



Autore: Cesare Pinelli*

La funzione di garanzia nell'Unione europea

Sommario: 1. Termini di un confronto sulla funzione di garanzia. – 2. L'affermazione dell'accezione formale dello Stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione. – 3. Sviluppi del diritto primario. – 4. L'art. 2 TUE nelle prime interpretazioni della Corte. – 5. La giurisprudenza sull'indipendenza del potere giudiziario: cenni ricostruttivi. – 6. Il Regolamento sulla condizionalità e le pronunce del 2022. – 7. L'alternativa.

1. Termini di un confronto sulla funzione di garanzia.

Un confronto del diritto dell'Unione con quello nazionale dal lato delle garanzie deve partire dalla premessa che l'adesione di uno Stato membro all'Unione comporta l'obbligo dei suoi giudici di applicare il diritto dell'Unione sul suo territorio a pena di privarlo di ogni efficacia. La conseguente affermazione che i giudici nazionali sono anche giudici dell'ordinamento giuridico comunitario, poi dell'Unione europea¹, modella i termini del confronto, che con riguardo all'applicazione del diritto non può riferirsi a ordinamenti separati ma ne presuppone la reciproca composizione, le cui modalità sono largamente nelle mani delle Corti costituzionali e della Corte di giustizia dell'Unione. Il confronto va comunque fatto risalire ai principi che le ispirano e le governano nei rispettivi ordinamenti: fino a che punto possono differenziarsi, riferendosi a un diritto da applicarsi uniformemente sull'intero territorio dell'Unione?

* Professore Ordinario di Diritto pubblico e costituzionale presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹ Come affermato dalla Corte di giustizia a partire da *Simmenthal*, 106/77, EU: C: 1978: 49, punti 16 e 2.

La domanda è stata sempre complicata dalla caratteristica dichiarata, e talora perfino vantata, incompletezza dell'ordinamento dell'Unione *rebus sic stantibus*, a fronte della tradizionale autorappresentazione di quelli nazionali come completi. Col paradosso che, per quanto incorporata come si è detto nello stesso atto di adesione ai trattati europei, la pretesa di dover applicare il diritto UE sul territorio nazionale riguarda un ordinamento aperto a una pluralità di sviluppi tali da ripercuotersi inevitabilmente sulla stessa configurazione della funzione di garanzia. Si pensi solo alla consueta alternativa tra un definitivo sbocco in una strutturazione federale e una altrettanto definitiva accentuazione dei tratti intergovernativi dell'attuale assetto istituzionale. Alternativa non importa quanto fondata, ma certo assai resistente nel tempo, e sufficiente a mostrarne le conseguenze sull'assestamento della funzione di garanzia in un senso o in un altro, con un tendenziale assorbimento dei principi che ne governano l'esercizio a livello federale o viceversa.

Eppure il confronto sul tema merita oggi un ripensamento, di cui mi propongo di indicare termini e prime implicazioni. Il sistema giuridico dell'Unione va infatti attenuando i propri tratti eterogenei rispetto a quelli nazionali con l'adeguamento ai principi dello Stato di diritto, e tuttavia nello stesso tempo si sta rivelando inadeguato a fronteggiare le sfide lanciate a tali principi da alcuni Stati membri, complessivamente definita *rule of law crisis*. Siamo così passati semplicemente da un paradosso a un altro, quasi con uno scambio di posizioni? Restando in superficie, potremmo dire di sì. Ma basta andare un poco al di sotto per cogliere conflitti, come quello fra corti e istituzioni politiche (parlamenti e ancor più governi), che attraversando ambedue i poli del confronto inducono a prospettare una nuova versione.

2. L'affermazione dell'accezione formale dello Stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione.

Risale al caso *Granaria* l'affermazione della Corte di giustizia della Comunità europea che in base al Trattato CE, “se il rispetto del principio della legittimità comunitaria comporta, per gli amministratori, il diritto di contestare in sede giurisdizionale la validità dei regolamenti, lo stesso principio implica pure, per tutti i soggetti di diritto comunitario, l'obbligo di riconoscere la piena efficacia dei regolamenti finché il giudice competente non ne abbia dichiarato l'invalidità” (13 febbraio 1979, C. 101/78, *Granaria BV c. Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, § 5.) Poco più tardi, in *Les Verts*, la Corte avrebbe aggiunto che “la Comunità economica europea è una Comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte né le sue istituzioni sono sottratti al controllo di conformità dei loro atti alla Carta costituzionale di base costituita dal Trattato. In particolare, con gli artt. 173 e 184, da un lato, e con l'art. 177, dall'altro, il trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di Giustizia il controllo di legittimità degli atti delle istituzioni.” (23 aprile 1986, C. 249/1983, *Parti ecologiste Les Verts c. Parlamento europeo*, § 23.).

