⁹ Causa P 7/20, la cui seconda udienza di trattazione sarà celebrata il 15 giugno 2021.

⁷⁰ Ricorso K 1/20. Sulla decisione, che ha fatto leva sulle disposizioni costituzionali concernenti il rispetto della vita e della dignità umana (artt. 38, 30 Cost.), nonché il divieto di discriminazioni (art. 32 Cost.), v. in dottrina le censure formulate da E. ŁĘTOWSKA, *A tragic Constitutional Court judgment on abortion*, in *Verfassungsblog*, novembre 2020, cui cfr., sul versante politico, la ris. P9_TA-PROV(2020)0336, approvata dal Parlamento europeo già il 26 novembre 2020. A seguito di forti proteste di piazza, il Governo ne aveva inizialmente rinviato la pubblicazione, avvenuta solo il 27 gennaio 2021, con lo scopo di posticiparne l'efficacia e con l'auspicio – entrambi dichiarati pubblicamente – che il deposito delle motivazioni avrebbe offerto spunti utili ad aggirarne il dispositivo in sede parlamentare.

C) I tentativi di condizionamento della magistratura ordinaria

Dinamiche di condizionamento politico del tutto simili a quelle appena esposte con riferimento agli organi di giustizia costituzionale si sono registrate nei confronti dei magistrati comuni. Le strade seguite per addivenire a tale risultato sono state diverse.

In Ungheria, il fenomeno ha preso le mosse dal sostanziale esautoramento del relativo organo di autogoverno, il Consiglio nazionale della magistratura, privato di fondamento costituzionale e spogliato di buona parte delle proprie competenze a favore del neo-istituito Ufficio giudiziario nazionale (*Obb*), il cui presidente è eletto dall'Assemblea nazionale su proposta del Presidente della Repubblica⁷¹. Sebbene la legge prescriva che i vertici dei tribunali siano nominati, di norma, secondo le preferenze espresse dagli stessi magistrati, a partire dal 2017 la Presidente *pro tempore* dell'*Obb* ha annullato numerose selezioni per poi procedere, del tutto arbitrariamente, alla nomina di presidenti *ad interim* di sua fiducia. Nel 2019 ciò ha indotto il Consiglio, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, a proporre la rimozione al *Sejm*, ma questo l'ha prontamente respinta⁷². Sempre nel 2017, un decreto ministeriale ha ridotto l'incidenza dei Consigli della magistratura locali sulla nomina dei magistrati comuni, i cui criteri selettivi, peraltro, sono già predeterminati dal Governo⁷³.

La nomina dei membri della Corte suprema spetta anch'essa al Presidente dell'*Obb*, il quale a partire dal 2019 ha la possibilità di aggirare l'ordinario regime di cooptazione attingendo al novero degli ex giudici costituzionali; figure che, come si è già richiamato, sono a loro volta individuate dal Parlamento. Il Presidente della Corte, al pari del Procuratore generale, è invece eletto e destituito dall'Assemblea nazionale, su proposta del Capo dello Stato. La scelta è ampiamente discrezionale, potendo cadere su chiunque abbia prestato servizio per cinque anni come magistrato o, dal 2020, anche come semplice funzionario (cd. "referendario") presso la Corte costituzionale. Il rischio che l'attribuzione di queste importanti cariche sia condizionata da valutazioni non squisitamente meritocratiche appare evidente⁷⁴.

In Polonia, invece, dove la maggioranza parlamentare non ha i numeri per modificare la Costituzione, la funzione di garanzia del Consiglio nazionale della magistratura è stata *de facto* compromessa con legge

⁷¹ Per un confronto con la disciplina previgente v. S. BENVENUTI, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*, in *Nomos*, n. 3, 2012, p. 8 ss. La Legge fondamentale del 2011, pur menzionando l'Ufficio giudiziario nazionale agli artt. 1 e 9, non ne precisa prerogative ed organizzazione, le quali sono state poi delineate (la seconda, in senso fortemente verticistico) dalle leggi CLI e CLII del 28 novembre 2011.

⁷² Sulla vicenda v. la com. Comm. eur. SWD(2020) 316 final, cit., p. 4, che ribadisce le preoccupazioni già espresse dal Consiglio dell'UE e dal Consiglio d'Europa. Nello stesso senso già il parere n. 663/2012 (CDL-AD(2012)001-e) della Commissione di Venezia, pubblicato il 19 marzo 2012.

⁷³ Il riferimento è al decreto del 1° novembre 2017 col quale il Ministro della Giustizia, senza consultare il Consiglio nazionale della magistratura, ha modificato il sistema di selezione a punti già introdotto con proprio decreto del 4 marzo 2011, sulla base della legge CLXII dello stesso anno.

⁷⁴ Cfr. le preoccupazioni adombrate nella com. Comm. eur. SWD(2020) 316 final, cit., pp. 6-7.

ordinaria. La legge di riforma dell'8 dicembre 2017, infatti, ha sottratto ai magistrati la competenza ad eleggere i quindici giudici che fanno parte dell'organo, attribuendola al *Sejm*. Ciò ha determinato un netto squilibrio a favore del Parlamento, atteso che tra i restanti consiglieri figurano già quattro deputati e due senatori, eletti dalle rispettive Camere, più il Ministro della Giustizia e un soggetto designato dal Presidente della Repubblica. Sicché, gli unici membri rimasti formalmente autonomi dalla maggioranza di governo sono solo due, ossia il Presidente della Corte suprema amministrativa e il Primo presidente della Corte suprema (art. 187 Cost.).

La Corte suprema, ritenendo che i nuovi criteri di selezione dei consiglieri compromettano l'indipendenza dell'organo, in un primo momento ha disconosciuto le selezioni di nuovi magistrati operate da esso. Ciò è accaduto anche per le due nuove articolazioni della stessa Corte, la Sezione disciplinare e quella per il controllo straordinario e gli affari pubblici, che la riforma ha investito delle questioni concernenti – rispettivamente – la responsabilità disciplinare e l'indipendenza dei giudici. Tale presa di posizione, ancorché nel 2019 abbia ricevuto conforto dalla Corte di giustizia⁷⁵ e, nel 2020, anche dalla Rete europea dei Consigli giudiziari⁷⁶, sul versante interno si è scontrata con tre avverse decisioni del Tribunale costituzionale⁷⁷. Proprio queste pronunce hanno consentito al Presidente della Repubblica, lo scorso mese di maggio, di porre al vertice della Corte uno dei giudici cui le Sezioni riunite avevano inizialmente impedito l'insediamento⁷⁸. La nomina, com'era prevedibile, è stata condivisa dal Ministro

