



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2022

**Tutela dei valori e democrazie
illiberali nell'UE:
lo strabismo di una narrazione
“costituzionalizzante”**

di Andrea Guazzarotti

EDITORIALE SCIENTIFICA

TUTELA DEI VALORI E DEMOCRAZIE ILLIBERALI NELL'UE: LO STRABISMO DI UNA NARRAZIONE “COSTITUZIONALIZZANTE”

di Andrea Guazzarotti

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Dipartimento di Economia e Management, Università degli Studi di Ferrara

SOMMARIO: 1. L'ISPESSEMENTO COSTITUZIONALE DELL'ORDINAMENTO UE: I VALORI DELL'ART. 2 TUE E IL LORO *ENFORCEMENT*; 2. L'ART. 2 TUE QUALE CLAUSOLA “PROTO-FEDERALE” DI OMOGENEITÀ; 3. IL CONTENZIOSO DINANZI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA E I RISCHI DI ESCALATION; 4. (*SEGUE*): IL CONTENZIOSO SUI RINVII PREGIUDIZIALI RELATIVI AL MAE EMESSE DAI GIUDICI POLACCHI; 5. (*SEGUE*): I RINVII PREGIUDIZIALI SOLLEVATI DAI GIUDICI POLACCHI E L'ESCALATION CHE NE È SEGUITA; 6. L'AMPLIARSI DELLA CONDIZIONALITÀ E L'APPROFONDIMENTO DEL COORDINAMENTO EUROPEO IN SETTORI SENSIBILI; 7. IL REGOLAMENTO RELATIVO A UN REGIME GENERALE DI CONDIZIONALITÀ PER LA PROTEZIONE DEL BILANCIO DELL'UNIONE; 8. (*SEGUE*): OMBRE E LUCI DEL RICORSO AL “BASTONE” DEL REGOLAMENTO 2092 PER PRESERVARE IL RISPETTO DEI VALORI DELL'UE NEGLI SM; 9. L'UE COME “DEMOCRAZIA MILITANTE”: INCOERENZE E RETICENZE DI UNA NARRAZIONE; 10. IL CONTRO-MOVIMENTO *À LA POLANY*; LIBERTÀ IN CAMBIO DI SICUREZZA; 11. (*SEGUE*): IL COSTITUZIONALISMO “POST-COMUNISTA” E LA SUA DIVERSA IDEA DI EUROPA; 12. CONCLUSIONI.

1. L'ispessimento costituzionale dell'ordinamento UE: i valori dell'art. 2 TUE e il loro *enforcement*

L'Unione europea ha indubbiamente ricevuto, attraverso le varie revisioni dei Trattati e nonostante il fallimento della c.d. Costituzione europea del 2004, una sorta di ispessimento costituzionale. Lo specchio eloquente di tale evoluzione è solitamente individuato nella Carta dei diritti fondamentali (Nizza 2000) e il riconoscimento del suo valore giuridico al pari dei Trattati (Lisbona 2007), nonché la copiosa giurisprudenza su di essa formatasi. Esiste, però, anche il più risalente e forse strutturale dato dell'evoluzione della clausola sui principi fondamentali dell'UE, la quale, dallo scarno art. F del Tratta-

to di Maastricht¹ è transitata per la versione arricchita del Trattato di Amsterdam (poi confluita nell'art. 6 TUE del Trattato di Nizza²), per diventare finalmente, con Lisbona, una clausola sui «valori» dell'Unione (art. 2 TUE)³. In questo passaggio da bruco a crisalide e, finalmente, a farfalla, i principi contenuti nella clausola non solo sono aumentati di consistenza, ma sono assurti anche al più impegnativo rango di valori, i quali non vengono solo riconosciuti, ma debbono anche essere promossi dall'Unione (assieme alla pace e al benessere dei suoi popoli: art. 3.1 TUE)⁴.

Seguendo la struttura della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, il nuovo art. 2 TUE elenca i valori della dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, lo Stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e i diritti delle persone appartenenti a minoranze (quest'ultimo riferimento si lega ai criteri d'ammissione degli Stati candidati, c.d. criteri di Copenaghen del 1993, richiamati dall'art. 49 TUE). Con un nesso dalla portata giuridica non proprio cristallina, il secondo periodo dell'art. 2 del TUE arricchisce l'elenco dei valori con riferimenti a ciò che deve

¹ Art. F.1 TUE: «L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi Democratici».

² Art. 6.1 TUE: «L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri».

³ Art. 2 TUE: «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 caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

Sulle possibili interpretazioni dell'originaria assenza nell'UE di una clausola sui principi o valori fondanti, cfr. G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti compositi*, Napoli 2017, pp. 235 s.; Sulla genealogia del vigente art. 2 TUE, cfr. L. PECH, *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and the Rule of Law Toolbox*, Reconnect WP n. 7 – March 2020, pp. 11 ss.

⁴ L'art. 3.5 TUE, inoltre, prevede l'impegno dell'UE ad affermare e promuovere «i suoi valori e interessi» anche «nelle relazioni con il resto del mondo». Cfr. anche l'art. 8 TUE, sulla politica di vicinato; l'art. 21 lett. a), TUE, sull'azione esterna dell'Unione; l'art. 32, comma primo, penult. per., TUE, sul dovere degli Stati membri di convergere nelle azioni in politica estera al fine di consentire all'Unione di «affermare i suoi interessi e i suoi valori sulla scena internazionale»; l'art. 42.5 TUE, sulla possibilità per il Consiglio di affidare missioni, nell'ambito della politica sulla sicurezza e difesa comune, a un gruppo di Stati membri per «preservare i valori dell'Unione e [...] servirne gli interessi».

caratterizzare la società: pluralismo, non discriminazione, tolleranza, giustizia, solidarietà e parità tra donne e uomini⁵.

Parallelamente all'evoluzione del fondamento valoriale dell'UE, le revisioni dei Trattati segnano anche l'ispessimento dei criteri di ammissione dei nuovi Stati⁶. Se nel Trattato di Maastricht nulla veniva detto circa i requisiti del richiedente, salvo la sua natura di "Stato europeo" (art. O TUE), con il Trattato di Amsterdam il riferimento è a «ogni Stato europeo che rispetti i principi sanciti nell'articolo 6, paragrafo 1» (art. 49 TUE), per giungere, con Lisbona, alla più impegnativa condizione, non solo del rispetto dei valori dell'art. 2, ma anche dell'impegno a promuoverli⁷ (art. 49 TUE).

A evolversi in parallelo è stata anche la clausola di *enforcement* di tali valori fondativi: inesistente qualsiasi meccanismo sanzionatorio nel Trattato di Maastricht (art. F TUE), quello di Amsterdam del 1997 introduceva l'art. F.1, poi arricchito e modificato dal Trattato di Nizza del 2001 (art. 7 TUE), infine cristallizzato da Lisbona⁸, che ha

⁵ Cfr. E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in Liber Amicorum Antonio Tizzano. *De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, pp. 158 ss., secondo cui l'art. 2 TUE sarebbe «caratterizzato da una formulazione alquanto sommaria» e «controverso appare il ruolo della seconda frase dell'art. 2». Quest'ultimo, chiaramente ispirato alle clausole che limitano i poteri degli Stati di restringere i diritti fondamentali negli artt. 8-11 della CEDU, non costituirebbe un ulteriore elenco di valori dell'Unione, bensì fornirebbe «lo *standard* di tutela dei valori stabiliti nella prima parte della disposizione, e, in particolare, del principio democratico e di quello dello Stato di diritto».

⁶ Cfr. L. CAPPUCCIO, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, in C. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, pp. 457 ss.

⁷ Cfr. L. PECH, *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 14.

⁸ Il vigente art. 7 TUE recita: «1. Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2. Prima di procedere a tale constatazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni, deliberando secondo la stessa procedura.

Il Consiglio verifica regolarmente se i motivi che hanno condotto a tale constatazione permangono validi.

2. Il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno

eliminato il ricorso facoltativo alle «personalità indipendenti» nella fase preventiva e ha introdotto una limitata competenza della Corte di giustizia sul tale procedura “sanzionatoria” (art. 269 TFUE)⁹.

La procedura dell’art. 7 TUE, come noto, è diversa da quelle presenti in altri trattati internazionali, posto che l’accertamento del “tradimento” dei valori fondamentali del “club”, oltre a richiedere l’unanimità degli altri soci, non può mai condurre all’espulsione, bensì soltanto all’eventuale sospensione dei diritti di *membership*, tra cui spicca il diritto di voto¹⁰. L’introduzione dell’art. 7 TUE, in sé, non è scevra da ambiguità, posto che la sua comparsa nei Trattati coincide

Stato membro dei valori di cui all’articolo 2, dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni.

3. Qualora sia stata effettuata la constatazione di cui al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall’applicazione dei trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell’agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche.

Lo Stato membro in questione continua in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dai trattati.

4. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può successivamente decidere di modificare o revocare le misure adottate a norma del paragrafo 3, per rispondere ai cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione.

5. Le modalità di voto che, ai fini del presente articolo, si applicano al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sono stabilite nell’articolo 354 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea».

⁹ Secondo il nuovo art. 269 TFUE, la CGUE è competente a pronunciarsi sulla legittimità degli atti adottati ai sensi dell’art. 7 «unicamente su domanda dello Stato membro oggetto» della procedura “sanzionatoria” e unicamente «per quanto concerne il rispetto delle sole prescrizioni di carattere procedurale previste dal suddetto articolo».

¹⁰ Il confronto più immediato è con l’art. 8 dello Statuto del Consiglio d’Europa, ai sensi del quale «Ogni Membro del Consiglio d’Europa che contravvenga alle disposizioni dell’articolo 3, può essere sospeso dal diritto di rappresentanza e invitato dal Comitato dei Ministri a recedere nelle condizioni di cui all’articolo 7. Il Comitato può risolvere che il Membro, il quale non ottemperi a tale invito, cessi d’appartenere al Consiglio dal giorno stabilito dal Comitato stesso». La decisione del Comitato dei Ministri è adottata con la maggioranza dei 2/3 dei componenti (art. 20, lett. c)). Cfr. D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell’UE: connotazione costituzionale o internazionale? Riflessioni da un’analisi comparata*, in *Federalismi.it*, n. 24/2014.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha dichiarato, per la prima volta, la cessazione dell’appartenenza al CoE della Federazione russa il 16 marzo: cfr. il sito Coe.int.

proprio con l'allargamento a Est e tradisce un certo timore, se non diffidenza, per le precarie tradizioni democratiche degli Stati candidati¹¹. Dunque, non solo autoaffermazione dei valori comuni agli Stati membri e all'Unione, bensì anche segnalazione di una (comprensibile) "riserva mentale" nell'ammissione di nuovi Stati¹², con un potenziale di gerarchizzazione occulta tra blocchi di Stati membri che richiama vagamente le logiche della differenziazione imperiale¹³.

È noto che tale procedura "sanzionatoria", per la sua natura quasi esclusivamente politica e per l'irraggiungibile soglia dell'unanimità, si è dimostrata inadeguata alle minacce apportate ai valori dell'UE, partendo dal caso austriaco del 2000 (affrontato e risolto bypassando le istituzioni dell'UE), per giungere alle crisi ormai conclamate di Ungheria e Polonia, contro le quali la procedura di cui all'art. 7 TUE è comunque stata attivata¹⁴. Altrettanto noto che, proprio per porre riparo a tale inadeguatezza, la Commissione, dopo aver attivato due diversi strumenti di *soft law* per il monitoraggio del rispetto del valore della *Rule of Law* negli Stati membri (cfr. *infra*, § 2), ha proposto nel 2018 un regolamento a tutela della *Rule of Law*¹⁵ attraverso l'uso del

¹¹ Cfr. D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit., p. 2, nt. 1.

¹² C. PINELLI, *Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments*, in *ELJ*, 2004, n. 3, p. 358.

¹³ L'ammissione di Romania e Bulgaria (la cui adesione all'UE è del 2007) al c.d. "Spazio Schengen" è tuttora *sub iudice* e sottoposta alle verifiche della Commissione sui progressi nell'organizzazione della magistratura e nella lotta alla corruzione, secondo il Meccanismo di cooperazione e verifica per Romania e Bulgaria. Cfr. il sito Ec.europa.eu. Per S. BARTOLE, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. cost.*, n. 2/2018, p. 297, non avrebbe «senso parlare di imposizione di dottrine estranee alla identità tradizionale degli Stati interessati», stante la scelta di questi ultimi di condividere i valori e i principi delle istituzioni sovranazionali europee (UE e Consiglio d'Europa), quale condizione per esservi ammessi.

¹⁴ Dalla Commissione nei confronti della Polonia, il 20 dicembre 2017 (*Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'unione europea sullo stato di diritto in Polonia*, COM(2017) 835 final); dal Parlamento europeo nei confronti dell'Ungheria, il 12 settembre 2018 (*proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione* (2017/2131(INL))).

¹⁵ Si userà sempre l'espressione inglese "*Rule of Law*" anziché quella di "Stato di diritto", sia per l'ambiguità che tale ultima può recare laddove applicata all'UE, in cui la dimensione statale è assente, sia per la strutturale differenza dei due concetti, il primo afferente alla cultura anglosassone di *common law*, il secondo afferente alla cultura

bilancio dell'UE¹⁶, proposta poi riconvertita nel vigente regolamento volto a tutelare il bilancio dalle compromissioni che possa subire a causa delle violazioni della *Rule of Law* (reg. 2020/2092)¹⁷. Su questo regolamento si erano appuntate le affilate censure dei ricorsi di Polonia e Ungheria, che vi vedevano nient'altro che l'aggiramento della riserva alla politica stabilita dall'art. 7 TUE. La Corte di giustizia, nella sua formazione plenaria, ha rigettato tutti i motivi di censura di tali ricorsi e affermato la legittimità del regolamento¹⁸. Ma nel far questo, essa ha anche colto l'occasione per enfatizzare la dimensione costituzionale dell'art. 2 TUE, evocando l'esigenza, per l'UE, di difendere la propria «identità»¹⁹. Una parola impegnativa, questa, che i Trattati isti-

continentale e incentrato sulla legge: cfr. G.M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020, pp. 2 ss. Sul concetto di *Rule of Law* la letteratura è sterminata, ma si veda l'efficace sintesi di M. BUSSANI, *The Rule of Law in the Global Perspective*, in *It. Journ. Publ. Law*, n. 2/2020, pp. 135 ss. Sullo stato di diritto, nella tradizione europea continentale e, specialmente, tedesca, cfr. R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2017.

¹⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM(2018) 324 final, del 2 maggio 2018. L'art. 3.1 della bozza di regolamento così proposta, in particolare, consentiva l'adozione delle misure "sanzionatorie" (sospensione dei finanziamenti europei, ecc.) «qualora una carenza generalizzata riguardante lo Stato di diritto in uno Stato membro comprometta o rischi di compromettere i principi di una sana gestione finanziaria o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione». A seguito di complessi negoziati con il Consiglio (il cui servizio legale si era pronunciato contro la proposta della Commissione), è stato eliminato il termine «carenza generalizzata riguardante lo Stato di diritto» ed è stato precisato il nesso intercorrente tra violazioni della *Rule of Law* e compromissioni del bilancio o degli interessi finanziari dell'UE. Cfr. *infra*.

¹⁷ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Cfr. i commenti, tra gli altri, di T. TRIDIMAS, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy* (2020), pp. VII ss.; B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *Eurojus*, n. 2/2022, pp. 114 ss.; A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *GLJ* (2022), 23, pp. 131-156, spec. pp. 237 e s., in cui si dà conto della posizione del Parlamento europeo contraria al mutamento di prospettiva voluta dal Consiglio, secondo cui il regolamento ha per oggetto la tutela del bilancio e non della *Rule of Law*.

¹⁸ Corte di giustizia UE (Seduta plenaria), sentenze 16 febbraio 2022, causa C-156, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e causa C-157, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*.

¹⁹ Sent. "Ungheria", C-156, §§ 127, 232; sentenza "Polonia", C-157, §§ 145, 264,

tutivi utilizzano con parsimonia. Sebbene già nel lontano 1973 i Capi di Stato e di Governo adottarono a Copenaghen una «Dichiarazione sull'identità europea»²⁰ finalizzata a ispirare le loro relazioni estere, i Trattati vigenti si riferiscono all'identità dell'Unione solo nel Preambolo del TUE (e sempre nel contesto delle relazioni estere)²¹, mentre negli articoli il riferimento è solo all'«identità nazionale» degli Stati membri (art. 4.2 TUE), nonché a quella delle confessioni religiose e le organizzazioni filosofiche e non confessionali (art. 17.3 TUE).

Rinviando al paragrafo 7 l'analisi sintetica del regolamento e delle sentenze “quasi-gemelle” della CGUE, può fin d'ora constatarsi l'apparente paradosso di una costituzionalizzazione dell'UE perpetuata per via giurisprudenziale, dopo che Lisbona, a ridosso dei referendum olandese e francese del 2005, aveva optato per l'abbandono di ogni

268. Per un'interpretazione in positivo di tale profilo, cfr. J. ALBERTI, *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di giustizia che sanciscono la legittimità del “Regolamento condizionalità”*, in *Eurojus*, n. 2/2022, pp. 25-45, secondo cui la tutela dell'identità europea fatta valere dalla CGUE non toglierebbe nulla agli ordinamenti degli Stati membri, diversamente dalle identità nazionali fatte valere dalle Corti costituzionali nazionali con i controlimiti, che invece punterebbero a limitare l'ordinamento dell'UE. Sottolineava, alla vigilia dell'adozione del regolamento 2092 e delle sentenze della CGUE che ne hanno riconosciuto la legittimità, il nesso tra crisi dello Stato di diritto e opportunità per l'UE di affermare la propria identità costituzionale, G. PITRUZZELLA, *L'Unione europea come “comunità di valori” e la forza costituzionale del valore dello “stato di diritto”*, in *Federalismi.it*, n. 28/2021, p. XII.

²⁰ La Dichiarazione sull'identità europea del 1973 afferma l'intenzione degli Stati membri (all'epoca nove) di difendere nelle proprie relazioni estere «i principi della democrazia rappresentativa, della *Rule of Law*, della giustizia sociale – che costituisce il fine ultimo dello sviluppo economico – e del rispetto per i diritti umani. Tutti questi principi assieme costituiscono gli elementi fondamentali dell'Identità europea». Consultabile al sito [CVCE.eu](http://cvce.eu). La Dichiarazione di Copenaghen del 1973 viene richiamata dalla successiva Dichiarazione sulla democrazia allegata alle Conclusioni del Consiglio europeo di Copenaghen del 1978, in cui i Capi di Stato o di Governo, dopo aver confermato la volontà di garantire quei principi, affermarono che «il rispetto e il mantenimento della democrazia rappresentativa e dei diritti dell'uomo in ciascuno degli Stati membri sono elementi essenziali di una partecipazione alle Comunità Europee». Cfr. L. PECH, *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 10.

²¹ I governi degli Stati membri, «DECISI ad attuare una politica estera e di sicurezza comune che preveda la definizione progressiva di una politica di difesa comune, che potrebbe condurre ad una difesa comune a norma delle disposizioni dell'articolo 42, rafforzando così l'identità dell'Europa e la sua indipendenza al fine di promuovere la pace, la sicurezza e il progresso in Europa e nel mondo [...], HANNO DECISO di istituire un'Unione europea [...]». Il preambolo contiene il noto riferimento «alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa» (2° cpv.).

retorica costituzionale²², assieme con l'occultamento del principio federale del primato del diritto dell'UE sugli ordinamenti nazionali (eliminazione dell'art. I-6 e dichiarazione n. 17 sul primato²³). Vero che il vigente art. 2 TUE è identico all'art. I-2 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa e che ciò confermerebbe, per qualcuno, che a Lisbona non si sarebbe affatto abbandonata la sostanza dell'abortita Costituzione europea, bensì solo la forma (e la retorica)²⁴. Ma resta

²² In un documento allegato alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007, lapidariamente, si annunciava che «*The constitutional concept, which consisted in repealing all existing Treaties and replacing them by a single text called "Constitution", is abandoned*», compendosi una netta inversione di tendenza rispetto alla decisione di Laeken di dotare l'Europa di una «Costituzione degna di tale nome» (secondo le parole dell'allora Cancelliere tedesco Schröder). Pertanto, secondo l'allora candidato alle presidenziali francesi, Sarkozy, posto che il nuovo trattato in cantiere (quello di Lisbona) non aveva natura costituzionale, diversamente dall'archiviato Trattato di Roma del 2004, non vi era la necessità di ricorrere ad alcun referendum: cfr. C. DE FIORES, *Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona* (10 aprile 2008), in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2008, parte II, pp. 1 ss.

