



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2022, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale †
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS
Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Ana C. Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elspeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravalle, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Michele Nino, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Anna Oriolo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Teresa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Angel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Festa, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione linguistica degli abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario
2022, n. 1

NUMERO TEMATICO

**Il ruolo delle Corti nella costruzione dello Spazio europeo di libertà,
sicurezza e giustizia**

Presentazione

Angela Di Stasi p. 1

Editoriale

Corti europee e giudici nazionali nel prisma della tutela dei diritti fondamentali p. 5
Gaetano De Amicis

Saggi, Articoli e Commenti

L'ordine pubblico processuale e la tutela dei diritti di difesa tra Corti europee e italiane p. 40
Michela Capozzolo

Alla ricerca di una definizione del diritto d'asilo nell'ottica di una riforma di sistema: quale ruolo per le Corti europee? p. 73
Erika Colombo

Diritto di adire un giudice nel sistema "integrato" CEDU-UE e strumenti "deflattivi" del contenzioso a partire dal caso *Succi e altri c. Italia* p. 97
Claudia Colucci

Il ruolo delle giurisdizioni nazionali in materia di aiuti di Stato nell'ambito dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia p. 128
Silvia Marino

Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Claims Arising out of Smart Contracts under the Brussels I Regulation (recast) and on the Blockchain p. 151
Ana Mercedes López Rodríguez

Predisposizione ai rapporti di schiavitù e ruolo del diritto internazionale privato al vaglio della giurisprudenza CEDU sulla maternità surrogata p. 172
Loredana Mura

La giurisprudenza "concorrenziale" della Corte di giustizia UE e della Corte EDU rispetto alla tutela dei singoli soggetti a sanzioni p. 209
Daniele Musmeci



- Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore p. 237
Egeria Nalin
- Judicial Dialogue between National Constitutional Judges and EU Judges in the Context of the Single Supervisory Mechanism: Opportunity for a Reverse Preliminary Ruling? p. 258
Ilaria Ottaviano
- Il mancato rinvio pregiudiziale d'interpretazione nello spazio giudiziario europeo: quale tutela multilivello per i singoli? p. 279
Cinzia Peraro
- Presunzione di innocenza, informazione giudiziaria e diritti fondamentali p. 308
Francesco Rotondo
- Lo spazio europeo di tutela dei minori di età e il crescente ruolo del principio dei *best interests of the child* in relazione alla "Direttiva rimpatri" con particolare riferimento alla causa C-112/20 p. 338
Sabrina Vannuccini



Editoriale

CORTI EUROPEE E GIUDICI NAZIONALI NEL PRISMA DELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Gaetano De Amicis*

SOMMARIO: 1. Problemi e prospettive dell’attuazione del diritto europeo in una realtà pluriordinamentale. – 2. Necessità, forme e modalità del “dialogo” tra le Corti. – 3. Verso un sistema integrato di rapporti fra i giudici nazionali e le Corti europee. – 4. Il nuovo “attivismo” della Corte costituzionale e il concorso dei rimedi esperibili dai giudici nazionali nel rapporto con la Corte di giustizia. – 5. Aspetti problematici del dialogo con la Corte di Strasburgo. – 6. Verso la costruzione di un quadro comune dei principi di indipendenza e imparzialità della magistratura nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali. – 7. La progressiva affermazione del *rule of law* nelle procedure della cooperazione giudiziaria penale. – 8. Le modalità di accertamento delle violazioni del *rule of law* e l’insufficienza dell’apparato sanzionatorio previsto nel Trattato UE. – 9. Il collegamento tra i principi dello Stato di diritto e il meccanismo di condizionalità finanziaria per la protezione del bilancio dell’Unione.

1. Problemi e prospettive dell’attuazione del diritto europeo in una realtà pluriordinamentale

L’evoluzione del diritto europeo registra, specie in questi ultimi anni, una costante proliferazione delle fonti di produzione del diritto e un fenomeno di conseguente osmosi tra corpi normativi di diversa origine (euro-unitaria e convenzionale), la cui reciproca interferenza e interdipendenza concorrono ad una estensione del catalogo dei diritti fondamentali e delle loro esigenze di tutela, imponendo al giudice di applicare il diritto nazionale non solo alla luce della normativa dell’Unione europea, ma anche della elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia UE e della Corte europea dei diritti dell’uomo¹.

* Consigliere della Corte di Cassazione. Indirizzo e-mail: gaetano.deamicis@giustizia.it.

¹ Per un quadro aggiornato di tale evoluzione e delle relative problematiche v. L. SALVATO, *La complessità del sistema delle fonti del diritto: le norme costituzionali e sovranazionali*, in www.questionegiustizia.it, 9 febbraio 2022, p. 3 ss. In generale, sul tema, v. V. SCIARABBA, *Tra Fonti e Corti*, Padova, 2008, p. 27 ss.; C. PINELLI, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali nella prospettiva della giurisprudenza italiana. Una ricostruzione*, in *Scritti in onore di A. Pace*, Napoli, 2012; G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici*, Napoli, 2012, p. 226 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezioni tra diritto penale e fonti*

Entro una prospettiva progressivamente orientata alla ricerca dei connotati comuni di una “nomofilachia” europea si colloca, in particolare, il vaglio di legittimità esercitato dalle Alte Corti nazionali², il cui ruolo è quello di individuare la regola di definizione del caso confrontandosi direttamente non solo con il quadro dei principi costituzionali interni, ma anche con le forme e i meccanismi di tutela dei diritti fondamentali che emergono dalla normativa sovranazionale così come interpretata nella giurisprudenza delle Corti europee³.

Un compito delicato e complesso, fondato sulla consapevolezza di un mutamento culturale che fa di ogni giudice nazionale un giudice europeo, chiamato, per un verso, a sviluppare una comune cultura di tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva della *fairness* processuale, per altro verso, e soprattutto, a coordinare le relazioni fra l’assetto degli ordinamenti interni e gli impulsi provenienti dalle più diverse normative esterne, anche di origine convenzionale, utilizzando gli strumenti dell’interpretazione conforme, quando la stessa è consentita, ovvero del rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TFUE, come pure dell’interpello preventivo che, a seguito dell’entrata in vigore del Protocollo 16 della CEDU (dal nostro Paese non ancora ratificato), può essere presentato per ottenere dalla Corte di Strasburgo una *advisory opinion* non vincolante ai fini della interpretazione di una norma convenzionale rilevante nella decisione del caso concreto.

In tal modo, il controllo di legittimità che può essere esercitato dalle Corti supreme nazionali estende il suo oggetto dalla sfera normativa “interna” a quella europea, con l’obiettivo di definire in modo tendenzialmente uniforme gli effetti che sull’ordinamento interno possono derivare, sia pure con modalità e in forme diverse, dalla esecuzione delle sentenze delle due Corti europee.

Sempre più incisiva, inoltre, appare – ad es. in tema di garanzie fondamentali dello Stato di diritto e di individuazione delle condizioni per l’applicazione del principio del *ne bis in idem*, ovvero nelle materie del reciproco riconoscimento e della cooperazione giudiziaria penale, della immigrazione e dell’asilo – l’opera di travaso negli ordinamenti nazionali dei principi affermati da numerose pronunzie della Corte di giustizia.

sovranazionali, Roma, 2012, p. 14 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2012, p. 149 ss.; M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Relazione tenuta nell’Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Santiago de Compostela, 16-18 ottobre 2014, p. 2 ss.; A. DI STASI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L’applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, Napoli, 2019; F. VIGANÒ, *L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, *Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in D. GALLIANI, E. SANTORO (a cura di), *Europa umana. Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque*, Pisa, 2020, p. 777 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 2020, n. 5, p. 493 ss.

² Sulle difficoltà e le ambiguità insite nel processo di costruzione di una “nomofilachia europea” v. R. RORDORF, *La Corte di cassazione e la Corte Edu*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo, Gli Speciali di Questione Giustizia*, 2019, n. 4, p. 112 ss.

³ Cfr. G. DE AMICIS, *La ricezione della legislazione e della giurisprudenza europea negli Stati membri*, Editoriale di *Eu crim*, 2020, n. 4, p. 253 ss.

La loro progressiva assimilazione, grazie alla feconda opera di mediazione emersa nel sempre più stretto rapporto di interazione dialogica tra l'attività interpretativa delle Corti supreme nazionali e di quella europea, ha consentito di elaborare nuove prospettive di apertura in direzione dell'obiettivo di massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali, così come enunciato dalle regole di salvaguardia contenute nelle corrispondenti previsioni dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali e della CEDU, favorendo al contempo una diversa e più forte percezione della rilevanza del ruolo che la giurisprudenza europea può assumere nella evoluzione della giurisprudenza delle Corti di legittimità.

La verifica del grado di tutela in concreto riconosciuto ai diritti fondamentali costituisce pertanto un compito riservato al giudice nazionale, non meno che alle due Corti europee, al fine di garantire l'obiettivo di una interpretazione tendenzialmente uniforme dei diritti nell'intero spazio territoriale della "Grande Europa"⁴.

Entro questa prospettiva, l'attivazione dei cd. "controlimiti" costituzionali rappresenta inevitabilmente una ipotesi di *extrema ratio* e deve essere come tale riservata a situazioni eccezionali e non altrimenti superabili di contrasto fra la norma euro-unitaria ed uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

Se gli obiettivi della cooperazione reciproca e della volontà di dialogo fra i diversi attori europei della giurisdizione non fossero costantemente perseguiti sul piano strettamente istituzionale e su quello, ad esso parallelo, della concreta sperimentazione delle prassi applicative, risulterebbero inevitabilmente pregiudicati non solo i rimedi necessari per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale nei settori disciplinati dal diritto UE (*ex artt.* 19 TUE, 47 della Carta e 6 CEDU), la coerenza fra i rispettivi ordinamenti e il corretto esercizio delle relative competenze della Corte di giustizia, ma la stessa solidità dell'intero sistema europeo di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali.

Sotto altro, ma connesso profilo, l'ampia opinabilità che nella prassi corrente presentano l'interpretazione e l'applicazione di tali diritti rischia tuttavia di determinare l'insorgere di problematiche inerenti al rapporto con i principi costituzionali e i tratti identitari di ciascuno degli ordinamenti nazionali.

Nell'ordinamento italiano è sufficiente richiamare, per quel che attiene al rapporto con il sistema di garanzie delineato dalla CEDU, il problema della ammissibilità della confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva, ammessa dalla Corte di cassazione anche in caso di prescrizione di tale reato (sempre che ne siano accertati tutti gli elementi costitutivi)⁵, mentre per quanto riguarda il rapporto con le disposizioni dei Trattati (*ex art.* 325, parr. 1 e 2, TFUE) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è sufficiente considerare i nodi interpretativi legati alla non omogenea valenza semantica del principio di legalità penale nel raffronto fra l'art. 49 della Carta e l'art. 25, comma 2,

⁴ Sulle connotazioni assunte dalla più recente evoluzione dei rapporti fra le Corti v. A. RUGGERI, *L'equilibrio nei rapporti tra Corti europee e Corti nazionali: un'autentica quadratura del cerchio possibile solo in prospettiva de iure condendo*, in *questa rivista*, 2021, n. 3, p. 9 ss.

⁵ Corte di Cassazione, Sez. III, ordinanza del 20 maggio 2014, n. 20636.

Cost., dove tende a prevalere l'esigenza di determinatezza del precetto penale (secondo quanto è di recente emerso dalle numerose pronunce emesse nel corso della nota vicenda "Taricco").

In entrambi i casi ora ricordati l'intervento della Corte costituzionale si è rivelato decisivo per l'affermazione di due garanzie fondamentali dell'ordinamento interno: nel primo caso, l'assicurazione della tutela del bene pubblico dello sviluppo ordinato del territorio⁶, nel secondo caso il diritto derivante dal necessario rispetto dei profili essenziali di prevedibilità, determinatezza ed irretroattività del principio di legalità penale⁷.

In relazione a ciascuna di tali situazioni, infatti, le Corti europee hanno modificato gli orientamenti interpretativi inizialmente delineati, ma alle rispettive conclusioni ben difficilmente sarebbe stato possibile giungere senza un deciso intervento del giudice costituzionale, finalizzato alla ricerca di un obiettivo di integrazione "sistemica" e non "frazionata" dei diversi livelli di tutela originati dal concorso di norme non bene coordinate e fra loro in potenziale contrasto.

La Grande Camera della Corte EDU si è pronunciata⁸, con una decisione del 28 giugno 2018, confermando la natura sostanzialmente "penale" della confisca urbanistica, ma avvicinandosi, per taluni profili, alla pronuncia resa dalla Consulta nel 2015 e riconoscendo la compatibilità della confisca urbanistica con una sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, purché venissero rispettati i presidi indicati dalla Convenzione EDU nel comminare le "sanzioni penali"⁹.

Successivamente, in linea con tale impostazione ermeneutica, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato il principio secondo cui la confisca prevista dall'art. 44, comma 2, del d.P.R. del 6 giugno 2001, n. 380, può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato determinata dalla prescrizione, purché la sussistenza del fatto sia stata già accertata, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il pieno contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio, in

⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 26 marzo 2015. Sul tema cfr. V. ZAGREBELSKY, *Corte Cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *AIC - Osservatorio Costituzionale*, 2015, p. 1 ss.; F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, Anno XI, 2018, n. 1, p. 5 ss.; R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta OnLine*, 2015, p. 4 ss.; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *www.forumcostituzionale.it*, 30 aprile 2015, p. 1 ss.

⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 31 maggio 2018. Al riguardo v. le considerazioni critiche espresse da M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 11 luglio 2018, p. 8 ss.

⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 28 giugno 2018, ricorsi nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*.

⁹ Per una complessiva ricostruzione dei diversi passaggi della complessa vicenda v. F. GRASSELLI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza della Corte EDU*, in *questa rivista*, 2020, n. 2, p. 5 ss.

applicazione dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., non può proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento¹⁰.