⁷⁵ Cfr. implicitamente, ma inequivocabilmente, la sent. CGUE (GS) 19 novembre 2019, §§ 152-153, cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, commentata da J. SAWICKI, *L'Unione europea*, cit., p. 185 ss. Tale decisione è poi stata recepita dalla Corte suprema di Varsavia, autrice del rinvio, in una risoluzione del 23 gennaio 2020 (adottata, ovviamente, senza il concorso delle due Sezioni specializzate). La questione è stata nuovamente portata all'attenzione dei Giudici del Lussemburgo nella causa C-824/18, *A.B. et al.*, la cui decisione, del 2 marzo 2021, ha sostanzialmente condiviso le forti preoccupazioni espresse dall'avvocato generale Tanchev nelle sue conclusioni del 17 dicembre 2020 (spec. § 124 ss.). Ed ancora, cfr. l'ord. CGUE (GS) 8 aprile 2020, causa C-791/19 R, che ha ingiunto alla Polonia di sospendere, nelle more, tutta l'attività della Sezione disciplinare: cfr. P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi*, n. 8, 2020, p. 200 ss.; S. GIANELLO, *La Corte di giustizia ordina di sospendere l'attività giurisdizionale della sezione disciplinare del Sąd Najwyższy: alcune riflessioni a margine dell'ordinanza della Grande Sezione (causa C-791/19 R) dell'8 aprile 2020*, in *Nomos*, n. 1, 2020, p. 4 ss.; J. SAWICKI, *op. ult. cit.*, p. 203 ss. Senonché, l'atteggiamento mantenuto dalle Autorità polacche è stato tutt'altro che collaborativo, come ripetutamente denunciato da autorevoli esponenti della magistratura, dell'accademia e della società civile polacche: v., da ultimo, il documento *A Letter to the European Commission*, reperibile in [Verfassungsblog](#), 28 marzo 2021.

⁷⁶ Cfr. la richiesta di espulsione del Consiglio polacco formulata il 27 maggio 2020 dal Comitato esecutivo. Sulla "rete" quale modello di (auto)organizzazione trasversale dei sistemi giudiziari in Europa v. per tutti A. CANEPA, *La rete quale "forma-organizzazione" del settore della giustizia europea*, in L. AMMANNATI - P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 299 ss., e M. CLAES - M. DE VISSER, *Are you networked yet? On dialogues in European judicial networks*, in *Utrecht L. Rev.*, n. 2, 2012, p. 100 ss., cui adde, con specifico riferimento all'organizzazione richiamata nel testo, G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, Giuffrè, 2013⁴, p. 106 ss.

⁷⁷ Decisioni del 25 marzo 2019 (causa K 12/18), del 20 aprile 2020 (U 2/20) e del 21 aprile 2020 (Kpt 1/20).

⁷⁸ La selezione, apertamente contestata dalla maggioranza degli appartenenti all'organo, è stata condotta da un Primo presidente *ad interim*, nominato dal Capo dello Stato in forza di una legge approvata pochi mesi prima. Anch'egli apparteneva al novero all'elenco dei giudici inizialmente disconosciuti dal *plenum*.

della Giustizia, nella sua duplice veste di membro del Governo e, dal 2016, anche di procuratore generale⁷⁹.

In Romania, infine, il Consiglio superiore della magistratura ha mantenuto una formale autonomia, ma i relativi pareri sull'assegnazione di alcune cariche giudiziarie sono stati ripetutamente ignorati dal Governo, così come l'iniziale contrarietà alla creazione di un'apposita Sezione per i reati commessi dai magistrati (*Sijj*) in seno alla Procura nazionale. Questa novella, non giustificata da alcuna particolare recrudescenza criminale, è stata oggetto di censure sia dalla Commissione di Venezia che dall'Unione europea⁸⁰, le quali ne hanno evidenziato le ricadute negative sull'indipendenza dei giudici. Quest'ultima, peraltro, sin dal 2018 soffre l'introduzione della nuova disciplina sulla responsabilità erariale per il contenuto delle decisioni giudiziarie, la quale prevede un meccanismo attivabile, con certo margine di discrezionalità, dal Ministro delle Finanze⁸¹. Tali riforme sono state criticate pubblicamente da numerosi magistrati, sistematicamente sanzionati, per questo, sul piano disciplinare, finché, nel 2020, lo stesso Consiglio ha mutato indirizzo e, respinti i dubbi addotti da alcuni suoi membri sulla compatibilità della *Sijj* con la *rule of law*⁸², ne ha avversato lo scioglimento, allineandosi, così, alla posizione del Governo.

⁷⁹ V. criticamente la com. Comm. eur. SWD(2020) 320 final, cit., pp. 8-9, ed il parere a suo tempo pubblicato dalla Commissione di Venezia, n. 892/2017 (CDL-AD(2017)028, 11 dicembre 2017). In dottrina, cfr. F. MAURI, *Un nuovo approccio*, cit., p. 50 ss., cui *adde*, anche per più ampi riferimenti alle altre riforme del sistema giudiziario, M. A. ORLANDI, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del "pacchetto giustizia" e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, in *DPCE online*, n. 4, 2017, p. 1014 ss., e M. MAZZA, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCE online*, n. 4, 2020, p. 4973 ss.

⁸⁰ V. i numerosi documenti richiamati dalla com. Comm. eur. SWD(2020) 322 final, cit., pp. 5-6, ntt. 19 e 20.

⁸¹ A norma dell'art. 96 della legge n. 303/2004, come modificato dall'art. 1, § 151 della legge n. 242/2018, il Ministro può agire per recuperare quanto versato dallo Stato a titolo di riparazione di un errore giudiziario se ritiene che questo sia stato frutto di «malafede» o «negligenza grave», senza, peraltro, che al magistrato sia data la possibilità di intervenire nel precedente contraddittorio sull'*an* della risarcibilità alla vittima. Nelle sue conclusioni del 23 settembre 2020 sulla causa C-397/19, *A.X.*, avente ad oggetto proprio tale meccanismo e tuttora pendente, l'avvocato generale Bobek ha ritenuto che esso sia astrattamente compatibile col principio di indipendenza della magistratura in astratto, ma in concreto possa prestarsi ad abusi (§ 136).

⁸² Cfr. i molteplici rinvii pregiudiziali all'origine delle cause C-83/19, C-127/19 e C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, pendenti, e v. al riguardo le conclusioni depositate dall'avvocato generale Bobek il 23 settembre 2020.