Nella giurisprudenza comunitaria del secolo scorso, il principio dello Stato di diritto si affermò dunque in senso formale, o quale principio di conformità degli atti pubblici alla legge o al Trattato, fonte che nel diritto comunitario la Corte di giustizia equiparava a una costituzione. E veniva

fatto consistere nella certezza del diritto e nella conformità alla legge del procedimento di formazione degli atti².

Più di recente la Corte accoglierà invece un'accezione sostanziale del principio, la quale è propria dello Stato costituzionale a partire dalla considerazione che la forma rigida di costituzione non si esaurisce nella pura addizione di un grado al sistema gerarchico delle fonti, riflettendo un profondo mutamento della funzione stessa di costituzione³, nonché dal passaggio dal modello del giudice-funzionario a quello dell'autorità giudiziaria chiamata a interpretare la legge secondo costituzione⁴.

Ma non se ne può parlare tacendo di quanto stava nel frattempo avvenendo o era già avvenuto nella sfera del diritto primario, dall'art. 6 del Trattato di Amsterdam alla Carta dei diritti fondamentali fino al Trattato di Lisbona, ed anche del diritto secondario, come nel caso delle specificazioni delle componenti del principio dello Stato di diritto contenute nel Regolamento sulla condizionalità del 2020. Il che vuol dire, per integrare la traccia del discorso che stiamo componendo, che le consistenti trasformazioni cui è andata soggetta la funzione di garanzia nell'Unione europea da Amsterdam in poi risultano da combinazioni di deliberazioni delle istituzioni politiche con indirizzi delle corti, indipendentemente dalle ragioni che possono aver suggerito certe scelte alle une o alle altre.

3. Sviluppi del diritto primario.

Basterà accennare ad alcuni passaggi. Secondo un'accreditata lettura, la scelta del Consiglio europeo di Copenhagen del 1993 di subordinare l'ingresso nell'Unione di numerosi Paesi dell'Europa orientale (oltre a Malta e a Cipro) al rispetto dei diritti dell'uomo e delle procedure democratiche, così fornendo basi testuali alle politiche condizionali avviate dopo la caduta del muro di Berlino, avrebbe reso impossibile all'Unione di eludere il rispetto di quegli stessi principi al proprio interno⁵.

Cominciava così il processo di 'politicizzazione' dei principi dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali nell'Unione, che fino ad allora era rimasto appannaggio della giurisprudenza della Corte di giustizia col richiamo alle "tradizioni costituzionali comuni" agli Stati membri.

² Cfr. M. SUNNQVIST, «EU's legal history in the making». *Substantive Rule of Law in the Deep Culture of European Law*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2023, n. 45, 19.

³ Come ricorda proprio ai fini che qui interessano E. GIANFRANCESCO, *Il principio dello Stato di diritto e l'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, a cura di S. MANGIAMELI, Milano, Giuffrè, 2006, 264.

⁴ Fra gli altri, di recente, P. TULEJA, *The Evolution of the Systemic Position of Courts and the Standards of Their Independence*, in H. SUCHOCKA (ed.), *Elements and Dynamics of the European Legal Standard*, Gdansk University Press, Gdansk, 2025, 238 ss.

⁵ W. SADURSKY, *Charter and Enlargement*, in *European Law Journal*, 2002, 344, e M. NOVAK, *Human Right 'Conditionality' in Relation to Entry to, and Full Participation in, the EU*, in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, 689-690, hanno interpretato così le scelte contenute nell'art. 6 TUE nella versione di Amsterdam.