²³ L'art. I-6 dell'abortito Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del 2004 recitava: «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri». La Dichiarazione relativa al primato, n. 17 recita: «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007 Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

La Dichiarazione n. 17 costituisce il frutto di un compromesso emerso nella Conferenza intergovernativa, dopo che la proposta di inserire il principio del primato nel testo dei Trattati era stata fieramente opposta dal Regno Unito: cfr. C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi.it*, 2021, p. XXV.

²⁴ J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 179.

il dubbio di come possa l'agognata meta della costituzionalizzazione perseguirsi per le oblique vie dei contenziosi giurisdizionali e/o del diritto derivato poggiante su clausole funzionaliste *par excellence*, come l'art. 322 TFUE²⁵ posto a base del citato regolamento 2092 sulla tutela del bilancio dagli attacchi alla *Rule of Law* (cfr. *infra*, § 7).

Qualcuno obietterà che, nel frattempo, molta acqua è passata sotto i ponti. Dopo la gestione "internazionalistica" e prevalentemente intergovernativa della crisi dell'euro (2008-2015), si è avuto il salto quantico dell'emissione comune di debito per fronteggiare la crisi pandemica. Per alcuni, quel passo fatidico (il c.d. "*Hamiltonian moment*") rappresenterebbe il dispositivo para-federale che ha fornito all'UE la legittimità per riaffermare e presidiare giuridicamente i suoi valori con il regolamento 2092²⁶, mentre per altri, alla condizionalità cattiva della *governance* economica della crisi dell'euro si sarebbe finalmente contrapposta una condizionalità buona, a tutela dei valori fondanti dell'UE²⁷.

Resta il dato di una costituzionalizzazione, ammesso che di ciò possa trattarsi, che non ha ancora incontrato l'abbraccio del potere costituente, non in senso democratico almeno,²⁸ e che continua a seguire le vie oblique del funzionalismo (può solo tutelarsi il bilancio dell'UE, non direttamente la *Rule of Law*).

Anche alla luce dello scetticismo verso i tentativi di costruire sulle pronunce giudiziarie un costituzionalismo europeo *octroyé*, il presente contributo si limiterà a indagare i profili pragmatici dell'innovazione dettata dal regolamento 2092 sulla condizionalità, considerando

²⁵ La base giuridica del regolamento 2020/2092 è l'art. 322.1, lett. a), TFUE, che così recita: «1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione della Corte dei conti, adottano mediante regolamenti: a) le regole finanziarie che stabiliscono in particolare le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio, al rendiconto e alla verifica dei conti; [...]».

²⁶ Cfr. P. LINDSETH, C. FASONE, *Rule-of-Law Conditionality and Resource Mobilization – the Foundations of a Genuinely 'Constitutional' EU?*, in *VerfBlog*, 2020/12/11.

²⁷ Cfr. C. PINELLI, *Conditionality and economic constitutionalism in the Eurozone*, in *Italian Journal of Public Law*, 1/2019, pp. 22-42; A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values*, cit., pp. 154 s.

²⁸ Sulla critica alla ricerca «sperimentalista» di poteri costituenti per l'UE alternativi a quello democratico, cfr. G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma 2021, pp. 244 ss., spec. pp. 255 ss.

l'apporto positivo all'equilibrio istituzionale che esso potrà recare, in termini di sgravio per l'asse giudiziario (Corte di giustizia, sollecitata dalle procedure d'infrazione e dai sempre più numerosi rinvii pregiudiziali) dell'onere di gestire solitariamente la crisi della *Rule of Law* in alcuni Stati membri.

L'approccio scettico con cui verrà indagata la reazione dell'UE alla crisi della *Rule of Law* in alcuni Stati membri è ispirato anche dall'esigenza di evitare ogni inclinazione moralistica e colpevolizzante nei confronti degli Stati in questione, al pari di quel che avvenne allo scoppio della crisi economica nei riguardi della Grecia, prediligendo invece l'analisi delle cause più profonde della crisi della *Rule of Law* e dei suoi intrecci con le scelte neoliberali dell'UE sin dalle procedure di adesione.

Resta ai margini di questo contributo il tema amplissimo degli incerti contorni della nozione di *Rule of Law* e della sua trasmutazione da concetto politico-filosofico a parametro giuridico suscettibile di *enforcement*. Il fenomeno è tutt'altro inconsueto nell'esperienza costituzionale italiana (basti pensare al dibattito storico sul concetto di «retribuzione proporzionata» e «sufficiente» di cui all'art. 36, comma primo, Cost., o quello più recente sull'ancora più vaga nozione di «forma di governo» nell'art. 123, comma primo, Cost.). La giuridicizzazione di concetti indeterminati conduce solitamente al *self-restraint* delle Corti, le quali però – come si vedrà nel caso della Corte di giustizia rispetto alla *Rule of Law* – difficilmente giungono, nella tradizione continentale almeno, a formulare dottrine compiute sulla “*political question*”, come invece accade nella tradizione angloamericana. La stessa Corte suprema, pur in un generale *self-restraint* rispetto all'*enforcement* di clausole costituzionali sull'omogeneità dei valori degli Stati federati, non ha ommesso di definire il vaghissimo concetto di “forma repubblicana di governo” di cui alla “*Guarantee clause*” dell'art. IV, sez. 4, prima frase, della Costituzione USA (cfr. infra, § 2)²⁹.

Il fuoco della presente indagine è costituito dalla critica all'ottimismo istituzionale imperante all'epoca dell'allargamento a Est dell'UE, nonché agli strumenti tecnocratici delle condizionalità economiche

²⁹ Forma repubblicana di governo che è stata intesa come diritto del popolo di scegliere i propri rappresentanti e di approvare le proprie leggi attraverso assemblee rappresentative: *In Re Duncan*, 139 U.S. 449 (1891), p. 461, cit. da F. PALERMO, *La forma di stato dell'Unione europea*, Padova, 2005, p. 146.

diretti a conformare culture costituzionali nazionali profondamente diverse. Stante la natura delle crisi illiberali sia in Ungheria che in Polonia, può ritenersi non strettamente necessario approfondire qui il dibattito sull'assenza di definizione univoca di *Rule of Law*, ai fini dell'*enforcement* di tale concetto giuridificato dall'art. 2 TUE. Ai fini della sanzionabilità delle violazioni della *Rule of Law* (sia pure in via indiretta, come accade col regolamento 2019/1920), l'interprete e l'operatore del diritto ben possono ipotizzare situazioni incompatibili con qualsiasi nozione di *Rule of Law* si voglia adottare,³⁰ il che sembra potersi attagliare alle crisi in corso tanto in Ungheria che in Polonia. Infine, il citato regolamento 2019/1920, con la sua impostazione funzionalista, vale a tradurre in pratica alcuni profili del "dover essere" imposto dalla *Rule of Law*, stemperando il dilemma dell'incertezza definitoria di tale principio, come si illustrerà al paragrafo 7.

2. L'art. 2 TUE quale clausola "proto-federale" di omogeneità

L'art. 2 TUE è stato indagato dalla dottrina comparatistica (specie tedesca, ma anche italiana³¹) nell'ambito delle clausole di omogeneità iscritte nelle costituzioni degli ordinamenti federali, in particolare della "Guarantee clause" della Costituzione degli USA (art. IV, sez. 4, prima frase³²), e dell'art. 28 del *Grundgesetz* tedesco³³.

³⁰ Non si tratta di accertare, ai fini dell'*enforcement* dell'art. 2 TUE, «la contrarietà delle scelte di uno Stato membro ad uno o all'altro degli innumerevoli modelli di realizzazione dei valori dell'Unione, quanto piuttosto la contrarietà di tali scelte rispetto a qualsiasi possibile modello che ricada idealmente nell'ambito di una società democratica»: E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, cit., p. 168.

³¹ F. PALERMO, *La forma di stato dell'Unione europea*, cit.; G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti compositi*, cit. Ma per l'ipotesi di maggior affinità con le clausole di omogeneità valoriale di alcuni trattati regionali, come lo Statuto del Consiglio d'Europa, cfr. D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit., pp. 5 ss.

³² «Gli Stati Uniti garantiranno a ogni Stato dell'Unione una forma repubblicana di governo e proteggeranno ogni Stato contro invasioni, e – su richiesta degli organi legislativi o del potere esecutivo (quando il legislativo non possa essere convocato) – contro violenze interne».

³³ «1. L'ordinamento costituzionale dei Länder deve essere conforme ai principi dello Stato di diritto repubblicano, democratico e sociale ai sensi della presente Legge fondamentale. Nei Länder, nei Distretti (Kreisen) e nei Comuni il popolo deve avere

Le clausole di omogeneità sono disposizioni con cui la costituzione federale impone alle entità federate di assumere una determinata forma di stato compatibile con quella dell'ordinamento federale, prescrivendo a tali entità un «contenuto minimo di coincidenza strutturale e sostanziale»³⁴.

In entrambi gli ordinamenti statunitense e tedesco l'attivazione di tali clausole sembrano riservate alla sfera politica (negli USA si parla apertamente di “*political question*” sin dalla sentenza della C.S. *Luther* del 1849³⁵), non tanto nel senso che esse non possano essere assistite da strumenti giuridici di *enforcement*, bensì che la scelta delle tipologie di tali strumenti e della loro attivazione è rimessa al potere politico³⁶, con scarso o nessun ruolo autopropulsivo del potere giurisdizionale (Corte suprema USA o Tribunale costituzionale tedesco³⁷).

Questa sembrava chiaramente anche l'architettura dell'ordinamento UE, con tutte le precauzioni sulla non assimilabilità di quest'ultimo al ‘modellino’ della federazione. Oltre all'art. 7 TUE (specie nella sua versione originaria del Trattato di Amsterdam, che non prevedeva alcuna fase preventiva e si affidava esclusivamente alla decisione unani-

una rappresentanza espressa da elezioni generali, dirette, libere, uguali e segrete. [...] 3. La Federazione garantisce che l'ordinamento costituzionale dei Länder sia conforme ai diritti fondamentali e alle disposizioni di cui ai commi 1 e 2».

³⁴ K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, München 1984, p. 704, cit. da F. PALERMO, *La forma di stato dell'Unione europea*, cit., p. 128, nt. 1.

³⁵ *Luther v. Borden* (1849), 48 U.S. (7 How.) 1.

³⁶ Né la Costituzione USA né il *Grundgesetz* contengono specifiche procedure di *enforcement*. La Corte suprema USA, nel citato caso *Luther*, affermò che il legislatore federale avrebbe potuto stabilire i messi appropriati per applicare la clausola dell'art. IV, sez. 4, eventualmente anche affidando alle Corti il compito di accertare «quando si sia verificata una contingenza che richieda l'interferenza del governo federale» (*Luther v. Borden*, cit., 48 U.S. 43): G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti compositi*, cit., p. 138. Cfr. anche D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit., pp. 10 ss.

³⁷ In riferimento all'ordinamento costituzionale tedesco, si è affermato che la clausola di cui all'art. 28 GG sia «una norma a bassa o nulla vocazione alla giustiziabilità», potendo le singole violazioni essere eventualmente sanzionate ricorrendo ad altre disposizioni costituzionali che impongono specifici obblighi di omogeneità, come l'art. 31, sulla prevalenza del diritto federale su quello dei Länder, o l'art. 37, sul potere del Bund di ricorrere alla “coercizione federale” per costringere un Land inadempiente a rispettare gli obblighi imposti dal GG o da singole leggi federali: F. PALERMO, *La forma di stato dell'Unione europea*, cit., p. 150. Cfr. anche D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit., p. 16 ss., in cui si dà conto anche della clausola d'omogeneità federale nell'ordinamento svizzero e del suo *enforcement* “politico”.

me del Consiglio europeo), v'è il dato eloquente del considerando n. 10 della decisione quadro sul MAE, in cui si consente la sospensione di tale Meccanismo solo in caso di constatazione da parte del Consiglio di grave e persistente violazione dei valori dell'UE, secondo quanto stabilito dall'art. 7 TUE³⁸.

Segnali volti a presidiare questa riserva sull'attivazione della clausola di omogeneità dell'art. 2 TUE al vertice politico intergovernativo (Consiglio europeo) sono già chiaramente percepibili dalla reazione negativa del servizio giuridico del Consiglio alla proposta (poi attuata) della Commissione di adottare lo strumento "soft" del *Rule of Law Framework* nel 2014, tacciato di surrogare indebitamente la procedura contemplata al primo paragrafo dell'art. 7 TUE e di invadere le attribuzioni del Consiglio ivi stabilite³⁹. Ancora più forte il braccio di ferro tra Commissione e servizio giuridico del Consiglio sulla proposta di regolamento poi sfociata nel regolamento n. 2092 di cui si è già accennato sopra⁴⁰. A ciò può aggiungersi quanto affermato recentemente nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020 in merito al regolamento 2092, il cui ambito di applicazione non dovrebbe estendersi alla constatazione di «carenze generalizzate», bensì solo a specifici «fattori»⁴¹.

³⁸ Decisione 2002/584/GAI, recante: «Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri – Dichiarazioni di alcuni Stati membri sull'adozione della decisione quadro», Considerando 10: «Il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. L'attuazione di tale meccanismo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo 6, paragrafo 1, [TUE], constatata dal Consiglio [dell'Unione europea] in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 1, [TUE], e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo».

³⁹ Parere del 27 maggio 2014, 10296/14 (consultabile al sito Data.consilium.europa.eu) che ritiene il "*Rule of Law Framework*" creato dalla Commissione nel 2014 invasivo delle prerogative del Consiglio consacrate nell'art. 7.1 TUE, con speciale riguardo al potere di rivolgere raccomandazioni allo Stato membro interessato. Cfr. L. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl. Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, Amsterdam Law School Research Paper, No. 2016-02, pp. 22 ss.; L. PECH, *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 22 (che dà conto della successiva legittimazione di tale strumento da parte di Consiglio e Corte di giustizia nella causa C-619/18, *R Commission v Poland*, § 81).

⁴⁰ Parere del 25 ottobre 2018, n. 13593/18, consultabile al sito Data.consilium.europa.eu, che ritiene la proposta della Commissione di istituire il meccanismo poi disciplinato dal regolamento 2092 contraria all'art. 7 del TUE.

⁴¹ Cfr. Conclusioni del Consiglio (10 e 11 dicembre), punti 1, lett. e) ed f), in Data.

In realtà, già con l'introduzione della procedura preventiva dell'art. 7.1 del TUE (Nizza 2001, che internalizza l'esperienza del "caso Haider" in Austria) e poi con la marginale giurisdizionalizzazione di cui all'art. 269 TFUE introdotto da Lisbona, si è avuta una prima, timida, incrinatura di questa riserva in favore dell'unanime volontà dell'organo più "politico" dell'UE, il Consiglio europeo. Per l'attivazione della procedura diretta ad accertare il mero rischio di violazioni dell'art. 2 TUE, infatti, è contemplata la legittimazione anche del Parlamento europeo (oltre a Commissione e un terzo degli Stati membri), mentre la competenza a pronunciarsi è affidata al Consiglio, con decisione da prendersi con la maggioranza dei quattro quinti⁴².

Ne è seguito un apparente attivismo della Commissione, a ridosso dell'esplosione del caso ungherese (riforma costituzionale del 2011 e ulteriori riforme illiberali successive)⁴³.

La Commissione, anche sulla spinta di risoluzioni del Parlamento europeo,⁴⁴ ha dapprima lanciato il *Justice Scoreboard* nel 2013,⁴⁵ poi il *Rule of Law Framework* nel 2014⁴⁶, cui è seguito pochi mesi dopo il

consilium.europa.eu. Cfr. B. NASCIBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario*, in *Eurojus*, n. 3/2021, p. 180; A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values*, cit., p. 149.

⁴² Cfr., *ex multis*, B. NASCIBENE, *La violation grave des obligations découlant du traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino 2018, pp. 672-683; D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit., pp. 40 s.

⁴³ Cfr., *ex multis*, G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione europea*, in *DPCE*, n. 3/2020, pp. 4006 ss.; G. HALMAI, *How the EU can and should cope with illiberal Member States*, in *Quad. cost.*, n. 2/2018, pp. 313 ss.

⁴⁴ Cfr., in particolare, la Risoluzione del 3 luglio 2013 con cui è stato approvato il c.d. "Rapporto Tavares" sull'Ungheria al sito Europarl.europa.eu.

⁴⁵ Comunicazione del 27 marzo 2013, COM(2013) 160 final, consultabile al sito Ec.europa.eu.

⁴⁶ Il *Rule of Law Framework* è, in teoria, finalizzato a instaurare un dialogo strutturato tra Commissione e Stato membro potenzialmente candidato a essere sottoposto alla procedura dell'art. 7 (c.d. "pre-Article 7 procedure"); si articola in tre fasi: dopo una prima interlocuzione con lo Stato in cui si sospettano esservi minacce sistemiche alla *Rule of Law*, la Commissione può indirizzare raccomandazioni a tale Stato, cui segue l'eventuale monitoraggio delle misure statali volte a soddisfare tali raccomandazioni. In caso di esito negativo di tale ultima fase, la Commissione può alternativamente attivare la procedura del primo (rischio di violazione grave) o del secondo paragrafo dell'art. 7 TUE (violazione grave).

lancio dell'*Annual Rule of Law dialogue* da parte del Consiglio (dicembre 2014)⁴⁷, con una discutibile sovrapposizione di strumenti che, però, segnala l'intento del Consiglio di non lasciare alla sola Commissione la gestione di aspetti così politicamente sensibili⁴⁸. Infine, nel 2019, la Commissione ha lanciato il *Rule of Law Review Cycle*⁴⁹ con cui monitorare la situazione negli Stati membri, il quale prevede uno scambio di informazioni e un dialogo su tematiche relative alla *Rule of Law* e una relazione annuale per ciascun Stato membro, quale base per discussioni con il Parlamento europeo e il Consiglio, nonché con gli Stati membri e i portatori d'interessi.⁵⁰

Tale proliferazione di dispositivi di *soft law* messi in campo dalla Commissione e dal Consiglio è stata giudicata più una cortina fumogena che la dimostrazione di una chiara volontà di entrambe le istituzioni di attivarsi tempestivamente ed efficacemente contro le crisi ungherese e polacca.⁵¹

L'atteggiamento della Commissione, almeno dei suoi Presidenti, è stato invero prudente: se il Presidente Barroso nel 2012 aveva già stigmatizzato l'art. 7 TUE come "l'opzione nucleare"⁵², il Presidente Juncker nel giugno 2017 definì «veleno per il continente» la proposta sulla sospensione dei fondi europei per reagire alle violazioni sistemiche in alcuni Stati membri, ritenendo tale meccanismo in grado di instillare una pericolosa spaccatura tra Paesi occidentali "donatori" e Paesi orientali "prenditori"⁵³.

⁴⁷ Council of the EU, Press Release No. 16936/14, 3362nd Council meeting, General Affairs, Brussels, 16 December 2014, pp. 20-21.

⁴⁸ Cfr. L. PECH, *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 23.

⁴⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione" COM/2019/343 final.

⁵⁰ Cfr. L. PECH, *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 31, critico sull'ingenua fiducia sulle virtù del dialogo per scongiurare il ricorso ad azioni legali, in contraddizione con lo stesso riconoscimento fatto dalla Commissione circa la necessità di affrontare tempestivamente gli attacchi alla *Rule of Law*.

⁵¹ L. PECH, *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 19 s. Ma, in senso opposto, cfr. B. NASCIMEBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *Eurojus*, n. 3/2021, pp. 172-183.

⁵² Cfr. il Discorso sull'Unione 2012, p. 10, ribadito nel Discorso sull'Unione del 2013 (cfr. L. PECH, *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 17).