Infine, giova richiamare che in tutti e tre i Paesi sono state introdotte norme volte al prepensionamento di alcune categorie di magistrati⁸³, talora aggirando le decisioni della Corte di giustizia⁸⁴ pur di portare a termine quella che è stata criticamente definita, in dottrina, «un'epurazione dissimulata»⁸⁵.

4. La *rule of law* «toolbox» dell'Unione europea

In estrema sintesi, la «cassetta degli attrezzi»⁸⁶ apprestata dall'Ue per contrastare i fenomeni di *democratic backsliding*, appena tratteggiati contiene oggi due gruppi di strumenti.

Un primo gruppo consiste in procedure di dialogo tra i singoli Governi e gli organi di vertice dell'Unione. Al riguardo, può anzitutto richiamarsi l'art. 7, § 1 Tue, a norma del quale, prima di dichiarare a maggioranza qualificata che in un certo Stato membro sussiste un «evidente rischio di violazione grave [...] dei valori di cui all'articolo 2», il Consiglio europeo è tenuto ad ascoltarne le ragioni⁸⁷. Invero, sembra possibile ritenere che tale adempimento non debba espletarsi alla stregua di una mera formalità, bensì si accompagni ad un effettivo sforzo di mediazione e confronto, come si desume anche dalla possibilità che il Consiglio adotti specifiche raccomandazioni (art. 7, § 1 Tue, ult. periodo).

Nel 2011 è stato creato il semestre europeo⁸⁸, il quale, seppur originariamente rivolto al solo «coordinamento delle politiche economiche», a far data dal primo quadro di valutazione UE sulla giustizia (2013)⁸⁹ è divenuto, altresì, occasione di raccolta e analisi di informazioni concernenti le varie legislazioni nazionali, sull'assunto che la trasparenza della P.A., l'efficienza del sistema giudiziario e la lotta alla

⁸³ Esso è stato reso obbligatorio in Ungheria (art. 26, § 2 L.F., come successivamente integrato in sede attuativa), e in Polonia (art. 37 della legge del 10 maggio 2018), mentre il legislatore rumeno si è limitato a riconoscere forti incentivi sul computo del trattamento pensionistico a chi chiedesse volontariamente di essere collocato a riposo, anche dopo (soli) venti anni di servizio (art. 82, § 3, legge n. 303/2004, come modificato nel 2018).

⁸⁴ V. le pronunce richiamate *supra*, nt. 56, cui cfr. in dottrina J. SAWICKI, *La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in *Oss. cost.*, n. 3, 2019, p. 15 ss., il quale non nasconde la propria insoddisfazione per l'adeguamento legislativo alla sentenza europea, definendolo «irto di pericoli e tranelli».

⁸⁵ Così, con specifico riferimento al caso magiaro, S. BENVENUTI, *La riforma del sistema giudiziario*, cit., p. 13. Di «purga» parlò, alla stampa, anche l'allora presidente della Corte suprema polacca, Malgorzata Gersdorf (*Polonia, la presidente della Corte suprema si ribella: «Non mi dimetto, è una purga»*, in *Il Sole 24 ore* - ediz. digitale, 3 luglio 2018).

⁸⁶ La locuzione, piuttosto comune in dottrina, ricorre più volte anche nel testo della com. Comm. eur. COM(2020) 580 final, cit.

⁸⁷ Com'è noto, ma pare qui utile richiamare, il Trattato precisa che tale delibera dev'essere adottata dal Consiglio a maggioranza dei quattro quinti su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione e, in ogni caso, «previa approvazione del Parlamento europeo».

⁸⁸ Art. 2-*bis* del regolamento (CE) n. 1466/97, introdotto dal regolamento (UE) n. 1175/2011 del 16 novembre 2011, cui cfr. l'ulteriore disciplina fissata, in particolare, dagli artt. 4 e 15 del regolamento (UE) n. 473/2013, del 21 maggio 2013.

⁸⁹ Com. Comm. eur. COM(2013) 160 final del 23 marzo 2013. Com'è noto, si tratta di un autonomo documento di analisi comparativa, pubblicato con cadenza annuale (l'ultimo, in ordine di tempo, è la com. COM(2020) 306 final, del 10 luglio 2020), sin dall'inizio inserito tra i documenti di lavoro del semestre europeo.

corruzione vadano salvaguardate, in quanto favoriscono la crescita economica⁹⁰. Ed ancora, nel 2014 sono stati introdotti il dialogo sullo Stato di diritto⁹¹, sessione annuale *ad hoc* del Consiglio “Affari generali”, ed il quadro Ue sullo Stato di diritto⁹². Quest’ultimo, peraltro, si è limitato a formalizzare l’azione di *pressing* politico-istituzionale già più volte posta in essere dalla Commissione, mediante raccomandazioni ai Governi additati di minacciare la tenuta della *rule of law* nei rispettivi ordinamenti, secondo uno schema che ricorda quello del “meccanismo di cooperazione e verifica”, applicato sin dal 2006 alle sole Romania e Bulgaria⁹³.

Infine, dal 2019 opera il meccanismo europeo per lo Stato di diritto⁹⁴, ciclo annuale di monitoraggio e confronto tra i Governi nazionali, il Consiglio, il Parlamento e la Commissione europea, da svolgersi sulla base di *report* particolareggiati predisposti da quest’ultima. Senonché, tutti questi strumenti, avendo caratura soltanto politica⁹⁵, in concreto peccano di incisività, riducendosi a meri canali informativi e, tutt’al più, di persuasione, la cui effettiva riuscita resta subordinata alla volontà di ciascuno Stato membro.

Un discorso in parte diverso va fatto, invece, con riferimento al secondo gruppo di «attrezzi», di carattere propriamente giuridico⁹⁶. Al riguardo, accanto a quanto già anticipato sul nuovo regolamento (UE,

⁹⁰ Cfr. la com. Comm. eur. COM(2019) 163 final, cit., p. 5, e già la com. Comm. eur. COM(2012) 750 final del 28 novembre 2012, *passim*.

⁹¹ Tale strumento, che inizialmente avrebbe dovuto operare solo fino al 2016 (v. le Conclusioni della 3362^a sessione del Consiglio, del 16 dicembre 2014; doc. n. 16936/14, pp. 20-21), è poi stato mantenuto. Di fatto, però, esso sembra aver perso slancio, poiché già nel 2019 proprio il crescente mutamento di “sensibilità” da parte di alcuni Governi ha impedito l’adozione di una dichiarazione finale condivisa.

