



Le sentenze C-156/21 e C-157/21: L'identità europea e la condizionalità secondo la Corte di giustizia

di Simone Gianello *

Abstract: The aim of this article is to analyze the European conditionality provided by Regulation 2020/2092 through the lens of the judgments C-156/21 and C-157/21 of the Court of Justice of the European Union issued on February 16, 2022. The first part is focused on the concept of European constitutional identity trying to understand how its use can encourage or worsen the dialogue between the Court of Justice and the Constitutional courts of the Member states. The second part is dedicated to identifying the real purpose of the 2020/2092 Regulation. Finally, in the last part, starting from the most recent events regarding the approval of the recovery and resilience plan for Poland, we will try to put forward a hypothesis on the use of conditionality as a general tool of governance for the protection of the rule of law.

SOMMARIO: 1. La centralità delle pronunce nel processo di integrazione europea e gli interrogativi sollevati. – 2. L'identità europea nel solco di un conflitto in essere: via d'uscita o *cul de sac*? – 3. La conferma delle limitate finalità del Regolamento 2020/2092 nel contenere le violazioni dello Stato di diritto. – 4. Governare attraverso la condizionalità e in nome dello Stato di diritto.

1. La centralità delle pronunce nel processo di integrazione europea e gli interrogativi sollevati

Le due sentenze “quasi gemelle”¹ pronunciate dalla Corte di giustizia nella giornata del 16 febbraio 2022 fanno parte di quella categoria di decisioni destinate con un buon grado di probabilità a lasciare il segno, almeno sul fronte eurounitario, ponendo un ulteriore tassello in quel complesso mosaico che è il

* Ricercatore a tempo determinato di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Milano - Bicocca. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*): versione definitiva ricevuta il 25 ottobre 2022.

¹ Cfr. A. BARAGGIA, *La condizionalità a difesa dei valori fondamentali dell'Unione nel cono di luce delle sentenze C-156/21 e C-157/21*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2022, p. 372.



Saggi

processo di integrazione². Lungo questo orizzonte, infatti, si può trarre la loro importanza da un duplice, per quanto correlato, ordine di ragioni: in primo luogo, il *thema decidendum* su cui i giudici europei hanno dovuto cimentarsi e, in seconda battuta, alcuni assunti contenuti all'interno delle motivazioni i cui effetti non sembrano affatto destinati ad esaurirsi all'interno della singola fattispecie, guardano invece al futuro dei rapporti fra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali.

Rispetto al primo punto, è di per sé evidente come la posta in gioco fosse alta. Dalla decisione della Corte di giustizia sarebbe dipeso il destino del Regolamento (EU, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio *relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione*. Date le conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020 che rimandavano dilatoriamente l'attuazione pratica del meccanismo a future linee guida della Commissione europea successive all'esito di eventuali azioni per annullamento *ex art. 263 TFUE*³, tanto l'Ungheria quanto la Polonia – come era lecito aspettarsi – avevano fatto la loro mossa, impugnando il neonato Regolamento 2020/2092. Denotati da parecchie similitudini e poche dissonanze in termini di doglianze, per quanto maggiormente rileva ai fini di questo contributo, sia le autorità di Budapest che di Varsavia negavano la legittimità della base giuridica di cui all'art. 322 TFUE, ossia la sua idoneità a giustificare la creazione di uno strumento di condizionalità orizzontale volto a tutelare il bilancio e gli interessi finanziari dell'Unione da violazioni dello Stato di diritto, nonché la compatibilità di detto istituto con l'art. 7 TUE. A essere oggetto di contestazione era la paventata elusione della stessa disposizione mediante la predisposizione di uno strumento di

² Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, 16 febbraio 2022 e Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, 16 febbraio 2022. Cfr. P. MORI, *La Corte di Giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L'Italia, unico tra gli Stati fondatori, non interviene*, in *BlogDUE*, 17 marzo 2022. In aggiunta, si veda altresì E. PAGANO, *Brevi note sulle sentenze relative al regolamento condizionalità*, in *BlogDUE*, 5 aprile 2022.

³ Per una nota critica, K.L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *VerfBlog*, 13 dicembre 2020 e A. ALEMANNI, M. CHAMON, *To Save the Rule of Law You Must Apparently Break It*, in *VerfBlog*, 11 dicembre 2020.



Saggi

diritto derivato avente le medesime finalità sanzionatorie della disposizione primaria in questione, scevra delle garanzie a favore degli Stati membri che la caratterizzano.

Per quanto la Corte di giustizia, come d'altronde era prevedibile, ha respinto dette riserve, è dalle argomentazioni impiegate a tal fine che emergono gli aspetti più interessanti relativamente all'effettiva funzione del meccanismo di condizionalità, o meglio, a ciò che è lecito aspettarsi dal suo utilizzo⁴. Rimandando alle pagine successive per più articolate riflessioni (*infra* § 3), ciò che è possibile anticipare sin d'ora è che – complici anche le obiettive limitazioni del suo fondamento normativo e i limiti intrinseci ad uno strumento la cui operatività si fonda sull'esistenza di un legame condizionale fra due diversi riferimenti (nel caso specifico gli interessi finanziari e lo Stato di diritto) – dalle sentenze del Giudice europeo fuoriesce una versione sensibilmente ridimensionata dell'istituto. Sicuramente più aderente ad una formale impostazione del principio di legalità europea, il Regolamento 2020/2092 si mostra ben lontano da quello che può essere considerato a tutti gli effetti il suo progenitore, ovvero la proposta della Commissione del 2018 di un Regolamento *sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*⁵. Come plasticamente dimostrato

⁴ Per un commento, *ex multis*, V. SACCHETTI, *Once more, with feeling: il finale annunciato del ricorso per l'annullamento del meccanismo di condizionalità relativo alla rule of law (sentenze C-156/21 e C-157/21)*, in «Diritti Comparati», 3 marzo 2022; P. POHJANKOSKI, *The Unveiling of EU's Constitutional Identity. Judgements in C-156/21, Hungary v. Parliament and Council and C-157/21, Poland v. Parliament and Council*, in «EU Law Live», Special Issue, n. 91, 26 febbraio 2022, p. 3 ss.; M. FISICARO, *Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation. ECJ judgements of 16 February 2022, Cases C-156/24, Hungary v Parliament and Council and C-157/21, Poland v Parliament and Council*, in «European Constitutional Law Review», vol. 18, 2022, p. 334 ss.; nonché N. KIRST, *Rule of Law Conditionality before the Court – A Judgement of Constitutional Nature. Judgements in C-156/21, Hungary v. Parliament and Council and C-157/21, Poland v. Parliament and Council*, in «EU Law Live», Special Issue, n. 91, 26 febbraio 2022, p. 7 ss. e L. PECH, *The Court of Justice greenlights the rule of law conditionality mechanism. No More Excuses*, in *VerfBlog*, 16 febbraio 2022.

⁵ Commissione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio *sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*,



dalla sua prima attivazione nei confronti dell'Ungheria – preannunciata dalla Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen il 5 aprile 2022, concretizzatasi formalmente nella successiva giornata del 27 aprile con la formale notifica ai sensi dell'art. 6, par. 1 del Regolamento 2020/2092⁶ ed, allo stato attuale, prefigurata nella sua forma più avanzata all'interno della proposta della Commissione di Decisione di esecuzione del Consiglio del 19 settembre 2022⁷ – si ha la netta percezione che lo spettro operativo dello strumento in parola sia (più) limitato di quanto ci sarebbe potuto attendere. Riprendendo talune osservazioni apparse in dottrina, le sentenze della Corte di giustizia sembrano aver confermato quel ribaltamento prospettico che fra il 2018 e il 2022 – in ragione dei diversi e difficili passaggi istituzionali che ne hanno segnato lo sviluppo⁸ – ha fatto sì che la

COM(2018) 324 final, 2 maggio 2018. In dottrina, si vedano, fra gli altri, J. LACNY, *Suspension of EU Funds Paid to Member States Breaching the Rule of Law: Is the Commission's Proposal Legal?*, in A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, C. GRABENWARTER, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, Heidelberg 2021, p. 270 ss.; M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in «European Papers», n. 3, 2019, p. 695 ss.; M. CARTA, *Qualche considerazione sulla tutela dello Stato di diritto attraverso gli strumenti finanziari nell'Unione europea*, in «Ordine Internazionale e Diritti Umani», n. 2, 2019, p. 308 ss. e M.J. RANGEL DE MESQUITA, *European Union values, Rule of Law and the Multiannual Financial Framework 2021-2027: The Commission's Proposal to Protect the EU Budget Against Threats to the Rule of Law*, in «ERA Forum», vol. 19, 2018, p. 287 ss.

⁶ Passim K. CSERES, M. BORGERES, *The missing piece of the puzzle in the case of Hungary*, in *VerfBlog*, 2 giugno 2022.

⁷ Commissione europea, Proposta di Decisione di esecuzione del Consiglio relativa a misure di protezione del bilancio dell'Unione da violazioni dei principi dello Stato di diritto in Ungheria, COM(2022) 485 final, 19 settembre 2022.

⁸ Sul punto si rinvia al contributo di A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in «German Law Journal», vol. 23, 2022, p. 131 ss.; nonché N. KIRST, *Rule of law conditionality: the long-awaited step towards a solution of the rule of law crisis in the European Union?*, in «European Papers», vol. 6, n. 1, 2021, p. 101 ss. Passim B. NASCIMBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in «Eurojus», n. 3, 2021, p. 178 ss. e A. MIGNOLLI, *Condizionalità, Stato di diritto e interessi finanziari dell'Unione: strada aperta o nuovo compromesso? Riflessioni sulle conclusioni dell'Avvocato Generale nelle cause C-156/21 e C-157/21*, in «Ordine Internazionale e Diritti Umani», Osservatorio sulla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, n. 5, 2021, p. 1348 ss. Da ultimo, F. CASOLARI, *Novembre. Lo Stato di diritto preso sul serio*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione Europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Cedam, Padova 2021, p. 302 ss.



condizionalità transitasse dalla tutela dello Stato di diritto attraverso il bilancio alla tutela di quest'ultimo a fronte di specifiche violazioni del primo suscettibili di arrecargli pregiudizio⁹. Un passaggio che, inevitabilmente, fa sorgere dei dubbi in merito all'effettiva capacità del Regolamento di porsi come efficace argine alle derive involutive dello Stato di diritto da tempo in moto all'interno dei confini europei e sempre più in fase di consolidamento.

La seconda constatazione che giustifica l'attenzione nei riguardi delle sentenze contro Ungheria e Polonia attiene all'enucleazione di alcuni concetti di primaria importanza. Su tutti, quello dell'identità europea che, a sua volta, poggia sulla comune condivisione di quei valori che all'interno dell'art. 2 TUE trovano la loro naturale collocazione e che ciascuno Stato ha accettato all'atto di adesione. Questi ultimi, in particolare, sembrano assumere la valenza di una sorta di "meta-principio", collocato ad un livello superiore rispetto alle altre disposizioni dei Trattati, giacché il loro rispetto assurge a precondizione per il godimento di qualsiasi altro diritto previsto dall'ordinamento europeo¹⁰.

Una piena comprensione dei due giudizi – così dello stesso Regolamento 2020/2092 – non può prescindere, tuttavia, dall'analisi del dato contestuale nel quale hanno visto la luce. Per quanto si collochi perfettamente all'interno dell'impianto argomentativo della Corte, il richiamo al concetto di identità europea non

⁹ G. GIOIA, *Le linee guida della Commissione europea sul meccanismo di condizionalità a protezione del bilancio UE: effettività della tutela dello Stato di diritto e valorizzazione dello spazio pubblico europeo*, in «Diritti Comparati», 24 marzo 2022; F. SALMONI, *La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'UE (a prima lettura delle sentt. C-156 e C-157 Ungheria e Polonia v. Parl. e Cons.)*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 1, 2022, p. 199 ss.; J. LACNY, *The Rule of Law Conditionality Under Regulation No. 2092/2020 – Is it all About Money?*, in «Hague Journal on the Rule of Law», vol. 13, 2021, p. 84 ss.; T. TRIDIMAS, *Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons*, in «Croatian Yearbook of European Law and Policy», vol. 16, 2020, p. VII ss.; A. CIRCOLO, *È la rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento «sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto»*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», n. 2, 2019, p. 407. Sulle variabili in grado di condizionare l'efficacia dello strumento, in ultimo, M. BLAUBERGER, V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU Funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, in «Journal of European Integration», vol. 43, n. 1, 2021, p. 1 ss.

¹⁰ Per un quadro più ampio, si rimanda a S. TROILO, *La tutela dello Stato di diritto nell'Unione Europea post Covid-19*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», n. 4, 2021, p. 75 ss.