L'art. 6, par. 1, stabiliva che "l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri", con una formulazione che ritroveremo nel Trattato di Lisbona. I principi così enunciati fungono inoltre da standard che gli Stati membri debbono rispettare per non incorrere nella procedura volta a riscontrarne il "rischio evidente di violazione grave" ai sensi del successivo art. 7, procedura che, ove si concluda con la constatazione "di una violazione grave e persistente da parte di uno o più principi di cui all'articolo 6", può condurre il Consiglio a "sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione del presente trattato, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio". Di converso, l'art. 49 prevedeva che qualsiasi Stato europeo "che rispetti i principi sanciti dall'art. 6 (1)" può domandare di diventare membro dell'Unione.

Si operava così una saldatura fra requisiti di adesione all'Unione e requisiti di permanenza nell'Unione, il cui riscontro veniva in ambedue i casi affidato agli Stati membri, direttamente o per il tramite del Consiglio.

Un secondo passaggio riguarda la Carta dei diritti. Era stato da tempo notato l'impiego di "due pesi e due misure" nella giurisprudenza sui diritti fondamentali. Una Corte tanto sollecita nella tutela dei cittadini verso gli Stati membri, quanto mai disposta ad annullare un atto del Consiglio per violazione dei diritti, "dimostra di essere totalmente incapace di garantire gli interessi costituzionali dei singoli a che la Comunità non violi i suoi limiti costituzionali"⁶.

Anche in questo contesto va letto il fatto che la Carta dei diritti incidesse per la prima volta in quei processi di individuazione e di applicazione-tutela dei diritti fondamentali che fino ad allora erano stati pilotati dalla Corte tramite la *inventio* delle tradizioni costituzionali comuni, introducendo un vincolo testuale comunque più ingombrante e riequilibrando per quella via il rapporto tra politica e giurisdizione. In particolare, con lo stabilire che le sue disposizioni "si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" (art. 51, par. 1), la Carta da un lato prefigurava un ambito di applicazione più ristretto di quello su cui la giurisprudenza comunitaria ha esercitato il proprio sindacato sugli atti degli Stati membri⁷, e dall'altro impegnava la Corte a colpire atti delle istituzioni e degli organi dell'Unione che violino i diritti fondamentali.

Non a caso, proprio nelle occasioni in cui ha dimostrato di non essere necessariamente costretta a favorire gli interessi economici sottesi al Trattato a scapito dei diritti fondamentali⁸, la Corte si guardò anche solo dal menzionare la Carta. Né la sua giurisprudenza successiva può

⁶ J. H. H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in A.I.C., *Annuario 1999, La costituzione europea. Atti del XIV Convegno Annuale. Perugia, 7-8-9 ottobre 1999*, Padova, Cedam, 2000, 8, e G. F. MANCINI, *La Corte di giustizia, La Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte di giustizia europea* (1995), in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2004, 93.

⁷ Esteso ad atti estranei alle competenze dell'Unione a partire da Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, C – 117/2001, K.B, e 26 aprile 2006, *Richards*.

⁸ Come ancora ipotizzato da B. De WITTE, *The Past and the Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, in P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, 859 ss.

smettere la reticenza di allora, in una fase caratterizzata da una latente ma chiara dialettica con le istituzioni politiche dell'Unione.

4. L'art. 2 TUE nelle prime interpretazioni della Corte.

Che l'enucleazione della nozione di Stato di diritto, così come delle altre riconducibili all'esercizio della funzione di garanzia nell'ordinamento dell'Unione, sia stata opera di una pur complessa interazione delle istituzioni politiche con la Corte di giustizia, trova conferma con riguardo alla fase aperta dall'approvazione del Trattato di Lisbona.

Per quanto qui interessa, quel Trattato prosegue con alcune importanti riformulazioni l'opera avviata dal Trattato di Amsterdam. Rispetto a quanto vi veniva stabilito all'art. 6, l'art. 2 TUE parla infatti di "valori" anziché di "principi", ne allunga la lista e la inserisce nel quadro della "società europea": «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società in cui prevalgono il pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia, la solidarietà e l'uguaglianza tra donne e uomini».

Rimane altresì la saldatura fra requisiti di adesione e requisiti di permanenza nell'Unione (artt. 7 e 49 TUE). Anche se le procedure di riscontro di violazione dei valori comuni da parte degli Stati membri sono più complesse, rimane pure la scelta di rimettere il giudizio circa tali violazioni ad organi politici: il Consiglio in caso di "rischio evidente di una grave violazione" e il Consiglio europeo in caso di "esistenza di una violazione grave e persistente". La remissione agli altri Stati di tale giudizio, escludendo il potere giurisdizionale, si spiega con una ragione di ordine strutturale.