⁵³ Cfr. G. HALMAI, *The Fall of the Rule of Law in Hungary and the Complicity of the EU*, in *It. J. Publ. Law*, n. 2/2020, p. 215.

Durante il temporeggiamento iniziale della Commissione (ma anche degli altri soggetti titolari del potere di attivare una delle due procedure dell'art. 7 TUE: un terzo degli Stati e il Parlamento europeo) nei confronti dell'Ungheria di Orbán e del suo partito *Fidesz* (giunti al potere nel 2010), si sono avute altre crisi minori (in Slovenia e Romania, in particolare⁵⁴), cui si è poi aggiunta quella ben più grave della Polonia nel 2015. Il partito uscito vittorioso alle elezioni parlamentari polacche, il PiS di Jarosław Kaczyński (Diritto e Giustizia, *Prawo i Sprawiedliwość*, PiS), ha da subito innescato una serie di contro-riforme illiberali, le più eclatanti delle quali sono state quella della Corte costituzionale e poi della magistratura ordinaria, al fine di porre tali contro-poteri sotto il controllo della maggioranza di governo⁵⁵.

L'affiancamento dell'Ungheria da parte della Polonia ha reso matematicamente impossibile l'accertamento all'unanimità «di una violazione grave e persistente» dei valori dell'Unione, di cui all'art. 7.2 TUE, che solo consentirebbe di neutralizzare lo Stato membro responsabile di tale violazione⁵⁶. Se questo è senz'altro vero, ciò non toglie che per l'accertamento dell'«evidente rischio di violazione grave» contemplato all'art. 7.1 TUE, pure non foriero di sanzioni immediate ma certamente di un grave stigma, sarebbe sufficiente raggiungere i quattro quinti dei membri del Consiglio (al netto del rappresentante dello Stato sottoposto a procedura), ossia 21 Stati su 27: segno che il problema non è dato semplicemente da Polonia e Ungheria.

⁵⁴ Cfr. il discorso della Commissaria alla giustizia Viviane Reading, “*The EU and the Rule of Law – What next?*”, Speech/13/677, 4 September 2013. Cfr. B. BUGARI, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: “Lands in-between” democracy and authoritarianism*, in *I-CON*, 2015, pp. 219-245.

⁵⁵ Cfr. W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; Per una sintesi efficace, cfr. C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polexit?*, cit.; S. BARTOLE, *I casi di Ungheria e Polonia*, cit., pp. 300 ss. Degna di nota la riforma del 2016 con cui si sono assommate le cariche di Procuratore Generale e di Ministro della Giustizia, come nel passato regime socialista ma anche come nel vigente ordinamento degli USA: cfr. M. MAZZA, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCE online*, n. 4/2020, pp. 4972 s.

⁵⁶ Cfr. M. DANI, *Crisi dello stato di diritto: un decennio di mancata autorigenerazione costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2021, pp. 210 ss.

3. Il contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia e i rischi di *escalation*

La Commissione, lungi dal limitarsi a escogitare strumenti di *soft law*, ha anche attivato procedure d'infrazione, ex art. 258 TFUE, contro singoli provvedimenti legislativi adottati dall'Ungheria e, soprattutto, dalla Polonia nel loro consapevole percorso di "regressione illiberale".

Nella prima di queste procedure d'infrazione, volta a stigmatizzare il drastico abbassamento dell'età pensionabile dei giudici al fine di consentire l'avvicendamento della gran parte dei presidenti degli uffici giudiziari in Ungheria, la Commissione non ha invocato la violazione dell'art. 2 TUE, bensì il più agnostico principio di eguaglianza senza discriminazioni in base all'età, di cui alla direttiva 2000/78 (artt. 2 e 6.1)⁵⁷.

Col tempo, però, le contestazioni della Commissione sono andate arricchendosi di "densità valoriale": grazie all'assist lanciata dalla Corte di giustizia nel caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* del 2018⁵⁸, la Commissione ha "impugnato" la disciplina polacca sul

⁵⁷ Sentenza 6 novembre 2012, causa C-286/12, *Commissione c. Ungheria*. L'esito della vicenda, dopo la condanna della CGUE, è stato alquanto deludente, essendosi il governo ungherese limitato a offrire ai giudici in questione un mero risarcimento in luogo della reintegrazione nelle loro funzioni, misura compensativa accettata dalla maggioranza dei magistrati interessati. Cfr. E. CIMADOR, *La Corte di giustizia conferma il potenziale della procedura d'infrazione ai fini di tutela della rule of law. Brevi riflessioni a margine della sentenza Commissione/Polonia (organizzazione tribunali ordinari)*, in *Eurojus*, n. 1/2020, p. 63.

⁵⁸ Sent. 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, causa C-64/16, che ha escluso la contrarietà all'art. 19.1 TUE e al principio dell'indipendenza dei giudici ivi sancito di una disciplina nazionale volta a ridurre il salario dei pubblici funzionari, ivi compresi i magistrati, in ossequio a misure negoziate con l'UE per ridurre il disavanzo eccessivo del Portogallo. In tale decisione, la Corte, andando oltre le prudenti Conclusioni dell'Avvocato generale, ha colto l'occasione di affermare sia che il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva ricomprende anche la garanzia dell'indipendenza del giudice (art. 19.1, comma secondo, TFUE letto alla luce dell'art. 47 della CDFUE), sia che tale garanzia dell'art. 19.1, secondo comma, TFUE non è limitata al solo ambito di applicazione del diritto dell'UE secondo quanto stabilito dall'art. 51.1 della CDFUE, sia, infine, che tale garanzia dell'art. 19 TFUE «concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE con riferimento non solo alla Corte di giustizia bensì anche ai giudici nazionali» (§32). Cfr. E. CIMADOR, *La Corte di giustizia conferma il potenziale della procedura d'infrazione ai fini di tutela della rule of law*, cit., pp. 69 s.; P. MORI, *Il primato dei valori comuni nell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2021, p. 427 ss.

pensionamento anticipato dei giudici (in cui l'obbligo di pensionamento era derogabile su decisione insindacabile del Presidente della Repubblica). Tale disciplina era ritenuta contraria all'indipendenza dei giudici, sotto il profilo della loro inamovibilità, rientrando nel diritto a una tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 19.1 TFUE, letto alla luce dell'art. 47 della CDFUE. La Corte ha accolto il ricorso della Commissione, affermando che l'indipendenza degli organi giurisdizionali costituisce «un aspetto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto»⁵⁹.

A questa sentenza su procedura d'infrazione contro la Polonia ne sono seguite altre, che sono andate intrecciandosi con il nutrito contenzioso su rinvio pregiudiziale, ex art. 267 TFUE, innescatosi proprio a seguito dell'avvio da parte della Commissione della procedura di cui all'art. 7.1 TUE (cfr. *supra*, nt. 14). Ed è proprio con riguardo a tale contenzioso che si possono formulare interessanti, quanto problematiche, osservazioni sul ruolo e sui limiti del rinvio pregiudiziale in caso di involuzioni illiberali in determinati Stati membri. Voci autorevoli avevano visto nell'alleanza tra giudici nazionali e Corte di giustizia – «*the efficient secret*» del rinvio pregiudiziale e, forse, del costituzionalismo dell'Unione, per cui la seconda guida la mano dei primi nell'utilizzo del potentissimo strumento pretorio della disapplicazione delle leggi – la possibilità di reagire con più efficacia e legittimazione alle derive illiberali in corso in uno Stato membro di quanto non possa fare la (sola) procedura d'infrazione⁶⁰.

⁵⁹ Sent. 5 novembre 2019, causa C-192/18 *Commissione c. Polonia*, § 58. La sentenza è stata preceduta dalla sent. 24 giugno 2019, causa C-619/18, relativa a un'analoga disciplina di "pre-pensionamento" dei soli giudici della Corte suprema. Cfr. C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Poxxit?*, cit., pp. XII ss.

⁶⁰ Cfr. A. VON BOGDANDY, B. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TAOROWSKI, *Un possibile momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2018, pp. 855-874; E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, cit., p. 169 (che parla di un compito per la CGUE «difficile ma esaltante»).

4. (Segue): il contenzioso sui rinvii pregiudiziali relativi al MAE emesso dai giudici polacchi

Nell'ambito del contenzioso su rinvio pregiudiziale, il caso polacco è stato quello fin qui caratterizzato dalla più acuta conflittualità, insorta a seguito delle riforme dell'ordinamento giudiziario intraprese dalla maggioranza di governo al fine di controllare la magistratura (prima con il "pensionamento anticipato" dei vertici degli uffici giudiziari, poi con la riforma del Consiglio nazionale della magistratura, infine dell'organo disciplinare).

Il primo gruppo di casi riguarda l'interpretazione da dare alle norme della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (MAE) che consentono all'autorità giudiziaria richiesta di rifiutarsi di consegnare il soggetto interessato, qualora quest'ultimo rischi di subire un processo ingiusto. Per i giudici irlandese (caso *LM* del 2018) e olandesi (caso *L e P*, del 2020 e caso *X e Y* del 2022), la situazione creatasi nell'ordinamento giudiziario polacco per effetto delle riforme volute dal partito al governo era da ritenersi tale da non garantire il diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19.1 TUE), di cui l'indipendenza dei giudici è parte integrante. E ciò anche – e soprattutto – alla luce della proposta motivata della Commissione di attivare l'art. 7 TUE contro la Polonia nel 2017.

La risposta della Corte di giustizia, in tutti e tre i casi, ha ritenuto che il rifiuto di consegna per carenze sistemiche dell'indipendenza della magistratura nello Stato di emissione equivalga a una «sospensione di fatto» del MAE, in contrasto con il considerando 10 della decisione quadro 2002/584, che limita la sospensione al solo caso in cui il Consiglio europeo abbia accertato, ex art. 7.2 TUE, una «grave e persistente violazione [...] dei principi sanciti all'articolo 2 TUE, tra cui quello dello Stato di diritto»⁶¹.

Per aggirare lo scoglio del divieto di giungere, attraverso decisioni dei singoli giudici nazionali, alla sospensione del MAE in danno di un singolo Stato membro (esito cui solo il Consiglio europeo, ex art. 7.2 TUE, potrebbe giungere), la Corte ha fornito un test giudiziale articolato in due fasi, nella prima delle quali il giudice richiesto (di eseguire il

⁶¹ Sent. 17 dicembre 2020, *L e P*, Cause congiunte C-354/20 e C-412/20, §§ 57-59. Ma in termini analoghi sent. 25 luglio 2018, *LM*, C-216/18, § 70-73; sent. 22 febbraio 2022, *X e Y*, cause riunite C-562/21 e C-563/21, §§ 63-65.

MAE), lungi dal potersi accontentare del “fatto notorio” delle minacce all’indipendenza della magistratura nello Stato emittente (sia pure all’esito dell’attivazione della procedura dell’art. 7 TUE), deve valutare gli elementi attestanti l’esistenza di carenze sistemiche o generalizzate concernenti l’indipendenza della magistratura in tale Stato. A ciò, tuttavia, deve far seguito una verifica della sussistenza, «nelle particolari circostanze della causa, [di] seri e comprovati motivi di ritenere che [l’interessato] corra, in caso di consegna, un rischio reale di violazione del diritto fondamentale» a un giudizio equo (per il caso di un MAE “esecutivo”, emesso cioè nei confronti di chi è stato già giudicato e deve scontare la condanna, la valutazione in concreto è retrospettiva e ha riguardo la valutazione dell’indipendenza e imparzialità del collegio che ha pronunciato la condanna)⁶².

Questa seconda fase del test rischia di rappresentare una *probatio diabolica* (anche perché la Corte di giustizia ha ipotizzato che gli elementi circostanziati da cui desumere il grado di indipendenza in concreto dei giudici dello Stato di emissione debbano essere forniti dalla persona sottoposta alla procedura o dagli stessi giudici della cui indipendenza si dubita). Il che ha indotto i giudici olandesi a sollecitare nuovamente la Corte di giustizia, la quale, tuttavia, ha ribadito il suo precedente, nonché il divieto di aggiramento dell’art. 7 TUE⁶³.

La filosofia che sottende tale approccio della CGUE potrebbe definirsi pilatesca, ma è chiaro che l’esigenza primaria è quella di evitare che il principio della fiducia reciproca tra Stati membri possa essere rimesso in discussione da ciascun singolo giudice nazionale, se non superando standard probatori elevatissimi, posto il rischio di innescare tensioni politiche tra gli Stati che facilmente potrebbe subire un’escalation incontrollabile (si pensi alla scelta della Francia di Mitterand riguardo ai sospetti terroristi italiani rifugiatisi Oltralpe: sarebbe stato possibile delegare alle “reti giudiziarie” una simile decisione, ignorando i possibili esiti conflittuali tra Stati?).

⁶² Sent. 22 febbraio 2022, X e Y, cause riunite C-562/21 e C-563/21, cit.

⁶³ Sent. 17 dicembre 2020, L e P, Cause congiunte C-354/20 e C-412/20, cit.; Sent. 22 febbraio 2022, X e Y, cause riunite C-562/21 e C-563/21, cit., in cui, all’argomento della riserva al Consiglio europeo ex art. 7.2 TUE dell’accertamento di carenze sistemiche da cui soltanto può risultare la sospensione, si aggiunge quello del rischio di impunità e di carente tutela delle vittime di reati.

5. (Segue): i rinvii pregiudiziali sollevati dai giudici polacchi e l'*escalation* che ne è seguita

Parallelamente a questo gruppo di contenziosi relativi al MAE, si è sviluppato un altro gruppo di contenziosi su rinvio pregiudiziale, a iniziativa stavolta dei giudici polacchi, che hanno innescato una *escalation* del conflitto tra organi politici e Corte costituzionale polacca, da un lato, e giudici comuni polacchi e Corte di giustizia, da un altro.

Il caso più noto è quello relativo alla legge polacca che ha attribuito alla Sezione disciplinare, composta da membri scelti dalla maggioranza di governo, la competenza a pronunciarsi sulle cause in materia di discriminazione dei giudici in ragione dell'età. Di tale organo giudiziario il giudice del rinvio contestava l'indipendenza e la Corte di giustizia, condividendone i dubbi, ha prospettato la contrarietà della legge polacca con l'art. 47 della CDFUE (diritto a un giudice indipendente e imparziale) in combinazione con la direttiva 2000/78/CE del 2000 (sul divieto di discriminazioni in base all'età); tuttavia, anziché accertare essa stessa la carenza di indipendenza della Sezione disciplinare, la CGUE ha delegato al giudice del rinvio tale delicatissima valutazione, anche in base a criteri extralegali e "di contesto"⁶⁴. Oltre a ciò, la stessa Corte di giustizia ha riconosciuto la possibilità che sia un altro organo giurisdizionale, eventualmente investito della controversia e nonostante la sua incompetenza, a conoscere della causa al posto della Sezione disciplinare, previa disapplicazione della norma sulla competenza di

⁶⁴ CGUE, sent. (Grande Sezione) 19 novembre 2019 Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, § 144: «Ai fini di detta valutazione d'insieme, il giudice del rinvio è altresì legittimato a tener conto del modo in cui detto organo deve adempiere il proprio compito costituzionale di garante dell'indipendenza degli organi giurisdizionali e dei giudici e in cui esso esercita le sue diverse competenze, in particolare se lo faccia in una maniera che possa suscitare dubbi sulla sua indipendenza rispetto ai poteri legislativo ed esecutivo». §153 «Pertanto, il giudice del rinvio è chiamato a valutare – pur tenendo conto, se del caso, dei motivi o degli obiettivi specifici che vengano dedotti dinanzi al medesimo per tentare di giustificare talune delle misure in questione – se la combinazione degli elementi menzionati ai punti da 143 a 151 della presente sentenza e di qualunque altra circostanza pertinente, debitamente dimostrata, di cui esso venga a conoscenza sia idonea a generare dubbi legittimi, nei singoli, quanto all'impermeabilità della Sezione disciplinare rispetto a elementi esterni e, in particolare, a influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo, e quanto alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti e, pertanto, possa portare a una mancanza di apparenza d'indipendenza o di imparzialità di detto organo tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare a detti singoli in una società democratica».

quest'ultima. Nel far questo, la Corte di giustizia ha affermato che tale obbligo di disapplicazione discende dal primato del diritto dell'UE⁶⁵.

A tale presa di posizione della Corte di giustizia, che comunque onera il giudice del rinvio di spinosissime valutazioni del diritto e del contesto interni, incoraggiandolo a scardinare una riforma legislativa tanto discutibile quanto fortemente voluta dalla maggioranza politica in Polonia, ha fatto seguito la disapplicazione da parte della Corte suprema polacca della legge in questione⁶⁶ e la immediata contro-reazione del Legislatore polacco. Quest'ultimo, fiancheggiato dal Tribunale costituzionale⁶⁷, ha prontamente adottato una legge mirante, tra l'altro, a blindare retroattivamente le decisioni della Sezione disciplinare, a configurare come illecito disciplinare del giudice la formulazione di questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dirette a sindacare la legittimità delle norme interne sull'organizzazione della magistratura, cui si aggiunge il rafforzamento del potere politico nelle nomine dei giudici apicali e nelle decisioni relative alla carriera dei magistrati⁶⁸.

In un secondo giudizio su rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia si è pronunciata su una situazione ancora più scottante, relativa alla legge polacca che aveva reso insindacabili le proposte di nomina dei giudici della Corte suprema effettuate dal Consiglio nazionale della magistratura al Presidente della Repubblica. Il giudice del rinvio era la

⁶⁵ CGUE, Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, cit., § 166.

⁶⁶ Case III, PO 7/18, 5 dicembre 2019, citata da S. GIANELLO, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in *DPCE online* 2020, p. 492.

⁶⁷ Cfr. la decisione Kpt 1/20 del 29 gennaio 2020, pronunciata su ricorso del Presidente della Camera bassa (Sejm) del Parlamento polacco, e diretta a sospendere la risoluzione con cui la Corte suprema aveva stabilito, in termini generali e alla luce del principio di indipendenza stabilito dall'art. 47 della CDFUE e dell'art. 6.1 della CEDU, la illegittimità di un organo giudicante formato in applicazione delle norme di legge approvate nel 2017 dalla nuova maggioranza politica: in *Ruleoflaw.pl*.

⁶⁸ *Amendments to the Act on the System of Common Courts, the Act on the Supreme Court, the Act on the National Council of the Judiciary and Certain other Acts*, promulgata dal Presidente della Repubblica il 4 febbraio 2020. Cfr. S. GIANELLO, *La riforma giudiziaria in Polonia*, cit., p. 492 s., che ricorda come il progetto di tale legge fosse stato oggetto anche di un parere negativo della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa (in cui chiaramente si stigmatizzava l'intento del Legislatore polacco di azzerare gli effetti della sentenza della CGUE del 19 novembre 2019: Opinion No. 977/2019, CDL-PI(2020)002, *Poland-Urgent Joint Opinion on Amendments to the Law of the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and Some other Laws*, 16 January 2020, § 37).

Corte suprema amministrativa, la quale chiedeva, in sostanza, di poter disapplicare tale normativa e di poter sindacare quelle proposte, a tutela dell'indipendenza della Corte suprema cui avrebbero afferito i giudici così nominati⁶⁹. Tra le norme interne contestate nel rinvio pregiudiziale vi era anche il diritto transitorio che aveva dichiarato estinti i giudizi pendenti, con ciò privando qualsiasi giudice nazionale della possibilità di sollevare un rinvio pregiudiziale, ex art. 267 CGUE, sulla normativa contestata. La Corte di giustizia, nel ritenere la normativa polacca potenzialmente contraria non solo al diritto a un giudice indipendente (art. 19.1 TUE), ma anche all'art. 267 TFUE in combinato con il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4.3 TUE (da cui risulta il divieto di ostacolare il potere dei giudici nazionali di rivolgersi alla Corte di giustizia), ha nuovamente onerato il giudice nazionale di operare valutazioni assai delicate, aventi per oggetto anche elementi fattuali e di contesto⁷⁰, per poi concludere, come nel caso precedente,

⁶⁹ CGUE, sent. 2 marzo 2021, C-824/18, A.B., C.D., E.F., G.H., I.J.

