



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2021, n. 3

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e 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
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, Universitat de València
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"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravallo, 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, Associato 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, Universidade 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
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, 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 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

2021, n. 3

Editoriale

La politica europea di cooperazione giudiziaria in materia civile e il suo impatto negli ordinamenti nazionali p. 1
Francesco Salerno

Saggi e Articoli

L'equilibrio nei rapporti tra Corti europee e Corti nazionali: un'autentica quadratura del cerchio possibile solo in prospettiva *de iure condendo* p. 9
Antonio Ruggeri

Brexit e accordi di riammissione dell'Unione europea p. 32
Giovanni Cellamare

Spazio europeo e clausole di deroga dei trattati internazionali in materia di diritti umani: spunti dalla nuova prassi relativa all'emergenza pandemica p. 43
Valeria Eboli

Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso *Repubblika* alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco p. 73
Angela Festa

La riforma della disciplina di recepimento del mandato d'arresto europeo: il nuovo assetto dei limiti all'esecuzione della richiesta di consegna p. 95
Stefano Montaldo, Lorenzo Grossio

La questione dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul alla luce del parere 1/19 della Corte di giustizia dell'Unione europea p. 136
Claudia Morini

In search of *Ecocide* under EU Law. The international context and EU law perspectives p. 163
Alfredo Rizzo

Cooperazione internazionale in materia di sequestro e confisca e tutela dei diritti fondamentali: tre modelli nel sistema europeo *post* Brexit p. 197
Alessandro Rosanò



Commenti e Note

- Legal persons and cross-border crimes in the EU: current issues and prospects p. 223
Giulia Fabri, Vittoria Sveva Zilia Bonamini Pepoli
- Il “*green pass* esteso” nello spazio europeo *multilevel* di libertà, sicurezza e giustizia. p. 243
Riflessioni sull’eventuale introduzione dell’obbligatorietà vaccinale
Federica Grasselli, Valeria Tevere
- Pubblicazione e condivisione di foto sui social network: la tutela del minore fra diritto p. 282
all’immagine e protezione dei dati personali
Livio Scaffidi Runchella



INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA E NON-REGRESSIONE NELLA
GARANZIA DEI VALORI COMUNI EUROPEI.
DAL CASO *REPUBBLIKA* ALLA SENTENZA K 3/21 DEL TRIBUNALE
COSTITUZIONALE POLACCO

Angela Festa*

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: l'indipendenza del giudice e la Corte di giustizia dell'Unione europea. – 2. Il caso *Repubblika*. – 3. Sull'indipendenza “genetica” della magistratura nell'ordinamento maltese: un raffronto con le modalità di selezione dei giudici in seno alla Corte di giustizia. – 4. Il principio di non regressione: un rimedio al cd. “dilemma di Copenaghen” ed una nuova arma a difesa della *rule of law*? – 5. Il divieto di regressione alla luce della preoccupante sentenza K 3/21 del Tribunale Costituzionale polacco.

1. Profili introduttivi: l'indipendenza del giudice e la Corte di giustizia dell'Unione europea

L'indipendenza del giudice, quale categoria giuridica ampia e articolata, si pone come condizione indispensabile per il corretto svolgimento della funzione giudicante, non solo da un punto di vista strettamente giuridico-formale, ma anche sotto un profilo più propriamente politico-giuridico. Strumentale al concetto di imparzialità, vale a dire di equidistanza rispetto agli interessi delle parti in lite, essa attiene, infatti, alla stessa legittimazione dell'organo giudicante. La necessità di preservarla è, pertanto, cruciale e continua a giustificare l'approntamento di opportune tutele negli ordinamenti contemporanei, soprattutto in un momento storico come quello attuale, in cui l'autonomia dei giudici sembra subire attacchi da più parti¹.

Non è, dunque, un caso che negli ultimi anni di attivismo giudiziale anche la Corte di giustizia dell'Unione europea abbia contribuito a stilare una vera e propria “tassonomia” di garanzie per l'indipendenza dei magistrati, allo scopo, da un lato, di mettere al riparo

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche *curriculum* internazionalistico, europeo e comparato ed assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Salerno. Indirizzo e-mail: afesta@unisa.it.

¹ Emblematici in questo senso sono i casi di cd. *court packing* polacco e ungherese. Cfr. J. SAWICKI, *L'erosione 'democratica' del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, 2020.

la funzione giudicante da indebite interferenze e, dall'altro, di proteggere contestualmente uno dei principali corollari del valore dello Stato di diritto, posto a fondamento dell'UE ai sensi dell'art. 2 del Trattato sull'Unione europea (TUE)².

L'orientamento giurisprudenziale cui si fa riferimento è stato inaugurato, com'è noto, a partire dal caso del 2018 dei cd. giudici portoghesi³ che, attraverso il riconoscimento di un effetto diretto per l'art. 19 TUE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (nel prosieguo, anche semplicemente Carta), era riuscito a rendere operativa la *rule of law*, consentendo agli individui di essere i primi *enforcers* dei principi di cui essa è espressione⁴. Nell'affidare ai giudici nazionali, oltre che alla Corte di giustizia, l'onere di garantire il rispetto dello Stato di diritto nell'ordinamento europeo, tale orientamento aveva, peraltro, ampliato in maniera dirimpente l'orbita applicativa del diritto dell'Unione, riverberando importanti ricadute sul piano degli obblighi per gli Stati membri⁵. Essi, infatti, ai sensi dell'art. 19 TUE, così come interpretato dalla Corte, sono tenuti a prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e procedimenti che assicuri un controllo giurisdizionale effettivo e a garantire che i giudici nazionali, in quanto giudici europei di prima istanza, soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva⁶.

Il potenziamento delle tutele che ne è derivato per quello che è stato opportunamente definito un *unqualified public good*⁷ ha rappresentato una vera e propria “chiave di volta” nel processo costituzionale europeo⁸ che, mediante la sentenza resa il 20 aprile 2021 nel caso *Repubblika*⁹, conosce ulteriori spazi di rafforzamento. La pronuncia, infatti, non

² U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2011; G. M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 19, pp. 2-22; K. LENAERTS, *New Horizons for the Rule of Law within the EU*, in *German Law Journal*, 2020, n. 21, p. 34; T. VON DANWITZ, *Values and the rule of law: Foundations of the European Union - An inside perspective from the ECJ, PER/PELJ*, 2018, n. 21, p. 10.

³ Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, causa C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

⁴ Cfr. L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, Stoccolma, 2021.

⁵ In questa rivista, cfr. U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, 2020, n. 1, pp. 10-27; A. RUGGERI, *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: simul stabunt vel simul cadent*, 2020, n. 3, pp. 10-48; J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *The fundamental right to an effective judicial protection and the rule of law in the EU and their impact on Member States' administration of justice*, 2021, n. 1, p. 238 ss.

⁶ Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, causa C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, punti 8, 109 e 112 e giurisprudenza ivi citata.

⁷ Così è definita l'indipendenza della magistratura in M. BOBEK, D. KOSAŘ, *Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*, in *German Law Journal*, vol. 15, 2013, n. 7, p. 1257. Cfr. sul tema, G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019.

⁸ M. OVÁDEK, *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?*, in *Verfassungsblog*, 28 febbraio 2018, disponibile *on line* su <https://verfassungsblog.de/has-the-cjeu-just-reconfigured-the-eu-constitutional-order/>.

⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 20 aprile 2021, *Repubblika c. Il-Prim ministru*, causa C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311. Tra i primi commenti, si vedano V. PICCONE, *Indipendenza della magistratura e clausola di non regresso: un commento a Repubblica, Grande Sezione 20 aprile 2021 (causa C-896/19)*, in *Labour Law Community*, 23 aprile 2021; M. LELOUP, D. KOCHENOV, A. DIMITROVS, *All the Eyes on Case C-896/19 Repubblica v Il-Prim Ministru*, in *RECONNECT*, 2021, n. 15, pp. 3-21; M. E. BARTOLONI, *Limiti ratione temporis all'applicazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva:*

costituisce soltanto l'ennesimo tassello di un coraggioso (seppur ormai tendenzialmente consolidato) indirizzo giurisprudenziale in tema di indipendenza della magistratura¹⁰, ma colpisce soprattutto per un *obiter dictum* – quasi irrilevante ai fini della risoluzione del caso concreto – nel quale la Corte, delineando la portata e l'intensità effettiva della *rule of law*, afferma che: “Uno Stato membro non può [...] modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare nell'art. 19 TUE. Gli Stati membri sono quindi tenuti a provvedere affinché sia evitata qualsiasi regressione riguardo a detto valore, della loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall'adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici”¹¹.

Nel ribadire il forte legame esistente tra il principio della tutela giurisdizionale effettiva ed il valore dello Stato di diritto, il cui rispetto non può prescindere dall'esistenza di un sistema giurisdizionale che assicuri l'indipendenza della magistratura, la Corte sembra, così, aver introdotto un nuovo principio generale: la non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Le riflessioni che seguono sono dedicate all'analisi del caso in esame, nonché all'approfondimento ed ai possibili risvolti applicativi di tale principio che, seppur non del tutto sconosciuto all'ordinamento europeo, conosce in questa sede un'inedita lettura, dall'incontestabile significato politico e giuridico. Il tutto anche rispetto ad una delle “regressioni” dagli effetti potenzialmente più vistosi degli ultimi tempi: quella operata mediante la recentissima pronuncia K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco¹².

2. Il caso *Repubblica*

La vicenda portata all'attenzione dei giudici di Lussemburgo origina da una riforma del capo VIII della Costituzione maltese, intervenuta nel 2016¹³ ed avente ad oggetto la procedura di reclutamento dei titolari del potere giudiziario. In particolare, la novella affida la nomina dei giudici delle Corti sia superiori che inferiori al Presidente della Repubblica, che agisce sulla base della valutazione di un apposito e neocostituito *Judicial*

riflessioni in margine alla sentenza Repubblica c. Il-Prim Ministru, in *Osservatorio europeo*, maggio 2021, pp. 1-14; V. ELIA, *Affirmation du principe de non-régression dans le respect de l'état de droit et des valeurs de l'Union européenne*, in *Actualité du CEJE n° 15/2021*, disponibile *on line* su www.ceje.ch.