Saggi

appare, per così dire, essenziale. In altri termini, qualora si volesse fare un esercizio di pura astrazione volto a rielaborare le motivazioni della Corte senza fare riferimento all'identità, si potrebbe comunque giungere alla conclusione della legittimità del Regolamento 2020/2092, ovvero sia l'oggetto principale delle controversie. Ciò, dunque, fa propendere per la presenza di ragioni altre – di sistema – che hanno spinto i giudici lussemburghesi a muovere un passo così deciso nella determinazione di un concetto che per certi versi, considerato il tenore letterale dell'art. 4, par. 2 TUE, ha rappresentato sin dalla sua apparizione una sorta di “chimera” del processo integrativo sovranazionale¹¹. L'utilizzo del concetto di cui trattasi dal punto di vista dei singoli ordinamenti, come clausola di salvaguardia rispetto alla cessione di quote di sovranità sovente dipendenti da operazioni ermeneutiche estensive del Giudice europeo, non è certo una novità e in passato è stato fatto proprio anche da Corti costituzionali, per così dire insospettabili, lontane dall'essere tacciate come avanguardie dell'illiberalismo. Nondimeno, i conflitti sorti nel corso dell'ultimo periodo fra talune giurisdizioni costituzionali nazionali e la Corte di giustizia ha riportato in auge il tema dell'identità costituzionale¹². Ungheria, Romania e Polonia, da questo punto di vista rappresentano un fulgido esempio di quanto si va dicendo. Da qui, probabilmente, è ingenerato il bisogno del Giudice europeo di affermare l'esistenza di un'autonoma dimensione dell'identità, questa volta in chiave europea, quale linea rossa invalicabile e che al contempo sembra ricordare a ciascuno dei “ventisette” che «the EU protects [only] national constitutional identities and does not protect national unconstitutional identities»¹³.

Per quanto una simile impostazione sia del tutto condivisibile e per certi versi possa ritenersi finanche necessaria date le attuali condizioni, a ben vedere, rischia di incubare al suo interno una problematica tutt'altro che irrilevante e i cui possibili effetti devono essere attentamente soppesati sulla bilancia dei costi e

¹¹ Si vedano le riflessioni di D. KELEMEN, L. PECH, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*, in «Cambridge Yearbook of European Legal Studies», vol. 21, 2019, p. 73.

¹² J. SCHOLTES, *Abusing Constitutional Identity*, in «German Law Journal», vol. 22, 2021, p. 534 ss.

¹³ P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *VerfBlog*, 21 febbraio 2022.



benefici. Una ponderazione che può essere racchiusa nella seguente domanda, ovvero se la giustapposizione dell'identità europea a quella nazionale, nelle relazioni dialogiche con Corti costituzionali che del conflitto sembrano aver fatto in molti casi la propria *raison d'être*, in ultima istanza possa culminare nella composizione dello scontro o, *ex adverso*, avere l'effetto contrario di gettare benzina sul fuoco, segnando una distanza probabilmente incolmabile fra gli opposti poli.

Nelle pagine che seguono, seppur senza alcuna pretesa di esaustività, si cercherà di riflettere sulle questioni poste in premessa, tracciando un bilancio provvisorio e guardando ai possibili sviluppi che potranno scaturire dalle sentenze C-156/21 e C-157/21 della Corte di giustizia, tenuto altresì conto dell'attivazione del procedimento nei confronti delle istituzioni ungheresi. Infine, ampliando l'ambito delle considerazioni alla più recente proposta di decisione esecutiva elaborata dalla Commissione e che il Consiglio ha adottato il 17 giugno scorso relativa all'approvazione del *recovery and resilience plan* della Polonia, si porrà l'attenzione su un possibile uso combinato degli strumenti di condizionalità – complessivamente concepiti – che all'approccio “negativo” assommino una funzione di vera e propria *governance* europea “positiva”, i cui effetti potrebbero disvelare la loro utilità proprio nelle relazioni con Ungheria e Polonia.

2. L'identità europea nel solco di un conflitto in essere: via d'uscita o *cul de sac*?

Invertendo l'ordine degli argomenti e muovendo dalla *issue* relativa al concetto di identità europea, il punto di partenza non può che essere il portato testuale delle motivazioni redatte dalla Corte di giustizia. Secondo il Giudice europeo:

quando uno Stato candidato diventa uno Stato membro, aderisce a una costruzione giuridica che poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, i valori comuni contenuti nell'articolo 2 TUE, sui quali l'Unione si fonda. Tale premessa fa parte delle caratteristiche specifiche ed essenziali del diritto dell'Unione, attinenti alla sua stessa natura, che risultano dall'autonomia di cui gode detto diritto nei confronti dei diritti degli Stati membri nonché del diritto



Saggi

internazionale. Essa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, pertanto, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua [...] ne consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori contenuti nell'art. 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati a tale Stato membro [...] il rispetto di tali valori non può essere ridotto a un obbligo cui uno Stato candidato è tenuto al fine di aderire all'Unione e dal quale potrebbe sottrarsi in seguito alla sua adesione [...] i valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori¹⁴.

Quella tratteggiata dalla Corte, dunque, è un'identità che si attesta come genuinamente pluralista¹⁵, determinata non in contrapposizione alle singole identità nazionali, bensì sulla base delle stesse, secondo una logica che si potrebbe definire di omogeneizzazione¹⁶, o meglio di ricomposizione delle diversità. Questo approccio emerge ancor più chiaramente in un passaggio successivo allorché la Corte, nel ricordare che sebbene l'Unione, ai sensi dell'art. 4, par. 2 TUE, rispetti le diverse identità nazionali, così come insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, e conceda un margine di discrezionalità a ciascuno Stato nel dare attuazione ai principi dello Stato di diritto, tale obbligo di risultato non può variare arbitrariamente da un Paese all'altro. Ciò in quanto, pur disponendo di identità nazionali distinte che l'Unione rispetta «gli Stati membri aderiscono a una nozione di “Stato di diritto” che condividono, quale valore comune alle loro stesse tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo»¹⁷.

¹⁴ Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-157/21, p.ti 143-145 e Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-156/21, p.ti 125-127.

¹⁵ P. FARAGUNA, S. BARTOLE, *La condizionalità nell'Unione, i carrarmati fuori dall'Unione*, in «Diritti Comparati», 22 marzo 2022.

¹⁶ F. SALMONI, *La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria*, cit., p. 200.

¹⁷ Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-157/21, p.to 266 e Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-156/21, p.to 234.



Saggi

La Corte, pur ribadendo l'esistenza di un contenuto incompressibile – determinato sulla base dei valori di cui all'art. 2 TUE – che opera quale limite alle rivendicazioni statali, si dimostra attenta nel tentativo di non dare l'immagine di una imposizione che provenga dall'alto, sottoforma di una limitazione disancorata dalle peculiarità intrinseche dei singoli ordinamenti. Al contrario, il concetto di Stato di diritto sul quale s'informa l'identità europea viene riportato all'interno delle diverse identità nazionali, quasi fosse una sorta di minimo comune denominatore dato dalla somma dei loro tratti comuni e parte delle rispettive tradizioni costituzionali.

Il senso dell'operazione ermeneutica appare duplice: sistematizzate la tutela delle identità costituzionale degli Stati membri sullo stesso piano di quella europea¹⁸ e al contempo depotenziare la portata presumibilmente deflagrante delle prime – in virtù del richiamo all'art. 4, par. 2 TUE – assumendo una sorta di coincidenza contenutistica con quella eurounitaria. In questo modo, se da un lato si vuole evitare che la disposizione di diritto primario in questione possa divenire il viatico attraverso il quale giustificare deviazioni, anche consistenti, dall'art. 2 TUE all'interno degli Stati membri, e in special modo dai fondamenti Stato di diritto¹⁹, dall'altro, vorrebbe farsi conseguire a un'eventuale trasgressione dell'identità europea una concomitante infrazione dell'identità costituzionale del singolo Paese.

Per l'effetto, dunque, l'irragionevolezza di una sua ipotetica invocazione nel caso insorgesse un conflitto (giurisdizionale) che nell'ottica della Corte di giustizia non potrebbe che culminare dinanzi a essa. La conseguenza della giustiziabilità dell'art. 4, par. 2 TUE conseguente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha posto la Corte nella condizione di giudice ultimo dell'identità nazionale²⁰. Un ruolo che quest'ultima ha rivendicato a pochi giorni di distanza dal pronunciamento sul Regolamento 2020/2092, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale al

¹⁸ P. FARAGUNA, S. BARTOLE, *La condizionalità nell'Unione*, cit.

¹⁹ Fra gli altri, B. DE WITTE, *Article 4(2) TEU as a Protection of the Institutional Diversity of the Member States*, in «European Public Law», n. 3, 2021, pp. 560-561 e F. FABBRINI, A. SAJO, *The dangers of constitutional identity*, in «European Law Journal», vol. 25, n. 4, 2019, p. 473.

²⁰ In tal senso, G. DI FEDERICO, *The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards*, in «European Public Law», n. 3, 2019, p. 355.



Saggi

culmine di un conflitto con la Corte costituzionale romena focalizzato proprio sul primato del diritto europeo in contrapposizione a quello costituzionale e sulla riconducibilità dei taluni profili dell'organizzazione interna del sistema giudiziario nell'ambito esclusivo dell'identità nazionale²¹. Secondo il Giudice dell'Unione, infatti, nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale di uno Stato membro nutra dei dubbi circa la possibilità che una disposizione del diritto derivato dell'Unione, così come interpretata dalla Corte di giustizia, infranga l'obbligo di rispettarne l'identità nazionale «tale Corte costituzionale deve sospendere la decisione e investire la Corte di giustizia di una domanda di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, al fine di accertare la validità di tale disposizione alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, essendo la Corte di giustizia la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione»²².

²¹ Il richiamo è alla decisione della *Curtea Constituțională* romena dec. n. 390/2021, 8 giugno 2021. Secondo i giudici costituzionali di Bucarest, benché in base all'art. 148, par. 2 e 4 della Costituzione, il diritto europeo «shall take the precedence over the opposite provisions of the national laws» (p.to 74), tale «priority of application must not be perceived as removing or disregarding the national constitutional identity, as enshrined in Article 11 (3), read in conjunction with Article 152 of the Basic Law, i.e. a guarantee of a substantive identity core of Romanian Constitution and which must not be relativized in the process of European integration» (*ibidem*). Sul versante europeo, invece, si vedano le decisioni della Corte di giustizia, Grande Sezione, cause C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, 18 maggio 2021 e Grande Sezione, cause C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19, C-840/19, *PM et al.*, 21 dicembre 2021.

In dottrina, N. HOGIC, *Supremacy of EU Law and Judicial Independence in Romania*, in «Diritti Comparati», 7 marzo 2022; L. DI ANSELMO, *La crisi dello Stato di diritto si estende in Romania: la Corte di Giustizia ribadisce il principio dell'indipendenza dei giudici come corollario essenziale della nozione dello Stato di diritto ex art. 2 TUE*, in «Ordine Internazionale e Diritti Umani», Osservatorio sulla Corte di Giustizia europea, n. 2, 2022, p. 533 ss.; C.C. CURT, *Romanian commitment to independence of justice and anticorruption reforms under CVM and Rule of law incentives. Some considerations on case-law of the Constitutional court*, in «Transylvanian Review of Administrative Science», vol. 65R, 2022, p. 49 ss. e A. PERELLI, *Indipendenza ed autonomia della magistratura: lezioni dalla Romania*, in «DPCE Online», n. 3, 2021, p. 3183 ss. *Passim* B. SELEJAN-GUTAN, *When activism takes the wrong turn. The case of the Romanian Constitutional Court*, in M. BELOV (ed.), *Courts and Judicial Activism under Crisis conditions. Policy Making in a Time of Illiberalism and Emergency Constitutionalism*, Routledge, London 2021, p. 125 ss. Sul primato del diritto europeo, infine, P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell'Unione Europea*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», n. 1, 2021, p. 73 ss.

²² Corte di giustizia, Grande Sezione, causa C-430/21, *RS*, 22 febbraio 2022, p.to 71.



Vero è che la stessa Corte di giustizia, nel corso del tempo, ha mantenuto un percepibile *self-restraint*, evitando di cimentarsi in operazioni definitorie dei limiti entro cui l'identità nazionale potesse essere invocata, consapevole di trovarsi fra due fuochi, entrambi carichi di implicazioni potenzialmente negative²³. La progressiva espansione delle competenze affidate all'Unione ha inevitabilmente contribuito ad ampliare il terreno di possibile conflitto, accentuando le divergenze interpretative fra la Corte di giustizia e, per il momento talune, Corti costituzionali. L'art. 4, par. 2 TUE, attualmente esprime la propria efficacia all'interno di un sistema di sovranità quota parte condivise e in ultima istanza concorrenti il cui ambito spaziale è ben lontano dal «*limited fields*» di cui alla storica sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963²⁴.