⁷⁰ La Corte, in realtà, afferma di essere a conoscenza delle iniziative con cui le autorità polacche «hanno recentemente moltiplicato le iniziative volte a frenare i rinvii pregiudiziali alla Corte vertenti sulla questione dell'indipendenza dei giudici in Polonia o a rimettere in discussione le decisioni dei giudici polacchi che hanno proceduto a simili rinvii» (§ 100); tuttavia, conclude che spetta al giudice del rinvio valutare se l'adozione della legge contestata «abbia avuto come effetto specifico quello di impedire al giudice del rinvio di mantenere, successivamente alla loro proposizione, domande di pronuncia pregiudiziale come quella inizialmente rivolta nel caso di specie alla Corte, e di impedire così a quest'ultima di pronunciarsi su tali domande, nonché di escludere qualsiasi possibilità che un giudice nazionale ripresenti in futuro questioni pregiudiziali analoghe a quelle contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale iniziale nella presente causa» (§106). Analogamente, con riguardo alla valutazione se il legislatore polacco abbia agito «con il preciso scopo di impedire qualsiasi possibilità di esercitare un controllo giurisdizionale sulle nomine intervenute sulla base [delle delibere del Consiglio nazionale della magistratura]» (§ 138), la Corte afferma che «spetterà al giudice del rinvio valutare, in modo definitivo, sulla base delle indicazioni derivanti da questa sentenza e da tutte le altre circostanze pertinenti di cui esso dovesse venire a conoscenza – tenendo al contempo conto, se del caso, delle motivazioni o degli obiettivi specifici addotti dinanzi ad esso al fine di giustificare le misure di cui trattasi – se il fatto di aver stabilito, con la legge del 26 aprile 2019, un non luogo a provvedere su ricorsi come quelli di cui al procedimento principale e la concomitante soppressione di qualsiasi possibilità di proporre ricorsi in futuro sia idonea a suscitare dubbi legittimi nei singoli quanto all'impermeabilità dei giudici nominati sulla base delle delibere della KRS discusse nel procedimento principale rispetto a elementi esterni e, in particolare, rispetto a influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo polacco, e a portare a una mancanza di apparenza d'indipendenza o di imparzialità di detti giudici

che il primato del diritto dell'UE «impone al giudice del rinvio [che accertasse la contrarietà della legge nazionale con le norme dei Trattati] di disapplicare» le disposizioni contestate «a favore dell'applicazione delle disposizioni nazionali precedentemente in vigore, e di esercitare, al contempo, esso stesso il controllo giurisdizionale previsto da queste ultime disposizioni»⁷¹.

A questa sentenza della Corte di giustizia ha reagito il Tribunale costituzionale polacco, prontamente sollecitato dal ricorso del Primo Ministro, con la nota decisione del 7 ottobre 2021, nel cui dispositivo, premessa la supremazia delle norme costituzionali sul diritto dell'UE, si afferma, tra l'altro, l'incostituzionalità degli articoli 19.1 e 2 TUE nel punto in cui conferiscono ai giudici comuni la competenza «a decidere la causa sulla base di norme non più vincolanti, in quanto abrogate dal Parlamento o dichiarate incostituzionali dal Tribunale costituzionale», e, per l'effetto, consentono agli stessi giudici di «controllare la legittimità dell'atto di nomina di un giudice da parte del Presidente della Repubblica», nonché della previa «risoluzione del Consiglio nazionale della magistratura» e di «dichiarare da parte del giudice nazionale che la procedura di nomina di un giudice è difettosa e, di conseguenza, [...] rifiutare di riconoscere come giudice la persona nominata alla carica giudiziaria»⁷². Ma lo stesso Tribunale costituzionale polacco ha anche minacciato – nel lunghissimo comunicato stampa che accompagna la decisione – un'*escalation* del conflitto con la CGUE, affermando che laddove quest'ultima non desista dall'invasione «le competenze esclusive degli organi statali polacchi, [dal] minare la posizione della Co-

tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare ai singoli in una società democratica e in uno Stato di diritto» (§ 139).

⁷¹ A tale sentenza, pronunciata su rinvio pregiudiziale, ha fatto seguito la sentenza, pronunciata su procedura d'infrazione, del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*, che ha riconosciuto la violazione dell'art. 267 TFUE per opera di tutte quelle misure nazionali suscettibili di impedire o limitare la facoltà o l'obbligo del giudice nazionale di effettuare rinvii pregiudiziali: C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polexit?*, cit., p. XVII.

⁷² Cfr. W. BRZOZOWSKI, *C'è del marcio in Polonia? Il significato autentico della sentenza costituzionale 7 ottobre 2021*, in *Quad. cost.*, n. 4/2021, p. 974. Sulla continuità di tale sentenza con risalenti precedenti del Tribunale costituzionale polacco (circa la superiorità delle norme costituzionali sul diritto dell'UE), cfr. C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polexit?*, cit., p. XXIII (che richiama le sent. dell'11 maggio 2005 sul trattato di adesione, K 18/04, nonché del 31 maggio 2004, k 15/04, sulla costituzionalità della legge relativa alle elezioni del Parlamento europeo.

stituzione come atto giuridico più elevato nell'ordinamento giuridico polacco, [dal] mettere in dubbio la validità generale e la definitività delle sentenze del Tribunale, e infine [dal] mettere in dubbio lo status dei giudici [costituzionali], [...] il Tribunale non esclude che [...] esaminerà direttamente la costituzionalità delle sentenze della CGUE, compresa la loro eliminazione dall'ordinamento giuridico polacco»⁷³.

Vale la pena di accennare fin d'ora che il braccio di ferro del Tribunale costituzionale polacco con la Corte di giustizia si è arricchito di un nuovo tassello, avente a oggetto il regolamento 2092 sulla condizionalità: proprio nella stessa data fissata per l'udienza pubblica dinanzi alla Corte di giustizia sui ricorsi ungherese e polacco per l'annullamento del regolamento in questione, si sarebbe dovuta tenere anche l'udienza dinanzi ai giudici costituzionali polacchi sulla costituzionalità della base legale su cui poggia il regolamento contestato, udienza poi rimandata a data da destinarsi (cfr. *infra*)⁷⁴.

L'*escalation* del conflitto sull'indipendenza della magistratura in Polonia mostra le virtù ma anche i limiti dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale per fronteggiare riforme di rango o, comunque, di sostanza costituzionale che si pongono in contrasto con i valori dell'art. 2 TUE. Il contenzioso sopra sintetizzato sembra nobilitare la funzione del rinvio pregiudiziale, non più mero strumento individualistico di tutela di beni giuridici privati (le libertà economiche, prevalentemente)⁷⁵, bensì anche scudo protettivo contro lo smantellamento, per vie apparentemente legali, di beni collettivi fondamentali come l'indipendenza della magistratura. Tuttavia, non è detto che la reazione energica della Corte

⁷³ Cfr. il § 22 del comunicato stampa del 15 ottobre 2021, disponibile anche in lingua inglese al sito ufficiale del Tribunale costituzionale polacco: Trybunal.gov.pl.

⁷⁴ Vi sarebbe anche il capitolo della conflittualità tra Tribunale costituzionale polacco e Corte EDU, di cui può ricordarsi la decisione con cui quest'ultima ha ritenuto la composizione del Tribunale costituzionale contraria all'art. 6.1 CEDU (per le nomine effettuate dal nuovo governo dopo il 2015 in spregio a decisioni dello stesso Tribunale costituzionale: *Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. v. Poland*, del 7 maggio 2021), cui ha reagito il Tribunale costituzionale polacco dichiarando giuridicamente inesistente, nell'ordinamento nazionale, la sentenza CEDU (decisione del 15 giugno 2021, P 7/20 – 30/A/2021). Cfr. S. GIANELLO, *Se il Trybunał Konstytucyjny dichiara l'inesistenza della decisione Xero Flor v. Poland della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: alcune riflessioni a margine*, in *DPCE online*, n. 3/2021, pp. 3241 ss.

⁷⁵ Cfr. G. PALOMBELLA, *The EU's sense of the rule of law and the issue of its oversight*, EUI Working Paper RSCAS 2014/125 (2014), p. 14, che rimanda a uno scritto di J. Weiler.

di giustizia, in alleanza con i giudici nazionali, conduca necessariamente al ristabilimento della “legalità costituzionale” conforme ai valori dell’UE, potendo essa, al contrario, accelerare e rendere più dirompente il conflitto. Il che, forse, è proprio ciò che la disciplina dell’art. 7 TUE mira a prevenire, riservando al canale politico-intergovernativo la gestione di quei conflitti capaci di innescare l’eventuale sospensione dei diritti di voto dello Stato membro e/o la decisione di quest’ultimo di abbandonare l’UE. Per cui, se è vero che le coraggiose prese di posizione della Corte di giustizia e giudici comuni dello Stato in questione possono valere a sostanziare la giuridicità dei valori dell’art. 2 TUE e la loro indiscussa prevalenza sulle norme (anche costituzionali) nazionali, non è detto che ciò costituisca l’opzione più conforme all’architettura dei Trattati per quanto riguarda la gestione delle crisi estreme tra UE e Stati membri⁷⁶. Delegare al potere giudiziario dell’UE la responsabilità di condurre il conflitto oltre la soglia di non ritorno comporta, infatti, anche la delicata assunzione del rischio di accelerare l’uscita dello Stato membro dall’UE, da cui deriva la perdita della cittadinanza dell’Unione da parte dei cittadini di tale Stato⁷⁷, sacrificandone le possibilità di far valere, nel futuro, i diritti riconosciuti dall’Unione. Una responsabilità che dovrebbe anche condurre gli annotatori delle sentenze della Corte di giustizia a considerare il dovere di promuovere la pace tra gli Stati membri (art. 3.1 TUE) e di soppesare i rischi per la pace che l’uscita di Paesi come Polonia o Ungheria comporta⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. G. PALOMBELLA, *The EU’s sense of the rule of law and the issue of its oversight*, cit., p. 10; D. STRAZZARI, *La clausola di omogeneità dell’UE*, op. cit., p. 10.

⁷⁷ Cfr., in riferimento critico alla dottrina che ragiona di una “Polexit” inaugurata de facto dalla decisione del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021, M. KROGEL, *Symposium. Part IV. After the decision of the captured Polish Constitutional Tribunal: jurists trying to have and eat their cake*, in *iconnectblog.com* (17 ottobre 2021), p. 3.

⁷⁸ M. KROGEL, *Symposium*, cit., p. 5. Cfr. anche J. SCHOLTES, *Symposium. Part II. From Constitutional Pluralism to Constitutional Solipsism*, in *iconnectblog.com* (16 ottobre 2021), p. 3, critico verso l’opzione dell’espulsione indiretta di uno Stato membro per tutelare i valori dell’art. 2 TUE; dello stesso A., cfr. anche *On Doctrinal Contortions and Legal Fetishes: A Sceptical Response to Christophe Hillion*, in *VerfBlog* (28 aprile 2020). Sul versante opposto, cfr. G. DI FEDERICO, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE*, 2022.

6. L'ampliarsi della condizionalità e l'approfondimento del coordinamento europeo in settori sensibili

Parallelamente allo scoppio della crisi della *Rule of Law* in Ungheria, prima, e in Polonia, poi,⁷⁹ l'Unione è stata caratterizzata dal forte ricorso alle tecniche della condizionalità nell'alveo della *governance* economica europea per fronteggiare la crisi dei c.d. "debiti sovrani". Il che ha consentito alla Commissione e al Consiglio di tornare a esercitare quel tipo di condizionamento "a tutto campo" degli Stati membri (al di fuori, cioè, delle attribuzioni conferite dai Trattati) che già aveva caratterizzato le procedure di adesione degli ultimi allargamenti (del 2004, del 2007 e del 2013)⁸⁰. In questo modo, Commissione e Consiglio (ma informalmente già prima la BCE con le famigerate lettere ai governi italiano e spagnolo nell'estate del 2011) hanno potuto indurre alcuni Stati membri a operare riforme in ambiti esterni alle competenze dell'UE, come la riforma delle pensioni o la disciplina dei licenziamenti in Italia⁸¹. La leva delle condizionalità (flessibilità di bilancio in cambio di riforme strutturali) ha persino condotto la Commissione a valutare positivamente l'impatto macroeconomico di revisioni costituzionali di amplissima portata, come quella del Governo italiano nel 2016 poi bocciata dal referendum costituzionale, nell'ambito della valutazione annuale dei Programmi nazionali di riforma entro il Semestre europeo⁸².

Non pare inutile ricordare che il già citato *Justice scoreboard* varato dalla Commissione nel 2013 è stato agganciato fin dall'inizio al Semestre europeo, ossia alla procedura di coordinamento delle politiche

⁷⁹ Ma per ulteriori episodi critici, cfr. L. PECH, *The Rule of Law in the EU*, cit.

⁸⁰ Cfr. L. CAPPUCCIO, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, cit. Sulla "internalizzazione" della condizionalità, dal piano delle relazioni esterne e dei rapporti di vicinato dell'UE a quello interno del condizionamento degli Stati membri, cfr. A. BARAGGIA, BONELLI, *Linking Money to Values*, cit., pp. 142 s.

⁸¹ Cfr. A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. Le condizionalità in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, 2017; A. SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Bari-Roma, 2021, pp. 132 ss.; R. CABAZZI, *La tecnocrazia in luogo della politica. Tra crisi economico-finanziaria e pandemia*, Napoli, 2021.

⁸² Cfr., volendo, A. GUAZZAROTTI, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati finanziari attraverso la misurazione competitiva del diritto*, in *Politica del diritto*, n. 3/2018, pp. 387-408.

economiche e fiscali degli Stati membri varata con il c.d. *Six pack*,⁸³ con un esordio funzionalista (una giustizia «efficiente e indipendente» quale volano per gli investimenti esteri) poi evolutosi in uno strumento di più penetrante valutazione degli attacchi all'indipendenza dei giudici⁸⁴.

Lo strumento della condizionalità, dapprima maneggiato dalle Istituzioni europee al fine di indurre gli Stati membri “debitori” a introiettare la filosofia dell'austerità di ispirazione ordoliberalista⁸⁵, ha poi trovato una sua collocazione in un ambiente apparentemente assai più favorevole agli Stati membri, soprattutto ai Paesi “debitori”, quale quello delle risposte solidali alla crisi pandemica scoppiata nella primavera del 2020. Il meccanismo del *Next Generation EU* e del suo principale strumento attuativo, il c.d. *Recovery Fund*, è impennato attorno al potere della Commissione di validare e monitorare rigorosamente i programmi di investimento nazionali (PNRR)⁸⁶, con possibilità per la stessa Commissione di spingersi a valutare riforme ancora una volta formalmente estranee alle competenze dell'UE fissate nei Trattati (vedi riforma della giustizia in Italia⁸⁷).

A caratterizzare il periodo che stiamo indagando è stato anche l'approfondimento del coordinamento dell'UE in settori tradizionalmente

⁸³ Ossia i cinque regolamenti e la direttiva (regolamento n. 1177/2011 dell'8 novembre 2011, n. 1173/2011, n. 1174/2011, n. 1175/2011 e n. 1176/2011 del 16 novembre 2011; direttiva n. 2011/85/UE dell'8 novembre 2011) che hanno modificato, nel 2011, il Patto di stabilità e crescita (cioè i regolamenti del Consiglio n. 1466/97 e 1467/97 del 7 luglio 1997).

⁸⁴ Nel *Justice scoreboard* della Polonia del 2019 compaiono dati statistici sui procedimenti disciplinari a carico dei magistrati: cfr. L. PECH, *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 21. Il Semestre europeo è stato utilizzato per formulare raccomandazioni in materia di giustizia e indipendenza della magistratura anche nei confronti della Slovacchia, oltre che della Polonia e dell'Ungheria: cfr. PECH, *ibidem*, p. 27.

⁸⁵ Cfr. C. PINELLI, *Conditionality and economic constitutionalism in the Eurozone*, cit.

⁸⁶ Potere della Commissione giudicato eccessivo da G. CONTALDI, *La normativa per l'attuazione del programma Next Generation EU*, in *Studi sull'integrazione europea*, XVI (2021), pp. 248 ss., spec. 250. Cfr. anche M. DANI, A. MENÉNDEZ, *Recovery Fund: dietro i sussidi il commissariamento?*, 25 luglio 2020, in *LaCostituzione.info*.

⁸⁷ Solo nella fase di adesione di alcuni Stati membri, l'UE – in particolare la Commissione – aveva potuto esercitare una penetrante valutazione dell'organizzazione della giustizia, con particolare riguardo agli istituti posti a garanzia dell'indipendenza della magistratura: cfr. L. CAPPUCCIO, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, cit.

rientranti nella sfera della sovranità statale, quali il settore delle indagini penali: è del 2013 il varo operativo dell'OLAF e del 2017 la creazione dell'EPPO⁸⁸. Non è difficile intuire il nesso che si instaura tra queste di modalità di approfondimento dell'integrazione, posto che al sensibile aumento dei finanziamenti europei che caratterizza il NGEU corrisponde anche un maggior rischio di frodi o malversazioni a danno del bilancio europeo e degli interessi finanziari dell'UE, la cui prevenzione e repressione non può essere fideisticamente affidata all'esclusiva e insindacabile responsabilità degli Stati membri.

Per raggiungere tali traguardi nell'approfondimento dell'integrazione le Istituzioni europee e gli Stati membri hanno dovuto adottare atti normativi per i quali è necessaria l'unanimità, come, da ultimo, l'approvazione del Quadro Finanziario Pluriennale 2021-2027 (art. 312.2 TFUE, che impone l'unanimità del Consiglio), cui il NGEU è agganciato, e la decisione sull'aumento delle entrate proprie (art. 311 TFUE, che oltre all'unanimità del Consiglio impone l'approvazione degli Stati membri) a copertura dell'indebitamento dell'UE per finanziare il RRF e gli altri finanziamenti del NGEU.

Ulteriori decisioni cruciali da adottare all'unanimità attendono l'UE: senza toccare lo spinosissimo capitolo della reazione alla guerra in Ucraina e delle decisioni all'unanimità relative alle sanzioni economiche contro la Russia⁸⁹, basti citare l'attuazione europea dell'epocale accordo internazionale sulla Global Minimum Tax, di cui alla proposta di direttiva della Commissione del dicembre 2021⁹⁰.

Tali strumenti di approfondimento dell'integrazione europea – quale sia il giudizio che se ne voglia dare – hanno comportato e compor-

⁸⁸ L'OLAF (Ufficio europeo per la lotta antifrode) è stato formalmente istituito con la decisione n. 1999/352/CE, CECA, Euratom, del 28 aprile 1999 e reso operativo a partire dalla decisione 2013/478/UE della Commissione, del 27 settembre 2013; la sua base giuridica è l'attuale art. 325 del TFUE (già art. 280 TCE). L'EPPO (Procura europea), incaricato di perseguire e agire penalmente i reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE, è stato realizzato grazie a una cooperazione rafforzata del 2017 tra 20 Stati membri, poi cresciuti a 22 (di cui non fanno parte né Polonia né Ungheria): cfr. il regolamento (UE) 2017/1939 del 12 ottobre 2017 e la direttiva (UE) 2017/1371.

⁸⁹ Cfr. S. POLI, *La portata e i limiti delle misure restrittive dell'Unione europea nel conflitto tra Russia e Ucraina*, in *SidiBlog*, 22 marzo 2022.

⁹⁰ Cfr. la Proposta di Direttiva del Consiglio intesa a garantire un livello di imposizione fiscale minimo globale per i gruppi multinazionali nell'Unione, del 22 dicembre 2021, COM(2021) 823 final. La base giuridica proposta è l'art. 115 TFUE che prevede l'unanimità del Consiglio.

tano, da un lato, l'ampliamento delle aree degli ordinamenti nazionali sottoposti ai condizionamenti dell'UE, da un altro lato, un delicatissimo e quotidiano impegno della Commissione a trattare con i governi nazionali, cui fa da *pendant* l'esigenza di eseguire a livello nazionale impegni sempre più stringenti, con un potenziamento della collaborazione orizzontale (vedi il MAE) e verticale (OLAF ed EPPO).