⁹² Comunicazione Comm. eur. COM(2014) 158 final, cit., p. 6 ss., cui cfr., sullo specifico tema, R. PALLADINO, *Il “nuovo quadro” dell’UE per rafforzare lo Stato di diritto: un “contrappeso” ai limiti di applicazione della Carta ex articolo 51?*, in *SIDIBlog*, maggio 2014, *passim*.

⁹³ L’attivazione di tale strumento è stata disposta dalla Commissione europea, rispettivamente, con le decisioni 2006/928/CE e 2006/929/CE del 13 dicembre 2006. La relativa base giuridica è costituita dall’art. 4, § 3 del Trattato di adesione di Bulgaria e Romania (Lussemburgo, 25 aprile 2005), nonché dagli artt. 37 e 38 dell’Atto ad esso allegato.

⁹⁴ Comunicazione Comm. eur. COM(2019) 343 final, p. 10, del 17 luglio 2019, adottata a fine legislatura ma con l’espressa condivisione dell’allora candidata alla presidenza, Ursula von der Leyen (v. il paragrafo 4 del relativo programma politico, *Un’Unione più ambiziosa. Il mio programma per l’Europa*, tuttora visibile sul sito della [Commissione europea](#)). Detta comunicazione, peraltro, ha parzialmente recepito la ris. P8_TA(2016)0409, p. 15 ss., del 25 ottobre 2016, con cui il Parlamento aveva chiesto di istituire un analogo «meccanismo dell’UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali» (cd. meccanismo DSD), spingendosi, altresì, a dettagliarne i criteri valutativi (art. 2 dell’allegato *Progetto di accordo interistituzionale*), insieme alla creazione di un apposito gruppo di «esperti indipendenti» (*ibid.*, art. 8). Tali sollecitazioni erano state rinnovate con ris. P8_TA(2018)0456 del 14 novembre 2018.

⁹⁵ *Contra*, con specifico riferimento all’art. 7 TUE, B. CARAVITA DI TORITTO, *Quanta Europa c’è in Europa?*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 21. L’A., tuttavia, sembra porsi in un’ottica eminentemente pragmatica e, per così dire, sostanzialistica, nella misura in cui adduce a sostegno della propria lettura l’improbabilità che lo strumento *de quo* riceva effettiva attuazione, superando, così, la soglia del mero *pressing* politico. Invero, tale prognosi ha trovato sinora puntuale conferma; cionondimeno, essa non esclude che al procedimento in esame possa riconoscersi natura propriamente “giuridica” su un piano strettamente formale, dal momento che le relative sanzioni – per quanto ardua ne sia la concreta irrogazione – appaiono certe nell’*an*, nel *quantum* e nel *quomodo*.

⁹⁶ Adotta una distinzione sostanziale tra strumenti politici e strumenti giuridici (al di là dell’ovvia constatazione che anche le procedure rientranti nel primo tipo sono definite da norme, seppur talora di *soft law*) anche P. MORI, *Strumenti giuridici e strumenti politici di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell’Unione europea*, in A.

Euratom) 2092/2020 e sul relativo sistema di condizionalità finanziaria, può anzitutto richiamarsi l'istituto della sospensione dai diritti nascenti dall'adesione; sospensione che, com'è noto, ai sensi dell'art. 7, §§ 2, 3 TUE il Consiglio può comminare a maggioranza qualificata per sanzionare uno Stato membro responsabile di violazioni gravi e persistenti della *rule of law*, previamente accertate con voto unanime del Consiglio europeo. E tuttavia, è difficile negare che tale meccanismo, benché per molti anni prospettato alla stregua di una «opzione nucleare»⁹⁷, le uniche due volte in cui è stato realmente attivato⁹⁸ ha deluso le aspettative, poiché la difficoltà di raggiungere l'unanimità in seno al Consiglio europeo ne ha impedito la conclusione.

Per superare lo stallo potrebbe, forse, ricorrersi ad un'interpretazione utile dell'art. 7 TUE, la quale escluda dal computo, oltre allo Stato oggetto del voto, anche gli altri Stati membri che in quel frangente siano sottoposti alla medesima procedura⁹⁹. Da un canto, ciò impedirebbe ad essi di “coprirsi” a vicenda, come già in effetti prospettato da Polonia e Ungheria, ma dall'altro rischierebbe di assottigliare in misura potenzialmente significativa la platea dei votanti, in contrasto con la *ratio* garantista della disposizione. Del resto, lo stesso Parlamento europeo, allorché, in una sua recente risoluzione¹⁰⁰, ha auspicato un rafforzamento della procedura in discorso, ha contestualmente prospettato la necessità che ciò avvenga tramite una formale modifica del testo, la quale abbassi gli alti *quorum* deliberativi oggi previsti.

Gli artt. 258 e 259 TFUE prevedono, poi, la procedura di infrazione, attivabile dinanzi alla Corte di giustizia contro qualsiasi Stato membro che abbia «mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati»¹⁰¹. Rispetto al precedente, tale meccanismo appare molto più snello, poiché richiede l'iniziativa di un singolo attore istituzionale (la Commissione o un altro Stato) e la decisione finale è adottata a maggioranza, peraltro da un organo giurisdizionale, immune da condizionamenti politici¹⁰².

TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 199 ss.

⁹⁷ Così, enfaticamente, l'allora presidente della Commissione europea José Barroso, in occasione del discorso sullo stato dell'Unione pronunciato davanti al Parlamento il 12 settembre 2012 (SPEECH/12/596, p. 10).

⁹⁸ Nel 2017, contro la Polonia (com. Comm. eur. COM (2017) 835 final, del 20 dicembre 2017) e, l'anno seguente, contro l'Ungheria (ris. Parlam. eur. P8_TA(2018)0340 del 12 settembre 2018). Entrambe le procedure sono ancora formalmente in corso, ma di fatto abortite, non essendovi stata neppure la constatazione preliminare di cui all'art. 7, § 1 TUE. In dottrina, v. le critiche avanzate da D. KOCHENOV, *The EU and the Rule of Law – Naïveté or a Grand Design?*, in AA.VV., *Constitutionalism*, cit., p. 434 ss.

⁹⁹ Sull'effetto utile quale principio ermeneutico proprio dell'ordinamento europeo v. ampiamente I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2017, p. 72 ss.

¹⁰⁰ Risoluzione P9_TA(2020)0251, § 13, del 7 ottobre 2020.

¹⁰¹ Per un'ampia ricostruzione dell'istituto, anche alla luce della giurisprudenza europea e delle scelte compiute dalla Commissione nello svolgimento del proprio ruolo di “custode” dei Trattati, v. P. WENNERÅS, *Making Effective Use of Article 260 TFUE*, in D. KOCHENOV - C. CLOSA (a cura di), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, CUP, 2016, p. 79 ss.