Come dimostrato dalla conflittualità sorta attorno all'interpretazione dell'art. 19, par. 1, comma 2 TUE, il controllo europeo sulle azioni delle istituzioni nazionali travalica la mera questione del conferimento delle competenze di cui all'art. 5, par. 2 TUE, estendendosi al concreto esercizio delle stesse anche

²³ Ciò trova conferma nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Nicholas Emiliou, causa C-391/20, 8 marzo 2022, p.ti 82-85, ove si sottolinea che «ad oggi la Corte non ha approfondito la nozione di “identità nazionale”, né la natura o la portata della “clausola dell'identità nazionale” di cui all'art. 4, paragrafo 2, TUE». Tuttavia, ricorda lo stesso Avvocato Generale, non può disconoscersi la duplice portata della disposizione in parola. Essa, opera quale parametro di “validità” degli atti posti in essere dalle istituzioni dell'Unione, poiché qualsiasi loro provvedimento che entri in conflitto con l'identità nazionale di uno o più Stati membri sarebbe invalido per violazione dell'art. 4, par. 2 TUE. In secondo luogo, la norma di cui si discute riverbera i suoi effetti anche per quanto attiene alla fase di “interpretazione”. Agli organi dell'Unione, compresa la Corte di giustizia, è imposto l'obbligo di tener conto dell'identità nazionale degli Stati membri in sede di applicazione (e interpretazione) degli atti eurounitari. In dottrina, F. MILLET, *Successfully Articulating National Constitutional Identity Claims: Strait Is the Gate and Narrow Is the Way*, in «European Public Law», n. 3, 2021, p. 574.

²⁴ Nelle parole della Corte di giustizia, causa C-26/62, *Van Gend en Loos*, 5 febbraio 1963, «the conclusion to be drawn from this is that the community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only member states but also their nationals». Sul punto M. BONELLI, *National Identity and European Integration Beyond 'Limited Fields'*, in «European Public Law», n. 3, 2021, pp. 540-541.



Saggi

laddove ciò attenga materie formalmente riservate²⁵. Di tal guisa, un'eventuale interpretazione restrittiva del concetto di identità nazionale che la sacrificasse sull'altare del prevalente primato del diritto europeo avrebbe potuto generare una sorta di crisi da rigetto da parte degli organi di giustizia costituzionale dei Paesi membri. Al contrario, un atteggiamento di apertura distensiva nei suoi riguardi avrebbe potuto condurre ad una discrezionalità d'uso eccessiva da parte degli ordinamenti nazionali a discapito, una volta ancora, del primato del diritto eurounitario, con il rischio concreto che la sua unitarietà applicativa lasciasse il posto all'incertezza e alla differenziazione in ambiti anche estranei alla loro struttura fondamentale, politica e costituzionale²⁶. Una sorta di istituzionalizzazione, con il beneplacito della Corte di giustizia, dei controlimiti.

Se, dunque, il lato oscuro²⁷ che si cela dietro all'ambivalenza di significato attribuibile all'identità ha consigliato alla Corte di giustizia il mantenimento di una posizione di latente attesa, confinandola sottotraccia, sorge spontanea la domanda che porta ad interrogarsi sulle ragioni che hanno indotto nei casi in esame i giudici del Lussemburgo ad approcciare in modo così diretto alla questione. In quest'ottica, sembra possano individuarsi due differenti approcci che consentono di rispondere a tale quesito: un primo, di ordine "interno" al funzionamento del Regolamento 2020/2092 con una funzione protettiva della sua efficacia, e un secondo, in questo caso "esterno", la cui portata appare indirizzata al di là della singola fattispecie, nei rapporti con le Corti costituzionali dei Paesi membri, e in

²⁵ *Ex plurimis*, Corte di giustizia, Grande Sezione, cause C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, 19 novembre 2019, p.to 75, ove si legge che, «sebbene l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza di questi ultimi, ciò non toglie che, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri siano tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione».

²⁶ Cfr. L.D. SPIEKER, *Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi Between the Court of Justice and National Constitutional Courts*, in «Common Market Law Review», vol. 57, 2020, p. 384. Per una lettura ampia dell'argomento, A. VON BOGDANDY, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty*, in «Common Market Law Review», vol. 48, 2011, p. 1417 ss.

²⁷ Per citare G. MARTINICO, *Taming National Identity: a Systematic Understanding of Article 4.2. TEU*, in «European Public Law», n. 3, 2021, p. 453.



Saggi

specie con quelle che nell'ultimo periodo hanno assunto un *vis polemica* non più trascurabile, considerate le conseguenze di alcuni dei loro *decisa*²⁸.

Procedendo con ordine, è opportuno ricordare che sebbene il testo del Regolamento 2020/2092 non richiami *expressis verbis* il concetto di identità nazionale, lo stesso non può dirsi delle conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020. Senza entrare nel merito della loro efficacia interpretativa dei contenuti del Regolamento, vero è che in esse si è affermato esplicitamente come «al fine di trovare una soluzione reciprocamente soddisfacente e di rispondere alle preoccupazioni espresse in merito al progetto di regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione»²⁹, i Capi di Stato e di Governo sottolineano che il Regolamento dovrebbe essere applicato «nel pieno rispetto dell'articolo 4, paragrafo 2, del TUE, segnatamente dell'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, del principio di attribuzione, nonché dei principi di obiettività, non discriminazione e parità di trattamento degli Stati membri»³⁰. Anche laddove si voglia considerare l'affermazione come ultronea, potendosi dare per assunto che una normazione di diritto derivato debba rispettare i principi primari dell'Unione, fra cui l'art. 4, par. 2 TUE, al tempo stesso non sembra possibile relegarla nell'alveo delle mere attestazioni di principio, inidonee a produrre qualsivoglia effetto. Se a ciò si aggiunge che il Regolamento individua fra le cause principali della sua attivazione, le violazioni dello Stato di diritto che attengano all'indipendenza della magistratura, *ergo* all'organizzazione dell'ordinamento giudiziario, si evince con maggior consapevolezza come il richiamo al canone dell'identità costituzionale debba essere considerato tutt'altro che pleonastico, disvelandosi, *ex adverso*, precipuamente circostanziato.

²⁸ In tema A. DI GREGORIO, *Constitutional courts in the context of constitutional regression. Some comparative remarks*, in M. BELOV (ed.), *Court, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Routledge, London 2020, p. 209 ss. e P. CASTILLO-ORTIZ, *The Illiberal abuse of Constitutional Courts in Europe*, in «European Constitutional Law Review», vol. 15, 2019, p. 48 ss.

²⁹ Consiglio europeo, *Riunione del 10 e 11 dicembre 2020 - Conclusioni*, EUCO 22/20, 11 dicembre 2020, p.to 2.

³⁰ *Ibidem*.



L'identità europea, pertanto, così come delineata nelle sentenze C-156/21 e C-157/21, assume le vesti di una barriera contro un possibile utilizzo del medesimo concetto – declinato in chiave nazionale – finalizzato ad escludere l'utilizzo del Regolamento 2020/2092 allorché la sua attivazione dipenda da violazioni verificate all'interno di tale perimetro, *rectius*, che attengano alla struttura fondamentale, politico e costituzionale dei singoli ordinamenti. Poiché le identità nazionali dei Paesi membri, nel contribuire a sostanziare quella europea, pur nelle rispettive diversità, presuppongono una comune concezione dello Stato di diritto – a sua volta racchiusa nel più ampio contenitore dell'art. 2 TUE – non sarà possibile infrangerne il contenuto brandendo la spada dell'art. 4, par. 2 TUE³¹.

Per quanto si possa evincere la logica razionale retrostante il percorso argomentativo della Corte di giustizia, più difficile è fare previsioni sul suo grado di deterrenza nei confronti dei destinatari del Regolamento sulla condizionalità. Ad ogni modo, se già questo primo possibile utilizzo dell'identità europea fa sorgere dubbi a proposito delle sue attitudini compositive del conflitto, questi non scemano ed anzi tendono ad aumentare qualora si guardi alla seconda possibile motivazione che può aver portato il Giudice europeo ad appropriarsi del concetto *de quo*.

In questo caso occorre partire dal presupposto per cui l'identità nazionale, come richiamata dall'art. 4, par. 2 TUE, si compone (anche) di una portata ontologicamente divisiva, protettiva delle sovranità nazionali, dunque oppositiva nei confronti del processo comunitario di progressiva integrazione³². Sono noti i

³¹ Si vedano le osservazioni di E PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, in *BlogDUE*, 16 marzo 2022.

³² Come osservato da L.D. SPIEKER, *Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts*, cit. p. 385, «finally, the notion of constitutional identity is inherently divisive. Although some commentators hoped that Article 4(2) TEU would allow for a 'common European discourse' on the sensitive issue of constitutional identity, Article 4(2) TEU turned out to be more of an identity 'battleground' than a platform for discourse. Identity has been compared to a shield and a sword pointed towards the EU, to a *norme de résistance* at the discretion of national constitutional courts. This has to do with the inherent nature of identities. Generally, the term 'identity' has a twofold meaning: it can express convergence, equivalence and 'sameness' or – in total opposition to the former – idiosyncrasies, distinctiveness or



pregevoli tentativi dottrinali volti a calmarne la capacità di frammentazione, patrocinando una lettura sistematica dell'art. 4, par. 2 TUE in combinato disposto con l'art. 4, par. 3 TUE che proclama il principio di leale collaborazione fra Stati membri ed Unione nell'adempimento dei compiti prescritti dai Trattati³³. Analogamente, i modelli di procedimentalizzazione del percorso relazionale fra Corti costituzionali e Corte di giustizia, soprattutto quando posti dinanzi a specifiche Corti non propense all'instaurazione di alcun confronto dialogico fattivo, non appaiono del tutto risolutivi³⁴. Non si può evitare di considerare come l'identità, da un punto di vista terminologico, mantenga un contenuto – le cui dimensioni variano in funzione della lettura che se ne voglia dare – ineluttabilmente indeterminato, aleatorio, che deve di volta in volta richiede di essere riempito di significato in funzione all'oggetto del contendere alla base della puntuale controversia³⁵. Il tema diviene, allora, chi debba essere il soggetto titolare di tale potere maieutico e chi, al termine del processo ermeneutico, debba conservare l'ultima parola sulla correttezza di tale processo. Da ultimo, sebbene la questione attenga potenzialmente a ciascuna Corte costituzionale, è evidente che attualmente riguardi in particolare quegli Stati ove la sfida sullo Stato di diritto è più aspra.

'selfhood'. In light of its very function, the notion of constitutional or national identity is attached to the latter meaning. Understood as 'selfhood', identity is defined in opposition to others; it is essentially constituted by negation. In this sense, constitutional identities are inherently dividing and separating».

³³ Fra questi, G. MARTINICO, *Taming National Identity*, cit., p. 454 ss. e D. KELEMEN, L. PECH, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism*, cit. p. 73.

³⁴ In quest'ottica, M. CARTABIA, *Of bridges and walls: the "Italian style" of Constitutional adjudication*, in «Italian Journal of Public Law», vol. 37, 2016, p. 42. Si veda, inoltre, L.D. SPIEKER, *Framing and Managing Constitutional Identity Conflict*, cit. p. 381. L'autore delinea una relazione in più fasi: in primo luogo, qualora sorga una controversia sulla questione dell'identità, sarebbe compito delle Corti nazionali, sollevare un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia; il ricorso all'identità nazionale dovrebbe risultare comunque l'*extrema ratio* dovendo, di contro, essere utilizzata con massima cautela; non potendo essere definita completamente in sede europea, alle Corti costituzionali rimarrà comunque un margine discrezionale circa la possibilità di aderire (e in che misura) o meno al *decisum* della Corte di giustizia; da, ultimo, gli organi di giustizia costituzionale dei Paesi membri, ancorché possano, come detto, discostarsi dal giudizio europeo qualora lo ritengano eccessivamente delimitativo della relativa identità nazionale, non potranno/dovranno comunque, in fase di applicazione, esaminare la "correttezza" della sentenza della Corte europea in una sorta di giudizio di appello.

³⁵ Si vedano, F. FABBRINI, A. SAJO, *The Dangers of constitutional identity*, cit., p. 467 ss.