Questa fase dell'integrazione europea rende ancora più evidente la duplicità di funzioni che caratterizza, al pari di altri ordinamenti compositi, l'ordinamento dell'UE: da un lato, la funzione politico-legislativa di programmazione di nuovi e assai impegnativi strumenti di intervento sovranazionale; da un altro, la funzione dell'esecuzione di tali strumenti, quasi esclusivamente nazionale. Tali funzioni hanno caratteristiche tali per cui la prima richiede il costante coinvolgimento dei governi nazionali con procedure consensuali se non addirittura unanimistiche; la seconda, impone l'esigenza di verificare dal centro il corretto operato degli organi nazionali dell'esecuzione della legislazione e degli atti "para-federali".

Entrambe le funzioni sono imperniate sulla Commissione, che fatica a gestire la doppia veste di promotrice e mediatrice di accordi, da un lato, e di "cane da guardia", dall'altro⁹¹. Agli albori della costruzione dell'ordinamento comunitario, questo dilemma fu brillantemente risolto dall'uso del rinvio pregiudiziale come surrogato della *judicial review of legislation*, secondo la rivoluzionaria dottrina *Van Gend & Loos*, decentrando ai giudici comuni (e alla vigilanza dei cittadini che a questi si rivolgono) l'*enforcement* della normazione sovranazionale⁹². Rimedio originale e, per molti versi, straordinariamente efficace, ma che difficilmente può risolvere oggi il problema della crisi della *Rule of*

⁹¹ Per la proposta mirante a disconnettere la Commissione dalle funzioni di controllo sull'art. 2 TUE, sostituendo la Commissione con un organo *ad hoc*, una "Commissione di Copenaghen" (in assonanza con i criteri di adesione richiamati dall'art. 49 TUE) creata sulla falsariga della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, cfr. G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti compositi*, cit., p. 298 ss.

⁹² Cfr. P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford Jour. of Legal Studies* (12), 1992, pp. 453 ss. Cfr. anche, *ex multis*, G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, pp. 85 ss.; A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, 2004; K.J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford, 2001; A. VAUCHEZ, *The Transnational Politics of Judicialization. Van Gend en Loos and the Making of EU Polity*, in *European Law Journal*, 16/1, 2010, pp. 1-28.

Law in alcuni Stati membri, tanto più perché questa crisi agisce negativamente (anche) sul presupposto operativo di quel rimedio, l'indipendenza della magistratura.

Sebbene il tema meriterebbe ben altro approfondimento, un cenno va fatto all'esigenza di collaborazione politica che ha segnato anche l'operato del Parlamento europeo e dei suoi gruppi parlamentari. Per quanto il Parlamento europeo si sia dimostrato il più reattivo delle altre istituzioni UE agli attacchi alla *Rule of Law* in alcuni Stati membri,⁹³ la gestione della crisi ungherese denota una certa prudenza nei parlamentari europei. A testimoniarlo sta il dato per cui, nonostante il regolamento che impone ai partiti europei il rispetto dei valori dell'UE risalga al 2014⁹⁴, è solo del marzo 2021 la modifica del regolamento del gruppo del Partito popolare europeo volta a consentire l'espulsione dei parlamentari del partito di Orbán, Fidesz⁹⁵. Ritardo parzialmente comprensibile, dato l'esito delle elezioni del Parlamento europeo nel 2019 e l'esigenza di raccogliere, anche tra i parlamentari ungheresi (e polacchi), i voti necessari alla complessa formazione della Commissione Von der Leyen nel 2019⁹⁶.

7. Il regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione

Lo schizzo che si è tentato di fornire nel paragrafo precedente delle

⁹³ Oltre al già citato "Rapporto Tavares" sull'Ungheria del 2013, cfr. la citata risoluzione del 12 settembre 2018 che attiva la procedura dell'art. 7.1 TUE nei confronti dell'Ungheria, nonché la recente azione in carenza ex art. 265 TFUE contro la Commissione per la mancata attivazione del regolamento 2092 (Risoluzione del Parlamento europeo del 10 giugno 2021 sulla situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea e l'applicazione del regolamento 2020/2092 relativo alla condizionalità, 2021/2711(RSP)). Cfr. M. COLI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sull'art. 7, par. 1, TUE e sui limiti alla propria competenza nelle procedure "nucleari" a tutela dei valori europei: la sentenza Ungheria c. Parlamento europeo (C-650/18)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, pp. 679 ss.

⁹⁴ Regolamento 1141/2014, art. 3, lett. c).

⁹⁵ Alla modifica del regolamento del gruppo del PPE ha fatto seguito l'uscita dei 12 parlamentari ungheresi di FIDESZ nel marzo del 2021: *Ilsole24ore.com*.

⁹⁶ Cfr. G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia*, cit., p. 4015; N. LUPO, *La forma di governo dell'Unione dopo le elezioni europee del maggio 2019*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 2020, pp. 7 s.

concorrenti esigenze di collaborazione costante tra UE e Stati membri, da un lato, e di corretta esecuzione delle decisioni collettive, da un altro, ci permette di ritornare al tema iniziale della clausola d'omogeneità nei sistemi federali o compositi, quale possibile metro di paragone con l'art. 2 TUE.

Tra le funzioni principali della clausola d'omogeneità spicca quella di salvaguardia, volta a prevenire il pericolo di differenze così profonde tra Stati membri da turbare la funzionalità del livello federale⁹⁷. Tale funzione è cruciale nel federalismo tedesco, posto che nel primo l'esecuzione delle leggi federali è prevalentemente affidata agli esecutivi dei Länder⁹⁸. Occorre dunque potersi fidare di tali esecutivi e, per questo, è necessaria la precondizione dell'omogeneità dei valori. È una necessità molto più pressante nel federalismo tedesco rispetto a quello statunitense, che ha un doppio livello di esecuzione. Il federalismo d'esecuzione è, in qualche modo, estremizzato nell'ordinamento dell'UE, in cui pressoché l'intero *corpus* delle funzioni esecutive, giudiziarie nonché monetarie è affidato agli apparati nazionali, ed è proprio per sfuggire ai dilemmi di un tale modello che è stata formulata la proposta dello "sdoppiamento" per l'UE, sul modello USA⁹⁹.

L'imperativo dell'UE di bilanciare l'esigenza di mediazione politica, necessaria alla programmazione di politiche e riforme di sistema spesso richiedenti l'unanimità, con quella di assicurarsi la fedele esecuzione delle politiche europee la troviamo rispecchiata nel regolamento 2092, o, almeno, è in questa prospettiva che esso si presta a essere interpretato.

Il regolamento 2092, come noto, s'ispira all'idea di presidiare il rispetto dei valori e, in particolare, della *Rule of Law*, da parte degli Stati membri ricorrendo alla "borsa", ossia minacciando i Paesi "beneficiari" del bilancio UE di vedersi sospendere o revocare i preziosi finanziamenti europei, ivi compresi quelli del RRF frutto dell'emissione di debito congiunto con il NGEU¹⁰⁰.

⁹⁷ G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti compositi*, cit., pp. 247 s.

⁹⁸ F. SCHARPF, *After the crash: A perspective on multilevel European democracy*, MPIfG Discussion Paper, No. 14/21 (2014).

⁹⁹ S. FABBRINI, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Bari-Roma, 2017.

¹⁰⁰ L'idea risale all'iniziativa di un gruppo di governi nazionali del 2013: si tratta di una lettera diretta all'allora Presidente della Commissione Barroso a firma congiunta

Il testo vigente del regolamento 2092 si discosta, innanzitutto, dalla proposta della Commissione del 2018 sotto il profilo cruciale della sua finalità: non più quello della tutela della *Rule of Law* attraverso la sospensione dei finanziamenti previsti nel bilancio dell'UE, bensì quello della tutela del bilancio e degli interessi finanziari dell'UE contro eventuali compromissioni derivanti da violazioni della *Rule of Law*. Il che discende dal dato per cui la base giuridica prescelta per il regolamento 2092 non è – né avrebbe potuto essere – l'art. 2 TUE, bensì l'art. 322.1, lett. a), del TFUE¹⁰¹.

L'abbassamento dell'"afflato idealista" del regolamento 2092, per quanto tacciabile di funzionalismo¹⁰², si giustifica con l'esigenza di

dei ministri degli esteri di Germania, Olanda, Danimarca e Finlandia: cfr. L. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl*, cit., p. 9, nt. 11, p. 18, nt. 25. Ma vedi anche le proposte separate del governo tedesco e di quello italiano del 2017 in cui si chiedeva di legare l'esecuzione del futuro bilancio europeo al rispetto delle politiche e dei valori europei, inclusa la *Rule of Law* e le politiche migratorie (cfr. A. BARAGGIA, BONELLI, *Linking Money to Values*, cit., p. 134, nt. 17), proposta ritenuta dal governo polacco contraria ai Trattati: G. HALMAI, *The Fall of the Rule of Law in Hungary and the Complicity of the EU*, cit., p. 215. Poco prima dell'entrata in vigore del regolamento 2092 erano state già inserite regole sulla condizionalità legata al rispetto della CDFUE nella nuova versione del regolamento contenente regole comuni sui fondi europei, Regolamento (UE) 2021/1060, artt. 9 e 73, nonché All. III: cfr. A. BARAGGIA, BONELLI, *Linking Money to Values*, cit., p. 143.

¹⁰¹ L'art. 322.1, lett. a), TFUE, già riportato *supra*, nt. 25, consente l'adozione, con procedura legislativa ordinaria e previa consultazione della Corte dei conti, di introdurre «regole finanziarie» sull'adozione ed esecuzione del bilancio, nonché sulla rendicontazione e verifica dei conti. L'art. 2 TUE, al pari della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, non sarebbe in grado di attribuire competenze all'UE; esso costituirebbe, come la CDFUE, un limite delle competenze attribuite, rispettivamente, all'Unione e agli Stati membri; tuttavia, mentre la CDFUE vale a limitare gli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'UE (art. 51.2 CDFUE), l'art. 2 TUE varrebbe da limite generale all'operato degli Stati membri, anche in assenza di nesso col diritto dell'UE: E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, cit., p. 160 s.

¹⁰² Cfr., da prospettive diverse, le critiche di E. CANNIZZARO, *Neither Representation nor Values? Or, "Europe's Moment" – Part II*, in *European Papers*, n. 3/2020, pp. 1101 ss., e di F. SALMONI, *La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'UE*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2022, pp. 196 ss., cui *adde* G. GIOIA, *La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali*, in *Riv. di Diritti Comparati*, 2021, pp. 30 s., e M.P. IADICICCO, *Outside & inside the European Union: politica di allargamento, condizionalità e crisi dello stato di diritto dentro l'Unione europea*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2/2021, p. 384.

evitare quello che in dottrina è stato indicato come il rischio di escalation¹⁰³, ossia il rischio che lo stigma di un intero sistema politico-costituzionale di uno Stato membro inneschi una serie di reazioni a catena dall'esito finale non prevedibile. Il che, nel modello interpretativo qui privilegiato, corrisponde all'esigenza di non pregiudicare in radice la funzione di mediazione delle istituzioni europee, Commissione *in primis*.

Il profilo critico appena accennato (l'oggetto di valutazione estremamente ampio e indeterminato) si connette con la genericità e l'indeterminatezza, se non proprio l'ambiguità, del parametro, ossia del concetto di *Rule of Law*. Un rebus, quello dell'impossibile definizione univoca di un concetto con radici culturali diverse (*Rule of Law* anglosassone, *Rechtstaat* tedesca, *État de droit* francese, Stato di diritto italiano, ecc.)¹⁰⁴, che il regolamento 2092, proprio grazie al suo funzionalismo, rende meno problematico, nella misura in cui puntella le declinazioni definitorie di *Rule of Law* con il necessario requisito della lesione del bilancio e degli interessi finanziari europei. Al requisito della violazione attuale della *Rule of Law*, infatti, deve aggiungersi quello della potenziale lesione degli interessi finanziari dell'UE. Con una sorta di "*clear and present danger test*", il guardiano dei Trattati (la Commissione, e, in seconda battuta eventualmente la Corte di giustizia) deve dimostrare il sicuro impatto che una violazione attuale di questo o quell'aspetto della *Rule of Law*, sta già avendo o potrà avere sugli interessi finanziari e/o sul bilancio dell'UE. Per certi profili, il nesso è già individuato dal Regolamento stesso: se l'indipendenza della magistratura è pregiudicata, difficilmente le cause dinanzi al giudice contabile o penale tese all'accertamento della distrazione dei fondi europei a favore di questo o quell'oligarca locale potranno efficacemente tutelare gli interessi finanziari o il bilancio dell'UE. Similmente: se non vengono assicurate garanzie minimali di "indipendenza" ai revisori contabili (nel senso di non dover temere ritorsioni da parte dei poteri pubblici per l'attività di controllo contabile svolta), sarà impossibile tutelare gli interessi finanziari e il bilancio dell'UE. Questa impostazione tende a spostare l'attenzione dal problema della definizione e dei

¹⁰³ A. VON BOGDANDY, *Fundamentals on Defending European Values*, in *Verf-Blog*, 2019/11/12, pp. 2 e 4.

¹⁰⁴ Cfr. M. LOUGHLIN, *The Rule of Law in European Jurisprudence*, Studio per la Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, 29 maggio 2009, CDL-DEM(2009)006.

contorni di un concetto giuridico tanto vago e discusso come la *Rule of Law* a quello della più o meno elevata probabilità che certi connotati dell'ordinamento nazionale conducano a prassi gravemente distorsive delle procedure di impiego e rendicontazione dei finanziamenti europei e simili. Più che una tutela di un principio generalissimo come la *Rule of Law*, tanto vago e irraggiungibile da essere ritenuto foriero di utilizzi strumentali ed ideologici¹⁰⁵, il regolamento 2092 può essere derubricato a strumento per rendere effettive norme di secondo grado rispetto a quelle già esistenti in materia di corretta gestione dei fondi europei e simili, ossia norme sui prerequisiti istituzionali necessari a garantire quella corretta gestione. Potrebbe anche ritenersi l'inutilità di tale *enforcement*, stante l'incorporazione di tali prerequisiti nelle norme di "primo grado" sulla tutela degli interessi finanziari e del bilancio¹⁰⁶; e, tuttavia, vista la delicatezza dei profili ordinamentali toccati – come l'autonomia della magistratura o lo status degli organi titolari dell'azione penale – non sembra dubitabile il valore aggiunto che tale regolamento reca ai poteri di vigilanza della Commissione sugli Stati membri sul corretto impiego dei finanziamenti europei e/o la corretta esecuzione del bilancio dell'UE da parte delle autorità nazionali competenti.

Il regolamento 2092, invero, definisce, all'art. 2, lo «Stato di diritto» in termini relativamente ampi, tali da comportare delicate valutazioni degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri e del loro funzionamento concreto, addirittura per ciò che riguarda la qualità del processo legislativo (che «deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico»: art. 2, lett. a))¹⁰⁷. Tuttavia, l'operatività del re-

¹⁰⁵ Cfr. M. LOUGHLIN, *The Rule of Law in European Jurisprudence*, cit., p. 15.

¹⁰⁶ Cfr. E. CANNIZZARO, *Neither Representation nor Values?*, cit.

¹⁰⁷ L'intero art. 2 del regolamento 2092 recita: «Ai fini del presente regolamento si applicano le seguenti definizioni:

a) «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 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;

b) «soggetto pubblico»: un'autorità pubblica a qualsiasi livello di governo, comprese le autorità nazionali, regionali e locali, nonché le organizzazioni degli Stati mem-

golamento sembra incanalata nei soli ambiti più direttamente connessi con l'attività di corretta esecuzione/applicazione – anche giurisdizionale – degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, ambiti rispetto ai quali la vigilanza della Commissione (e, in seconda battuta, della stessa Corte di giustizia) appare meno “pericolosa” per l'autonomia politico-costituzionale degli Stati membri¹⁰⁸. L'art. 3 e, soprattutto, l'art. 4 del regolamento, infatti, concentrano la loro attenzione sull'esigenza di salvaguardare l'indipendenza della magistratura, di reagire efficacemente alle decisioni arbitrarie o illegittime delle autorità pubbliche (anche garantendo mezzi di ricorso, di indagine o sanzioni efficaci); sul corretto funzionamento delle autorità nazionali chiamate a eseguire il bilancio dell'Unione e di quelle preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziari, nonché dei servizi responsabili delle indagini e dell'azione penale relative alle violazioni del diritto dell'Unione nell'ambito dell'esecuzione del bilancio europeo o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione; sul recupero dei fondi indebitamente versati; sull'effettiva e tempestiva collaborazione con l'OLAF e, se lo Stato membro interessato vi aderisce, con la EPPO. Sebbene l'elencazione di tali situazioni o condotte delle autorità nazionali sembri “aperta” (art. 4.2, lett. h)¹⁰⁹, la Corte ha affermato trattarsi di un'apertura solo apparente, posto che devono comunque configurarsi, come stabilito nella disposizione del regolamento appena citata, situazioni «rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela dei suoi interessi finanziari»¹¹⁰.

L'esigenza di evitare che il regolamento 2092 consenta alla Commissione di valutare, sovrapponendosi alle prerogative del Consiglio e del Consiglio europeo di cui all'art. 7 TUE, la complessiva attitudine

bri ai sensi dell'articolo 2, punto 42, del regolamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio (1) (“regolamento finanziario”).

¹⁰⁸ Per la CGUE, la definizione di *Rule of Law* contenuta all'art. 2 del regolamento 2092 «non mira a definire in modo esaustivo tale nozione, ma si limita a specificare, ai soli fini di tale regolamento, vari principi che essa ricomprende e che sono, secondo il legislatore dell'Unione, i più rilevanti alla luce dell'oggetto del regolamento in questione, che consiste nel garantire la protezione del bilancio dell'Unione» (sent. “Polonia”, C-517, cit., § 323).

¹⁰⁹ L'art. 4.2, lett. h), del regolamento 2020/2092 rinvia alle «altre situazioni o condotta di autorità rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela dei suoi interessi finanziari».

¹¹⁰ Cfr. CGUE, sentenza “Polonia”, C-157, §§ 172 s.; sentenza “Ungheria”, C-156, §§ 222 ss.

dello Stato membro interessato nei confronti del valore della *Rule of Law* è affermata, come accennato sopra (§ 2), dalle Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, in cui si esclude la possibilità di constatare «carenze generalizzate», bensì solo specifici «fattori», da intendersi come «un elenco chiuso di elementi omogenei»¹¹¹. Ciò trova conforto nella lettera del regolamento 2092, che ritiene rilevanti le sole «violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro che compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione» (art. 4.1)¹¹². Impostazione confermata e, forse, persino rafforzata dalla Corte di giustizia, la quale ha sottolineato più volte l'onere per la Commissione di provare «sistematicamente» l'esistenza di un «nesso reale o effettivo» («*genuine*» nella versione inglese) tra violazione della *Rule of Law* e il pregiudizio (o il rischio di pregiudizio) al bilancio o agli interessi finanziari dell'UE¹¹³. Tale criterio è stato immediatamente accolto dalle «linee guida» della Commissione del marzo 2022, in cui si specifica che «la procedura del regolamento non dovrebbe essere avviata in relazione a situazioni in cui tale nesso sia meramente ipotetico, troppo incerto o troppo vago» (§ 3)¹¹⁴.

Oltre a ciò, l'accertamento delle violazioni della *Rule of Law* rilevanti ai fini della tutela degli interessi finanziari e del bilancio UE è effettuato dalla Commissione tenendo conto, fra l'altro, «delle pertinenti informazioni provenienti» dagli atti, non solo di altre istituzioni dell'UE, bensì «di altre organizzazioni internazionali competenti e altri enti riconosciuti» (art. 6.3). E il considerando n. 16 chiarisce la

¹¹¹ Cfr. Conclusioni del Consiglio (10 e 11 dicembre), punti 1, lett. e) ed f).

¹¹² Ma cfr. anche la già citata lett. h) dell'art. 4.2; l'art. 5.3 (che impone, ai fini della proporzionalità delle misure adottate contro lo Stato membro in questione, di tenere conto «dell'impatto effettivo o potenziale delle violazioni dei principi dello Stato di diritto sulla sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o sui suoi interessi finanziari»). Per uno spunto di comparazione con il federalismo USA e la «dottrina» della Corte suprema sulla legittimità della condizionalità nei finanziamenti federali agli Stati, subordinata alla verifica di un nesso tra condizione e scopo del finanziamento, cfr. A. BARAGGIA, BONELLI, *Linking Money to Values*, cit., pp. 144 s.