Al contempo non può non rilevarsi la lungimirante opera di prudente bilanciamento che la Corte di Giustizia ha saputo condurre nella decisione finale resa sul caso “Taricco”¹¹, attraverso il richiamo all'importanza delle tradizioni costituzionali comuni e all'esigenza di una interpretazione idonea a far confluire i principi fondativi dell'identità costituzionale di uno Stato membro nella più vasta area di quelle tradizioni, cui è a loro volta assegnato il compito di concorrere alla formazione del diritto euro-unitario e di ispirarne in maniera decisiva la stessa evoluzione, in un rapporto di feconda tensione dialettica con il profilo della identità nazionale dei singoli Stati membri¹².

Nella prospettiva ora indicata, ciascuna giurisdizione, interna o europea, è chiamata a rispettare il proprio ruolo all'interno di una armoniosa e consapevole distinzione di piani, evitando di rimanere confinata nel ristretto perimetro del proprio circuito operativo, ma sforzandosi al tempo stesso di rimuovere eventuali ambizioni di “supremazia” e di attivare buone prassi di dialogo e di confronto attraverso lo sviluppo di forme di cooperazione idonee a favorire la formazione di una comune nomofilachia europea.

Uno sforzo, questo, che occorre perseguire anche sul piano della crescita culturale e del rafforzamento degli attuali strumenti di formazione professionale di tutti gli operatori della giustizia, valorizzando ad esempio quelle forme di scambio informativo e di comunicazione reciproca di provvedimenti, di esperienze concrete e di tecniche decisorie, che sono alla base dei Protocolli d'intesa rispettivamente stipulati dal 2015 fra le Alte Corti nazionali, la Corte di Strasburgo e la Corte di Giustizia, nel quadro di una sempre più stretta cooperazione volta a favorire, da un lato, una più approfondita conoscenza delle specificità di ogni ordinamento nazionale, anche all'interno della parallela iniziativa legata alla realizzazione di una vera e propria “Rete” di Corti superiori europee, dall'altro lato l'obiettivo di una maggiore partecipazione delle Corti nazionali al processo di costruzione del diritto “vivente” sovranazionale, quale parte integrante e costitutiva di un comune patrimonio giuridico europeo¹³.

¹⁰ Cass., SS.UU., sentenza n. 13539 del 30 gennaio 2020, *CED Cass.*, n. 278870. Sulla scia di tali indicazioni la Corte ha inoltre precisato che, ai fini della valutazione della conformità della confisca dei terreni al principio di protezione della proprietà di cui all'art. 1 del Prot. n. 1 CEDU, come interpretato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, il giudice deve valutare, alla luce degli interventi eventualmente adottati dall'interessato e da questi specificamente provati, la proporzionalità di tale misura ablatoria, accertando se la stessa sia l'unica misura adeguata a ripristinare la conformità urbanistica dell'area interessata (Cass., sez. III, sentenza n. 3727 del 20 novembre 2020, *CED Cass.*, n. 280871).

¹¹ Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza del 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, causa C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

¹² In generale, sul tema, v. l'ampia raccolta di scritti a cura di A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Napoli, 2017.

¹³ Si veda, per tali profili, la Relazione del Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, P. CURZIO, sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021, Roma, 21 gennaio 2022, in www.cortedicassazione.it, p. 234 ss.

2. Necessità, forme e modalità del “dialogo” tra le Corti

L'inesistenza di una gerarchia fra le fonti e la configurazione dei rapporti inter-ordinamentali in termini di equi-ordinazione o di parità orizzontale impone, come si è rilevato¹⁴, la costante ricerca di ragionevoli prospettive di compatibilità e giustifica la necessità del dialogo fra le Corti¹⁵, nel rispetto effettivo del principio di leale collaborazione e cooperazione, in vista del comune fine di concretizzazione dei diritti fondamentali e di garanzia della *Rule of Law*.

In tale prospettiva, dunque, diventa centrale il ricorso a prassi di collaborazione e coordinamento che, oltre alla ricerca *ex post* di soluzioni virtuose, consentano di scongiurare *ex ante* le aporie del sistema, prevenendo il rischio di eventuali contrasti ermeneutici. Nel nuovo ordine giuridico un innovativo modello d'integrazione appare perciò suggerito dalle peculiari modalità del confronto fra giudici interni e sovranazionali, soprattutto fra le Corti supreme e le giurisdizioni sovranazionali, in modo da comporre le antinomie e salvaguardare, nel contempo, l'autonomia dei protagonisti dell'orizzonte interpretativo¹⁶.

Un meccanismo cooperativo di particolare rilievo è quello delineato dal Protocollo addizionale n. 16 alla CEDU, poiché le giurisdizioni di vertice dello Stato parte possono presentare alla Corte di Strasburgo, nell'ambito di una causa pendente, la richiesta di un parere consultivo, non vincolante, e prevenire così più facilmente l'insorgere di una possibile violazione della Convenzione attraverso i rimedi interni concessi dall'ordinamento¹⁷.

La trama composita dei principi generali enunciati nell'articolato tessuto normativo della CEDU necessita inevitabilmente di una concretizzazione che solo il caso portato alla cognizione del giudice permette di cogliere ed eseguire con accuratezza.

Sotto altro profilo, tuttavia, va sottolineata la natura non vincolante del parere consultivo, che fa salva l'autonomia decisionale del giudice nazionale, ferma restando la

¹⁴ G. CANZIO, *Dire il diritto nel XXI secolo*, Milano, 2022, p. 355 ss.

¹⁵ Sul tema, in generale, v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, p. 45 ss.

¹⁶ G. CANZIO, cit., p. 354 ss.

¹⁷ Sul tema v. R. SABATO, *Sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema Penale*, 16 dicembre 2019; R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 e perché?*, *ivi*, 28 dicembre 2019. Per una lettura critica dell'istituto, cfr. M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, *ivi*, 27 novembre 2019. Si vedano, inoltre, i numerosi contributi pubblicati in www.giustiziainsieme.it: A. RUGGERI, *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, 22 ottobre 2020; C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, 3 novembre 2020; E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, 18 novembre 2020; C.V. GIABARDO, *Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts*, 28 novembre 2020; E. CANNIZZARO, *La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n. 16*, 8 dicembre 2020; S. BARTOLE, *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare*, 13 gennaio 2021; B. NASCIBENE, *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*, 29 gennaio 2021. Per un quadro d'insieme, v. E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Rivista AIC - Osservatorio Costituzionale*, 2 marzo 2021, p. 51 ss.

facoltà della parte interessata di adire successivamente la Corte EDU in sede giurisdizionale.

S'intravede, nella previsione della richiesta di un parere consultivo, non solo la possibilità di una funzione deflattiva della mole dei ricorsi proposti dinanzi alla Corte di Strasburgo, ma anche, e soprattutto, l'agevolazione dei compiti di armonizzazione dei giudicati nazionali (siano essi di natura costituzionale o di legittimità), con la conseguente istituzionalizzazione di un canale privilegiato per il dialogo fra le Corti, per certi versi analogo al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹⁸.

Probabile, entro tale prospettiva, la conseguenza di un avvicinamento della fisionomia della Corte EDU e del suo ruolo istituzionale a quelli di una Corte costituzionale, con una decisa valorizzazione della centralità del giudice nazionale, e in particolare di quello di ultima istanza, chiamato a scegliere discrezionalmente se attivare o meno la relativa procedura, trasformando, anche attraverso la via alternativa di un'eventuale interpretazione conforme alle norme convenzionali, la sua connaturale funzione di giudice della nomofilachia¹⁹.

Nel rapporto che deve instaurarsi tra le Corti supreme e la Corte EDU è rinvenibile dunque "lo spirito di un dialogo decisorio cooperativo", dove l'intervento in fase consultiva della Corte europea "non chiude la partita dell'interpretazione" ma contribuisce alla sua evoluzione, prospettando nuclei argomentativi ai quali il giudice nazionale, se del caso, potrà contrapporre altri, patrocinando una diversa possibile opzione esegetica che potrebbe in seguito assumere un rilievo decisivo qualora si pervenisse alla fase del giudizio dinanzi alla Corte EDU²⁰.

Il dialogo, come osservato, deve essere infatti bidirezionale, mirando a realizzare un'opera comune, animata dalla buona fede e dal rispetto della prospettiva altrui. La costruzione della giurisprudenza europea "necessita dei mattoni che i giudici nazionali le offrono a fondamenta dell'edificio ed esige ascolto reciproco"²¹.

Proprio da tale prospettiva di fondo ha preso le mosse la Corte costituzionale nel riconoscere il vincolo del giudice nazionale a recepire la CEDU nel significato fatto proprio dalla Corte EDU, ma alla condizione che esso si sia "consolidato" nella forma del "diritto vivente"²².

Si legge, infatti, nella sentenza n. 49 del 2015 che «è solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a

¹⁸ A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2018, p. 334 ss.; R. CONTI, *La richiesta di parere consultivo alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta On Line*, 18 maggio 2014, p. 9 ss.

¹⁹ Al riguardo v. A. RANDAZZO, cit., p. 335 ss.

²⁰ Per tali profili problematici v. le considerazioni espresse da G. LATTANZI, *Dialogo tra le Corti e il caso Taricco*, in R. CHENAL, I. A. MOTOC, L. A. SICILIANOS, R. SPANO (eds.), *Intersecting Views on National and International Human Rights Protection: Liber Amicorum Guido Raimondi*, Wolf Legal Pubns, 2019, p. 417 ss.

²¹ G. LATTANZI, cit., p. 420.

²² Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 26 marzo 2015; Cass., SS.UU., sentenza n. 8544 del 24 ottobre 2019, dep. 3 marzo 2020, in *CED Cass.*, n. 278054.

fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo». Prima di tale “sedimentazione”, la posizione della Corte di Strasburgo, secondo l’impostazione delineata dal giudice delle leggi e fatta propria anche dalla Corte di cassazione, potrebbe evolversi e mutare in forza degli argomenti che le vengono proposti dagli stessi giudici nazionali, se ritenuti persuasivi nella prospettiva delle garanzie convenzionali.

Quali possono essere, tuttavia, le forme e le condizioni del dialogo?

Anzitutto, un linguaggio comune, che richiede lo sforzo di precisare con cura il significato delle espressioni alle quali si ricorre, posto che non sempre all’apparente univocità della formula semantica corrisponde anche un’identità di contenuto da un ordinamento all’altro.

In secondo luogo, la condivisione delle informazioni, ovvero l’introduzione nel dialogo del maggior numero possibile di spiegazioni sul proprio ordinamento giuridico e su come funzionano gli istituti ai quali occorre fare ricorso per decidere la questione.

In terzo luogo, il rispetto delle altrui competenze esclusive, ossia lo sviluppo del dialogo sul solo terreno di incontro (e di regolazione dei confini) delle potestà decisionali coinvolte nella questione, senza porre invece in discussione la materia interamente attratta nell’orbita di una soltanto di esse.

Infine, la multilateralità del dialogo, ovvero un approccio che non si esaurisca nel raffronto delle posizioni dei dialoganti, ma tenga in considerazione quelle delle altre Corti, nazionali ed europee, non solo alla ricerca di una comune tradizione costituzionale cui ispirarsi, ma anche nella prospettiva di un’ipotesi di soluzione del caso concreto che possa fungere da regola generale per analoghe situazioni²³.

3. Verso un sistema integrato di rapporti fra i giudici nazionali e le Corti europee

Il progressivo emergere dell’insufficienza delle originarie formule della primazia del diritto europeo, da un lato, e della disapplicazione, dall’altro, in quanto ispirate entrambe ad una rigida concezione gerarchica delle fonti del diritto, mostra la particolare complessità, e il carattere talora antinomico, delle relazioni fra le diverse discipline all’interno di un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, con la necessità di attivare un coordinamento tra le giurisdizioni, onde evitare conflitti e pervenire a soluzioni che, nel tutelare i diritti dei singoli, riescano a contemperare le diverse interpretazioni possibili del diritto interno e di quello sovranazionale²⁴.

S’impone, per tale via, la messa in campo di un più ampio sforzo ermeneutico in capo al giudice comune, nel solco delle direttrici della c.d. interpretazione conforme o adeguatrice, con riferimento a sistemi di tutela e a fonti normative di diversa origine ed efficacia: *a)* alla Costituzione e alle sentenze della Corte costituzionale; *b)* alla Carta dei

²³ G. LATTANZI, cit., p. 422 ss.

²⁴ G. CANZIO, cit., p. 350 ss.

diritti fondamentali e al diritto dell'Unione europea, oltre che alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo; c) alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che presentano, ciascuna di esse, una propria autonomia concettuale a fronte dell'esigenza di unità, coerenza e completezza dell'ordinamento che la Corte di cassazione è chiamata a garantire nell'esercizio della sua funzione nomofilattica.

È possibile, tuttavia, che la violazione di un diritto fondamentale infranga allo stesso tempo, sia pure per differenti profili, la Costituzione italiana e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, involgendo anche l'apprezzamento delle garanzie convenzionali.

Proprio in relazione a tali, ormai sempre più frequenti, evenienze emerge il delicato ruolo del giudice nell'ambito dei rapporti fra gli ordinamenti europeo e costituzionale, con le conseguenti problematiche del concorso di rimedi giurisdizionali e del riparto del sindacato di compatibilità, rispetto ai parametri interni ed europei di massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico, da interpretare comunque «in armonia con le tradizioni costituzionali comuni»²⁵.

Sempre più ampia, in tale quadro, appare la gamma degli strumenti istituzionali (dalla disapplicazione all'interpretazione conforme, dal rinvio pregiudiziale alla richiesta di un parere non vincolante alla Corte EDU) disponibili per mettere in collegamento i giudici nazionali e le Corti sovranazionali, nella cornice di un più generale *principium cooperationis* che dovrebbe guidare la progressiva formazione di una comune dimensione giurisprudenziale di matrice europea.