Saggi

Anche se può sembrare a prima vista un paradosso, considerando il discreto richiamo all'identità nazionale a cui si è ultimamente assistito in Ungheria, Romania e Polonia, nelle sentenze C-156/21 e C-157/22 la Corte di giustizia è sembrata voler anticipare le mosse. Al fine di evitare lo scontro diretto, ossia giudicare della singola identità nel corso di un eventuale, seppur allo stato improbabile, rinvio pregiudiziale, i giudici del Lussemburgo hanno cercato di individuare quei criteri che dalla prospettiva europea servono a discernere l'utilizzo legittimo dell'identità nazionale da uno illegittimo. Data la pressoché inesistente propensione al dialogo mostrata da tali Corti nel corso degli ultimi anni, tuttavia, l'anteposizione di un modello europeo di identità a fronte di quelle nazionali, anziché favorire il "confronto", pare possa produrre l'effetto contrario di esacerbare lo "scontro"³⁶.

Si prenda la sentenza n. 22 del 2016 della Corte costituzionale ungherese. Secondo i giudici di Budapest l'identità costituzionale è legata indissolubilmente con la sovranità nazionale. Se l'ingresso nell'Unione Europea non ne ha intaccato la portata, privando il popolo ungherese della possibilità «of possessing the ultimate chance to control the exercising of public power»³⁷, la sua identità costituzionale rimane un valore fondamentale «not created by the Fundamental Law – it is merely acknowledged by the Fundamental Law. Consequently, constitutional identity cannot be waived by way of an international treaty – Hungary can only be deprived of its constitutional identity through the final termination of its sovereignty, its independent statehood»³⁸. L'ulteriore considerazione, se si vuole consequenziale, è che la sua protezione «shall remain the duty of the Constitutional Court as long as Hungary is a sovereign State. Accordingly, sovereignty and constitutional identity have several common points, thus their control should be performed with due regard to each other in specific cases»³⁹.

Anche volgendo lo sguardo in direzioni di Bucarest, gli spiragli dell'integrazione si scontrano con una ferma definizione delle conseguenze determinate dal

³⁶ Cfr. M. BONELLI, *Has the Court of Justice embraced the language of Constitutional identity?*, in «Diritti Comparati», 26 aprile 2022.

³⁷ Hungarian Constitutional court, dec. n. 22/2012. (V. 11) AB, p.to 60.

³⁸ Hungarian Constitutional court, dec. n. 22/2012. (V. 11) AB, p.to 67.

³⁹ Hungarian Constitutional court, dec. n. 22/2012. (V. 11) AB, p.to 56.



richiamo all'identità nazionale. Secondo la *Curtea Constituțională* «according to the conformity clause contained in Article 148 of the Constitution itself, Romania cannot adopt a legislative act contrary to the obligations to which it has committed itself as a Member State [...] but the above are indeed subject to a constitutional limit based on the concept of 'national constitutional identity'»⁴⁰. Vieppiù che detto principio trae forza, secondo la Corte, proprio dall'art. 4, par. 2 TUE il quale riportando letteralmente l'identità alla struttura fondamentale, politica e costituzionale degli Stati membri, «means that the process of constitutional integration within the EU is limited precisely to the fundamental structure, political and constitutional, of the Member States»⁴¹.

Da quanto sommariamente osservato emerge con una certa nitidezza, in particolare dalle parole della Corte romena, come prim'ancora che una questione di contenuti, a livello nazionale si manifesta indiscussa la tendenza ad operare esegeticamente sull'art. 4, par 2 TUE secondo un indirizzo unidirezionale, ossia come se la disposizione in questione attribuisse facoltà esclusive agli Stati. Difficile fare ipotesi su ipotetici futuri *revirement* di queste Corti. Tuttavia, se si considera il contesto illiberale all'interno delle quali esse svolgono il proprio ufficio e la sempre più evidente dipendenza dal potere politico, allorché questo rimanga inalterato, è fortemente probabile che lo stesso esito si avrà in relazione alle loro giurisprudenze, nonostante gli sforzi della Corte di giustizia.

⁴⁰ *Curtea Constituțională*, dec. n. 390/2021, p.to 74.

⁴¹ *Curtea Constituțională*, dec. n. 390/2021, p.to 75. Sul significato di identità costituzionale, *ex multis*, *Curtea Constituțională*, dec. n. 390/2021, 13 marzo 2019, p.to. 101. Parafrasando le parole della Corte, l'organizzazione delle strutture costituzionali fondamentali (ad esempio degli organi giurisdizionali) costituisce una competenza che attiene esclusivamente a ciascun Stato membro. La Costituzione è espressione della volontà del popolo, dunque non può veder scemare il suo valore vincolante in ragione della sola discrepanza fra la stessa e le disposizioni europee. L'adesione all'Unione non può in alcun modo pregiudicare il primato intangibile della Costituzione. In specie, anche laddove siano stati concessi trasferimenti di competenze, ciò non può mai riguardare quegli ambiti riferibili al concetto di identità costituzionale nazionale. In questi settori, il rispetto dell'identità osta, ulteriormente, alla revisione, alla modifica o anche solo al mutamento degli indirizzi che le istituzioni comunitarie possono attuare nel quadro delle competenze già trasferite.



Saggi

Infine, un discorso (solo in parte) autonomo merita la Polonia. Si prendano a riferimento i giudizi del *Trybunał Konstytucyjny* P7/20 del 14 luglio 2021 e K3/21 del successivo 7 ottobre dello stesso anno. Nel primo caso il Tribunale di Varsavia ha dichiarato la contrarietà alla Costituzione polacca dell'art. 4, par. 3 TUE e dell'art. 279 TFUE nella misura in cui hanno consentito alla Corte di giustizia (C-791/19 R)⁴² di imporre misure *ad interim* relativamente al funzionamento della Sezione disciplinare della Corte Suprema. Nel secondo, invece, si è spinto ben oltre stabilendo l'incostituzionalità dell'art. 1, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3 TUE, e dell'art. 19, par. 1, secondo comma TUE, sul presupposto che l'interpretazione estensiva della Corte di giustizia, nel consentirle di dettare misure a tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità dei giudici, avrebbe pregiudicato il primato della Carta polacca⁴³.

Già dai dispositivi resi pubblici contestualmente alla pronuncia delle decisioni, e ancor più leggendo il contenuto delle motivazioni della vicenda P 7/20, in attesa di conoscere quelle relative al giudizio K 3/21, l'asserita incompatibilità delle norme primarie dell'Unione alla Costituzione polacca ed al suo primato non derivano da una problematica di ordine identitario. Esse sono l'esito di un conflitto interpretativo ingenerato fra la giurisdizione (costituzionale) nazionale e quella sovranazionale il cui precipitato si è materializzato all'interno di un duplice sindacato fondato sul concetto di *ultra vires*⁴⁴. Ovviamente, non mancano i

⁴² Sulla questione si conceda il rinvio a S. GIANELLO, *La Corte di Giustizia ordina di sospendere l'attività giurisdizionale della Sezione disciplinare del Sąd Najwyższy: alcune riflessioni a margine dell'ordinanza della Grande Sezione (causa C-791/19 R) dell'8 aprile 2020*, in «Nomos - Le attualità nel diritto», n. 1, 2020.

⁴³ In argomento, J. SAWICKI, *La collisione insanabile tra diritto europeo primario e diritto costituzionale interno come prodotto della manomissione ermeneutica di quest'ultimo*, in «DPCE Online», n. 4, 2021, p. 3601 ss. e A. BIEN-KACALA, *How to unfriend the EU in Poland. The rise and fall of EU-friendly interpretation of the 1997 Constitution*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», n. 1, 2022, p. 155 ss.

⁴⁴ Seppur nel quadro di un diverso ordinamento sovranazionale, quello convenzionale, la conferma di quanto si va sostenendo è derivabile anche dalle decisioni del Tribunale costituzionale polacco K 6/21 del 14 luglio 2021 e K 7/21 del 24 novembre 2021 con le quali, applicando il medesimo ordine argomentativo ormai consolidato, si è andati a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Guardando alle motivazioni di quest'ultima pronuncia si legge come l'eventuale trasferimento di competenze a livello sovranazionale può avvenire



riferimenti – anche molto espliciti – all’identità nazionale nel solco di quanto si fatto dalle omologhe ungherese e romena, ma questi assumono una funzione prettamente rafforzativa all’interno della sistematica generale delle motivazioni, a dimostrare l’esistenza di settori dell’ordinamento giuridico sottratti ad una normazione proveniente dall’ordinamento europeo⁴⁵. La *ratio* di ambedue le pronunce, però, si sostanzia *prima facie* sul tema delle competenze e del loro conferimento all’atto di adesione. Un principio che sarebbe stato apertamente violato

solamente sulla base di un accordo di diritto internazionale concluso e ratificato ai sensi dell’art. 90 della Costituzione. In ogni caso, gli ambiti relativi all’attuazione delle funzioni dello Stato e all’organizzazione dei suoi organi costituiscono elementi dell’identità costituzionale della Polonia che, di regola, non posso essere trasferiti per essere determinati al di fuori delle istituzioni statali (p.to 312). In dottrina, V. SALESE, *The EU integration through the lenses of domestic Constitutional/Supreme Courts: the material scope of constitutional clashes*, in «Diritti Comparati», Early View (21 settembre 2022), p. 1 ss.; A. CIRCOLO, *Ultra vires e Rule of Law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *AISDUE*, 15 luglio 2021 e A. PLOSZKA, *It Never Rains but it Pours. The Polish Constitutional Tribunal Declares the European Convention on Human Rights Unconstitutional*, in «Hague Journal on the Rule of Law», 4 giugno 2022. In aggiunta, L.F. PACE, *Il principio del primato è “sotto attacco”? Brevi note su (presunti) limiti scaturenti dalle Costituzioni nazionali e dal sindacato delle Corti costituzionali*, in *BlogDUE*, 5 ottobre 2022. Analogamente, si veda anche la decisione interlocutoria (P 7/20 –30/A/2021) emessa dallo stesso *Trybunał Konstytucyjny* nella giornata del 15 giugno 2021 con la quale è stata dichiarata la “non esistenza” della sentenza della Corte di Strasburgo *Xero Flor v. Poland* (4907/18) del 7 maggio 2020. Verdetto con cui si era attestato che la composizione del Tribunale medesimo violava l’art. 6 CEDU sotto il profilo della precostituzione per legge. Sulla controversia, S. GIANELLO, *Se il Trybunał Konstytucyjny dichiara l’inesistenza della decisione Xero Flor v. Poland della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: alcune riflessioni a margine*, in «DPCE Online», n. 3, 2021, p. 3241 ss. In generale, sul sindacato *ultra vires*, fra gli altri, P. CRAIG, *The ECJ and ultra vires action: a conceptual analysis*, in «Common Market Law Review», vol. 48, 2011, p. 395 ss. e, da ultimo, B. RIEDL, *Ultra Vires Control and European Democracy*, in *VerfBlog*, 18 giugno 2021.

⁴⁵ Come affermato dai giudici costituzionali, nell’ambito delle competenze loro attribuite della Costituzione e al fine di tutelare l’identità costituzionale della Polonia vi è il diritto/dovere di esaminare gli atti *ultra vires* che discendono dall’applicazione del diritto europeo. Facendo riferimento all’azione interpretativa della Corte di giustizia, la competenza del Tribunale costituzionale non comprende la verifica della compatibilità costituzionale della sua giurisprudenza, almeno sinché questa rispetti l’identità costituzionale polacca, la sussidiarietà e il principio di proporzionalità. Qualora, però, la Corte europea trascenda dette limitazioni, agendo *ultra vires*, non è escluso il controllo di legittimità costituzionale sulle decisioni di quest’ultima. Impedire al Tribunale costituzionale di svolgere una simile funzione significherebbe, da parte della Repubblica di Polonia, rinunciare alla propria sovranità. *Trybunał Konstytucyjny*, dec. P7/20, 14 luglio 2021, p.ti 141-142.



dalla Corte di giustizia in ragione del suo approccio interpretativo evolutivo estrinsecatosi in una normogenesi arbitraria “a valle”, priva di alcuna necessaria concessione politica da parte degli Stati, *in primis* della Polonia, “a monte”.

In questa cornice, l’inserimento dell’identità europea all’interno del *ring* che negli ultimi anni ha visto battaglie sempre più infuocate fra Unione europea e Polonia, anziché favorire la distensione alla ricerca di un approdo comune in linea con i crisi comunitari dello Stato di diritto sul piano dell’organizzazione della magistratura, può avere l’effetto opposto. Ovvero, può contribuire a irrigidire le posizioni del Tribunale costituzionale e della stessa Corte di giustizia nella lotta per la contesa del primato interpretativo sulla dimensione identitaria, con le conseguenze che, in termini di effetti pratici, sono sotto gli occhi di tutti già adesso.