¹¹³ Sent. «Ungheria», C-156, §§ 144, 176, 244 e 267; sentenza «Polonia», C-157, §§ 165, 215, 288 e 299.

¹¹⁴ Cfr. gli *Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione* (2022/C 123/02), pubblicati il 18 marzo 2022.

possibilità per la Commissione di attingere, tra l'altro, agli atti della Commissione di Venezia o di consultarla espressamente. Come già accennato sopra, la Commissione di Venezia ha adottato, nel marzo 2016, la *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007¹¹⁵, in modo da fornire un punto di vista “terzo” alla Commissione e alle altre istituzioni dell'UE sull'accertamento della violazione di un parametro così indeterminato come la *Rule of Law*¹¹⁶.

Ed è proprio a tale appiglio esterno fornito dalla Commissione di Venezia che si è aggrappata la Corte di giustizia per rigettare il motivo di ricorso incentrato sull'eccessiva ampiezza e imprecisione della nozione di Stato di diritto abbracciata dal regolamento 2092 (art. 2.a)). Per la Corte, oltre a non mirare a definire in modo esaustivo la nozione di *Rule of Law*, il regolamento 2092 si riferisce a elementi riconducibili a quest'ultima, come la tutela dei diritti fondamentali, «solo a titolo di illustrazione dei requisiti del principio della tutela giurisdizionale effettiva», garantita dall'art. 19 TUE e pacificamente riconducibile alla *Rule of Law*; *idem* dicasi per i «principi di non discriminazione e di uguaglianza», non potendosi «ritenere che uno Stato membro la cui società è caratterizzata dalla discriminazione garantisca il rispetto dello Stato di diritto, ai sensi di tale valore comune». E ciò sarebbe, appunto, avvalorato dalla citata Checklist della Commissione di Venezia, secondo cui «la nozione di “Stato di diritto” si basa su un sistema di diritto sicuro e prevedibile, nel quale qualsiasi persona ha il diritto di essere trattata dai titolari di poteri decisionali in modo dignitoso, uguale e razionale, nel rispetto del diritto esistente, e di disporre di mezzi di ricorso per contestare le decisioni dinanzi a giudici indipendenti e imparziali, secondo un procedimento equo»¹¹⁷.

¹¹⁵ Disponibile al sito ufficiale della Commissione di Venezia.

¹¹⁶ Insiste sul ruolo cruciale degli organi di monitoraggio e consultivi europei nell'elaborazione di dottrine che concorrono a formare il diritto transnazionale europeo, cfr. S. BARTOLE, *I casi di Ungheria e Polonia*, cit., p. 304, il quale dà conto delle sinergie tra Parlamento europeo e Commissione di Venezia, nel monitorare e denunciare pubblicamente le violazioni della *Rule of Law*, con particolare riferimento all'indipendenza della magistratura (*ibidem*, pp. 306 ss.).

¹¹⁷ Sentenza “Polonia”, C-157, § 323-325; sent. “Ungheria”, C-156, § 230.

8. (Segue): ombre e luci del ricorso al “bastone” del regolamento 2092 per preservare il rispetto dei valori dell'UE negli SM

Non ci si deve nascondere che il regolamento 2092 e le sentenze della CGUE che ne hanno sancito la legittimità recano delle potenzialità di gerarchizzazione dell'UE rispetto agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, i quali rischiano di trovarsi sottoposti a una lettura e un'applicazione “centralizzata”, verticale e altamente discrezionale dei valori fondamentali comuni (a essi e alla stessa Unione)¹¹⁸.

Per la CGUE, l'esplicito riconoscimento del dovere di rispettare, da parte dell'UE, «l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale» (art. 4.2 TUE), non vale altro che a consentire agli Stati di disporre «di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto», nozione questa condivisa dagli Stati, «quale valore comune alle loro stesse tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo»¹¹⁹. Ne deriva che le scelte costituzionali fondamentali degli Stati membri vengono in qualche modo degradate a mere scelte discrezionali, rispetto all'obbligo di risultato di «attuare» i valori dell'Unione (ovviamente in qualsiasi ambito d'intervento, anche esterno alle attribuzioni dell'UE)¹²⁰. Rispetto alla fase in cui era l'Unione, secondo una logica induttiva, a dover rispecchiare i valori costituzionali degli Stati membri (vedi la dottrina della CGUE sulla

¹¹⁸ Cfr. G. PALOMBELLA, *The EU's sense of the rule of law and the issue of its oversight*, cit., pp. 9 s.; 16. Assai fiducioso del ruolo della CGUE si dimostra E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, cit., p. 169, secondo cui l'interpretazione dell'art. 2 TUE e il suo *enforcement* consentirebbe alla Corte di esercitare «il ruolo di custode dell'ortodossia costituzionale europea, addirittura al di là di quanto tale ortodossia non ispiri lo stesso ordinamento dell'Unione», il che realizzerebbe «il più perfetto disegno del costituzionalismo contemporaneo, che assegna alla Corte suprema la competenza ad arbitrare, sulla base del diritto, i conflitti politici fra gli attori costituzionali dell'ordinamento».

¹¹⁹ CGUE, sentenza “Polonia”, C-157, §§ 265 s.; sentenza “Ungheria”, C-156, §§ 233 s.

¹²⁰ Per la CGUE, l'obbligo di rispettare i principi in cui, secondo l'art. 2, lett. a), del regolamento 2092, si articola la *Rule of Law*, costituirebbe «un obbligo di risultato per gli Stati membri, che discende direttamente dagli impegni assunti da questi ultimi gli uni nei confronti degli altri nonché nei confronti dell'Unione» (Polonia, § 263). Cfr. anche il § 265 Pol. e 233 Ungh., in cui si ribadisce che l'attuazione dei principi della *Rule of Law* costituisce un «obbligo di risultato» (che non può variare da uno Stato membro all'altro).

tutela dei diritti fondamentali, stimolata dalla dottrina “Solange” del BVerG e da quella italiana dei controlimiti¹²¹), e attraversata la fase ottimistica della circolarità del moto dei valori in assenza di strumenti coercitivi¹²², oggi i valori comuni agli Stati membri, assurti a valori dell’UE, divengono degli «obblighi di risultato» per gli Stati, secondo una logica “top-down”.

Questa inversione del moto dei valori, che non salgono più dagli Stati membri all’UE, bensì da questa discendono a quelli, costituisce un dato problematico, alla luce delle fragili credenziali democratiche e costituzionali dell’ordinamento dell’UE¹²³ e degli esiti fortemente distorsivi della democrazia negli Stati membri cui la stessa condizionalità ha dato luogo in più occasioni (vedi Troika, MES e compressione delle procedure legislative nazionali chiamate a ottemperare alle condizioni per ottenere il sostegno finanziario o la “flessibilità”¹²⁴). Un dato che rischia di innescare pericolose reazioni di rigetto negli Stati sottopo-

¹²¹ Cfr., *ex multis*, M. KUMM, *The jurisprudence of constitutional conflict, constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional Treaty*, in *Eur. Law Journ.*, 2005, pp. 262 ss.; G. MARTINICO, *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

¹²² Cfr. F. PALERMO, *La forma di stato dell’Unione europea*, cit., pp. 195 s., p. 237.

¹²³ Cfr. D. KOCHENOV, *The Missing EU Rule of Law?*, cui *adde* J. WEILER, *Epilogue: Living in a Glass House. Europe, Democracy and the Rule of Law*, entrambi in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union*, Cambridge 2016, rispettivamente a pp. 290 ss. e pp. 313 ss.; G. PALOMBELLA, *The EU’s sense of the rule of law and the issue of its oversight*, EUI Working Paper RSCAS 2014/125 (2014), pp. 15 s., in cui si distingue, invero, la *Rule of Law* dall’esigenza di democrazia. In prospettiva diversa, ma correlata al tema del moto dei valori, analizza l’inversione dell’habermasiano *ciclo del potere democraticamente legittimato* A. SOMEK, *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, in *Eur. Law Journ.*, n. 3/2015, pp. 340 ss., secondo cui l’UE che è uscita dalla prassi e dalle riforme dettate dalla crisi economica del 2008 non è più fondata sulla delega di poteri da parte degli Stati membri, bensì su una visione autoritaria, mitigata dal liberalismo economico individualista, che attribuisce al soggetto delegato il potere di decidere al posto del delegante, in favore di un ideale (“più Europa”, o l’integrazione funzionalista) che il delegante non può capire e non deve poter contestare con i tradizionali strumenti della democrazia parlamentare nazionale.

¹²⁴ Cfr. M. DANI, *The Rise of the Supranational Executive and the Post-Political Drift of European Public Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2017, p. 420; C. KILPATRICK, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe’s Bailouts*, 35, *Oxford J. Legal Stud.* 2 (2015); F. COSTAMAGNA, *The Court of Justice and the Demise of the Rule of Law in the EU*

sti a quella sorta di commissariamento delle politiche costituzionali rappresentato dalla procedura “para-sanzionatoria” del regolamento 2092.

Tornando a quanto affermato nel paragrafo iniziale, può dubitarsi che il ricorso a strumenti para-sanzionatori e “*top-down*”, come il regolamento 2092, magari illuminati di nuova luce dalla «retorica costituzionale» della Corte di giustizia¹²⁵, riesca davvero contribuire a una costituzionalizzazione dell'Unione, senza che vi sia, contemporaneamente, un irrobustimento della democrazia a livello sovranazionale, specie in termini di radicamento di autentici partiti europei. Il ruolo giocato in tale ambito dal Parlamento europeo, quale attivo paladino della tutela dei diritti fondamentali e della *Rule of Law* in alcuni Stati membri, non sembra possa contribuire a tale obiettivo, per il quale occorrerebbero riforme (come l'istituzione di regole elettorali uniformi, un'unica data per le elezioni europee e una circoscrizione transnazionale) che solo il Consiglio potrebbe concedere¹²⁶.

Ancora più ingombrante il dubbio di come si possano superare, con simili strumenti di condizionalità, i limiti che hanno inficiato, vent'anni or sono, le procedure di adesione, in cui un “ottimismo istituzionale” poco disinteressato ha consentito valutazioni manageriali delle riforme legislative e costituzionali degli Stati candidati, ignorando la carente base sociale e culturale necessaria a far attecchire quelle riforme¹²⁷. In-

Economic Governance: The Case of Social Rights, Carlo Alberto Research Working Papers, n. 487, December 2016.

¹²⁵ Cfr. l'acuta analisi dello stile, del linguaggio e dei modelli culturali caratterizzanti l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia svolta da G. ITZCOVICH, *The European Court of Justice as a Constitutional Court. Legal Reasoning in a Comparative Perspective*, STALS Research Paper, 4/2014.

¹²⁶ Cfr., *ex multis*, A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale. I fattori normativi*, Milano, 2018, pp. 201 ss.; L. DI STEFANO, *L'integrazione politica europea che (ancora) non c'è: alcune considerazioni sulla proposta di realizzare liste transnazionali per l'elezione del Parlamento europeo all'indomani della Brexit*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2018.

¹²⁷ La critica all'“ottimismo istituzionale” riferito all'idea di poter innestare la *Rule of Law* in qualsiasi ordinamento, come se si trattasse di un dispositivo tecnico decontestualizzabile dalle sue radici storico-geografiche, è espressa da M.E.J. KRYGIER, *Institutional Optimism, Cultural Pessimism and the Rule of Law*, in M.E.J. KRYGIER, A. CZARNOTA (eds.), *The Rule of Law after Communism*, (1999) 77, p. 82, richiamato da M. BUSSANI, *The Rule of Law in the Global Perspective*, in *It. Journ. Publ. Law*, n. 2/2020, p. 149, nt. 34. Sulla critica alle modalità manageriali con cui furono effettuate le procedure di adesione, cfr. P. BLOKKER, *EU Democratic Oversight and Domestic*

somma: se non ha funzionato allora la carota, perché dovrebbe funzionare oggi il bastone¹²⁸?

Incombe all'orizzonte, inoltre, il rischio del doppio standard di valutazione degli Stati membri di più antica tradizione liberal-democratica e quelli usciti da poco da regimi autoritari, cui si connette il rischio di ampliare la frattura culturale tra Est e Ovest, dopo che la crisi economica aveva ampliato quella Nord-Sud¹²⁹. Un doppio standard che già aveva caratterizzato le procedure di adesione¹³⁰ e che è

Deviation from the Rule of Law. Sociological Reflection, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union*, cit., pp. 249-269; B. BUGARIČ, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe*, cit., pp. 219-245; L. CAPPuccio, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, cit., in cui si evidenziano i singoli casi in cui la valutazione della Commissione si è contentata di mere modifiche ordinamentali, senza valutarne l'effettiva incidenza sulla tutela dei diritti fondamentali e in cui si osserva come le condizioni di adesione, più che come barriera all'ingresso di nuovi Stati membri (con l'eccezione forse della Turchia), vengano utilizzate come stimolo ai Paesi candidati per uniformare i propri sistemi agli standard politici ed economici europei, in particolare, attraverso i partenariati di adesione, in cui gli aiuti economici sono condizionati al raggiungimento di determinati obiettivi. Cfr. anche M.P. IADICICCO, *Outside & inside the European Union*, cit., pp. 377 ss., in cui si fa riferimento alla resipiscenza del Consiglio europeo rispetto ai limiti dell'allargamento del 2005, manifestatasi nelle indicazioni circa la necessità che i successivi allargamenti fossero condizionati al «consolidamento» degli impegni già presi, a una condizionalità giusta ma rigorosa e a un maggior coinvolgimento dei cittadini su obiettivi e sfide dell'allargamento.

¹²⁸ Cfr., in termini generali, G. PALOMBELLA, *The EU's sense of the rule of law and the issue of its oversight*, cit., specialmente p. 9.

¹²⁹ Cfr. A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values*, cit., pp. 152 s.

¹³⁰ Cfr. L. CAPPuccio, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, cit., in cui si sottolinea l'approccio fortemente discrezionale e *ad hoc* della Commissione nella valutazione degli Stati candidati all'adesione all'UE. Nell'adesione di Grecia, Portogallo e Spagna, non furono analiticamente valutati i contenuti delle nuove costituzioni democratiche, né tantomeno la loro concreta applicazione, ritenendo la Commissione che l'adesione all'UE avrebbe contribuito a stabilizzare la democrazia in quei Paesi. Approccio completamente diverso fu seguito nel caso di Turchia (1989) e, inizialmente, di Cipro (1993), Paesi per i quali la Commissione non ritenne sufficienti gli avanzamenti costituzionali interni verso i criteri politici (all'epoca non scritti) necessari per l'adesione, senza che il rafforzamento alla democrazia interna indotto dall'appartenenza all'UE potesse giocare alcun ruolo. All'estremo opposto la valutazione di Austria, Finlandia, Svezia e Norvegia, in cui il parere positivo della Commissione non tocca minimamente i criteri politici, limitandosi a quelli economici. Solo con l'adesione degli Stati dell'Est Europa ammessi nel 2004 i criteri di valutazione della Commissione vanno standardizzandosi, pur mantenendo un certo grado di discrezionalità: il Consiglio europeo di Copenaghen del 1993 aveva, per la prima

insito in ogni procedura para-sanzionatoria rimessa alla discrezionalità della Commissione, il quale sembra destinato ad accentuarsi nel contesto geopolitico attuale della guerra in Ucraina¹³¹. Se in passato la Commissione aveva preferito colpire con l'attivazione dell'art. 7 TUE la Polonia (dicembre 2017¹³²), il cui partito al potere non aderiva ad alcun gruppo parlamentare "europeista" del PE, risparmiando l'Ungheria (finché il PE non ha attivato l'art. 7 del settembre 2018 anche nei confronti di quest'ultima¹³³), oggi la strategia si è invertita, con la sola Ungheria fatta oggetto di un avvio di procedura in base al regolamento 2092 subito dopo la rielezione di Orbán e il suo (ri-)allineamento filo-Putin, rinnovato proprio nel mezzo del conflitto russo-ucraino¹³⁴.

Il regolamento 2092, tuttavia, può recare almeno il vantaggio strategico del "ri-accentramento" del conflitto sulla *Rule of Law*, finora pericolosamente decentrato a livello di corti nazionali, confidando ottimisticamente nell'alleanza che queste ultime possono istituire con la CGUE tramite il rinvio pregiudiziale (cfr. *supra*, § 5). Il regolamento può valere, in quest'ottica, a rendere meno dirompente il dilemma dei rapporti para-federali tra UE e Stati membri, senza pretendere di risolverlo gordianamente con l'applicazione di definizioni giuridiche dei valori cui agganciare sanzioni da applicare in sede giurisdizionale. Il regolamento

volta, "codificato" i criteri di adesione (democrazia, principio di legalità, diritto umani, protezione delle minoranze, economia di mercato funzionale, capacità di assorbire l'acquis comunitario, incluso quello politico, economico e monetario); i pareri della Commissione del 1997 sull'avvio dei negoziati con i Paesi candidati si articolano in 4 punti: situazione politica, economica, capacità di assumere gli obblighi che comporta l'adesione, capacità amministrativa e di applicazione dell'acquis. Non mancano le differenziazioni tra un Paese e un altro: manca ogni riferimento al diritto alla salute, tranne che per la Polonia; si considera solo la libertà e non il diritto all'istruzione, tranne che nel caso della Romania; la libertà di associazione e non quella di riunione, tranne che per Lettonia, Lituania, Ungheria e Polonia; la condizione dei minori è presente solo relativamente a Bulgaria, Romania e Lituania, mentre quella degli omosessuali solo nel parere sulla Romania; solo per la Lituania si considera la condotta delle autorità nazionali nei confronti dei criminali di guerra nazisti.

¹³¹ Insiste sui rischi di un uso discriminatorio degli strumenti di *enforcement* della *Rule of Law*, G.M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, cit., pp. 17 s., specie p. 22.

¹³² Cfr. L. PECH, *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 23.

¹³³ Cfr. G. HALMAI, *The Fall of the Rule of Law in Hungary and the Complicity of the EU*, cit., pp. 210 ss.

¹³⁴ Cfr. V. MAKSYMOW, *Hungary: Commission officially launches procedure linking bloc funds to rule of law*, in *Euractiv.com*, 27 aprile 2022.

2092, infatti, abbandonata la soluzione della *reverse majority rule* in favore della Commissione¹³⁵, lascia nelle mani del braccio politico inter-governativo la scelta di ricorrere alla sospensione dei vari meccanismi di finanziamento e sostegno economico che l'esecuzione del bilancio UE garantisce agli Stati beneficiari, riservando, in particolare, al Consiglio l'approvazione definitiva della proposta della Commissione sull'*an* delle violazioni alla *Rule of Law* (sufficientemente connesse con la tutela del bilancio e degli interessi finanziari dell'UE), ma anche sul *quomodo* della reazione a tali violazioni (art. 6.10). Dal che consegue la politicità insindacabile dell'eventuale decisione del Consiglio di non dar seguito alla proposta della Commissione, sulla scorta di quanto già verificatosi in relazione alla procedura per deficit eccessivo avviata dalla Commissione contro Francia e Germania nel 2004¹³⁶.

Il ri-accentramento che si profila con la (minaccia di) attivazione del regolamento 2092 consente una maggiore condivisione politica degli oneri fin qui assunti dal braccio giurisdizionale (tandem Corti nazionali-CGUE). Il che sembra aver già prodotto un risultato rispetto alla crisi polacca: l'udienza dinanzi alla Corte costituzionale polacca, in cui si sarebbe dovuto decidere dell'incostituzionalità della base giuridica del regolamento 2092 (l'art. 322 TFUE), fissata lo stesso giorno dell'udienza dinanzi alla CGUE nelle cause sul regolamento 2092 (il 16 febbraio 2022), è stata rinviata a data da definirsi¹³⁷ e il governo polacco ha intrapreso un dialogo con la Commissione che gli ha permesso lo sblocco degli ingenti fondi europei del RRF¹³⁸.

9. L'UE come “democrazia militante”: incoerenze e reticenze di una narrazione

Si è scelto di adottare un atteggiamento realista e pragmatico

¹³⁵ Cfr. T. TRIDIMAS, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality*, cit., p. XXI.