¹⁰² V., rispettivamente, l'art. 32, § 4 Reg. proc. CGUE, e l'art. 19, § 2 TUE. Per contro, cfr. in dottrina C. SANNA, *Art. 7 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 74, per il quale proprio l'alto tasso di “politicità” del procedimento *ex art. 7 TUE* ne rappresenterebbe il principale punto di debolezza. In quest'ottica M.

Com'è noto, qualora la Corte accerti la violazione e lo Stato non vi ponga tempestivamente rimedio, può condannarlo al pagamento di una sanzione pecuniaria, anche sotto forma di *astreintes*. Secondo un recente orientamento giurisprudenziale, fondato su una lettura dell'art. 279 Tfuè forse sin troppo ampia, ma indotta dall'esigenza di superare l'atteggiamento elusivo mostrato, in tali contesti, proprio da Ungheria e Polonia¹⁰³, le suddette penalità potrebbero inserirsi anche nel dispositivo di provvedimenti interinali, in modo da accrescerne la portata dissuasiva¹⁰⁴.

5. Il problema dei limiti *ratione materiae* alla competenza della Corte di giustizia

Dalle disposizioni testé richiamate emerge testualmente che la Corte di giustizia può intervenire solo nella misura in cui sia configurabile la violazione di una norma europea. Senonché, l'organizzazione e il funzionamento degli organi costituzionali e della forma di governo, su cui si fonda la tenuta dello Stato di diritto, non figurano tra le materie attribuite alla competenza normativa dell'Ue (art. 2 ss. Tfuè) e, anzi, a norma dell'art. 4, § 2 Tue debbono ritenersene esclusi. Se ne dovrebbe desumere che lo strumento *de quo* sia, di regola, inapplicabile in funzione di contrasto al *democratic backsliding*¹⁰⁵.

Invero, nel 2019 la Corte pare aver superato tale limite allorché essa ha affermato che le norme nazionali astrattamente in grado di incidere sull'indipendenza dei giudici possono essere dedotte nei giudizi *ex artt.* 258 e 259 Tfuè, in quanto a tali organi deve garantirsi la possibilità di interpretare ed applicare liberamente,

MEIJERS - H. VAN DER VEER, *MEP responses to democratic backsliding in Hungary and Poland. An analysis of agenda-setting and voting behaviour*, in *J. Common Mark. Stud.*, n. 4, 2019, pp. 851-852, secondo il quale proprio l'affiliazione di Fidesz al PPE, che sostiene l'attuale Presidente della Commissione europea, avrebbe reso più blanda l'azione europea nei confronti dell'Ungheria, rispetto alla Polonia.

¹⁰³ Nel 2012 la Commissione, dopo aver sollecitato invano l'Ungheria ad abrogare la nuova legge sul pensionamento forzato dei giudici, esperì fruttuosamente una procedura d'infrazione (causa C-286/12), ma nelle more del giudizio il Presidente ungherese si affrettò ad emanare i decreti di licenziamento, sicché la successiva decisione della Corte si rivelò pressoché inutile: solo una minoranza dei magistrati (ormai) rimossi fu disponibile a presentare il ricorso giurisdizionale necessario al reintegro. Analogamente, nel 2017 le Autorità polacche inizialmente proseguirono l'abbattimento della foresta di Białowieża, malgrado il Vicepresidente della Corte ne avesse disposto la sospensione (ordinanza del 27 luglio 2017, non pubblicata; causa C-441/17 R). Dinanzi al rischio che la sentenza risultasse, ancora una volta, tardiva, la Commissione ottenne un nuovo provvedimento interinale, che impose allo Stato di pagare una certa somma per ogni giorno di inadempimento. Ciononostante, nel febbraio 2021 la Commissione ha inviato al Governo polacco una contestazione (art. 260 TFUE) per imperfetta ottemperanza alla decisione definitiva, del 17 aprile 2018.

¹⁰⁴ L'ord. CGUE (GS) 20 novembre 2017, § 99 ss., causa C-441/17 R, ha chiarito che la genericità della locuzione «provvedimenti provvisori necessari», contenuta nel testo dell'art. 279 TFUE, consente di includervi le *astreintes*. Senonché, tale lettura suscita qualche perplessità, nella misura in cui finisce per conferire alle ordinanze provvisorie un'efficacia persino superiore a quella che l'art. 260, §§ 1, 2 TFUE attribuisce, in prima battuta, alle stesse sentenze, la cui inosservanza non è fonte di responsabilità, per gli Stati membri, finché non viene dichiarata con una seconda pronuncia.

¹⁰⁵ Cfr. infatti la sent. CGUE 6 novembre 2012, causa C-286/12, cit., che ha dichiarato la legge ungherese sul prepensionamento dei magistrati incompatibile col diritto europeo a fronte non già del principio di indipendenza della magistratura (art. 19 TUE, art. 47 CDFUE), che pure ne costituiva la criticità di gran lunga più grave ed il «vero» movente della Commissione, bensì sulla base del divieto di discriminazioni di genere in ambito lavorativo, di cui alla direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000.

nei rispettivi ordinamenti, (anche) il diritto dell'Ue¹⁰⁶. Tuttavia, tale ricostruzione, incentrata sull'obbligo pattizio di assicurare una «tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (art. 19, § 1 Tue), non sembra del tutto risolutiva, perché concernente, per l'appunto, alla sola amministrazione della giustizia.

Peraltro, anche a voler estendere il medesimo schema agli organi della P.A. e, in particolare, alle Autorità indipendenti investite di funzioni giustiziali, come effettivamente proposto in dottrina¹⁰⁷, esso presta il fianco ad elusioni. Nella pratica, infatti, nulla potrebbe impedire agli Stati di relegare l'applicazione del diritto europeo e delle relative norme attuative ad organi giurisdizionali (o amministrativi) specifici, così da rendere insindacabile dai Giudici del Lussemburgo il regime cui restino soggetti tutti gli altri¹⁰⁸. Senza contare che, una volta separati tali organi dal resto dell'ordinamento giudiziario (o dell'apparato amministrativo), sarebbe, altresì, possibile comprimerne l'efficacia riducendone le dotazioni organiche e finanziarie, sulla falsariga di quanto già accaduto, rispettivamente, al Consiglio nazionale della magistratura ungherese e all'Ufficio del difensore civico polacco¹⁰⁹.