3. La conferma delle limitate finalità del Regolamento 2020/2092 nel contenere le violazioni dello Stato di diritto

Concentrando l’attenzione sui profili delle decisioni C-156/21 e C-157/21 che maggiormente attengono al funzionamento del Regolamento 2020/2092, ci si avvede di come, tenendone fede al testo⁴⁶ e in conformità con la base giuridica⁴⁷

⁴⁶ Ai sensi dell’art. 4, par. 1 Regolamento 2020/2092, sono adottate opportune misure qualora siano accertate «violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro che compromettano o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell’Unione o la tutela degli interessi finanziari dell’Unione». Nella versione contenuta nella proposta della Commissione del 2018 e di cui si è già detto (*supra* § 1), l’art 3 disponeva, invece, l’adozione di opportune misure qualora «una carenza generalizzata riguardante lo Stato di diritto in uno Stato membro comprometta o rischi di compromettere i principi di una sana gestione finanziaria o la tutela degli interessi finanziari dell’Unione».

⁴⁷ Cfr. Council of the European Union, *Opinion of the Legal Service, On the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Proposal of the Union’s budget in case of generalized deficiencies as regard the rule of law in the Member States*, 13593/18 – 2018/0136(COD), 25 October 2018. Secondo il parere del Servizio giuridico, la proposta della Commissione del 2018 «does not show in what manner the respect of the rule of law, as a value as well as a set of societal requirements, is linked to the sound implementation of the EU budget and the protection of the financial interests of the



– senza troppe sorprese – la Corte abbia avvalorato un’interpretazione contenuta dello stesso, non come strumento di salvaguardia generale dello Stato di diritto, bensì di primaria protezione del bilancio e degli interessi dell’Unione a fronte di specifiche violazioni di questi ultimi.

Per i giudici europei, il bilancio dell’Unione costituisce uno degli strumenti principali che consentono di concretizzare il principio di solidarietà iscritto all’art. 2 TUE, la cui attuazione trova fondamento nella reciproca fiducia tra i Paesi membri nell’utilizzo responsabile delle risorse comuni. Quest’ultima, a sua volta, necessita dell’impegno «di ciascuno degli Stati membri a conformarsi agli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto dell’Unione e a rispettare in modo continuativo [...] i valori contenuti nell’art. 2 TUE, tra i quali figura lo Stato di diritto»⁴⁸. Ciò determina una correlazione fra il rispetto di tali valori, l’esecuzione efficiente del bilancio dell’Unione e la tutela dei suoi interessi finanziari. In ultima istanza, la possibilità di far derivare dal concetto di “regole” indicato all’art. 322, par. 1, lett a) TFUE, un meccanismo di «condizionalità orizzontale che è connessa al rispetto da parte di uno Stato membro del valore dello Stato di diritto, contenuto nell’art. 2 TUE, e che si riferisce all’esecuzione del bilancio dell’Unione»⁴⁹.

Fermo il carattere intrinseco di un sindacato giurisdizionale indipendente ai dogmi dello Stato di diritto, è altresì vero che una sana gestione finanziaria e la tutela del bilancio eurounitario possono essere seriamente compromessi qualora

Union» (p.to 26). In aggiunta, «as a matter of fact, the reference to the generalised deficiencies in the rule of law as the premise to activate the mechanism is neither necessary nor sufficient to establish a link with the sound implementation of the budget. It is not necessary because it is possible to identify systemic deficiencies related to the functioning of the authorities of the Member States which can have an impact on the implementation of the budget, but which do not relate to the rule of law. It is not sufficient either, because not all the generalised deficiencies as regards the rule of law are susceptible of having an impact on the effective use of EU funding by the Member States» (p.to 28). Per una critica, K.L SCHEPPELE, L. PECH, D. KELEMEN, *Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission’s EU budget-related rule of law mechanism*, in *VerfBlog*, 12 novembre 2018.

⁴⁸ Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, p.to 147 e Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, p.to 129.

⁴⁹ Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, p.to 151 e Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, p.to 133.



Saggi

tali peculiarità non informino il sistema giurisdizionale di uno Stato membro. Ad ogni modo, affinché il carattere condizionale del Regolamento sia effettivamente garantito, l'assunzione di contromisure deve essere necessariamente preceduta dalla sistematica dimostrazione di un nesso «sufficientemente diretto [ed effettivo] tra una violazione del genere e un pregiudizio o un rischio serio di pregiudizio per tale sana gestione o per tali interessi finanziari»⁵⁰. Un'assicurazione per gli Stati che sottrae alle istituzioni dell'Unione il potere di impiegare la condizionalità per sanzionare violazioni dello Stato di diritto, fondandosi su valutazioni di natura politica⁵¹.

Che la condizionalità non sia concepita alla stregua di un meccanismo prettamente politico e dal tenore sanzionatorio lo si capisce anche dalla parte delle motivazioni focalizzate sulla compatibilità dello stesso con l'art. 7 TUE. Non sussiste, secondo la Corte, alcuna elusione della norma primaria poiché il Regolamento 2020/2092 persegue uno scopo differente rispetto ad essa e anche i rispettivi oggetti sono solo in parte collimanti. L'art. 7 TUE autorizza il Consiglio a sanzionare violazioni gravi e persistenti dell'art. 2 TUE, mentre lo strumento di condizionalità assolve lo scopo di proteggere il bilancio e la sana gestione finanziaria in caso di violazioni dello Stato di diritto perpetrate dagli Stati membri⁵². L'art. 7 TUE concerne tutti i valori racchiusi nell'art. 2 TUE qualora soggetti ad una violazione grave e persistente, mentre il Regolamento si cura limitatamente dello Stato di diritto e nella sola condizione per cui le violazioni incidano direttamente sul bilancio⁵³. Un ultimo aspetto differenziale alquanto interessante riguarda i termini che consentono la rimozione delle misure eventualmente adottate. Se l'art. 7 TUE postula il venir meno della violazione che le aveva

⁵⁰ Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, p.to 179. In maniera analoga, Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, p.to 144.

⁵¹ Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, p.to 181.

⁵² Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, p.ti 209-210 e Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, p.to 144.

⁵³ *Cfr.* Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, p.ti 212-213 e Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, p.ti 173-174.



Saggi

giustificate, a norma del Regolamento le misure possono essere modificate o revocate «non soltanto nel caso in cui sia posto fine, almeno in parte, alle violazioni dei principi dello Stato di diritto nello Stato membro interessato, ma soprattutto in quello in cui tali violazioni, per quanto perduranti, non abbiano più incidenza sul bilancio dell’Unione»⁵⁴.

A chiarire il quadro qui sopra tratteggiato hanno contribuito le linee guida redatte dalla Commissione europea e pubblicate il 2 marzo scorso, a breve distanza dal duplice giudizio della Corte di giustizia. È notorio che il Regolamento tragga la propria origine dall’oggettiva difficoltà dell’Unione a far fronte alle violazioni dello Stato di diritto che riguardino l’indipendenza del sistema giurisdizionale all’interno di ordinamenti quali l’Ungheria ma, soprattutto la Polonia, attraverso lo strumentario – politico e giuridico – a propria disposizione⁵⁵. L’art. 3 del Regolamento, nell’indicare quali aspetti possano ritenersi “indicativi” di una violazione di principi in questione rimanda alle minacce all’indipendenza della magistratura, all’omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte dalle autorità pubbliche e, da ultimo, alla limitazione della disponibilità e dell’efficacia dei mezzi di ricorso. Ciascuna di queste voci, purtuttavia, per quanto rilevante, ai sensi del Regolamento non è *per se* idonea a giustificare l’attuazione della condizionalità economica, in assenza della dimostrazione eziologica di una loro incidenza sugli interessi finanziari dell’Unione. Gli *orientamenti* di Palazzo Berlaymont sono espliciti sul punto: per quanto riguarda le autorità nazionali la cui funzione non si esaurisce al campo di esecuzione o di tutela del bilancio, «eventuali loro condotte o situazioni che costituiscono una violazione dei principi dello Stato di diritto rientreranno nell’ambito di applicazione del Regolamento solo nella misura in cui siano rilevanti per la

⁵⁴ Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, p.to 217 e Corte di giustizia, Seduta plenaria, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, p.ti 170-171.

⁵⁵ In proposito, P. MORI, *Gli strumenti di tutela dello Stato di diritto: verso una condizionalità politico-finanziaria*, in AA.VV., *Temi e questioni di Diritto dell’Unione Europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Cacucci, Bari, 2019, p. 187 ss.; nonché M. CARTA, *Strumenti finanziari e tutela della rule of law: i recenti sviluppi nell’Unione Europea*, in AA.VV., *Temi e questioni di Diritto dell’Unione Europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, cit., p. 153 ss.



Saggi

sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione e per la tutela dei suoi interessi finanziari»⁵⁶. Lungo questo percorso esplicativo, ad essere presi in considerazione come esempi di condotte giustificative del ricorso al Regolamento 2020/2092 sono la mancata o tempestiva collaborazione da parte delle autorità pubbliche con la Procura europea (EPPO) e con l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)⁵⁷.

Ovviamente, il novero delle azioni contenute nelle linee guida della Commissione non deve considerarsi tassativo. Nondimeno, il loro combinato disposto con la lettera del Regolamento e con le sentenze delle Corte di giustizia del 16 febbraio, contribuisce a tracciare lo schema applicativo sulla base del quale la condizionalità verrà attuata. La necessità di individuare un collegamento diretto fra l'azione delle autorità statali, la violazione dello Stato di diritto e il pregiudizio al bilancio inevitabilmente riduce – e di non poco – lo spettro di applicazione del Regolamento. Non è la gravità del danno allo Stato di diritto che giustifica l'azione della Commissione, quanto le ricadute dello stesso sugli interessi finanziari eurounitari. Come opportunamente osservato, più le violazioni allo Stato di diritto sono sistematiche e generalizzate e più complessa diviene la ricostruzione della prova che deve precedere l'adozione delle misure⁵⁸. Per fare un esempio, ancorché non si possa dubitare degli effetti negativi che una decisione come quella assunta dal Tribunale costituzionale polacco (K 3/21) riverberi sullo Stato di diritto, nonché sul processo di integrazione al di là dello specifico settore della cooperazione giudiziaria⁵⁹, non è affatto detto – ed anzi si tende ad escludere –

⁵⁶ Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione*, (C(2022) 1382 final), 2 marzo 2022, p.to 20.

⁵⁷ Ivi, p.to 21.

⁵⁸ Cfr. J. SAWICKI, *Il rispetto dello Stato di diritto come condizione generale per l'accesso al Recovery Fund. Il regolamento 2092/2020 «relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione», e l'arretramento democratico di Ungheria e Polonia*, in «PasSaggi Costituzionali», n. 2, 2021, p. 246.

⁵⁹ E. CUKANI, *Il "Polish Gate" e il rafforzamento del diritto dell'UE*, in «DPCE Online», n. 1, 2022, p. 29 ss. e C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polesxit? Prime considerazioni sulla sentenza del*



Saggi

che essa possa far scattare di per sé sola l'attivazione della procedura ai danni del governo di Varsavia. La negazione del principio del primato europeo, se da un lato può pregiudicare gli interessi finanziari dell'Unione, dall'altro non è affatto detto renda semplice, o per certi versi possibile, la dimostrazione di una connessione sufficientemente diretta fra la causa e l'effetto. La violazione dello Stato di diritto è condizione necessaria ma non sufficiente perché si possano sospendere i pagamenti o gli impegni finanziari a favore del Paese membro attenzionato, in specie qualora le sue autorità pubbliche preposte all'esecuzione del bilancio e della spesa pubblica dimostrino di saper operare con una certa correttezza ed efficacia.

La dimensione più consona da attribuire al Regolamento 2020/2092, anziché quella di strumento generale di lotta ai processi di *rule of law backsliding*, è invece quella di istituto principalmente indirizzato a salvaguardare il bilancio dell'Unione da fenomeni di corruzione, frode e distrazione di risorse pubbliche all'interno dei Paesi membri⁶⁰.

L'attivazione del Regolamento contro la sola (per il momento) Ungheria sembra confermare questa chiave di lettura. Nonostante il progressivo e irrefrenabile deterioramento – su larga scala – dei valori connessi alla salvaguardia dello Stato di

Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021, in «Federalismi.it», n. 24, 2021, 20 ottobre 2021, p. IV ss.

⁶⁰ Tale declinazione della condizionalità emerge, per certi versi, anche dalla Decisione esecutiva della Commissione rivolta al Consiglio per l'approvazione del *recovery and resilience plan* della Polonia. Cfr. Commissione europea, *Proposta di Decisione esecutiva del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza della Polonia*, COM(2022) 268 final, 1 giugno 2022, p.to. 43. Seppur sulla questione si tornerà in modo più dettagliato *infra* § 4, per il momento basti osservare come la Commissione, nel condizionare il via libera al piano di ripresa polacco al raggiungimento di determinate *milestones* relative allo Stato di diritto ed, in special modo all'organizzazione della Corte Suprema ed al regime disciplinare dei magistrati, ha specificato che «ciò non pregiudica l'applicazione di altri strumenti atti a promuovere e garantire il rispetto del diritto dell'Unione, anche al fine di prevenire, individuare e correggere la corruzione, la frode e i conflitti di interessi e per tutelare il bilancio dell'Unione in linea con il regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio».