¹³⁶ Cfr. la notissima sent. della CGUE (seduta plenaria) del 13 luglio 2004, C-27/04, *Commissione c. Consiglio*.

¹³⁷ Si tratta del caso *K 1/22*, incardinato dinanzi al Tribunale costituzionale polacco su ricorso del Procuratore generale, che assomma anche la carica di Ministro della giustizia (cfr. *supra*, nt. 55): in *Trybunal.gov.pl*.

¹³⁸ I fondi del RRF bloccati ammontavano a 35,4 miliardi di euro. Il 1° giugno 2022 la Commissione ha approvato il programma polacco del RRF: *Euroobserver.com*.

nell'affrontare il problema della crisi della *Rule of Law* in alcuni Stati membri e dei rimedi per contrastarla a livello di istituzioni europee per un motivo abbastanza preciso.

L'atteggiamento di una parte della dottrina e delle istituzioni europee, specie il Parlamento europeo, ma in parte anche la Corte di Giustizia e la Commissione, è stato quello di stigmatizzare gli Stati in cui è in corso una "regressione illiberale", con l'implicito o esplicito rimprovero di aver opportunisticamente imitato le istituzioni occidentali della democrazia costituzionale nella fase dell'adesione all'UE, per poi svuotarle progressivamente a pochi anni dall'ingresso nell'UE. Un approccio che riecheggia in alcuni passi delle sentenze della Corte di Giustizia più recenti¹³⁹.

Questo strisciante approccio "moralista" ricorda da vicino la narrativa *mainstream* adottata allo scoppio della crisi economica del 2008 nei confronti della Grecia, rea di aver truccato i propri conti per poter entrare nell'eurozona. Si preferì, in quell'occasione, colpevolizzare il singolo Stato membro, anziché affrontare apertamente le carenze strutturali dell'architettura dell'Eurozona, inaugurando una serie di riforme e di politiche "punitive" nei confronti della Grecia e degli altri Stati "debitori", i quali furono indotti a sposare la linea dell'austerità. Se l'obiettivo della "salvezza dell'euro" fu raggiunto, scarsi furono i benefici per la convergenza delle economie nazionali, mentre negativo fu l'impatto sull'equilibrio dell'economia globale: la repressione della domanda interna negli Stati dell'UE fece salire, tra il 2010 e il 2017, il surplus della bilancia dei pagamenti verso il resto del mondo

¹³⁹ Cfr. la sent. C-157, *Polonia c. Commissione Consiglio*, cit., § 144: il rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE «non può essere ridotto a un obbligo cui uno Stato candidato è tenuto al fine di aderire all'Unione e dal quale potrebbe sottrarsi in seguito alla sua adesione»; sent. 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblica*, §§ 60-64, in cui, dopo aver ricordato che l'adesione all'UE è subordinata, ai sensi dell'art. 49 TUE, al rispetto dei valori dell'art. 2 TUE e all'impegno dello Stato candidato a promuoverli, nonché il legame tra tali obblighi di rispetto e promozione e la fiducia reciproca tra Stati membri, si afferma che «(u)no 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», concludendo nel senso dell'obbligo di «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». Più sfumato l'accenno all'art. 49 TUE nella sentenza 24 giugno 2019, C-619-18, *Commissione c. Polonia*, § 42.

a livelli inauditi, facendo dell'UE(M) un'agguerrita entità mercantili-sta¹⁴⁰. I problemi strutturali dell'incoerenza di una moneta senza stato e di un'UE priva di un bilancio "para-federale" furono rinviati a data da destinarsi, tanto che ancor oggi la riforma del Patto di stabilità e crescita è un tema la cui gravità e urgenza sono state coperte solo da emergenze ancora più gravi, come la pandemia e la guerra in Ucraina.

Oggi il rischio di ripetere quell'approccio erroneo si profila per la crisi della *Rule of Law* negli Stati dell'Est Europa, almeno sotto due profili.

Il primo profilo è quello del c.d. "contro-movimento" che caratterizza le società da troppo tempo e/o troppo intensamente esposte ai costi esistenziali del libero mercato e della globalizzazione, secondo la insuperata ricostruzione di Karl Polany¹⁴¹.

Il secondo profilo è quello della diversa cultura costituzionale e/o della diversa idea di integrazione europea che si è affermata nei Paesi dell'ex blocco sovietico alla caduta del socialismo reale, una differenza che si radica su mitologie dell'Europa tanto diverse da quelle dei Paesi fondatori quanto ampiamente diffuse nell'opinione pubblica dell'Est-Europa.

Più in generale, l'approccio moralista in cui rischiano di cadere le Istituzioni dell'UE e i sostenitori della necessità di reagire drasticamente alla "regressione illiberale" di alcuni Paesi dell'Europa orientale sembra non tenere adeguatamente in conto la storia costituzionale di questi Paesi e delle modalità con cui furono approvate le costituzioni post-comuniste. La Polonia costituisce un esempio emblematico: la stesura della Costituzione nel 1997, realizzata dal parlamento al riparo dal dibattito popolare, avvenne durante l'ennesimo braccio di ferro tra il Presidente Lech Wałęsa (guida del sindacato Solidarnosc ed eroe della resistenza al regime comunista filosovietico) e la maggioranza parlamentare composta di ex-membri del partito comunista rapidamente riconvertitisi al liberismo e sponsorizzatori dell'entrata nell'UE e nella NATO, dopo che i partiti eredi di Solidarnosc avevano già perso il contatto con la base popolare. Per l'approvazione definitiva della nuova Costituzione fu necessario celebrare un referendum, preceduto da

¹⁴⁰ Cfr. R. BELLOFIORE, F. GARIBALDO, M. MORTÁGUA, *Euro al capolinea? La vera natura della crisi europea*, Torino, 2019, pp. 95 s.

¹⁴¹ K. POLANY, *La grande trasformazione: le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino, 2010.

una campagna in cui i 37 partiti dell'area di Solidarnosc all'opposizione sostennero il no, ritenendo il nuovo testo costituzionale opera degli ex-comunisti, mentre i partiti di governo sostennero che la nuova Costituzione polacca serviva a facilitare l'entrata nell'UE e nella NATO. Gli elettori disertarono le urne, con una partecipazione del solo 43%, di cui il 53% scelse il sì, di modo che solamente un quarto dell'elettorato approvò la nuova Costituzione polacca¹⁴².

A monte di tale disaffezione popolare può collocarsi l'improvvida adozione del semipresidenzialismo francese durante i primi anni della riconquistata democrazia, scelta che creò i presupposti per la perdita del contatto con la base popolare da parte dei vertici del partito rivoluzionario di Solidarnosc, inducendo Wałęsa a cercare la scorciatoia al proprio potere personale anziché strutturare pazientemente il consenso della fase rivoluzionaria attorno a un partito radicato, capace di conservare e proiettare stabilmente nel futuro gli ideali alla base della rivoluzione anticomunista¹⁴³.

Oggi, la retorica delle Istituzioni dell'UE rischia di farci sintonizzare esclusivamente sul "patto costituzionale" che la Polonia fece con l'UE e con gli Stati membri di questa, anziché condurci a indagare le incongruenze e le fragilità del patto costituzionale che i cittadini e i partiti polacchi strinsero tra loro in quel complesso frangente storico.

Considerazioni parzialmente affini possono farsi per l'Ungheria, il cui "momento costituente" a ridosso del 1989 fu un "atto mancato". La Costituzione del 1949, modificata tra il 1989 e il 1990, non fu sostituita da una Costituzione definitiva approvata dagli elettori, e tale "atto mancato" consentì il protrarsi di frange di contestazione alla legittimità del nuovo ordine. Questo vuoto, unito alla disillusione della popolazione per il mancato raggiungimento degli standard occidentali promessi negli anni della transizione, ha fatto sì che, alla vigilia della presa del potere di Orbán e subito dopo, nessun soggetto politico alternativo potesse richiamarsi al momento fondativo del transito al nuovo regime e ai valori ad esso riconducibili¹⁴⁴.

¹⁴² B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge-London, 2019, pp. 273 s. Cfr. anche G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti compositi*, cit., pp. 4009 s.

¹⁴³ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., p. 275.

¹⁴⁴ G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia*, cit., pp. 4008 s.

10. Il contro-movimento à la Polany: libertà in cambio di sicurezza

Se la percezione del fenomeno condivisa dai sostenitori dell'integrazione europea rischia di essere quella di un raggirio ai danni dell'UE per opera di governi ingrati che, pur beneficiando grandemente dei fondi strutturali europei, denigrano i valori fondanti dell'Unione, sputando così nel piatto in cui mangiano, la realtà economica e sociale si presenta alquanto più complessa.

La grande recessione del 2008 ha colpito questi Paesi in modo particolarmente duro, dopo che un ventennio di massicce dosi di iper-liberismo economico aveva fragilizzato le reti sociali pubbliche senza che a ciò potesse minimamente supplire, come nel caso italiano, la presenza di reti familiari e di risparmio privato accumulato dalle generazioni dei "Trenta gloriosi".

L'Ungheria, pur estranea all'Eurozona, fu il primo Stato membro a dover ricorrere, nel 2008, al "salvataggio" della Troika (Commissione, BCE e FMI), avendo il Paese accumulato notevoli deficit della bilancia dei pagamenti. La massiccia dose di austerità imposta agli ungheresi per riequilibrare la posizione del Paese verso l'estero colpì assai duramente i lavoratori e screditò grandemente le classi dirigenti europeiste (composte da ex-comunisti riconvertiti e liberali) che avevano condotto l'Ungheria a quel punto, lasciando mano libera all'unico partito che aveva proposto alternative, il Fidesz di Orbán¹⁴⁵.

I governi europeisti polacchi (ancora una volta frutto dell'alleanza tra ex-dirigenti comunisti e liberali), che già avevano patrocinato la terapia-shock del brusco smantellamento della proprietà pubblica durante l'adesione all'UE mentre i litigiosi eredi di Solidarnosc dall'opposizione reclamavano inutilmente diritti sociali e welfare¹⁴⁶, affrontò la crisi economica imponendo ai cittadini ulteriori dosi di neoliberalismo, che invariabilmente portarono con loro il consueto seguito di precarizzazione, disoccupazione e approfondimento delle disuguaglianze¹⁴⁷.

¹⁴⁵ B. BUGARI, *Central Europe's Descent into Autocracy: A Constitutional Analysis of Authoritarian Populism*, in *Int. J. Const. Law*, 2019, n. 2, p. 610; M.A. ORLANDI, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *DPCE*, 1/2019, p. 169; Z. POGÁTSÁ, *The Political Economy of Illiberal Democracy*, in *Social Europe* (20 novembre 2017); A. ARTNER, *Inside Hungary's 'Work-Based Society'*, in *Social Europe* (22 aprile 2016).

¹⁴⁶ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., pp. 266 ss.

¹⁴⁷ B. BUGARI, *Central Europe's Descent into Autocracy*, cit., p. 610 s.

I populistici in entrambi i Paesi promisero e poi concessero sostegno ai “campioni nazionali” e provvidenze sociali generose, sia pure ideologicamente orientate, realizzando una qualche forma di redistribuzione in precedenza ignorata. Non troppo diversamente da quel che accaduto in Francia e in Italia, anche in Polonia e Ungheria il travaso di voti da sinistra a destra vede come protagonisti i lavoratori a basso reddito, attratti dalle promesse di sicurezza (non solo economica) dei partiti populistici. Lotta al terrorismo e immigrazione, in realtà, furono solo gli ultimi slogan di questi partiti, che già avevano vinto sul campo della (in)sicurezza economica, appunto¹⁴⁸.

Non va poi dimenticato l’humus culturale in cui, dopo la fine del socialismo reale, sono state progettate e adottate le riforme iper-liberali in questi Paesi: in Polonia, in particolare, già il precedente regime, desideroso dell’ammissione al FMI dopo la crisi del debito del 1981, si prefiggeva l’obiettivo di imitare il modello di liberalismo autoritario del Cile di Pinochet, un modello “di successo” cui contribuirono i Padri del neoliberalismo occidentale (Von Hayek)¹⁴⁹. Le parentele tra quel tipo di liberalismo autoritario e il neoliberalismo della *shock therapy* patrocinata dal *Washington Consensus* e zelantemente applicata in Polonia aiutano a comprendere la facilità con cui gli ex-dirigenti comunisti polacchi si convertirono al nuovo regime, per poi ottenere, in alleanza con i liberali, la maggioranza parlamentare (pur costretta alla coabitazione con il Presidente Wałęsa) negli anni della transizione.

Non troppo diversamente da quanto accaduto nell’Europa centrale della Grande Recessione degli anni Venti e Trenta del secolo scorso, la popolazione più esposta alle durezze del mercato non regolato (all’epoca, sotto il regime del Gold Standard rigidamente presidiato dalle banche centrali) finisce per rivolgersi al potere dello Stato, cedendo

¹⁴⁸ B. BUGARIČ, *Central Europe’s Descent into Autocracy*, cit., p. 611.

¹⁴⁹ P. THER, *Europe since 1989*, Princeton, 2018, pp. 10, 251. Il pacchetto di riforme neoliberali ispirate alla c.d. *shock therapy* del *Washington Consensus* introdotto nel 1989 in Polonia, oltre che alla “condizionalità” occidentale, si ispirava a una tendenza riformista della leadership polacca risalente agli anni Ottanta, manifestatasi con le pressioni di Varsavia per accedere al FMI dopo la crisi debitoria del 1981, a sua volta determinata (negli Stati dell’Est europeo come in quelli del Sud del mondo) dal forte rialzo dei tassi deciso dalla Fed nel 1979 (c.d. “*Volcker shock*”): B. ZACCARIA, *Debito e condizionalità? L’amministrazione Reagan e l’ammissione della Polonia al FMI (1981-1986)*, in *Riv. it. storia internaz.*, n. 2/2020, pp. 295 ss., spec. p. 313.

libertà in cambio di protezione, secondo l'ormai noto affresco di Polany¹⁵⁰.

Dinanzi al “contro-movimento” del popolo traumatizzato dal mercato, i bastioni della Rule of Law appaiono intrinsecamente incapaci di agire come invertitori di corrente, potendo al massimo rallentare il ritmo dell'avanzata del potere autocratico¹⁵¹. In assenza di partiti politici democratici, di forti gruppi sociali e di una cultura democratico-liberale diffusa tra la popolazione, difficilmente i contro-poteri “neutri” (giudici e Corte costituzionale, *in primis*) potranno invertire la rotta, anche perché essi sono strutturalmente incapaci di garantire, al posto dei governi populistici, quella sicurezza che le fasce sociali più deboli reclamano¹⁵².

Che l'alleanza tra istituzioni neutrali e di garanzia, quali corti nazionali e Corte di Giustizia, possa fare davvero poco dinanzi al vigente modello economico e alle catene di valore che legano questi Paesi dell'Est-Europa alla c.d. Kern-Europa (Germania, principalmente, nonché Austria e Olanda), è dimostrato dal caso seguente. Allo scoppio della pandemia, il governo ungherese ha adottato una legge fortemente limitativa dei diritti dei lavoratori, cui viene sostanzialmente imposto l'obbligo di accettare, con un contratto aziendale individuale, un lavoro sottopagato senza possibilità di cambiarlo per un periodo minimo di due anni, pena l'obbligo di restituire all'azienda l'equivalente del salario complessivo pattuito per tale periodo, con l'evidente obiettivo di vincolare il lavoratore al posto di lavoro e bloccarne la mobilità. A questa riforma ha fatto seguito lo stabilimento in Ungheria di un grande impianto della BMW, decisione fino a quel momento congelata dai vertici aziendali¹⁵³. Si tratta di punte estreme di una politica

¹⁵⁰ K. POLANY, *La grande trasformazione*, cit. Applicano il modello di Polany all'UE, tra gli altri, M. A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce?*, in *Eur. Law J.*, n. 3/2015, pp. 313-339; M. GOLDMANN, *The Great Recurrence: Karl Polanyi and the Crises of the European Union*, in *Eur. Law J.*, n. 3-4/2017, p. 277 ss.; A. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018; G. GUERRA, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale. Governance economica, opposizione politica e populismo*, in *DPCE*, n. 3/2021, pp. 521-556.

¹⁵¹ B. BUGARIČ, *Central Europe's Descent into Autocracy*, cit., p. 616.

¹⁵² Sull'eccesso di fiducia riposta nelle Corti costituzionali dei nuovi Stati membri dell'Est-Europa, cfr. G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti compositi*, cit., p. 292.

¹⁵³ F. FUBINI, *Operai come schiavi con le leggi di Orbán: in Ungheria i lavoratori senza diritti*, Corriere della Sera del 20 gennaio 2021.

del lavoro che ha radici più profonde e che ha applicato, in maniera estremistica, il modello tedesco delle famigerate riforme Hartz IV del 2004, inducendo gli inoccupati ad accettare lavori sottopagati mediante la drastica riduzione degli assegni di disoccupazione¹⁵⁴.

Con quali strumenti di esaltazione della *Rule of Law* e del ruolo delle reti di giudici e autorità indipendenti si pensa, nell'UE, di bloccare sul nascere simili degenerazioni del capitalismo industriale europeo? Si possono applicare sanzioni economiche alle multinazionali dell'*automotive* che sfruttano la legislazione autoritaria sul lavoro povero? Si può rianimare l'unico soggetto strutturalmente capace di contrastare simili derive, il sindacato, dopo che l'integrazione europea lo ha per anni ignorato se non scientemente boicottato? Si può rianimare un morto¹⁵⁵?

11. (Segue): il costituzionalismo “post-comunista” e la sua diversa idea di Europa

Il secondo profilo, invero connesso al precedente, è quello delle diverse identità costituzionali che caratterizzano le plurime “famiglie” di Stati membri dell'UE. La reazione populista all'insicurezza causata dall'apertura ai mercati e dalle ricette liberali che puntellano quest'ultima, infatti, assume intensità e fisionomie diverse a seconda delle culture storico-politiche in cui tale reazione si colloca¹⁵⁶.

Il discorso *mainstream* sull'imperativo identitario della tutela della *Rule of Law* nell'UE sembra corrispondere solo a una di queste famiglie, quella degli Stati fondatori più grandi: Germania, innanzitutto, ma anche Italia e, forse, la stessa Francia, cui seguirono, con varie sfumature, Grecia, Spagna e Portogallo. Per questi Stati, l'uscita dalla

¹⁵⁴ A. ARTNER, *Inside Hungary's 'Work-Based Society'*, cit., che parla di «*compulsory workfare*».

¹⁵⁵ Nelle procedure di adesione dei Paesi dell'Est Europa (ammessi nel 2004), si nota una differente valutazione dei diritti civili e politici rispetto a quelli sociali: mentre i primi hanno costituito un campo privilegiato di indagine delle istituzioni comunitarie, che ne hanno progressivamente precisato i contenuti, non altrettanta cura è stata posta nella valutazione dei diritti sociali. Cfr. L. CAPPUCIO, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, cit.

¹⁵⁶ D. RODRIK, *Populism and the Economics of Globalization*, in *Journal of Internat. Business Policy*, 2018.

Seconda guerra mondiale (o dai regimi instauratisi alla vigilia di questa, come per Spagna e Portogallo) corrispose all'uscita dai regimi nazisti, fascisti o comunque autoritari (per la Francia, vedasi il regime di Vichy). Il costituzionalismo che li caratterizzò fu, con diverse sfumature, ispirato alla democrazia militante, molto più marcata in Germania, ovviamente, ma presente anche negli altri ordinamenti (l'antifascismo della XII disposizione transitoria della Costituzione italiana e dell'art. 18 di quest'ultima). Come nel mito di Ulisse, questi Stati non solo introdussero contro-poteri alla democrazia maggioritaria, *in primis* le Corti costituzionali e i limiti alla revisione costituzionale, per evitare il ripetersi del rischio di una dittatura della maggioranza e di uno svuotamento dall'interno della democrazia, ma intesero vincolarsi al diritto internazionale generalmente riconosciuto (art. 10, comma primo, della Costituzione italiana), nonché a una struttura sovranazionale (originariamente l'ONU, implicitamente richiamato dall'art. 11 Cost.), per meglio puntellare l'edificio costituzionale interno con ulteriori *checks and balances* esterni¹⁵⁷. Più in generale, questi Stati membri promossero l'idea di integrazione europea quale elemento connaturato al proprio costituzionalismo, finalizzato a scongiurare qualsiasi tentazione nazionalista e, come tale, bellicista.