Sul piano argomentativo, un'alternativa potrebbe, forse, ricercarsi a partire dal convincimento, unanimemente condiviso in dottrina, che Stato di diritto e democrazia siano in rapporto di stretta interdipendenza¹¹⁰, sicché ogni atto normativo che rechi pregiudizio ai diritti fondamentali dei cittadini abbia ricadute negative, da una parte, sulla libertà delle consultazioni elettorali e, dall'altra, sull'effettiva rappresentatività degli eletti. Invero, ciascuna di queste osservazioni merita di essere valorizzata, poiché rimanda a precisi obblighi pattizi la cui violazione fornisce un sicuro fondamento alla giurisdizione della Corte, ben oltre i limiti, *ratione materiae*, del più volte citato art. 19, § 1 Tue.

Più in particolare, sotto il primo profilo può osservarsi che l'emergere, all'interno dell'Ue, di aree geografiche potenzialmente “insicure”, dove, in ipotesi, non fosse cioè possibile recarsi senza esporsi al

¹⁰⁶ Sent. CGUE (GS) 24 giugno 2019, causa C-619/18, § 42 ss., cui cfr. analogamente la sent. CGUE 5 novembre 2019, causa C-192/18, § 98 ss. In dottrina v. ampiamente, anche per opportuni riferimenti ad alcuni casi pregressi, M. CARTA, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *Eurojus*, n. 1, 2020, p. 1 ss., e N. CANZIAN, *Il principio europeo di indipendenza dei giudici: il caso polacco*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2020, p. 467 ss.

¹⁰⁷ Lo propone M. CARTA, *op. cit.*, pp. 18-19, che adduce l'esempio delle Autorità nazionali per la protezione dei dati personali.

¹⁰⁸ Da questo punto di vista, pare un po' ottimistica l'opinione di K. LENAERTS, *Federalism and the rule of law: perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham Int'l L. J.*, n. 5, 2010, p. 1386, secondo la quale «*there are no enclaves of national sovereignty precluding EU law from displaying its pervasive effects*».

¹⁰⁹ Cfr. le comunicazioni Comm. eur. SWD(2020) 316 final, cit., p. 4, nt. 6, e SWD(2020) 320 final, cit., p. 19.

¹¹⁰ Il tema è stato approfondito, in particolare, dalla dottrina italiana sul concetto di «forma repubblicana», testualmente previsto dall'art. 139 Cost. quale limite alla revisione del Testo fondamentale. Per una cospicua rassegna delle relative teorie v. E. GROSSO - V. MARCENÒ, *Art. 139*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet Giuridica, 2006, vol. III, p. 2739 ss., cui cfr. ancora A. CIANCIO, *I valori fondanti della Repubblica italiana a sessant'anni dalla sua nascita*, in EAD., *Persona e 'Demos'*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 173 ss.

rischio di veder violati i propri diritti da parte delle Autorità del Paese ospitante (si pensi a sequestri, perquisizioni o arresti per motivi politici¹¹¹), finirebbe per frustrare quella libera circolazione di persone (oltre che di servizi, merci e capitali), che, com'è noto, è storicamente alla base dell'intero progetto di integrazione europea (art. 3, lett. c), Tr. Cee e oggi art. 3, §§ 2, 3 Tue; art. 26, § 2 Tfu). Di talché, il relativo turbamento configurerebbe una violazione dell'obbligo generale, posto agli Stati membri dall'art. 4, § 3, co. 3 Tue, di astenersi «da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

Il secondo profilo chiama in gioco, invece, l'art. art. 10 Tue, a norma del quale «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa» (§ 1) e la rappresentanza degli Stati membri a livello europeo spetta «[a]i rispettivi Governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini» (§ 2). Tali previsioni, infatti, in tanto possono dirsi rispettate in quanto la selezione dei membri del Parlamento europeo, del Consiglio europeo e del Consiglio si svolge, nei singoli contesti nazionali, con adeguate garanzie di libertà e pluralismo. Si tratta di un punto focale, che a livello politico trova riscontro nella posizione critica assunta dall'Ue verso le recenti elezioni presidenziali in Bielorussia, giudicate «né libere né eque»¹¹² e, proprio per tale ragione, formalmente disconosciute dal Parlamento¹¹³. A ciò si aggiunga che i suddetti organi concorrono, a loro volta, alla formazione della Commissione (art. 17, § 7 Tue), nonché, secondo le rispettive attribuzioni, alla composizione e al funzionamento della Corte di giustizia (art. 19, § 2 Tue; artt. 253, 254 Tfu). Peraltro, l'approvazione di atti normativi, nelle materie di competenza dell'Ue, alla quale partecipino soggetti privi di adeguata legittimazione democratica nei rispettivi ordinamenti, oltre ad abbassare il «tasso di democraticità complessiva» della stessa UE¹¹⁴, potrebbe indurre le Autorità degli altri Stati membri a rifiutarne l'applicazione, analogamente a quanto già registratosi sul versante della cooperazione giudiziaria¹¹⁵. Ciò metterebbe a rischio la tenuta dell'intero edificio europeo e, in ogni caso, si porrebbe in puntuale contrasto col principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4, § 3, co. 1 Tue.

¹¹¹ Per contro, sul diritto ad un giudice indipendente e imparziale, *ex art.* 47 CDFUE, quale presupposto di effettività degli altri diritti previsti dalla Carta v. di recente la sent. CGUE 9 luglio 2020, § 45, causa C-272/19, *VQ*, ed ulteriore giurisprudenza ivi citata.

¹¹² In questi termini la dichiarazione ufficiale resa l'11 agosto 2020 dall'Alto rappresentante per gli Affari esteri, cui cfr. analogamente le *Conclusioni* del Consiglio del 12 ottobre 2020, doc. n. 11661/20, § 2.

¹¹³ Risoluzione P9_TA(2020)0231, § 1, del 17 settembre 2020.

¹¹⁴ Cfr. testualmente A. CIANCIO, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea?*, in *DPCE online*, n. 1, 2021, p. 125.