Nel quadro di un *principium cooperationis* che si è sviluppato e rafforzato in decenni di collaborazione con le giurisdizioni nazionali, il rapporto tra i giudici nazionali e la Corte di Lussemburgo ha registrato la progressiva formazione di un sistema integrato, che in una logica interattiva e non gerarchica, fatta di reciproci apporti e contributi di riflessione, ha cercato da entrambi i versanti di assicurare il pieno rispetto e l'efficace applicazione del diritto dell'Unione.

Sono, questi, obiettivi prioritari alla cui realizzazione concorrono a pari titolo sia la Corte di giustizia che i giudici nazionali, perché se la definizione del principio di diritto è riservato dai Trattati alla Corte, sono i giudici nazionali che, oltre a promuovere l'intervento della Corte, devono poi farsi carico delle modalità e delle condizioni di applicazione di quel principio, per poterlo concretamente immettere nell'ordinamento di appartenenza²⁶.

Non si tratta affatto di una “mera operazione meccanica”, che vede il giudice nazionale in un ruolo “notarile o di puro esecutore”, poiché egli dovrà calare il principio enunciato dalla Corte all'interno delle specifiche dinamiche processuali, cercando non solo di coordinarlo con i principi del proprio ordinamento, ma, se del caso, di risolvere i

²⁵ G. CANZIO, cit., p. 351.

²⁶ A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, n. 1, p. 22 ss.

problemi che da tale trasposizione possono emergere in un sistema complesso, che ha le proprie regole e i propri meccanismi di funzionamento.

Solo una “visione schematica e riduttiva del rapporto tra le giurisdizioni potrebbe autorizzare una diversa conclusione e indurre a pensare che quel rapporto si esaurisca nella “supina acquiescenza al responso di una fonte superiore o speciale, alla quale cedere automaticamente il passo”²⁷.

Ed è proprio in questo delicato snodo dei rapporti fra giudici nazionali e Corte di giustizia che possono affiorare divergenze o contrasti con il diritto dell’Unione, delineando un arco di questioni problematiche essenzialmente legate all’applicazione di un sistema multilivello di diritti, che solo una decisa predisposizione al dialogo ed uno sforzo di elaborazione concettuale volto a superare le eventuali difficoltà sui due versanti dell’unico processo d’integrazione possono consentire di risolvere nel perseguimento delle comuni finalità.

I limiti di una visione “italocentrica” nell’impostazione dei rapporti con le Corti europee emergono con chiarezza dalla vicenda oggetto della decisione assunta dalla Corte di giustizia con la sentenza *Randstad* del 21 dicembre 2021²⁸, con la quale si è affermato che, per garantire l’applicazione del diritto dell’UE e porre rimedio ad una violazione imputabile ad una sentenza del Consiglio di Stato, non occorre che questa debba poter essere impugnata per tale ragione dinanzi alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione.

Sollecitata dalla Corte di cassazione a valutare, in sede di rinvio pregiudiziale, l’istituto dell’eccesso di potere giurisdizionale come interpretato dal diritto vivente italiano, la Grande Sezione ha rifiutato di svolgere il “ruolo arbitrale” che le veniva richiesto in ambito europeo²⁹, escludendo che la violazione del diritto dell’Unione perpetrata dal supremo organo di giustizia amministrativa possa vulnerare il principio di effettività là dove il sistema interno escluda che i partecipanti all’aggiudicazione di una pubblica gara possono contestare la conformità al diritto dell’Unione della sentenza del giudice amministrativo di ultima istanza nell’ambito di un ricorso dinanzi all’organo giurisdizionale supremo di tale Stato membro.

La sentenza ha infatti dichiarato priva di «attinenza con l’oggetto della controversia» la questione dell’esclusione dell’esperibilità del ricorso *ex art. 111*, ultimo comma, Cost., per censurare l’immotivata violazione da parte del Consiglio di Stato, quale organo giurisdizionale di ultima istanza, dell’obbligo di rinvio pregiudiziale, a fronte dell’espressa istanza di una parte.

Il diritto europeo, secondo tale decisione, non impone agli Stati membri di istituire mezzi di ricorso straordinari al fine di assicurare il rispetto dell’obbligo di rinvio pregiudiziale formulato dai Trattati e interpretato dalla Corte di giustizia, chiudendo così

²⁷ A. TIZZANO, cit., p. 24.

²⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 21 dicembre 2021, *Randstad*, causa C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037.

²⁹ Cfr. la Intervista di R. CONTI a R. RORDORF, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull’eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i “seguiti” a Corte Giust., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?*, in www.giustiziainsieme.it, 31 gennaio 2022, p. 3 ss.

il dibattito concernente la possibilità di fondare direttamente sulle regole della normativa europea il problema interno della qualificazione del rifiuto di disporre un rinvio, da parte di un giudice che ne sarebbe tenuto, come una violazione del riparto delle giurisdizioni dell'ordinamento nazionale.

Sotteso alla indubbia rilevanza della questione è il conflitto insorto fra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione a seguito della restrittiva interpretazione del ricorso *ex art. 111*, ultimo comma, Cost. operata con la sentenza n. 6 del 2018 del giudice delle leggi, che, “sconfessando la concezione c.d. dinamica dell'eccesso di potere giurisdizionale (anche quella più moderata), lo ha sostanzialmente svuotato di contenuto”³⁰. La Corte di cassazione ha dunque sollecitato, senza ottenerla, una risposta della Corte di giustizia che desse sostegno al recupero di una concezione più aderente alla *ratio* e alle finalità del ricorso e al sistema plurale di giurisdizioni.

Pur senza fugare i dubbi, anche sotto il profilo della eventuale percorribilità di altre strade per porre rimedio alla violazione, là dove si afferma che «nessun elemento menzionato nella domanda di pronuncia pregiudiziale o nelle osservazioni presentate alla Corte induce a ritenere a priori che il diritto processuale italiano abbia, di per sé, l'effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, in tale settore del diritto amministrativo dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione», la pronuncia, tuttavia, sembra voler indicare che lo Stato italiano debba prestare nei confronti della violazione di tale obbligo rimedi equivalenti a quelli che sarebbero esperibili nei confronti di violazioni di obblighi analoghi.

Se infatti, come si è rilevato, la violazione dell'obbligo di rinvio non comporta necessariamente, ai sensi del diritto europeo, una violazione del riparto di giurisdizione, essa può tuttavia rilevare, a tal fine, qualora si tratti di una violazione particolarmente qualificata, sì da rientrare nell'ambito della dottrina dell'eccesso di potere giurisdizionale³¹.

Altro aspetto di particolare rilievo da considerare all'interno di un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali è quello legato all'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo³², specie nella prospettiva di porre adeguati rimedi a carenze, talora strutturali o “sistemiche”, dei singoli ordinamenti, in modo da creare i presupposti per la costruzione di basi normative di riferimento ancor più solide in vista dei futuri sviluppi dell'integrazione interordinamentale.

³⁰ V., in termini, L. SALVATO, cit., p. 14.

³¹ Cfr. la Intervista di R. CONTI a E. CANNIZZARO, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i “seguiti” a Corte Giust., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?*, in www.giustiziainsieme.it, 22 febbraio 2022, p. 9 ss., ove si sottolinea la necessità e, al contempo, la difficoltà di identificare, nell'indistinta galassia dell'obbligo di rinvio che grava sul giudice nazionale, due distinte figure: l'obbligo non qualificato, la cui violazione è integra semplicemente come un errore nell'applicazione dei criteri indicati dalla Corte di giustizia e l'obbligo qualificato, la cui violazione leda, invece, prerogative indefettibili della Corte di giustizia.

³² G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *Gli effetti della giurisprudenza della Corte EDU sull'ordinamento italiano: prospettive di diritto penale sostanziale*, in G. GRASSO, A.M. MAUGERI, R. SICURELLA (a cura di), *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della giurisprudenza delle Corti europee sull'ordinamento penale italiano*, Pisa, 2020, p. 261 ss.

Tra i profili problematici di maggior rilievo, ai fini della completa predisposizione di un quadro di strumenti processuali in grado di garantire piena tutela nel caso di accertata violazione della CEDU da parte della Corte di Strasburgo, va annoverata senza dubbio la lacuna da tempo riscontrata nel processo civile ed in quello amministrativo, che si avvia ad essere colmata grazie alle previsioni contenute nella legge delega 23 novembre 2021, n. 206, recante principi e criteri direttivi con i quali il legislatore si è dimostrato attento all'esigenza di tutelare i diritti dei terzi ed il «rispetto nei loro confronti della certezza del diritto garantita dalla *res iudicata*», espressamente sottolineati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 123 del 2017³³.

L'esigenza di tutela al riguardo sottolineata dalla richiamata decisione del giudice delle leggi costituisce, infatti, l'oggetto del criterio direttivo stabilito dall'art. 1, comma 10, della richiamata legge-delega, secondo cui i decreti-delegati dovranno «prevedere che, nell'ambito del procedimento per revocazione a seguito di sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, siano fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede che non hanno partecipato al processo svoltosi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo».

Novità in parte analoghe, inoltre, si registrano sul versante penale, dove l'art. 1, comma 13, lett. o), della legge 27 settembre 2021, n. 134, mira a sostituire, quanto alle impugnazioni straordinarie, l'attuale «revisione europea»³⁴ attraverso l'introduzione di «un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio», e attribuendo alla Suprema Corte «il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo».

Il nuovo rimedio dovrà essere attentamente coordinato con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest'ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l'incidente di esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p., risolvendo i numerosi aspetti problematici che si pongono a livello giurisprudenziale, specialmente per la delicata questione dei c.d. «fratelli minori», relativamente ai limiti dell'eventuale estensione delle decisioni della Corte di Strasburgo a soggetti diversi dal ricorrente.

4. Il nuovo «attivismo» della Corte costituzionale e il concorso dei rimedi esperibili dai giudici nazionali nel rapporto con la Corte di giustizia

Avviato il superamento del canone della «doppia pregiudiziale», costituzionale ed europea, a seguito del nuovo indirizzo inaugurato con la sentenza n. 269 del 14 dicembre

³³ Sul tema v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, L. SALVATO, cit., p. 12 ss.

³⁴ Introdotta nel nostro sistema a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 113 del 2011, che dichiarò costituzionalmente illegittima «la mancanza di un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando sia necessario, ai sensi dell'articolo 46, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti umani, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani».

2017, la Corte costituzionale si è progressivamente discostata dalla tradizionale posizione³⁵ secondo cui la questione di compatibilità comunitaria costituiva un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, mirando ad assumere un ruolo più attivo nel dialogo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia, attraverso un sensibile ampliamento delle sue prerogative allorché si tratti di applicare direttamente non soltanto le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, ma anche disposizioni di diritto derivato che a quest'ultima siano riconducibili³⁶.

Esempio paradigmatico di tale nuovo corso può intravedersi nelle due domande di rinvio pregiudiziale formulate alla Corte di giustizia per stabilire se, oltre i casi tassativamente previsti dalla legge nazionale e dalla decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, l'autorità giudiziaria italiana possa rifiutare di dare esecuzione ad un mandato di arresto europeo anche in altre particolari, e non esplicitamente previste, evenienze³⁷, così ampliando il *numerus clausus* delle ipotesi ostative alla consegna.

Senza accordare un carattere obbligatorio alla proposizione in via prioritaria della questione di costituzionalità, anche in caso di contrasto con disposizioni direttamente applicabili della Carta dei diritti fondamentali, il nuovo rapporto delineato con i giudici comuni viene complessivamente rimodulato in una triplice prospettiva: a) se le disposizioni parametro della Carta non sono autoapplicative, essi devono rivolgersi alla

³⁵ Corte costituzionale, sentenza del 13 luglio 2007, n. 284; Corte costituzionale, sentenza del 29 dicembre 1995, n. 536.

³⁶ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 21 febbraio 2019, n. 20; Corte costituzionale, sentenza del 21 marzo 2019, n. 63; Corte costituzionale, sentenza del 10 maggio 2019, n. 112; Corte costituzionale, sentenza del 29 marzo 2021, n. 49; Corte costituzionale, sentenza del 30 luglio 2021, n. 182. Sul tema v. R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra Corti nella definizione di un "livello comune di tutela" dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 2020, n. 3, p. 74 ss.

³⁷ Con l'ordinanza n. 216 del 18 novembre 2021 il giudice delle leggi ha chiesto alla Corte di giustizia di stabilire se l'art. 1, par. 3, della citata decisione quadro, letto alla luce degli art. 3, 4 e 35 della Carta dei diritti fondamentali, debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di esecuzione, ove ritenga che la consegna di una persona, afflitta da gravi patologie di carattere cronico e potenzialmente irreversibili, possa esporla al pericolo di subire un grave pregiudizio alla sua salute, debba richiedere all'autorità giudiziaria emittente le informazioni che consentano di escludere la sussistenza di questo rischio, e sia tenuta a rifiutare la consegna allorché non ottenga assicurazioni in tal senso entro un termine ragionevole. Con la coeva ordinanza n. 217 la Corte ha inoltre chiesto di chiarire se la indicata normativa di diritto derivato osti ad una disciplina, come quella italiana, che, nel quadro di una procedura finalizzata all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, precluda in maniera assoluta e automatica alle autorità giudiziarie di esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo. Sui profili investiti da tale ultima ordinanza v. le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione con l'ordinanza n. 10371 del 4 febbraio 2020; v., inoltre, a seguito della restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale con la sentenza n. 61 del 2021, Corte di cassazione, sentenza n. 35953 del 8 luglio 2021, in *CED Cass.*, n. 282353, secondo cui sono applicabili al cittadino di Stato terzo non appartenente all'Unione europea, richiesto in consegna, le tutele in tema di radicamento ed esecuzione della pena sul territorio italiano previste dall'art. 18 *bis*, comma 2, della legge 22 aprile 1965, n. 69, nel testo previgente alla modifica introdotta dal d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10, nei procedimenti in cui, secondo la disciplina transitoria dettata dall'art. 28 dello stesso decreto, alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni la corte di appello avesse già ricevuto il mandato d'arresto europeo o la persona richiesta in consegna fosse stata già arrestata ad iniziativa della polizia giudiziaria. Al riguardo v., inoltre, le riflessioni di C. AMALFITANO e M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 2022, n. 1, p. 20 ss.