¹⁰ Cfr. Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza del 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586; Grande sezione, sentenza del 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531; Grande sezione, sentenza del 5 novembre 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924; Grande sezione, sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. e altri*, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982; Grande sezione, sentenza del 2 marzo 2021, *A.B. e altri*, cit.

¹¹ Corte di giustizia, sentenza del 20 aprile 2021, *Repubblica c. Il-Prim ministru*, causa C-896/19, cit., punti 63-64.

¹² Tribunale Costituzionale polacco, sentenza del 7 ottobre 2021, n. K 3/21, il cui dispositivo è disponibile *on line* in lingua inglese su <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>.

¹³ Non sono oggetto di contestazione le disposizioni dello stesso capo riformate nel luglio 2020.

Appointments Committee e conformemente al parere fornito dal Primo Ministro. Nella nuova previsione normativa, tuttavia, il rappresentante del governo, una volta ricevuta la valutazione del Comitato per le nomine in magistratura, può anche discostarsene e presentare un candidato non incluso nella lista, motivando le ragioni alla base della sua decisione con una dichiarazione pubblicata prima in *Gazzetta Ufficiale* e poi, successivamente, confermata dinanzi alla Camera dei Deputati¹⁴.

In siffatto contesto, sono proprio i dubbi circa la conformità del potere discrezionale del Primo Ministro, così come previsto dagli artt. 96, 96A e 100 della Costituzione maltese, rispetto all'art. 19 TUE e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali a costituire, da un lato, il fondamento del ricorso avanzato nella forma di un'*actio popularis*¹⁵ contro il Capo del governo da parte di *Repubblika*, un'associazione che si occupa di promuovere lo Stato di diritto e la giustizia a Malta, e, dall'altro, il principale motivo della decisione del giudice del rinvio di sospendere il procedimento principale.

Infatti, sebbene la Corte di giustizia abbia già in parte affrontato nel suo *case-law* il tema delle garanzie "iniziali" dell'indipendenza dei giudici, attinenti, in altre parole, al momento "genetico" del mandato¹⁶, il giudice *a quo* (nella specie, la Prima Sezione del Tribunale civile, in veste di Giudice Costituzionale) richiede che la questione sia affrontata nel suo complesso dal giudice europeo alla luce dell'ordinamento maltese, anche in considerazione degli effetti che la sentenza sarebbe idonea a produrre su tutte le nomine dei giudici divenute effettive a far data dal 25 aprile 2019, impugnate e contestate da parte dell'associazione anche perché non conformi al parere n. 940/2018 adottato dalla Commissione per la Democrazia attraverso il Diritto¹⁷.

Più precisamente, dunque, il giudice maltese, chiedendo che la questione sia posta in decisione con procedimento accelerato, ai sensi dell'art. 105 del regolamento di procedura¹⁸, sottopone alla Corte di Lussemburgo i seguenti interrogativi:

¹⁴ Nel dettaglio, ai sensi dell'art. 100 della Costituzione maltese: "Nonostante le disposizioni di cui al paragrafo 5), il Primo Ministro può decidere di non conformarsi all'esito della valutazione di cui al paragrafo 5); tuttavia, quando il Primo Ministro si avvale del potere riconosciutogli da detto paragrafo, il Primo Ministro o il Ministro della Giustizia deve: a) pubblicare entro cinque giorni una dichiarazione in *Gazzetta* in cui comunica la decisione di avvalersi di tale potere, esponendo le ragioni alla base di detta decisione, e b) fare una dichiarazione dinanzi alla Camera dei Deputati in merito a tale decisione, spiegando le ragioni su cui essa si basava, non oltre la seconda sessione tenuta dalla Camera da quando è stato fornito il parere al Presidente [della Repubblica] ai sensi del paragrafo 1)".

¹⁵ Si tratta di un tipo di azione in cui il ricorrente non è tenuto a dimostrare un interesse personale alla risoluzione della controversia.

¹⁶ Si veda in particolare, Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, cit.

¹⁷ Cfr. Commissione europea per la Democrazia attraverso il diritto, *parere n. 940/2018 del 17 dicembre 2018, sulle disposizioni costituzionali, sulla separazione dei poteri e sull'indipendenza degli organi giudiziari e repressivi a Malta* [CDL-AD (2018)028]. In tale parere, la Commissione di Venezia ha rilevato che le modifiche costituzionali del 2016, per quanto potevano considerarsi un passo nella direzione giusta, non riuscivano a garantire l'indipendenza dei giudici, necessitandosi ulteriori misure. Si ricordi, ad ogni buon conto, che le relazioni della Commissione di Venezia costituiscono, ai sensi del diritto dell'Unione europea, "un'utile fonte di informazione" e non rappresentano in nessun caso fonti vincolanti. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a.*, cause riunite C-83/19, C-291/19 e C-355/19, ECLI:EU:C:2020:746, punto 170.

¹⁸ La richiesta è rigettata dalla Corte anche in virtù della complessità e delicatezza delle questioni che non consentono di derogare alle norme procedurali ordinarie.

“1) Se il secondo [comma] dell’articolo 19, paragrafo 1, TUE e l’articolo 47 della Carta, letti separatamente o in combinato disposto, possano essere ritenuti applicabili con riferimento alla validità giuridica degli articoli 96, 96A e 100 della Costituzione di Malta.

2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se il potere del Primo Ministro nel processo di nomina dei giudici a Malta debba essere ritenuto conforme all’articolo 19, paragrafo 1, TUE e all’articolo 47 della Carta, considerato altresì alla luce dell’articolo 96A della Costituzione, entrato in vigore nel 2016.

3) Qualora il potere del Primo Ministro non fosse conforme, se tale fatto debba essere preso in considerazione ai fini delle future nomine o se debba incidere altresì sulle nomine in precedenza intervenute”.

Ed invero, se l’indipendenza della magistratura si pone come modello ideale per la realtà giuridica, le norme a garanzia dell’autonomia dei giudici discendono direttamente dall’ambiente giuridico-politico che di volta in volta le produce e di cui riflettono caratteristiche e valori¹⁹. D’altro canto, lo affermava già la Corte Costituzionale italiana nel lontano 1962: “il requisito dell’indipendenza è difficilmente configurabile in termini precisi, perché la sua regolamentazione propone problemi differenti secondo la diversità delle strutture statali e le epoche storiche, e non consente uniformità, dovendo adeguarsi ai diversi tipi di giurisdizione”²⁰. Si tratta, in buona sostanza, di un concetto tanto polisemico quanto relativo, non meramente teorico-normativo, bensì frutto della combinazione di elementi giuridici e politici, per la cui valutazione non si può prescindere dal contesto in cui lo stesso si esprime.

3. Sull’indipendenza “genetica” della magistratura nell’ordinamento maltese: un raffronto con le modalità di selezione dei giudici in seno alla Corte di giustizia

Le questioni legate alle modalità di selezione di coloro ai quali è affidata la funzione giurisdizionale sono notoriamente rilevanti nell’ottica della garanzia di indipendenza della magistratura²¹: se il giudice è custode dei diritti fondamentali, incidendo la sua attività sulla stessa qualità della vita in una società, evidentemente *the method by which judges are appointed, the kind of men, further, it is customary to choose, these questions become a matter of the first importance*²².

La disciplina della nomina dei giudici attiene, peraltro, alla garanzia di un “tribunale costituito per legge”, diritto fondamentale notoriamente tutelato dall’art. 6 CEDU, oltre che dall’art. 47 della Carta. Ed in effetti, accanto ai tradizionali requisiti dell’instaurazione dell’organo giudicante su base legale e della previsione per legge di norme sulla giurisdizione e competenza, il diritto ad un “tribunale costituito per legge” ricomprende

¹⁹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 272.

²⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 108 del 1962, punto 3 del Considerato in diritto.

²¹ R. SPANO, *The Rule of Law and Judicial Independence in Europe – Postscript*, in *Diritti comparati*, maggio 2021, pp. 20-22.

²² H. J. LASKI, *The technique of judicial appointment*, in *Michigan Law Review*, 1926, p. 529 ss.

anche il rispetto delle norme per la selezione dei giudici, ponendosi in capo alle corti nazionali l'onere di verificare che i propri pari siano stati correttamente selezionati.

È quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo lo scorso anno nel noto caso *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, in cui la Grande Camera ha avuto modo di precisare che le procedure di nomina dei giudici costituiscono parte integrante del diritto ad un tribunale indipendente ed imparziale e che l'istituzione per legge preserva le procedure selettive dagli arbitrii degli altri poteri pubblici, *in primis* dell'Esecutivo²³. Ne consegue che, sebbene nessuna disposizione convenzionale imponga un determinato modello costituzionale, essendo gli Stati liberi di scegliere le norme applicabili in materia di nomina dei giudici, queste stesse norme devono pur sempre non solo essere rispettate, ma anche conformarsi ai requisiti della *rule of law*, che trovano espressione nei caratteri di indipendenza ed imparzialità di cui all'art. 6 CEDU.

I titolari della funzione giurisdicente debbono, per tale effetto, essere selezionati in conformità della legge ed in base a requisiti di merito, di competenza professionale e di integrità morale; requisiti che si rendono tanto più pregnanti quanto più apicale è il tribunale all'interno del quale sono chiamati ad operare nell'ambito del sistema giudiziario nazionale. Il fine ultimo delle garanzie di indipendenza della magistratura è, infatti, quello di mantener ferma la fiducia dei singoli nel settore giurisdicente, sicché se tale fiducia viene meno entra in crisi uno dei pilastri su cui si fonda uno Stato di diritto²⁴.