Questa idea di democrazia militante tesa ad accoppiare costituzioni nazionali e ordinamenti sovranazionali, di stampo prevalentemente tedesco e in parte italiano, non è però condivisa da tutti gli Stati membri. Per il Regno Unito e i Paesi scandinavi, in particolare, valeva e vale il diverso modello del "costituzionalismo evolutivo" ("evolutionary constitutionalism"), mentre per quelli dell'Est Europa vale il modello del "costituzionalismo post-comunista"¹⁵⁸.

Il costituzionalismo evolutivo di Regno Unito e Paesi scandinavi non aveva ragioni storiche per aderire alla narrazione di un'UE quale ancora di salvezza rispetto al rischio di regressioni fasciste o autoritarie, preferendo modernizzare il proprio modello costituzionale incentrato

¹⁵⁷ A. MORAVCSIK, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, in *International Organizations*, (2000), 54, p. 217-252; J.-W. MÜLLER, *L'enigma democrazia. Le idee politiche dell'Europa del novecento*, Torino, 2012, pp. 182, 199 s.; G. PALOMBELLA, *The EU's sense of the rule of law and the issue of its oversight*, cit., p. 13.

¹⁵⁸ Cfr. S. REHLING LARSEN, *The European Union as 'Militant Democracy'?*, in *iCourts Working Paper Series*, No. 232/2021.

sulla sovranità parlamentare, senza sconvolgerlo¹⁵⁹. E non apparirà casuale che nessuno di questi Stati membri abbia aderito, pur avendone le credenziali, all'Unione monetaria (la Norvegia non ha neppure aderito all'UE, stante i plurimi esiti negativi dei referendum popolari¹⁶⁰). Degno di nota che, per i Paesi scandinavi caratterizzati da una forte tradizione social-democratica, il crollo di alcune democrazie europee tra le due Guerre non fu causato da un "eccesso di democrazia" (tirannia delle maggioranze e simili), bensì da un "eccesso del mercato" e dalle disegualianze sociali estreme cui questo eccesso condusse¹⁶¹. Una narrativa un tempo presente anche in una parte della cultura italiana, ma che la conversione delle sinistre al potere salvifico del mercato negli anni Novanta ha a lungo silenziato¹⁶².

Il costituzionalismo "post-comunista", come è stato stipulativamente battezzato, accomuna i Paesi europei dell'ex-blocco sovietico sotto un punto di vista fondamentale: il recupero della sovranità grazie al "ritorno all'Europa"¹⁶³. Lungi dal costituire un ulteriore livello (sovranazionale) di istituzioni contro-maggioritarie, l'UE ha rappresentato per questi Stati la promessa della restaurazione della sovranità perduta in seguito alle occupazioni nazista e sovietica prima e dopo la fine della Seconda guerra mondiale. Nessun mito fondatore "antinazionalista", come quello che caratterizzò Germania e Italia, in cui nazionalismo coincideva e coincide con bellicismo (vedi art. 11 della Costituzione italiana e art. 24.2 del *Grundgesetz* tedesco); piuttosto un mito "vittimista" che addossa ad altri (Germania nazista e Unione sovietica) la responsabilità del fallimento della breve esperienza di Stati-nazione sperimentata dopo la caduta dei grandi Imperi centrali alla fine della Prima guerra mondiale¹⁶⁴. In questo breve lasso di tempo,

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Cfr. D. E. TOSI, *Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea*, in *DPCE*, n. 4/2014, pp. 1591 ss.

¹⁶¹ S. REHLING LARSEN, *The European Union as 'Militant Democracy'?*, cit., p. 12.

¹⁶² Cfr. A. BARBA, M. PIVETTI, *La scomparsa della sinistra in Europa*, Reggio Emilia, 2016; S. CESARATTO, G. ZEZZA, *Farsi male da soli. Disciplina esterna, domanda aggregata e il declino economico italiano* (2018), in *Quad. Dip. Econ. Pol e Stat.*, n. 793 – dicembre 2018, in *Econpapers.repec.org*; G. AZZARITI, *Diritto o barbarie*, cit., pp. 154 ss.

¹⁶³ S. REHLING LARSEN, *The European Union as 'Militant Democracy'*, cit., pp. 16 ss.

¹⁶⁴ Cfr. S. REHLING LARSEN, *The European Union as 'Militant Democracy'*, cit., pp. 17 s., che si richiama alle opere di T. Snyder.

gli Stati membri dell'Est-Europa non furono democrazie costituzionali, bensì regimi parlamentari claudicanti, dalle forti venature autoritarie¹⁶⁵, le cui tendenze nazionaliste furono variamente sobillate dagli Stati europei più potenti, i quali puntavano a giocarle contro i propri rivali¹⁶⁶.

Pur rischiando l'eccessiva semplificazione, può affermarsi che per questi Stati il "ritorno all'Europa" ha rappresentato e rappresenta l'antitesi del mito del "costituzionalismo post-fascista" (noi avremmo detto un tempo "anti-fascista"), di cui l'integrazione europea è ormai diventata parte integrante¹⁶⁷. In ogni caso, tale costituzionalismo non si basa certo sulla diffidenza verso la volontà popolare e la fiducia nelle istituzioni "contro-maggioritarie" interne ed esterne allo Stato.

Oltre a questo, da un punto di vista meno costituzionalistico, gli Stati dell'ex blocco sovietico sono caratterizzati da un eccesso di memoria storica (si veda il mito negativo del Trattato del Trianon che ridusse drasticamente l'Ungheria e creò multiple minoranze magiare tutt'ora disperse in diversi Paesi confinanti¹⁶⁸), difficilmente riconducibile alla narrazione di fondo che unifica gli Stati membri dell'Europa occidentale, prevalentemente accomunati da un passato di potenze coloniali e dalla consapevolezza delle proprie responsabilità nel crollo dell'equilibrio delle forze a base dello "*Ius Publicum Europaeum*"¹⁶⁹.

Questo eccesso di storia o, piuttosto, di miti nazionali, aiuta a spiegare la direzione che il "contro-movimento" polanyano ha assunto in questi Paesi dell'Est Europa, dopo lo scoppio della crisi economica e l'approfondimento delle politiche neoliberali che l'austerità ha facilitato¹⁷⁰.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 18.

¹⁶⁶ M. MAZOWER, *Le ombre dell'Europa. Democrazia e totalitarismi nel XX secolo*, Milano, 2018, pp. 38 s., p. 53 ss.

¹⁶⁷ S. REHLING LARSEN, *The European Union as 'Militant Democracy'*, cit., p. 18.

¹⁶⁸ Cfr. D. SANTORO, *Il riferimento ideale di Orbán non è Putin ma la Grande Ungheria*, in *Limesonline* (28 aprile 2022), in cui si evidenzia la minaccia delle leggi ucraine sull'omologazione delle minoranze che accomuna tanto la sensibilità ungherese che russa.

¹⁶⁹ Cfr. la rivisitazione critica di T. SNYDER, *La paura e la ragione. Il collasso della democrazia in Russia, Europa e America*, Milano 2018, pp. 82 ss., recentemente ripresa da S. REHLING LARSEN, *European public law after empires*, in *European Law Open* 1, pp. 6-25, in *Doi.org*.

¹⁷⁰ B. BUGARIČ, *Central Europe's Descent into Autocracy*, cit., *passim*; D. RODRIK, *Populism and the Economics of Globalization*, cit., *passim*.

12. Conclusioni

È alla luce di quanto sopra che sembra quanto mai utopistico, se non velleitario patrocinare un'idea forte di identità costituzionale europea per fronteggiare simili tendenze, in assenza della volontà dell'UE di rimettere in discussione il proprio modello socioeconomico, assieme alle decisioni sull'allargamento imposte dalla geopolitica. Il modello socioeconomico continua a ispirarsi al neoliberalismo e/o alla "solidarietà competitiva", ossia al mercato quale dispositivo capace di realizzare l'unica forma ammissibile di giustizia redistributiva, ove a esser premiati non sono tanto i singoli competitori privati, bensì i "sistemi-paese", cioè le economie nazionali complessivamente intese, come la crisi economica ha impietosamente rivelato¹⁷¹. Quel modello non punta su reti sociali di sindacati e partiti europei, posto che le identità collettive "di classe" sono le più penalizzate dal modello neoliberale fondato sull'apertura dei mercati dei capitali¹⁷². Quel modello punta – almeno retoricamente – sui singoli individui, illudendosi che la competizione economica ne distraiga gli istinti belluini¹⁷³ e ignorando l'opposto scenario fatto di individui "perdenti" che cercano protezione nelle identità etno-nazionali. Tanto più queste ultime sono forti e/o culturalmente radicate, tanto più facile sarà attrarre il consenso popolare attorno al modello illiberale e paternalista, come accaduto in Ungheria e Polonia.

Ma non si tratta solo di competizione interindividuale, come accennato. Sembra, invero, confermarsi quanto già prefigurato nel lontano 2000 da Streeck, secondo cui Stati piccoli e/o economicamente omogenei, realizzando la specializzazione settoriale quale risposta all'accresciuta competizione territoriale indotta dal mercato unico, hanno la tendenza a privilegiare la difesa della propria sovranità entro

¹⁷¹ Cfr. W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 2000/1, 18 ss.; A. SOMMA, *Quando l'Europa tradi se stessa*, cit., pp. 136 ss.; O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016; F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016; M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione*, Napoli, 2016.

¹⁷² Cfr., volendo, A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'Euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016.

¹⁷³ Cfr. M. DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata, 2017, pp. 158 ss. Sul modello antropologico dell'individuo neoliberale, cfr. anche A. CANTARO, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino, 2021, spec. pp. 25 ss.

l'UE, spingendo contemporaneamente per l'adesione ai principi del libero mercato internazionale. Il modello è quello di «piccole comunità di destino economico (...), più o meno confortevolmente radicate in un mercato di grandi dimensioni», modello la cui capacità di integrazione della società europea complessivamente intesa appariva già nel 2000 assai dubbio¹⁷⁴. Finché quelle “comunità di destino economico” con scarsa propensione all'integrazione erano prevalentemente gli Stati membri minori con solide tradizioni democratiche e di tutela dei diritti dell'uomo (come ad es. la Danimarca), pochi si ponevano il problema; quando, poi, la scelta delle “nuove” comunità è stata quella di farsi anche comunità di destino etno-nazionale, oltre che economico, quale contrappeso alla forza alienante del mercato de-solidarizzato, i membri del “club Europa” hanno cominciato a storcere il naso, giustamente spaventati dalla minaccia di regresso illiberale.

Nei sistemi statuali federali o composti (“multilivello”), la garanzia da parte del centro del godimento di uguali diritti non solo civili ma anche sociali è stata la ricetta per la tenuta delle varie componenti politico-territoriali dell'ordinamento. «(L)'espansione del *welfare* e dei diritti sociali [ha] comportato una forte dinamica centralizzatrice, frutto della spinta egualitaristico-redistributiva e perciò unificante dei diritti sociali stessi»¹⁷⁵. Il moto che caratterizza l'UE è intrinsecamente differente: i diritti sociali e dei lavoratori non sono garantiti dal centro, il quale, oltre a incaricarsi di impartire pesanti dosi di austerità alla bisogna, si limita a imporre, attraverso la via giudiziaria, l'accesso paritario dei singoli cittadini “mobili” al *welfare* altrui, con un elevato tasso di agnosticismo circa la possibilità che gli Stati scelgano di garantire la non discriminazione verso il basso anziché verso l'alto, magari privatizzando sanità e previdenza¹⁷⁶. Una tendenza che, lungi dal dischiu-

¹⁷⁴ W. STREECK, *Il modello sociale europeo*, cit., p. 20. Cfr., per una prospettiva parzialmente sovrapponibile, G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico. Relazione al XXXI Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 20 s.

¹⁷⁵ P. CARROZZA, *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomie*, in ID., A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, II ed., Roma-Bari, 2014, p. 947 s., cit. da G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, cit., p. 32.

¹⁷⁶ Cfr. M. FERRERA, *Towards an 'Open' Social Citizenship? The New Boundaries of Welfare in the European Union*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, pp. 24 ss.; F. DE WITTE, *Transnational Solidarity and the Mediation of Conflict of Justice in Europe*, in *Eur. Law Journ.*, Vol.

dere potenzialità integratrici, si è rivelata facile preda delle pulsioni di chiusura all'immigrazione intraeuropea, sotto lo slogan del "turismo del welfare"¹⁷⁷.

Che questa tendenza possa essere ribaltata dal nuovo moto dei finanziamenti europei del NGEU, ottenuti tramite l'emissione comune di debito pubblico, appare dubitabile. Quei finanziamenti non sembrano revocare in dubbio la filosofia dei fondi strutturali e di coesione, ove non esiste vera politica redistributiva tra classi abbienti e meno abbienti, bensì una politica regionale diretta a correggere le asimmetrie tra aree economiche forti e deboli, senza guardare a chi sia il soggetto sociale che maggiormente beneficia di tali politiche regionali¹⁷⁸ (magari gli azionisti di quella BMW che, godendo di incentivi europei, apre uno stabilimento nell'illiberale Ungheria, giovandosi delle leggi magiare sui bassi salari e sul contratto individuale in deroga di quello collettivo: cfr. *supra*, § 10).

Oltre alla solidarietà para-federale, all'UE manca la legittimazione per imporre una narrazione condivisa attraverso l'educazione scolastica¹⁷⁹. Dove sono, per l'Unione europea, «*Les hussards noirs de la République*» che (ri-)costruiscono l'identità dei francesi dopo il crollo del Secondo Impero seguito alla sconfitta nella guerra contro la Prussia del 1870?¹⁸⁰ L'appello dell'ex ministro Paolo Savona per una scuola co-

18, 2012/5, pp. 701-704; A.J. MENÉNDEZ, *Which Citizenship? Whose Europe? – The Many Paradoxes of European Citizenship*, (2014) 15, *German Law Journal*, pp. 917 s. Per un calzante esempio, cfr. CGUE, sentt. 25 novembre 2020, C-302/19, *INPS* c. WS, § 39; C-303/19, *INPS* c. VR, § 30.

¹⁷⁷ Cfr., volendo, A. GUAZZAROTTI, *Unione europea e conflitti tra solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, parte III; S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the European Union*, Napoli, 2019.

¹⁷⁸ Cfr. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, cap. V.

¹⁷⁹ Cfr. T. SNYDER, *La paura e la ragione. Il collasso della democrazia in Russia, Europa e America*, cit., p. 89, che critica la carente educazione storica dei cittadini degli Stati europei, contrapponendo il mito della "nazione saggia" degli Stati occidentali e mediterranei (secondo cui la scelta dell'integrazione europea sarebbe stata dettata dalla lezione appresa dalla catastrofe della guerra, mentre, in realtà, si trattò di garantire un atterraggio morbido alla perdita degli stati-impero o con politiche coloniali), al mito della nazione "vittima" degli Stati centro-orientali frutto della disgregazione degli imperi centrali.

¹⁸⁰ I piccoli ussari neri della Repubblica sono i maestri della scuola pubblica laica francese creata dalle leggi "Ferry", rievocati dal romanzo di Charles Péguy, *L'argent*, del 1913: cfr. [Fr.wikipedia.org](http://fr.wikipedia.org).

mune europea¹⁸¹ sembra destinato a restare utopia, ma si tratta di una carenza per cui non sembrano darsi equivalenti funzionali.

Che l'apparato di dispositivi messi in campo dall'UE per bypassare le vischiosità politiche dell'art. 7 TUE possa davvero far prevalere l'omogeneità dei valori negli Stati membri sembra, alla luce di quanto si è appena detto, alquanto velleitario. L'approccio della giurisdizionalizzazione dei valori, finalizzato a potenziare l'*enforcement* di questi ultimi secondo una logica verticale, più che all'autentica integrazione valoriale nell'UE, sembra piuttosto perseguire l'obiettivo di condurre all'auto-espulsione di quegli Stati membri illiberali ritenuti ormai irredimibili prima che il loro esempio contagi le forze politiche e gli elettorati di altri Stati membri. Prima che si cementi l'idea di poter trasformare dall'interno l'UE, attraverso alleanze di governi autoritari della maggioranza degli Stati membri. Tale obiettivo, oggi evidentemente messo in discussione dalla situazione geopolitica creatasi con la guerra Russo-Ucraina, non sembra comunque capace di risolvere il problema dei valori nell'UE, bensì solo di procrastinarne l'urgenza.

* * *

ABSTRACT

ITA

L'evoluzione dei Trattati dell'UE segnano un irrobustimento dei valori che dovrebbero caratterizzare l'identità degli Stati membri e dell'Unione, cui si affianca quello delle condizioni politiche per l'adesione e l'introduzione di procedure per paralizzare gli Stati che, una volta ammessi, non rispettino più quelle condizioni (artt. 2, 49 e 7 TUE). Similmente alle clausole di omogeneità delle costituzioni federali, l'*enforcement* dei valori dell'Unione è stato a lungo ritenuto appannaggio del solo vertice politico. Dinanzi alle chiare involuzioni illiberali di Ungheria e Polonia e allo stallo delle procedure dell'art. 7 TUE, l'UE ha sperimentato prima strumenti di *soft law*, poi la via dei contenziosi giurisdizionali, da cui è derivata, però, un'escalation di dimensioni preoccupanti. Nel 2022 è stato finalmente approvato il regolamento sulla condizio-

¹⁸¹ Cfr. D. MARANI, *Scuola europea*, in *Euronews.it*.

nalità (2020/2092) per colpire “la borsa” dei Paesi responsabili di violare la *Rule of Law* in modo da pregiudicare il bilancio dell'UE, in contemporanea all'approvazione del NGEU. I ricorsi di Ungheria e Polonia contro tale regolamento sono stati respinti dalla CGUE con due sentenze in cui si esalta la dimensione identitaria dell'UE e l'imperativo di difendere i propri valori, nonostante i chiari limiti posti dall'art. 7 TUE. L'articolo mette in guardia dall'ottimismo istituzionale di chi ha visto in tale evoluzione un'ennesima prova di costituzionalizzazione dell'UE, rimarcando la perdurante asimmetria tra gli strumenti giuridico-sanzionatori para-federali e le scarse credenziali democratiche dell'UE. La condizionalità del regolamento 2092 è strettamente imparentata con quella che guidò le inadeguate procedure di adesione degli Stati dell'Est; al pari di quella, essa non appare in grado di attingere alle cause profonde che stanno alla base della mancata adesione sociale diffusa ai valori del costituzionalismo democratico.

EN

The evolution of the EU Treaties testifies a deepening of the values that should characterize the identity of both the Member States and the Union, alongside that of the political conditions for accession and the juridification of the procedure to paralyze those States that, once admitted, no longer comply with such conditions (Articles 2, 49 and 7 TEU). Like homogeneity clauses in federal countries, the enforcement of the Union's values has long been considered the prerogative of the political branch alone. Faced with the rule of law backsliding in Hungary and Poland and the stalemate of the procedures of art. 7 TEU, the EU first introduced soft law instruments, then tried with judicial litigation, which resulted, however, in an escalation of worrying dimensions. In 2022, the regulation on conditionality (2020/2092) was finally approved with the aim of hitting “the purse” of the countries responsible for violating the Rule of Law impairing the EU budget, simultaneously with the approval of the NGEU. The CJEU rejected both the Polish and the Hungarian challenges to this regulation with two judgments in which the identity dimension of the EU and the imperative to defend its values are exalted, despite the clear reservation to politics set by art. 7 TEU. The article warns against the institutional optimism of those blessing this evolution as another proof of constitutionalization of the EU, pointing out the unsettled asymmetry between the para-federal tools of enforcement and the poor democratic credentials of the EU. The conditionality of Regulation 2092 is closely related to that which guided the inadequate accession procedures of the Eastern States; like that, it does not appear to be able to grasp the reasons underlying the lack of widespread social adherence to the values of democratic constitutionalism.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)