Corte costituzionale, com'è sempre stato; b) se le disposizioni parametro della Carta sono autoapplicative, sarebbe opportuno che essi comunque si rivolgersero alla Corte costituzionale, quale organo in grado di assicurare un sindacato che vada oltre il caso concreto e di offrire – eventualmente interpellando la Corte di giustizia – una soluzione valida *erga omnes*; c) anche in quest'ultimo caso, peraltro, se entrano in gioco i controlimiti, il giudice comune deve comunque rivolgersi alla Corte costituzionale perché dirima la questione, com'è sempre avvenuto³⁸.

Un indirizzo, questo, che, da un lato, deve confrontarsi con la ferma linea interpretativa tracciata dalla Corte di giustizia, secondo cui «l'articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione»³⁹.

Dall'altro lato, deve pur tenere conto dell'orientamento al riguardo seguito dalla Corte di Strasburgo, secondo cui il mancato rinvio pregiudiziale da parte dei giudici interni potrebbe, in determinate circostanze, incidere sul diritto all'equo processo convenzionalmente protetto⁴⁰. Ciò si verificherebbe, a giudizio della Corte, nelle ipotesi in cui il rifiuto di rinviare – opposto da un qualsiasi giudice – si rivelasse arbitrario in ragione del fatto che: a) le norme processuali non prevedono eccezione alcuna all'obbligo di rinvio; b) il mancato rinvio è giustificato sulla base di ragioni diverse da quelle previste dalle norme processuali; c) il rifiuto di rinviare si fonda su quelle ragioni ma non è adeguatamente motivato. Secondo la Corte EDU, in particolare, l'art. 6, par. 1, CEDU pone in capo ai giudici nazionali un obbligo di motivazione, specialmente quando la decisione di non attivare il giudizio in via incidentale è ammessa dall'ordinamento di riferimento in circostanze eccezionali. Sulla scorta di tali premesse, la Corte di Strasburgo ritiene essere suo compito quello di assicurare che il rifiuto dell'autorità giudiziaria di procedere al rinvio avvenga nelle ipotesi espressamente previste dall'ordinamento di riferimento e sia adeguatamente motivato.

Obbligo che anche la Corte di Lussemburgo ha di recente ribadito per i giudici nazionali di ultima istanza, rammentando che, di regola, «qualora non esista alcun ricorso giurisdizionale di diritto interno avverso la decisione di un giudice nazionale,

³⁸ T. GUARNIER, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2021, n. 2, p. 13 ss.

³⁹ *Ex multis v.* Corte di giustizia, sentenza del 20 dicembre 2017, *Global Starnet*, causa C-322/16, ECLI:EU:C:2017:985.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 8 aprile 2014, ricorso n. 17120/09, *Dhaby c. Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 settembre 2011, ricorsi nn. 3989/07 e 38353/07, *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*. Sul tema v. A. ROVAGNATI, *Mancato rinvio pregiudiziale di questioni interpretative concernenti il diritto euro-unitario e diritto a un giusto processo ex art. 6 CEDU. Brevi considerazioni a margine della decisione Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*, in *AIC*, 14 marzo 2012, n. 1, p. 2 ss.

quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE quando è chiamato a pronunciarsi su una questione d'interpretazione del diritto dell'Unione»⁴¹.

L'incrocio di tali concorrenti, e non agevolmente componibili, impostazioni ermeneutiche spiega la ragione per la quale il «concorso di rimedi giurisdizionali» tende ad essere costruito dal giudice delle leggi in chiave non escludente ma complementare, lasciando però intendere che il percorso maggiormente in sintonia con il nuovo indirizzo seguito dalla giurisprudenza costituzionale sia quello che vede il giudice comune investire «in prima battuta» la Corte costituzionale, che, a sua volta, deve valutare se richiedere, o meno, l'intervento della Corte di giustizia operando il rinvio interpretativo pregiudiziale: rinvio che, in passato, si era ritenuto facoltativo sul rilievo che nel giudizio incidentale di costituzionalità la Corte costituzionale non può ritenersi giurisdizione di ultima istanza, tale essendo solo quella del giudizio principale secondo il relativo regime delle impugnazioni⁴².

In altri termini, il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale porta a ritenere ammissibile la proposizione di questioni di legittimità costituzionale sollevate deducendo la violazione della Carta dei diritti fondamentali o del diritto europeo, primario o derivato, quali parametri interposti, eventualmente in concorso con parametri interni, sempre che il giudice rimettente escluda, in modo anche solo meramente plausibile, la possibilità di disapplicare la normativa interna di cui si prospetti un possibile contrasto con il diritto europeo *self-executing*. Ciò consente al giudice comune, senza obbligarlo, di investire in «prima battuta» la Corte costituzionale con la proposizione dell'incidente di costituzionalità. Il «carattere prioritario» del giudizio costituzionale non esclude, tuttavia, la possibilità, in qualsiasi fase del processo, di operare il rinvio pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia.

In definitiva, la Corte costituzionale ritiene che la complementarietà del concorso di rimedi giurisdizionali consente di disegnare una serie di percorsi processuali (dall'incidente di costituzionalità deciso senza previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, al rinvio pregiudiziale seguito dalla decisione del giudizio principale da parte del giudice *a quo*, ovvero dal rinvio pregiudiziale seguito da un incidente di costituzionalità sollevato dal giudice *a quo* alla questione di costituzionalità sollevata contemporaneamente al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia), che valorizzano il dialogo tra il giudice costituzionale e quello europeo, favorendo «la

⁴¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi S.p.A. c. Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.*, causa C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799. Nel ribadire il principio del primato del diritto dell'Unione e l'efficacia del procedimento di rinvio pregiudiziale, la Grande Sezione della Corte di Lussemburgo ha precisato, con la sentenza del 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS*, che l'art. 2 e l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE ostano ad una normativa o ad una prassi nazionale (nel caso di specie si trattava dell'ordinamento rumeno) che consenta di contestare un illecito disciplinare ad un giudice nazionale per qualsiasi inosservanza delle decisioni della Corte costituzionale nazionale e, in particolare, per avere disapplicato una decisione con la quale quest'ultima aveva rifiutato di ottemperare ad una sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia.

⁴² G. AMOROSO, *La «doppia pregiudiziale» e l'individuazione della Corte (costituzionale o di giustizia) cui il giudice può rivolgersi «in prima battuta»*, in *Foro it.*, 2022, V, c. 5.

formazione di una nomofilachia costituzionale integrata mediante l'osmosi dei parametri, nazionali (diretti) ed europei (interposti), in modo flessibile ed equilibrato", in modo da elevare lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali nel rispetto delle specificità essenziali e della stessa identità del sistema costituzionale nazionale⁴³.

Un mutamento di prospettiva, questo, che, osservato nel suo insieme, non solo rischia di marginalizzare il compito dei giudici comuni, ma ne rende estremamente complesse le modalità di esercizio, poiché, prima ancora di decidere se rivolgersi anche, o solamente, alla Corte costituzionale, essi sono chiamati a stabilire se la disposizione della Carta dei diritti fondamentali interessata nel caso concreto sia o meno direttamente applicabile ovvero – e le due questioni non paiono affatto sovrapponibili – se la normativa primaria europea di riferimento lasci o meno margini di discrezionalità al legislatore statale in vista della sua attuazione.

A tal fine, in assenza di precedenti, il giudice comune potrebbe dover interpellare direttamente la Corte di giustizia perché chiarisca il significato e la portata applicativa del quadro normativo, ma in tal caso, una volta rimessa la questione sull'efficacia della normativa (primaria o fondamentale) avrebbe poco senso non interpellare la Corte anche nel merito dell'interpretazione o dell'eventuale questione di validità, dal momento che, venuta meno l'obbligatoria priorità della questione di legittimità, l'opportunità di quella precedenza potrebbe essere facilmente controbilanciata dalle esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del processo⁴⁴.

Se, da un lato, si rischia di assistere ad una graduale erosione, imprevedibile per estensione ed effetti, dell'area coperta dal meccanismo dell'applicazione diretta predisposto per la risoluzione delle antinomie riguardanti norme dell'Unione *self-executing* (meccanismo indispensabile per l'affermazione del primato del diritto eurounitario), è pur vero, dall'altro lato, che la sistematizzazione teorica di un ordine cronologico di esercizio delle due pregiudizialità (ancorandone i presupposti al carattere discrezionale o meno dell'attuazione normativa nei riguardi della norma sovranazionale)⁴⁵ non risulterebbe comunque sorretta da precise indicazioni positive e il

⁴³ G. AMOROSO, cit., c. 10 ss.

⁴⁴ T. GUARNIER, cit., p. 17 ss., secondo cui è facile pronosticare che il prossimo terreno di conflitto possa coinvolgere anche il rapporto con i giudici comuni: dal versante della Corte di giustizia, infatti, potrebbero incontrarsi resistenze in caso di indebita estensione dell'area del diritto eurounitario derivato "attratto" nella sfera di rilevanza costituzionale; dal lato della Corte costituzionale, inoltre, potrebbero verificarsi resistenze in caso di indebita estensione delle disposizioni sui principi e i diritti cui venga riconosciuta efficacia autoapplicativa; dal lato dei giudici comuni, infine, potrebbero rivendicarsi spazi di autonomia nei confronti dell'una e dell'altra (tramite il sostegno all'affermazione della discrezionalità statale, nei confronti della prima; tramite il sostegno della diretta applicabilità, nei confronti della seconda).

⁴⁵ Su tali profili, e in particolare sul problema relativo ai criteri di giudizio che il giudice interno è tenuto a seguire in caso di concorrenza tra sistemi di tutela dei diritti fondamentali, v. le considerazioni di F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 3, p. 9 ss., secondo cui se la Corte costituzionale decidesse di utilizzare la Carta dei diritti fondamentali come parametro del giudizio di costituzionalità non potrebbe adottare un'interpretazione "costituzionalmente orientata" della stessa, poiché una sua autonoma interpretazione potrebbe pregiudicare l'esigenza di uniformità del diritto dell'Unione. Ciò non toglie, tuttavia, che la Corte costituzionale, al pari degli altri giudici nazionali, possa fornire alla Corte di giustizia un contributo prezioso per l'interpretazione della

giudice comune che non vi si conformasse non potrebbe certo esser tacciato di aver dato vita ad una decisione giuridicamente viziata, rimanendo le tecniche decisorie dell'applicazione diretta e del sindacato accentrato di costituzionalità comunque soggette a libere ed insindacabili opzioni del singolo giudice⁴⁶.

5. Aspetti problematici del dialogo con la Corte di Strasburgo

Analoghi problemi di coordinamento si pongono, peraltro, nel dialogo avviato dai giudici comuni con la elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU, la cui stabilità interpretativa dovrebbe costituire un obiettivo altamente auspicabile, occupandosi tale giudice di diritti violati, non di norme violate, con i relativi conflitti esegetici che ne derivano, a partire dalla esatta comprensione dell'area semantica del dato testuale.

Proprio perché rivolta alla disamina del caso concreto ed immersa, alla luce dei principi di equità e proporzionalità, nella verifica delle caratteristiche della vicenda processuale nel suo complesso, la Corte di Strasburgo può essere adita solo dopo l'esaurimento di tutti i controlli interni, occupandosi di casi già definiti in ambito nazionale, perché coperti dal giudicato.

Un insieme di fattori, questi, che dovrebbero agevolare sia l'individuazione di vicende simili, sia, di conseguenza, la costruzione di modelli di decisione uniformi e vincolanti per i casi futuri, sulla base di una solida e coerente *ratio decidendi*: un prerequisito strutturale ed argomentativo che, tuttavia, nelle pronunce della Corte risulta a volte carente⁴⁷. Nonostante il suo duplice ruolo di giudice del caso concreto e di interprete ufficiale della Convenzione, è spesso difficile isolare nelle sue decisioni le regole dai fatti e "...comprendere quanto esse si presentino davvero con una valenza generale e quanto siano invece il precipitato di scelte modellate sulle specificità fattuali di una particolare vicenda giudiziaria"⁴⁸.

In tal senso basti richiamare le oscillazioni e le incertezze dei giudici europei nella definizione dei contenuti della garanzia convenzionale del *ne bis in idem*: la presenza, in quasi tutti i sistemi, di un doppio binario procedimentale e sanzionatorio (penale ed

Carta e contribuire in tal modo ad una lettura che possa tenere adeguatamente conto dei principi fondamentali del nostro sistema costituzionale.

⁴⁶ Si vedano, al riguardo, le notazioni critiche di A. RUGGERI, *L'equilibrio nei rapporti tra Corti europee e Corti nazionali: un'autentica quadratura del cerchio possibile solo in prospettiva de iure condendo*, cit., p. 22 ss.

⁴⁷ Cfr. P. PAULESU, *Il ne bis in idem processuale nell'orizzonte della CEDU: uno sguardo d'insieme*, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, n. 4, p. 1197 ss.