Orbene, è noto che la giurisprudenza della Corte EDU abbia un notevole impatto su quella della Corte di giustizia non solo poiché l'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali richiede che il significato e l'ambito di applicazione dei diritti in essa contemplati, che trovano corrispondenza in quelli contenuti nella CEDU siano gli stessi di quelli garantiti dalla Convenzione e che ad essi sia attribuita la stessa interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo quale soglia minima di protezione, ma anche poiché la giurisprudenza della Corte EDU assume una rilevanza centrale nella costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dal momento che tale obiettivo preminente dell'Unione (art. 3, par. 2, TUE) non può che realizzarsi nel rispetto dei diritti fondamentali, così come garantiti non solo dalle tradizioni costituzionali di ciascun Paese

²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 1° dicembre 2020, ricorso n. 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson*, par. 226-227. Cfr. R. SPANO, *The Rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *European Law Journal*, 2021, pp. 1-17; 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 *Rivista AIC*, 4/2021, pp. 392-408.

²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 1° dicembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson*, cit., par. 220. Se le garanzie di indipendenza della magistratura sono finalizzate a mantenere ferma la fiducia dei singoli nell'intero settore giurisdicente, evidentemente anche un vizio nelle procedure di nomina è capace di produrre gravi effetti su tale obiettivo. Nel *test* tripartito postulato dalla Grande Camera nel caso sopracitato, tuttavia, non ogni violazione è idonea a pregiudicare il diritto di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, dovendo trattarsi di un'infrazione manifesta di una norma procedurale fondamentale del diritto nazionale, atta ad incidere concretamente sulla capacità del settore giudiziario di agire senza interferenze di altri poteri.

e dalla Carta dei diritti fondamentali, ma anche dalla CEDU, che è fonte di principi generali del diritto dell'UE²⁵.

Il fatto che, poi, la giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema del diritto ad un tribunale terzo, indipendente e imparziale si stia sviluppando avendo come punto di riferimento anche il *case-law* della Corte di Strasburgo²⁶ è riconosciuto, talvolta, dalla stessa Corte dell'UE: si pensi, su tutti, al caso *A.K. e altri* in cui è effettuata, in questo senso, una vera e propria "ricognizione del debito"²⁷. L'indipendenza dei giudici degli Stati membri riveste, tuttavia, un'importanza ancora maggiore per l'ordinamento giuridico dell'Unione, sia perché essa è parte integrante del diritto fondamentale ad una protezione giurisdizionale effettiva previsto dall'art. 47 della Carta ed è elemento indefettibile dello Stato di diritto, valore fondante dell'UE, sia perché la stessa è essenziale al buon funzionamento della cooperazione giudiziaria e dello strumento del rinvio pregiudiziale, che può essere attivato soltanto da un organo indipendente deputato all'applicazione del diritto dell'Unione²⁸.

La circostanza che in tema di indipendenza della magistratura si stia venendo a creare un terreno fertile di scambio e dialogo tra le due Corti europee²⁹ appare ancor più confermata dalla vicenda presa in esame, in cui allineandosi alle posizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, il giudice di Lussemburgo, dopo aver sciolto in senso positivo il nodo sull'applicabilità dell'art. 19 TUE³⁰ richiamando opportunamente la sua

²⁵ Cfr. 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; 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.

²⁶ Sul tema, I. JELIC, D. KAPETANAKIS, *European Judicial Supervision of the Rule of Law: The Protection of the Independence of National Judges by the CJEU and the ECtHR*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, n. 13, pp. 45-77.

²⁷ Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. e a.*, cit., punti 126 ss.

²⁸ Corte di giustizia, sentenza del 9 luglio 2020, *Land Hessen*, causa C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535.

²⁹ K. KOWALIK-BANČZYK, *Online symposium: The Rule of Law and Judicial Independence in Europe. Parallelism of Jurisprudence, Identity of Values*, in *Diritti Comparati*, maggio 2021, pp. 3-8; A. BODNAR, *Strasbourg Steps in*, in *Verfassungsblog*, 7 luglio 2020. Sulla rilevanza della *rule of law* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si veda, invece, G. LAUTENBACH, *The concept of the rule of law and the European Courts of Human Rights*, Oxford, 2013.

³⁰ Non troverebbe invece applicazione l'art. 47 della Carta poiché, come osservato anche dall'Avvocato generale, non risulta che l'associazione *Repubblika* stia facendo valere un diritto ad essa conferito dal diritto dell'Unione. Infatti, pur sancendo sia l'art. 19 TUE che l'art. 47 della Carta il principio della tutela giurisdizionale effettiva, le norme muovono da prospettive diverse, giacché l'art. 47 protegge un diritto della persona, che si atteggia, poi, nell'ambito delle sue articolazioni interne nel diritto ad un processo equo e ad un giudice indipendente, mentre l'art. 19 TUE è una norma di sistema, che richiede agli Stati membri di adeguare i propri sistemi giuridici ad uno standard comune ed elevato di effettività per le azioni che si fondano sul diritto dell'Unione. Sugli Stati membri incombe l'obbligo di garantire l'effettività giurisdizionale nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, ma tale effettività deriva altresì dall'art. 47 della Carta solo quando è in gioco l'attuazione del diritto europeo. In altri termini, l'art. 19 TUE assume un campo operativo maggiore della Carta e non sempre legittima la sua applicazione, sebbene da esso discenda l'obbligo, ricadente nell'ambito del diritto dell'Unione, di garantire una tutela giurisdizionale effettiva. Cfr. G. D'AVINO, A. MARTONE, *Il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, pp. 140-207; A. MARTONE, *Il diritto ad un "equo processo" nell'art. 47 (parr. 2 e 3) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. DI STASI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, cit., pp. 207-240.

giurisprudenza costante, ribadisce che le norme in tema di nomina dei giudici, che sono di prerogativa nazionale, debbono essere tali da non suscitare nei singoli legittimi dubbi relativamente all'impermeabilità dei giudici nominati rispetto ad elementi esterni, in particolare, ad influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo, e non devono essere idonee a condurre ad una mancanza di apparenza di indipendenza di detti giudici tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare ai singoli in una società democratica³¹.

Venendo alla disciplina precipua dell'ordinamento di Malta, si osservi che la parte resistente in giudizio, rappresentata dal Primo Ministro del Paese, aveva difeso la conformità a Costituzione e a diritto europeo delle procedure di nomina dei magistrati, osservando come il nuovo sistema di reclutamento, mediante l'introduzione dell'*Appointments Committee*, rispecchiasse le modalità di selezione dei giudici della stessa Corte di giustizia laddove, ai sensi dell'art. 253 TFUE, il parere del Comitato istituito dall'art. 255 TFUE non è vincolante per la decisione adottata dai governi degli Stati membri.

Ancorché la Corte di giustizia non si soffermi sul punto, si ritiene, tuttavia, che tale profilo non vada trascurato³² e che, anzi, qualche precisazione sarebbe stata auspicabile, soprattutto alla luce del peso che le decisioni rese dalla Corte assumono negli ordinamenti dei Paesi membri. Nella prospettiva dell'indipendenza del giudice dell'Unione, si pone, in effetti, il problema della nomina "politica" dei suoi componenti, giacché a indicare le candidature sono di regola i Governi degli Stati membri: uno per ogni Stato, in ossequio al principio di uguaglianza³³, ma certamente non in rappresentanza di detto Stato³⁴; circostanza, questa, che negherebbe *ab origine* i caratteri dell'autonomia e dell'indipendenza per il custode dei diritti.

Anche nell'ambito della Corte di giustizia, dunque, richiede di essere affrontata la questione del rapporto che lega i singoli giudici al potere esecutivo degli Stati membri, soprattutto se si considera che le norme di diritto primario, come pure quelle contenute nel Protocollo dello Statuto o nel Regolamento di procedura della Corte, salvo prevedere che la nomina avvenga di comune accordo dagli Stati membri (art. 19, comma 2, TUE e 253 TFUE) non disciplinano in alcun modo la fase nazionale di selezione dei giudici³⁵. Si tratta, spesso, in verità, di procedure informali, delle quali la stessa Corte non è sempre a

³¹ Corte di giustizia, sentenza del 20 aprile 2021, *Repubblica*, cit., punto 72.

³² Uno dei primi studi nella dottrina italiana sul tema è di R. TONIATTI, *L'indipendenza dei giudici sovranzionali e internazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, n. 4, p. 1737 ss.

³³ È noto, in verità, che al momento della sua istituzione, nel 1952, la Corte della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) fosse costituita da sette giudici per sei Paesi membri. Anche la Corte di giustizia delle Comunità europee nel 1957 manteneva la stessa composizione.

³⁴ Si veda in proposito l'art. 18 del Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte, che stabilisce che: "Una parte non può invocare la nazionalità di un giudice, né l'assenza in seno alla Corte o ad una sua sezione e di un giudice della propria nazionalità, per richiedere la modificazione della composizione della Corte o di una delle sue sezioni".

³⁵ Si osservi, invece, che con riguardo alle modalità selettive dei giudici di un'altra Corte europea, quella di Strasburgo, i requisiti che i candidati alla carica devono possedere ed i principi ai quali la procedura di nomina deve essere informata sono stati più chiaramente delineati. Cfr. sul tema, D. CARDAMONE, *La procedura di elezione dei giudici della Corte Edu*, in *Questione giustizia*, aprile 2019, pp. 48-52.

conoscenza; procedure che nella maggioranza dei casi affidano l'indicazione del candidato nazionale al Consiglio dei Ministri, con un coinvolgimento dell'Assemblea parlamentare che si fa più decisivo soltanto in pochissimi Paesi, come la Slovenia e la Lituania. Accade, inoltre, in molte ipotesi che la lista degli idonei alla carica sia predisposta da una commissione *ad hoc*, generalmente integrante al suo interno rappresentanti del Governo e solo raramente costituita in via esclusiva da esperti³⁶.