¹¹⁵ Il riferimento è al rifiuto, opposto da giudici irlandesi e tedeschi, di eseguire alcuni mandati d'arresto europei emessi da colleghi polacchi e rumeni, proprio per timore delle violazioni del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva che i soggetti da consegnare avrebbero potuto subire nei Paesi d'origine. In tali occasioni, la Corte di giustizia ha assunto un orientamento tendenzialmente garantista: cfr. rispettivamente la sent. CGUE (GS) 25 luglio 2018, § 78, causa C-216/18 PPU, *LM* (anche nei commenti di S. BARTOLE, *La crisi della giustizia polacca davanti alla Corte di giustizia: il caso Celmer*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2018, p. 921 ss., e A. FERRARI, *MAE e rischio di carenze sistemiche nello Stato membro emittente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2018, p. 2393 ss.), e la sent. CGUE 17 dicembre 2020, § 51, causa C-416/20 PPU, *TR*. Più in generale, sul

6. *Segue*. Strutturale insufficienza dello strumento giurisdizionale e necessità di una coscienza politica autenticamente europea

A margine di quanto appena prospettato, pare opportuna qualche puntualizzazione. Anzitutto, può auspicarsi che l'esigenza di far salva l'«identità nazionale» dei singoli Paesi, di cui al già richiamato art. 4, § 2 TUE¹¹⁶, induca nella Corte di giustizia un prudente *self-restraint*. In altre parole, i Giudici del Lussemburgo ben potrebbero rinunciare a sanzionare quelle violazioni della *rule of law* che non presentino caratteri di particolare gravità e sistematicità¹¹⁷, anche a costo di rinviarne l'intervento a quando il *democratic backsliding* sia oramai in fase avanzata e, quindi, potenzialmente più difficile da invertire.

In secondo luogo, resta il fatto che la Corte non ha il potere di modificare, essa stessa, le varie legislazioni nazionali, sicché nel lungo termine l'irrogazione di sanzioni pecuniarie ex art. 260, § 2 TUE potrebbe ridursi, agli occhi dei singoli Stati inadempienti, ad una semplice posta passiva in bilancio. In altre parole, potrebbe addivenirsi persino ad una strisciante monetizzazione dei diritti fondamentali, alla stregua, del resto, di quanto già accade in Russia sin dal 2014, per le condanne della Corte EDU¹¹⁸. In simili circostanze, la naturale conseguenza sarebbe una contrazione della spesa pubblica, che i Governi resterebbero peraltro liberi di far gravare al limite sul *budget* degli stessi organismi di garanzia (Giudici costituzionali, Autorità indipendenti, difensori civici), ovvero sulla quantità e qualità dei servizi al cittadino. Per tal via si rischierebbe, paradossalmente, di finire per alimentare sentimenti di disaffezione popolare verso l'Ue,

nesso tra rispetto della *rule of law* e *mutual trust* tra gli Stati membri v. già il par. CGUE 18 dicembre 2014, n. 2/13, § 168, mentre sull'importanza della cooperazione in materia di giustizia e sicurezza per la tenuta del processo di integrazione sia consentito rinviare a I. SPADARO, *La cooperazione in materia di sicurezza e giustizia e le ricadute sul processo di integrazione europea. Riflessioni a margine della recente giurisprudenza del BVerfG sul mandato di arresto europeo*, in *Dir. fond.*, n. 2, 2016, p. 26 ss.

¹¹⁶ Sulla portata della clausola in questione v. l'ampia disamina condotta da B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Y.B. Eur. L.*, n. 1, 2012, p. 263 ss.

¹¹⁷ L'utilizzo della procedura di infrazione per colpire le infrazioni «sistemiche» del diritto europeo è auspicato, tra gli altri, da K. SCHEPPELE, *Constitutional Coups*, cit., pp. 468-469, nel senso, però, di estendere *quam maxime* la giurisdizione della Corte di giustizia, ravvisandola anche nelle ipotesi in cui ciascuna violazione sia, di per sé, poco rilevante.

¹¹⁸ Tra il 2014 e il 2015 il Parlamento russo ha approvato due leggi costituzionali a norma delle quali, quando la Corte costituzionale accerta che una disciplina interna, censurata dalla Corte EDU, è conforme alla Costituzione, l'unica forma di risarcimento possibile è quella per equivalente: v. A. DI GREGORIO, *Russia. Il confronto tra la Corte costituzionale e la Corte europea per i diritti dell'uomo tra chiusure e segnali di distensione*, in *Federalismi*, n. 2, 2016, p. 9 ss., cui cfr. A. CALIGIURI, *La recente giurisprudenza costituzionale russa sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento interno*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3, 2016, p. 703 ss., e, per una ricostruzione del pensiero politico sotteso a tale scelta, M. ANTONOV, *Philosophy behind human rights: Valery Zorkin vs. the West?*, in L. MÄLKSOO - W. BENEDEK (a cura di), *Russia and the European Court of Human Rights. The Strasbourg effect*, Cambridge, CUP, 2017, p. 150 ss.; volendo, anche I. SPADARO, *«Da Sarke a Mosca». La Corte EDU quale nuova istanza contro-maggioritaria*, in *Federalismi - Focus on Human Rights* n. 3, 2017, p. 6 ss. Per contro, la Corte costituzionale italiana ha chiaramente affermato che la riparazione di carattere patrimoniale per il sacrificio di libertà e diritti fondamentali non costituisce che un «pallido rimedio», sul quale uno Stato democratico dovrebbe, pertanto, ripiegare solo in via residuale: v. la sent. 11 giugno 2008, n. 219, § 6, annotata da M. G. COPPETTA, *Riparazione per l'ingiusta detenzione: una declaratoria di incostituzionalità dirompente?*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2008, p. 2476 ss. Per un inquadramento generale delle questioni cfr. anche F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali - Un itinerario giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 22 ss.

oltre che di fornire un “alibi” (la scarsità di risorse dovuta alle sanzioni) a politiche anche deliberatamente discriminatorie¹¹⁹. Un discorso analogo potrebbe farsi, peraltro, con riferimento al mancato accesso ai finanziamenti comuni, previsto dal più volte citato meccanismo di condizionalità democratica.

Si profila, allora, la necessità di agire anche sul piano politico. A tale riguardo, piuttosto che insistere sullo schema, già infruttuosamente sperimentato, del mero “dialogo” istituzionale¹²⁰, potrebbero essere utili interventi normativi che prevedano, se non l’elezione diretta del Presidente della Commissione¹²¹, per la quale sarebbe necessaria una modifica dei Trattati, quantomeno un rafforzamento dell’odierno sistema degli *Spitzenkandidaten*¹²², ovvero l’istituzione di circoscrizioni transnazionali per le elezioni del Parlamento¹²³, nelle quali concorrano partiti politici propriamente “europei”, ossia programmaticamente ed organizzativamente autonomi dai vari partiti nazionali. Simili novelle favorirebbero la maturazione, da parte dei cittadini, di un’autentica «coscienza politica europea» (come si esprime, a proposito dei partiti

¹¹⁹ Si pensi a “tagli” che fossero orientati sui settori dell’accoglienza degli stranieri, della preservazione delle minoranze etnico-linguistiche, della parità di genere *etc.*

¹²⁰ Si veda, al riguardo, il «meccanismo dell’UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali», di cui alla cit. risoluzione Parl. eur. P9_TA(2020)0251, § 5, che pure nel relativo *Allegato* sembra tendere ad una razionalizzazione degli attuali rimedi, attraverso la fissazione di espressi collegamenti procedurali tra azioni di monitoraggio e strumenti sanzionatori (*in primis*, la procedura *ex art. 7 TUE*).