Saggi

diritto⁶¹, la più recente proposta della Commissione di Decisione di esecuzione del Consiglio contro l'Ungheria focalizza la propria attenzione su specifiche e puntuali voci dalle quali emergerebbe, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento, il serio rischio di compromissione della sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione, ovvero dei suoi interessi finanziari. Come era già stato anticipato dalle informazioni circolate a ridosso della notifica formale inoltrata alle autorità di Budapest⁶², la prima di queste, infatti, attiene ad irregolarità, carenze e debolezze sistemiche nel settore degli appalti pubblici rilevate dai servizi della Commissione a seguito di audit consecutivi per i periodi di programmazioni riferiti, rispettivamente, all'arco temporale 2007-2013 e 2014-2020, oltre che da diverse indagini dell'OLAF. Dal loro combinato disposto emergerebbero «percentuali insolitamente elevate di appalti pubblici aggiudicati a seguito di procedure di appalto pubblico cui aveva partecipato un unico offerente, l'attribuzione di contratti a imprese specifiche, che

⁶¹ Al fine di comprendere la complessa situazione nella quale da oramai oltre un lustro versa l'ordinamento ungherese basterebbe simbolicamente soffermarsi sulle parole contenute all'interno della risoluzione del Parlamento europeo adottata nella giornata del 15 settembre 2022. Nell'occasione, per la prima volta in relazione ad uno Stato membro, i deputati hanno affermato come l'inarrestato crollo della democrazia, dello Stato di diritto e della salvaguardia dei diritti fondamentali in Ungheria – anche in virtù della scarsa decisione con la quale sino ad ora è stata improntata l'azione repressiva delle istituzioni eurounitarie – stia «trasformando il Paese in un regime ibrido di autocrazia elettorale». Si veda in proposito, Parlamento europeo, *Esistenza di un evidente rischio di violazione grave dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione, Risoluzione del Parlamento europeo del 15 settembre 2022 sulla proposta di Decisione del Consiglio in merito alla constatazione, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione Europea, dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione*, (P9_TA(2022)0324), 15 settembre 2022, p.to. 2. Ancor più significativo, tanto se approssciato da un punto di vista *quantitativo*, che *qualitativo*, è il lungo elenco dei settori della vita pubblica la cui compromissione è giunta ad un punto tale da destare le serie preoccupazione dell'organo rappresentativo europeo. Fra questi rilevano il funzionamento dell'ordinamento costituzionale e del sistema elettorale, l'indipendenza della magistratura e di altre istituzioni e i diritti dei giudici, la corruzione e conflitti d'interesse, la privacy e la protezione dei dati, la libertà di espressione e il pluralismo dei media, la libertà accademica e di religione, la libertà di associazione e il diritto alla parità di trattamento delle persone, i diritti delle minoranze, nonché i diritti fondamentali di migranti e dei richiedenti asilo. Ivi, p.to 1.

⁶² Cfr. L. BAYER, *In major first, EU triggers power to cut Hungary's funds over rule-of-law breaches. The historic step sends a warning to other countries. The outcome will help determine how that warning is received*, in «Il Politico», 27 aprile 2022.



gradualmente [hanno] guadagna[to] ampie parti di mercato, nonché gravi carenze nell'attribuzione degli accordi quadro [...] elementi [...] indicatori di un evidente rischio per la trasparenza e la concorrenza a danno della sana gestione finanziaria dei fondi dell'Unione utilizzati nelle procedure in questione, come pure indicatore, in determinate circostanze, di un maggiore rischio di corruzione e conflitto di interessi»⁶³. A dimostrazione delle proprie affermazioni la Commissione ha sottolineato come nel corso dell'ultima programmazione pluriennale del bilancio le rettifiche finanziarie imposte all'Ungheria siano state le più elevate fra gli Stati membri⁶⁴. Inoltre, dalle indagini eseguite è emerso non solo un verticale aumento della concentrazione nell'aggiudicazione degli appalti, quanto «un aumento della probabilità di aggiudicazione ad imprese che possono essere considerate con legami politici ad attori del partito ungherese di governo»⁶⁵. Una situazione che può dirsi ulteriormente aggravata dalle preoccupazioni espresse da Palazzo Berlaymont in ordine all'esclusione dei trust di interesse pubblico dalle disposizioni dettate dalle direttive europee in materia di appalti pubblici⁶⁶.

Il secondo profilo giustificativo dell'attivazione del Regolamento attiene, invece, alla generale inefficacia del quadro anticorruzione, all'organizzazione della Procura generale, nonché alle modalità stesse con le quali sono svolte le indagini. Come indicato nella notifica, così nelle comunicazioni successive, la Commissione europea ha evidenziato «il grave rischio che uno svolgimento efficace delle indagini e azioni penali nei casi che coinvolgono fondi dell'Unione risulti indebolito a causa di aspetti quali la concentrazione dei poteri nella sola Procura generale, l'organizzazione strettamente gerarchica della Procura, la mancanza di un obbligo di giustificare l'attribuzione o la riassegnazione delle cause, l'assenza di norme per impedire decisioni arbitrarie che potrebbero ostacolare un'efficace

⁶³ Commissione europea, *Proposta di Decisione di esecuzione del Consiglio relativa a misure di protezione del bilancio dell'Unione da violazioni dei principi dello Stato di diritto in Ungheria*, cit. p.to 11.

⁶⁴ Ivi, p.to 21.

⁶⁵ Ivi, p.to 25. Trattasi di percentuali estremamente elevate dacché la probabilità di aggiudicazione degli appalti pubblici per tali imprese è stata stimata superiore del 130% rispetto alla concorrenza non in grado di vantare un rapporto analogo con Fidesz.

⁶⁶ Ivi, p.to 28.



politica di indagine e azione penale e la mancanza di controllo giurisdizionale sulle decisioni delle autorità inquirenti o della Procura di non avviare un procedimento»⁶⁷. Difettano, infatti, mezzi di ricorso efficaci avverso le decisioni della Procura di non sottoporre ad indagine, e del caso perseguire, attività criminose aventi ad oggetto casi di corruzione e frode lesive degli interessi finanziari eurounitari e l'appropriazione indebita di fondi pubblici⁶⁸. Inoltre, considerando che l'Ungheria non partecipa alla Procura europea (EPPO), desta preoccupazione la scarsa collaborazione mostrata nei riguardi dell'OLAF, l'unico organismo europeo competente a svolgere indagini su casi di frode e corruzione suscettibili di pregiudicare gli interessi finanziari dell'Unione⁶⁹.

L'insieme delle questioni così individuate, secondo le valutazioni effettuate e fornite dalla Commissione, rappresentano fattori costitutivi di violazioni sistemiche dello Stato di diritto, incidenti in particolare sui principi di certezza del diritto e divieto di arbitrarietà del potere esecutivo. Infrazioni che, a loro volta, in virtù di quanto disposto dall'art. 4, par. 2 del Regolamento 2020/2092, interessano il corretto funzionamento delle autorità che eseguono il bilancio pubblico, in specie nell'ambito delle procedure di appalto pubblico (lett. *a*); il corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, alla sorveglianza e agli audit finanziari (lett. *b*); la prevenzione e la sanzione delle frodi, della corruzione e di altre violazioni del diritto europeo attinenti all'esecuzione del bilancio o alla tutela dei suoi interessi finanziari (lett. *e*); nonché altre situazioni rilevanti per la

⁶⁷ Ivi, p.to. 34.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Per un inquadramento più generale, Commissione europea, *Relazione sullo Stato di diritto 2021. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Ungheria*, SWD (2021) 714 final, 20 luglio 2021, p. 16, ovi si legge come «negli ultimi anni il numero di imputazioni a seguito delle raccomandazioni giudiziarie dell'OLAF è stato più elevato in Ungheria rispetto alla media dell'UE. Tuttavia, nonostante le ripetute richieste, le autorità ungheresi non hanno ancora comunicato un'autorità incaricata di fornire assistenza all'OLAF durante i controlli in loco nel caso in cui un operatore economico soggetto al controllo rifiutasse di cooperare. Nel settore della gestione concorrente si è inoltre osservato che le autorità ungheresi spesso ritirano progetti dai finanziamenti dell'UE quando l'OLAF emana una raccomandazione finanziaria o talvolta quando le autorità vengono a conoscenza dell'avvio di un'indagine dell'OLAF. Risulta altresì che gli importi dovuti non sono sistematicamente recuperati presso l'operatore economico che si è reso responsabile dell'irregolarità o della frode».



Saggi

sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione, dettate dalla incapacità di garantire che il quadro normativo in materia di appalti pubblici eviti il rischio di fenomeni corruttivi ed altre situazioni di irregolarità aventi ripercussioni sulla regolare gestione dei fondi dell'Unione (lett. *b*)⁷⁰.

In conseguenza di tutto ciò, qualora le autorità ungheresi non dovessero tenere fede all'impegno assunto di introdurre numerosi e puntuali interventi normativi a correzione dell'attuale situazione fotografata dalla Commissione europea⁷¹, dovrà essere considerata la richiesta elaborata nella forma della proposta diretta al Consiglio di provvedere alla sospensione di una quota del 65% degli impegni relativi a taluni programmi operativi – riferiti al periodo 2021-2027 – finanziati attraverso il Fondo europeo per lo sviluppo regionale (FESR), il Fondo coesione (FC), il Fondo per una transizione giusta (JTF) e il Fondo sociale europeo Plus (FSE+)⁷², a cui va ad aggiungersi il divieto di assumere nuovi impegni giuridici con trust di interesse pubblico ed enti partecipati dalle istituzioni ungheresi nell'ambito di qualsiasi programma dell'Unione in regime di gestione diretta e indiretta⁷³.

Un ultimo punto che merita di essere affrontato e che consente di introdurre il tema che sarà oggetto del successivo paragrafo riguarda, poi, l'intrinseca politicità del Regolamento. Un aspetto, che anche in questo caso, sembra emerge con una certa evidenza proprio alla luce del suo primario utilizzo nei confronti dell'Ungheria. Che una componente di politicità sia parte integrante dello strumento di condizionalità è innegabile, considerando che la decisione ultima sull'adozione delle misure proposte dalla Commissione spetta al Consiglio il quale, in forza dall'art. 6, sarà chiamato a decidere attraverso una votazione da

⁷⁰ Commissione europea, *Proposta di Decisione di esecuzione del Consiglio relativa a misure di protezione del bilancio dell'Unione da violazioni dei principi dello Stato di diritto in Ungheria*, cit. p.to 57.

⁷¹ In argomento, G. MÉSZÁROS, K.L. SCHEPPELE, *How NOT to Be an Independent Agency: The Hungarian Integrity Authority*, in *VerfBlog*, 6 ottobre 2022 e T. DRINÓCZI, *Sham and Smokescreen: Hungary and the Rule of law conditionality mechanism*, *ivi*, 5 ottobre 2022.

⁷² Nello specifico, trattasi del programma operativo per l'ambiente e l'efficienza energetica Plus, del programma operativo per il trasporto Plus e del programma operativo per lo sviluppo del territorio e degli insediamenti Plus.

⁷³ *Ivi*, p.ti. 154-156.



Saggi

assumersi a maggioranza qualificata secondo la previsione dall'art. 16, par. 4, primo comma TUE, che richiede il consenso di almeno il 55% dei membri del Consiglio che rappresentino non meno del 65% della popolazione dell'Unione. Il dato a cui ci si riferisce, però, non riguarda le modalità di assunzione della scelta finale nei confronti del Paese membro sottoposto alla procedura, quanto l'ipotesi se la sua attivazione possa essere *ab origine* condizionata da ponderazioni di natura politica.