⁴⁸ R. KOSTORIS, *Per una «grammatica» minima del giudizio di equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1678 ss., il quale rileva come «l'entrata in vigore del Prot. n. 16 alla Conv. eur. dir. uomo il 1° agosto 2018, che prevede la possibilità per i giudici nazionali di presentare un interpello preventivo alla Corte europea per ottenere un parere consultivo sull'interpretazione da dare a una norma CEDU il cui impiego sia rilevante per la decisione di un caso giudiziario pendente presso di loro, potrebbe forse contribuire ad allontanare in parte la Corte dal suo ruolo di giudice dei casi concreti, potenziandone il ruolo nomofilattico e inducendola conseguentemente ad attribuire maggiore rilievo alla trama argomentativa delle sue interpretazioni, lontano dalla contaminazione con i fatti».

amministrativo) per il medesimo fatto storico ed il possibile concorso di procedure e sanzioni (formalmente eterogenee) rischia di delineare uno schema ricostruttivo insidioso per la complessiva tenuta della garanzia convenzionale⁴⁹.

Se, infatti, si muove dal presupposto che il *ne bis in idem* contemplato dall'art. 4 Prot. 7 della Convenzione non trovi spazio al di fuori della materia penale, e che quest'ultima, secondo un approccio rigorosamente formalistico, sia solo quella che il legislatore interno così descrive, il rischio che un soggetto venga perseguito e punito due volte per lo stesso fatto, sul piano penale e amministrativo, è tendenzialmente risolto alla radice, perché le sanzioni penali e le sanzioni amministrative (e le procedure da cui scaturiscono) si collocano su piani giuridici differenti e indipendenti: per valori coinvolti, finalità, peso.

Se, all'opposto, si segue una prospettiva antiformalistica, individuando nella oggettiva gravità della sanzione concretamente applicata (senza che abbia alcun rilievo il dato nominalistico, ossia che il legislatore nazionale la chiami amministrativa o penale) il principale criterio empirico per plasmare e modellare di volta in volta la materia penale (che diventa, così, in questa prospettiva, un concetto a geometria variabile), il problema della effettiva tenuta del *ne bis in idem* inevitabilmente si pone in concreto, sollecitando la Corte EDU a fissare (attraverso giudizi di valore che sottendono inevitabili margini di discrezionalità) i confini del penalisticamente rilevante e, dunque, l'esatto perimetro del divieto convenzionale.

Si è sotto vari profili rilevato come la stessa Corte costituzionale abbia contribuito a delineare una sorta di “decalogo metodologico” al giudice comune al fine di individuare ciò che debba intendersi per “diritto consolidato” della CEDU. Con la sentenza n. 49 del 2015 si è infatti affermato che, se è vero che non è sempre di immediata evidenza la maturazione di un adeguato consolidamento nella giurisprudenza della Corte EDU (specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari), vi sono senza dubbio «indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzianti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano»⁵⁰.

Ora, a fronte di tali evenienze, non vi è alcuna ragione per la quale il giudice comune debba ritenersi obbligato a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una determinata controversia, ma se nel parere consultivo, e non vincolante, previsto nel Protocollo addizionale n. 16 la Corte EDU dovesse far proprio ed avallare un

⁴⁹ V., sul punto, le riflessioni di P. PAULESU, cit., p. 1198.

⁵⁰ Al riguardo v. P. GAETA, *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in www.giustiziainsieme.it, 17 ottobre 2019, p. 9 ss.

precedente orientamento minoritario o episodico, sarebbe davvero possibile sostenere che i contenuti di quest'ultima non assurgano al rango nobiliare di "diritto consolidato"⁵¹?

Sotto altro, ma connesso profilo, si è rilevato che se il principio del precedente, inteso come giurisprudenza "costante", opera certamente nella giurisprudenza della Corte EDU, in funzione sia di legittimazione della Corte sia di creazione di un *acquis* in materia di diritti umani dal quale in linea di principio non si può retrocedere, è pur vero che si è di fronte ad un concetto fluido in relazione alle molteplici particolarità del sistema convenzionale, della struttura e delle prassi giurisprudenziali della Corte⁵².

La Corte di Strasburgo, infatti, non agisce come strumento di uniformazione del diritto interno degli Stati contraenti, che conservano le loro caratteristiche di fondo e di procedura nel quadro dei principi della sussidiarietà e del margine di apprezzamento, ma opera quale strumento di armonizzazione minima del diritto degli Stati contraenti che hanno «un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto», come affermato nel preambolo alla Convenzione.

Entro tale prospettiva, dunque, essa non è un organo che si colloca al vertice di un sistema giudiziario organizzato in modo gerarchico, per cui è più corretto parlare di precedente solo in senso orizzontale, salvo che nella relazione tra camera e Grande Camera, che è di tipo verticale⁵³. La Corte EDU, infatti, adotta una "nozione autonoma" di precedente, come è dimostrato dal fatto che nelle sue decisioni fa ricorso ai "precedenti" per ricordare le regole d'interpretazione delle norme convenzionali prima dell'analisi delle similarità fattuali o, anche, a prescindere da tale analisi: in tal modo, non è chiaro o non viene esplicitato il nesso che lega il precedente al nuovo caso sottoposto all'esame del giudice europeo, il che è particolarmente evidente quando i precedenti citati fanno riferimento a contesti fattuali e normativi completamente diversi dalla fattispecie concreta da decidere.

6. Verso la costruzione di un quadro comune dei principi di indipendenza e imparzialità della magistratura nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali

Sotto altro, ma connesso profilo, è significativo rilevare come, all'interno delle rispettive elaborazioni giurisprudenziali, venga costantemente impiegata, dall'una all'altra delle Corti sovranazionali, una tecnica argomentativa basata su un meccanismo di rimandi alle correlative acquisizioni ermeneutiche sui nodi problematici più rilevanti

⁵¹ Sul punto, in chiave critica, v. le riflessioni di P. GAETA, cit., p. 9 ss.

⁵² Cfr. sul punto i rilievi di M.G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo, Gli Speciali di Questione Giustizia*, 2019, n. 4, p. 128.

⁵³ M.G. CIVININI, cit., p. 131.

delle complesse tematiche dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici nella più ampia prospettiva finalistica di una costruzione condivisa della nozione di *rule of law*⁵⁴.

In tal senso può richiamarsi, a mero titolo esemplificativo, una sentenza emessa dalla Corte di giustizia in relazione ad una serie di questioni pregiudiziali che le erano state sottoposte dalla Corte suprema polacca in ordine al rispetto dei requisiti di indipendenza ed imparzialità nella procedura interna legata all'istituzione della nuova sezione disciplinare, in cui la Corte di Lussemburgo ha ricordato che l'interpretazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali è avvalorata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 6, par. 1, della Convenzione⁵⁵.

Sotto tale profilo la Corte lussemburghese ha utilizzato una serie di argomenti sostanzialmente sovrapponibili alle forme tradizionalmente assunte dal *reasoning* sviluppato dalla Corte di Strasburgo nella disamina di analoghi nodi problematici, evidenziando, in particolare: *a)* che il requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito del giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e del diritto fondamentale ad un equo processo; *b)* che le garanzie di indipendenza e di imparzialità presuppongono l'esistenza di regole relative alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di ricasazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità dell'organo giudiziario rispetto ad elementi esterni e alla sua neutralità rispetto ai contrapposti interessi oggetto di controversia; *c)* che tale insieme di regole deve consentire di escludere non solo qualsiasi influenza diretta, sotto forma di istruzioni, ma anche le forme di influenza più indiretta che possano orientare le decisioni dei giudici preposti alla trattazione del caso.

Nel richiamare espressamente il costante orientamento giurisprudenziale elaborato dalla Corte EDU in relazione al profilo dell'indipendenza, la su indicata decisione della Corte di giustizia ha in particolare osservato che, al fine di determinare se un organo giurisdizionale possa essere considerato «indipendente» ai sensi del menzionato art. 6,

⁵⁴ Al riguardo sia consentito rinviare a G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione* in fieri, in *Sistema penale*, 13 dicembre 2021, p. 24 ss.

⁵⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. v. Krajowa Rada Sądownictwa e CP e DO c. Sąd Najwyższy*, cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982. Nel caso di specie la Corte, richiamando alcuni precedenti della Corte EDU (28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, § 79; 2 giugno 2005, *Zolotas c. Grecia*, § 24 e 25; 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. Francia*, § 67, nonché 18 ottobre 2018, *Thiam c. Francia*, § 80), ha rilevato che, per quanto riguarda le condizioni in cui sono intervenute le nomine dei membri della Sezione disciplinare, il solo fatto che essi siano nominati dal Presidente della Repubblica non è idoneo a creare una dipendenza di questi ultimi nei suoi confronti, né a generare dubbi quanto alla loro imparzialità, se, una volta nominati, gli interessati non sono soggetti ad alcuna pressione e non ricevono istruzioni nell'esercizio delle loro funzioni. È tuttavia necessario garantire, secondo la Corte, che i requisiti sostanziali e le modalità procedurali che presiedono all'adozione delle decisioni di nomina siano tali da non poter suscitare nei singoli dubbi legittimi in merito all'impermeabilità dei giudici interessati rispetto a elementi esterni e alla loro neutralità rispetto agli interessi contrapposti, una volta avvenuta la nomina degli interessati. Sulla evoluzione della giurisprudenza relativa all'ordinamento polacco v. A. FESTA, *L'Unione europea e l'erosione dello Stato di diritto in Polonia*, in questa *Rivista*, 2020, n. 1, p. 145 ss.

par. 1, occorre fare riferimento, segnatamente, alle modalità di nomina e alla durata del mandato dei suoi membri, all'esistenza di garanzie contro il rischio di pressioni esterne e al fatto se l'organo di cui trattasi appaia indipendente⁵⁶, con la precisazione, a quest'ultimo riguardo, che viene in rilievo la fiducia stessa che ogni giudice deve ispirare nei singoli in una società democratica⁵⁷.

Analogo richiamo è stato operato in relazione al requisito della «imparzialità» ai sensi dello stesso art. 6, par. 1, CEDU.

Muovendo dai principi affermati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia parimenti ritiene che tale requisito possa essere valutato in vari modi, ossia nell'ambito di un apprezzamento di tipo soggettivo, tenendo conto della convinzione personale e del comportamento del giudice, vale a dire esaminando se quest'ultimo abbia dato prova di parzialità o di pregiudizi personali nel caso di specie, ovvero secondo un'impostazione oggettiva, consistente nel verificare se il tribunale abbia offerto, segnatamente attraverso l'analisi della sua composizione, garanzie sufficienti per escludere qualsiasi legittimo dubbio sulla sua imparzialità.

Per quanto riguarda, in particolare, la valutazione oggettiva, essa consiste nel chiedersi se, indipendentemente dalla condotta personale del giudice, taluni fatti in concreto verificabili autorizzino a sospettarne l'imparzialità. Sotto questo profilo si afferma che anche le apparenze possono avere importanza e l'elemento in giuoco, ancora una volta, è rappresentato dalla fiducia che i giudici, in una società democratica, devono ispirare nei singoli cittadini, ad iniziare dalle parti del procedimento in esame⁵⁸.

Emergono dunque con evidenza i segni di una “relazione simbiotica” tra le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo sul tema dell'indipendenza della magistratura.

Sotto tale profilo è agevole riconoscere le cadenze del percorso interpretativo tracciato dalla giurisprudenza euro-unitaria in ordine alla delineazione dei contorni del diritto ad un tribunale terzo, imparziale e precostituito per legge ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, in combinato disposto con gli artt. 2 e 19 TUE: un'elaborazione chiaramente orientata con lo sguardo rivolto ai precedenti della Corte EDU.

Emblematico, in tal senso, può ritenersi il caso di una recente decisione con la quale la Corte di giustizia⁵⁹, facendo riferimento alle conclusioni raggiunte dalla Corte EDU nella sentenza resa nel caso *Ástráðsson*, poi sostanzialmente rimaste invariate anche nella sentenza della Grande Camera del 1° dicembre 2020, ha chiaramente valorizzato gli approdi interpretativi raggiunti dalla Corte di Strasburgo, formulando un analogo *test* di

⁵⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 novembre 2018, ricorsi nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, § 144.

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 giugno 2011, ricorso n. 8014/07, *Fruni c. Slovacchia*, § 141.

⁵⁸ Cfr., in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 maggio 2003, ricorsi nn. 39343/98, 39651/98, 43147/98 e 46664/99, *Kleyn e altri c. Paesi Bassi*, § 191; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, cit., §§ 145, 147 e 149.

⁵⁹ Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. v. Krajowa Rada Sądownictwa e CP e DO c. Sąd Najwyższy*, cit.

verifica in concreto del requisito dell'indipendenza dei giudici, che viene articolato sulla base di quattro criteri, incentrati rispettivamente sulla verifica: *a)* delle condizioni nelle quali è stato creato l'organo; *b)* delle caratteristiche del medesimo; *c)* della capacità di resistere alle influenze esterne; *d)* delle modalità con le quali sono stati nominati i suoi membri.

E' dunque il sostrato normativo comune ad implicare lo sviluppo di una necessaria dimensione dialogica tra le due Corti, rinvenibile anche in un'altra recente decisione della Corte di giustizia⁶⁰, ove, al fine di ricomprendere nella portata applicativa dell'art. 47 della Carta la tutela contro le inique procedure di nomina dei giudici, si richiama espressamente il precedente *Ástráðsson*⁶¹ e significativamente si afferma, attraverso una limpida, quanto netta, sequenza argomentativa, che “poiché l'articolo 47, secondo comma, prima frase, della Carta corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1, prima frase, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, il suo significato e la sua portata sono, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La Corte deve, pertanto, sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita dell'articolo 47, secondo comma, della Carta assicuri un livello di protezione che non conculchi quello garantito all'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo”⁶².

La Corte di giustizia inquadra pertanto in una visione d'insieme le disposizioni di cui agli artt. 47 della Carta, 6, par. 1, e 13 CEDU, prospettando un meccanismo di tutela strutturato in modalità sincronica, tenuto conto del fatto che l'art. 52, par. 3, impone un vaglio di corrispondenza nel significato e nella portata dei diritti rispettivamente garantiti dalla Carta e dalla CEDU⁶³.