A svolgere una funzione di filtro e porre un freno al rischio di abuso di potere da parte dei governi nazionali, è allora posto il Comitato *ad hoc* introdotto con il Trattato di Lisbona all'art. 255 TFUE e chiamato, ai sensi dell'art. 253 TFUE, a fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati alla carica di giudici e Avvocati generali prima della nomina effettiva operata dai governi dei Paesi membri³⁷. Tale parere, come evidenziato da *Il-Prim Ministru* nelle sue difese, non è, tuttavia, vincolante, costituendo un atto di *soft law* che può essere disatteso dal governo nazionale incaricato della nomina.

Ad una più accurata analisi della prassi, emerge, tuttavia, come i pareri resi ad oggi dal "Comitato 255" siano stati sempre rispettati dai governi degli Stati membri e che gli stessi siano sempre più attenti ad ottenere il *favor* dell'organo sovranazionale. Nel concreto, dunque, risulta che il Comitato stia svolgendo non solo una vera e propria funzione di guida e orientamento per gli Stati nella selezione dei candidati, ma che stia anche contribuendo all'elaborazione di criteri di selezione armonizzati e di standard più elevati, assicurando, da un lato, una maggiore trasparenza nei processi decisionali e, dall'altro, una più forte legittimazione della stessa Corte e dei suoi giudizi³⁸.

In tal senso, l'introduzione di un Comitato per le nomine in magistratura anche nell'ordinamento maltese è considerabile in senso positivo, nella misura in cui può essere utile a rendere più obiettivo il processo di selezione e a delimitare il margine di manovra di cui dispone il Primo ministro nell'esercizio della competenza che gli è affidata in materia. Invero, a partire dal 1964 e fino alla riforma del 2016, la Costituzione maltese attribuiva al solo Capo di Governo il potere di presentare al Presidente della Repubblica i candidati per la nomina a giudici.

Ed in effetti, l'introduzione di tale nuovo Comitato, nella misura in cui lo stesso sia indipendente dai poteri legislativo ed esecutivo e dall'autorità cui è chiamato a presentare un parere sulla valutazione dei candidati, è ritenuta dalla Corte un elemento favorevole nell'ottica della tutela del valore della *rule of law*. Anche l'espressa disciplina relativa alla composizione del Comitato, cui non possono partecipare esponenti politici, congiuntamente agli obblighi di agire in piena autonomia, senza direzione o controllo di altra persona o autorità, e di pubblicare i criteri su cui si basano le valutazioni, sono parse alla Corte delle opportune garanzie.

³⁶ A. FUSCO, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, 2019, p. 84 ss.

³⁷ L. PIERDOMINICI, *C'è un Comitato in Lussemburgo. Riflessioni comparatistiche sull'art. 255 TFUE a dieci anni dal Trattato di Lisbona*, in *Diritti comparati*, 2019, n. 1, p. 73 ss.

³⁸ A. ALEMANNI, *How Transparent is Transparent Enough? Balancing Access to Information Against Privacy in European Judicial Selection*, in M. BOBEK (ed.), *Selecting Europe's Judges*, Oxford, 2014, p. 203 ss.

Se la creazione del Comitato sembra, quindi, potenzialmente rafforzare le tutele di indipendenza³⁹, resta, tuttavia, da sciogliere il nodo relativo al potere decisivo affidato al Primo Ministro nella scelta delle candidature. A tale proposito, la Corte osserva preliminarmente che il semplice fatto che i giudici siano nominati da un membro dell'esecutivo non sia idoneo di per sé a creare una dipendenza di questi ultimi nei suoi confronti, né a generare dubbi sulla loro imparzialità se, una volta nominati, gli stessi non sono soggetti ad alcuna pressione nell'esercizio delle loro funzioni⁴⁰. Nel prosieguo del ragionamento logico-giuridico, emerge, però, che una prerogativa peculiare sia concretamente riservata al Capo di Gabinetto. Cionondimeno, ad una più attenta analisi, tale attribuzione non appare illimitata, bensì circoscritta sia dalla necessità di presentare candidati che rispettino i requisiti di esperienza professionale previsti all'art. 96, par. 2, e all'art. 100, par. 2, della Costituzione che dall'obbligo di comunicare le ragioni della diversa scelta dinanzi alla Camera dei deputati e mediante una dichiarazione pubblicata in Gazzetta Ufficiale.

Alla luce del quadro così ricostruito, nei limiti in cui il Primo ministro eserciti tale potere soltanto in via del tutto eccezionale, rispettando rigorosamente l'obbligo motivazionale, la Corte, assestandosi anche sulle posizioni presentate dall'Avvocato generale Hogan⁴¹, ritiene che tali previsioni non siano incompatibili rispetto al diritto primario e, segnatamente all'art. 19, par.1, TUE⁴². Ma si badi, un'insufficiente giustificazione della decisione di discostarsi dal parere del Comitato, in assenza di un esame indipendente delle circostanze rilevanti dei candidati alle posizioni giudiziarie, potrebbe, questa sì, determinare una violazione del diritto dei Trattati⁴³.

4. Il principio di non regressione: un rimedio al cd. “dilemma di Copenaghen” ed una nuova arma a difesa della *rule of law*?

Se le conclusioni sull'applicabilità dell'art. 19 TUE e sulla compatibilità di detta norma con il quadro legislativo maltese non appaiono particolarmente innovative rispetto alla giurisprudenza pregressa, il ruolo creativo della Corte emerge, invece, più

³⁹ Sul tema è astrattamente concorde anche la Corte EDU. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 aprile 2020, *Anželika Šimaitienė c Lituania*, ricorso n. 36093/13.

⁴⁰ Si riprendono, in questo senso, considerazioni già effettuate nella giurisprudenza pregressa. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. e altri*, cit., punto 133; sentenza del 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, cit., punto 22. Anche in questo, c'è un allineamento con la giurisprudenza della Corte EDU. Si vedano, in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ricorsi nn. 7819/77 e 7878/77 e, più recentemente, sentenza del 18 ottobre 2018, *Thiam c. Francia*, ricorso n. 80018/12.

⁴¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Hogan, presentate il 17 dicembre 2020, *Repubblika c. Il-Prim Ministru*, causa C-896/19, ECLI:EU:C:2020:535, punti 82-85 e 93-95.

⁴² Nonostante la Corte di Giustizia non abbia ritenuto l'assetto costituzionale di per sé lesivo dell'indipendenza del giudice, l'associazione *Repubblika* ha ritenuto l'azione comunque in grado di esercitare una pressione sul governo tale da spingerlo alle riforme costituzionali intervenute, difatti, nell'estate 2020. Si veda in proposito <https://repubblika.org>.

⁴³ Ciò in ossequio a quanto chiarito dalla Corte di Strasburgo nel menzionato caso islandese.

spiccatamente nella formulazione del già evocato principio di non-regressione nella garanzia dei valori comuni.

È noto che la genesi di un principio generale sia di solito il frutto di molteplici fattori che possono avere natura diversa: può esservi, ad esempio, il bisogno giuridico di colmare una lacuna nell'ambito del diritto positivo, ma può anche essere un bisogno sociale a sollecitare una reazione da parte dell'ordinamento. Con riferimento al principio in esame, la giustificazione della sua origine può ravvisarsi tanto in fattori giuridici quanto in fattori "sociali". Dal punto di vista giuridico, il fondamento del principio è probabilmente da rinvenire nella necessità sistemica di porre un rimedio alla debolezza della condizionalità democratica in ingresso, sintetizzata con la formula del cd. "dilemma di Copenaghen"⁴⁴. Con questa espressione si suole, notoriamente, far riferimento al paradosso per cui l'Unione vigilerebbe sul rispetto dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE in maniera più attenta prima dell'adesione dello Stato, per valutarne il potenziale accesso, piuttosto che durante la sussistenza del vincolo associativo.

Ed in effetti, i criteri di adesione, conati in occasione del Consiglio europeo tenutosi a Copenaghen il 21 e 22 giugno 1993, in vista dell'allargamento della base associativa ai Paesi dell'Est, includevano la presenza nel Paese di istituzioni stabili capaci di garantire la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela, ma, una volta perfezionata l'adesione, rivelavano la propria inconsistenza, dimostrandosi insufficienti a garantire, anche durante la permanenza della *membership*, il rispetto dei valori democratici in settori estranei alla competenza dell'Unione. Sotto questo profilo, l'affermazione di un obbligo di non-regressione si pone come una petizione di principio che chiude il cerchio⁴⁵, ribadendo espressamente che quanto richiesto nella fase di pre-adesione non è fine a sé stesso, ma strumentale all'intero sviluppo e funzionamento dell'ordinamento europeo⁴⁶. D'altro canto, la Corte di giustizia lo aveva già ben sintetizzato nel noto parere 2/13 sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: l'ordinamento dell'UE e la mutua fiducia che intercorre tra gli Stati parte dell'Organizzazione si fondano sulla premessa per cui ciascuno condivide e riconosce reciprocamente con tutti gli altri i valori comuni enunciati nell'art. 2 TUE⁴⁷.

Tra i fattori sociali, che al mondo del diritto sono sottesi, la *ratio* del processo normativo è, invece, evidentemente da ricondurre all'esigenza di porre un freno al cd. *rule*

⁴⁴ Cfr. tra gli altri, D. KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, Alphen aan den Rijn, 2008; M. CREMONA, *Accession to the European Union: membership conditionality and accession criteria*, in *Polish yearbook of international law*, 2001, p. 129 ss.

⁴⁵ M. LELOUP, D. KOCHENOV, A. DIMITROVS, *All the Eyes on Case C-896/19 Republika v Il-Prim Ministru*, cit., p. 11 ss.

⁴⁶ L'attenzione al rispetto della *rule of law* con riguardo alla fase di pre-adesione si è, negli ultimi tempi, in verità, molto accentuata. A proposito dello Stato di diritto, è cominciata ad emergere l'espressione "*fundamentals first*", per sottolineare la necessità di considerare il raggiungimento di tale obiettivo una priorità rispetto al conseguimento degli altri. Cfr. T. CERUTTI, *Lo stato di diritto nel processo di allargamento ai Balcani occidentali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, n. 1, p. 143 ss.

⁴⁷ Parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, n. 2/13, emesso ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 191.