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

⁹ Che peraltro secondo J. WOUTERS, *Revisiting Art. 2 TEU: A True Union of Values?*, *European Papers*, Vol 5, 2020, 260, non avrebbe sostanzialmente modificato portata e posizione dei principi.

Stati membri riuniti nel Comitato dei Ministri) quanto per il tipo di sanzione irrogabile (la sospensione del voto in Consiglio).

Si confermano così le acquisizioni della Corte del Lussemburgo. Nel parere 2/13 del 18 dicembre 2014, rivisitando la sentenza *Van Gend & Loos*, essa ha affermato che “l’Unione [è] dotata di un ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di norme giuridiche che ne garantiscono il funzionamento”. Queste caratteristiche essenziali del diritto dell’Unione “hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l’Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri”. Si tratta di una rete, prosegue la Corte, che “poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l’Unione si fonda, così come precisato all’articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l’esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell’Unione che li attua”.

Nel Parere 1/17 del 30 aprile 2019, la Corte ha poi affermato che “l’Unione ha un proprio quadro costituzionale” e che “[r]ientrano in tale quadro i valori fondatori enunciati nell’articolo 2 TUE”, nonché i principi generali del diritto dell’Unione, le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (di seguito la “Carta”), in particolare le disposizioni dei trattati, le regole sull’attribuzione e la ripartizione delle competenze, le norme per il funzionamento delle istituzioni dell’Unione e il sistema giurisdizionale della stessa, così come le norme fondamentali in settori specifici, strutturate per contribuire al completamento del processo di integrazione di cui all’articolo 1, secondo paragrafo, TUE.

Il vincolo posto in capo agli Stati membri dal richiamo ai “valori comuni” è stato nondimeno ridimensionato sotto il profilo del loro contenuto. Lo stesso richiamo a una nozione considerata troppo generica, come quella di valori, soprattutto alla luce della assenza di esplicite connessioni con “obiettivi” dell’azione dell’Unione in un ordinamento retto dal principio di attribuzione, basterebbe a screditarne la pretesa vincolatività¹⁰.

Alcune obiezioni a tale posizione possono muoversi subito proprio alla luce di un confronto minimo con l’affermazione dei principi costituzionali nell’esperienza repubblicana. Anzitutto l’accusa di vaghezza rivolta a “valori comuni” quali, fra gli altri, libertà, democrazia, o eguaglianza, dovrebbe investire allo stesso modo i principi costituzionali corrispondenti a quei valori, e la vaghezza nella loro formulazione può essere una risorsa per una costituzione che miri a durare nel tempo, come fanno proprio gli interpreti della costituzione, almeno fino a quando non diventa un pretesto per mascherare l’arbitrio.

Inoltre, in quella “mutua interdipendenza” di “principi, di norme e di rapporti giuridici” che “vincolano, in modo reciproco, l’Unione e i suoi Stati membri”, di cui ragiona la Corte di giusti-

¹⁰ Per questa posizione, v. fra gli altri C. MÖLLERS & L. SCHNEIDER, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, 2018, 125.

zia, non può non rientrare la connessione dell'art. 2 TUE con la Carta dei diritti fondamentali incorporata al Trattato stesso, nel cui Preambolo è scritto "Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

Il principio di indivisibilità non prefigura solo la reciproca interdipendenza fra le classi dei diritti fondamentali in vista dell'affermazione della persona, secondo una scelta che può ben dirsi sia stata anticipata dalla Costituzione italiana¹¹, ma richiede altresì una Unione fondata "sui principi di democrazia e dello stato di diritto". Da tutti i punti di vista, esso indirizza l'interprete in modo da privilegiare l'accezione sostanziale su quella formale dei "valori comuni" a cominciare dallo Stato di diritto. Solo un'accezione formale dello stesso, non anche una sostanziale, può infatti prescindere dal rispetto dei diritti fondamentali e della democrazia, così come da effettive garanzie di indipendenza del potere giudiziario. E d'altra parte una democrazia ridotta all'esercizio del diritto di voto in tanto può ritenersi esaurita in una dimensione meramente formale, in quanto in essa non siano effettive le garanzie, giurisdizionali e non, di esercizio dei diritti fondamentali che consentono all'elettore di esprimersi consapevolmente e liberamente al momento del voto.