Dal raffronto fra le linee direttrici delle rispettive elaborazioni giurisprudenziali emerge, in definitiva, un dato rilevante: la Corte di Lussemburgo, nell'interpretare le due disposizioni fondamentali che regolano il suo approccio al principio dell'indipendenza della magistratura – l'art. 19, par. 1, TUE sull'effettività della tutela giurisdizionale e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali – fa riferimento al nucleo valoriale definito dall'art. 2 TUE, così incentrando il suo ragionamento sulla simmetria delle possibili intersezioni fra il sistema convenzionale e quello euro-unitario, in una prospettiva che indubbiamente favorisce sia lo spirito di collaborazione che il necessario dialogo

⁶⁰ Corte di giustizia, sentenza del 26 marzo 2020, *E. Simpson c. Consiglio dell'Unione Europea e H.G. c. Commissione europea*, cause riunite C-452/18, RX-II e C-453/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232.

⁶¹ Si tratta, in particolare, di una sentenza emessa da una Sezione semplice della Corte EDU il 12 marzo 2019 ed in seguito interamente confermata nel suo nucleo argomentativo dalla Grande Camera nella citata decisione del 1° dicembre 2020.

⁶² Su tali profili v. N. PENATI, *L'independent and impartial tribunal established by law: una nuova portata precettiva per l'art. 6 CEDU (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, ric. n. 26374/2018, 1° dicembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland)*, in *www.osservatorioaic.it*, 2021, n. 4, p. 400 ss.

⁶³ A. FUSCO, *I “terzi poteri” dell'Unione vigilano sull'indipendenza del giudice, principio cardine del costituzionalismo europeo. Alcune considerazioni sulle vicende del giudice polacco (a margine di CGUE, Grande Sezione, sentt. 24 giugno 2019, 19 novembre 2019 e 26 marzo 2020)*, in *www.osservatorioaic.it*, 2020, n. 3, p. 660.

giuridico tra le due Corti nella più ampia dimensione operativa della cd. “comunità europea dei giudici”.

A loro volta, le dinamiche evolutive della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di *rule of law* e di indipendenza della magistratura hanno tratto ispirazione e costante alimento dal principio in forza del quale tutti gli Stati membri devono predisporre, nei rispettivi ordinamenti, strumenti effettivi di tutela dell’esercizio dei diritti fondamentali: affermazione, questa, che in linea generale si riflette anche sulla portata applicativa degli artt. 13 e 35 della Convenzione, ponendosi al contempo quale base di riferimento concettuale sulla cui estensione, più meno ampia, si radica il principio-quadro generale di sussidiarietà.

Volgendo lo sguardo sulla progressione delle linee interpretative tracciate dalla giurisprudenza euro-unitaria alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall’art. 19, par. 1, TUE, è possibile notare che le premesse concettuali da cui partono le due Corti coincidono, poiché è evidente che il principio di sussidiarietà delineato dalla CEDU sarebbe privo di ogni significato, qualora gli Stati membri non garantissero, sul piano normativo ed applicativo, l’esistenza di tribunali indipendenti ed imparziali necessari per apprestare un’efficace tutela dei diritti fondamentali.

La stessa logica, di converso, è alla base dell’interpretazione euro-unitaria del principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall’art. 19, par.1, TUE, trattandosi di una disposizione che, come già rilevato, è stata espressamente ricollegata dalla Corte di Lussemburgo al nucleo centrale delle disposizioni di cui agli artt. 6 e 13 CEDU.

7. La progressiva affermazione del *rule of law* nelle procedure della cooperazione giudiziaria penale

Anche in virtù dei frutti del dialogo avviato con la Corte EDU e con i giudici degli Stati membri, è agevole osservare come la giurisprudenza sviluppatasi nell’ambito del cd. “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” tenda ad enunciare principi generali con effetto espansivo su tutto l’ordinamento dell’Unione, innanzitutto con riferimento ai diritti fondamentali, ma anche in relazione a tematiche più ampie come, ad es., le modalità della cooperazione giudiziaria attraverso il principio del mutuo riconoscimento⁶⁴, i limiti che a quest’ultimo principio possono derivare per la tutela dei diritti fondamentali, la nozione di giudice indipendente, il principio di autonomia procedurale, sino ad arrivare alle

⁶⁴ Al riguardo v. le riflessioni di V. SCALIA, *Rule of law, umanità della pena e indipendenza del sistema giudiziario: presupposti della fiducia reciproca e dell’esecuzione del mandato d’arresto nell’ambito dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*”, in G. GRASSO, A.M. MAUGERI, R. SICURELLA (a cura di), *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della giurisprudenza delle Corti europee sull’ordinamento penale italiano*, Pisa, 2020, p. 415 ss., nonché di R.M. GERACI, *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, Bari, 2020, pp. 22 ss.

questioni della disapplicazione o dell'interpretazione conforme delle norme nazionali contrastanti con decisioni quadro e, per analogia, con le direttive⁶⁵.

Sempre più di frequente accade che la Corte di giustizia si limiti a fissare nelle sue pronunce una griglia di criteri interpretativi generali e astratti, attribuendo poi al giudice del rinvio il compito di applicarli ai fatti e di procedere alla soluzione concreta del caso.

È nel quadro di una tendenziale “nomofilachia” europea che si colloca l'attività interpretativa progressivamente sviluppata dalla Corte di giustizia attraverso una prudente, ma costante, opera di ricerca e definizione di nozioni comuni ed autonome, di volta in volta estratte dal più ampio tessuto normativo del diritto dell'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria penale.

Si mira a delimitare, in tal modo, un'area semantica dei concetti giuridici distinta da quella propria degli ordinamenti giuridici nazionali⁶⁶.

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea questa “comune grammatica” di concetti e nozioni viene elaborata dalla Corte di giustizia per innalzare il grado di uniformità applicativa nell'assetto dei rapporti fra le diverse legislazioni nazionali e il modello “comune” del più ampio ordinamento costituzionale euro-unitario.

Il significato ordinario che tali nozioni di regola assumono nel diritto interno cede il passo al significato specifico ed autonomo che esse rivestono, grazie all'attività interpretativa della Corte di giustizia, nell'ambito del diritto euro-unitario.

Alla possibile alternativa legata alla creazione di nuovi concetti giuridici da utilizzare all'interno degli ordinamenti nazionali, la Corte di Lussemburgo ha preferito la diversa opzione basata sull'interpretazione autonoma, dunque secondo la prospettiva propria del sistema euro-unitario, di una serie di concetti preesistenti nei sistemi giuridici nazionali e ordinariamente compresi con un significato diverso.

Lo sviluppo di concetti giuridici autonomi all'interno del sistema normativo europeo costituisce una risposta alla preoccupazione secondo cui affidare l'interpretazione di nozioni fondamentali del diritto europeo all'elaborazione dei singoli Stati membri potrebbe pregiudicarne l'efficacia ai fini di una completa attuazione degli obiettivi del processo di integrazione.

Le nozioni autonome vengono progressivamente affinate dalla Corte basandosi principalmente su un approccio teleologico e sulla necessità di garantire, anche in ragione delle diversità fra i singoli ordinamenti, un'interpretazione uniforme e indipendente del diritto dell'Unione europea, nei casi in cui quest'ultimo non si riferisca espressamente al diritto nazionale.

Entro tale prospettiva, legata nella materia penale al progressivo passaggio da un modello di cooperazione interstatale ad un sistema di cooperazione basato sull'applicazione del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, dunque sulla estensione extraterritoriale del potere punitivo dello Stato, la definizione di

⁶⁵ V. la *Presentazione* di A. DI STASI e L. S. ROSSI, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 10 ss.

⁶⁶ Su tali profili v., in generale, V. MITSILEGAS, *Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice*, in *Common Market Law Review*, 2020, n. 1, p. 45 ss.

concetti autonomi nel diritto penale, e in particolare nel diritto processuale penale, può essere considerata come un tentativo di affrontare le sfide legate alla gestione della diversità tra i singoli sistemi nazionali e alla costruzione di un'autentica fiducia reciproca tra le autorità giudiziarie, con l'obiettivo di predisporre le basi di un efficace e credibile sistema di riconoscimento reciproco in un panorama normativo segnato da sforzi legislativi ancora limitati nell'articolazione di un quadro giuridico armonizzato sia sul piano processuale che nei settori "sensibili" del diritto penale europeo.

Un esempio paradigmatico è rappresentato, in questo contesto, non solo dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sulla definizione delle nozioni di "autorità giudiziaria" e di "decisione giudiziaria" ai fini dell'emissione ed esecuzione di un m.a.e., ma anche dalla progressiva emersione della consapevolezza della significativa incidenza che la tutela dei diritti fondamentali riveste nel governo dei meccanismi di funzionamento degli strumenti di reciproco riconoscimento, assieme alle implicazioni sottese all'affermazione dei valori dello stato di diritto nell'esecuzione di una decisione giudiziaria.

Si realizzano, in tal modo, le condizioni di un dialogo continuo nel rapporto fra la dimensione interna degli organi giurisdizionali nazionali e la "visione" sovranazionale di una Corte che mira alla costruzione di una "nomofilachia" europea orientata a delineare il quadro dei criteri che rendano obiettivamente riconoscibili i tratti identificativi di un'autorità giudiziaria indipendente⁶⁷.

In questo contesto s'inseriscono anche le diverse questioni relative al ruolo che l'indipendenza del potere giudiziario può e deve assumere nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale e, in particolar modo, nel governo dei meccanismi di funzionamento del nuovo sistema di consegna post-estradizionale basato sul mandato d'arresto europeo.

Le intersezioni tra i diversi profili e livelli di tutela inerenti al *rule of law*, alle garanzie dei diritti fondamentali e al principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie costituiscono infatti un decisivo banco di prova per esplorare le effettive possibilità di applicazione dei principi di indipendenza ed autonomia della magistratura non solo nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, ma anche, in una visione di prospettiva ancor più ampia, fra le pieghe delle complesse dinamiche attuative di tali principi nella dimensione convenzionale allargata della "grande Europa".

Negli ultimi anni l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia si è decisamente orientata, pur con talune incertezze e contraddizioni, nel senso di una crescente valorizzazione dell'indipendenza del potere giudiziario sia con riferimento alla individuazione dei limiti di tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della procedura di esecuzione del m.a.e.⁶⁸, sia per quel che attiene alla conformità con il principio dello Stato

⁶⁷ In generale, sull'importanza e sui più recenti risultati del dialogo tra le Corti, v. G. RAIMONDI, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e tutela multilevel dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, op. cit., p. 27 ss.

⁶⁸ Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586; Corte di giustizia, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, che ha imposto all'autorità giudiziaria di esecuzione «di verificare, in modo

di diritto di talune riforme del sistema giudiziario approvate negli ordinamenti di alcuni Stati membri, come ad es. la Polonia⁶⁹.

Con la decisione *LM* del 25 luglio 2018, in particolare, la Corte ha sostanzialmente esteso all'area della tutela del diritto ad un processo equo il meccanismo delineato con il test già sviluppato nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru* del 5 aprile 2016 al fine di verificare se il destinatario del m.a.e., una volta consegnato, sia esposto al rischio effettivo di subire trattamenti inumani e degradanti in ragione della condizione degli istituti penitenziari nello Stato membro di emissione.

Nella decisione relativa al caso *Aranyosi e Căldăraru*, infatti, la Corte ha riconosciuto che l'esecuzione di un m.a.e. può essere sospesa, ed infine rifiutata, in presenza di carenze sistemiche o generalizzate nelle modalità di trattamento dei detenuti che, in violazione di un diritto assoluto e inderogabile come quello sancito dall'art 4 della Carta dei diritti fondamentali, pongano in evidenza condotte inosservanti del divieto di trattamenti inumani o degradanti nello Stato membro di emissione ai sensi dell'art. 3 CEDU.

Analoghe linee interpretative sono state tracciate, in seguito, con la su menzionata sentenza *LM*, relativa alle ipotesi in cui il destinatario del m.a.e. alleghi, allo scopo di opporsi alla propria consegna, elementi sintomatici dell'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate che incidano sull'indipendenza del potere giudiziario nello Stato di emissione.

S'impone, dunque, in termini diversi e del tutto innovativi rispetto alla declinazione dei principi fondamentali dettati in materia di cooperazione giudiziaria penale nel Trattato di Lisbona, una esigenza di bilanciamento fra gli obblighi di osservanza del *rule of law*, quale valore di riferimento che deve necessariamente orientare *ex art. 2 TUE* l'attività interpretativa della Corte di giustizia e delle autorità giudiziarie nazionali, e la progressiva

concreto e preciso, la sussistenza di motivi seri e comprovati tali di ritenere che la persona colpita da un mandato d'arresto a causa delle condizioni di detenzione in tale Stato membro, corra un rischio concreto di trattamento inumano o degradante». Sul tema v., in generale, M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *DPC*, 2017, n. 2, p. 177 ss.; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013, p. 4 ss.; V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 4, p. 457 ss.; L. BACHMAJER, *Mutual Recognition Instruments and the Role of the CJEU: the Grounds for Non-Execution*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 4, p. 515. Sulle questioni richiamate nel resto v., di recente, L. MANCANO, *You'll never work alone: a systemic assessment of the european arrest warrant and judicial independence*, in *Common Market Law Review* 2021, p. 683 ss.; A. ROSANÒ, *La chimera e il pubblico ministero: considerazioni relative alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di indipendenza del p.m.*, in *Questione giustizia*, 2021, n. 2, p. 74 ss.; T. KONSTANTINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *Common Market Law Review*, 2019, n. 3, p. 743 ss.; D. SARMIENTO, *A comment on the CJEU's judgment in LM*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, n. 4, p. 385 ss.