*of law backsliding*⁴⁸, vale a dire a quella regressione generalizzata nella garanzia dei valori fondanti che accomuna una serie di Paesi membri dell'Unione, ma che rinviene le sue tinte più fosche nel caso polacco⁴⁹, su cui ci soffermeremo di qui a poco. In tale prospettiva, è noto che l'UE, soprattutto nel corso degli ultimi anni, abbia tentato di potenziare lo strumentario volto ad arginare le involuzioni democratiche che minano le sue stesse fondamenta, prevedendo, accanto alle tradizionali procedure di cui all'art. 7 TUE⁵⁰, un più variegato insieme di meccanismi di salvaguardia⁵¹.

Senza voler entrare nel dettaglio, basti ricordare *in primis* l'introduzione nel 2014 del "Nuovo quadro per il rafforzamento dello Stato di diritto"⁵², una sorta di procedura pre-articolo 7, che tracciando una strada di dialogo con lo Stato membro in cui si ravvisano minacce di violazione dei valori fondanti, assume una natura complementare rispetto a quella prevista dal diritto primario. Si pensi, poi, alla previsione di strumenti di monitoraggio a carattere generalizzato quali il "Quadro di Valutazione UE della

⁴⁸ La definizione offerta dai Professori Pech e Scheppele di *rule of law backsliding* è quella di un processo mediante il quale *elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party*. Cfr. L. PECH, K.L. SCHEPPELE, 'Illiberalism Within', *Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 8.

⁴⁹ Cfr. A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia" ulteriori considerazioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE online*, n. 3, 2017, p.787 ss.; M.A. ORLANDI, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del "pacchetto giustizia" e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, in *DPCE online*, 2017, n. 4, p. 1013 ss. In questa Rivista, sia consentito rinviare ad A. FESTA, *L'Unione europea e l'erosione dello Stato di diritto in Polonia*, 2020, n. 1, pp. 145-165.

⁵⁰ Cfr. A. MORINI, *Art. 7*, in C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 129 ss.; D. KOCHENOV, *Article 7: A Commentary on a Much Talked-about "Dead" Provision*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2018, pp. 166-187; W. SADURSKI, *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 16, 2010, pp. 385-426; B. NASCIBENE, *La violation grave des obligations découlant du traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in AA. VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, pp. 672-683; L. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford, 2017, pp. 128-143; G. WILMS, *Protecting Fundamental Values in the European Union through the Rule of Law. Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle*, in *EUI RSCAS*, 2017, pp. 1-126; B. NASCIBENE, *Le sanzioni ex art. 7*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003, pp. 31-39; H. SCHMITT VON SYDOW, *Liberté, démocratie, droits fondamentaux et l'Etat de droit: analyse de l'article 7 du Traité UE*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, n. 2, p. 287 ss. Si permetta di rinviare anche ad A. FESTA, *Rule of law and European Union: the increasing role of Article 7 TEU*, in M.C. BARUFFI, M. ORTINO (eds.), *Trending topics in international and EU law: legal and economic perspectives*, Napoli, 2019, pp. 443-459.

⁵¹ Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare ad A. FESTA, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, 2021, spec. pp. 129-180.

⁵² Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, Strasburgo, 11.3.2014, COM(2014) 158 final.

giustizia”⁵³ ed il più recente “Meccanismo europeo per lo Stato di diritto”⁵⁴ che consentono un controllo nei confronti di tutti gli Stati membri, il primo con riguardo più specificamente ai sistemi giudiziari, il secondo avente ad oggetto proprio l’aderenza ai principi della *rule of law* nei singoli Paesi dell’Unione. Senza dimenticare l’adozione, il 16 dicembre 2020, del regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092⁵⁵ che consentirebbe alla Commissione europea di proporre al Consiglio dell’Unione la sospensione dell’erogazione dei fondi europei in caso di violazioni dei valori fondanti tali da incidere sulla tutela del bilancio dell’Unione. Il regolamento, com’è noto, è entrato in vigore il 1° gennaio 2021 ma, a causa del compromesso raggiunto dal Consiglio europeo, per la sua applicazione occorrerà attendere la pubblicazione da parte della Commissione di apposite linee guida che non potranno comunque essere rese prima della pronuncia della Corte di giustizia sul ricorso per annullamento avanzato da Polonia e Ungheria nel marzo scorso⁵⁶. A tali strumenti e al tradizionale rimedio della procedura di infrazione, la Corte ha voluto evidentemente aggiungere anche un principio generale, arricchendo così la lista delle disposizioni e degli argomenti invocabili per assicurare il rispetto dello Stato di diritto e dei valori dell’Unione⁵⁷.

Orbene, è risaputo che i principi generali enunciati dalla Corte di giustizia abbiano natura di fonte interposta⁵⁸ e che attraverso la loro enunciazione, la stessa Corte abbia

⁵³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Quadro di valutazione UE della giustizia. Uno strumento per promuovere una giustizia effettiva e la crescita*, Bruxelles, 27 marzo 2013, COM(2013) 160 final.

⁵⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Rafforzare lo Stato di diritto nell’Unione. Programma d’azione*, Bruxelles, 17.7.2019, COM(2019) 343 final.

⁵⁵ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione, in GUUE LI 433/1 del 22.12.2020. Cfr. B. NASCIBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La “condizionalità”*, in *Eurojus*, 2021, n. 3, pp. 172-183.

⁵⁶ Corte di giustizia, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea*, causa C-156/2, e *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea*, causa C-157/21. È appena il caso di precisare che il Parlamento europeo, che aveva ritenuto “superflue” le conclusioni del Consiglio europeo già il 17 dicembre 2020, al fine di accelerare i tempi di operatività del regolamento, aveva intimato alla Commissione di elaborare le linee guida entro il 1° giugno 2021, dichiarandosi pronto a fare uso dell’azione in carenza in caso di illegittima inattività della Commissione. Quest’ultima, dal canto suo, dichiarando di voler rispettare le conclusioni del Consiglio europeo, aveva trasmesso al Parlamento e agli Stati membri un progetto di testo degli orientamenti, ma, in ogni caso, senza conformarsi al termine del 1° giugno. Per tali motivi, dopo aver in più occasioni sollecitato la Commissione ad intervenire, il 23 giugno 2021, il Parlamento europeo ha attivato la procedura di cui all’art. 265 TFUE, adottando successivamente anche una Risoluzione che elabora propri orientamenti sull’applicazione del regolamento. Cfr. Parlamento europeo, *Elaborazione di orientamenti per l’applicazione del regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione. Risoluzione del Parlamento europeo dell’8 luglio 2021 sull’elaborazione di orientamenti per l’applicazione del regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione (2021/2071 (INI))*. Il confronto politico sull’applicazione del regolamento si è spostato definitivamente dinanzi alla Corte di giustizia il 20 ottobre, quando il Presidente del Parlamento ha richiesto al Servizio giuridico di introdurre il ricorso in carenza.

⁵⁷ M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020.

⁵⁸ Sui principi generali, cfr. tra gli altri, A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 11 ss.; A. VON BOGDANDY, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Constitutional Sketch*, in *European Law Journal*, 2010, p. 95 ss.; J.A. GUTIERREZ-FONS,

svolto e continui a svolgere un ruolo cruciale ai fini dello sviluppo di una dimensione costituzionale dell'Unione europea. I principi generali hanno, in sintesi, “permesso di trasformare ciò che appariva come un insieme frammentario di regole materiali in un vero e proprio ordinamento giuridico sovranazionale, caratterizzato da un peculiare sistema di valori, ed autonomo rispetto agli ordinamenti degli Stati membri”⁵⁹. Si tratta, in buona sostanza, di veri e propri parametri di legittimità, idonei a creare diritti e obblighi in un sistema che vuole porsi quale “Comunità di diritto”⁶⁰.

Quanto, più precisamente, al principio di non-regressione e ai diritti/obblighi che è idoneo a produrre, questi si sostanzierebbero nella preclusione di passi indietro rispetto all'*acquis communautaire*. La base giuridica del principio è, infatti, individuata dalla Corte negli artt. 2 e 49 TUE, dalla cui lettura combinata si fa desumere che tutti i Paesi membri, mediante l'adesione, abbiano scelto liberamente e volontariamente di aderire anche ai valori comuni, promuovendone il rispetto. Da questa premessa, i giudici di Lussemburgo traggono conseguenze che assumono ricadute importanti sul piano degli obblighi derivanti dalla *membership*: ad ogni Paese membro è, infatti, per tale effetto, precluso di “modificare la propria normativa, anche di natura costituzionale, in modo da determinare una regressione nella protezione del valore dello Stato di diritto, in particolare nelle garanzie di indipendenza della magistratura”⁶¹.

La formulazione del principio sembra, così, coerente con gli artt. 2 e 49 TUE, tuttavia, meno chiari appaiono i rapporti con l'art. 7 TUE che affida alle istituzioni politiche dell'Unione l'accertamento non solo delle “violazioni gravi e persistenti” di portata sistemica⁶², ma anche del “rischio” di violazione grave dei valori dell'art. 2 TUE⁶³. In

K. LENAERTS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629 ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2017; A. CUYVERS, *General Principles of EU Law*, in *East-African Community Law: Institutional, Substantive and Comparative Law Aspects*, 2017, p. 217 ss.; S. WEATHERILL, *From Myth to Reality: The EU's New Legal Order and the Place of General Principles Within It*, in S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (eds.), *General Principles of Law*, Oxford, 2017, p. 21 ss.; C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018.

⁵⁹ A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, p. 555.

⁶⁰ L'espressione è notoriamente della Corte di giustizia. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, *Partie écologiste “Les Verts” contro Parlamento europeo*, causa 294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

⁶¹ Corte di giustizia, sentenza del 20 aprile 2021, *Repubblica*, cit., punto 63.

⁶² In questo senso si esprime la Commissione che, con comunicazione indirizzata al Consiglio e al Parlamento europeo sull'art. 7 TUE del 15 ottobre 2003, COM(2003) 606 def., ha cercato di chiarire le condizioni di adozione di tale procedura e di identificare le misure operative applicabili.