Il principio di indivisibilità dei principi e dei "valori comuni" conduce dunque l'interprete dell'art. 2 TUE a sciogliere a favore dell'accezione sostanziale la grande dicotomia fra *rule of law* o Stato di diritto in senso formale/sostanziale. E allo stesso esito sono comunque giunte per vie alla fine convergenti la Corte di giustizia e il diritto secondario dell'Unione.

5. La giurisprudenza sull'indipendenza del potere giudiziario: cenni ricostruttivi.

In *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contra Tribunal de Contas*, deciso il 27 febbraio 2018, la Grande Sezione della Corte di giustizia, dopo aver ribadito che "L'Unione è un'Unione di diritto in cui i singoli hanno il diritto di contestare in sede giurisdizionale la legittimità di qualsiasi decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'Unione" (§ 31), aggiunge che "L'articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE, affida l'onere di garantire il controllo giurisdizionale nell'ordinamento giuridico dell'Unione non soltanto alla Corte, ma anche agli organi giurisdizionali nazionali" (§ 32). Il carattere trasversale, comune cioè all'Unione e agli Stati membri, rivestito dal principio di indipendenza del potere giudiziario viene dunque affermato in base all'obbligo di "assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione" (§ 42.). L'indipendenza è infatti "essenziale per il buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE", il qua-

¹¹ Si può vedere C. PINELLI, *L'indivisibilità dei diritti fondamentali*, in *L'essenza della democrazia. I diritti umani e il ruolo dell'avvocatura*, a cura del Consiglio Nazionale Forense, Roma, Carocci, 2010, 153 ss.

le “può essere attivato unicamente da un organo, incaricato di applicare il diritto dell'Unione, che soddisfi, segnatamente, tale criterio di indipendenza” (§ 43.). Lo conferma l'articolo 47, secondo comma, della Carta, che menziona l'accesso a un giudice «indipendente» tra i requisiti connessi al diritto fondamentale ad un ricorso effettivo (§ 41).

Dalla sentenza sui giudici portoghesi è scaturita una giurisprudenza nella quale ricorre costantemente la congiunta violazione degli artt. 19 e 2 TUE¹².

Uno sviluppo ulteriore di questo indirizzo è rinvenibile in *Repubblika contro Prim Ministru*, deciso il 20 aprile 2021, dove la Corte desume dall'art. 49 TUE, che disciplina l'accesso a una Unione la quale “riunisce Stati che hanno liberamente e volontariamente aderito ai valori comuni attualmente previsti dall'articolo 2 TUE, che rispettano tali valori e che si impegnano a promuoverli” (§ 61)), che “il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall'articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro. Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell'articolo 19 TUE [v., in tal senso, sentenza del 2 marzo 2021, A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso), C-824/18, EU:C:2021:153, punto 108]. Gli Stati membri sono quindi tenuti a provvedere affinché sia evitata qualsiasi regressione, riguardo a detto valore, della loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall'adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici [v., per analogia, sentenza del 17 dicembre 2020, Openbaar Ministerie (Indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente), C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033, punto 40]” (§§ 62 e 63).

Il principio di non regressione della tutela del valore dello Stato di diritto si concretizza dunque nell'obbligo in capo agli Stati membri di evitare di adottare “qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici” nella “loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia”, senza le esplicite delimitazioni ai “settori disciplinati dal diritto dell'Unione” che comparivano in *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*. Il “valore aggiunto” di *Repubblika*, che spiega questo passaggio, consisterebbe nell'aver agganciato l'art. 2 all'art. 49 anziché esclusivamente all'art. 19, dal momento che le condizioni di accesso all'Unione si connettono direttamente ai “valori comuni”: il principio di non regressione diventa così “l'ultimo promettente capitolo nella costruzione in corso di un rinnovato sistema costituzionale dell'Unione basato su valori”¹³.