⁶⁹ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, (indipendenza della Corte suprema), causa C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531; sentenza del 19 novembre 2019, *A.K.* (indipendenza della sezione disciplinare della Corte suprema), cit.; sentenza del 26 marzo 2020, *Miasto Łowicz*, cause riunite C-558/18 e C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234; ordinanza dell'8 aprile 2020, *Commissione c. Polonia* (regime disciplinare dei giudici), C-791/19, ECLI:EU:C:2020:277.

individuazione dei diritti fondamentali – anche non assoluti, come il diritto ad un equo processo e ad un giudice indipendente – che possono dar luogo, entro certi limiti e nel rispetto di ben precise condizioni, alla opponibilità di eventuali deroghe al meccanismo della reciproca fiducia sul cui fondamento sono stati costruiti i diversi istituti (mandato di arresto europeo, ordine europeo di indagine, ecc.) della cooperazione penale.

Una linea di tendenza, questa, che la Corte di Lussemburgo mira a rafforzare ulteriormente, precisando i criteri che consentono all'autorità giudiziaria di esecuzione di un m.a.e. di valutare l'eventuale rischio di violazione del diritto fondamentale del ricercato ad un equo processo⁷⁰.

In relazione ad un m.a.e. emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, il giudice deve tener conto degli elementi relativi alla composizione del collegio giudicante che ha preso cognizione della causa ovvero di qualsiasi altra circostanza rilevante ai fini della valutazione dell'indipendenza e dell'imparzialità di tale collegio, compresa la possibilità, per l'interessato, di chiedere la riconsiderazione dei membri del collegio giudicante per motivi attinenti ad una violazione del suo diritto fondamentale a un equo processo.

In relazione ad un m.a.e. emesso a fini processuali, il giudice deve prendere in considerazione elementi relativi alla situazione personale dell'interessato, alla natura del reato per il quale egli è sottoposto a procedimento penale, al contesto fattuale in cui si inserisce il mandato o a qualsiasi altra circostanza rilevante ai fini della valutazione dell'indipendenza e dell'imparzialità del collegio giudicante verosimilmente chiamato a conoscere del procedimento, ivi comprese le dichiarazioni rilasciate da autorità pubbliche che potrebbero incidere sul caso concreto relativo alla persona richiesta in consegna.

⁷⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 22 febbraio 2022, *X e Y*, cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100.

8. Le modalità di accertamento delle violazioni del *rule of law* e l'insufficienza dell'apparato sanzionatorio previsto nel Trattato UE

La violazione – o il rischio di violazione – dei valori previsti dall'art. 2 TUE incontra precise conseguenze nel sistema normativo euro-unitario.

L'art. 7 TUE, inserito dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 e poi modificato da quello di Nizza del 26 febbraio 2001 e da quello di Lisbona del 13 dicembre 2007, ha istituito un procedimento di carattere essenzialmente politico, finalizzato al controllo sulla condotta degli Stati membri, che può portare all'accertamento di una grave e persistente violazione dello Stato di diritto (così come degli altri valori contemplati dall'art. 2 TUE) e, di conseguenza, all'adozione di sanzioni sospensive dei diritti inerenti alla qualità di membro dell'Unione⁷¹.

Alla constatazione di una violazione grave e persistente può far seguito la decisione, a maggioranza qualificata del Consiglio, di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro dall'applicazione dei Trattati, ivi compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato in seno al Consiglio. Lo Stato, peraltro, continua ad essere vincolato dagli obblighi derivanti dai Trattati e le misure sanzionatorie possono essere successivamente modificate o revocate dal Consiglio, deliberando sempre a maggioranza qualificata, sulla base di eventuali cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro adozione. L'attivazione del procedimento, tuttavia, presuppone che la violazione grave e persistente sia stata effettivamente realizzata.

Nel par. 1 dell'art. 7 TUE si prevede un ulteriore procedimento, di difesa “più avanzata” dei valori di cui all'art. 2 TUE, poiché su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione, il Consiglio, deliberando con la maggioranza qualificata dei suoi membri, può, previa approvazione del Parlamento europeo, constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art. 2. Prima di procedere a tale constatazione, tuttavia,

⁷¹ Sulla nozione di “Stato di diritto”, sulle caratteristiche del procedimento di controllo previsto dall'art. 7 TUE e sulle competenze della Corte relativamente a singole violazioni dell'indipendenza dei giudici v., di recente, A. FESTA, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, 2021, p. 15 ss.; B. NASCIMBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La “condizionalità”*, in *Eurojus*, 2021, n. 3, p. 172 ss.; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2020, n. 1, p. 10 ss.; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 605 ss.; 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, p. 158 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo “Stato di diritto”, si viola la regola di diritto*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 10 ss.; M. CARTA, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento degli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *Eurojus*, 2020, n. 1, p. 3 ss.; M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, 2019, n. 2, p. 273 ss.

il Consiglio ascolta lo Stato in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni, seguendo la stessa procedura.

Rispetto all'opzione "nucleare" dell'art. 7 TUE, tuttavia, si è osservato che una soluzione per via giudiziaria può garantire in maniera ben più efficace i valori dello Stato di diritto. Il sindacato esercitato dalla Corte di giustizia sulle leggi relative al sistema giudiziario, infatti, proprio per il carattere "tecnico" della valutazione, può risultare più accettabile rispetto all'intervento delle istituzioni politiche dell'Unione attraverso l'impiego del procedimento di cui all'art. 7 TUE⁷².

I provvedimenti assunti dal Consiglio europeo e dal Consiglio dell'Unione europea possono essere visti, nell'ambito di tale procedura, come forme di ingerenza dei governi degli altri Stati membri nell'ordinamento interno dello Stato membro che vi risulta sottoposto e, come tali, possono essere guardati con sospetto, determinando reazioni di insofferenza verso l'Unione e di solidarietà con le proprie istituzioni governative.

Maggiormente efficace, dunque, può risultare il ricorso alla procedura basata sul meccanismo del rinvio pregiudiziale: in tal caso, infatti, la sentenza della Corte che prospetti l'incompatibilità di una legge con l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE può imporre al giudice *a quo* la disapplicazione, in particolare quando sia lo stesso giudice nazionale ad aver sollecitato la pronuncia della Corte, come di recente verificatosi in relazione all'ordinamento polacco⁷³.

In tal modo si determina, infatti, «una sorta di "alleanza" tra il giudice nazionale e la Corte di giustizia, il cui risultato consiste, sostanzialmente, nella neutralizzazione della legge lesiva dell'indipendenza del giudice»: risultato, questo, che può raggiungersi in via automatica ad opera del giudice nazionale, a prescindere dalla disponibilità dello Stato membro a modificare il provvedimento domestico e persino contro la sua volontà⁷⁴.

Pur dotati di minore incidenza, anche i procedimenti di infrazione tendono a far cessare la prosecuzione della condotta illecita, sebbene essi siano propriamente destinati a concludersi con l'accertamento dell'eventuale inadempimento dello Stato convenuto, non già con la condanna ad un *facere*. Sotto questo profilo, dalle stesse sentenze dichiarative degli inadempimenti di taluni Stati membri – come ad es. la Polonia – risultano talora intervenute modifiche e abrogazioni di alcune delle leggi ritenute in contrasto con i valori dello Stato di diritto a seguito di ordinanze della Corte che, in via provvisoria, chiedevano allo Stato membro di sospendere l'applicazione delle leggi in questione⁷⁵.

Il rispetto del principio dello Stato di diritto comporta un obbligo di conformazione dei vari Stati membri al primato del diritto UE anche quando essi procedono a riforme legislative: obbligo di conformazione, questo, che s'impone sempre, senza eccezioni, dal momento dell'adesione all'UE sino a quando essi decidano di apportare delle modifiche

⁷² U. VILLANI, cit., p. 25.

⁷³ Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. e a.*, cit.

⁷⁴ U. VILLANI, cit., p. 26.

⁷⁵ Cfr., ad es., Corte di giustizia, ordinanza emessa dal Vicepresidente il 19 ottobre 2018, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:852 e Corte di giustizia, ordinanza del 17 dicembre 2018, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/18, ECLI:EU:C:2018:1021.

al precedente quadro normativo, non essendo consentita una “regressione” della tutela del valore dello Stato di diritto⁷⁶.

Ogni Stato membro, infatti, è tenuto a garantire l’indipendenza dei giudici ai sensi dell’art. 19 TUE, godendo di un’autonomia non assoluta, ma “vincolata”, nell’organizzazione del proprio sistema giudiziario.

Sotto tale profilo, tuttavia, è evidente che l’acuirsi delle tensioni, ormai da tempo manifestatesi, nei rapporti fra le istituzioni europee ed alcuni Stati membri sul ruolo concretamente assunto dal *rule of law* nelle dinamiche interne al processo di integrazione mostra, in tutta la sua drammaticità, la sostanziale inadeguatezza degli strumenti sanzionatori previsti dal quadro normativo dell’Unione quando l’obiettivo arretramento nelle forme di protezione delle garanzie e dei diritti delle persone – e più in generale nel rispetto dei principi fondanti lo Stato di diritto – ne ponga in discussione la stessa *ratio essendi*, rischiando di compromettere in maniera irreparabile la costruzione di una reciproca fiducia nei valori comuni dell’Unione.

Un esame, sia pur sommario, del contenzioso verificatosi tra la Commissione europea e i Governi di alcuni Stati membri sembra confermare la validità dell’assunto.

In seguito alla sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2021, con la quale veniva rigettato un ricorso proposto dall’Ungheria nei confronti della procedura avviata dal Parlamento europeo *ex art. 7 TUE*, il Tribunale costituzionale polacco ha rivendicato, con una decisione del 14 luglio 2021, il primato del diritto nazionale sul diritto dell’Unione con riferimento all’adozione di una legge istitutiva di un nuovo regime disciplinare per i giudici, opponendosi ad una ordinanza cautelare dell’8 marzo 2020 con la quale la Corte di giustizia aveva disposto l’immediata sospensione della legge, sul presupposto che le competenze esercitate dal giudice europeo erano ritenute *ultra vires* ed in contrasto con la Costituzione polacca.

La Corte, dopo essersi pronunciata nell’ambito di una procedura pregiudiziale cui le autorità polacche non avevano dato seguito⁷⁷, ha emesso un’ulteriore decisione⁷⁸ in relazione alle modalità di funzionamento della sezione disciplinare della Corte suprema, ritenuta priva delle caratteristiche di un organo giurisdizionale con specifico riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 19 TUE e 47 della Carta.

Immediatamente dopo, con sentenza del 15 luglio 2021⁷⁹, la Corte di giustizia si è di nuovo pronunciata nell’ambito della medesima vicenda in cui aveva emesso l’ordinanza cautelare dell’8 aprile 2020, ritenendo non conforme al diritto UE la disciplina del regime

⁷⁶ B. NASCIBENE, cit., p. 181, che al riguardo richiama la decisione della Corte di giustizia del 20 aprile 2021, *Repubblika*, causa C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, punti 48-50, 61-65, in merito ad un rinvio pregiudiziale proposto dal giudice maltese, avente ad oggetto la conformità al diritto dell’Unione europea (specialmente agli artt. 19 TUE e 47 della Carta) di talune disposizioni della Costituzione maltese che disciplinano la procedura di nomina dei giudici.

⁷⁷ Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. e a.*, cit.

⁷⁸ Corte di giustizia, ordinanza cautelare del 14 luglio 2021, *Commissione c. Polonia*, causa C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593.

⁷⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 luglio 2021, *Commissione c. Polonia*, causa C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

disciplinare sotto il profilo del *deficit* di garanzia dell'indipendenza dei giudici rispetto al potere politico.

Nello stesso senso, peraltro, si è pronunciata la Corte EDU, che ha ritenuto violato l'art. 6, par. 1, CEDU, stabilendo che la sezione disciplinare della Corte suprema non può considerarsi un "tribunale costituito per legge"⁸⁰.

A seguito di un'ordinanza del 6 ottobre 2021⁸¹, con la quale la vicepresidente della Corte di giustizia ha respinto l'istanza della Polonia di annullare la precedente ordinanza del 14 luglio 2021, che sollecitava il predetto Stato membro alla sospensione immediata dell'applicazione delle disposizioni nazionali relative ai poteri della sezione disciplinare della Corte suprema polacca, il Tribunale costituzionale polacco, con una decisione del 7 ottobre 2021, ha contestato la primazia del diritto euro-unitario quale principio fondativo affermato dall'art. 19 TUE e ha dichiarato alcune disposizioni del Trattato (artt. 1, 4 e 19) incompatibili con la normativa costituzionale, con la conseguenza che i giudici nazionali non possono, nei casi in cui l'Unione agisca al di fuori delle competenze attribuite dagli Stati membri, far prevalere il diritto europeo su quello interno.

Con la citata ordinanza del 6 ottobre 2021 la Corte ha ribadito il principio del primato del diritto dell'Unione, stabilendo che la disposizione di cui all'art. 19, par. 1, comma 2, TUE pone a carico degli Stati membri "un obbligo di risultato chiaro e preciso e non accompagnato da alcuna condizione con riferimento ai requisiti che devono caratterizzare i giudici chiamati a interpretare e ad applicare il diritto dell'Unione", con la conseguenza: a) che, sebbene l'organizzazione della giustizia rientri nella competenza degli Stati membri, questi ultimi, nell'esercizio di tale competenza, sono tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dalla richiamata disposizione normativa⁸²; b) che le disposizioni nazionali riguardanti l'organizzazione della giustizia negli Stati membri possono essere sottoposte ad un controllo ai sensi dell'art. 19, nell'ambito di un ricorso per inadempimento; c) che, in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può pregiudicare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione⁸³.

Va altresì ricordato che, con una Proposta di Risoluzione del 19 ottobre 2021, avente ad oggetto la crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE, il

⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 22 luglio 2021, ricorso n. 43447/19, *Reczkowicz c. Polonia*.

⁸¹ Corte di giustizia, ordinanza della Vicepresidente della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-204/21 R-RAP, ECLI:EU:C:2021:834.