Cercando di essere più chiari, anche se la formale notifica, come si è già detto, è stata inoltrata alle autorità di Budapest il 27 aprile 2022, che il Regolamento 2020/2092 sarebbe stato azionato contro l'Ungheria era una notizia già resa nota dalla Presidente della Commissione Ursula von der Leyen nella precedente giornata del 5 aprile, durante il *question time* dinanzi al Parlamento europeo. La sequenza temporale non sarebbe degna di alcun rilievo, rientrando nel fisiologico funzionamento del meccanismo e nei tempi delle istituzioni di Bruxelles, se qualche giorno prima non avesse avuto luogo un avvenimento di cruciale importanza: le elezioni per il rinnovo del Parlamento ungherese, schedate per il 3 aprile⁷⁴. Tornata che ha confermato la coalizione formata da Fidesz e KDNP prima forza all'interno dell'*Országgház* – con l'oramai consueta maggioranza dei 2/3 che da sola consente di apportare emendamenti alla Legge Fondamentale – e Viktor Orbán alla guida dell'esecutivo. Volendo ragionare in termini puramente empirici, difetterà in eterno la prova in grado di dimostrare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che l'atteggiamento della Commissione sarebbe rimasto inalterato anche qualora il voto avesse decretato un cambio di regime (almeno sulla carta) grazie alla vittoria del fronte dell'opposizione capitanato da Péter Márki-Zay. Abbandonando l'empirismo in luogo di una riflessione dal sapore del più apertamente teorico, appare alquanto dubitabile che la variabile delle urne non abbia costituito

⁷⁴ Diffusamente sull'argomento, considerando le diverse implicazioni connesse alla tornata elettorale del 3 aprile 2022, in specie con riferimento al sistema elettorale ed alla sua conformità agli standard internazionali, A. ANGELI, *L'ingegneria elettorale illiberale alla luce degli standard internazionali ed europei*, in «Diritti Comparati», Early View (21 settembre 2022), p. 1 ss.



Saggi

un fattore condizionante l'attivazione del Regolamento⁷⁵. Se l'obiettivo della *Guardiana dei Trattati* era quello di favorire, o quantomeno non rendere più difficile, il superamento delle condizioni che attualmente gravano sul sistema costituzionale ungherese, riportandolo entro i ranghi dei valori europei, interrompere il flusso di denaro e gli impegni economici assunti con esso avrebbe pregiudicato sin dal principio l'attività dell'ipotetico nuovo governo. Non bisogna dimenticare, infatti, che l'Ungheria è fra i Paesi che maggiormente beneficiano dei fondi europei. *Ex adverso*, come invece accaduto, la scure della condizionalità avrebbe avuto ragion d'essere nel momento in cui nulla fosse cambiato, in modo da evitare l'alimentarsi di quel circolo vizioso che in passato ha consentito alla maggioranza populista – in forza dall'ormai lontano 2010 – di finanziare le proprie politiche anche attraverso i contributi finanziari provenienti dal livello sovranazionale⁷⁶.

La brevissima distanza intercorsa fra la comunicazione degli esiti del voto e l'annuncio del vertice di Palazzo Berlaymont, benché gli *orientamenti* della Commissione – ultimo passaggio necessario perché il Regolamento potesse dirsi pienamente operativo (*de facto* oltre che *de iure*) – fossero disponibili sin dal 2 marzo 2022, sembra suffragare l'idea che nel mezzo si sia consumato un tempo sospeso, in attesa di conoscere cosa avrebbe deciso il popolo ungherese chiamato al voto. Una situazione che il Regolamento non contempla fra le condizioni giustificative del ricorso alla leva finanziaria. Inoltre, se le ragioni che hanno indotto la Commissione ad utilizzare l'arma della condizionalità risalgono a fatti accertati anche molto addietro negli anni – in alcuni casi si tratta di problematiche protrattesi per oltre dieci anni⁷⁷ – non vi sarebbero state ragioni di postergare l'annuncio

⁷⁵ S. PRIEBUS, *The Commission's wait-and-see approach after the conditionality mechanism ruling and its consequence*, in *VerfBlog*, 22 febbraio 2022. Secondo l'autrice, le elezioni ungheresi hanno rappresentato, almeno in prospettiva, uno spartiacque, sconsigliando alla Commissione di intervenire prima di venire a conoscenza del loro esito.

⁷⁶ Sull'argomento, si rinvia alle considerazioni di R. UITZ, *Funding Illiberal Democracy: The Case of Credible Budgetary Conditionality in the EU*, in «Bridge Working Paper», n. 7, 2020, p. 1 ss.; nonché R. KELEMEN, K.L. SCHEPPELE, *How to Stop funding Autocracy in the EU*, in *VerfBlog*, 10 settembre 2018.

⁷⁷ Cfr. Commissione europea, *Proposta di Decisione di esecuzione del Consiglio relativa a misure di protezione del bilancio dell'Unione da violazioni dei principi dello Stato di diritto in Ungheria*, cit. p.to 75.



Saggi

sino al 5 aprile e, soprattutto, non avrebbe fatto alcuna differenza conoscere quale sarebbe stato l'esecutivo destinatario della formale notifica di avvio del procedimento.

4. Governare attraverso la condizionalità e in nome dello Stato di diritto

Se, nei termini cui si è fatto riferimento poc'anzi, una parte di *ragion politica* è rintracciabile nella decisione della Commissione di intervenire a carico dell'Ungheria, di converso, la medesima logica può aver indotto a rimandare *sine die* l'utilizzo del Regolamento 2020/2092 avverso la Polonia. Si peccherebbe di scarso realismo qualora non si prendesse in debita considerazione il coevo quadro geopolitico, improvvisamente mutato a seguito dell'offensiva militare russa in Ucraina risalente al 24 febbraio scorso. Come opportunamente osservato, infatti, considerata la pesantissima crisi umanitaria che per ovvie ragioni grava (in primo luogo) sulle spalle delle autorità di Varsavia, e «il noto peso intergovernativo che ancora ammantava la politica estera e di sicurezza comune, potrebbe non essere saggio aprire fronti di contrasto così profondi come quelli relativi al rispetto di valori comuni»⁷⁸. L'inconsueta divaricazione che il conflitto bellico ha prodotto fra i Paesi del “Gruppo di Visegrad”, in modo particolare fra la sua componente maggioritaria e l'Ungheria – schieratasi in più occasioni in aperto contrasto con la linea (tendenzialmente) comune europea – potrebbe essere percepita come un elemento positivo, da coltivare, anziché respingere. In altri termini, «si potrebbe sperare che quei Paesi (*rectius*, governi) dell'Est Europa che vivono con maggior disaffezione l'appartenenza all'Unione Europea abbiano visto, girandosi verso gli Urali, che fuori dai confini dell'Unione ci sono soggetti che impongono limiti ben diversi dallo Stato di diritto e con modalità certamente più invasive di quelle previste nel Regolamento condizionalità»⁷⁹.

⁷⁸ J. ALBERTI, *Il Regolamento condizionalità è pienamente legittimo e, Ucraina permettendo, certamente attivabile. Prime riflessioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nelle cause C-156/21 e C-157/21*, in *BlogDUE*, 17 marzo 2022, p. 7.

⁷⁹ *Ibidem*.



Saggi

Facendo leva su un approccio di tipo utilitarista – che ovviamente non è privo di costi – si potrebbe iniziare a ragionare sulla possibilità di inserire un germe di divisione all'interno dell'insieme, sino ad oggi compatto, delle democrazie illiberali, considerato oltretutto come sovente queste siano state acriticamente percepite e considerate in modo omogeneo dalle istituzioni europee, senza soppesare le differenze, anche evidenti, presenti al loro interno. Un'idea che al momento, si è consapevole, potrebbe apparire nulla più che una mera suggestione, e la cui estrinsecazione potrebbe essere riassunta nella locuzione latina *divide et impera*. Volendo qui azzardare delle ipotesi, però, proprio la condizionalità (intesa in senso lato) potrebbe essere lo strumento migliore per traguardare detto obiettivo. Da questo punto di vista, le ultime azioni poste in essere dalla Commissione e dal Consiglio, sembrano poter supportare questo possibile e nuovo indirizzo.

Si prenda in considerazione un altro aspetto della condizionalità, solo in parte connessa al Regolamento 2020/2092, ovvero quella dettata ai sensi del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio *che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza* approvato il 12 febbraio 2021. All'interno del lungo provvedimento sono dettagliati diversi parametri ai quali è condizionata l'approvazione dei singoli piani di ripartenza nazionali da parte degli organismi europei. Anche se la maggior parte di essi rivela una natura di carattere prevalentemente "tecnico" in termini di pertinenza, efficacia, efficienza e coerenza con gli obiettivi posti dal Regolamento in parola, altri denotano un legame più stringente con i valori dello Stato di diritto. Ai sensi dell'art. 19, par. 3, lett. J), è fatto dovere alla Commissione di assumere la propria deliberazione tenendo conto, *inter alia*, «se le modalità proposte dallo Stato membro interessato sono tali da prevenire, individuare e correggere la corruzione, la frode e i conflitti di interessi nell'utilizzo dei fondi derivanti dal dispositivo, comprese le modalità volte a evitare la duplicazione dei finanziamenti da parte del dispositivo e di altri programmi dell'Unione». Nonostante Ungheria e Polonia abbiano presentato i rispettivi progetti, questi sono stati a congelati per lungo tempo, al punto che quello ungherese non è stato ancora approvato, diversamente da quello polacco, autorizzato dalla Commissione il 1° giugno 2022 e definitivamente attuato dal Consiglio il successivo 17 giugno. La ragione primaria della condizione di stallo,



tuttavia, non ha riguardato esclusivamente la difettosità dei piani in relazione agli obiettivi già menzionati, quanto è dipesa dalle comprovate carenze dei due Stati membri sul versante delle garanzie dello Stato di diritto⁸⁰. L'art. 8 del Regolamento 2021/241, infatti, prevede che il dispositivo in questione è attuato dalla Commissione in regime di gestione diretta, in conformità alle pertinenti norme adottate a norma dell'articolo 322 TFUE, ed in particolare del Regolamento finanziario e del Regolamento 2020/2092.

Questa condizione di sostanziale assimilazione fra le due realtà è venuta meno allorquando il piano di ripresa e resilienza polacco ha ricevuto il via libera della Commissione. Una scelta affatto unanime, specie a livello europeo, ma che non ha mutato gli intendimenti della *Guardiana dei Trattati*⁸¹. Tuttavia, considerate le gravi ed innegabili problematiche riguardanti l'indipendenza del sistema giudiziario, sulla scorta dell'art. 20, par. 5, lett e) del Regolamento 2021/241 che facoltizza la Commissione ad indicare nella propria proposta le modalità e il

⁸⁰ Cfr. J. SAWICKI, *Il rispetto dello Stato di diritto come condizione generale*, cit., p. 243.

⁸¹ Al punto che in quei giorni il gruppo parlamentare liberale *Renew Europe* ha proposto e iniziato una raccolta firme finalizzata alla formulazione di una mozione di censura nei confronti della Commissione ai sensi dell'art. 127 del Regolamento del Parlamento. A. ALEMANNI, *Censuring von der Leyen's Capitulation on the Rule of Law*, in *VerfBlog*, 8 giugno 2022. A distanza di qualche giorno il Parlamento ha poi approvato una risoluzione con la quale ha espresso profonda preoccupazione per la scelta della Commissione di autorizzare il progetto polacco. Riprendendo una parte del suo contenuto, il Parlamento «esprime profonda preoccupazione per la valutazione positiva, del primo giugno 2022, del piano di ripresa e resilienza della Polonia da parte della Commissione, presentato dalla Polonia il 3 maggio 2021, tenuto conto delle attuali e continue violazioni dei valori sanciti dall'articolo 2 TUE, tra cui lo Stato di diritto e l'indipendenza della magistratura, nel Paese; ribadisce che l'esistenza di tali violazioni è stata debitamente documentata da numerose sentenze dei tribunali, valutazioni e posizioni delle istituzioni dell'UE, tra cui risoluzioni del Parlamento e la procedura in corso a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, così come da altre organizzazioni internazionali; ricorda che il rispetto delle sentenze della CGUE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e il rispetto della preminenza del diritto dell'UE non sono negoziabili e non possono essere trattati come moneta di scambio» ed «esorta vivamente il Consiglio ad approvare il piano nazionale della Polonia nell'ambito del dispositivo per la ripresa e la resilienza solo dopo che il Paese avrà pienamente soddisfatto i requisiti del regolamento». Parlamento europeo, *Risoluzione sullo Stato di diritto e la potenziale approvazione del piano nazionale di ripresa (PNR) polacco*, (2022/2703(RSP)), 9 giugno 2022, p. ti 1-3. In dottrina, fra gli altri, M. LANOTTE, *L'approvazione del PNRR polacco da parte della Commissione: una scelta (non) condivisibile? Le tensioni nelle e tra le istituzioni europee*, in *BlogDUE*, 2 settembre 2022.



calendario per il monitoraggio e l'attuazione del piano di ripresa in funzione della tutela degli interessi finanziari dell'Unione come stabilito dal successivo art. 22 del Regolamento, si è optato per la soluzione compromissoria di subordinare l'effettivo pagamento delle somme destinate alla Polonia al raggiungimento di determinate *milestones*⁸². Obiettivi che possono essere compendati in quattro differenti pilastri: *a)* abolizione della Sezione disciplinare della Corte Suprema e sostituzione con un'altra Sezione della medesima Corte che soddisfi i requisiti di indipendenza e imparzialità e di precostituzione per legge, come stabilito all'art. 19, par. 1, comma 2 TUE; *b)* trasferimento delle cause aventi ad oggetto la responsabilità disciplinare dei giudici alla *costituenda* nuova Sezione della Corte Suprema; *c)* prevedere che qualora un giudice sollevi un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia non possa essere sottoposto a procedimento disciplinare, così come non possa essere qualificato come illecito una sua pronuncia volta ad accertare il rispetto dei requisiti di indipendenza, imparzialità e legalità di un altro organo giurisdizionale; *d)* riconoscimento del diritto in capo ai giudici interessati da precedenti decisioni della Sezione disciplinare di far riesaminare le relative pronunce da un organo conforme ai requisiti europei di indipendenza e imparzialità e precostituzione per legge; *e)* rafforzamento delle garanzie procedurali in capo alle parti nel corso di un procedimento disciplinare⁸³. Il termine per l'implementazione di ciascuna di queste condizioni è stato fissato non oltre lo scadere del terzo trimestre del corrente anno.