L'impressione di una marcia inarrestabile della Corte verso l'accoglimento dell'accezione sostanziale del principio dello Stato di diritto, se mai qualcuno l'avesse coltivata, va però immediatamente dissipata. Proprio l'affermazione del principio di non regressione appare invero ben più problematica una volta che la si sia opportunamente contestualizzata. Ci si riferisce alla scarsa reazione dell'Unione alla violazione dei “valori comuni”, e in particolare del principio dello Stato di diritto attraverso la manomissione delle garanzie di indipendenza del potere giudiziario, portata

¹² Cfr. M. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi*, n. 19/2020, 14 ss.

¹³ L. PECH and D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgements since the Portuguese Judges Case*, Sieps, 2021, 216.

avanti consapevolmente da alcuni Stati membri, come l'Ungheria dal 2011 in poi e la Polonia in due legislature (2015-2023).

All'epoca del giudizio sui giudici portoghesi (2018), la mancata attivazione delle procedure indicate dall'art. 7 TUE nei confronti di tali Stati membri, spiegabile per ragioni di ordine politico, era già divenuta un problema molto delicato. Tanto da far considerare la pronuncia come una presa di posizione della Corte volta a tutelare il rispetto dello Stato di diritto tramite strumenti giurisdizionali già operanti, quali il rinvio pregiudiziale e il ricorso per infrazione¹⁴. In questo contesto la richiesta di “evitare qualsiasi regressione” dell'indipendenza del potere giudiziario prospettata in *Repubblika* equivaleva a minacciare interventi della Corte molto più di quanto essa aveva fatto nella sentenza sui giudici portoghesi. Il caso riguardava Malta, ma chiunque poteva facilmente comprendere che i destinatari più importanti fossero a Budapest e a Varsavia. Non si poteva più escludere, a quel punto, il rischio di una contrapposizione diretta del potere giudiziario europeo con i governi di alcuni Stati membri. Senonché proprio l'evoluzione della *rule of law crisis* ebbe un andamento diverso.

6. Il Regolamento sulla condizionalità e le pronunce del 2022.

Da quando ci si accorse del paradosso per cui proprio i Paesi che più si erano avvantaggiati delle politiche di coesione (Ungheria, Polonia) avevano più frequentemente di altri violato le regole sul rispetto dei principi dello Stato di diritto senza venirne in alcun modo sanzionati, cominciò a circolare fra gli studiosi e poi fra i governi degli altri Stati membri la convinzione che una *rule of law conditionality*, ossia l'introduzione di una regola che subordinasse l'erogazione dei fondi di coesione al rispetto dei principi dello Stato di diritto, fosse l'ultima chance per l'Unione di assicurare il rispetto dei suoi valori fondamentali negli Stati membri più riluttanti¹⁵.

Su questa premessa, il 16 dicembre 2020 veniva approvato il Regolamento 2020/2092, “relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione”, che nel proporsi di assicurare il rispetto dei principi dello Stato di diritto da parte degli Stati membri tramite lo strumento indicato, provvedeva a definire le categorie di fattispecie relative allo Stato di diritto da parte delle istituzioni politiche europee, pur ricavandole dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla *rule of law checklist* approvata nel 2016 dalla Commissione di Venezia.

In particolare, all'art. 2, lett. a), il Regolamento così recita:

“«Stato di diritto»: il valore dell'Unione sancito nell'articolo 2 TUE. In esso rientrano i principi di legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale

¹⁴ V. ad es. M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Papers*, Vol. 3, 2018, No. 2, 991.

¹⁵ G. HALMAI, *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, 11, 187.

zionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non-discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge. Lo Stato di diritto è da intendersi alla luce degli altri valori e principi dell'Unione sanciti nell'articolo 2 TUE;”

Inoltre, all'art. 3, intitolato “Violazioni dei principi dello Stato di diritto”, il Regolamento così recita: “Ai fini del presente regolamento, possono essere indicativi di violazioni dei principi dello Stato di diritto: a) le minacce all'indipendenza della magistratura; b) l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, incluse le autorità di contrasto, la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane a scapito del loro corretto funzionamento o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; c) 1. la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto.”