⁶³ Si ricordi che la genesi del meccanismo preventivo dell'art. 7, par. 1, affonda le sue radici nel noto caso *Haider*, quando nel 1999, in Austria, il partito di estrema destra FPÖ diretto dalla figura controversa di Jörg Haider, conosciuto per aver guidato la sua campagna elettorale all'insegna di toni xenofobi, razzisti ed antieuropeisti, ottenne voti sufficienti ad entrare nella coalizione di governo. Fu allora che il timore che potesse essere in grado di arrecare pregiudizio ai valori fondanti dell'Unione anche un Paese di salde tradizioni democratiche, come quello austriaco, si dimostrò fondato e l'attivazione dell'art. 7 TUE fu seriamente presa in considerazione. Tuttavia, la procedura risultava difficilmente applicabile al caso concreto per la mancanza di un'effettiva violazione dei principi comuni, sicché gli Stati membri scelsero di disattendere il diritto comunitario, privilegiando lo strumento delle misure bilaterali classiche offerte dal diritto internazionale generale, conformemente all'art. 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei

questo contesto, la regressione sembrerebbe porsi su un piano diverso, intercettando quelle ipotesi che non sono assimilabili né al rischio né alla violazione acclarata dei valori, ma sono situabili in una fase antecedente, sfuggendo alle dinamiche politiche di accertamento e sanzione.

Va, a tale proposito, rilevato come l'affermazione dei "regimi illiberali" polacco e ungherese, al centro delle preoccupazioni delle istituzioni europee, sia avvenuta proprio in maniera lenta e costante, come frutto di una serie di cambiamenti che, presi singolarmente sarebbero potuti apparire di portata limitata, ma che considerati nel loro insieme provocano una regressione delle garanzie dello Stato di diritto. La deviazione dai valori democratici, in questi contesti, è, in altre parole, avvenuta non tanto in forme clamorose e vistose, ma nel lungo periodo e a piccoli passi, in modo da rendere assai problematico anche l'accertamento del momento in cui è avvenuto il passaggio da un ordinamento all'altro.

Ebbene, attraverso l'enunciazione del principio di non-regressione, sembra che la Corte stia cercando di anticipare il *threshold* di allarme, colpendo proprio quelle lente e costanti retrocessioni, anche a fronte delle difficoltà funzionali del diritto primario relative all'accertamento del rischio e della violazione dei valori⁶⁴. In ciò la Corte, forse, starebbe cercando pure di riappropriarsi, in qualche modo, del ruolo che le è negato dall'art. 7 TUE nella sua formulazione attuale (che le consente di intervenire solo per accertare la regolarità delle operazioni procedurali), ma che le voleva attribuire in origine l'art. 44 del "progetto Spinelli", approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984⁶⁵.

Resta da verificare, tuttavia, come sia possibile rilevare "il passo indietro" nella garanzia dei valori e quali conseguenze possano derivare da tale accertamento. Il compito è affidato alla stessa Corte di giustizia, chiamata, sulla base di una rilevazione *case by case*, a determinare il livello di "tolleranza" della regressione. L'arretramento cui fa riferimento la pronuncia *Repubblika* sembra, però, essere esclusivamente quello imputabile a riforme legislative ("Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa"), con ciò dimenticando che le involuzioni possono essere anche l'effetto di un'interpretazione giurisprudenziale (ne risulta esempio lampante la sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco⁶⁶).

Se, dal punto di vista "sanzionatorio", può immaginarsi che la Corte possa intimare allo Stato coinvolto di porre rimedio alla regressione accertata, modificando o abrogando

trattati. Proprio tale episodio ha costituito, però, l'occasione per identificare le lacune del meccanismo e favorire una presa di coscienza dell'Unione in rapporto alla scarsa capacità di salvaguardare il quadro di valori e principi inalienabili, inerenti alla costruzione europea. L'art. 7 TUE fu così emendato con il Trattato di Nizza, per dotare l'UE di uno strumento capace di intervenire preventivamente e intercettare violazioni ai principi comuni "a bassa intensità" sin dal loro esordio, al fine di evitare concrete violazioni.

⁶⁴ Cfr. C. BLUMANN, *Le mécanisme des sanctions de l'article 7 du Traité sur l'Union européenne: Pourquoi tant d'inefficacité?*, in AA.VV., *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric Sudre*, New York, 2018.

⁶⁵ Ci si riferisce al potere di accertare le violazioni gravi e persistenti dei principi democratici.

⁶⁶ Su cui *infra* al par. 5.

la normativa incompatibile con l'*acquis*⁶⁷, la questione più complessa da sciogliere resta legata all'accertamento stesso dell'arretramento nel rispetto dei valori comuni europei. In questo contesto, si può immaginare che possano rivelarsi una fonte utile i risultati del *Rule of Law Report*, annualmente pubblicato dalla Commissione europea in ossequio alle disposizioni del Meccanismo europeo per lo Stato di diritto. Il *Report* per il 2022 dovrebbe essere arricchito, peraltro, anche da apposite raccomandazioni⁶⁸ che potrebbero avere il pregio di indurre lo Stato membro a correggere in anticipo la condotta problematica e prevenire l'insorgere o l'aggravarsi di questioni legate alla violazione della *rule of law*. Allo stesso modo, si ritiene possano fungere da documenti ausiliari in sede di constatazione i pareri della Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia), nata ufficialmente sotto l'egida del Consiglio d'Europa il 10 maggio 1990 e da allora punto di riferimento internazionale in materia di democrazia, diritti umani e Stato di diritto, per la sua composizione ed elevata *expertise*⁶⁹. Come pure, si ritiene potrà essere impiegata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con la quale il dialogo sui temi della *rule of law* e dell'indipendenza della magistratura è, come in parte visto, particolarmente proficuo.

L'unico punto fermo che pare leggersi tra le righe della pronuncia è che l'obbligazione di non-regressione debba essere parametrata retroagendo al momento dell'adesione (punto 60 della sentenza)⁷⁰, imponendo agli Stati membri di non scendere al di sotto della soglia minima fissata al momento dell'*acquis*. Ma anche in questo caso potrebbero porsi delle questioni di non immediata risoluzione. Si pensi, su tutti, ai casi della Romania e della Bulgaria, Paesi per i quali fu previsto con le decisioni

⁶⁷ Ci si potrebbe chiedere, poi, se la Corte possa accompagnare ulteriori misure dissuasive a tale intimazione o fare uso di misure cautelari. Certamente, non è un'ipotesi percorribile quella dell'espulsione dello Stato regredente, giacché tale facoltà resta preclusa dal diritto dell'Unione finanche in caso di constatazione di una violazione grave e persistente. Tale possibilità, invece, è, ad esempio, accordata in seno al Consiglio d'Europa all'art. 8 dello Statuto. Lo Stato parte che commetta una grave violazione dei principi della preminenza del diritto e della tutela dei diritti dell'uomo può, infatti, essere sospeso dal diritto di rappresentanza e invitato a recedere dal Comitato dei Ministri. In caso di mancato adempimento dell'invito, è anche possibile che lo Stato contravventore sia espulso dall'Organizzazione, a partire dal giorno stabilito dal Comitato stesso.

⁶⁸ È quanto affermato dalla Presidente della Commissione von der Leyen nel Discorso sullo Stato dell'Unione pronunciato a Strasburgo il 15 settembre 2021.

⁶⁹ Si ricorda, in questa sede, che la Commissione di Venezia ha fortemente contribuito alla stessa chiarificazione del significato della nozione di *rule of law* a livello europeo, attraverso il noto *Report* del 2011 e la *Rule of law checklist* del 2016. Cfr. Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, *Report on the Rule of Law*, adottato in occasione della 86esima Sessione plenaria, tenutasi a Venezia il 25 e 26 marzo 2011, CDL-AD(2011)003 e Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, *Lista di controllo per lo Stato di diritto*, adottata dalla Commissione di Venezia in occasione della sua 106° sessione plenaria, il 18 marzo 2016, CDL-AD(2016)007.

⁷⁰ “È quindi sulla base delle disposizioni della Costituzione in vigore prima di detta riforma che la Repubblica di Malta ha aderito all'Unione sulla base dell'articolo 49 TUE”.

2006/928/CE⁷¹ e 2006/929/CE⁷² del 13 dicembre 2006 il cd. “Meccanismo di Cooperazione e Verifica” (MCV) o *Cooperation and Verification Mechanism (CVM)*.

La speciale misura di salvaguardia, com'è noto, fu introdotta in via transitoria proprio per porre rimedio alle carenze sulle questioni connesse alla *rule of law* rilevate nei due Paesi nella fase di pre-adesione e per guidare i neo-aderenti all'Organizzazione nel percorso di raggiungimento degli obiettivi fissati nei Trattati, evidentemente ancora lontani⁷³. La verifica dei progressi in questo campo è compiuta annualmente dalla Commissione che, nel mese di giugno, trasmette al Parlamento europeo ed al Consiglio le proprie osservazioni sui due Paesi mediante un rapporto dettagliato che contiene delle raccomandazioni, tuttavia, non giuridicamente vincolanti. Come fissare, dunque, “la soglia invalicabile” per tali due Paesi? Occorre considerare lo *status* esistente al momento dell'adesione o, in questa ipotesi, la soglia diventa mobile?

In realtà, il principio di non-regressione non è completamente ignoto all'ordinamento europeo ed internazionale. In particolare, esso trova una consacrazione in materia ambientale⁷⁴, dove nasce al fine di salvaguardare l'aspettativa delle generazioni future di “ricevere in consegna” un pianeta dotato di un capitale ecologico di qualità non inferiore a quella su cui possono contare le generazioni presenti. Il principio di *standstill*, di *effet cliquet*, di *prohibición de regresividad* o *proibição de retrocesso*, quale corollario dei principi di prevenzione, precauzione e sviluppo sostenibile, però, non ha solo un carattere “difensivo”, diretto a scongiurare i regressi, ma contiene in sé anche una forza positiva, poiché non si limita a vietare i passi indietro, essendo diretto a proteggere gli avanzamenti e allo stesso tempo favorirli. Nel campo ambientale, in altre parole, la soglia di non regressione è mobile, per cui non solo cristallizza i progressi raggiunti ma ne favorisce di nuovi, spostando continuamente avanti “l'asticella” di tutela.