Almeno formalmente, i diversi capitoli delle *milestones* sono stati recepiti dalla novella legislativa approvata dal *Sejm* il 9 giugno – da notare come la sua adozione

⁸² Commissione europea, *Proposta di Decisione esecutiva del Consiglio*, cit. p.to 44, ove si afferma che, «tenendo conto del fatto che detti traguardi dovrebbero essere stabiliti anche sulla base dell'articolo 20, paragrafo 5, lettera e), del Regolamento per garantire la tutela degli interessi finanziari dell'Unione e l'istituzione di un sistema di controllo adeguato prima che qualsiasi pagamento a titolo del dispositivo sia autorizzato dalla Commissione, la Polonia dovrebbe rispettare tali traguardi prima della presentazione della prima richiesta di pagamento e nessun pagamento nell'ambito del dispositivo può essere effettuato prima di averli conseguiti».

⁸³ Cfr. Commissione europea, *Annexes to the Proposal for a Council Implementing Decision on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Poland*, COM(2022) 268 final, 1° giugno 2022, p. 200 ss.



Saggi

sia avvenuta successivamente a quella del *recovery and resilience plan* – anche se la loro trasposizione all'interno del *corpus* normativo è avvenuta in modo alquanto “minimalista”, per utilizzare un eufemismo. Seppur non sia questa l'occasione per entrare nel merito della legge, basti qui rilevare come essa lasci impregiudicate molte delle problematicità che minacciano l'autonomia del giudiziario polacco. Solo per citare gli aspetti più evidenti, se è vero che la Sezione disciplinare viene ad essere sostituita dalla nuova Sezione della responsabilità professionale, non viene rivista l'attuale composizione del Consiglio Nazionale della Magistratura. Dunque, i componenti della nuova Camera – selezionati per sorteggio fra gli attuali membri della più alta Corte polacca – *pro futuro*, continueranno ad essere scelti all'interno di un bacino di possibili candidati la cui nomina alla carica di membro della Corte Suprema è stata eseguita secondo un meccanismo che confligge con l'art. 19, par. 1, comma 2 TUE, con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁸⁴, nonché con l'art. 6 della CEDU⁸⁵. Inoltre,

⁸⁴ *Ex plurimis*, Corte di giustizia, Grande Sezione, causa C-791/19, 15 luglio 2021, p.ti 104 ss. In dottrina, W. SADURSKI, *The European Commission Cedes its Crucial Leverage vis-à-vis the Rule of Law in Poland*, in *VerfBlog*, 6 June 2022.

⁸⁵ Fra le decisioni della Corte di Strasburgo che hanno dichiarato l'attuale meccanismo in conflitto con il principio della precostituzione per legge di cui all'art. 6 CEDU, si vedano Corte EDU, sez. I, *Reczkowicz v. Poland*, Appl. n. 43447/19, 22 luglio 2021; Corte EDU, sez. I, *Advanced Pharma Sp. Z.o.o. v. Poland*, Appl. n.1469/20, 3 febbraio 2022. In particolare, in Corte EDU, sez. I, *Dolinska-Ficek and Ozimek v. Poland*, Appl. nn. 49868/19 e 57511/19, 8 novembre 2021, p.to 368, i giudici della Convenzione hanno chiaramente affermato che «as already noted above, the Court's conclusions regarding the incompatibility of the judicial appointment procedure involving the NCJ with the requirements of an 'independent and impartial tribunal established by law' under Article 6 § 1 of the Convention will have consequences for its assessment of similar complaints in other pending or future cases [...] the deficiencies of that procedure as identified in the present case in respect of the Supreme Court's Chamber of Extraordinary Review and in Public Affairs and in *Reczkowicz* [...] in respect of the Disciplinary Chamber of that court, have already adversely affected existing appointments and are capable of systematically affecting the future appointments of judges not only to the other chambers of the Supreme Court but also to the ordinary, military and administrative courts [...] it is inherent in the Court's findings that the violation of the applicants' rights originated in the amendments to Polish legislation which deprived the Polish judiciary of the right to elect judicial members of the NCJ and enabled the executive and the legislature to interfere directly or indirectly in the judicial appointment procedure, thus systematically compromising the legitimacy of a



Saggi

anche se nel provvedimento di riforma è stata prevista la possibilità di verificare l'indipendenza e l'imparzialità di un giudice, questo processo può avvenire su istanza di parte ed è circoscritto al vaglio di tali requisiti in concreto, ossia nel quadro del singolo procedimento. Al contrario, isolatamente considerate, le modalità con cui si è addivenuti alla nomina del singolo giudice non possono giustificare la messa in discussione del suo rapporto di servizio, così la sua indipendenza e imparzialità. Pertanto, salvo puntuali circostanze desumibili all'interno di specifiche controversie, l'attuale meccanismo di nomina dei componenti di vertice dell'ordinamento giudiziario non viene intaccato dalla riforma e, dunque, potrà continuare a produrre i medesimi effetti occorsi sino ad oggi. Infine, anche se sono state riviste alcune fattispecie suscettibili di integrare illeciti disciplinari, ciò rappresenta solo una parte delle modalità attraverso le quali si è creato un clima di pressione e dissuasione nei confronti di coloro i quali, fra i giudici, hanno cercato di avversare le riforme sulla giustizia⁸⁶.

Come spesso accade, almeno astrattamente, non esiste un solo modo in grado di spiegare per quali ragioni la Commissione, ed in seguito il Consiglio, abbiano avallato il progetto da 35,4 miliardi di euro nonostante rimanga irrisolta la maggior parte dei problemi che da tempo sistematicamente attentano all'imparzialità e all'indipendenza della magistratura polacca. Rimettendosi alle parole di un profondo conoscitore di queste vicende, qual è Sadurski, «the strange myopia of the European Commission [can be explained] about the urgency of giving funds

court composed of the judges so appointed. In this situation and in the interests of the rule of law and the principles of the separation of powers and the independence of the judiciary, a rapid remedial action on the part of the Polish State is required».

⁸⁶ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, causa C-791/19, p.to 157. Emblematicamente, anche Corte EDU, sez. I, *Zurek v. Poland*, Appl. no. 39650/18, 16 giugno 2022, p.to 227, laddove i giudici hanno confermato la presenza di una «strategy aimed at intimidating (or even silencing) the applicant in connection with the views that he had expressed in defence of the rule of law and judicial independence [...] the applicant is one of the most emblematic representatives of the judicial community in Poland who has steadily defended the rule of law and independence of the judiciary. The Court considers that the impugned measures undoubtedly had a 'chilling effect' in that they must have discouraged not only him but also other judges from participating in public debate on legislative reforms affecting the judiciary and more generally on issues concerning the independence of the judiciary».



to Poland necessitated by the influx of over 3 millions of Ukrainian refugees, by the positive role Poland plays in responding to Putin’s war, and by the need to differentiate between anti-Putin Poland and pro-Putin Hungary»⁸⁷.

Queste considerazioni risultano decisamente preziose per avanzare, sulla scorta di quanto si è anticipato, alcune riflessioni conclusive sull’uso delle clausole di condizionalità secondo una traccia che sappia combinare la componente “negativa” della stessa, come discendente dall’applicazione del Regolamento 2020/2092 contro l’Ungheria, a quella “positiva”, come derivante dall’utilizzo delle previsioni del Regolamento 2021/241 nei confronti della Polonia. Sino ad ora, l’utilizzo dell’articolato, per quanto inorganico e spesso inefficace, *rule of law toolbox*⁸⁸ da parte delle istituzioni comunitarie – si pensi all’art. 7 TUE, ma anche alle procedure di infrazione ex art. 258 TFUE, ovvero al procedimento di *reference* dettato dall’art. 267 TFUE – ha prodotto l’esito di avvicinare sempre più fra loro Paesi come l’Ungheria e la Polonia, al contempo segnando una frattura sempre più netta con l’Unione. Una dicotomia incentrata sull’incompatibilità del modello illiberale con quello europeo, inteso quale comunità di valori, ma che al tempo stesso ha prodotto l’effetto collaterale di appiattire all’apparenza le differenze insite nel sistema sociale, politico, costituzionale e, ancor prima storico-culturale, dei due Paesi membri.

Per la prima volta, invece, complice il contesto geopolitico di riferimento, si sono create le condizioni per cambiare questo schema, creando le condizioni per

⁸⁷ W. SADURSKI, *The European Commission Cedes its Crucial Leverage*, cit. Sul punto basti qui aggiungere come a seguito dell’approvazione da parte del Consiglio, siano stati depositati da parte delle quattro principali associazioni di giudici europee – nello specifico *Association of European Administrative Judges* (AEAJ), *European Association of Judges* (EAJ), articolazione regionale dell’International Association of Judges, (IAJ), *Rechtlers voor Rechtlers* (Judges for Judges), *Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés* (MEDEL) – ricorsi per annullamento ai sensi dell’art. 263 TFUE nei confronti della predetta Decisione di implementazione del 17 giugno 2022. Per un approfondimento si rimanda a F.J. DONAIRE VILLA, *Judicial Association sue EU Council for Unblocking MRR Funds to Poland Amidst Rule of Law Crisis: Legal Issues*, in *Diritti Comparati*, 18 ottobre 2022 e T. SHIPLEY, *European Judges v Council: the European judiciary stands up for the rule of law*, in «EU Law Live», 30 agosto 2022.

⁸⁸ L. PECH, *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox*, in «Reconnect», Working Paper No. 7, marzo 2020.



Saggi

una diversificazione che, iniziando dalla Polonia, possa favorire un suo riavvicinamento entro i binari valoriali dello Stato di diritto europeo, come consacrati dall'art. 2 TUE. Ovviamente, il percorso è estremamente complicato, ricco di incognite, ed è molto probabile che verrà avversato dallo stesso governo di Varsavia. Lontano da futili entusiasmi, però, non è da scartare, ed anzi merita di essere accuratamente alimentata, l'idea di non limitarsi all'uso della condizionalità come mero meccanismo sanzionatorio nei confronti di un Paese membro, bensì di (ri)pensarla in chiave positiva, come uno dispositivo attraverso il quale facilitare e incoraggiare mutamenti politici (e di singole politiche) all'interno delle varie realtà, partendo proprio da quelle maggiormente problematiche. Per assurdo, nel lungo periodo, se questo dovesse essere il percorso, potrebbe divenire anche meno utopico il pensiero di poter superare quel veto incrociato che ha sin qui bloccato qualsiasi via d'uscita relativamente all'utilizzo dell'art. 7 TUE.

Se, però, come ricordato dalla Corte di giustizia nelle sentenze C-156/21 e C-157/21, lo Stato di diritto rappresenta l'ossatura sulla quale si regge l'identità europea, questo deve pur sempre rimanere l'obiettivo ultimo cui ambire, la stella polare da seguire⁸⁹. Talvolta il fine, per quanto importante, non può giustificare ogni mezzo. Anche se può essere un primo passo verso una nuova direzione, l'atteggiamento mostrato dalla Commissione verso la Polonia è stato eccessivamente lasco se si considerano i rapporti esistenti fra i due livelli – quello nazionale e quello europeo – prima dello scoppio della guerra in Ucraina. È vero che nella proposta di Decisione esecutiva della Commissione si legge che il suo contenuto lascia «impregiudicate tutte le procedure di infrazione in corso e future e, più in generale, l'obbligo della Polonia di rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le sentenze della Corte di giustizia»⁹⁰. Nonostante ciò, però, l'azione della Commissione corre il pericolo di rivelarsi un boomerang per se stessa e per le altre istituzioni impegnate nella lotta a sostegno dello Stato di diritto. A partire proprio dalla Corte di giustizia, ossia quell'istituzione che più delle altre ha agito *boots on the ground*.

⁸⁹ Diffusamente M. CARTA, *Unione Europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Cacucci, Bari, 2020.

⁹⁰ Commissione europea, *Proposta di Decisione esecutiva del Consiglio*, cit., p.to 49.