Così, la crisi della *rule of law* avrebbe avuto come “positivo effetto collaterale” di rendere molto più difficile ai governanti di pretendere di fondare lo Stato di diritto solo su qualche versione di certezza del diritto, e di superare definitivamente la prospettiva dello stesso Stato di diritto come espediente retorico¹⁶. Né di tutto ciò può prescindere la valutazione delle sentenze della Corte di giustizia sul punto.

Nei loro ricorsi nei confronti del Regolamento davanti alla Corte di giustizia (nn. 156/2021 e 157/2021), i governi della Polonia e dell'Ungheria hanno incentrato le censure per un verso sulla violazione del principio di attribuzione, e per l'altro sulla elusione delle regole disposte dai trattati nelle ipotesi di trasgressioni dei valori comuni da parte degli Stati membri, e in particolare dell'art. 7 TEU, con l'argomento che “una violazione dei principi dello Stato di diritto può essere constatata solo dal Consiglio europeo, a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, TUE. Solo tale istituzione potrebbe, in virtù della sua composizione, garantire il controllo del rispetto del valore dello Stato di diritto, il quale avrebbe carattere discrezionale e potrebbe dipendere da considerazioni politiche. In particolare, la memoria del Governo ungherese si richiama a un parere del 27 maggio 2014 del servizio giuridico del Consiglio, secondo cui l'articolo 7 TUE stabilisce volutamente un quadro di supervisione preciso, che si compone di varie fasi, un'elevata soglia ipotetica per avviare le procedure, maggioranze rafforzate in seno al Consiglio e al Consiglio europeo nonché un insieme di garanzie procedurali per lo Stato membro interessato, compresa la possibilità di un sindacato giurisdizionale limitato da parte della Corte, e nello stesso tempo tale articolo non prevede una base giuridica per sviluppare o modificare tale procedura. Tale posizione sarebbe stata ribadita nel parere n. 13593/18, il quale indica, inoltre, che il diritto derivato non può modificare o integrare detta procedura, né avere come conseguenza che quest'ultima sia privata del suo effetto utile. Pertanto, stante l'identità dell'obiettivo, dei principi e delle misure applicabili, il meccani-

¹⁶ M. SUNNQVIST, «EU's legal history in the making», cit., 29.

smo istituito dal regolamento impugnato costituirebbe un'elusione manifesta e deliberata della procedura prevista all'articolo 7 TUE¹⁷.

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

Le sentenze della Corte di giustizia hanno formato oggetto di un'ampia serie di commenti, molti dei quali si sono soffermati sulla attitudine decisa con cui la Corte ha difeso la portata giuridica e non solo politica dell'enunciazione dei valori comuni. Per quanto qui interessa, vale la pena di soffermarsi sulla critica di eccessivo attivismo rivolta alla Corte quale espressione di una più ampia tendenza alla *Juristocracy* e alla invasione della sfera riservata alla discrezionalità politica da parte delle corti¹⁸. La Corte interpreterebbe l'essenza dell'Unione in termini di politica identitaria, che sarebbero tanto semplicistici quanto politicamente problematici, risultando impossibile ridurre a pochi valori universali una organizzazione composta di quasi trenta Stati, ognuno dei quali con una propria storia, cultura ed economia¹⁹. Questa interpretazione "non minimalista" dei valori comuni rivelerebbe un intento politico libertario-egualitario, orientato al mercato e globalista, che andrebbe oltre il testo dell'art. 2 TUE e contrasterebbe con l'ethos di una giurisprudenza costituzionale volta a preservare l'apertura di spazi politici anche quando contrastanti con le proprie opinioni²⁰.

La critica ora riportata si risolve in una serie di asserzioni astratte, prive di riferimenti ai termini del caso con cui la Corte doveva confrontarsi. In particolare, non vi si rinviene nulla del complesso itinerario che ha portato tanto la Corte quanto le istituzioni politiche europee a forgiare una nozione di Stato di diritto adatta a fronteggiare le sfide cui l'Unione sta andando incontro, e che trova una sua specificazione nel Regolamento sulla condizionalità del 2020 prima ancora che nelle sentenze che lo hanno interpretato.

¹⁷ Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:98, §§ 105-106.

¹⁸ M. NETTESHEIM, *EU Rule of Law or Rule of Lawyers? The Court of Justice of the EU and Article 2 TEU*, in M. G. RODOMONTE and L. DURST (eds.), *Judicial Review, Fundamental Rights and Rule of Law: The Construction of the European Constitutional Identity*, Routledge Giappichelli, 2024, 134.