Diversamente, nella materia dei valori comuni la carica positiva che dovrebbe assumere il principio tende a sfumarsi, per via della “soglia fissa” imposta dall'*acquis*. Con ciò, sembrerebbe quasi volersi positivizzare una sorta di “clausola di eternità” kantiana, che più che puntare al progresso delle tutele, disincentiva i processi riformatori, favorendo l'immobilismo. Al contrario, il mutamento è connaturato al diritto. Gli Stati

⁷¹ Commissione europea, decisione della Commissione del 13 dicembre 2006 *che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione*, notificata con il numero C(2006) 6569, 2006/928/CE, in GUUE L 354/56 del 14.12.2006.

⁷² Commissione europea, decisione della Commissione del 13 dicembre 2006 *che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Bulgaria per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione*, notificata con il numero C(2006) 6570, 2006/928/CE, in GUUE L 354/58 del 14.12.2006.

⁷³ I due Paesi avrebbero aderito all'organizzazione il successivo 1° gennaio 2007.

⁷⁴ Cfr. su tutti, M. PRIEUR, G. SOZZO (*sous la direction de*), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, 2012. Il divieto di regressione incontra un'ulteriore espressione in materia di diritti economico-sociali. Si pensi al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali che all'art. 2, par. 1, prevede il compito per gli Stati parti di adottare misure volte a consentire progressivamente una piena effettività per questi diritti. Il dispositivo è completato dalla disposizione dell'art. 11, par. 1, che fa riferimento ad un miglioramento costante delle condizioni di esistenza di tutte le persone. Questa idea di sviluppo progressivo è alla base del divieto di adottare misure regressive che è a sua volta fondamento del principio di non-regressione.

membri, allora, in virtù del nuovo principio generale di non-regressione dovrebbero sempre, a fronte di una modifica normativa, anche a carattere costituzionale, tenere a mente di non dover, mediante la stessa, importare una regressione nella garanzia dei valori comuni rispetto al momento in cui hanno fatto ingresso nell'Unione⁷⁵. Ma se, nel campo del diritto dell'ambiente, il principio di non-regressione è caratterizzato da una certa consustanzialità scientifica, potendosi verificare empiricamente l'arretramento nella tutela del bene comune, tale elemento manca evidentemente nella materia dei valori fondanti, affidandosi l'accertamento in larga parte alla discrezionalità della Corte di giustizia.

5. Il divieto di regressione alla luce della preoccupante sentenza K 3/21 del Tribunale Costituzionale polacco

Sebbene Malta sia un "osservato speciale" per quel che riguarda la tenuta dello Stato di diritto⁷⁶, soprattutto a causa delle criticità relative al quadro anticorruzione e alla libertà dei media⁷⁷, rese ancor più evidenti a seguito dell'assassinio, nell'ottobre del 2017, della giornalista d'inchiesta Daphne Caruana Galizia, non si tratta dell'unico Paese membro a cui la Corte rivolge il divieto di regressione.

Naturalmente, la sentenza riveste di per sé una rilevanza "esterna" sia con riguardo alle controversie attualmente pendenti e future dinanzi alla stessa Corte di giustizia e vertenti sulla medesima materia, sia in relazione al possibile "dialogo" con la Corte EDU, cui si è già fatto precedentemente un breve cenno. Il sentore, però, che la Corte abbia utilizzato il caso maltese, non tanto (o non solo) per ridefinire il suo orientamento in materia di selezione dei giudici, quanto piuttosto per indirizzare un preciso monito di non-regressione anche ad altri Paesi membri è, in verità, suffragato da più di un elemento.

In primo luogo, è una scelta di politica giudiziaria non del tutto nuova quella di definire in Grande Sezione un caso non particolarmente controverso per delineare lo schema teorico e argomentativo che potrà essere applicato dalla stessa Corte in successive controversie vertenti su violazioni simili. Se ne è fatto uso, ad esempio, proprio nel già citato caso dei cd. giudici portoghesi, laddove, secondo la dottrina che ha commentato la sentenza, la linea argomentativa seguita dalla Corte rinveniva la propria causa giustificativa nella decisione della Commissione di avviare nel dicembre 2017 una procedura di infrazione nei confronti della Polonia in relazione alla nuova legge

⁷⁵ Si vuole, peraltro, sottolineare che la condizionalità democratica in ingresso non fu imposta a tutti i Paesi membri, ma solo a partire dal quinto allargamento.

⁷⁶ Nel *Rule of Law Index 2021* promosso dal *World Justice Project*, Malta si è classificata al di sotto della media regionale in tutte le categorie tranne una (ordine e sicurezza), superata da Slovenia, Uruguay e Cipro. Cfr. <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2021/Malta>.

⁷⁷ Commissione europea, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto a Malta*, 2020, reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/info/publications/2020-rule-law-report-communication-and-country-chapters_it.

sull'organizzazione delle corti ordinarie, contestando anche la violazione dell'art. 19 TUE, in combinato disposto con l'art. 47 della Carta⁷⁸.

Il fatto che si tratti di un disegno preciso appare, poi, ancor più riprovato dalla circostanza che l'enunciazione del principio non risulta necessaria ai fini della risoluzione del caso concreto. Anzi, ad una lettura della motivazione nella sua interezza, sembra proprio che lo stesso sia superfluo e posto a regola d'arte per un possibile impiego futuro. In quest'ambito, assumono particolare rilievo le questioni ben più problematiche sorte a seguito delle controverse riforme del sistema giudiziario polacco e le preoccupanti prese di posizione assunte dal Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia negli ultimi mesi rispetto al primato del diritto europeo.

Già il 14 luglio 2021, il giudice delle leggi di Varsavia aveva rivendicato la supremazia del diritto nazionale sul diritto dell'Unione⁷⁹, opponendosi all'ordinanza cautelare con cui la Corte di giustizia, l'8 aprile 2020⁸⁰, aveva disposto l'immediata sospensione della legge istitutiva di un nuovo regime disciplinare per i giudici (la c.d. *muzzle law*). Nello stesso giorno, peraltro, la Corte di giustizia, con una nuova misura *ad interim*, aveva richiesto la sospensione del funzionamento della sezione disciplinare istituita presso la Corte suprema, perché non conforme ai requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva *ex artt.* 19 TUE e 47 della Carta⁸¹. Il giorno successivo, con una pronuncia definitiva, la Corte aveva affermato la contrarietà al diritto dell'Unione anche della normativa sul regime disciplinare dei giudici perché incapace di garantire l'indipendenza dei magistrati⁸².

Ebbene, tali pronunce sono state completamente disattese dal governo dello Stato membro. A fronte del perdurante inadempimento delle misure richieste con l'ordinanza del 14 luglio, la Commissione aveva anche chiesto di comminare nei confronti dello Stato

⁷⁸ Cfr. M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial Serendipity: How Portuguese Judges came to the Rescue of the Polish Judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 622 ss.; A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 421 ss.; L. PECH, S. PLATON, *Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1827 ss. Una simile tecnica non è sconosciuta nemmeno alla Corte di Strasburgo che l'ha impiegata proprio nel già menzionato caso *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, posto in decisione il 1° dicembre 2020, prima della più controversa questione legata alla vicenda *Xero Flor c. Polonia*, sebbene questa fosse stata incardinata con ricorso diversi mesi addietro.

⁷⁹ Cfr. A. CIRCOLO, *Ultra vires e Rule of Law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *I Post di Aisdue*, 2021.

⁸⁰ Corte di giustizia, ordinanza dell'8 aprile 2020, causa C-791/19 R, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2020:277.

⁸¹ Corte di giustizia, ordinanza del 14 luglio 2021, causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2021:593. Si veda, a tal proposito, anche l'ordinanza del 6 ottobre 2021 con cui la vicepresidente della Corte respinge la richiesta di revoca della misura *ad interim* avanzata dalla Repubblica di Polonia. Cfr. Corte di giustizia, ordinanza del 6 ottobre 2021, causa C-204/21 R-RAP, *Repubblica di Polonia c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2021:834.

⁸² Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2021:596.

membro *ex art.* 260, par. 2, TFUE una penalità per ogni giorno di inottemperanza⁸³, riservandosi di adire la Corte per il mancato rispetto della sentenza del 15 luglio. Ma se questo non bastasse, lo scontro tra Varsavia e Bruxelles si è ulteriormente acuito a seguito della preoccupante presa di posizione assunta dal Tribunale costituzionale polacco nella sentenza K 3/21⁸⁴.

Il 7 ottobre 2021, detto Tribunale, che secondo la Corte di Strasburgo non può ritenersi un “tribunale costituito per legge”⁸⁵ e che è, secondo larga parte dei commentatori, monopolizzato dal partito di governo del PiS⁸⁶, ha, infatti, dichiarato che una serie di disposizioni del Trattato sull’Unione europea, così come interpretate dalla Corte di giustizia, non sono compatibili con la Costituzione polacca. La sentenza sul rapporto tra le fonti di diritto europeo e di diritto interno, entrata in vigore il 12 ottobre, era stata promossa dal Primo Ministro polacco ed è stata adottata a maggioranza, con due opinioni dissenzienti. Sebbene la motivazione non sia stata ancora resa nota, le affermazioni di principio del dispositivo sono tanto dirimenti da meritare già qualche riflessione.