⁸² Corte di giustizia, sentenza del 18 maggio 2021, *Asociația «Forumul Judecătorilor Din România» e a.*, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393. punto 250.

⁸³ Con la successiva ordinanza emessa il 27 ottobre 2021 dal Vicepresidente della Corte nella causa C-204/21 R, *Commissione/Polonia*, tale Stato membro è stato condannato a pagare alla Commissione europea un'ammenda giornaliera d'importo pari alla somma di 1.000.000 di euro, sul presupposto della mancata sospensione dell'applicazione delle disposizioni nazionali riguardanti in particolare la competenza della sezione disciplinare della Corte suprema. La Corte ha in tal modo ribadito che il rispetto delle misure provvisorie disposte il 14 luglio 2021 è necessario al fine di evitare un danno grave ed irreparabile all'ordinamento giuridico dell'Unione europea nonché ai valori, ivi compreso quello dello Stato di diritto, sui quali l'Unione si fonda.

Parlamento europeo ha preso una dura posizione sull'intera vicenda, per un verso deplorando la decisione assunta il 7 ottobre 2021 dal Tribunale costituzionale, "in quanto attacco alla comunità europea di valori e leggi nel suo complesso che compromette il primato del diritto dell'UE come uno dei suoi principi fondamentali, conformemente alla giurisprudenza consolidata della CGUE", per altro verso esprimendo profonda preoccupazione per il fatto che tale decisione possa costituire un pericoloso precedente⁸⁴.

Il Parlamento ha sottolineato, in particolare, il fatto che il "Tribunale costituzionale" è illegittimo in quanto manca di validità giuridica e indipendenza ed ha invitato gli Stati membri a rispettare il ruolo cruciale della Corte di giustizia, conformandosi alle sue sentenze. Ha quindi invitato la Commissione ed il Consiglio ad avviare, fra l'altro, sia procedure di infrazione in relazione alla legislazione sul "Tribunale costituzionale", alla sua composizione illegale ed al suo ruolo nell'impedire il rispetto delle sentenze della CGUE, sia la procedura di cui all'art. 6, par. 1, del regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto riguardo alla Polonia.

Che la natura dello scontro in atto abbia ormai superato il livello fisiologico delle capacità di reazione ricollegabili all'attivazione degli ordinari meccanismi di controllo inter-istituzionale, rendendo necessaria un'integrale revisione del quadro normativo euro-unitario, è dimostrato dal fatto che immediatamente dopo, il 20 ottobre 2021, si è appreso che l'ufficio di presidenza del Parlamento europeo ha chiesto al servizio giuridico del Parlamento europeo di intentare una causa contro la Commissione europea per la mancata applicazione del Regolamento n. 2092/2020 sulla condizionalità dello Stato di diritto, ossia del meccanismo adottato nel dicembre del 2020 per consentire all'Unione di sospendere i pagamenti provenienti dal bilancio comunitario in favore dei Paesi membri in cui lo Stato di diritto è minacciato.

Inadeguata, pertanto, appare, davanti allo svilimento dello Stato di diritto e dei valori che ad esso fanno capo, la reazione basata sull'avvio della procedura di cui all'art. 7, par. 1, TUE (attivata nel 2017, quanto alla Polonia, e l'anno successivo per l'Ungheria), senza che se ne sia ancora registrato il perfezionamento.

Se, da un lato, i meccanismi di "entrata" di uno Stato all'interno dell'Unione si presentano rigorosi e funzionali, essi appaiono, di contro, vistosamente carenti "in uscita", laddove cioè le condizioni inizialmente prescritte per l'ingresso dovessero venire meno⁸⁵.

Se, dunque, appare necessario, da un lato, portare avanti con decisione le procedure già avviate ai sensi dell'art. 7 TUE, dall'altro occorre interrogarsi sulle possibilità e sulle

⁸⁴ Cfr. la Proposta di risoluzione del 19 ottobre 2021, presentata dal Parlamento europeo a seguito di dichiarazioni del Consiglio e della Commissione a norma dell'art. 132, par. 2, del regolamento sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE ((2021/2935(RSP)).

⁸⁵ A. RUGGERI, *La crisi dello Stato di diritto in Europa e i suoi possibili, temibili sviluppi*, in *www.eublog.eu*, 21 luglio 2021, p. 1 ss., secondo cui l'unico modo per estromettere dall'Unione Stati che non risultino più dotati dei requisiti necessari per restarvi è quello di dar vita ad un nuovo patto fondativo al quale gli Stati in parola non siano chiamati a partecipare: soluzione, questa, che lo stesso Autore riconosce, tuttavia, "obiettivamente onerosa e farraginosa", caratterizzando oltretutto "...in modo vistoso, anche davanti alla opinione pubblica mondiale, il carattere sanzionatorio nei riguardi di chi si è discostato dalla retta via".

forme di una complessiva rivisitazione dell'attuale meccanismo sanzionatorio previsto per le violazioni dello Stato di diritto⁸⁶, nella consapevolezza che le progressive lesioni arrecate all'indipendenza dei giudici nello scenario europeo, pur nei peculiari contesti e con le diverse forme che ne vedono la maturazione, segnano un affievolimento delle capacità di tutela dei diritti fondamentali da parte del "contropotere" per eccellenza, il solo, come si è osservato, in grado di arginare la deriva del potere politico e, per ciò stesso, mantenere integra l'essenza stessa dello Stato costituzionale, "quale mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, con il riferimento ivi fatto al riconoscimento dei diritti fondamentali ed alla separazione dei poteri quali basi portanti dello Stato costituzionale"⁸⁷.

Di particolare rilievo appare, in ogni caso, il ruolo attualmente assunto dalle Corti europee nel ricollegare il principio dell'identità nazionale degli Stati membri di cui all'art. 4, par. 2, TUE – che pur potrebbe essere strumentalizzato a protezione di una malintesa "insindacabilità" delle vicende interne ai singoli ordinamenti nazionali – ai superiori valori espressi dal "metaprinzipio" di cui all'art. 2 TUE, ossia alle ragioni fondative "ultime" della costruzione dell'Unione, con la decisa sottolineatura della centralità delle diverse componenti dell'indipendenza dei giudici, quale "cuore pulsante" della costituzione materiale dell'Unione e, per ciò stesso, di ciascuno degli Stati che ne fanno parte⁸⁸.

9. Il collegamento tra i principi dello Stato di diritto e il meccanismo di condizionalità finanziaria per la protezione del bilancio dell'Unione

Su tale linea si è ormai decisamente incamminata la Corte di giustizia⁸⁹, che in seduta plenaria ha respinto i ricorsi proposti dall'Ungheria e dalla Polonia contro il meccanismo di condizionalità che subordina il beneficio dei finanziamenti provenienti dal bilancio dell'Unione al rispetto da parte degli Stati membri dei principi dello Stato di diritto.

Tali decisioni, infatti, si inseriscono nel percorso evolutivo della elaborazione giurisprudenziale relativa alle forme di tutela dei valori fondamentali comuni sanciti nell'art. 2 TUE e reagiscono alle violazioni dello Stato di diritto più volte commesse in

⁸⁶ Sulle caratteristiche delle diverse proposte in campo e sui limiti del meccanismo di condizionalità legato allo Stato di diritto, secondo le previsioni dettate nel Regolamento n. 2020/2092 v. V. ZAGREBELSKY, *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in www.giustiziainsieme.it, 28 maggio 2021, p. 1 ss.

⁸⁷ A. RUGGERI, cit., p. 1 ss.; V. ZAGREBELSKY, cit., p. 1 ss.

⁸⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 luglio 2021, *Commissione c. Polonia*, cit.

⁸⁹ Corte di giustizia, Seduta plenaria, sentenze del 16 febbraio 2022, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, causa C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, e *Polonia/Parlamento e Consiglio*, causa C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98. Sul tema v. i commenti di P. MORI, *La Corte di giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L'Italia, unico tra gli Stati fondatori, non interviene*, in *Blog DUE*, 17 febbraio 2022, p. 2 e F. DONATI, *Un nuovo scontro sullo Stato di diritto e sull'indipendenza della magistratura nell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, sezione Articoli, n. 2, 2022, p. 19 ss.

Polonia⁹⁰, Ungheria e Romania sino a disconoscere la stessa valenza fondativa del principio di primazia del diritto dell'Unione.

Nel riconoscere la piena legittimità del regolamento sulla condizionalità, la Corte ha affermato che la procedura ivi contemplata può essere avviata solo nel caso in cui sussistano fondati motivi per ritenere non soltanto che in uno Stato membro si verificano violazioni dei principi dello Stato di diritto, ma soprattutto che tali violazioni compromettano o rischiano seriamente di compromettere in modo diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari.

Il regolamento mira, come è stato chiarito dalla Corte, a proteggere il bilancio dell'Unione da pregiudizi derivanti dalle violazioni dei principi dello Stato di diritto, non già a sanzionare, di per sé, tali violazioni.

Le violazioni dei principi dello Stato di diritto commesse in uno Stato membro possono infatti determinare l'assenza di garanzia che spese rientranti nel bilancio dell'Unione soddisfino tutte le condizioni di finanziamento previste dal diritto eurounitario e rispondano, pertanto, agli obiettivi perseguiti dall'Unione all'atto del finanziamento di tali spese.

Evidente, dunque, la "...correlazione tra il rispetto del valore dello Stato di diritto, da un lato, e l'esecuzione efficiente del bilancio dell'Unione, in conformità dei principi di sana gestione finanziaria, e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, dall'altro".

La Corte di giustizia ha inoltre precisato che il nesso tra la violazione dei principi dello Stato di diritto e l'impatto o i rischi per il bilancio dell'Unione deve essere reale o effettivo, sicché la procedura del regolamento non dovrebbe essere avviata in relazione a situazioni in cui tale nesso sia meramente ipotetico o troppo incerto e vago⁹¹.

La Corte ha inoltre affermato che la procedura istituita dal regolamento non elude quella prevista nell'art. 7 TUE e rispetta i limiti delle competenze attribuite all'Unione, poiché mentre il meccanismo attivato in base all'art. 7 mira a consentire al Consiglio di sanzionare violazioni gravi e persistenti di ciascuno dei valori comuni sui quali l'Unione

⁹⁰ Va ricordato che anche la Corte EDU è stata investita di numerosi ricorsi aventi ad oggetto la riforma del sistema giudiziario polacco ed ha constatato in diverse pronunce la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU (v., ad es., le sentenze dell'8 novembre 2021, ricorsi nn. 49868/19 e 57511/19, *Dolińska-Ficek et Ozimek c. Polonia*, e del 22 luglio 2021, ricorso n. 43447/19, *Reczkowicz c. Polonia*), ponendo in rilievo la predominante influenza politica nella nomina dei giudici e nell'azione giudiziaria degli stessi. La Corte Costituzionale polacca ha a sua volta reagito, affermando il 24 novembre 2021 l'incostituzionalità dell'art. 6 CEDU con il conseguente venir meno degli obblighi derivanti dalle sentenze emesse dalla Corte EDU in forza di tale norma convenzionale. Sul pericoloso effetto domino della questione polacca e sui rischi di tenuta dell'Unione europea nella salvaguardia della sua identità e dei caratteri distintivi delle democrazie costituzionali che l'organizzazione rappresenta v. C. SANNA, *Dalla violazione dello Stato di diritto alla negazione del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno: le derive della "questione polacca"*, in *Eurojus*, 31 dicembre 2021, p. 4.

⁹¹ La Commissione europea, con la Comunicazione del 2 marzo 2022, COM(2022) 1382 final, concernente gli Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, ha individuato una serie di linee guida ai fini dell'applicazione della procedura basata sul regolamento, spiegandone taluni aspetti di prioritaria rilevanza: a) le condizioni per adottare le misure; b) la complementarità tra il regolamento sulla condizionalità e altri strumenti di protezione del bilancio dell'UE; c) la necessità di proporzionalità delle misure; d) la procedura e il processo di valutazione; e) la tutela dei diritti dei destinatari finali o dei beneficiari.

si fonda, al fine, in particolare, di ingiungere allo Stato membro interessato di porre fine a tali violazioni, il regolamento è finalizzato a proteggere il bilancio dell'Unione nel solo caso di una violazione che comprometta o rischi seriamente di compromettere l'efficiente esecuzione di tale bilancio.

Nella prospettiva tracciata dalla Corte, di conseguenza, la procedura prevista dall'art. 7 TUE e quella istituita dal regolamento sulla condizionalità perseguono scopi diversi e presentano un oggetto tra di loro nettamente distinto.

È importante sottolineare, tuttavia, il richiamo operato da tale decisione all'intero quadro dei principi basati sui valori fondanti comuni agli Stati membri, contenuti nell'art. 2 TUE, unitamente alla individuazione di un nesso logico-giuridico tra il bilancio dell'Unione e il principio fondamentale di solidarietà tra gli Stati membri, rappresentando il primo uno dei principali strumenti che consentono di attuare il secondo nella impostazione delle politiche e nelle azioni dell'Unione, sulla base della fiducia reciproca nell'utilizzo responsabile delle risorse comuni che vi sono iscritte⁹².

⁹² La Corte di giustizia ha chiarito, infatti, che l'art. 2, lett. a), del regolamento sulla condizionalità «sottolinea [...] che la nozione di “Stato di diritto”, come definita ai fini dell'applicazione di detto regolamento, “è da intendersi alla luce degli altri valori e principi dell'Unione sanciti nell'articolo 2 TUE”. Ne consegue che il rispetto di tali valori e di tali principi – in quanto essi fanno parte della definizione stessa del valore dello “Stato di diritto” contenuto nell'articolo 2 TUE o, come emerge dalla seconda frase di tale articolo, sono intimamente collegati a una società rispettosa dello Stato di diritto – può essere richiesto nell'ambito di un meccanismo di condizionalità orizzontale come quello istituito dal regolamento impugnato».