¹⁹ M. NETTESHEIM, *EU Rule of Law*, cit., 140.

²⁰ M. NETTESHEIM, *EU Rule of Law*, cit., 146-147.

Rimane pertanto indimostrato nella specie l'assunto di una invadenza della Corte di giustizia nel terreno riservato alle istituzioni politiche²¹. E si ha nello stesso tempo conferma che i rapporti dell'una con le altre vanno ricostruiti guardando agli esiti della reciproca collaborazione non meno che ai momenti di conflittualità. Il che consente fra l'altro di escludere un monopolio delle corti nella individuazione delle modalità di esercizio della funzione di garanzia dello Stato di diritto, così come per altro verso nell'attuazione della stessa, che per alcuni dovrebbe essere presa più seriamente in carico dalle istituzioni politiche²².

D'altra parte, i richiami compiuti dalle difese della Polonia e dell'Ungheria nei giudizi sul Regolamento sulla condizionalità all'interpretazione dell'art. 2 TUE fatta propria dal Servizio giuridico del Consiglio non riflettevano forse una corrispondenza profonda dell'attitudine sovranista alla lettura formalistica del principio di attribuzione nonché dello stesso valore dello Stato di diritto? L'interrogativo prescinde dalla questione, tuttora aperta nella giurisprudenza della Corte, della giustiziabilità dei valori dell'art. 2 in quanto tali, al di là di una contestuale invocazione di violazioni di altri articoli²³, e ha piuttosto a che vedere con l'esigenza di portare alla luce il collegamento, rimasto finora in buona parte sotterraneo, delle possibili accezioni di Stato di diritto con le ispirazioni di fondo dei modelli di convivenza.

7. L'alternativa.

In effetti, un'alternativa all'intreccio dei valori comuni *ex art. 2 TUE* su cui prospera un'accezione sostanziale di Stato di diritto consisterebbe nel tornare a una sua accezione meramente formale quale involucro più a portata di mano di un modello statocentrico di organizzazione costituzionale, anche quando sostenuto dal richiamo a un indiscriminato primato della volontà popolare. Un'accezione fondata solo su regole, e su una configurazione dei principi quali mere generalizzazioni di precetti normativi, su una visione esclusivamente procedurale della legalità, su una visione burocratica del giudice, sull'irrelevanza giuridica degli effetti di eventuali violazioni dei profili sostanziali del principio di indipendenza del potere giudiziario, sull'irrelevanza giuridica del mancato esercizio di competenze costituzionalmente dovute spettanti al legislatore, con conseguente rifiuto di ogni ipotesi di supplenza o di rimedio giurisdizionale, così come sull'irrelevanza giuridica dell'accoglimento di una concezione di maggioranza parlamentare ispirata alla *winner-take all rule* o all'opposto al rispetto delle attribuzioni delle istituzioni non maggioritarie.

Qualcuno magari mi spiegherà cosa avrebbe a che fare una prospettiva del genere col diritto dell'Unione, non meno che col diritto costituzionale che abbiamo conosciuto. Per il momento,

²¹ L'attivismo della Corte di giustizia è un *topos* diffuso e risalente, pur se di recente divenuto più controverso alla luce di vari gruppi di casi, su cui E. VÁRNAY, *Judicial Passivism at the European Court of Justice?*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 2019, 60, 2, 130 ss.

²² W. SCHROEDER, *The Rule of Law as a Constitutional Mandate for the EU*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2023, 15, 1 ss.

²³ G. DI FEDERICO e M. LANOTTE, *Le conclusioni dell'AG Cápeta in Commissione contro Ungheria e l'uso a sé stante dell'art. 2 TUE*, in *Eurojus*, 2025, 2, 347 ss.

posso solo ammettere che sarebbe una prospettiva internamente coerente: un ritorno al formalismo giuridico quale risvolto dell'accettazione del populismo politico. Lo stesso non potrebbe dirsi di una commistione di elementi tratti da quella prospettiva con gli sviluppi dell'esperienza giuridica dell'Unione, spesso sintonici con quelli del diritto costituzionale nazionale. Troppo comodo: *aut aut*, bisogna invece dire in questo caso.