¹²¹ Benché poco probabile nell’attuale frangente politico, non va dimenticato che tale opzione figurava già nel c.d. *Rapporto Westernwelle* (§ II.e) del 17 settembre 2012, e fu effettivamente discussa tra gli estensori dell’odierno art. 17 TUE, come ricostruito da B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione “eletto” dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in *St. integr. eur.*, n. 3, 2014, p. 532. In dottrina, cfr. comunque l’insoddisfazione per l’attuale meccanismo elettorale manifestata da P. LINDSETH, *Between the ‘Real’ and the ‘Right’: Explorations among the Institutional-Constitutional Frontier*, in AA.VV., *Constitutionalism*, cit., pp. 90-91.

¹²² Sui risvolti sistematici della designazione di «candidati principali» alla presidenza della Commissione in occasione delle elezioni europee, caldeggiata per la prima volta dalla racc. Comm. eur. 2013/142/UE, § 3, del 12 marzo 2013, e dalla ris. Parl. eur. P7_TA(2013)0323, § 5 ss., del 4 luglio 2013, v. per tutti M. CARTABIA, *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*, in *Forum Quad. cost. Rass.*, n. 8, 2014, p. 2 ss., e, più di recente, E. RAFFIOTTA, *Il sistema dei candidati principali e la forma di governo dell’UE*, in AA.VV., *Setenta años*, cit., p. 505 ss. Deve, tuttavia, convenirsi con N. LUPO, *La forma di governo dell’Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, cit., vol. VI, p. 30 ss., che in occasione dell’ultima tornata elettorale la prassi *de qua* ha deluso le aspettative.

¹²³ L’opportunità di istituire una o più circoscrizioni elettorali transnazionali è convintamente sostenuta, in dottrina, da A. CIANCIO, *“Brexit” e ripartizione dei seggi nel Parlamento europeo: un’occasione mancata*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, n. 59, 2018, p. 18 ss., la quale richiama le proposte a suo tempo formulate, sul versante politico, sia dal *plenum* che dalla Commissione Affari costituzionali del Parlamento europeo. Proposte non recepite, però, dalle decisioni del Consiglio europeo, nonché dalla stessa Assemblea nel corso della discussione su quella che sarebbe poi divenuta la ris. P8_TA(2018)0029 del 7 febbraio 2018.

europei, l'art. 10, § 4 TUE¹²⁴ e, con essa, la percezione di interessi comuni¹²⁵, suscettibili di essere pregiudicati da politiche sovraniste o, comunque, contrarie ai valori elencati nell'art. 2 TUE. Inoltre, esse tenderebbero ad accrescere sia la rappresentatività del Parlamento¹²⁶, sia quella della Commissione. È facile prevedere le ricadute che ciò potrebbe avere, a sua volta, sul tema oggetto di queste riflessioni, dal momento che fino ad oggi sono proprio tali due organi ad essersi mostrati maggiormente attivi nella tutela dello Stato di diritto¹²⁷, a fronte dell'atteggiamento più cauto manifestato, invece, dai Consigli¹²⁸.

¹²⁴ Cfr., con particolare riferimento ai partiti politici europei, A. CIANCIO, *Alla ricerca della forma di governo dell'Unione europea: lo snodo dei partiti politici europei*, in R. IBRIDO - N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 330 ss., e EAD., *What democracy for the European Political Union? Lessons for a European party system*, in U. LIEBERT - A. JENICHEN (a cura di), *Europeanisation and Renationalisation. Learning from Crises for Innovation and Development*, Leverkusen, Barbara Budrich, 2019, p. 281 ss. Nello stesso senso, all'interno del panorama dottrinale straniero, J. M. PORRAS RAMÍREZ, *Propuestas para superar la parálisis en el proceso de integración política y económica de la Unión europea*, in AA.VV., *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, vol. IV, Madrid, BOE, 2020, p. 442 ss.

¹²⁵ Per l'idea che il processo di integrazione abbia condotto all'emersione di un vero e proprio "bene comune" cfr. la locuzione «*res publica europea*», che figura già nelle conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón del 12 giugno 2012 (§ 41, causa C-617/10) ed è stata successivamente ripresa, nel panorama dottrinale italiano, da G. BRONZINI, *Dai diritti alla politica (costituzionale): Verso una Res publica europea?*, in *Quest. giust.*, n. 1, 2014, p. 187 ss., e A. BARAGGIA, *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: "epifanie" di una Unione dai tratti ancora indefiniti*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2015, p. 9, cui cfr. P. RIDOLA, *Federalismo europeo e modelli federali. Spunti di riflessione sul Trattato di Lisbona. L'Unione europea verso una res publica federalista*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 417 ss. Cfr., inoltre, l'importanza riconosciuta alla condivisione dei principi dello Stato di diritto per la «ripresa» di un «autentico processo costituzionale europeo» da A. CIANCIO, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione introduttiva*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2014, p. 9.

¹²⁶ Per contro, osserva A. CIANCIO, *Alla ricerca della forma di governo dell'Unione europea*, cit., pp. 334-335, che il sistema di elezione attuale, ancora sostanzialmente in mano ai partiti nazionali, conferisce all'organo una «rappresentatività solo "formale"».

¹²⁷ Com'è noto, la promozione dell'«interesse generale dell'Unione» e la vigilanza sul rispetto del relativo diritto, ivi compreso l'art. 2 TUE, sono testualmente affidate alla Commissione dall'art. 17, § 1 TUE. Di entrambe, tuttavia, può considerarsi implicitamente investito anche il Parlamento europeo, in ragione sia del relativo potere di controllo sull'operato della Commissione (art. 17, § 8 TUE), sia, soprattutto, giacché trattasi dell'unico organo politico di vertice direttamente rappresentativo «dei cittadini dell'Unione» (art. 14, § 2 TUE).

¹²⁸ Cfr. emblematicamente, accanto all'abbandono di fatto delle procedure *ex art. 7 TUE* a carico di Polonia e Ungheria (*supra*, § 4), il tentativo di ridimensionamento del sistema di *rule of law conditionality* operato dal Consiglio europeo con le *Conclusioni* dell'11 dicembre 2020 (*supra*, § 1).