In rotta con l’ordinamento europeo, il Tribunale costituzionale, con una proclamazione dai toni più politici che vicini al dispositivo di una sentenza, ha dichiarato incompatibili con la Costituzione polacca e, segnatamente, con gli artt. 2, 8 e 90(1), l’art. 1, parr.1 e 2, TUE, in combinato disposto con l’art. 4, par. 3, TUE, nella misura in cui questi ultimi, tramite l’interpretazione resa dalla Corte di giustizia, avrebbero consentito alle istituzioni europee di agire al di là dei poteri conferiti dalla Polonia sulla base dei Trattati, privando la Costituzione polacca del suo primato e la Repubblica di Polonia della possibilità di agire come Stato democratico e sovrano. Nel prosieguo della pronuncia, si legge, poi, che anche l’art. 19, par. 1, TUE, così come interpretato dalla Corte di Lussemburgo, non è compatibile con la Costituzione polacca poiché consentirebbe ai giudici nazionali di disapplicare la Costituzione per contrasto con il diritto europeo e di

⁸³ Tale richiesta è stata accolta il 27 ottobre con ordinanza del Vicepresidente della Corte che ha ordinato alla Repubblica di Polonia di pagare una penalità giornaliera di 1.000.000 euro. Cfr. Corte di giustizia, ordinanza del 27 ottobre 2021, causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*.

⁸⁴ Tra i primi commenti, M. STEINBEIS, *The Exit Door*, in *Verfassungsblog*, 8 ottobre 2021; J. JARACZEWSKI, *Gazing into the Abyss. The K 3/21 decision of the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 12 ottobre 2021; G. DI FEDERICO, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE* del 13 ottobre 2021, reperibile al link: <https://www.aisdue.eu/giacomo-di-federico-il-tribunale-costituzionale-polacco-si-pronuncia-sul-primato-della-costituzione-polacca-et-nunc-quo-vadis/>; C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, Editoriale, in *Federalismi*, 24/2021, 20 ottobre 2021, IV ss.; P. MANZINI, *Verso un recesso de facto della Polonia dall’Unione europea?*, in *Eurojus*, 4/2021, 25 ottobre 2021, 1 ss.

⁸⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 7 maggio 2021, ricorso n. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. c. Polonia*. La sentenza, dando piena applicazione all’impianto teorico sviluppato nel caso islandese sopradescritto, riconosce l’illegittimità nella composizione di uno dei collegi del Tribunale costituzionale polacco e rappresenta la prima pronuncia della Corte di Strasburgo legata alle controverse riforme del settore giudiziario della Repubblica di Polonia. Cfr. M. COLI, *The judgment of the Strasbourg Court in Xero Flor v. Poland: The capture of the Polish Constitutional Court condemned by a European court, at last!*, in *Diritti comparati*, 1 luglio 2021.

⁸⁶ Su tutti, W. SADURSKI, *Poland’s Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019, p. 79.

rimettere in discussione le sentenze definitive di incostituzionalità pronunciate dallo stesso Tribunale⁸⁷.

Questa volta, sembra che il giudice polacco superi la questione, da sempre opposta da parte del governo relativa alla (in)competenza della Corte di giustizia a statuire in materia di organizzazione del settore giudiziario dello Stato membro, accettando l'interpretazione resa ai sensi dell'art. 19 TUE dal giudice europeo sin dal 2018. Quello che viene negato *in toto* è, però, il principio del primato del diritto europeo sul diritto nazionale, allo scopo di offrire, nella sostanza, una nuova base giuridica al governo per continuare a smarcarsi dalle già citate pronunce della Corte di giustizia in merito alle riforme del giudiziario.

Nonostante gli equilibri delicati, l'effettività del diritto europeo e la sua prevalenza rispetto al diritto interno non erano mai state poste in discussione in maniera così eclatante. Certamente, la portata della cd. primazia si è progressivamente chiarita nel corso degli oltre sessant'anni del processo di integrazione europea e, soprattutto nei primi decenni della CEE, non sono mancate occasioni di confronto sul punto con gli organi di giustizia costituzionale di alcuni Stati membri (non ultima, la Corte costituzionale italiana). Ma in questa occasione, il Tribunale costituzionale polacco sta affermando che la Repubblica di Polonia non può ritenersi più vincolata al rispetto di talune specifiche norme dei Trattati che costituiscono il nucleo duro del processo di integrazione, con una pronuncia talmente "aggressiva" da aver fatto parlare parte della dottrina di un vero e proprio "*Polexit judgment*".

Che da tale pronuncia si possa desumere l'invocazione implicita dell'art. 50 TUE da parte della Polonia è, ad avviso di chi scrive, una tesi⁸⁸ difficilmente conciliabile *in primis* con il dettato dei Trattati, visto e considerato che il diritto primario prevede una procedura peculiare per l'esercizio del diritto di recesso⁸⁹. La dichiarazione di lasciare l'Unione europea, peraltro, deve essere inequivoca ed incondizionata: un *referendum* può esserne indice, una sentenza adottata a maggioranza da un tribunale che non può considerarsi conforme ai requisiti dell'art. 6 CEDU non può avere la stessa forza. A ciò si aggiunga che dalle dichiarazioni del governo non emerge alcuna intenzione da parte del Paese di lasciare l'Unione europea, tutt'altro. *They may well intend to harm the EU, but they prefer to do so from within*⁹⁰.

Sta di fatto che la sentenza del Tribunale Costituzionale calpesta tanto il diritto polacco, apparentemente ignorando che, tra gli altri, ai sensi dell'art. 9 della Costituzione la Polonia è tenuta a rispettare il diritto internazionale vincolante, quanto una serie di principi fondativi dell'ordinamento europeo: oltre quello del primato, quello della leale cooperazione e dell'obbligo per gli Stati di assicurare l'esecuzione del diritto dell'UE,

⁸⁷ J. ATIK, X. GROUSSOT, *Op-Ed: "Constitutional attack or political feint? – Poland's resort to lawfare in Case K 3/21"*, in *Eulawlive*, 18 ottobre 2021.

⁸⁸ C. HILLION, *Poland and Hungary are withdrawing from the EU*, in *Verfassungsblog*, 27 aprile 2020.

⁸⁹ J. COTTER, *Why Article 50 TEU is not the solution to the EU's rule of law crisis*, in *European Law Blog*, 30 aprile 2020.

⁹⁰ M. STEINBEIS, *The Exit Door*, cit.

con ciò minando le fondamenta del progetto di integrazione europea e la fiducia nei confronti della Polonia.

Se resta fermo che rispetto al diritto primario la pronuncia non può avere effetto, nel senso che non è idonea ad invalidarlo, giacché le norme europee, così come interpretate dalla Corte, continuano ad essere pienamente vincolanti per tutti i Paesi membri, occorrerà, tuttavia, una dura reazione da parte delle istituzioni dell'Unione, perché la pronuncia non acquisisca un potenziale di "attrazione", spingendo altri Paesi a seguire l'esempio polacco. La Presidente von der Leyen ha già espresso preoccupazione per gli ultimi sviluppi della *querelle* polacca, schierandosi a difesa dei valori comuni, mentre il 19 ottobre, alla vigilia del Consiglio europeo, si è tenuto in seno al Parlamento dell'UE un dibattito sullo Stato di diritto in Polonia cui sono intervenuti sia il Primo ministro che la Presidente della Commissione⁹¹.

Gli strumenti di reazione a tale ennesima involuzione non mancano: accanto al rimedio tradizionale della procedura di infrazione *ex artt.* 258 e 260 TFUE, potrebbe essere l'occasione di mettere finalmente in pratica il regolamento sulla condizionalità in bilancio. Certamente, appena si presenterà l'occasione, anche la Corte di giustizia non potrà fare a meno di intervenire a protezione dell'"ecosistema europeo", potendo rivedere, ad esempio, il suo orientamento sull'applicazione del mutuo riconoscimento e della mutua fiducia nei confronti della Repubblica di Polonia e potendo, questa volta, anche far uso in senso estensivo del principio di non-regressione. È, infatti, pacifico che al momento dell'adesione, la ratifica dei Trattati includesse per la Polonia anche la giurisprudenza, tra gli altri, dei noti casi *van Gend en Loos*⁹² e *Costa c. ENEL*⁹³.

ABSTRACT: La sentenza *Repubblika*, resa dalla Corte di giustizia il 20 aprile 2021 nella causa C-896/19, non costituisce soltanto l'ennesimo tassello di un coraggioso (seppur ormai tendenzialmente consolidato) indirizzo giurisprudenziale volto a rafforzare le garanzie di indipendenza dei giudici dei Paesi membri dell'Unione, ma con la sua affermazione di un generale principio di non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei, costituisce un passo avanti nel processo costituzionale europeo. Il presente contributo si sofferma su tale nuovo principio indagando i suoi potenziali sviluppi applicativi, anche rispetto ad una delle "regressioni" dagli effetti potenzialmente più vistosi degli ultimi tempi: quella operata mediante la recentissima pronuncia K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco.

KEYWORDS: Rule of law – indipendenza della magistratura – valori comuni dell'UE – principio di non-regressione – fiducia reciproca.

⁹¹ Cfr. anche la risoluzione del Parlamento europeo del 21 ottobre (2021/2935(RSP)).

⁹² Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *van Gend en Loos*, causa 16-62.

⁹³ Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, *Costa c. ENEL*, causa 6-64.

INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY AND NON-REGRESSION PRINCIPLE IN THE GUARANTEE OF EUROPEAN COMMON VALUES. FROM THE *REPUBBLIKA* CASE TO THE K 3/21 JUDGMENT OF THE POLISH CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: The *Repubblika* judgment, delivered by the Court of Justice on 20 April 2021 in case C-896/19, is not just another piece of a courageous (albeit almost settled) case-law aimed at strengthening the guarantees of judicial independence for national judges, but with its affirmation of a general principle of non-regression in safeguarding common European values, it constitutes a step forward in the European constitutional process. The present contribution focuses on this new principle by investigating its potential application, also with respect to one of the “regressions” with the potentially most far reaching effects of recent times: the one made through the very recent ruling K 3/21 of the Polish Constitutional Court.

KEYWORDS: Rule of law – independence of judiciary – EU common values – non-regression principle – mutual trust.